

ACADÉMIE DE DROIT
INTERNATIONAL DE LA HAYE

INSTITUTO INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS

**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 (Costa Rica)
24 de abril - 6 de mayo de 1995

Editores / Editeurs:
Daniel BARDONNET y/et António Augusto CANÇADO TRINDADE

San José / La Haya
1996

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS/
DROIT INTERNATIONAL ET DROITS DE L'HOMME

**ACADÉMIE DE DROIT
INTERNATIONAL DE LA HAYE**

**INSTITUTO INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS**

*Daniel BARDONNET y/et Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE
Editores/ Éditeurs*

**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 (COSTA RICA)

24 de abril - 6 de mayo de 1995

San José/La Haya

1996

*Derecho Internacional y Derechos Humanos/
Droit International et Droits de l'Homme*

Primera edición, San José, 1996.

Las opiniones que se presentan en los artículos son responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista del IIDH ni de la Academia de La Haya, ni las posiciones de las agencias de cooperación de los gobiernos u organizaciones internacionales que patrocinan esta publicación.

© Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

Todos los derechos reservados.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio existente, sin la autorización explícita y escrita del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Este material puede ser citado siempre que se dé el respectivo crédito.

Revisión final de los Editores.

Levantado de texto, diagramación y artes finales: MARS Editores S.A.

Diseño portada: Montaje Artístico.

341.481

D-431d

Derecho internacional y derechos humanos - Droit international et droits de l'homme / editado por Daniel Bardonnnet y Antônio A. Cançado Trindade. - San José, C.R. : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1996.

324 pp. ; 9 x 6"

ISBN 9977-962-77-4

1. Derecho Internacional Público. 2. Derechos Humanos-Protección Internacional. 3. Derechos Humanos-Sistema Interamericano. 4. Derechos Humanos-Sistema Europeo. 5. Derechos Humanos-Naciones Unidas. 6. Derecho Internacional Privado. I. Bardonnnet, Daniel, ed. II. Cançado Trindade, Antônio A., ed. III. Título.

INDICE/TABLE DES MATIÈRES

Prefacio de los editores/Préface des éditeurs.....	13-17
<i>Daniel BARDONNET y/et Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE</i>	

PARTE I / PARTIE I

Discursos de la sesión inaugural/ Discours de l'acte d'inauguration

<i>Dr. Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE</i> Director Ejecutivo del IIDH.....	23
---	----

<i>Dr. Daniel BARDONNET</i> Secretario General de la Academia	29
--	----

<i>Excmo. Señor Diego URIBE VARGAS</i> Miembro del Curatorium de la Academia.....	35
--	----

<i>Excmo. Señor Frans B.A.M. van HAREN</i> Embajador de los Países Bajos en Costa Rica.....	41
--	----

<i>Excmo. Señor Fernando NARANJO VILLALOBOS</i> Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica.....	43
---	----

PARTE II / PARTIE II

La protección internacional de los derechos humanos/ La protection internationale des droits de l'homme

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas <i>Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE</i>	47
--	----

El Convenio europeo de derechos humanos y sus protocolos adicionales <i>Juan Antonio CARRILLO SALCEDO</i>	97
--	----

The Protection of Children's Rights - in particular from the point of view of private international law: summary of course <i>J. H. Hans van LOON</i>	141
--	-----

PARTE III / PARTIE III:

*Las operaciones de mantenimiento de la paz/
Les opérations de maintien de la paix*

El derecho a la paz <i>Diego URIBE VARGAS</i>	177
El Salvador: los derechos humanos en la antesala de la guerra y de la paz <i>Pedro NIKKEN</i>	197
La ONU y la OEA: diplomacia preventiva, "peace-making", "peace-keeping" y "peace-building": breves apuntes <i>Francisc VENDRELL</i>	225
La misión de la ONU para la verificación de los derechos humanos en Guatemala (MINUGUA) <i>Hugo LORENZO</i>	251

PARTE IV / PARTIE IV

*El arreglo pacífico de controversias/
Le règlement pacifique des différends*

La Corte Internacional de Justicia en el cincuentenario de las Naciones Unidas <i>José Antonio PASTOR RIDRUEJO</i>	259
The Iran-United States Claims Tribunal <i>Willem A. HAMEL</i>	275

PARTE V / PARTIE V

*Discursos de la Sesión de Clausura /
Discours de la Session de Clôture*

<i>Dr. Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE</i> Director Ejecutivo del IIDH	295
<i>Rodolfo REYES RODRÍGUEZ (Cuba)</i> Representante de los participantes	301

PARTE VI / PARTIE VI
Anexos / Annexes

I. Programa de la Sesión /Programme de la Session// Session Program	309
II. Comité de Organización de la Sesión	315
III. Profesores y conferencistas	317
IV. Participantes en la Sesión	319

**Impreso en los talleres de
Imprenta y Litografía VARITEC S.A.
San José, Costa Rica
en el mes de diciembre de 1995
su edición consta de 1000 ejemplares**

PREFACIO

Por primera vez en la historia del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, su XXIV Sesión se realizó en América Central, constituyéndose así en un paso histórico de la Academia.

Las Sesiones Exteriores que realiza desde hace más de 25 años la Academia en diferentes regiones del mundo tienen por objetivo, como lo señala cada año la Asamblea General de las Naciones Unidas, contribuir a la enseñanza, el estudio, la difusión y la comprensión más amplia del derecho internacional. Son destinadas a jóvenes profesores y diplomáticos de cada región considerada. En América Latina, después de las Sesiones de Bogotá (1969 y 1989), México (1970 y 1979), Buenos Aires (1972 y 1986), Caracas (1975), Brasilia (1983) y Santiago de Chile (1991), la ciudad de San José de Costa Rica recibió, en 1995, a la Academia.

La XXIV Sesión se realizó en colaboración con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos del 24 de abril al 6 de mayo de 1995. Reunió a consagrados expertos y especialistas del derecho internacional, tanto público como privado, que ahondaron en particular los temas de la protección internacional de los derechos humanos, de las operaciones de mantenimiento de la paz en América Central y el del arreglo pacífico de controversias internacionales. Junto a los universitarios y diplomáticos de Colombia, Cuba, El

Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Venezuela, participaron diplomáticos y funcionarios de Costa Rica así como funcionarios internacionales residentes en San José, y, en particular, los que laboran en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Quisiéramos aquí manifestar nuestro reconocimiento a los miembros del Comité Organizador, por la eficacia y la dedicación que contribuyeron significativamente para que esta Sesión de San José fuese memorable para todos los que participaron en ella. Agradecemos igualmente y de modo especial al Embajador José Joaquim Chaverri, Director del Instituto del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la generosa hospitalidad que nos brindó durante estas dos semanas. Nuestra gratitud va finalmente a los Gobiernos de los Países Bajos y de Suiza, que aseguran el financiamiento de las Sesiones exteriores de la Academia, así como a los de Canadá y de los Estados Unidos, gracias a cuyo apoyo el Instituto Interamericano de Derechos Humanos pudo llevar a cabo, en colaboración con la Academia, este importante evento regional.

Los diferentes temas tratados en los cursos y las conferencias contribuyeron de igual manera al éxito de la Sesión, por su importancia fundamental para los Estados de América Central. Brindaron la ocasión para un fructuoso intercambio de ideas entre los profesores y los participantes en la Sesión.

En estas condiciones, el Instituto ha decidido, de común acuerdo con la Academia, publicar los trabajos así realizados en el marco de esta Sesión de San José, lo que constituye, también, desde este punto de vista, algo inédito en la historia del Programa Exterior de la Academia. Expresamos nuestro profundo reconocimiento a los conferencistas, quienes tuvieron la amabilidad de enviarnos sus manuscritos para esta publicación.

De esta manera, la obra que hoy presentamos a los lectores permitirá dar a conocer los trabajos realizados en el marco de la Sesión de San José a la comunidad jurídica latinoamericana, y, muy especialmente, a los jusinternacionalistas de Centroamérica. Esperamos de este modo contribuir a un mejor conocimiento de las estructuras actuales del derecho internacional y de los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos. Disciplinas por la difusión y la promoción de las cuales la Academia de Derecho Internacional de La Haya y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, se complacen en prestar nuevamente su más decidida contribución.

La Haya / San José, 01 de noviembre de 1995.

*Daniel BARDONNET
Secretario General de la Academia
de Derecho Internacional de La
Haya*

*Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE
Director Ejecutivo del Instituto
Interamericano de Derechos Humanos*

PREFACE

Pour la première fois dans l'histoire du Programme extérieur de l'Académie de Droit International de La Haye, sa XXIVe Session s'est déroulée en Amérique centrale et c'est là un passage qui fera date.

Les Sessions extérieures que l'Académie réalise depuis plus de 25 ans dans diverses régions du monde ont pour objectif, comme le rappelle chaque année l'Assemblée générale des Nations Unies, de contribuer à l'enseignement, l'étude, la diffusion et à une compréhension plus large du droit international. Elles sont destinées à de jeunes professeurs et diplomates de chaque région considérée. En Amérique latine, après les Sessions de Bogotá (1969 et 1989), México (1970 et 1979), Buenos Aires (1972 et 1986), Caracas (1975), Brasilia (1983) et Santiago du Chili (1991), San José de Costa Rica a accueilli, en 1995, l'Académie.

La XXIVème Session s'est réalisée en collaboration avec l'Institut inter-américain des droits de l'homme du 24 avril au 6 mai 1995. Elle a réuni des experts et des spécialistes réputés du droit international, tant public que privé, qui ont traité notamment de la protection internationale des droits de l'homme, des opérations de maintien de la paix en Amérique centrale et du règlement pacifique des différends internationaux. Aux universitaires et diplomates venus de Colombie, de Cuba, de la République Dominicaine, d'El Salvador, du Guate-

mala, du Mexique, du Nicaragua, du Panama et du Venezuela se sont joints des diplomates et fonctionnaires du Costa Rica ainsi que des fonctionnaires internationaux résidents à San José et, en particulier, ceux de la Cour inter-américaine des droits de l'homme et de l'Institut inter-américain des droits de l'homme.

Nous tenons à exprimer ici notre reconnaissance aux membres du Comité Organisateur, grâce à l'efficacité et au dévouement desquels cette Session de San José demeurera mémorable pour tous ceux qui y ont participé. Nous remercions également tout particulièrement Monsieur l'Ambassadeur José Joaquim Chaverri, Directeur de l'Institut du Service Extérieur, pour l'hospitalité généreuse qu'il nous a consentie pendant ces deux semaines. Notre gratitude va enfin aux Gouvernements des Pays-Bas et de la Suisse qui assurent le financement des Sessions extérieures de l'Académie, ainsi qu'aux Gouvernements du Canada et des Etats-Unis, grâce à l'appui desquels l'Institut inter-américain des droits de l'homme a pu mener à bien en collaboration avec l'Académie cet important évènement régional.

Les différentes questions traitées dans les cours et les conférences ont également contribué au succès de la Session, tant leur importance est fondamentale pour les Etats de l'Amérique centrale. Ils ont été l'occasion d'échanges de vues fructueux entre les professeurs et les participants à la Session.

Dans ces conditions, l'Institut a décidé, avec l'accord de l'Académie, de publier l'essentiel des travaux ainsi réalisés dans le cadre de la Session de San José, ce qui constitue, de ce point de vue également, une première dans l'histoire du Programme extérieur de l'Académie. Notre profonde reconnaissance va tout particulièrement aux conférenciers, qui ont eu la grande obligeance de nous envoyer leurs manuscrits en vue de cette publication.

Ainsi l'ouvrage que nous présentons aujourd'hui au lecteur permettra-t-il de faire connaître les travaux de la Session de San José à la communauté juridique latinoaméricaine et, et tout spécialement, aux internationalistes d'Amérique Centrale. Nous espérons contribuer de la sorte à une meilleure connaissance des structures actuelles du droit international et des mécanismes de la protection internationale des droits de l'homme. Disciplines pour la diffusion et la promotion desquelles l'Académie de Droit International de la Haye et l'Institut inter-américain des droits de l'homme sont heureux d'apporter une nouvelle fois leur plus décidée contribution.

La Haye / San José, le 1er novembre 1995.

*Daniel BARDONNET
Secrétaire Général de l'Académie
de Droit International de La Haye*

*Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE
Directeur Exécutif de l'Institut
Inter-américain des Droits l'Homme*

**Discurso de inauguración de la
XXIV Sesión Externa del Programa Exterior de la
Academia de Derecho Internacional de La Haya
del Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade,
Director Ejecutivo del Instituto Interamericano
de Derechos Humanos**

Señor Ministro de Relaciones Exteriores y Culto y representante del Señor Presidente de la República, Dr. Fernando Naranjo, y demás altas autoridades de la República; Señores Embajadores; Señor Representante del Curatorium de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Ministro y Profesor Diego Uribe Vargas; Señor Secretario General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Profesor Daniel Bardonnnet; Señores Miembros del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Colegas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Excelencias, Señoras y Señores,

1. Hoy es un día muy importante en la historia del Instituto Interamericano de Derechos Humanos: el día en que el Instituto recibe, con el valioso apoyo del país sede, Costa Rica, la prestigiosa Academia de Derecho Internacional de La Haya. Es esta la primera vez, desde la creación del Programa Exterior de la Academia en 1969, que se realiza una sesión en América Central, y mucho nos enorgullece que se nos haya confiado el copatrocinio de la misma. En las próximas dos semanas nos estaremos dedicando al examen de una temática rica y de gran actualidad: la protección internacional de los derechos humanos en sus múltiples aspectos, el mantenimiento y la construcción de la paz, y la solución pacífica de las controversias internacionales, con atención especial al arreglo jurisdic-

cional. Es significativo que no nos limitaremos al enfoque del derecho internacional público, por cuanto el derecho internacional privado también estará presente en nuestros debates en relación con la protección de los derechos del niño.

2. Por haber tenido el privilegio de participar como conferencista en sesiones anteriores del Programa Exterior de la Academia de La Haya, como, por ejemplo, la sesión de Bogotá (de 1989), coordinada por los Profesores Diego Uribe Vargas y Daniel Bardonnnet, ambos aquí presentes para nuestra gran alegría, como Miembro del Curatorium y como Secretario General de la Academia respectivamente, creo poder decir que la temática de la sesión de San José de Costa Rica que ahora se inaugura sigue los altos estándares de las anteriores sesiones realizadas en América Latina, además de bien reflejar la agenda internacional contemporánea y los temas de especial interés de los países y pueblos de la región.

Señor Ministro de Relaciones Exteriores y Culto y representante del Señor Presidente de la República, y demás altas autoridades de la República,

3. Estamos muy complacidos y honrados en poder contar con el apoyo y la hospitalidad brindados por el Gobierno de Costa Rica para la realización de este evento. No es mera casualidad que esta sesión de estudios tenga lugar aquí en San José de Costa Rica. En lo que concierne a los temas de la solución pacífica de controversias internacionales, y del mantenimiento y construcción de la paz, es de todos conocido el efectivo rol ejercido por Costa Rica en todo el proceso de paz en la región centroamericana y como país receptor de muchas de las víctimas del conflicto. El proceso pacificador se transformó en realidad de gran trascendencia histórica, considerando que el conflicto centroamericano de la década pasada sacrificó más de 300 mil vidas y generó más de dos millones de desarraigados. En lo que concierne al tema de la protección internacional de los derechos humanos, aquí se firmó, en 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José; además, Costa Rica abriga, como país sede, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas actividades, sumadas a la larga tradición democrática del país, han erigido San José en una verdadera capital

latinoamericana de los derechos humanos. Estamos, pues, muy felices con la realización de esta sesión de estudios en un país tan hospitalario y con tan amplia trayectoria de fidelidad a las causas de los derechos humanos y libertades fundamentales, la democracia y la paz.

Distinguished Visiting Professors from Europe,

4. May we extend to you our warmest welcome. We reiterate our goodwill and enthusiasm to conduct, in your company, a particularly fruitful and rewarding study session. We certainly have much to learn from each other, a process which is facilitated by the fact that we belong to two continents that are inextricably interwoven by historical ties and affinities. We belong to two continents that, moreover, have given a considerable contribution to the formation and development of international law. Even if at times we may have propounded distinct approaches to certain chapters or issues, the firm commitment to the principles and norms of international law is our common denominator and the permanent cause that binds us together.

Distinguished Representatives and Staff Members of the Hague Academy of International Law,

5. Throughout these two weeks of our joint endeavours the Inter-American Institute of Human Rights is your home. From the moment we decided to embark on a joint examination of the international law of human rights we have become sister Institutions in the pursuance of this goal, and I am sure we will so remain for the years to come. We are very honoured by the trust you have deposited on us, and are confident that, by the end of this study session, you will be taking back to The Hague or to your respective countries sweet memories of Latin American cordiality and hospitality.

Monsieur le Secrétaire Général de l'Académie de Droit International de La Haye, Professeur Daniel Bardonnnet,

6. Il y a maintenant 21 ans que nous nous sommes rencontrés pour la première fois, à l'Académie de Droit International à La Haye, vous en qualité de Directeur d'Études au Centre d'Études et de Recherches de Droit International et de Relations Internationales de l'Académie, moi, de

boursier du Centre. Depuis lors vous m'avez honoré avec votre attention et amitié constantes. La réalisation de la présente session du Programme Extérieur de l'Académie constitue, pour cette raison additionnelle, un moment significatif - et, pourquoi ne pas le dire, de très vive émotion - de ma gestion comme Directeur Exécutif de l'Institut Interaméricain des Droits de l'Homme: ouvrir les portes de l'Institut à la plus distinguée des institutions académiques du droit international au monde, et renouer mes vœux de ma très fidèle amitié à l'ancien Professeur, au maître du droit international public, et, si je me permets, à l'ami de toujours. Soyez sûr, Professeur Bardonnnet, qu'ici, au Costa Rica, comme autrefois dans mon pays, le Brésil, vous trouverez toujours un collaborateur dévoué, et décidé à vous aider à promouvoir la plus large diffusion du droit international public et privé, y compris en particulier le droit international des droits de l'homme.

Distinguidos Participantes,

7. En nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, del Presidente de su Consejo Directivo, Dr. Pedro Nikken, y en el mío propio, les extiendo la más cordial bienvenida. Esta sesión de estudios tiene la fortuna de contar con un grupo de participantes altamente calificado y bien representativo de los círculos jurídicos de no menos de diez países de América Latina y el Caribe, a saber, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Venezuela. Estoy seguro de que los aportes de cada uno de Ustedes contribuirán decisivamente al éxito de nuestros trabajos. Las sesiones del Programa Exterior de la Academia de La Haya se han caracterizado por el tratamiento científico y académico de las cuestiones objeto de análisis, y la presente sesión que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos tiene el honor de coauspicar sabrá seguir esta concepción y adoptar este enfoque y metodología de trabajo.

8. Nunca está demás recordar, en esta ocasión, la considerable contribución del continente americano, y en particular de América Latina, al desarrollo progresivo del derecho internacional. Dicha contribución se encuentra hoy cristalizada en principios consagrados como los de la no-intervención en el contencioso inter-estatal y de la igualdad jurídica de los

Estados, además de conceptos y doctrinas que se infiltran en varios capítulos del derecho internacional, como, por ejemplo, los relativos al reconocimiento de Estados y Gobiernos, al derecho de los tratados, a la responsabilidad internacional de los Estados, a la reglamentación de los espacios (v.g., el Derecho del Mar y el Derecho Fluvial Internacional), a la condición de los individuos y los derechos humanos, a la solución pacífica de las controversias internacionales.

9. En el marco de esta rica tradición de apego de los Estados latinoamericanos a los principios y normas del derecho internacional, hay que hacer mención de la experiencia acumulada por algunos de nuestros países en el arreglo judicial de sus controversias internacionales, inclusive ante la Corte Internacional de Justicia en La Haya. En lo tocante a la región centroamericana en particular, hay que recordar además que el primer tribunal internacional permanente de la historia contemporánea del derecho internacional fue la Corte de Justicia Centroamericana, que durante una década (1907-1917) funcionó en Costa Rica, resolviendo algunas controversias centroamericanas: la Corte de Justicia Centroamericana tuvo como sede inicial la ciudad de Cartago, hasta que el terremoto de 1910 ocasionó su traslado a la ciudad de San José (cf. C.J. Gutiérrez, *La Corte de Justicia Centroamericana*, San José, Juricentro, 1978, pp. 40-41), a esta misma sede del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto que hoy nos abriga para esta inauguración de la XXIV sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, coauspiciada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

10. No podía terminar estas palabras sin un reconocimiento adicional. Como Director Ejecutivo del Instituto y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deseo expresar los más sinceros agradecimientos al Gobierno de los Países Bajos, en la persona de su Embajador en Costa Rica, Sr. Frans B.A.M. van Haren, por la donación, muy apreciada, de la valiosa colección, completa, del "*Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*", que mucho enriquecerá la Biblioteca Conjunta del Instituto y de la Corte, como instrumental precioso e indispensable de consulta a todos los estudiosos de la disciplina.

11. Vivimos hoy en un mundo de profundas transformaciones. En uno de los más bellos argumentos orales jamás desarrollados ante la Corte Inter-

nacional de Justicia, en el caso del *Templo de Preah Vihear (Camboya versus Tailandia, 1962)*, el Profesor Paul Reuter señalaba que “el tiempo de los seres humanos no es el tiempo de los astros”, al buscar conceptualizar lo que llamaba “la densidad del tiempo”. De hecho, hay épocas que son más densas que otras, y vivimos efectivamente en una época de gran densidad: es posible que los eventos de los últimos cinco años hayan cambiado el mundo más profundamente que los de las últimas cinco décadas.

12. En el actual escenario internacional marcado por tan grandes incertidumbres, los principios y normas, y todo el instrumental del Derecho Internacional, se muestran cada vez más necesarios para asegurar la plena observancia de los derechos humanos, la solución pacífica de las controversias internacionales y el mantenimiento y prevalencia de la paz. Eventos como la presente sesión de estudios contribuyen a la realización de estos nobles propósitos y a una más amplia difusión de esta temática global, de primordial interés tanto para los Estados como para todos los seres humanos. Muchas gracias.

San José de Costa Rica, 24 de abril de 1995.

A.A.C.T.

**Allocution prononcée, le 24 avril 1995, lors de la séance
d'ouverture de la XXIVème Session du Programme Extérieur
de l'Académie de Droit International de La Haye à San José
par Daniel Bardonnet, Professeur à l'Université de Paris II,
Secrétaire général de l'Académie de Droit
International de La Haye**

*Monsieur le Ministre des Relations extérieures, Messieurs les
Ambassadeurs, Messieurs les Juges de la Cour inter-américaine des droits
de l'homme, Monsieur le Directeur exécutif de l'Institut inter-américain
des droits de l'homme, Excellences, Mesdames, Messieurs,*

1. L'Académie de Droit international de La Haye est tout particulièrement honorée d'ouvrir aujourd'hui la 24ème Session de son Programme extérieur à San José. Et je tiens tout de suite, au nom du Curatorium et en mon nom personnel, à remercier Son Excellence Monsieur le Ministre Fernando Naranjo Villalobos d'être venu, malgré ses nombreuses obligations, présider cette séance d'ouverture. Je tiens également à le prier d'exprimer toute la gratitude de l'Académie à Son Excellence Monsieur le Président de la République du Costa Rica José Maria Figueres et au Gouvernement du Costa Rica, pour l'hospitalité qu'ils nous donnent dans le cadre prestigieux de l'Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta dans lequel se déroulera avec un éclat exceptionnel cette Session.

Qu'il me soit permis également d'adresser mes plus sincères remerciements à Son Excellence Monsieur le Juge Antonio Cançado Trindade, Directeur exécutif de l'Institut inter-américain des droits de l'homme, pour les paroles de bienvenue si chaleureuses qu'il vient de

prononcer. Le Professeur Cançado Trindade qui est un ami de longue date de l'Académie pour y avoir délivré en 1987 un cours remarqué sur la coordination des mécanismes de protection internationale des droits de l'homme sur le plan universel et régional et avoir participé à plusieurs Sessions extérieures de l'Académie. Le Professeur Cançado Trindade qui nous a apporté un concours de tous les instants, avec une efficacité remarquable et une infatigable gentillesse, pour la préparation de ce Programme extérieur.

Qu'il me soit permis enfin d'exprimer toute ma reconnaissance, au nom du Curatorium et en mon nom personnel, au Gouvernement des Pays-Bas. Pour l'essentiel en effet, c'est grâce au financement du Ministère néerlandais de la Coopération et du Développement que cette activité de l'Académie qu'est le Programme extérieur peut se réaliser. Et le Gouvernement des Pays-Bas vient de fournir une nouvelle preuve de sa conviction de la nécessité de diffuser la connaissance du droit international dans toutes les parties du monde en faisant don, comme le précisera dans quelques instants M. l'Ambassadeur Frans van Haren, à la Bibliothèque commune à l'Institut inter-américain des droits de l'homme et à la Cour inter-américaine des droits de l'homme d'une collection complète du *Recueil des Cours de l'Académie*. Ce *Recueil*, qui compte aujourd'hui près de 250 volumes, constitue, à lui seul, une véritable bibliothèque de droit international qui reflète les transformations de la société internationale depuis le jour où, le 14 juillet 1923, fut inaugurée l'Académie, dans la grande Salle d'audience de la C.P.J.I., au Palais de la Paix à La Haye.

2. En créant, en 1969, le Programme extérieur, l'Académie de Droit International a précisément quitté le Palais de la Paix pour aller vers le monde. En effet, quelles que soient les facilités et les bourses dont peuvent éventuellement bénéficier les jeunes internationalistes non européens, il est évident que la localisation de l'Académie en Europe constitue un handicap pour les auditeurs provenant des autres continents. C'est pourquoi le Curatorium a décidé d'organiser depuis 1969 toute une série de sessions extérieures, afin que soit intensifiée l'étude du droit international et des problèmes internationaux d'intérêt universel tout en privilégiant l'approche et la perspective régionale.

Des programmes extérieurs se sont ainsi déroulés depuis un peu plus d'un quart de siècle:

- en Afrique, à Rabat, Yaoundé, Nairobi, Tunis, le Caire, Dakar et Harare;
- en Asie, à Téhéran, Singapour, Bangkok, Pékin, et Kuala Lumpur;
- en Amérique Latine enfin, à Bogota en 1969 et en 1989, à México en 1970 et en 1979, à Buenos Aires en 1972 et en 1986, à Caracas en 1975, à Brasilia en 1983, à Santiago du Chili en 1991 et à San José cette année.

Ainsi donc San José et l'Amérique centrale accueillent-ils, pour la première fois, l'Académie. Comme pouvait me l'écrire le 9 août 1993, Madame le Ministre Sonia Picado Sotela, alors Directeur exécutif de l'Institut inter-américain des droits de l'homme, maintenant Ambassadeur du Costa Rica à Washington qui, retenue par ses obligations, n'a malheureusement pas pu se joindre à nous aujourd'hui, "l'organisation d'une Session extérieure de l'Académie à San José, qui constituerait un véritable 'première' en Amérique centrale, est souhaitable à tous les points de vue et serait des plus profitables pour assurer la promotion du droit international, promotion à laquelle participe cet Institut grâce aux activités que nous menons dans ce domaine avec de renommés internationalistes latinoaméricains".

Le voeu de Madame Picado Sotela se trouve par conséquent réalisé grâce à vous, Monsieur le Ministre des Relations Extérieures, grâce à vous aussi, Monsieur le Directeur exécutif de l'Institut inter-américain des droits de l'homme. La présence de l'Académie à San José constitue un hommage au Costa Rica, dont on connaît la foi dans le droit pour résoudre les différends internationaux, dont le pacifisme constitue l'axe majeur de sa politique extérieure, dont le rôle en faveur de la pacification régionale et du processus de paix dans le cadre de Contadora et d'Esquipulas II a été déterminant, comme pouvait le rappeler le Secrétaire général des Nations Unies, M. Boutros Ghali lors de son récent voyage en Amérique centrale. Un hommage aussi au Costa Rica dont la capitale qui nous accueille a été le siège de la Cour de Justice Centre-américaine de 1911 à 1918 après la destruction par le terrible tremblement de terre de 1910 de la cité historique

de Cartago, berceau culturel du Costa Rica; San José qui est aujourd'hui le siège de la Cour inter-américaine des droits de l'homme et par conséquent le pendant de Strasbourg sur le continent américain. Pour toutes ces raisons, le choix de San José par le Curatorium de l'Académie pour organiser le Programme extérieur s'imposait de toute évidence.

3. L'objectif de cette activité de l'Académie est de réunir de jeunes professeurs de droit international et de jeunes diplomates afin d'étudier de façon approfondie, sous la direction de spécialistes de grande réputation, quelques-unes des questions de droit international général parmi les plus actuelles et quelques-uns des problèmes communs à la région considérée, dans leur dimension juridique.

Ainsi pour la présente Session, le Curatorium de l'Académie a-t-il tout naturellement retenu, compte tenu des préoccupations fondamentales du Costa Rica que je rappelais il y a un instant, deux thèmes principaux: celui des droits de l'homme et celui de la paix.

D'abord, plusieurs conférences et enseignements seront consacrés, au cours de cette session, à la protection internationale des droits de l'homme. Le Professeur Antônio Cançado Trindade qui est, rappelons-le, Juge à la Cour de San José, exposera les mécanismes de protection internationale des droits de l'homme dans le système inter-américain et le Professeur Juan Antonio Carrillo Salcedo, Professeur à l'Université de Séville et ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg, présentera la bilan de l'expérience européenne en la matière. Pour sa part M. Hans van Loon, premier Secrétaire de la Conférence de La Haye de droit international privé - organisation dont on sait le rôle fondamental qu'elle joue dans le développement conventionnel du droit international privé - M. van Loon, qui a été la cheville ouvrière de la récente convention sur l'adoption, traitera de la protection internationale des droits de l'enfant. Enfin, à la charnière des deux thèmes de cette Session, Son Excellence M. Diego Uribe Vargas, Professeur à l'Université nationale de Colombie et membre du Curatorium de l'Académie, ancien Ministre des Relations extérieures et ancien Ambassadeur, donnera une conférence sur thème majeur du droit à la paix. Je me permettrai de rappeler à cet égard que M. Uribe Vargas a joué un rôle éminent, en tant que membre de l'Assemblée nationale

constituante, dans l'élaboration de la Constitution colombienne de 1991 et tout spécialement des dispositions relatives aux droits fondamentaux: c'est grâce à lui que figure notamment l'article 22 de la Constitution, aux termes duquel, "la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento".

Le second thème retenu par le Curatorium pour cette Session portera sur la paix, plus précisément sur le règlement pacifique des différends et la diplomatie préventive. Il s'agit là en effet de questions à propos desquelles les pays d'Amérique centrale ont constitué un véritable laboratoire: que l'on songe à l'expérience pionnière dans l'histoire du droit international de la Cour de Justice centraméricaine de 1907 à laquelle je faisais allusion il y a un instant; que l'on songe également à l'action des Nations Unies au Salvador ou à l'heure actuelle à l'impresionnante opération du MINUGUA dont précisément un des membres, M. Hugo Lorenzo, Vice-président du Comité des Nations Unies contre la Torture, viendra se joindre à nous la semaine prochaine. Pour développer ce second thème de la Session, le Professeur José Antonio Pastor Ridruejo, de l'Université Complutense de Madrid, juriste au Ministère espagnol des Affaires étrangères, traitera de la Cour internationale de justice et de sa renaissance - je souhaite ajouter que le Professeur Pastor Ridruejo est l'agent du gouvernement espagnol devant la Cour internationale de justice dans le présent contentieux qui oppose l'Espagne au Canada sur les problèmes de pêcheries en haute mer. Quant au Professeur Pedro Nikken, Président de l'Institut inter-américain des droits de l'homme et ancien Président de la Cour inter-américaine des droits de l'homme, il présentera une analyse des mécanismes *ad hoc* pour le maintien de la paix en Amérique centrale. Et M. Francesc Vendrell, Directeur de la Division Extrême-Orient et Pacifique au Département des Affaires politiques aux Nations-Unies, ancien Représentant personnel adjoint du Secrétaire général pour l'Amérique Centrale, exposera les relations entre les Nations-Unies et l'OEA, diplomatie préventive, *peace-making*, *peace-keeping* et *peace-building*. Enfin, M. Willem Hamel, qui n'est pas seulement le Trésorier de l'Académie et le Directeur du Palais de la Paix, mais est aussi un juriste d'expérience, pour avoir commencé sa carrière à la Cour de Justice de Luxembourg et avoir eu d'importantes responsabilités au Greffe du Tribunal des Réclamations Etats-Unis/Iran, fera part de son expérience de cette juridiction, originale à bien des égards.

4. L'ensemble des ces enseignements et de ces conférences dont on aura mesuré la variété et la richesse s'adresseront à des universitaires et à des diplomates provenant des dix pays suivants: d'abord du Costa Rica, mais également de la Colombie, de Cuba, de la République Dominicaine, d'El Salvador, du Guatemala, du Mexique, du Nicaragua, du Panama et du Vénézuéla.

Je dois rappeler à cet égard que les participants, qui sont tous d'un haut niveau académique et professionnel, ont été sélectionnés en se fondant exclusivement sur leurs qualifications scientifiques. Le Curatorium attire leur attention sur le fait que ces cours et ces séminaires sont d'un caractère exclusivement académique. Le Programme extérieur n'est évidemment pas une Conférence diplomatique où les participants représentent leurs Gouvernements. Le Programme extérieur est l'occasion unique d'un dialogue fructueux entre les experts prestigieux désignés par le Curatorium et les participants. Etant donné leur expérience exceptionnelle sur le plan théorique comme sur le plan pratique, les conférenciers pourront aider les participants à réfléchir sur les problèmes juridiques qu'ils doivent affronter. Nous sommes persuadés que les travaux de ce groupe de juristes seront particulièrement féconds.

5. L'Académie est très reconnaissante aux internationalistes du Costa Rica et de l'Institut inter-américain des droits de l'homme de nous avoir accueillis. Je tiens également à exprimer mes remerciements à tous les conférenciers qui ont accepté de venir à San José, malgré les importantes responsabilités qu'ils ont, ici ou là, dans le monde.

Mais je suis certain d'être leur interprète auprès des autorités du Costa Rica en disant tout le plaisir qu'ils ont de se trouver ou de se retrouver dans cette belle ville de San José, tout comme je le ressens moi-même.

A tous, et tout particulièrement à vous, Monsieur le Ministre des Relations extérieures et à vous, Monsieur le Directeur exécutif de l'Institut inter-américain des droits de l'homme et cher ami, j'adresse mes remerciements les plus chaleureux.

**Discurso del ExCanciller de Colombia y Miembro
del Curatorium de la Academia de Derecho Internacional
de La Haya, Señor Diego Uribe Vargas**

Excelentísimo Señor Fernando Naranjo, Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica; Señor Doctor Daniel Bardonnet, Secretario General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Señor Doctor Antônio A. Cançado Trindade, Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Señores Embajadores; Señor Rodrigo Madrigal Nieto, Antiguo Canciller de Costa Rica; Señoras y Señores;

Hoy nos reunimos en San José, con el objeto de continuar una larga e importante jornada de difusión y de enseñanza del derecho internacional.

La Academia de Derecho Internacional de La Haya nació en un momento realmente importante para la humanidad, cuando se acallaron los ruidos de la guerra. Al acabarse las detonaciones de los cañones, Holanda le abrió los brazos y su sincera hospitalidad a una cantidad de gente que buscaba paz porque Holanda es precisamente paz, son tulipanes, es belleza, es orden, es armonía, y allí está la sede de la Corte Internacional de Justicia, que es la entidad jurisdiccional llamada a resolver los conflictos entre los Estados. Pero además, es también la sede de la Academia de Derecho Internacional. La Academia fue desde sus inicios el vehículo de difusión, de enseñanza y afianzamiento de las normas jurídicas internacionales. No solamente es importante que hoy lleguen los casos contenciosos al Palacio de la Paz, sino también que se imparta una enseñanza, una pedagogía de la paz y de las soluciones a los conflictos entre los Estados, que deben partir

de las nuevas generaciones, de todos los continentes, de las gentes de las distintas razas. Esa es una visión necesariamente complementaria, puesto que la paz, hay que dedicarla en la conciencia de los pueblos y labrarla trabajosamente en cada generación de ciudadanos del mundo que emergen a un protagonismo mundial.

Ya no se puede negar que la Academia ha hecho muchísimo; que a algunos escépticos de la época en que nació, se les puede oponer las realizaciones de muchos años de esfuerzo materializados fundamentalmente en la hermosa colección del *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* que el Embajador de los Países Bajos va a entregar al Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Yo no puedo negar que se ha ganado mucho, y que hoy, no existe en el mundo una colección más importante de trabajos que la contenida en ella. Estoy convencido que eso vale mucho, y que constituye un testimonio inobjetable de cómo la Academia ha trabajado por la paz, desde luego, pero también por la difusión del derecho como base del hombre de hoy.

El que la UNESCO le hubiese otorgado a la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1992 el premio Félix Houphouët-Boigny para la paz muestra hasta qué punto no solo acá en América sino en todo el mundo se reconoce a la Academia como uno de los grandes centros de difusión, de enseñanza y de práctica del derecho internacional. Es algo que nos satisface y que nos enorgullece profundamente y de lo cual no podemos sencillamente colocarnos a un lado porque es la evidencia de un reconocimiento universal por la labor que cumple esta Academia.

Pero no podía estar ausente tampoco de nuestra América Latina y menos aún de Centroamérica, y menos aún de Costa Rica, país que a lo largo de su historia se ha destacado por el respeto a los derechos humanos y por la vigencia del orden jurídico. Es este no solo un reconocimiento a lo que fue Costa Rica en su pasado, con sus figuras ilustres, con sus excancilleres y con sus gobernantes todos, sino una demostración de que en Europa no solamente se piensa en los problemas de otras áreas del mundo sino que sentimos y vivimos la realidad de todas las zonas de la tierra, particularmente para sembrar esa semilla y fortalecer el concepto de un derecho puesto al servicio de la justicia internacional.

Ha pasado algo, yo lo veo que es importante en todo este largo recorrido: los derechos humanos ignorados por mucho tiempo por el derecho internacional han producido un cambio fundamental, porque el individuo era antes un solo objeto, pero hoy se ha convertido en un sujeto con derechos y obligaciones plenamente claras y establecidas en el contexto de la cultura.

Si ustedes repasan los viejos manuales del Derecho Internacional Público van a encontrar como al individuo se le dan algunas prerrogativas pero no se le daba la titularidad de derechos. Ese es un punto clave y constituye la gran transformación que se ha producido. Me atrevo a decir que se trata de un acontecimiento que ha conmovido los cimientos del derecho internacional y todo el orden jurídico: el individuo convertido en un sujeto del derecho internacional, dejando su condición de simple objeto de este mismo derecho. Ello representa un paso fundamental porque sencillamente se ha llegado a la conclusión que la paz sin respeto a los derechos humanos no existe y a veces lo contrario es aún más cierto: el respeto a los derechos humanos es la paz. En ese sentido esa confluencia de los derechos humanos que por mucho tiempo se confinaron al ordenamiento interno de los Estados y hoy emergen, salen a la comunidad internacional, y es ésta la que está hoy encargada primordialmente de tutelarlos. Es la razón, no tan sencilla ni casual, por la cual estamos en este Instituto Interamericano de Derechos Humanos, dirigido admirablemente por el Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade, hombre maravilloso en sus conocimientos, en su conducta, en su cultura, y que nos reúne para hablar aquí de paz y derechos humanos, pero también del derecho internacional, porque se han ido aproximando los términos. No se puede hablar de paz sin derechos humanos, pero tampoco de derechos humanos sin paz. Ese es un punto clave del cual nos vamos a ocupar y será un tema que yo desarrollaré próximamente en las conferencias que me correspondan. Es en mi opinión fundamental, este vínculo entre derechos humanos y paz, entre la paz y la vigencia de éstos y el respeto por aquellos.

El derecho a la paz ha emergido como un nuevo derecho del hombre, pero ese es un tema que vamos a tratar a partir de mañana, y hoy quiero decirles que estamos exactamente en la honda de los problemas, no solo de Hispanoamérica o de Iberoamérica, sino de los problemas del mundo.

Hemos llegado a la convicción que el derecho no es solamente interestatal, como lo fue en la escuela clásica del Derecho Internacional, y que el hombre es parte de este derecho, y que este último debe preocuparse por señalar y defender sus prerrogativas, para fortalecer sus funciones en el derecho internacional. Una vez más, derechos humanos y paz aparecen como dos términos inseparables.

Para esta Sesión de su Programa Exterior, la Academia ha invitado a figuras muy prominentes de Europa para hablar sobre la materia; aquí estarán el profesor Carrillo Salcedo, el profesor Pastor Ridruejo, en fin quienes brillan en la materia, desde luego encabezados por nuestro querido amigo Antônio Cançado Trindade.

Pero, hay que subrayar otra cosa: en cierta manera la Academia, que tiene su sede en La Haya, es una institución primordialmente europea, y ha mandado al más brillante de sus juristas: al profesor Daniel Bardonnet, profesor en la Universidad de París II (*Panthéon Assas*), jurista de calibre internacional, quien ha acompañado a muchos gobiernos de América Central con sus consejos en las controversias que han tenido ante la Corte Internacional de Justicia. El profesor Bardonnet encarna esa tradición francesa del derecho, importante, valiosa, ejemplar, que es la del derecho que busca la justicia, que busca la equidad, y él es por excelencia ese representante.

Yo quiero agregar solamente una cosa: el Derecho Internacional fue durante mucho tiempo una asignatura, una de tantas. Pero, con el tiempo, han pasado varias cosas: la primera es que el campo del Derecho Público se ha hecho mucho más interrelacionado, y es muy difícil separar hoy la importancia y la incidencia de las normas constitucionales de los fundamentos del derecho internacional. Para ilustrar este punto, puedo citar el ejemplo del derecho comunitario: si ciertamente se ha desprendido del derecho internacional por los tratados que lo han venido conformando, no podemos tampoco decir que sea totalmente ajeno al derecho constitucional. Inclusive, en algunos momentos lo ha remplazado, y ha transformado esa rama del derecho en forma interrelacionada y perfectamente clara, por el efecto de los fenómenos jurídicos que analizaremos en estos días. En alguna medida, lo mismo está ocurriendo con la Convención Americana

sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, que adelantó, o mejor dicho, que se acompasó a ese fenómeno mundial. El hecho que se haya firmado la Convención Americana en la ciudad que hoy nos acoge reafirma la dimensión de esta Sesión en un país como Costa Rica, para precisamente difundir y conocer aquellas bases que han sido la conducta internacional de este noble pueblo costarricense, como es el respeto del derecho, la garantía de los derechos humanos, la defensa de la libertad y la dignidad del hombre, y eso es realmente lo que está en juego en esta hora.

Queridos Embajadores, queridos amigos, señor Canciller, en nombre del Curatorium de la Academia Internacional de La Haya les expreso nuestro agradecimiento y gratitud. Ya bien lo ha dicho el profesor Bardonnnet, pero yo no podía dejar de omitir unas palabras de gratitud.

Aquí vamos a oír profesores de varias nacionalidades, como el profesor Hans van Loon, quien nos va a ilustrar en el campo del Derecho Internacional Privado, que él conoce como nadie. Vendrán también los profesores Juan Antonio Carrillo Salcedo, Pedro Nikken, José Antonio Pastor Ridruejo. Yo creo y quiero especificarles que una vez más Costa Rica presta su concurso a un foro que afirma la interrelación entre los asuntos de los Estados y los intereses básicos de la persona humana, y que, en esta difícil tarea, el derecho internacional tendrá que ser una norma que reconcilie esa aspiración universal por la libertad y la vigencia de los derechos humanos y por el respeto de todos los pueblos. Muchas gracias.

Discurso del Embajador de los Países Bajos en Costa Rica, Señor Frans B.A.M. van Haren

Señor Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones; Señores Canciller, Vicecanciller y ExCanciller; Señor Director Ejecutivo del IIDH y demás colegas de la mesa principal; colegas Embajadores, Jueces, demás autoridades, estudiantes

Hay varias razones porque me siento satisfecho y, también un poco orgulloso, de poderle entregar a usted, Don Antônio A. Cançado Trindade, Director Ejecutivo del IIDH y amigo personal, este primer libro de la colección de los "*Collected Courses of the Hague Academy of International Law*", de la cual ya los oradores que me precedieron hablaron. No puedo faltar ahora y tengo que proceder. Este es un acto simbólico porque este libro forma parte de una donación de alrededor de 250 tomos con un valor de más de 32 mil dólares. No se preocupe: los demás tomos llegarán pronto, con un poco de cooperación de las autoridades aduaneras de Costa Rica, por supuesto. Cada libro tiene la siguiente inscripción: - "Donated by the Government of the Netherlands to the "Centro de Documentación y Biblioteca Conjunta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", on the occasion of the 24th External Programme of the Hague Academy of International Law, held in San José from 24 April to 6 May 1995".

Esta donación es para mí muy grata. Primero tengo una casa en La Haya que queda a la par, como se dice en América Central, de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Así que ahora estoy prestando un servicio a mi vecino segundo; y ahora más en serio, es el hecho que durante los últimos cinco años de mis tareas en Holanda, el presupuesto del que yo

me encargaba incluía el aporte anual a esta donación, sin que nunca me dieran una oportunidad de estar presente durante estas solemnes sesiones lejos de su sede.

El derecho internacional hoy en día no está perdiendo su relevancia. Al contrario: el terrorismo internacional, el narcotráfico sin fronteras, la globalización, los crímenes contra la humanidad de los que lamentablemente somos testigos, cada día, en varios continentes, la falta de paz en el mundo... Estos y muchos otros asuntos exigen, a través de estudios profundos e imparciales, también soluciones en el área del derecho internacional. La Academia de La Haya es facilitador de este proceso, tanto como el derecho internacional mismo es facilitador en el proceso de búsqueda de soluciones.

La Academia ha reconocido que el proceso hacia el desarrollo económico lleva en sí mismo el concepto de emancipación estatal. Hay algunas instituciones internacionales que aceptan esta noción y que tratan de fortalecer esta capacidad en los países en vía de desarrollo. La Academia de Derecho Internacional de La Haya fue la primera en reconocer esta necesidad.

La falta de reglas internacionales ha contribuido en demasiadas ocasiones a fracasos en los procesos de desarrollo económico. Las inversiones públicas y privadas corren riesgos por falta de seguridad jurídica. Negociaciones internacionales están frustradas por falta de equitatividad en la capacidad negociadora de los países participantes. En breve: hay campo, en cualquier esfuerzo de desarrollo, para el fortalecimiento de la capacidad gubernamental y jurídica.

Ahí entra este programa externo de la Academia. A todos los participantes, profesores y demás personas vinculadas a esta actividad tan importante, les deseo mucho éxito. Esta donación de 250 libros no sirve solamente a ustedes, sino también debería ser una herramienta para los futuros negociadores de sus países. La podemos considerar como enciclopedia del derecho internacional, una herramienta en la pedagogía de la paz. Que sirva a vuestros países y Gobiernos. Muchas gracias.

**Discurso del Ministro de Relaciones Exteriores y Culto
de la República de Costa Rica,
Señor Fernando Naranjo Villalobos**

Excelentísimo Señor Diego Uribe, Miembro del Curatorium de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Dr. Daniel Bardonnet, Secretario General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade, Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Sr. Rafael Villegas, Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones; Sr. ExCanciller, Rodrigo Madrigal Nieto; Excelentísimos Señores Embajadores y Jefes de Misión, Magistrados, Defensor de los Habitantes, distinguidos Participantes de las diferentes Naciones asistentes a la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Señoras y Señores:

Es para mí un gran honor darles la bienvenida en nombre del Gobierno de Costa Rica, a todos ustedes distinguidos profesores y participantes en este Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en la sede del Instituto del Servicio Exterior del Ministerio que por primera vez tiene la magnífica oportunidad de ser escenario de esta actividad de gran prestigio internacional.

El Ministerio con este evento quiere mostrar una vez más al país que queremos que este Instituto sea fuente de estudio y debate de los grandes temas nacionales e internacionales. Y se muestra orgulloso de ser sede de este importante seminario.

Nos complace recibir en especial a todos los profesores e integrantes de la Academia de Derecho Internacional de La Haya y deseamos que en

estos días podamos tener un franco y amplio intercambio de opiniones no solo sobre los temas del Curso sino también sobre otros aspectos de palpitable actualidad, en un mundo que evoluciona y transforma a gran velocidad.

No puedo dejar de omitir mi profunda preocupación por la amenaza terrorista que sufre la humanidad nuevamente estos días. Costa Rica condena una vez más estos hechos que conmueven lo más profundo de nuestras tradiciones y principios en materia de derechos.

La humanidad debe combatir todas las expresiones del terrorismo, de modo que se respete al ser humano integralmente. El mundo civilizado espera que estos actos sean erradicados de nuestro planeta.

Ustedes estos días en nuestro país estarán dando ese paso importante en pro de la vigencia de los derechos humanos en América Latina. Cuando cumplimos 50 años de las Naciones Unidas nunca se ha hecho más urgente volver a insistir en esta importante tarea; en nombre del Presidente José María Figueres, les deseo muchos éxitos en esta su casa. Muchas gracias.

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (1948-1995): EVOLUCIÓN, ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes del Sistema Interamericano de Protección. III. Formación del Sistema Interamericano de Protección. IV. Institucionalización Convencional del Sistema Interamericano de Protección. V. Consolidación del Sistema Interamericano de Protección. 1. La Construcción Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. Los Protocolos Adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 3. Convenciones Interamericanas Sectoriales de Protección y Otras Iniciativas Relevantes. VI. Relación del Mecanismo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con los de Otros Sistemas de Protección. VII. Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección: Reflexiones y Recomendaciones *De Lege Ferenda*. VIII. Observaciones Finales.

I. Introducción

Cualquier pronóstico sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos debe partir de la experiencia acumulada en las últimas décadas en esta área. Se pueden identificar hoy en la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos cinco etapas básicas. La primera, la de los antecedentes del sistema, fue marcada por la mezcla de instrumentos de efectos jurídicos variables

(convenciones y resoluciones orientadas hacia determinadas situaciones o categorías de derechos). La segunda, la de la formación del sistema interamericano de protección, se caracterizó por el rol solitariamente protagónico de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la gradual expansión de las facultades de la misma. La tercera, la de la institucionalización convencional del sistema, evolucionó a partir de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La cuarta etapa, que se desarrolla a partir del inicio de la década de los ochenta, es la de la consolidación del sistema, mediante la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la adopción de los dos Protocolos Adicionales a la Convención Americana, respectivamente sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) y sobre la Abolición de la Pena de Muerte (1990). A estos Protocolos se suman las Convenciones interamericanas sectoriales, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), además de otras iniciativas relevantes.

El estudio de la materia no puede dejar de abarcar la relación del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con los de otros sistemas de protección. Estamos ahora ingresando, a mediados de los años noventa, en una quinta etapa, que nos permitiríamos llamar de perfeccionamiento del sistema interamericano de protección. Un perfeccionamiento que al mismo se impone en nuestros días. Al pasarnos a esta etapa que hoy se inaugura, nos permitiremos exponer nuestras reflexiones y recomendaciones *de lege ferenda* con miras a lograr dicho perfeccionamiento del mecanismo de protección de la Convención Americana en este final de siglo. Pasemos, pues, al examen de la evolución, del estado actual y de las perspectivas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

II. Antecedentes del Sistema Interamericano de Protección

Si tomamos como punto de partida del sistema interamericano la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948,

acompañada por la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales del mismo año (ambas basadas en resoluciones y no en tratados), constatamos que la Declaración Americana formó la base normativa de la materia en el período que antecede la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, y sigue siendo la base normativa *vis-à-vis* los Estados no-Partes en la Convención Americana. La Declaración de 1948 proclamó los derechos en ella consagrados como inherentes a la persona humana, avanzó —distintamente de la Convención Americana— una visión integral de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), y señaló la correlatividad entre derechos y deberes.

En este período de los antecedentes, constatamos además que la Declaración y la Carta de Garantías Sociales de 1948 fueron precedidas o acompañadas de otros instrumentos de contenido y efectos jurídicos variables, generalmente orientados hacia determinadas situaciones o categorías de derechos (convenciones sobre derechos de los extranjeros y de los ciudadanos naturalizados, convenciones sobre asilo, convenciones sobre derechos de la mujer, resoluciones adoptadas en las conferencias interamericanas sobre diversos aspectos de la protección de los derechos humanos, declaraciones de conferencias que contienen alusiones al tema de los derechos humanos).

Tenemos, así, en esta etapa inicial, una mezcla de instrumentos que van desde los de carácter obligatorio hasta los puramente recomendatorios, en su mayor parte relacionados con determinados aspectos de los derechos individuales en el continente americano. Curiosamente, fue una Resolución de una Conferencia Interamericana, la de Lima 1938, que vino a constituir un antecedente de la Declaración Americana de diez años después, por primera vez discutiendo en una conferencia del género de manera directa en nuestro continente el tema de los derechos humanos y de las medidas conjuntas para su salvaguardia.

En efecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos en general forman un *corpus* de reglas bastante complejo, distintas en cuanto a sus orígenes, a su contenido, a sus efectos jurídicos, a su ámbito de aplicación, a sus destinatarios o beneficiarios, a su ejercicio de funciones y a sus técnicas de control y supervisión. A nivel de implementación, verifícase

que los órganos de supervisión operan sobre bases jurídicas distintas (v.g., convenciones, instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, resoluciones de órganos internacionales). La constatación de las distintas bases jurídicas se da también en relación con la operación de los métodos de implementación (peticiones o reclamaciones o comunicaciones o denuncias, informes, e investigaciones o determinación de los hechos). Este fenómeno de diversidad de medios y de identidad de propósito es ilustrado pertinentemente por la propia evolución del sistema interamericano de protección, el cual, en sus orígenes, fue así incorporado en instrumentos de contenido y efectos jurídicos variables (tratados y resoluciones).

III. Formación del Sistema Interamericano de Protección

La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos se originó en una resolución y no en un tratado: la Resolución VIII de la V Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago 1959). Tenía, según su Estatuto de 1960, un mandato limitado a la promoción de los derechos humanos. Sin embargo, una vez creada, la propia Comisión pasó a luchar por la gradual expansión de sus facultades. Así, la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965), por medio de la Resolución XXII, amplió los poderes de la Comisión para que también pudiera recibir peticiones o comunicaciones sobre violaciones de los derechos humanos. Además, se incluyeron entre los poderes de la Comisión el sistema de informes (de distintos tipos, como informes de sesiones, informes anuales e informes sobre determinados países), el examen de comunicaciones, las visitas de observación *in loco* a los Estados (con la anuencia de éstos) y la preparación de estudios y seminarios. Los poderes de la Comisión, originalmente limitados, se expandieron mediante un proceso de interpretación liberal.

En los primeros años de su existencia, la Comisión fue aún más allá, ya como órgano de protección: en el caso de la *República Dominicana* (1965-1966), la Comisión se transformó en verdadero órgano de acción actuando continuamente en aquel país más de un año, ampliando considerablemente sus atribuciones de órgano de observación y recomendación.

Cuatro años después, durante el conflicto armado entre *Honduras y El Salvador* (1969), miembros de la Comisión permanecieron en aquéllos países por un período de aproximadamente cuatro meses. Ya no quedaba duda alguna de que la Comisión se había consolidado como órgano de acción efectiva en la protección de los derechos humanos.

Con el primer Protocolo de Reformas de la Carta de la OEA (Buenos Aires, 1967), que entró en vigor en 1970, la Comisión fue en fin erigida en uno de los órganos principales de la Organización regional. De esta manera se fortaleció el *status* jurídico de la misma, poniendo fin a eventuales objeciones a su competencia: la Comisión pasaba así a disponer de una base convencional, con un mandato no sólo de promoción, sino también de control y supervisión de la protección de los derechos humanos. A partir de entonces la Comisión actuó con amplio margen de acción, como ilustrado, por ejemplo, por el *caso chileno*, en el cual la Comisión se dedicó a la recolección de datos relevantes, realizó misiones de investigación *in loco* y elaboró recomendaciones e informes al respecto a partir de 1973.

Una de las más completas investigaciones jamás realizadas por la Comisión se encuentra en el informe de 1979 sobre los *desaparecidos en Argentina*. Al final de los años setenta, la Comisión había efectuado 11 visitas *in loco*, total este que duplicó al final de la década de los ochenta. Dichas observaciones *in loco* han tenido, además, una función preventiva. Los informes anuales de la propia Comisión pasaron a incluir una sección con informaciones proporcionadas por los gobiernos de los Estados miembros de la OEA sobre el progreso alcanzado en la realización de los objetivos consagrados en los instrumentos básicos del sistema interamericano de protección. La Comisión no dejó de instar a los Estados miembros de la OEA a incorporar en los textos de sus Constituciones ciertas categorías de derechos (o a incorporar los derechos internacionalmente consagrados en su derecho interno) y a armonizar sus legislaciones respectivas con los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos. Algunos Estados han así procedido hasta la fecha.

En cuanto al examen de las comunicaciones recibidas, sobre alegadas violaciones de los derechos humanos, la naturaleza de los procedimientos adoptados permitió a la Comisión actuar con flexibilidad y evitar el

rechazo inmediato de ciertas comunicaciones con base en las condiciones de admisibilidad (tales como, v.g., el requisito del previo agotamiento de los recursos internos por los peticionarios). A la Comisión le fue posible utilizar presunciones en favor de las presuntas víctimas en lo que se refería a las condiciones de admisibilidad de sus comunicaciones.

En cuanto al requisito del previo agotamiento de los recursos internos, la Comisión ha adoptado una diversidad de soluciones, que incluyen solicitud de informaciones adicionales y aplazamiento de la decisión (en lugar del simple rechazo de las peticiones), y reapertura subsiguiente de los casos. En efecto, uno de los aspectos sobresalientes de la experiencia de la Comisión en esta área reside en el tratamiento dispensado a las llamadas "situaciones generales", o casos en que se alegan violaciones generalizadas de derechos humanos.

En virtud de una regla de interpretación fijada en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965), se admitió que el requisito de admisibilidad del previo agotamiento de los recursos de derecho interno no se aplicaría en tales "situaciones generales". Dicha regla de interpretación se aplicó en algunos casos concernientes a suspensión de garantías del *due process* y otras irregularidades, e ineficacia de los recursos de amparo y de habeas corpus, a mediados de los años setenta. De este modo, la práctica de la Comisión en este particular, incluso antes de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contribuyó a facilitar gradualmente el acceso de las presuntas víctimas a la instancia internacional y a fortalecer su posición en el plano internacional.

Ha demostrado, además, que aquel requisito de admisibilidad no es sacrosanto, inmutable o absoluto, y ha sido aplicado –a la luz del criterio de la eficacia de los recursos internos– con mucho más flexibilidad en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos. Aquí los recursos internos forman parte integrante del propio sistema de protección internacional de los derechos humanos, con énfasis en el elemento de reparación (*redress*) y no en el proceso de un agotamiento mecánico de recursos. Dicho requisito da testimonio de la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en el presente contexto de protección,

fundamentalmente orientado hacia las víctimas, y dirigido a los derechos de los seres humanos y no de los Estados. Las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional —a las cuales se refiere la formulación del requisito del agotamiento en los tratados e instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos,— además de seguir una evolución propia en los distintos contextos en los cuales se aplican, sufren necesariamente, cuando insertadas en tratados e instrumentos de derechos humanos, un cierto grado de ajuste o adaptación, dictado por el carácter especial del objeto y propósito de éstos y por la especificidad ampliamente reconocida de la protección internacional de los derechos humanos¹.

La práctica de la Comisión Interamericana en este particular constituye una clara ilustración de este entendimiento. En su vasta práctica de examen de comunicaciones [individuales], la Comisión ha adoptado resoluciones de contenido variable según los casos. Tales resoluciones han declarado que los actos relatados en los casos constituyen *prima facie* violaciones de derechos humanos, o han recomendado una amplia investigación de lo que parecía constituir violaciones de los derechos humanos, o han decidido archivar los casos hasta que se conocieran los resultados de investigaciones en curso, o en fin han declarado que no se verificaron las violaciones de los derechos humanos alegadas en las comunicaciones.

De modo general, en su vasta práctica, tanto en decisiones sobre casos individuales, como en observaciones *in loco* o en informes sobre situaciones de derechos humanos, la Comisión Interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones como la prevalencia de las garantías judiciales y el debido proceso, el derecho a condiciones mínimas de tratamiento en prisiones, la caracterización de la detención arbitraria, las restricciones a la pena de muerte, los requisitos de los estados de emergencia y control de suspensión de garantías, los derechos a libertad personal y participación política, la presunción de inocencia, la condenación absoluta de la tortura, entre otras.

1 A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443.

IV. Institucionalización Convencional del Sistema Interamericano de Protección

Una nueva etapa se inaugura a mediados de 1978, con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la cual establece la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos como sus órganos de supervisión. La Comisión Interamericana pasó a ser dotada de una dualidad de funciones: continuó aplicando las normas que venían rigiendo su actuación incluso en relación con los Estados que no eran o no son Partes en la Convención Americana, y pasó a aplicar a los Estados Partes las disposiciones pertinentes de la Convención. Una ilustración de interacción de instrumentos de derechos humanos de bases jurídicas distintas en la práctica subsecuente de la Comisión es dada por el tratamiento dispensado al *caso n. 9247*, concerniente a los Estados Unidos (Estado no-ratificante). Allí la Comisión llegó a afirmar que como consecuencia de las obligaciones contenidas en los artículos 3(j), 16, 51(e), 112 y 150 de la Carta de la OEA, las disposiciones de otros instrumentos de la OEA sobre derechos humanos—su Estatuto y Reglamento, y la Declaración Americana de 1948—adquirieron “fuerza obligatoria”. Se entendieron por “derechos humanos” tanto los derechos definidos en la Convención Americana como los consagrados en la Declaración Americana de 1948. Y la Comisión, como “órgano autónomo” de la OEA, entendió que las disposiciones sobre derechos humanos de la Declaración Americana derivaban su carácter normativo o “fuerza obligatoria” de su interacción con las disposiciones relevantes de la propia Carta de la OEA.

Aún para los Estados que efectivamente ratificaron los tratados de derechos humanos, las resoluciones declaratorias—en interacción con las disposiciones pertinentes de las referidas cartas constitutivas de organizaciones internacionales—han mantenido su valor jurídico en la medida en que consagran uno u otro derecho que no consta de aquéllos tratados. Por ejemplo, en el continente americano, la Declaración Americana de 1948 incluye en su elenco, junto a los derechos civiles y políticos clásicos, algunos derechos de contenido económico, social y cultural (artículos XIII al XVI y XXII), mientras que, en la Convención Americana de 1969, prevalecía hasta 1988 una laguna histórica en relación con esta categoría de derechos, una vez que la Convención se limita a disponer

sobre su “desarrollo progresivo” (artículo 26), para tal refiriéndose a las normas económicas, sociales y culturales de la Carta (enmendada) de la OEA. Se procuró en 1988 remediar esta laguna o insuficiencia histórica mediante la adopción del [primer] Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*infra*).

Sin embargo, los artículos de la Declaración Americana de 1948 orientados a esta categoría de derechos, en combinación con las disposiciones relevantes de la Carta de la OEA, retienen su importancia para fortalecer el grado de la protección de la persona humana en el dominio económico, social y cultural en relación con los Estados Partes así como –y especialmente– con los Estados no-Partes en la Convención Americana y en sus dos Protocolos (sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y sobre la Abolición de la Pena de Muerte).

No debe pasar desapercibido que los redactores de la Convención Americana tuvieron la prudencia de incluir una disposición (artículo 29) que contiene normas claras de interpretación: estas rechazan expresamente una interpretación de las disposiciones de la Convención que venga a suprimir o limitar el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, en la legislación interna de los Estados Partes, o en otros actos internacionales sobre derechos humanos. Queda claro el carácter esencialmente objetivo de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en cuanto a la protección de los derechos humanos.

El significado y alcance de la Convención Americana pueden ser medidos por sus posibles efectos jurídicos en el derecho interno de los Estados Partes. Hoy se reconoce, v.g., que el artículo 2 de la Convención establece la obligación de armonizar la legislación interna con las disposiciones de la Convención, a la cual se suma la obligación general del artículo 1 de la Convención (cf., en ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *infra*). Además, el artículo 25 de la Convención reconoce a toda persona el derecho a un recurso simple y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales para salvaguardar sus derechos fundamentales reconocidos por la Convención, por la Constitución o por la ley.

Los informes anuales más recientes de la Comisión Interamericana relacionan la cuestión de la protección de los derechos humanos con su preocupación con la propia organización política de los Estados miembros de la OEA y con el ejercicio efectivo de la democracia representativa como principio consagrado en la Carta de la OEA. Las dificultades de implementación, particularmente de los derechos económicos y sociales, inciden más directamente, como lo ha señalado la Comisión, en la propia organización político-económico-social del Estado.

Los datos estadísticos revelan que, hasta 1975, la Comisión había examinado más de 1.800 comunicaciones sobre derechos humanos; a fines de 1978 ya llegaban a 3.200 los casos examinados. Esto significa que la Comisión consideró 20% de los casos en sus primeros 15 años de actuación, y cerca de 80% de los casos solamente a mediados de los años setenta (entre 1973 y 1978). De 1978 hasta mediados de 1985, otras 6.666 comunicaciones fueron recibidas por la Comisión, —total que al inicio de los años noventa sobrepasó las 10.000 comunicaciones. Quizás tan importante como el sistema de comunicaciones ha sido el sistema de investigaciones (visitas *in loco*) y la elaboración de los informes por países y de los que ha presentado a la Asamblea General de la OEA conteniendo consideraciones inclusive de carácter doctrinario. Tales observaciones *in loco* han sido efectuadas por la Comisión ya sea en el curso del examen de comunicaciones (para comprobar los hechos denunciados), como también en la conducción de investigaciones de situaciones generales de derechos humanos en determinados Estados.

De este modo, tanto casos individuales como “situaciones generales” de derechos humanos se han constituido en objeto de investigación por parte de la Comisión. De todos los órganos de supervisión internacional en esta área, la Comisión ha sido el órgano permanente que ha hecho quizás el más amplio uso de misiones de observación *in loco*, para la elaboración de sus informes sobre países o situaciones generales de derechos humanos. A los resultados concretos en numerosos casos hay que sumarle la función preventiva ejercida por la Comisión. En virtud de sus recomendaciones de carácter general dirigidas a determinados gobiernos o formuladas en sus informes, se han modificado o derogado leyes y otras disposiciones que violaban los derechos humanos, se han armonizado legislaciones naciona-

les con preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos, y se han establecido o perfeccionado recursos y procedimientos de derecho interno para la plena vigencia de los derechos protegidos.

En el plano de la operación de los dos órganos de supervisión de la Convención Americana (Comisión y Corte), el sistema interamericano de protección sólo alcanzará su plenitud mediante la "ratificación universal" (para referirnos a una expresión usada en la reciente II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de Viena de 1993), a nivel regional, de la Convención Americana, así como la aceptación por todos los Estados Partes de la competencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente, de los 35 Estados miembros de la OEA, 25 son Partes en la Convención Americana², y, de éstos, 17 han aceptado la competencia obligatoria de la Corte³ hasta la fecha. Urge buscar la expansión del ámbito geográfico o espacial de aplicación del sistema interamericano de protección, de modo que abarque integralmente la totalidad no sólo de América del Sur y de Centroamérica, sino también del Caribe y de América del Norte.

Es igualmente importante buscar una más amplia difusión del sistema interamericano de protección, mediante, v.g., una mayor publicidad de las decisiones de los órganos de supervisión de la Convención Americana y de los informes sobre la situación de los derechos humanos por países. Otras providencias más específicas incluirían la retirada por los Estados Partes de reservas a los tratados de derechos humanos⁴, y una reglamentación más

2 Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

3 Argentina, Barbados, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

4 La especificidad del derecho internacional de los derechos humanos, hoy ampliamente reconocida, acarrea una serie de implicaciones. En curso que dictamos en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1987, publicado en el tomo 202 de su *Recueil des Cours* (op. cit. *infra* n. (13), pp. 180-189), sostuvimos que se debería considerar confiar a los órganos de supervisión creados por los tratados de

precisa del control o supervisión internacional de medidas de emergencia tomadas por los gobiernos. Aún en el plano institucional, se requiere mayor acercamiento entre la Comisión y la Corte Interamericanas, el cual propiciaría una más clara delimitación de las funciones complementarias de ambas (v.g., en cuanto a decisiones sobre condiciones de admisibilidad de peticiones o denuncias, en cuanto a la investigación o determinación de los hechos, en cuanto al envío de casos por la Comisión a la Corte -cf. *infra*).

V. Consolidación del Sistema Interamericano de Protección

Una nueva etapa, de consolidación del sistema interamericano de protección, se inaugura en el inicio de los años ochenta. El año 1982 marca el principio de dos significativos desarrollos, a saber, de la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así

derechos humanos la determinación de la compatibilidad o no de reservas con el objeto y propósito de los mismos. El tiempo vino a darnos razón. Dichos órganos se han mostrado cada vez más dispuestos a proceder a tal determinación, como lo ilustran las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Belilos* (1988) y *Weber* (1990) contra la Suiza. Más recientemente, en su comentario general n. 24(52), de noviembre de 1994, el Comité de Derechos Humanos, bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, ponderó que el sistema de reservas (formulación y objeción, como reminiscencias de la reciprocidad) consagrado en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados es inadecuado a los tratados de derechos humanos. En la misma línea, en su tercera Opinión Consultiva, de 1983, sobre *Restricciones a la Pena de Muerte*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos advirtió que la cuestión de la reciprocidad relativa a reservas no era plenamente aplicable a los tratados de derechos humanos. Podríamos agregar que, lo que tuvieron en mente las Delegaciones participantes en las dos Conferencias de las cuales resultaron las dos Convenciones de Viena, sobre Derecho de los Tratados (1969) y sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986), fueron esencialmente tratados cuya interpretación y aplicación –también en relación con las reservas– eran dejadas a las propias Partes Contratantes, y no tratados –como los de derechos humanos– dotados de mecanismos de supervisión propios. A nuestro entender, son estos últimos que deben determinar la compatibilidad o no de reservas con el objeto y propósito de los tratados de derechos humanos. El sistema individualista de reservas no se muestra en conformidad con la noción de garantía colectiva subyacente a los tratados de derechos humanos, que incorporan obligaciones de carácter objetivo trascendiendo los compromisos recíprocos entre las Partes, y se vuelven al interés común superior de la salvaguardia de los derechos del ser humano y no de los derechos de los Estados.

como de los *travaux préparatoires* del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A estos desarrollos hay que agregar la adopción de un segundo Protocolo a la Convención Americana, sobre la abolición de la pena de muerte (1990), así como la adopción de las Convenciones interamericanas sectoriales contra la tortura (1985), contra la desaparición forzada de personas (1994), y contra la violencia contra la mujer (1994). Pasemos al examen de cada uno de esos desarrollos en la etapa de consolidación del sistema interamericano de protección.

1. La Construcción Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana tiene dos tipos de competencia: la contenciosa (artículo 62 de la Convención Americana) y la consultiva (artículo 64 de la Convención). Esta última es particularmente amplia, una vez que todos los Estados miembros de la OEA (hayan o no ratificado la Convención) y todos los órganos mencionados en el capítulo X de la Carta de la OEA (Asamblea General, Consejo Permanente, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, etc.) pueden formular consultas a la Corte sobre temas distintos (i.e., interpretación de la Convención Americana o de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, determinación de la compatibilidad entre cualesquiera de las leyes internas de los Estados Americanos y la Convención Americana u otros tratados sobre derechos humanos).

En cambio, la competencia contenciosa de la Corte, que se refiere a la resolución de casos en los que se alegue que uno de los Estados Partes ha violado la Convención, es obligatoria sólo para aquéllos Estados Partes que han hecho una declaración en este sentido, siendo además facultado a otros Estados Partes aceptar la competencia contenciosa para cualquier caso específico. En los primeros años de actuación de la Corte fue su jurisdicción consultiva la que más se ejerció. Así, hasta el presente, catorce Opiniones Consultivas han sido emitidas por la Corte. En la primera Opinión Consultiva (1982), la Corte destacó la especificidad de los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos y la interacción entre los distintos sistemas de protección a niveles regional y

global; consagró, además, la interpretación extensiva del ejercicio de su facultad consultiva. En la segunda Opinión Consultiva (1982), la Corte volvió a señalar el carácter peculiar o específico de la protección internacional de los derechos humanos y descartó la posibilidad de un presumible interés de Estados reservantes en retrasar la entrada en vigor de la Convención: decidió la Corte que un instrumento de ratificación o adhesión conteniendo una reserva compatible con el objeto y propósito de la Convención no requería aceptación de los otros Estados Partes, no se aplicando así la limitación contenida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1986.

En respuesta a la tercera Consulta (1983), la Corte enfatizó el carácter único de su amplia función consultiva y precisó las limitaciones impuestas por la Convención a la pena de muerte: según la Corte, la “tendencia limitativa” de la aplicación de la pena de muerte requiere que se limite definitivamente su ámbito, de modo que “este se vaya reduciendo hasta su supresión final”⁵. Acrecentó la Corte que la reciprocidad relativa a reservas no se aplicaba plenamente a los tratados de derechos humanos; teniendo en cuenta el objeto y propósito de éstos, no cabía al Estado en cuestión actuar como árbitro único del alcance de sus obligaciones convencionales a las cuales se refería su reserva. En la cuarta Opinión (1984), la Corte reiteró la interpretación extensiva del ejercicio de su facultad consultiva, y agregó que, si sólo se pudiera solicitar opiniones consultivas sobre leyes vigentes, tal interpretación demasiado restrictiva (del artículo 64(2) de la Convención) “limitaría indebidamente” la función consultiva de la Corte.

En atención a una quinta solicitud de Opinión Consultiva (1985), la Corte se concentró en la libertad de pensamiento y expresión (independencia de los periodistas), y advirtió que la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso del cualquier persona al “uso pleno” de

5 Según la Corte, la reserva en cuestión no cubría los tribunales especiales y la ejecución de penas de muerte en Guatemala, y no podría ser interpretada de modo a abarcarlos. Con el cambio subsiguiente de gobierno, una nueva Constitución fue adoptada, en 1985, cumpliendo con la disposición sobre las restricciones a la pena de muerte (artículo 4(2) hasta (6) de la Convención Americana y la Opinión Consultiva de la Corte); poco meses después, el gobierno guatemalteco retiró la reserva en cuestión.

los medios de comunicación social como “vehículo para expresarse” o para “transmitir información”, es incompatible con la Convención Americana (artículo 13). En su sexta Opinión (1986), la Corte aclaró que la palabra “leyes”, en el artículo 30 de la Convención, a ser examinada no solamente de acuerdo con el principio de legalidad sino también con el de la legitimidad, significa “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”. En la séptima Opinión Consultiva (1986), la Corte sostuvo que el hecho de que un artículo haga referencia a la ley no es suficiente para que pierda auto-ejecutividad, y observó que el artículo 14(1) de la Convención tiene carácter ejecutable por sí mismo.

En su significativa octava Opinión Consultiva (1987), la Corte consideró que los recursos de amparo y de *habeas corpus* no podían ser suspendidos a la luz del artículo 27(2) de la Convención, porque constituían “garantías judiciales indispensables” a la protección de derechos y libertades que tampoco podían suspenderse según la misma disposición. La Corte, además, advirtió que los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los recursos de amparo o de *habeas corpus* en situaciones de emergencia, “deben considerarse incompatibles” con obligaciones internacionales que la Convención impone a esos Estados. En la ponderación de la Corte, la cuestión de la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa” (a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA).

Directamente relacionada con esta Opinión Consultiva se encuentra la igualmente significativa novena Opinión de la Corte (1987), en que la ésta precisó que de la obligación general de respetar los derechos reconocidos en la Convención se derivaba el derecho de toda persona a “un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes” para la protección de sus derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la Constitución o la ley (artículo 25(1) de la Convención). No basta con que los recursos estén previstos por el derecho interno o sean formalmente admisibles, se requiere que sean idóneos y

efectivos. La Corte agregó que el artículo 8 de la Convención no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino reconoce el *due process of law* que se aplica “en lo esencial, a todas las garantías judiciales” referidas en la Convención, “aún bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma”. Finalmente, otras garantías, derivadas de la “forma democrática de gobierno” (a que se refiere el artículo 29(c) de la Convención), implican no solamente una determinada organización política sino la necesidad de que las medidas tomadas por un gobierno en situación de emergencia cuenten con garantías judiciales y estén sujetas a un control de legalidad, de manera que “se preserve el Estado de Derecho”.

En las octava y novena Opiniones Consultivas, cuya importancia nos permitimos destacar, la Corte desarrolló su razonamiento a partir de un enfoque realista, tomando en cuenta la realidad de nuestro continente, e insistiendo en la intangibilidad de las garantías judiciales. Mientras tanto, sigue desarrollándose el debate doctrinario sobre la deseable ampliación *de lege ferenda* del núcleo de derechos inderogables, y la igualmente deseable reglamentación y control precisos de los estados de emergencia.

En la décima Opinión Consultiva (1989), la Corte sostuvo que estaba autorizada por el artículo 64(1) de la Convención Americana a rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana de 1948, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta de la OEA y la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Esto porque, según la Corte, la Declaración Americana contiene y define aquellos derechos humanos a los que la Carta de la OEA se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la OEA en materia de derechos humanos, sin integrar la normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

En la undécima Opinión Consultiva (1990), la Corte examinó la cuestión de las circunstancias circundando el requisito del agotamiento de los recursos internos (bajo el artículo 46 de la Convención Americana); había que abordar tal requisito de modo claramente más flexible (que en otros contextos), a la luz de la especificidad de la protección internacional

de los derechos humanos, con las presunciones a operar en favor de las presuntas víctimas. El requisito del agotamiento, de ese modo, según la Corte, no se aplica si, por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de agotar o utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención. Mediante esta Opinión, la Corte dio mayor precisión al alcance de las excepciones a la regla del agotamiento, en un aporte de importancia en América Latina, dadas las dificultades de acceso a la justicia de las poblaciones carentes y de la obtención de la asistencia legal necesaria a la protección de los derechos consagrados en la Convención Americana, aún más en situaciones de represión o intimidación.

En la duodécima Opinión Consultiva (1991), la Corte decidió no responder la consulta formulada, por cuanto podría desvirtuarse la competencia contenciosa y verse menoscabados los derechos humanos de quienes habían formulado peticiones ante la Comisión. En la décima tercera Opinión Consultiva (1993), determinó la Corte que la Comisión Interamericana era competente (bajo los artículos 41 y 42 de la Convención) para calificar una norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones por éste asumidas al ratificar la Convención o adherir a ella, pero no para dictaminar si tal norma contradecía o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado.

En fin, en la décima cuarta Opinión Consultiva (1994), sostuvo la Corte que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones de un Estado Parte en la Convención constituye una violación de ésta y, en caso de que tal violación afecte los derechos consagrados en la Convención, respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. Agregó la Corte que, en caso de que un acto de cumplimiento de dicha ley constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto. Hasta ahí va la última Opinión de la Corte. Queda, así, como un paso adelante a ser dado en el futuro, la determinación de esta responsabilidad internacional [individual, además de la del Estado] en casos de violación de los derechos inderogables (v.g., derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tortura o esclavitud,

derecho a no ser incriminado mediante aplicación retroactiva de las penas).

En el ejercicio de su competencia contenciosa, en el caso *Viviana Gallardo et alii* (1981), la Corte declaró inadmisibile la demanda del gobierno de Costa Rica, que había formalmente resignado los procedimientos ante la Comisión; la Corte señaló, sin poner en duda la buena intención del gobierno, que tales procedimientos no solamente aseguraban la integridad institucional del sistema de protección consagrado en la Convención, sino que además, estaban establecidos no en interés exclusivo del Estado, sino como salvaguardia de los derechos individuales de la víctimas.

En su sentencia en el caso contencioso siguiente, el de *Velásquez Rodríguez* (1988), la Corte declaró que Honduras violó, en perjuicio de Velásquez Rodríguez, los artículos 7 (derecho a la libertad personal), 5 (derecho a la integridad personal) y 4 (derecho a la vida) de la Convención, en combinación con el artículo 1(1) de la misma, y decidió además que Honduras estaba obligada a pagar una “justa indemnización compensatoria” a los familiares de la víctima. Fue este el primer caso en que la Corte decidió que un Estado Parte violó la Convención Americana. Igualmente, en el caso *Godínez Cruz* (1989), la Corte declaró que Honduras violó, en perjuicio de Godínez Cruz, los artículos 7, 5 y 4 de la Convención, en conexión con el artículo 1(1) de la misma, y estaba obligada a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de la víctima. En cambio, en el caso *Fairén Garbi y Solís Corrales* (1989), la Corte declaró que en el *cas d'espèce* no había sido probado que F. Fairén Garbi e Y. Solís Corrales habían desaparecido por causa imputable a Honduras, cuya responsabilidad, por consiguiente, no había quedado establecida.

En el caso *Aloeboetoe* (reparaciones, 1993), la Corte Interamericana, ante el reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte de Suriname (en 1991), fijó el monto de reparación a ser pagado por el Estado a los familiares de las víctimas o a sus herederos, y ordenó el establecimiento de dos fideicomisos y la creación de una fundación, así como la reapertura de la escuela de Gujaba y la puesta en operación de un dispensario existente en este lugar.

En el caso *Cayara* (excepciones preliminares, 1993), contra Perú, declaró la Corte que la demanda fue interpuesta por la Comisión fuera del plazo establecido en el artículo 51(1) de la Convención Americana. En el caso *Gangaram Panday* (1994), la mayoría de la Corte entendió que Suriname violó el artículo 7(2) de la Convención (por detención ilegal), en combinación con el artículo 1(1); la minoría disidente entendió que Suriname violó también el artículo 4(1) de la Convención (derecho a la vida), en conexión con el artículo 1(1), una vez que Gangaram Panday murió en detención (ilegal), bajo la custodia del Estado. En el caso *Neira Alegría* (1995), la Corte decidió que Perú violó, en detrimento de Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar, los artículos 4(1) (derecho a la vida) y 7(6) (derecho de *habeas corpus*, en conexión con la prohibición del artículo 27(2)), en combinación con el artículo 1(1) de la Convención, - por lo que estaba obligado a pagar una justa compensación a los familiares de las víctimas.

En el caso *Maqueda* (1995), contra Argentina, la Corte, después de analizar el acuerdo de solución amistosa firmado por la Comisión y las partes, y de verificar el cumplimiento del mismo, admitió el desestimiento de la acción, reservándose, sin embargo, la facultad de reabrir y continuar la tramitación del caso si hubiere en el futuro un cambio de las circunstancias que dieron lugar al acuerdo. En el caso *El Amparo* (1995), la Corte, ante el reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte de Venezuela, decidió que esta última estaba obligada a reparar los daños y pagar una justa indemnización a las víctimas sobrevivientes y los familiares de los fallecidos; agregó que el alcance de las reparaciones y el monto de las indemnizaciones serían fijados por Venezuela y la Comisión Interamericana, de común acuerdo, en un plazo de seis meses, -acuerdo este a ser revisado y aprobado por la Corte. El caso se encuentra pendiente ante la Corte, abierto el procedimiento de reparaciones e indemnizaciones. También se encuentran actualmente pendientes ante la Corte los casos *Caballero Delgado y Santana* contra Colombia; *Genie Lacayo* contra Nicaragua; reparaciones en *Neira Alegría; Paniagua Morales et alii* contra Guatemala; *Castillo Páez* y *Loayza Tamayo*, ambos contra Perú⁶.

6 Más recientemente también ingresaron en la Corte, ante la cual se encuentran pendientes, los casos *Garrido* y *Baigorria* contra Argentina, y *Blake* contra Guatemala. Hasta el final de este año de 1995, es posible que nuevos casos contenciosos ingresen en la Corte.

En relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los casos contenciosos hasta la fecha, nos permitimos destacar la contribución, en particular, de tres de sus sentencias, que nos parecen particularmente significativas: las dos sentencias sobre el fondo en los casos *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz*, y la sentencia sobre reparaciones en el caso *Aloeboetoe*. En las dos primeras, el aporte de la Corte consistió en haber señalado el tríplice deber de los Estados Partes de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos protegidos, así como reparar los daños, y en haber además vinculado las disposiciones sustantivas sobre los derechos violados con la obligación general del artículo 1(1) de respetar y garantizar (*to respect and to ensure*) el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención Americana. Esta vinculación pasó a ser desde entonces invocada sistemáticamente, en otros casos, tanto por la Corte como por la Comisión Interamericana. Y en la tercera sentencia, en el caso *Aloeboetoe*, la contribución de la Corte consistió en haber situado las reparaciones por las violaciones de los derechos protegidos en el contexto social en el cual éstos se aplican, tomando en cuenta con sensibilidad las prácticas culturales en la comunidad de los cimarrones (*maroons*) saramacas en Suriname.

La Corte Interamericana, además del ejercicio de las competencias consultiva y contenciosa (*supra*), también puede tomar las medidas provisionales que considere pertinentes (bajo el artículo 63(2) de la Convención Americana) en casos de “extrema gravedad y urgencia”, y cuando se haga necesario “evitar daños irreparables a las personas”. Puede hacerlo tanto en los asuntos que esté conociendo, como en asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, a solicitud de la Comisión (siempre y cuando se trate de Estados que hayan reconocido la competencia de la Corte). En la primera alternativa (casos pendientes ante la propia Corte), medidas provisionales fueron adoptadas por la Corte para proteger los derechos a la vida y a un trato humano de los testigos en los casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz*, y *Fairén Garbi y Solís Corrales* (1988), y *Caballero Delgado y Santana* (1994).

En la segunda alternativa (casos no pendientes ante la Corte, y sometidos a ésta por la Comisión), medidas provisionales de protección fueron adoptadas en los casos *Bustíos-Rojas* (Perú, 1990), *Chunimá* (Guatemala, 1991), *Reggiardo Tolosa* (Argentina, 1993), *Colotenango*

(Guatemala, 1994-1995)⁷. Para la concesión de medidas provisionales pedidas por la Comisión a la Corte, en esta segunda alternativa, se ha considerado aplicable un principio de presunción de que son necesarias tales medidas de protección⁸.

Antes de concederlas, tiene la Corte que verificar si los Estados en cuestión han reconocido su competencia contenciosa (bajo el artículo 62(2) de la Convención). Tales medidas de protección se han aplicado en situaciones implicando una amenaza inminente a la vida y de grave daño físico o mental. Merecen destaque hasta el presente los razonamientos de la Corte en los casos *Chunimá* y *Colotenango*. En la práctica, la Corte en todos estos casos no ha exigido de la Comisión una demostración plena de la veracidad de los hechos, sino más bien una base razonable para suponer tal veracidad. La concesión de medidas provisionales de protección está asumiendo una importancia cada vez mayor en la práctica de la Corte, dada su función eminentemente preventiva.

2. Los Protocolos Adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Como ya señalamos, en la etapa de la consolidación del sistema interamericano de protección también se enmarca la adopción de los dos Protocolos Adicionales a la Convención Americana, así como de las Convenciones interamericanas sectoriales de protección. Pasemos, de inicio, al examen de los dos Protocolos a la Convención Americana adoptados hasta la fecha.

a) Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

A partir de la decisión, tomada por la Asamblea General de la OEA en 1982, de encomendar la elaboración de un Protocolo Adicional a la

7 Más recientemente, medidas provisionales fueron adoptadas por la Corte también en los casos *Carpio Nicolle* y *Blake* (ambos relativos a Guatemala, 1995).

8 En los dos únicos casos hasta la fecha en que tales medidas no fueron ordenadas por la Corte (casos *penales peruanos*, 1992, y *Chipoco*, también relativo a Perú, 1992), así lo decidió la Corte sea porque lo que en realidad se quería pedir era más bien una visita *in loco*, sea porque el individuo en cuestión no estaba en peligro (ya fuera del país).

Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los *travaux préparatoires* del mismo estuvieron a cargo de órganos distintos. Un primer Anteproyecto de Protocolo fue preparado y sometido por el Secretariado General de la OEA, en 1983. A este siguió un segundo Anteproyecto de Protocolo, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; con base en éste último, y en comentarios recibidos de algunos Estados miembros de la OEA (Ecuador, Venezuela, Argentina, Colombia, Uruguay y México), de la propia Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de dos organismos internacionales (la Organización Internacional del Trabajo y la Organización Panamericana de la Salud), un Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la OEA preparó, entre 1986 y 1988, la versión revisada y final del Proyecto de Protocolo Adicional.

El referido Grupo de Trabajo partió de la premisa de que los derechos económicos, sociales y culturales son efectivamente derechos exigibles. Había, en el sistema interamericano de protección, un vacío en relación con estos derechos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos había consagrado solamente derechos civiles y políticos, y una única disposición (artículo 26) sobre el “desarrollo progresivo” de los derechos económicos, sociales y culturales, que recaían bajo las normas económicas, sociales y culturales, de la Carta (enmendada) de la OEA. Pero estas normas no tenían como objetivo garantizar la protección efectiva de determinados derechos humanos, sino más bien fijar pautas de conducta de los Estados. Era importante, de ese modo, llenar el vacío, a la luz de la concepción de la indivisibilidad de los derechos humanos y en la búsqueda de medios más eficaces de protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

El Grupo de Trabajo tomó como punto de partida un núcleo de derechos formado por los derechos al trabajo, a la salud y a la educación (y otros derechos conexos), así como los derechos relativos a tres grupos: los niños, los ancianos y los minusválidos. Adoptó el Grupo de Trabajo una distinción entre derechos de “exigibilidad inmediata” y derechos de “realización progresiva”. Las dificultades mayores durante la labor del Grupo de Trabajo surgieron en relación con las normas concernientes a los medios de implementación. En efecto, el artículo 19 (medios de protección) del

texto revisado del Proyecto de Protocolo mantuvo la distinción ya mencionada entre derechos de “exigibilidad inmediata” y otros derechos (trasplantando así, curiosamente, para el presente dominio, la dicotomía clásica –que se buscaba superar– entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales): se reservó el sistema de peticiones solamente en relación con el derecho de asociación y libertad sindical (artículo 8(1)(a)) y el derecho a la educación (artículo 13), manteniendo en relación con todos los demás el sistema de informes, con la participación, como órganos de supervisión, del Consejo Interamericano Económico y Social (CIES), del Consejo Interamericano de Educación, Ciencia y Cultura (CIECC), y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

El Proyecto final empezó por consagrar, en su preámbulo, *inter alia*, la tesis de la indivisibilidad de la vigencia de los derechos humanos, así como la obligación de “adoptar medidas” de implementación de los derechos de “realización progresiva” (artículo 1). El texto en fin adoptado en 1988 contiene, además, una disposición sobre la eventual incorporación de otros derechos y ampliación de los reconocidos (artículo 22), que tiene por objetivo, por ese medio, asegurar un “perfeccionamiento progresivo” del instrumento, con alguna flexibilidad, llevando en consideración el “carácter progresivo y dinámico” de la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales⁹.

En efecto, en el plano normativo, el sistema interamericano de protección sólo alcanzará su plenitud mediante la incorporación efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales en su *corpus juris*. Mientras no entre en vigor el Protocolo de San Salvador en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se impone divisar las posibilidades de *surveillance* de dichos derechos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante el examen (a la luz del artículo 42 de la

9 Para un estudio de la materia, cf. A.A. Cançado Trindade, “La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles”, 94 *Revue générale de Droit international public* -Paris (1990) pp. 913-946 (1a. edición); e in 75/76 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991) pp. 13-41 (2a. edición, en portugués); e in 1 *Estudios Básicos de Derechos Humanos* - San José/IIDH (1994) pp. 39-62 (3a. edición, en español).

Convención Americana) de informes de los Estados Partes (v.g., copias remitidas a la Comisión de los informes sometidos por ellos al CIES y al CIECC).

No hay imposibilidad lógica o jurídica alguna de que determinados derechos económicos y sociales puedan ser implementados por aplicación del sistema de peticiones individuales; la experiencia de la OIT y de la UNESCO en este particular puede ser de utilidad. El propio Protocolo de San Salvador arriba referido, como indicamos, prevé esta vía de acción en relación con el derecho de asociación y libertad sindical y con el derecho a la educación. Hoy se consideran, en el plano global (Naciones Unidas), otras posibilidades, como: a) la adopción de un Protocolo Adicional al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dotando este último de un sistema de peticiones individuales; b) el perfeccionamiento del sistema de informes sobre los derechos económicos, sociales y culturales y el uso de indicadores más apropiados; y c) la designación de *rapporteurs* especiales para examinar o investigar aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales.

Hay argumentos que militan en favor de la utilización del sistema de peticiones o denuncias para los derechos económicos, sociales y culturales, a saber: a) daría mayor visibilidad a estos derechos; b) incentivaría los individuos a presentar sus reivindicaciones en términos de vindicaciones de derechos (justiciabilidad), y estimularía los Estados a proveer mayores recursos para la realización de los mismos; c) presentaría cuestiones más tangibles y casos concretos que requieren investigación, desarrollando una jurisprudencia también en esta área; y d) reduciría la disparidad de procedimientos de supervisión entre, por un lado, los derechos civiles y políticos, y, por otro, los derechos económicos, sociales y culturales. En resumen, mediante todas estas posibles medidas se buscaría dar una expresión real y concreta, en la práctica, a la tesis de la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.

b) Protocolo sobre Abolición de la Pena de Muerte

El segundo Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la abolición de la pena de muerte, adoptado en 1990,

da un paso adelante en relación con lo dispuesto en el artículo 4(2) hasta (6) de la Convención Americana. Determina el Protocolo (artículo 1) que los Estados Partes no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción. El Protocolo da nuevo ímpetu a la tendencia en pro de la abolición de la pena de muerte, expresamente reconocida en su preámbulo. El Protocolo no admite reservas, y exceptúa solamente las disposiciones pertinentes de derecho interno aplicables en tiempo de guerra, de ese modo abriendo camino para que el mayor número posible de Estados de nuestro continente lo ratifiquen.

3. Convenciones Interamericanas Sectoriales de Protección y Otras Iniciativas Relevantes

El sistema interamericano contemporáneo de protección de los derechos humanos no se agota en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus dos Protocolos adoptados hasta la fecha; a éstos hay que agregar las tres nuevas Convenciones interamericanas, dirigidas a la protección en particular de los derechos humanos de determinadas personas o en determinadas situaciones, que por eso denominamos "sectoriales". La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en 1985 (un año después de la Convención de Naciones Unidas, y dos años antes de la Convención Europea, sobre esta materia), establece la responsabilidad individual por el delito de tortura (artículo 3) y las obligaciones de los Estados Partes de prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción (artículos 6-8 y 11-14). A estas últimas agrega el deber de compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura (artículo 9).

El mecanismo de supervisión internacional de esta Convención (artículo 17) consiste en informaciones remitidas por los Estados Partes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otro orden adoptadas en aplicación de la Convención), la cual "procurará" analizarlas en sus Informes Anuales. Es el mecanismo más débil de las tres Convenciones existentes contra la tortura.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en 1994, tuvo sus *travaux préparatoires* marcados por el

prolongado debate sobre si la desaparición forzada de personas debía ser considerada como un crimen de lesa humanidad o si tal denominación correspondía solo a su práctica sistemática¹⁰. Dentro del Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) de la OEA encargado de estudiar el Proyecto de Convención (propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) se formó mayoría en favor de considerar la práctica sistemática como equiparable a un crimen de lesa humanidad.

Se consagra el principio de la responsabilidad individual en el delito de desaparición forzada (a ejemplo de lo dispuesto en la Convención Interamericana contra la Tortura, en la Convención contra el Genocidio de 1948, y en la Convención contra el *Apartheid* de 1973). La nueva Convención establece, como consecuencias jurídicas de su tipificación del delito de desaparición forzada de personas¹¹ como un delito internacional (artículo II), además de la responsabilidad individual de los perpetradores y la responsabilidad internacional del Estado, las siguientes: jurisdicción universal y obligación de extraditar o juzgar a los responsables del delito; la obligación de no otorgar asilo político a los responsables del delito; la imprescriptibilidad de la acción; la obligación de los Estados de investigar y punir a los responsables del delito; la inadmisibilidad de la eximente de obediencia debida a órdenes superiores; y la improcedencia de beneficiarse de miembro del Poder Ejecutivo o Legislativo de los cuales pueda resultar la impunidad de los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas. En cuanto a su supervisión internacional, la Convención hace remisión a los procedimientos de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (artículos XIII-XIV).

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada

10 Como lo establece la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada (de 1992).

11 En el curso de los trabajos preparatorios de la Convención, se expresó el entendimiento de que, si bien en la desaparición forzada de personas puede haber concurso de otros delitos (como, v.g., tortura, secuestro, homicidio, privación ilegal de libertad, abuso de autoridad), la tipificación de la desaparición forzada de personas como delito autónomo protege mejor los derechos humanos; se consideró que este delito se consumía en forma permanente (y no instantánea), por cuanto se prolongaba durante todo el tiempo en que la persona en cuestión permanecía desaparecida.

también en 1994, aborda la temática tanto en el ámbito público como en el privado (artículos 1 y 3), desde una visión integral que abarca los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (artículos 4, 5 y 6). A las obligaciones de los Estados Partes (artículos 7-8), teniendo especialmente en cuenta la "situación de vulnerabilidad a la violencia" que pueda sufrir la mujer (artículo 9), agrega los mecanismos de supervisión internacional: sistema de informes a la Comisión Interamericana de Mujeres (artículo 10), y remisión a los procedimientos de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (artículos 11-12).

Recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos designó un *rappporteur* especial para el tema de la mujer. Un cuestionario está siendo preparado para ser enviado a los Estados miembros de la OEA, agencias especializadas y organizaciones no-gubernamentales, para evaluar, a la luz de la normativa interamericana sobre los derechos humanos de la mujer, la legislación nacional y las prácticas discriminatorias de los países de la región.

No podríamos dejar de hacer una breve referencia a otras iniciativas relevantes en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Así, se encuentra en estado avanzado de preparación, en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, un Proyecto de Instrumento Interamericano sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La intención original era de haberlo adoptado en 1992, lo que no fue posible; en los *travaux préparatoires* del mismo se han tomado en cuenta los esfuerzos de codificación en esta área en el ámbito de Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Otro tema que ha atraído atención recientemente es el de la independencia e integridad de los miembros del Poder Judicial, al cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refiere expresamente, v.g., en su Informe Anual de 1993; ahí se señalan las deficiencias en la administración de la justicia en diversos países de nuestro continente. En fin, merecen registro iniciativas recientes en el ámbito de la OEA relativas a la preservación y el fortalecimiento de la democracia representativa en nuestro continente. En realidad, la propia Carta constitutiva de la OEA se refiere a la democracia como uno de sus pilares (preámbulo y artículo 3(d)), en lo

que fue endosada por el Protocolo de Cartagena de Indias de 1985 (artículo 2(b)). Pero fue sobre todo a través de la resolución 1080, de la Asamblea General de la OEA de 1991, en combinación con el llamado Compromiso de Santiago (del mismo año), que se buscó instrumentalizar el sistema interamericano para promover y consolidar la democracia representativa en la región.

El procedimiento de monitoreo creado ha sido desde entonces aplicado en los casos de *Haití* (1991), *Perú* (1992) y *Guatemala* (1993); la temática ha sido objeto de atención también por parte de la Declaración de Nassau, adoptada por la Asamblea General de la OEA de 1992, y del Protocolo de Washington de Reformas a la Carta de la OEA (adoptado en diciembre de 1992)¹². Bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su decisión de 1990 en el caso de las *elecciones mexicanas de 1985-1986*, afirmó su competencia para el examen de la materia (a pesar de no haberse pronunciado sobre el fondo), y señaló que la democracia representativa presupone la “observancia de otros derechos humanos básicos”. En sus Informes Anuales de 1985-1986 y 1990-1991 la Comisión volvió a resaltar la relación directa de la democracia representativa con la garantía de la observancia de los derechos humanos.

VI. Relación del Mecanismo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con los de Otros Sistemas de Protección

Los redactores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han beneficiado de la existencia anterior de otros tratados de derechos humanos tanto a nivel global (v.g., los dos Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas) como a nivel regional (v.g., la Convención Europea de Derechos Humanos); así, tuvieron una base para abordar la cuestión de la coexistencia y coordinación de los distintos sistemas de protección internacional de los derechos humanos. Durante los *travaux préparatoires*

12 Para un estudio del tema, cf. A.A. Cançado Trindade, “Democracia y Derechos Humanos: Desarrollos Recientes, con Atención Especial al Continente Americano”, in *Federico Mayor Amicorum Liber - Solidarité, égalité, liberté; Livre d'hommage de l'UNESCO*, vol. I, Bruselas, Bruylant, 1995, pp. 371-390.

de la Convención Americana se decidió consultar a los Estados miembros de la OEA sobre la materia, y al final se concluyó en favor de la coexistencia y armonía entre la Convención regional y los instrumentos de Naciones Unidas. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en abril de 1968, opinó que era "perfectamente posible" la coexistencia entre los Pactos de Naciones Unidas (y Protocolo Facultativo) y la futura Convención Americana. También la OIT sometió comentarios con el objetivo de evitar cualquier conflicto entre las normas de carácter regional y las normas pertinentes de la OIT.

En el campo de la protección de los derechos humanos, la coordinación asume un sentido distinto con respecto a cada mecanismo empleado. De ese modo, en lo que concierne al sistema de peticiones o comunicaciones, la coordinación ha significado evitar el conflicto de competencias, la duplicación indebida de procedimientos y la interpretación divergente de disposiciones correspondientes de instrumentos internacionales coexistentes por los órganos de supervisión. En relación con el sistema de informes, la coordinación ha significado la consolidación de directrices uniformes (concernientes a la forma y al fondo) y la estandarización de los informes. Y con respecto al sistema de investigaciones o de determinación de los hechos (misiones de observación *in loco*), la coordinación ha significado el intercambio regular de informaciones y las consultas recíprocas entre los órganos de supervisión. En este dominio, se ha hecho uso del derecho internacional para ampliar y fortalecer la protección debida a las presuntas víctimas¹³.

En lo que concierne al derecho de petición o comunicación individual en el sistema interamericano, la práctica de la Comisión Interamericana, aún con anterioridad a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha revelado considerable flexibilidad sobre la materia (relación con mecanismos de otros sistemas de protección), además de observancia del criterio de la libertad de elección de procedimiento por parte de los demandantes. Las disposiciones pertinentes de la Convención Americana

13 A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 13-435.

(artículos 46(1)(c) y 47(d)) se complementan con las directrices establecidas por el artículo 39, sobre “duplicidad de procedimiento”, del Reglamento de la Comisión (aprobado en 1980, con las modificaciones de 1985 y 1987).

El referido artículo 39(2) señala que la Comisión no se inhibirá de conocer y examinar una petición (en los casos establecidos en el párrafo 1) cuando: “a) el procedimiento seguido ante la otra organización u organismo se limite al examen de la situación general sobre derechos humanos en el caso aludido, y no exista una decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición sometida a la Comisión o que no conduzca a un arreglo efectivo de la violación denunciada; b) el peticionario ante la Comisión o algún familiar sea la presunta víctima de la violación denunciada y el peticionario ante dichas organizaciones sea una tercera persona o una entidad no-gubernamental, sin mandato de los primeros”.

La Comisión Interamericana, de este modo, cuenta, con la disposición arriba citada de su Reglamento, con indicaciones expresas de como proceder en casos de “duplicidad de procedimiento”, distintamente de lo que sucedía anteriormente (antes de la aprobación del Reglamento en 1980, modificado en 1985 y 1987), cuando la ausencia de una cláusula, como esta, de coordinación, le permitió una libertad y una flexibilidad considerables en el tratamiento de comunicaciones en relación con otros procedimientos coexistentes. Es significativo que se trata de directrices precisas en cuanto a la cuestión del impedimento de consideración de una comunicación *pendente lite*, o sea: *ratione materiae*, si el otro procedimiento coexistente empleado se refiere a una situación general sobre derechos humanos y no hay decisión sobre los hechos específicos alegados en la petición (individual) en cuestión, o es uno que no llevará a una solución efectiva de la violación denunciada; *ratione personae*, si el reclamante en el otro procedimiento coexistente empleado es una “tercera parte” o una entidad no-gubernamental que no tiene mandato del reclamante ante la Comisión Interamericana. En tales casos, la Comisión Interamericana no se abstendría de recibir y examinar la petición.

La primera salvaguardia arriba mencionada garantizaría la operación normal de un procedimiento como el del sistema de la resolución 1503 del

ECOSOC, paralelamente al de la Comisión Interamericana. La segunda salvaguardia está de acuerdo con el entendimiento, también compartido a nivel global, de que “la misma materia” (una expresión encontrada en el artículo 5(2)(a) del [primer] Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas) debe ser considerada como significando y cubriendo también las mismas partes en el caso, y no una “tercera parte no relacionada”. Esta salvaguardia, además de hacer posible y probable un paralelismo uniforme en las prácticas, por ejemplo, del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana sobre la materia, también satisface a los intereses procesales —o al menos corresponde a las expectativas legítimas— de los demandantes, las supuestas víctimas.

En lo que concierne al sistema de observaciones *in loco* (determinación de los hechos), en el continente americano hay varios ejemplos de aplicación concomitante de dos o más sistemas de protección. Así, la situación de derechos humanos en *El Salvador* fue objeto de examen por parte tanto de un Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (período 1982-1985). De igual modo, la situación de derechos humanos en *Bolivia* fue objeto de estudio por parte tanto de un Enviado Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (período 1981-1983). El caso de *desapariciones forzadas o involuntarias en Argentina* fue objeto de observaciones *in loco* por parte tanto de la Comisión Interamericana como del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la materia (período 1979-1984). El *caso chileno* fue igualmente examinado a niveles global y regional por el Grupo de Trabajo *Ad Hoc* y el *Rapporteur* Especial sobre Chile de Naciones Unidas, el Comité de Libertad de Asociación de la OIT, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (investigaciones *in loco* en el período 1974-1979).

Los sistemas de protección de los derechos humanos a niveles global y regional son esencialmente complementarios. El sistema interamericano de protección, naturalmente, no hace excepción a esto. En las últimas décadas hemos testimoniado la gradual expansión de la protección internacional de los derechos humanos y la correspondiente consolidación de

los sistemas de protección, que son claramente orientados hacia la salvaguardia de las víctimas. Se ha logrado el fortalecimiento y perfeccionamiento de los sistemas de protección en gran parte gracias al tratamiento adecuado de cuestiones de su operación, como la de la coordinación de dichos sistemas. Es importante que técnicas procesales y presunciones sigan siendo aplicadas teniendo en cuenta la posición de desventaja y gran vulnerabilidad de las presuntas víctimas, con miras a la fiel y plena realización del objeto y propósito de los instrumentos internacionales de protección del ser humano, y, en última instancia, a la realización de la justicia en el plano internacional.

VII. Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección: Reflexiones y Recomendaciones *De Lege Ferenda*

Llegamos, por fin, a nuestros días: a mediados de la década de los noventa, en estos últimos años que nos conducen al nuevo siglo, se inaugura una nueva fase del sistema interamericano de protección, que es la del perfeccionamiento que al mismo se impone. Cuáles serían los puntos susceptibles de mejora en la operación contemporánea del mecanismo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? No podría haber mejor ocasión que esta Sesión Externa de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, coauspiciada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, para responder a esta pregunta y desarrollar nuestras reflexiones y recomendaciones, *de lege ferenda* y a título personal, en un espíritu enteramente constructivo, de alguien que por ya casi tres décadas se viene dedicando al estudio del derecho internacional de los derechos humanos y tiene hoy el honor de ser uno de los protagonistas del sistema interamericano de protección.

En lo que concierne a la composición de los dos órganos, además de la observancia rigurosa de los requisitos constantes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hay que establecer un claro régimen de incompatibilidades, expresamente definidas (v.g., evitando acumulaciones indebidas de cargos), para los miembros de los dos órganos de supervisión (Comisión y Corte Interamericanas), como salvaguardia adicional de la total independencia e imparcialidad de éstos órganos. En cuanto a las

condiciones de trabajo, hoy día precarias, para que la Comisión y la Corte correspondan a las expectativas existentes, es necesario que se les atribuyan considerables recursos adicionales –humanos y materiales– para que ambas puedan cumplir plenamente con sus funciones y atender a las demandas cada vez más variadas de protección.

En cuanto a la operación del mecanismo de protección de la Convención Americana, hay espacio para mejoras en todas las etapas del proceso ante los dos órganos de supervisión. En primer lugar, la apertura de casos debe ser inmediata, sin mayores retardos, y uniforme en relación con todos los Estados Partes en la Convención (no-selectividad). En la medida en que se logre la “ratificación universal” de los tratados de derechos humanos –en el ámbito del continente que aquí nos concierne– se acelerará la tan deseable y necesaria *jurisdiccionalización* de los mecanismos de protección de los derechos humanos, y su consecuente e igualmente deseable y necesaria despolitización. Con la ratificación integral por todos los Estados –sin reservas y declaraciones interpretativas y abarcando instrumentos y cláusulas facultativos– de todos los tratados de derechos humanos, la universalidad de los derechos humanos se manifestará ya no sólo en la teoría como también en la práctica, aplicándose las mismas normas y criterios a todos los países (dotados como son los órganos de supervisión de mandatos concretos).

Para alcanzar esta meta y lograr la despolitización de la materia en mucho puede ayudar el diálogo abierto y sincero entre los gobiernos y las entidades de la sociedad civil, a partir del reconocimiento de que los derechos humanos se infiltran en todas las áreas de la actividad humana. Ya no se puede seguir ignorando esta realidad. Los mayores obstáculos a superarse aquí son el desconocimiento de la temática y el apego sin reflexión a los dogmas del pasado. La jurisdiccionalización de los procedimientos de protección constituye una garantía para todos, contra las tentaciones de la selectividad, discrecionalidad y casuismo: es la que mejor atiende al propósito humanitario de los mecanismos de salvaguardia internacional de los derechos humanos (que constituyen una garantía adicional cuando los mecanismos de derecho interno ya no bastan), y es la que más conviene a todos, demandantes y gobiernos demandados. Es la que asegura la primacía del Derecho en la búsqueda de la realización de la Justicia.



Las decisiones de la Comisión Interamericana en cuanto a la admisibilidad de comunicaciones o peticiones deben ser pronunciadas *in limine litis*, sin postergaciones. Es evidente que la decisión de admisibilidad es de competencia privativa de los miembros de la Comisión; el secretariado no puede más que asistirlos. Dichas decisiones deben ser muy bien fundamentadas, pues, a nuestro entender, no deben ser susceptibles de reapertura o revisión, en la actual estructura de la Convención Americana. Permitir que decisiones de admisibilidad de la Comisión sean posteriormente reabiertas y cuestionadas ante la Corte por los gobiernos demandados genera un desequilibrio entre las partes, en favor de éstos últimos (aún más que los individuos actualmente ni siquiera tienen acceso a la Corte); así siendo, también las decisiones de inadmisibilidad de la Comisión deberían poder ser reabiertas por las presuntas víctimas y sometidas a la Corte. O se reabren todas las decisiones —de admisibilidad o no— de la Comisión ante la Corte, o se las mantiene todas privativas de la Comisión.

Una vez concluido el examen del caso por la Comisión, si ésta no lo envía a la Corte, habría que concebir un procedimiento de seguimiento (*follow up*) para verificación y monitoreo del grado de cumplimiento por el Estado en cuestión de las decisiones de la Comisión¹⁴. Si, en cambio, decide ésta última enviar el caso a la Corte, debe el *dossier* ser muy bien preparado e instruido, para, por ejemplo, evitar que gran parte del tiempo de la Corte se consuma con la reapertura de la determinación de los hechos (*fact finding*), y para posibilitar a la Corte concentrarse en la tarea de construir una sólida jurisprudencia, especialmente ahora que comienzan a serle enviados regularmente por la Comisión nuevos y sucesivos casos contenciosos.

Además, cabría divisar criterios claros para el *renvoi* de casos por la Comisión a la Corte, para que no persista la actual situación de indefinición al respecto. Podrían, por ejemplo, a nuestro juicio, ser considerados los

14 Fue este uno de los puntos recomendados por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) para fortalecer los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos. Cf. A. A. Cançado Trindade, "Balance de los Resultados de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos (Viena, 1993)", 3 *Estudios Básicos de Derechos Humanos* - San José/IDH (1995) pp. 17-45.

siguientes elementos para la formación de tales criterios: a) si se trata de derechos fundamentales (v.g., derechos inderogables); b) si se trata de cuestiones que puedan generar una contribución jurisprudencial a la interpretación y aplicación de la Convención Americana; c) si se trata de cuestiones susceptibles de adecuada solución por la vía judicial (v.g., casos "individualizados" en la justiciabilidad); d) la no-selectividad, en relación con todos los Estados Partes en la Convención Americana que han reconocido la competencia obligatoria de la Corte.

Hay que buscar un mayor equilibrio entre las partes en distintas etapas procesales. Dicho equilibrio, por ejemplo, debe alcanzar la notificación a *ambas* partes de toda y cualquier información sobre el trámite del caso, en todas sus etapas, debiendo las partes cumplir los requisitos convencionales (inclusive en cuanto a la confidencialidad). Cabe reevaluar con mayor espíritu crítico –para lograr tal equilibrio– la posibilidad de reapertura del examen de excepciones preliminares de admisibilidad ante la Corte que ya hayan sido resueltas por la Comisión. De igual modo, hay que evitar juntar dichas excepciones al fondo, excepto en situaciones excepcionalísimas, y con sólida fundamentación jurídica.

Debe la Corte evitar que las partes –sea el demandante, sea el demandado,– por inadvertencia, descuido o motivación de otra índole, contribuyan a "viciar" el proceso –v.g., por el "retiro" del caso, o cualquier otro incidente procesal,– sobre todo cuando ésto venga a generar la total indefensión de las presuntas víctimas. Una vez habiendo tomado conocimiento de un caso, la Corte es maestra de su propia jurisdicción; ante "incidentes" procesales que puedan acarrear la indefensión de las presuntas víctimas, la Corte puede y debe retener jurisdicción sobre el caso, aún más porque están en riesgo intereses superiores, de *ordre public* internacional.

Por último, nos resta referirnos a un punto de capital importancia, estrechamente ligado a la cuestión doctrinal de la capacidad procesal del individuo en el derecho internacional, y, más particularmente, ante los tribunales internacionales. En lo que concierne a los dos tribunales internacionales de derechos humanos hoy existentes –las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos,– son conocidos al respecto los desarrollos recientes que llevaron a la adopción en 1990 del significativo

Protocolo n. 9 a la Convención Europea de Derechos Humanos. En lo que concierne al tema objeto de nuestro Curso —el sistema interamericano de protección,— es conocida la participación de organizaciones no-gubernamentales y otros *amici curiae* en el procedimiento para Opiniones Consultivas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La cuestión que se puede hoy plantear es en relación con el procedimiento para casos contenciosos: pueden o deben las supuestas víctimas (o sus representantes legales) tener *locus standi in judicio* ante la Corte Interamericana?

La preocupación de la Corte en asegurar un proceso equitativo y justo debe necesariamente abarcar la cuestión de asegurar igualmente alguna forma de *locus standi* de las presuntas víctimas (o sus representantes legales) ante la propia Corte, en casos que ya le hayan sido enviados por la Comisión. Ésto requiere, como primer paso, la reforma de las disposiciones pertinentes del Estatuto y Reglamento de la Corte con este propósito, lo que, a su vez, podrá remediar algunas distorsiones ocasionadas por el actual sistema, que inadecuadamente considera, como “partes” ante la Corte, la Comisión —en lugar de las propias víctimas, como debería ser,— y el Estado demandado.

Nadie mejor que las propias víctimas (o sus representantes legales) para defender sus derechos ante la Corte, según criterios previa y claramente definidos. Nadie mejor que las propias víctimas para evitar y superar “incidentes” procesales que puedan llevar a su indefensión. El *locus standi* de las víctimas (o sus representantes legales) es la consecuencia lógica, en el plano procesal, de un sistema de protección que consagra derechos individuales en el plano internacional. No es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de vindicarlos. La propia práctica ha cuidado de revelar las insuficiencias y deficiencias del sistema paternalista de la intermediación de la Comisión entre el individuo y la Corte. Este sistema se alimentó de consideraciones desarrolladas en otra época bajo el espectro de la soberanía estatal, para evitar el acceso directo del individuo a las instancias legales internacionales.

Se trata de un sistema que pertenece al pasado, como lo demuestra la experiencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, ya a partir de sus consideraciones en su primer caso (*Lawless* contra Irlanda, 1960), poste-

riormente ampliadas (casos *Vagrancy* contra Bélgica, 1970), pasando por la Reforma del Reglamento (de 1982), y culminando en la adopción del Protocolo n. 9, de 1990, a la Convención Europea. En el mismo sentido debe evolucionar en este particular el sistema interamericano de protección, en el cual los que actualmente actúan como verdaderos abogados de las víctimas ante la Corte son eufemísticamente denominados “asesores legales” de la Comisión. Tal evolución debe darse *pari passu* con la gradual jurisdiccionalización del mecanismo de protección: no hay como negar que la protección jurisdiccional es la forma más evolucionada de salvaguardia de los derechos humanos, y la que mejor atiende a los imperativos del Derecho y de la Justicia.

Se impone aquí la coherencia: el derecho de acceso a la justicia internacional debe hacerse acompañar de la garantía de la igualdad de las partes (*equality of arms / égalité des armes*), en el procedimiento ante la Corte, esencial en todo sistema jurisdiccional de protección internacional de los derechos humanos. Al reconocimiento de derechos, en los planos tanto nacional como internacional, corresponde la capacidad de vindicarlos o ejercerlos. Sin ésto, cualquier sistema de protección se encuentra irremediablemente mitigado; en estas circunstancias, se encuentran las partes en flagrante desequilibrio, y se encuentra el procedimiento desprovisto en parte del elemento del contradictorio, esencial en la búsqueda de la verdad y la justicia. La “jurisdiccionalización” del procedimiento en mucho contribuye para remediar y poner fin a estas insuficiencias y deficiencias, que ya no encuentran justificación alguna en nuestros días.

La plena participación de las supuestas víctimas en el procedimiento ante la Corte contribuye, además, para mejor instruir el proceso, pues nadie mejor que ellas (o sus representantes legales) para defender sus derechos. El ejercicio del derecho de libre expresión, que los tratados de derechos humanos determinan sea respetado en el plano del ordenamiento jurídico interno de los Estados Partes, también se impone en el plano internacional. Los preceptos del debido proceso legal (*due process of law*), que los tratados de derechos humanos requieren sean observados en el interior de los Estados Partes, se imponen igualmente en el plano internacional. La equidad y la transparencia del proceso, que se imponen de igual modo a los órganos de supervisión internacional, a todos benefician, inclusive a los

demandantes y a los gobiernos demandados. Por último, en casos de comprobadas violaciones de derechos humanos, son las propias víctimas —la verdadera parte demandante ante la Corte— (o sus familiares o herederos) que reciben las reparaciones e indemnizaciones.

Como si no bastasen estas consideraciones de principio, otras, de orden práctico, militan igualmente en favor del acceso directo de los individuos a la Corte, en casos a ella ya enviados por la Comisión. Este avance, a lograrse mediante criterios y reglas previa y claramente definidos, conviene no sólo a las supuestas víctimas, sino a todos los demás actores. Conviene a los gobiernos demandados, en la medida en que contribuye a la “jurisdiccionalización” del mecanismo de protección. Conviene a la Corte, para tener mejor instruido el proceso, con informaciones más precisas y completas sobre los hechos. Y conviene a la Comisión, para poner fin a la ambigüedad de su rol¹⁵ y para que pueda ella atenerse a su función propia de guardián de la aplicación correcta y justa de la Convención (y no más con la función adicional de “intermediario” entre los individuos y la Corte).

Por último, solamente mediante el *locus standi in judicio* de las supuestas víctimas ante los tribunales internacionales de derechos humanos se logrará la plena subjetividad jurídica internacional del ser humano (en los sistemas regionales de protección), para hacer valer sus derechos, cuando las instancias nacionales se mostraren incapaces de asegurar la realización de la Justicia. El perfeccionamiento del mecanismo de nuestro sistema regional de protección debe ser objeto de consideraciones de orden esencialmente jurídico-humanitario, inclusive como garantía adicional para las partes en casos contenciosos de derechos humanos. Todo jusinternacionalista, fiel a los orígenes históricos de su disciplina, sabrá contribuir a rescatar la posición del ser humano en el derecho de gentes (*droit des gens*),

15 En los casos contenciosos, mientras que en la etapa anterior ante la Comisión las partes son los individuos reclamantes y los gobiernos demandados, ante la Corte comparecen la Comisión y los gobiernos demandados. Se ve, así, la Comisión en el rol ambiguo de a un tiempo defender los intereses de las supuestas víctimas y defender igualmente los “intereses públicos” como un *Ministère public* del sistema interamericano de protección. Cabe evitar esta ambigüedad.

y a sostener el reconocimiento y la cristalización de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del ser humano¹⁶.

Así divisamos las posibles directrices para el tan deseable y necesario perfeccionamiento del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en este final de siglo. El énfasis debe, a nuestro ver, recaer en la jurisdiccionalización de dicho mecanismo, particularmente en lo que concierne a la operación del método de peticiones o denuncias, —sin perjuicio del uso continuado por la Comisión Interamericana de los métodos de elaboración de informes y realización de misiones de observación *in loco*.

El necesario reconocimiento del *locus standi* de las presuntas víctimas (o sus representantes legales) ante la Corte Interamericana constituye un avance importante, pero no necesariamente la etapa final del perfeccionamiento del sistema interamericano, por lo menos tal como concebimos dicho perfeccionamiento. No hay fin de la Historia. Quien podría prever, hace algunos años, los cambios extraordinarios por los cuales viene pasando (a partir de 1989) la sociedad internacional de nuestros días? A veces el sueño de hoy puede configurarse como una anticipación de la realidad de mañana.

Del *locus standi in iudicio* de los individuos ante la Corte Interamericana habremos que evolucionar hacia el reconocimiento, quizás en la segunda década del próximo siglo, o antes, del derecho de los individuos de traer un caso concreto directamente ante la [futura] Corte Interamericana, como órgano único de protección del sistema interamericano de mañana. En este sentido, aguardamos ansiosamente el día en que el Protocolo n. 11 (de 1994) a la Convención Europea de Derechos Humanos entre en vigor, quizás en 1998 o 1999. Estaremos entonces conmemorando el cincuentenario de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos, —el cincuentenario de un gran movimiento de dimensión universal que debe

16 A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 410-412.

culminar en el rescate del ser humano con sujeto del derecho de gentes dotado de plena capacidad jurídica internacional.

VIII. Observaciones Finales

A pesar de los innegables avances del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, de 1948 a 1995, resta aún un largo camino que recorrer. Hasta inicios de los años ochenta, las atenciones se volvían principalmente a violaciones graves y masivas de derechos humanos (v.g., práctica de tortura, desapariciones forzadas de personas, detenciones ilegales o arbitrarias) cometidas por regímenes opresores. Hoy día, se verifica una diversificación en las fuentes de violaciones de los derechos humanos (v.g., las perpetradas por grupos clandestinos, o de exterminio, o las perpetradas en las relaciones inter-individuales, o las resultantes de la corrupción y la impunidad).

A dicho fenómeno —que pone especial énfasis en la dimensión preventiva de la protección de los derechos humanos— hay que agregar los problemas de derechos humanos que resultan no necesariamente de la confrontación o represión política, pero que se presentan más bien como problemas endémicos o crónicos de nuestro medio social, agravados por las iniquidades en la concentración de renta y las crecientes disparidades económico-sociales. Se impone equipar el sistema interamericano de protección, dentro de sus posibilidades y de los parámetros de su mandato, para hacer frente a estas situaciones nuevas o agravadas de denegación o violación de los derechos humanos.

La labor de protección internacional ha sido transformada en el sentido de que, después de haber tenido que enfrentar violaciones de los derechos humanos en regímenes autoritarios, hoy lo debe hacer en el contexto de la llamada “transición” o “consolidación” democrática. Esto requiere una visión sistémica o global de los derechos humanos, abarcando la protección de la persona en todos los dominios de la actividad humana (civil, político, económico, social y cultural).

Si miramos hacia el futuro, hay que también reconocer que se requiere un especial énfasis, al interior de los Estados, en el rol de los órganos

públicos, y en particular del Poder Judicial, en la protección de los derechos humanos. En este particular se requieren recursos adicionales para que dichos órganos nacionales cumplan las funciones que les son atribuidas por los tratados de derechos humanos (v.g., el deber de investigación). En nuestros días podemos constatar una alentadora coincidencia de propósito del derecho internacional y del derecho público interno en cuanto a la protección del ser humano; esta identidad de propósito se refleja, por un lado, en la atribución de funciones por los tratados de derechos humanos a los órganos públicos nacionales (v.g., la garantía del acceso a la justicia¹⁷ y el derecho a un recurso interno eficaz ante los tribunales nacionales)¹⁸, y, por otro lado, en la remisión por algunas Constituciones nacionales contemporáneas a los derechos internacionalmente consagrados que vinculan los Estados en cuestión, en el sentido de incorporarlos al ordenamiento constitucional o al ordenamiento jurídico interno¹⁹. Es imperioso dar ex-

17 El problema del acceso a la justicia no se limita al interior de los Estados; hay que tener igualmente presente el problema del acceso al propio sistema interamericano de protección de peticionarios de escasos recursos.

18 Una nueva postura por parte del Poder Judicial de algunos pocos países parece emerger. Por ejemplo, en América del Sur, en un caso reciente (*Ekmedkjián*, 1992), la Corte Suprema de Argentina, por primera vez, reconoció la primacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre las leyes ordinarias, sosteniendo que, en el *cas d'espèce*, el artículo 14(1), de la Convención Americana, aunque conteniendo referencia a la ley (nacional), era directamente aplicable; la referida sentencia tomó expresamente en cuenta la séptima Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1986, según la cual las normas que garantizan los derechos son presumiblemente de aplicabilidad directa. Y, en América Central, más recientemente, poco después de concluir este Curso, en sentencia de 12 de mayo de 1995, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, al decidir sobre un recurso de inconstitucionalidad, sostuvo que la quinta Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, de 1985, sobre la *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, emitida por solicitud de Costa Rica, obligaba este país. Acrecentó significativamente que los tratados de derechos humanos que garantizan derechos en mayor alcance que la Constitución tienen primacía sobre esta última. La Corte Suprema de Costa Rica tornó suya, con los mismos argumentos e *ipsis literis*, la quinta Opinión Consultiva de la Corte Interamericana.

19 Algunas Constituciones recientes de países latinoamericanos se refieren expresamente a los tratados de derechos humanos y –con fraseologías distintas– conceden un tratamiento especial o diferenciado también en el plano del derecho interno a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagrados. Lo ilustran, por ejemplo, las Constituciones de Guatemala de 1985 (artículo 46), de Perú de 1978 (artículo 105, restringido por la 4a. disposición final y transitoria resultante del

presión práctica a esta coincidencia de propósito entre el derecho internacional y el derecho público interno, cuyas consecuencias siguen todavía jurídicamente inexploradas hasta la fecha.

No nos omitimos de señalar los momentos históricos distintos por los cuales pasan los tres sistemas regionales de protección existentes, a saber, el nuestro, el europeo y el africano. En el ámbito de este último, hoy día se discute la posibilidad de creación futura de una Corte Africana de Derechos Humanos para complementar la labor de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En el ámbito de nuestro sistema se contemplan las posibilidades y vías de lograr una más estrecha coordinación entre la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Y en el ámbito del sistema europeo, por medio del Protocolo n. 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos, adoptado en mayo de 1994, se prevé la fusión de la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, hacia la creación de un único órgano –judicial– de supervisión, una nueva Corte Europea de Derechos Humanos, que en el futuro operaría como una verdadera Corte Constitucional Europea.

Cada sistema regional tiene su propia trayectoria, funciona en su propio ritmo y vive su propio momento histórico. Pero todos los esfuerzos corrientes se dirigen al gradual fortalecimiento de cada uno. Los sistemas regionales existentes han sido seguidos recientemente por la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994, y sigue abierto el debate en cuanto a la posibilidad de que el continente asiático pueda también contar en el futuro con un sistema regional de protección de los derechos humanos. Las perspectivas de los sistemas regionales de protección deben ser consideradas necesariamente dentro del marco de la universalidad de los derechos humanos. La universalidad no equivale a la uniformidad; al contrario, es enriquecida por las particularidades regionales. La universalidad se impone tanto en el plano normativo como en el operativo (la no-selectividad).

referendum constitucional de 1993), de Nicaragua de 1987 (artículo 46), de Brasil de 1988 (artículo 5(2)), de Chile con la reforma constitucional de 1989 (artículo 5(II)), de Colombia de 1991 (artículo 93), y de Argentina con la reforma de 1994 (artículo 75(22)).

El legado de la reciente II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) es válido también para el sistema interamericano y demás sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Este legado se caracteriza sobre todo por la visión integrada y global de todos los derechos humanos; por la atención especial a los más necesitados de protección (los más carentes y vulnerables); por la dimensión temporal (con medidas de prevención y de seguimiento) de la protección; por la omnipresencia de los derechos humanos. Esta última se concreta en el reconocimiento de que los derechos humanos se imponen a todos (no sólo a los Estados, sino también a los organismos internacionales, a los grupos privados y a los particulares), en toda parte, a todo momento, acarreado así obligaciones *erga omnes*.

Hay todavía un largo camino que recorrer, por cuanto violaciones de derechos humanos continúan a ocurrir en todas partes, pero la reacción y respuesta inmediatas a tales violaciones son hoy mucho más fuertes que en el pasado. En realidad, somos privilegiados por vivir en un mundo en el cual la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con la promoción y protección de los derechos humanos por todos y en todas partes corresponde a un nuevo *ethos*, universalmente afirmado, acarreado, como ya señalamos, obligaciones *erga omnes*. Estamos, en última instancia, en medio a un proceso de construcción de una cultura universal de observancia de los derechos humanos. En este propósito un rol importante está reservado, en nuestro continente, al sistema interamericano de protección de los derechos humanos de modo general, y a sus órganos de supervisión en particular.

San José de Costa Rica,
23 de abril de 1995.

A.A.C.T.

ABSTRACT

Any evaluation and consideration of the future of the inter-American system of human rights protection ought to take into account its development in recent decades. Such evolution can be divided into five stages. The first consisted of the antecedents of the system, marked by the adoption of international instruments of varying legal contents and effects (conventions and resolutions addressing specific categories of rights or situations). The second stage, of formation of the system, was characterized by the solitary and central role of the Inter-American Commission of Human Rights and the gradual expansion of its powers. The third stage, of conventional institutionalization of the system, was inaugurated with the entry into force, in mid-1978, of the 1969 American Convention on Human Rights. The consolidation of the system - fourth stage - began in the early eighties, with two significant developments. First, the jurisprudential construction of the Inter-American Court of Human Rights (in the exercise of its advisory and contentious jurisdictions, and of the ordering of interim measures of protection). And secondly, the adoption of the two Additional Protocols to the American Convention so far (on economic, social and cultural rights, in 1988, and on the abolition of the death penalty, in 1990, respectively), and of the sectorial Inter-American Conventions (against torture, 1985; against disappearances of persons, 1994; and on eradication of violence against women, 1994), besides other relevant initiatives. In the operation of the American Convention, ways have been devised to achieve the co-ordination of its mechanism with those of other systems of human rights protection. It is highly desirable that the American Convention is ratified, and the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court is recognized, by all States of the continent.

As we now enter the fifth stage, that of the much-needed improvement of the system, the following recommendations are made *de lege ferenda* to that effect: as to the composition of the two supervisory organs - the Inter-American Commission and Court of Human Rights, - besides the strict observance of the requisites set forth in the American Convention, the establishment of a clear regime of incompatibilities as an additional guarantee of the total independence and impartiality of those organs; as to the working conditions, nowadays precarious, the allocation of a consid-

erable increase of human and material resources so that those two organs may fully fulfil their duties of protection. The operation of the mechanism of protection may be improved at all stages of the procedure. The opening of cases should be prompt and non-selective. The Commission's decisions on admissibility should be pronounced *in limine litis*, should be particularly well-founded and not reopened before the Court. The Commission's decisions on cases not sent to the Court should count on a follow-up procedure to verify compliance by States. The *dossiers* of cases forwarded by the Commission to the Court should be carefully prepared, so that the Court need not reopen the fact-finding already undertaken by the Commission and may concentrate itself on building a solid case-law.

In addition, clear criteria should be devised by the Commission for the *renvoi* of cases to the Court (e.g., if they concern fundamental [non-derogable] rights, or questions which may generate a jurisprudential contribution to the interpretation and application of the American Convention; or if they concern questions susceptible of judicial settlement; all submitted on a non-selective basis). The procedure should be improved so as to achieve a greater balance between the parties (e.g., notification of all information to both of them, at all stages). Only in quite exceptional cases should the Court consider joining preliminary objections of admissibility to the merits, and only with a particularly solid juridical foundation. The Court should avoid any procedural "incident" (e.g., withdrawal of a case) that may render the alleged victims wholly defenseless; the Court is master of its own jurisdiction, and should retain it, even more so as superior interests, of international *ordre public*, are at stake. The alleged victims (or their legal representatives) should be granted *locus standi in judicio* before the Court (according to clear criteria previously and carefully established), as we cannot conceive rights without the juridical capacity to vindicate them. Such *locus standi* is a guarantee of equality of arms (*égalité des armes*) and due process of law, that secures a better balance between the parties and the exercise of freedom of expression, better instructs the case, guarantees the transparency of the process to the benefit of all concerned, and puts an end to the ambiguity of the present role of the Commission. Moreover, in cases of proved human rights violations, the reparations and indemnities are to be granted to the individual victims themselves (or their relatives or heirs).

Such recognition of the *jus standi* of individuals would contribute to the much-needed “jurisdictionalization” of the procedure under the American Convention, besides crystallizing the international legal personality and capacity of individuals in the contemporary international law of human rights in the American continent. From *locus standi* we should evolve, perhaps in the next century, to the individual’s right to seize directly the Inter-American Court, as the sole supervisory organ of the American Convention in the future. Despite the undeniable advances in the inter-American system (from 1948 to 1995), there clearly remains a long way to go. The system should be improved so as to respond to the current diversity of sources of violations of human rights, with measures of prevention as well as follow-up. The inter-American system, like the other regional systems of protection, should be approached in the light of the universality of human rights. The contemporary recognition of the legitimacy of the concern of the whole international community with the promotion and protection of human rights by all and everywhere corresponds to a new *ethos*, universally acknowledged, bringing about obligations *erga omnes*.

RÉSUMÉ

Toute évaluation et considération sur le futur du système inter-américain de protection des droits de l'homme devrait prendre en compte les développements qu'il a connu pendant ces dernières décennies. Une telle évolution peut distinguer cinq étapes. La première consista en l'établissement des antécédents du système, marquée par l'adoption d'instruments internationaux de caractère et effets juridiques variables (conventions et résolutions concernant des catégories de droits et de situations spécifiques). La seconde étape, celle de la formation du système, fut caractérisée par le rôle solitaire et central de la Commission Inter-américaine des Droits de l'Homme et par l'expansion progressive de ses pouvoirs. La troisième étape, celle de l'institutionnalisation conventionnelle du système, fut inaugurée avec l'entrée en vigueur, vers la moitié de l'année 1978, de la Convention Américaine des Droits de l'Homme de 1969. La consolidation du système, la quatrième étape, débuta dans les premières années de la décennie 1980, avec deux développements significatifs. Tout d'abord, la construction jurisprudentielle de la Cour Inter-américaine des Droits de l'Homme (dans l'exercice de ses compétences consultative et contentieuse, et dans l'adoption de mesures provisoires de protection). Et deuxièmement, l'adoption des deux Protocoles Additionnels à la Convention Américaine jusqu'à présent (sur les droits économiques, sociaux et culturels, en 1988, et sur l'abolition de la peine capitale, en 1990, respectivement), ainsi que des Conventions Inter-américaines sectorielles (contre la torture, 1985; contre la disparition de personnes, 1994; et pour l'élimination de la violence contre la femme, 1994), parmi d'autres initiatives importantes. Pour ce qui est du fonctionnement de la Convention Américaine, des moyens ont été conçus pour parvenir à la coordination de son mécanisme avec ceux d'autres systèmes de protection des droits de l'homme. Il est hautement souhaitable que la Convention Américaine soit ratifiée, et que la compétence obligatoire de la Cour Inter-américaine soit reconnue, par tous les États du continent.

Comme nous rentrons maintenant dans la cinquième étape, celle de la nécessaire amélioration du système, les recommandations suivantes sont présentées *de lege ferenda* à cet effet: en ce qui concerne la composition des organes de supervision - la Commission et la Cour Inter-américaines, - en

plus de l'observation stricte des exigences stipulées dans la Convention Américaine, l'établissement d'un régime clair d'incompatibilités comme une garantie additionnelle de la totale indépendance et impartialité de ces organes; en ce qui concerne les conditions de travail, actuellement précaires, il est nécessaire d'augmenter substantiellement les ressources humaines et matérielles de façon à ce que ces deux organes puissent remplir pleinement leurs devoirs de protection. Le fonctionnement du mécanisme de protection doit être amélioré à l'ensemble des étapes de la procédure. L'ouverture des cas doit être rapide et non-selective. Les décisions de la Commission affaires l'admissibilité doivent être prononcées *in limine litis*, et doivent être particulièrement bien-fondées en droit et non réouvertes devant la Cour. Les décisions de la Commission sur les affaires qui ne sont pas envoyées à la Cour devraient compter avec une procédure efficace de suivi pour vérifier le respect par les Etats des décisions. Les *dossiers* des affaires soumis par la Commission à la Cour doivent être préparés avec grand soin, de façon à ce que la Cour n'ai pas besoin de réouvrir la détermination des faits (*fact finding*) déjà entreprise par la Commission et puisse se concentrer elle-même sur la construction d'une jurisprudence solide.

En plus, la Commission doit concevoir des critères clairs pour le renvoi des affaires à la Cour (par exemple, s'il s'agit de droits fondamentaux [non-dérogeables], ou des questions qui pourraient générer une contribution jurisprudentielle à l'interprétation et à l'application de la Convention Américaine; ou s'il s'agit de questions susceptibles de règlement judiciaire, toutes soumises sur une base non-sélective). La procédure doit être améliorée de façon telle qu'on puisse parvenir à un meilleur équilibre entre les parties (par exemple, la notification de toute information aux deux parties, dans toutes les étapes de la procédure). Seulement dans des affaires tout à fait exceptionnelles la Cour devrait considérer de joindre des exceptions préliminaires de l'admissibilité au fond, et uniquement en se basant sur une solide argumentation juridique. La Cour devrait éviter tout "incident" de procédure (e.g., retrait d'une affaire) qui pourrait rendre des prétendues victimes dépourvues de toute défense: la Cour est maître de sa propre compétence, et devrait la retenir, et plus encore une fois que des intérêts supérieurs, d'*ordre public* international, sont en jeu. Les prétendues victimes (ou leurs représentants légaux) devraient avoir *locus standi in judicio* devant la Cour (selon des critères clairs et soigneusement prédéfinis),

car on ne peut concevoir de droits sans la capacité juridique pour les revendiquer. Un tel *locus standi* est une garantie de l'égalité des armes (*equality of arms*) et d'un procès juste et équitable (*due process of law*), qui permet un meilleur équilibre entre les parties et l'exercice de liberté d'expression, ainsi qu'une meilleure instruction des affaires, garantit la transparence du procès pour le bénéfice de tous ceux qu'il concerne, et met fin à l'ambiguïté du rôle actuel de la Commission. En plus, dans les cas de violations de droits de l'homme dûment prouvées, les réparations et indemnités sont versées aux victimes individuelles elles-mêmes (ou à leurs parents ou héritiers).

Une telle reconnaissance du *jus standi* des individus doit contribuer à la nécessaire "juridictionnalisation" de la procédure d'après la Convention Américaine, en plus de cristalliser la personnalité et la capacité juridiques internationales des individus en droit international des droits de l'homme contemporain dans le continent américain. Du *locus standi* nous devrions évoluer, peut être le prochain siècle, vers un droit individuel de saisine directe de la Cour, comme le seul organe de supervision de la Convention Américaine dans le futur. Malgré l'indéniable avancée du système inter-américain des droits de l'homme (de 1948 jusqu'à 1995), il reste encore clairement un long chemin à parcourir. Le système devrait s'améliorer de façon à répondre à l'actuelle diversité des sources de violations des droits de l'homme, avec des mesures de prévention ainsi que de suivi. Le système inter-américain, comme d'autres systèmes régionaux, doit être abordé à la lumière de l'universalité des droits de l'homme. La reconnaissance contemporaine de la légitimité de l'intérêt de toute la communauté internationale pour la promotion et la protection des droits de l'homme par tous et partout correspond à un nouvel *ethos*, universellement reconnu, donnant naissance à des obligations *erga omnes*.

EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS PROTOCOLOS ADICIONALES

Juan Antonio CARRILLO SALCEDO

Introducción

El Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) fue abierto a la firma el 4 de noviembre de 1950, en Roma, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. De él únicamente pueden ser partes los Estados Miembros del Consejo de Europa.

A finales de 1994 eran Estados partes en el Convenio treinta de los entonces treinta y tres Estados Miembros del Consejo de Europa¹, aunque había sido firmado por los tres Estados Miembros que en dicha fecha aún no lo habían ratificado (Andorra, Estonia y Lituania). España firmó el Convenio Europeo de Derechos Humanos el mismo día de su admisión en el Consejo de Europa, el 24 de noviembre de 1977, y lo ratificó el 4 de octubre de 1979 (B.O.E., núm. 243 del 10 de octubre de 1979).

1 A fines de 1994 eran Estados Miembros del Consejo de Europa: Andorra, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, San Marino, República Checa, Suecia, Reino Unido y Turquía.

Tras los grandes cambios experimentados en Europa con las revoluciones de 1989, la caída del muro de Berlín y la implosión del imperio ruso-soviético, la firma del Convenio es ahora una exigencia política para la admisión de un Estado como Miembro del Consejo de Europa. Esta práctica es plenamente coherente con el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, del que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un signo distintivo.

El convenio, en efecto, dio concreción a disposiciones fundamentales en materia de derechos humanos contenidas en el Estatuto del Consejo de Europa (Londres, 5 de mayo de 1949, B.O.E. de 1 de marzo de 1978). De una parte, porque en el párrafo tercero del Preámbulo del Tratado fundacional del Consejo de Europa los Estados Miembros reafirmaron su adhesión a “los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia”. De otra, porque el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa dispone que cada uno de los Estados Miembros

“reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

Al ser adoptado, el Convenio Europeo de Derechos Humanos transformó en obligaciones convencionales precisas varios de los principios proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. El Preámbulo del Convenio, efectivamente, se refiere tres veces a la Declaración Universal y configura al convenio como testimonio de la resolución de los Estados Miembros del Consejo de Europa “a tomar las primeras medidas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración”. Por otra parte, el Preámbulo recuerda la finalidad del Consejo de Europa (realizar una unión más estrecha entre sus Miembros) y afirma que uno de los medios para alcanzar dicha finalidad es la *protección y desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*.

1. Los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Convenio garantiza el derecho a la vida (artículo 2); prohíbe la tortura las penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3); la esclavitud o servidumbre, así como los trabajos forzados (artículo 4); reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad y los derechos del detenido (artículo 5); y el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia (artículo 6); prohíbe la retroactividad de la ley penal (artículo 7); protege la vida privada y familiar (artículo 8); las libertades de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9), de expresión e información (artículo 10), de reunión pacífica, de asociación y de sindicalización (artículo 11); reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (artículo 12); garantiza el derecho de toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales (artículo 13); finalmente, el derecho al disfrute de tales derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, o cualquier otra situación (artículo 14).

En el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la no discriminación no es por tanto un *derecho autónomo*, ya que el artículo 14 protege el derecho a no ser discriminado *en el goce de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio*.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, además, ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que prohíba a los Estados partes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

Por otra parte, ninguna de las disposiciones del Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuos un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo (artículo 17).

Finalmente, los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se configuran como un *mínimo* ya que, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 60, ninguna de sus disposiciones debe ser interpretada en el sentido de limitar o perjudicar los derechos humanos y las libertades fundamentales que pudieran estar reconocidos en el ordenamiento jurídico interno de un Estado parte, o en cualquier otro tratado de derechos humanos en el que éste fuese igualmente parte.

Limitaciones y restricciones

Algunos de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en efecto, pueden ser objeto de *limitaciones y restricciones*. Tal es el caso de los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 del Convenio: derecho al respeto de la vida privada y de la familia, del domicilio y la correspondencia; derecho a manifestar la religión o las convicciones; derecho a la libertad de reunión, asociación y sindicación. Los párrafos segundos de dichos artículos prevén, sin embargo, que el ejercicio de tales derechos puede ser limitado, *si bien no podrán ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzar alguna o algunas de las siguientes finalidades legítimas: la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.*

Caben pues limitaciones en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, pero han de estar previstas en la ley, responder a una finalidad legítima y ser necesarias en una sociedad democrática, esto es, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *proporcionadas*.

De este modo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos se caracteriza por la preocupación del equilibrio entre los derechos individuales, de un lado, los intereses generales, de otro. Así, por ejemplo, en su sentencia de 9 de diciembre de 1994 relativa al asunto López Ostra c. España (un caso en el que la demandante alegaba violación de su derecho al respeto de su

domicilio, reconocido en el artículo del Convenio, a causa de los olores, ruidos y humos contaminantes provocados por una estación depuradora de aguas y de residuos químicos), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo una línea jurisprudencial abierta por la Comisión Europea de Derechos Humanos a comienzos de los años ochenta y proseguida por el Tribunal, estimó que el artículo 8 del Convenio resultaba aplicable y que había sido violado porque el Estado demandado, España,

“no ha sabido lograr un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca —disponer de una estación depuradora— y el disfrute por la demandante del derecho al respeto de su vida privada y familiar” (parágrafo 58 de la sentencia).

En este contexto de los límites de algunos de los derechos reconocidos, de una parte, y de las posibles injerencias de la autoridad en los derechos protegidos, de otra, los Estados tienen un margen de apreciación que es en consecuencia del carácter subsidiario del sistema de protección instituido en el Convenio. Así, en su sentencia de 21 de febrero de 1990 relativa al asunto Powell y Rayner c. Reino Unido, el Tribunal sostuvo que tanto si el caso se analizaba

“en términos de una obligación positiva del Estado de adoptar medidas razonables y apropiadas que garanticen los derechos de los demandantes reconocidos en el párrafo 1o del artículo 8, o en los términos de una injerencia de una autoridad pública que esté justificada en concordancia con el párrafo 2o del citado artículo, los principios aplicables en ambos casos son muy similares. En ambos contextos hay que observar que el equilibrio requerido tiene que darse entre los intereses legítimos del individuo y los de la comunidad en su conjunto, y en ambos los Estados gozan en *un cierto margen de apreciación* para determinar los pasos que hayan de darse para asegurar el cumplimiento del Convenio” (parágrafo 41 de la sentencia) (El subrayado es mío).

Por otra parte, el artículo 18 del Convenio insiste en que las restricciones que pudieran ser impuestas a los derechos y libertades reconocidos *no*

podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hubiesen sido previstas.

Derogaciones de las obligaciones de los Estados partes

El convenio dispone, además, que en caso de guerra o de otro tipo de peligro público que amenace la vida de la nación, los Estados partes podrán *derogar* las obligaciones en él establecidas (artículo 15). Tales derogaciones, sin embargo, sólo podrán adoptarse en la medida estricta en que lo exija la situación, y siempre que no estén en contradicción con otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional. El Estado parte que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas, de los motivos que las han inspirado, y de la fecha en que dejarán de estar en vigor y a partir de la cual las disposiciones del Convenio volverán a tener aplicación.

La facultad de derogación, por consiguiente, no es totalmente discrecional ni queda confiada exclusivamente a la apreciación unilateral y subjetiva del Estado parte en el Convenio que decida ejercitarla pues, aparte de la obligación de informar al Secretario General del Consejo de Europa, los órganos de control instituidos en el Convenio (esto es, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) tienen competencias para apreciar y decidir si, en un caso dado, la derogación venía exigida por la situación y no estaba en contradicción con otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional y vinculen jurídicamente al Estado de que se trate.

Así, en su sentencia de 18 de enero de 1978, recaída en el asunto interestatal Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Tribunal reconoció que incumbe al Estado determinar si se amenaza un peligro público y, en caso afirmativo, hasta donde es necesario llegar, ya que, en este punto, el apartado 1 del artículo 15 deja a los Estados un amplio margen de apreciación. Pero, añadió el Tribunal, los Estados

“no disfrutaban, sin embargo, de un poder ilimitado en este ámbito....El margen nacional de apreciación está, por el contrario, acompañado de una fiscalización europea” (parágrafo 207 de la sentencia; el subrayado es mío).

Más recientemente, en su sentencia de 26 de mayo de 1993 relativa al caso *Brannigan y McBride c. Reino Unido*, el Tribunal ha insistido en que el margen de apreciación de los Estados está sujeto a una fiscalización europea y ha precisado que, en el ejercicio de su competencia de supervisión, el Tribunal debe tener en cuenta la relevancia de los factores que concurren en toda situación de emergencia, los derechos afectados y la duración de la situación (párrafo 43 de la sentencia).

Por otra parte, en los supuestos de aplicación del artículo 15 del Convenio *no será posible derogar, en ningún caso* los derechos reconocidos en el artículo 2 (salvo para los casos de muertes resultantes de actos lícitos de guerra) y en los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7 del Convenio. Resulta así que el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud o a servidumbre, y el derecho a que la ley penal no tenga efectos retroactivos, *son los derechos absolutos, garantizados por normas imperativas que no admiten excepción ni derogación* (artículo 15.2).

El artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos supuso en 1950 dos importantes contribuciones al Derecho internacional de los derechos humanos: de una parte, la admisión, en su párrafo primero, de que existen en la materia obligaciones jurídicas que dimanar del Derecho internacional; de otra, la precisión de un *núcleo duro* de derechos humanos que, por ser inderogables incluso “en caso de guerra o de otro tipo de peligro público que amenace la vida de la nación” (artículo 15.1), *están protegidos por normas imperativas o de “ius cogens”*, expresión jurídica de un orden público en materia de derechos humanos.

Derechos efectivos y no ilusorios: obligaciones positivas de los Estados partes y significado del artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio, por último, los Estados partes reconocen los derechos y libertades garantizados *a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción y no sólo a sus nacionales*

o a los nacionales de otros Estados partes en el Convenio. En este orden de cosas, la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos han llevado a cabo una interpretación teológica del artículo 1 del Convenio viendo en él el fundamento de *obligaciones positivas* de los Estados partes, esto es, de obligaciones de hacer, de adoptar medidas para garantizar el goce de los derechos reconocidos, con lo que sobre los Estados partes pesan tanto obligaciones de no hacer, de no injerencia en los derechos y libertades protegidos, como obligaciones positivas, de hacer, ya que como reiteradamente ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los derechos reconocidos en el Convenio son *derechos efectivos*.

La obligación de *asegurar* el goce de los derechos reconocidos en el Convenio es una de las más importantes obligaciones jurídicas de los Estados partes. Para su afirmación, el Tribunal ha sabido utilizar el texto inglés del artículo 1 del Convenio (*shall secure*, y no meramente *reconocen*) a partir de la sentencia de 18 de enero de 1978, recaída en el asunto Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña, hasta la fecha único caso interestatal que ha sido decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la que sostuvo que el Convenio

“no se contenta con obligar a las autoridades supremas de los Estados partes a que respeten los derechos y libertades que consagra; como lo demuestran el artículo 14 y la versión inglesa del artículo 1 (*shall secure*), implica también que, para garantizar el disfrute de aquéllos, dichas autoridades tienen que impedir o sancionar la violación en niveles inferiores” (parágrafo 239 de la sentencia).

Esta interpretación del artículo 1 del Convenio, en el sentido de que los Estados partes tienen obligaciones positivas y no sólo negativas y para afirmar que las disposiciones del Convenio pueden ser aplicables *incluso en las relaciones entre particulares* (eficacia horizontal del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha sido confirmada posteriormente por el Tribunal en la sentencia de 26 de marzo de 1985, recaída en el asunto X e Y c. Países Bajos, en la que afirmó que aunque el artículo 8 del Convenio tiene como objeto la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, dicha disposición

“no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias. A esta obligación negativa pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar...Estas pueden implicar la adopción de medidas tendentes a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en las relaciones entre los individuos” (parágrafo 23 de la sentencia).

En el cumplimiento de estas obligaciones positivas, sin embargo, el Tribunal ha reconocido que los Estados gozan de *un cierto margen de apreciación*, entendido no como una “presunción de inocencia” ni como una regla de prueba, sino como reconocimiento del carácter subsidiario del sistema de protección internacional y, como ha observado Mar-André Eissen, antiguo Secretario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de una especie de autolimitación judicial derivada del mejor conocimiento de la realidad interna por parte de los Estados que por el propio Tribunal (Eissen, M.A.: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 1985, en especial página 82).

Por otra parte los derechos reconocidos son derechos efectivos y concretos, y no ilusorios o teóricos. Así lo ha afirmado el Tribunal desde su sentencia de 9 de octubre de 1979, en el asunto Airey c. Irlanda, en la que sostuvo que el Convenio

“debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento, y dentro de su ámbito de aplicación tiende a lograr una protección real y efectiva del individuo. Porque si bien el Convenio reconoce derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio” (parágrafo 26 de la sentencia).

Poco después, en su sentencia de 13 de mayo de 1980 relativa al asunto *Ártico c. Italia*, el Tribunal reiteró esta interpretación del Convenio al sostener que el objetivo esencial de éste consiste “en proteger derechos

concretos y efectivos y no derechos teóricos o ilusorios” (parágrafo 33 de la sentencia).

Protección indirecta de derechos no expresamente reconocidos en el Convenio

Gracias a la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Tribunal, además, el ámbito del Convenio se ha extendido a *derechos no expresamente reconocidos en el mismo*. Así, por ejemplo, los derechos de los extranjeros gozan de una cierta protección *indirecta, como por efecto de rebote*, en virtud de una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del artículo 3 del Convenio en el sentido de que los extranjeros no pueden ser objeto de una medida de expulsión o de extradición cuando la persona de que se trate pueda ser sometida en el país de destino a un trato inhumano. Tal es el sentido de la sentencia de 7 de julio de 1989 relativa al asunto Soering c. Reino Unido de Gran Bretaña, en la que el Tribunal (tras recordar que el Convenio debe leerse en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos, y que en tanto que instrumento de protección de seres humanos sus disposiciones deben ser comprendidas como garantías concretas y efectivas, por lo que toda interpretación de los derechos reconocidos debe conciliarse con el espíritu general del Convenio, destinado a proteger y promover los ideales y valores de una sociedad democrática), sostuvo que en un Estado se conduciría de manera incompatible con los valores subyacentes al Convenio sin entregarse a un fugitivo –por odioso y repugnante que pueda ser el crimen del que se le acusa– a otro Estado en el que existan motivos serios para pensar que en un peligro de tortura o de tratamiento inhumano amenaza al interesado. Por consiguiente, afirmó el Tribunal, aunque el derecho a no ser extraditado no sea un derecho expresamente reconocido en el Convenio, si una extradición pusiera a una persona en peligro de ser sometido a tortura o tratamiento inhumano o degradante, tal extradición iría a manifestarse contra el espíritu del Convenio, ya que

“ a pesar de la ausencia de mención expresa en el texto breve y general del artículo 3, tal extradición iría manifiestamente contra

el espíritu de este último, lo que puede extenderse al riesgo de tratos inhumanos o degradantes” (parágrafo 88 de la sentencia).

Igualmente, aunque el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país no está reconocido en el Convenio el Tribunal ha reconocido, sin embargo, que el control de la inmigración debe ejercerse de forma compatible con las exigencias del Convenio, por lo que la expulsión de una persona del territorio del Estado en el que viven sus familiares, por ejemplo, puede plantear un problema de aplicación del artículo 8 del Convenio. Así, en un caso en que un extranjero había sido expulsado de Holanda (a pesar de que había residido legalmente en este país, donde había estado casado con una holandesa y en el que tenía vínculos efectivos con su hija), y se le denegaba permiso de residencia, el Tribunal estimó que, en el caso,

“no se había asegurado un justo equilibrio entre los intereses en presencia, y que existía por tanto desproporción entre los medios empleados y el fin legítimo perseguido. En consecuencia, no podía considerar a las medidas adoptadas por las autoridades holandesas como necesarias en una sociedad democrática” (parágrafo 29 de la sentencia de 21 de junio de 1988, asunto Berrehab c. Países Bajos).

En el mismo sentido, la interpretación extensiva del artículo 8 del Convenio es evidente en la sentencia de 9 de diciembre de 1994, recaída en el asunto López Ostra c. España, en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado entrada al derecho a un medio ambiente adecuado, que no es un derecho expresamente reconocido en el Convenio, a través del recurso técnico a la aplicación del artículo 8 del Convenio, que protege el derecho de toda persona al respeto de su vida familiar y de su domicilio.

2. Los Protocolos adicionales sustantivos o normativos

El convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido completado por once Protocolos adicionales, adoptados entre 1952 (el Protocolo adicional 1) y 1994 (el Protocolo adicional 11). De ellos, cuatro tienen carácter

sustantivo (los Protocolos 1, 4, 6 y 7), mientras que los demás se refieren a la organización y competencias de los órganos que participan en el mecanismo de garantía instituido en el Convenio. El Protocolo adicional 2, que no ha sido utilizado hasta la fecha, confiere jurisdicción consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en ejercicio de dicha jurisdicción, puede formular opiniones a petición del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

El catálogo de derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ciertamente menos extenso que el de la Declaración Universal de Derechos Humanos así como del que figura en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, y entrando en vigor en 1976), ha sido ampliado a través de los Protocolos adicionales 1, 4, 6 y 7, que han añadido nuevos derechos y libertades al catálogo de los reconocidos en el Convenio, con la finalidad de desarrollarlo y de lograr una mayor concordancia entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

El Protocolo adicional 1, adoptado en 1952, añadió al catálogo de derechos reconocidos en el Convenio el derecho al respeto de los bienes, por lo que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas en la ley por los principios del Derecho internacional (artículo 1); el derecho a la instrucción, respetando el Estado el derecho de los padres a asegurarla de conformidad con sus convicciones (artículo 2); y, por último, la obligación del Estado de organizar periódicamente elecciones libres (artículo 3).

A finales de julio de 1994, este Protocolo vinculaba a veintisiete de los treinta Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; en esa fecha, en efecto, tres Estados partes en el Convenio no eran partes en el Protocolo adicional 1 (Liechtenstein, Polonia y Suiza). España firmó el Protocolo adicional 1 el 23 de febrero de 1978 y lo ratificó el 27 de noviembre de 1990 (B.O.E. de 12 de enero de 1991).

El Protocolo adicional 4 prohíbe la privación de libertad por incumplimiento de una obligación contractual (artículo 1), y reconoce el derecho de

toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado parte a la libre circulación por el territorio de dicho Estado y a escoger libremente su residencia (artículo 2), si bien estos derechos pueden ser objeto de restricciones previstas en la ley cuando constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. Por otra parte, el derecho a circular por el territorio de un Estado y a escoger libremente residencia puede ser objeto, en ciertas zonas determinadas, de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.

Finalmente, los artículos 3 y 4 del Protocolo adicional 4 prohíben, respectivamente, la expulsión de nacionales o que se niegue a una persona la entrada en el territorio del Estado del que fuese nacional, y la expulsión colectiva de extranjeros.

A finales de julio de 1994, el Protocolo adicional 4 vinculaba a veintiuno de los treinta Estados partes en el Convenio. Por consiguiente, nueve de los Estados partes en el Convenio no estaban vinculados jurídicamente en esa fecha por el Protocolo adicional 4: Bulgaria, España, Grecia, Liechtenstein, Malta, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña, Suiza y Turquía. España lo firmó el 23 de febrero de 1978, *pero todavía no lo ha ratificado* por lo que no es Estado parte en el mismo.

El Protocolo adicional 6 establece la abolición de la pena de muerte. Complementa así al artículo 2 del Convenio, ya que el derecho a la vida en él reconocido deja fuera de su ámbito de aplicación la ejecución de una condena pronunciada por un tribunal que, en el caso de que el delito esté castigado por la ley con la pena capital, imponga dicha pena.

Sin embargo, el Protocolo adicional 6 permite a los Estados partes imponer la pena de muerte, con arreglo a su legislación, por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra.

A finales de julio de 1994, este Protocolo vinculaba a veintitrés de los treinta Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Siete Estados partes en el Convenio, por consiguiente, no eran en esa fecha Estados partes en el protocolo adicional 6: Bélgica, Bulgaria, Chipre, Grecia, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña y Turquía; de ellos, sólo dos habían firmado el Protocolo: Bélgica y Grecia. España ratificó el Protocolo adicional 6 el 14 de enero de 1985 (B.O.E. de 17 de abril de 1985).

El Protocolo adicional 7, por último, completa el catálogo de derechos y libertades reconocidos en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos al prohibir la expulsión arbitraria de extranjeros (artículo 1), reconocer nuevas garantías procesales (como el derecho de recurso contra una condena penal, en el artículo 2; el derecho a obtener una indemnización del Estado cuando una condena sea anulada o se produzca un indulto a causa de un error judicial, en el artículo 3; y el principio *ne bis in idem*, en el artículo 4), y proclamar, finalmente, el principio de la igualdad jurídica de los esposos en derechos y responsabilidades de carácter civil (artículo 5).

A finales de julio de 1994 el Protocolo adicional 7 vinculaba a diecisiete de los treinta Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aunque fue adoptado el 22 de noviembre de 1984, este hecho pone de manifiesto que su nivel de aceptación no es muy grande. No son Estados partes en el Protocolo adicional 7 los siguientes Estados: Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, España, Irlanda, Liechtenstein, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña y Turquía.

3. Reservas y declaraciones interpretativas

De todo lo expuesto se deduce que el sistema europeo de protección jurisdiccional de derechos humanos (constituido por el Convenio y sus Protocolos adicionales de contenido normativo), *no es un conjunto homogéneo que obligue por igual a todos los Estos partes*; de un lado, porque no es idéntico el número de Estados partes de los diversos instrumentos jurídicos que integran el sistema; de otro, por el juego de las reservas, que indudablemente introducen factores de diferenciación en el alcance de las obligaciones de los distintos Estados partes, ya que no asumen todos las mismas obligaciones.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en efecto, aunque dentro de los límites establecidos en su artículo 64, permite a los Estados partes la formulación de reservas que *introducen factores de relativismo*, a pesar de tratarse de un Convenio que a diferencia de los tratados de tipo clásico “desborda el ámbito de la mera reciprocidad entre los Estados contratantes” porque, “además de una red de compromisos sinalagmáticos bilaterales, crea unas obligaciones objetivas que disfrutan de una garantía colectiva” (TEDH, sostenida de 18 de enero de 1979, Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña, Series A, Vol. 25, parágrafo 239 de la sentencia).

España por ejemplo, formuló reservas en el momento de su adhesión a las siguientes disposiciones del Convenio: 1) los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el título XV del Tratado Segundo y en el título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar; 2) el artículo 11, en la medida en que fuere incompatible con los artículos 28 y 127 de la Constitución española. La primera de dichas reservas fue modificada tras la aprobación de la L.O. 12/1985, de 27 de noviembre, que deroga el Código de Justicia Militar, con el fin de que la nueva legislación quedara cubierta por la reserva.

Además, formuló dos declaraciones interpretativas en virtud de las cuales declaraba que España interpreta la disposición de la última frase del párrafo 1o del artículo 10 del Convenio como compatible con el régimen de organización de la radiodifusión y televisión en España, y las disposiciones de los artículos 15 y 17 en el sentido de que permiten la adopción de las medidas contempladas en los artículos 55 y 116 de la Constitución española.

Las reservas y declaraciones interpretativas formuladas por los Estados partes están sujetas, sin embargo, en cuanto a su validez, al control de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con lo que la determinación de si son o no válidas escapa a la apreciación individual y subjetiva, unilateral, de los Estados partes en el Convenio. Así, en el asunto *Temeltasch c. Suiza*, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que era competente para conocer de las reservas formuladas por el Estado demandado, sobre la base del carácter objetivo de las obligaciones asumi-

das por los Estados partes en el Convenio y el hecho de que el principio de reciprocidad no sea aplicable a tales obligaciones; en consecuencia, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que era competente para conocer de las reservas formuladas por el Estado demandado, sobre la base del carácter objetivo de las obligaciones asumidas por los Estados partes en el Convenio y en el hecho de que éste ha instituido órganos de control, para estimarse competente en orden a decidir acerca de la validez de las reservas y declaraciones interpretativas formuladas por Suiza (Decisión de administrabilidad de 12 de octubre de 1981, Opinión de la Comisión sobre el fondo e Informe en el marco del artículo 31 del Convenio, de 5 de mayo de 1982).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, en su sentencia de 29 de abril de 1988 relativa al asunto *Belilos c. Suiza*, afirmó resueltamente que el silencio del depositario y de los Estados partes no priva a los órganos del Convenio de sus facultades para apreciar la cuestión de la validez de las reservas y declaró nula una reserva suiza al considerarla contraria al artículo 64 del Convenio, confirmando plenamente que los órganos instituidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos tienen competencias para determinar si una reserva, o una declaración interpretativa, son o no válidas.

4. El mecanismo de garantía y control

El rasgo más característico del Convenio estriba, sin embargo, en que instauró un mecanismo de control en el que intervienen cuatro órganos: el Secretario General del Consejo de Europa, la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Dos de estos órganos, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han sido instituidos por el Convenio; otros dos, el Secretario General y el Comité de Ministros son órganos del Consejo de Europa.

La organización, funcionamiento y procedimiento de la Comisión Europea de Derechos Humanos, regulados en el Convenio (artículos 20 a 37) y en su Reglamento interior, han sido modificados por el Protocolo de

enmienda 8 que fue adoptado el 19 de marzo de 1985 y entró en vigor el 1 de enero de 1990.

La organización, funcionamiento y procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos están regulados en el Convenio (artículos 38 a 56) y en su Reglamento, revisado el 24 de noviembre de 1982 y en vigor desde el 1 de enero de 1983. El Protocolo de enmienda número 8 ha modificado igualmente determinados artículos del Convenio relativos a la organización y funcionamiento del Tribunal.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa se regula por el Estatuto del Consejo de Europa y por su Reglamento interior. El Comité ha adoptado igualmente reglas específicas relativas a la aplicación de los artículos 32 y 54 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A) El mecanismo no jurisdiccional: las competencias de control del Secretario General del Consejo de Europa

Las competencias del Secretario General del Consejo de Europa figuran en el artículo 57 del Convenio, según el cual todo Estado parte está obligado a suministrar, a requerimiento del Secretario General, "las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de este Convenio". El Secretario General dispone en consecuencia de competencias propias que debe ejercer con completa independencia, y los Estados Partes han asumido la obligación específica de suministrar las informaciones que les fueren requeridas.

Este sistema de control de información, de naturaleza no jurisdiccional, ha sido llevado a la práctica en pocas ocasiones, por lo que de hecho resulta mucho menos eficaz que el procedimiento de informes periódicos instituido en ocho de los Convenios de derechos humanos adoptados en el seno de las Naciones Unidas, entre ellos el Pacto internacional de derechos civiles y políticos en el que la labor efectuada por el Comité de Derechos Humanos tiene extraordinaria relevancia.

Por otra parte, el Secretario General también tiene una serie de competencias en el sistema jurisdiccional de garantía instituido por el

Convenio Europeo de Derechos Humanos: recibir las demandas introducidas en virtud de los artículos 24 y 25 del Convenio (aunque, en la práctica, las demandas individuales se presentan directamente ante la Secretaría de la Comisión); publica el informe de la Comisión cuando haya arreglo amistoso (apartado 2o del artículo 28); publicar la decisión adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en el marco del artículo 32, cuando el Comité de Ministros decida su publicación (apartado 3o del artículo 32).

B) El mecanismo jurisdiccional de protección de derechos humanos: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Competencias del Comité de Ministros del Consejo de Europa en los casos que no sean sometidos al Tribunal.

Las piezas fundamentales del mecanismo jurisdiccional de garantía y control instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y rasgo distintivo del mismo, son la Comisión y el Tribunal. En este sentido, el artículo 19 del Convenio dispone que,

“con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultaban para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio, se instituyen:

- a) una Comisión Europea de Derechos Humanos, denominada en adelante Comisión;
- b) un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, denominado en adelante el Tribunal”

No obstante, como veremos a continuación, un órgano de naturaleza política e intergubernamental, no mencionado en el citado artículo 19, también interviene en el mecanismo jurisdiccional instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La Comisión Europea de Derechos Humanos

La Comisión es el órgano que decide acerca de la administrabilidad de las demandas, que pueden ser deducidas tanto por un Estado parte contra

otro Estado parte (artículo 24) como por un particular contra un Estado (artículo 25). El sistema opera pues sobre la base de demandas y comienza siempre con la intervención de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que es el juez de admisibilidad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Convenio, todo Estado parte "puede denunciar a la Comisión, a través del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier incumplimiento de las disposiciones del presente Convenio que crea que pueda ser imputada a otra Parte Contratante".

El Convenio instituyó por tanto un sistema de garantía colectiva que, en el momento de ser adoptado, supuso una importante innovación en el Derecho internacional al no exigir el requisito de la nacionalidad de la reclamación, característico de la puesta en práctica de la responsabilidad del Estado en Derecho internacional y según el cual un Estado no puede presentar una reclamación internacional contra otro Estado más que si uno de sus nacionales ha sido víctima del ilícito internacional atribuible al Estado contra el que la reclamación se dirige. Frente a este principio tradicional, el artículo 24 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite que un Estado parte demande ante la Comisión Europea de Derechos Humanos a otro Estado parte del Convenio, aunque la violación del Convenio alegada por el Estado demandante no afecte a alguno o algunos de sus nacionales. Este fue el caso, por ejemplo, de la demanda deducida ante la Comisión en 1982 por Dinamarca, Francia, Noruega, Países Bajos y Suecia contra Turquía, resuelta mediante arreglo amistoso alcanzado en 1985.

Junto a las demandas interestatales, la Comisión puede conocer igualmente de demandas introducidas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se consideren víctimas de una violación de alguno o algunos de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, siempre que el Estado demandado haya aceptado la competencia de la Comisión para conocer de demandas individuales (artículo 25 del Convenio).

La competencia de la Comisión para conocer de demandas individuales, por tanto, es *opcional o facultativa*, a diferencia de su competencia para

entender demandas interestatales, que es obligatoria respecto de todos los Estados partes en el Convenio.

El artículo 25 supuso otra ruptura con el Derecho internacional tradicional al permitir la posibilidad de que una persona individual, una organización no gubernamental o un grupo de particulares deduzcan directamente una demanda contra un Estado, incluso su propio Estado, ante un órgano internacional: la Comisión Europea de Derechos Humanos. También en este punto el Convenio Europeo de Derechos Humanos introdujo una importante innovación en el Derecho internacional, que explica por qué la competencia de la Comisión para conocer de estas demandas particulares fue aceptada por los Estados negociadores del Convenio como opcional o voluntaria, a diferencia de la competencia obligatoria de la Comisión para conocer de las demandas interestatales.

La relevancia jurídica del recurso individual es innegable, pues si el artículo 24 del Convenio expresa la solidaridad inherente a los Estados partes, Miembros del Consejo de Europa y por tanto Estados de Derecho, el recurso individual (artículo 25) constituye la piedra angular del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La práctica ha probado claramente, además, la relevancia del recurso individual, pues frente al reducido número de demandas interestatales deducidas ante la Comisión (veinte demandas, en once casos), el número de demandas individuales es muy elevado.

No se trata, por otra parte, de datos exclusivamente cuantitativos sino también cualitativos, desde el momento en que lo verdaderamente importante es el incremento del número de demandas complejas, con difíciles problemas jurídicos en orden a decidir acerca de su admisibilidad. En este sentido, resulta relevante el extraordinario aumento del número de demandas presentadas con asistencia letrada, que en principio es un claro indicio de complejidad jurídica.

Estos elevados números de demandas individuales explica la sobrecarga de trabajo de la Secretaría de la Comisión (que atiende además a los expedientes provisionales que no llegan a quedar registrados como demandas, pero que exigen una considerable atención y traen consigo una gran

carga de trabajo), como el retraso de la Comisión, que no es un órgano permanente y que hoy se encuentra en una difícil y crítica situación. A pesar de su extraordinario esfuerzo, la Comisión tiene que hacer frente, en efecto, tanto a un gran número de demandas pendientes como a un creciente número de demandas registradas cada año.

El resultado de esto hechos es una situación de atasco o embotellamiento de la Comisión ante el gran número de demandas, a pesar de que el artículo 1 del Protocolo de enmienda número 8 ha modificado el artículo 20 del Convenio. Gracias a esta modificación, la Comisión ha constituido Comités integrados por tres miembros, con competencias para declarar inadmisibles una demanda deducida por un particular si la decisión del Comité es unánime, y ha organizado su trabajo sobre la base de Salas, compuestas por siete miembros, para conocer de las demandas deducidas por particulares en el marco del artículo 25 del Convenio.

Por otro lado, el número de Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que aceptan la competencia de la Comisión para conocer de demandas individuales ha aumentado en los últimos años hasta el punto que, en la actualidad, *todos los Estados partes aceptan dicha competencia.*

Este último dato es extraordinariamente importante, porque el Convenio no puede desplegar plenamente toda su eficacia más que *si todos* los Estados partes aceptan el recurso individual. Obviamente, sin embargo, el número de Estados que aceptan la competencia de la Comisión para conocer de demandas individuales ha traído consigo un sensible incremento del número de demandas registradas y un empeoramiento de la crítica situación del embotellamiento antes descrita, en la que el sistema europeo de protección de derechos humanos resulta ser *víctima de su propio éxito.*

La primera responsabilidad de la Comisión es decidir si una demanda es o no admisible. Hasta la fecha, la Comisión ha estimado admisibles todas las demandas interestatales mientras que, por el contrario, ha rechazado y declarado inadmisibles la inmensa mayoría de las demandas individuales.

El Convenio regula los *requisitos de admisibilidad* de las demandas (artículos 26 y 27), entre los que por el carácter *subsidiario* del mecanismo europeo de protección de derechos humanos destaca la exigencia del *agotamiento previo de los recursos existentes en el ordenamiento interno del Estado demandado*, tal como este requisito se entiende según los principios de Derecho internacional general mente reconocidos (artículo 26 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

La demanda ha de ser deducida en el plazo de seis meses desde la fecha de la decisión interna definitiva; no puede ser anónima; no puede ser esencialmente la misma que una demanda ya examinada por la Comisión o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, a no ser que contenga hechos nuevos; ha de referirse a alguno de los derechos protegidos en el Convenio o en alguno de sus Protocolos adicionales sustantivos, pues de lo contrario será declarada inadmisibile por ser incompatible con los derechos reconocidos; ha de estar fundada, pues de lo contrario será rechazada como "manifiestamente mal fundada"; por último, no puede ser abusiva.

Una demanda individual puede ser declarada inadmisibile *de plano* por la Comisión, sin que ni siquiera se informe de ella al Estado demandado. Las estadísticas muestran en este orden de cosas una evolución en la actitud de la Comisión, ya que si entre 1955 y 1972 el 94% de las demandas deducidas fueron declaradas inadmisibles *de plano*, dicho porcentaje se ha reducido considerablemente situándose en la actualidad en torno al 70%. Por otra parte, este hecho confirma la creciente complejidad de las demandas deducidas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, y cómo el problema no es sólo cuantitativo sino también cualitativo.

Si la demanda no es rechazada *de plano* por la Comisión, ésta informa al Gobierno del Estado demandado, con ello se inicia un procedimiento contradictorio escrito, si bien, en ocasiones, en los casos complejos en los que el procedimiento escrito no ha bastado para decidir acerca de la admisibilidad, puede tener lugar una vista oral sobre admisibilidad y fondo. Sólo una minoría de las demandas que llegan a ser examinadas en una audiencia ante la Comisión son finalmente declaradas inadmisibles.

Aunque la Comisión ha estimado inadmisibles la inmensa mayoría de las demandas individuales, los hechos muestran sin embargo una tendencia hacia el aumento del número de demandas declaradas admisibles. en el comunicado de la Secretaría de la Comisión Europea de Derechos Humanos 22 de noviembre de 1994, por ejemplo, relativo a la 249a sesión de la Comisión celebrada en octubre de 1994, se informa que la Comisión examinó 640 demandas individuales, de las que 157 fueron declaradas admisibles, 108 fueron comunicadas a los Gobiernos de los Estados demandados, 220 fueron declaradas inadmisibles, y 15 fueron eliminadas de la lista de casos ante la Comisión.

La decisión de inadmisibilidad es final, pone término a la demanda y no es susceptible de recurso alguno. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el apartado 3o del artículo 30 (en su redacción actual dada por el artículo 6 del Protocolo de enmienda 8), la Comisión "puede decidir la readmisión de una demanda si considera que las circunstancias así lo justifican".

Por otra parte, importa señalar que todo el procedimiento ante la Comisión, tanto escrito como la vista oral si eventualmente la Comisión decide celebrar una audiencia, es *confidencial*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 del Convenio. La decisión de admisibilidad, sin embargo, cualquiera sea su sentido (admisión o rechazo de la demanda), es pública.

El hecho de que una demanda haya sido declarada admisible por la Comisión no significa que la violación alegada haya sido cometida sino, únicamente, que la demanda en cuestión cumple las condiciones de admisibilidad exigidas en el Convenio (artículos 26 y 27) y presenta serio problemas que requieren una profunda investigación del caso en orden a verificar si hubo o no violación, imputable al Estado demandado, de alguno o algunos de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio.

Si la Comisión decide que una demanda es admisible, tanto si trata de una reclamación interestatal como de un recurso individual, pasa a tomarla en consideración con las competencias y funciones que el artículo 28 del Convenio le atribuye al respecto.

Ante todo, la Comisión se pondrá a disposición de las partes a fin de lograr un arreglo amistoso del asunto. De conformidad con lo dispuesto en

el apartado 1, letra b), del artículo 28, la función conciliadora de la Comisión es de innegable relevancia en la medida en que no sólo acelera una satisfacción al demandante sino que, además, tiene un claro efecto indirecto y preventivo respecto de casos futuros. Esta es la razón por la que, tras una audiencia sobre admisibilidad y fondo, la Comisión informa a las partes tanto de su decisión acerca de si la demanda es o no admisible como respecto de su opinión provisional sobre si hubo o violación del Convenio. La opinión de la Comisión sobre el fondo es todavía provisional y no definitiva, pero si una clara mayoría se orienta hacia la estimación de la violación alegada, se facilita la posibilidad de un arreglo amistoso.

La responsabilidad de la Comisión respecto del arreglo amistoso (acto jurídico regido por el Derecho internacional, tanto si se trata de un acuerdo entre Estados partes como de un acuerdo entre el particular demandante y el Estado demandado) de extraordinaria importancia, ya que el arreglo amistoso no es algo dejado exclusivamente a la voluntad de las partes, sino que tiene que ser autorizado por la Comisión. Esta, en consecuencia, no sólo puede llevar a cabo una labor de impulso sino que, en todo caso, tiene que aceptar y autorizar el acuerdo alcanzado, que tiene que inspirarse en el respeto de los derechos humanos tal como los reconoce el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Si se obtiene un arreglo amistoso, es el fin del caso y la Comisión redactará un informe que transmitirá a los Estados interesados, al Comité de Ministros y al Secretario General del Consejo de Europa para su publicación. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2o del artículo 28, dicho informe se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada.

Si no pudiera llegarse a un arreglo amistoso, la Comisión proseguirá el examen del fondo y llevará a cabo una investigación de los hechos, tras la que redactará un informe en el que hará constar los hechos y formulará una *opinión* acerca de si los hechos comprobados implican o no, por parte del Estado demandado, una violación de las obligaciones que le incumben en virtud del Convenio (apartado 1o del artículo 31, modificado por el artículo 7 del Protocolo de enmienda 8).

El Comité de Ministros del Consejo de Europa

El informe de la Comisión sobre el fondo se remitirá al Comité de Ministros del Consejo de Europa y a los Estado interesados, quienes no tendrán facultad para publicarlo (apartado 2o del artículo 31). Al transmitir tal informe al Comité de Ministros, la Comisión podrá formular las propuestas que considere apropiadas (apartado 3o del artículo 31).

Si en un período de tres meses, a partir de la remisión al Comité de Ministros del informe de la Comisión, el asunto no es deferido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Ministros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Convenio, decidirá por el voto mayoritario de dos tercios de los representantes de los Estados Miembros si hubo o no violación. En caso afirmativo, el Comité de Ministros fijará el plazo en que el Estado interesado, declarado responsable de la violación, deberá tomar las medidas que deriven de su decisión; si el Estado en cuestión no adoptase medidas satisfactorias en el plazo indicado, el Comité de Ministros decidirá cuáles son las consecuencias que se derivan de su decisión inicial y publicará el informe.

Las decisiones del Comité de Ministros son obligatorias para los Estados partes en el Convenio. Pero es indudable que puede tratarse de un órgano político, intergubernamental, sus competencias en orden a decidir si hubo o no violación sobre la base del informe jurídico de la Comisión son difícilmente justificables: el procedimiento en el Comité de Ministros es confidencial; ni la Comisión ni el particular demandante ante la Comisión tienen acceso al Comité de Ministros, mientras que el Estado demandado es miembro del mismo, lo que sin duda es una flagrante falta de igualdad entre las partes; por último, la exigencia de una mayoría de dos tercios de los representantes de los Estados con derecho a formar parte del Comité no sólo resulta particularmente riguroso sino que, además, puede llevar, y ha llevado, a situaciones en las que dicha mayoría no se alcanza con la consecuencia de que el Comité de Ministros *no* decide acerca de si hubo o no violación del Convenio por parte del Estado demandado, que ha participado en la deliberación del Comité y en la votación, siendo a la vez juez y parte, y que, por razones políticas, ha podido influir políticamente en el voto de otros Estados.

El rigor de la mayoría exigida para que el Comité de Ministros decida si hubo o no violación del Convenio ha sido suavizado con la adopción el 25 de marzo de 1992 de un nuevo Protocolo de enmienda, el Protocolo número 10, *todavía no entrado en vigor* que sólo exige la mayoría de los miembros del Comité de Ministros².

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Resulta extraño que un órgano político (el Comité de Ministros), no mencionado en el artículo 19 del Convenio entre los que tienen la misión de asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados partes, pueda decidir acerca de problemas relativos a la aplicación e interpretación del Convenio. La explicación de esta anomalía radica en otra deficiencia del sistema europeo de protección de derechos humanos y libertades fundamentales: el carácter *facultativo u opcional de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.

El Tribunal, en efecto, únicamente podrá ejercer su jurisdicción respecto de los Estados partes en el Convenio que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46, hayan declarado que reconocen como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio, o, en su defecto, con el consentimiento del Estado demandado.

Dada la naturaleza de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fue necesario *arbitrar una solución respecto de aquellos casos en los que el Estado demandado no hubiera aceptado la jurisdicción del Tribunal*, y de ahí la anomalía de las competencias decisorias de un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en un sistema de protección internacional de derechos humanos cuyo rasgo más característico estriba en haber instituido un mecanismo de control de carácter jurisdiccional.

2 Este Protocolo necesita para su entrada en vigor ser ratificado por todos los Estados Partes en el Convenio. A finales de julio de 1994, tenía dieciséis ratificaciones, entre las que no se encuentra la de España.

Sin embargo, la jurisdicción del Tribunal, aunque facultativa *de iure*, está hoy aceptada de hecho por todos los Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos³.

Por otra parte, el Tribunal no sólo tiene el límite del carácter voluntario o facultativo de su jurisdicción sino que presenta, además, otras limitaciones y en especial la falta de legitimación activa del particular demandante para deducir directamente demanda ante el Tribunal.

En efecto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 44, 45 y 48 del Convenio, sólo los Estados partes y la Comisión están facultados para someter un asunto al Tribunal, pero no la persona física, organización no gubernamental, o grupo de particulares que inicialmente presentaron una demanda ante la Comisión. La práctica y el Reglamento del Tribunal han limitado esta deficiencia del sistema, ya que a partir del 1 de enero de 1983, gracias al vigente Reglamento del Tribunal, el particular es invitado por el Presidente a participar en el procedimiento ante el Tribunal. Si el particular acepta, tendrá una posición procesal propia, distinta y separada de la Comisión; es decir, en virtud del artículo 33-d) del Reglamento del Tribunal, el particular tiene *locus standi* en el procedimiento que se substancie ante el Tribunal. Lo que el particular no puede, si embargo, es deducir directamente la demanda ante el Tribunal, ya que carece de legitimación activa para ello.

La paradoja de que el particular que inició el procedimiento presentando una demanda ante la Comisión carezca de legitimación activa ante el

3 La jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 46 del Convenio), la aceptan ocho Estados por un período de tres años (Austria, Chipre, Grecia, Italia, Liechtenstein, Rumanía, San Marino y Turquía); diez por un período de cinco años (Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Islandia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Reino Unido de Gran Bretaña y Suecia); cinco con carácter indefinido (Eslovenia, Finlandia, Irlanda, Países Bajos y Suiza). Por último, siete Estados la aceptan por un período determinado que se reconducirá de forma tácita, por idénticos plazos, a menos que el Estado adopte una decisión en contrario antes de transcurrir el período en curso: Bulgaria y Polonia (tres años); Eslovenia, España, Hungría y República Checa (cinco años); y Portugal (dos años). *La declaración española reconociendo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (B.O.E., núm. 247, de 15 de octubre de 1990).

Tribunal ha sido superada con el Protocolo adicional 9 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado y abierto a la firma en Roma el 6 de noviembre de 1990, y entrando en vigor el 1 de octubre de 1994⁴.

La adopción del Protocolo adicional 9 supuso un paso importante en el progresivo perfeccionamiento del mecanismo jurisdiccional de protección de derechos humanos instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Durante dos décadas se discutió y debatió la legitimación del particular ante el Tribunal; finalmente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendó al Comité de Ministros acelerar los trabajos para reconocer al demandante particular legitimación activa para poder llevar su caso ante el Tribunal, mediante un nuevo Protocolo que modificase los artículos 44 y 48 del Convenio.

El Protocolo adicional 9 constituye una innovación en Derecho internacional al otorgar al particular legitimación activa para poder llevar su caso ante el Tribunal internacional⁵. Sin embargo, la adopción del Protocolo 9 no debe dar lugar a equívocos: de un lado, porque sólo tienen legitimación activa para llevar su caso ante el Tribunal los particulares que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado parte del mismo, pero no si el Estado demandado no es parte en el Protocolo 9; de otro lado, porque la adopción de este Protocolo no elimina la competencia decisoria del Comité de Ministros del Consejo de Europa, pues en el supuesto de que un caso sea sometido al Tribunal solamente por el particular, y no por la Comisión o el Estado demandado, un Comité compuesto por tres magistrados del Tribunal decidirá si el caso presenta problemas jurídicos que deban

4 A finales de julio de 1994 había sido ratificado por trece Estados: Alemania, Austria, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, República Checa y Rumanía.

5 La Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en el seno de la Organización de Estados Americanos del 22 de noviembre de 1969, establece la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para conocer demandas de particulares con carácter obligatorio (artículos 44 y 45), a diferencia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos que la establece con carácter facultativo; la Convención Americana tampoco confiere al particular legitimación activa para llevar su caso ante el Tribunal, pues sólo los Estados partes y la Comisión Interamericana tienen dicha facultad (artículo 61).

ser decididos por el Tribunal. Si la decisión de dicho Comité fuese negativa, el caso será decidido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (apartado 2º del artículo 5 del Protocolo adicional 9).

La Comisión Europea de Derechos Humanos, por consiguiente, tiene la delicada responsabilidad de elegir si un caso va a ser decidido por un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, o por un órgano jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La facultad de la Comisión para sustraer el caso al conocimiento y decisión del Comité de Ministros es de gran relevancia en relación con los particulares que ya hayan demandado a un Estado que no sea parte en el Protocolo 9, pues si el asunto es sometido al Tribunal el particular sólo tendrá la posibilidad de participar en el procedimiento contradictorio ante el Tribunal sino que, además, podrá obtener como parte lesionada una satisfacción equitativa, en los límites y condiciones del artículo 50 del Convenio. Por el contrario, si el caso queda confiado a la decisión del Comité de Ministros *ni la Comisión ni el particular participarán en el procedimiento ante el Comité de Ministros*, y la decisión quedará en manos de un órgano político; la parte lesionada, sin embargo, puede obtener una satisfacción equitativa que le indemnice de los daños sufridos ya que, a partir de 1987, el Comité de Ministros ha sido expresamente autorizado a conceder tal indemnización y ha llevado a la práctica dicha facultad.

La paradoja estriba en que el Convenio nada dispone de los criterios que deben guiar a la Comisión en el desempeño de tan delicada responsabilidad. En la práctica, la Comisión ha mostrado una clara tendencia a someter al Tribunal los casos en los que su informe sobre el fondo concluía en violación del Convenio imputable al Estado demandado, así como casos en los que la conclusión es la contraria pero que, no obstante, suscitan problemas respecto de la interpretación del Convenio. Esta tendencia, que obviamente ha traído consigo un sensible incremento del número de casos deferidos al Tribunal, se ha visto forzada por el aumento del número de demandas complejas, así como por el incremento de las demandas admitidas por la Comisión y respecto de las que, por no haberse alcanzado un arreglo amistoso, la Comisión ha expresado su opinión acerca de si, en el caso, hubo o no violación del Convenio.

Si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del Convenio un caso es llevado ante el Tribunal por alguna de las partes legitimadas para ello, el Tribunal entrará a conocer el fondo del asunto en un procedimiento contradictorio y público, en el que las partes se encuentran en un plano de igualdad. Por otra parte, desde que un caso es deferido al Tribunal, el informe de la Comisión en el que se contiene su opinión sobre el fondo del asunto se hace normalmente público. La Comisión participa en el procedimiento, a fin de presentar y defender su opinión acerca de si, en el caso, hubo o no violación del Convenio o de alguno de sus Protocolos adicionales normativos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos por tanto es el órgano competente para decidir acerca de si, en el caso, hubo o no violación del Convenio atribuible al Estado demandado. No obstante, confirmando así el carácter subsidiario del mecanismo de protección internacional de derechos humanos instituido en el Convenio, el Tribunal tiene jurisdicción para decidir acerca de la admisibilidad de la demanda, a pesar de que ya hubiera sido declarada admisible por la Comisión, siempre que el Estado demandado se haya opuesto ante la Comisión a la admisibilidad de la demanda y reitere su posición ante el Tribunal.

No obstante, las alegaciones que la Comisión hubiera declarado inadmisibles en su decisión de admisibilidad *no pueden se replanteadas ante el Tribunal*.

Por otra parte, el Tribunal puede autorizar un arreglo amistoso entre las partes, que significa el fin del caso.

El Tribunal decidirá mediante *sentencia motivada* (apartado 1o del artículo 51), si ha habido violación del Convenio. Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de ellos tiene derecho a unir a la sentencia su opinión individual, concordante o disidente (apartado 2o del artículo 51).

La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la aplicación e interpretación del Convenio (artículo 45 del Convenio). Sus sentencias son definitivas (artículo 52) y obligatorias, porque los

Estados partes se han comprometido a conformarse con las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean partes (artículo 53), y tienen efecto de *cosa juzgada* respecto del Estado o Estados que sean partes en un caso, así como el de *cosa interpretada* con eficacia “erga omnes”, esto es, respecto de todos los Estados partes en el Convenio, en lo que se refiere a la interpretación que del Convenio haga el Tribunal.

El Tribunal no puede atribuir la violación del Convenio a una determinada autoridad nacional dado que es el Estado el que incurre en responsabilidad internacional en los caso en que la sentencia del Tribunal declare que existió violación. En este sentido, el Tribunal sostuvo en su sentencia de 13 de julio de 1983, el caso *Zimmermann y Steiner*, que no tenía por qué iniciar la autoridad nacional a la que la infracción fuese atribuible ya que *se trata únicamente de la responsabilidad internacional del Estado* (Series A, Vol. 66, párrafo 35 de la sentencia). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en efecto, no es un órgano de apelación de las autoridades administrativas del Estado demandado y declarado responsable de la violación del Convenio, ya que su competencia se extiende únicamente a la interpretación y aplicación del Convenio en un caso dado a fin de determinar si el Estado demandado ha o no incumplido sus obligaciones y, en consecuencia, si ha incurrido o no en responsabilidad internacional.

El artículo 50 del Convenio regula la competencia del Tribunal para decidir acerca de la reparación o indemnización compensatoria, si la reparación de la violación no fuese posible, al disponer que “si la decisión del Tribunal declara que una decisión tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con las obligaciones que se derivan del presente Convenio, y si el Derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta decisión o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, a la parte lesionada una satisfacción equitativa”.

El Tribunal puede decidir en el marco del artículo 50 del Convenio bien en la misma sentencia sobre el fondo, o en una decisión separada de la principal.

En el supuesto que el Tribunal decida que hubo violación del Convenio se puede plantear un problema jurídico en orden a la ejecución de la sentencia. dado que ésta tiene naturaleza *declarativa pero no ejecutoria*. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordó de forma expresa esta cuestión en su sentencia de 13 de junio de 1979, en el caso *Marckx* contra Bélgica, en aquel afirmó que “la sentencia del Tribunal es esencialmente declarativa y deja al Estado la decisión de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a lo que impone el artículo 53” (Series A, vol. 31, párrafo 58 de la sentencia).

5. Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Es decir, los Estados partes en el Convenio están obligados a ejecutar las sentencias del Tribunal, pero los medios para dar cumplimiento a las mismas serán los previstos en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, ya que el Convenio no articula mecanismo alguno en orden en la ejecución de las sentencias⁶ y el Tribunal no tiene competencias para pronunciarse al respecto. En todo caso, conviene insistir en que el hecho de que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no tengan carácter ejecutorio no significa que carezcan de efectos jurídicos ya que son *definitivas y obligatorias*.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa tiene competencias para vigilar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 del Convenio, así como el de sus propias decisiones acerca de si hubo o no violación en los casos que no hubieren sido deferidos al Tribunal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32 del Convenio.

Estas competencias de vigilancia y supervisión derivan del carácter obligatorio de las sentencias del Tribunal y las decisiones del Comité de

6 En la actualidad sólo Luxemburgo, Malta, Noruega y el Cantón suizo de Appenzell-Rodas tienen previsión legal en orden a ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ministros, y están justificadas jurídicamente por ser el Convenio Europeo de Derechos Humanos un tratado íntimamente vinculado con el Consejo de Europa. No son fácilmente justificables en cambio, como antes expuse, las competencias del Comité de Ministros en orden a decidir si hubo o no violación, ya que entonces no se trata de vigilar el comportamiento de los Estados partes y controlar si cumplen o no sentencias o decisiones que les vinculan, *sino de aplicar e interpretar normas jurídicas con criterios obviamente deben ser jurídicos y no políticos*, tarea que debe corresponder a un Tribunal independiente e imparcial y no a un órgano político, intergubernamental.

Los efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como la ejecución y efectos de las decisiones del Comité de Ministros, no están reguladas en Derecho español a pesar de que, como Estado parte del Convenio, España tiene la obligación de establecer en el ordenamiento jurídico los cauces legales oportunos para poder ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: en primer lugar, porque al reconocer la jurisdicción del Tribunal Europeo se ha comprometido a conformarse con sus decisiones en los litigios en que sea parte, es decir, está obligada a ejecutar las sentencias del Tribunal en las que atribuya a España violación del Convenio; en segundo lugar, para impedir que se produzca una vulneración de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución; en tercer lugar, por último, para evitar que se utilicen procedimientos "ad hoc" para ejecutar una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Estos dos últimos argumentos, así como la laguna del Derechos español en la materia, se hicieron patentes en la ejecución de la sentencia de 6 de octubre de 1988, recaída en el caso *Barberà, Messegué y Jabardo*. En ella, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que hubo violación del apartado 1o del artículo 6 del Convenio por estimar que "el procedimiento en causa, considerando en su conjunto, no ha respondido a las exigencias de un proceso justo y público" (párrafo 89 de la sentencia).

Barberà, Messegué y Jabardo habían sido juzgados y sentenciados en 1982 por la Audiencia Nacional por un acto terrorista que causó la muerte del señor Bultó. El Tribunal Supremo confirmó las condenas, aunque casó

y modificó en parte la relativa a Jabardo. Los condenados recurrieron al Tribunal Constitucional, que denegó al amparo solicitado. Los hechos que fundamentaron la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la violación imputable a España del derecho reconocido en el artículo 6.1 del Convenio (derecho a un proceso justo y público) se produjeron, precisamente, en el juicio oral celebrado en la Audiencia Nacional.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos suscitó un complejo problema jurídico en orden a su ejecución, ya que en nuestro ordenamiento jurídico interno no hay previsión legal para ejecutar una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que traiga causa en una resolución de autoridad judicial.

A pesar de la falta de previsión legal, Barberà, Messegué y Jabardo acudieron al Tribunal Constitucional en demanda de amparo, alegando que la sentencia del Tribunal Supremo de 1990, negándoles la nulidad pretendida, suponía una denegación de justicia y por consiguiente vulneraba el artículo 24 de la Constitución, esto es el derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional admitió la demanda de amparo y decretó la nulidad de las sentencias condenatorias en 1982 así como la del Tribunal Supremo de 1989. En síntesis, los argumentos del Tribunal Constitucional para otorgar el amparo solicitado fueron los siguientes:

1º) Tras poner de manifiesto la naturaleza declarativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional precisó que el hecho de que no tengan carácter ejecutorio directo no implica la carencia de todo efecto interno de dichas sentencias, pues “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación el Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado (Fundamento Jurídico 3º).

2º) Como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había declarado “la existencia de una violación del Convenio especialmente cualificada, la del art. 6.1 en un procedimiento penal que determinó con la condena de los actores”, tal decisión suponía que “los recurrentes fueron objeto de unas

condenas penales de pérdida de libertad que no les fueron impuestas en un juicio público y justo con todas las garantías, habiéndose vulnerado el art. 24.2 de la Constitución” (Fundamento Jurídico 3º, párrafo 2º).

3º) La sentencia del Tribunal Supremo impugna, la de 4 de abril de 1990, no era en modo alguno “irrazonable ni arbitraria”, pero produjo un resultado jurídico que objetivamente supuso “la consolidación, en vía judicial, de la situación de infracción del derecho a un proceso público con todas las garantías”, al no existir en el ordenamiento jurídico español medidas para poder corregir o reparar satisfactoriamente la violación declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Fundamento Jurídico 4º, párrafo 3º).

4º) Respecto del mecanismo de reparación sustitutoria previsto en el artículo 50 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional consideró que “no es suficiente una indemnización compensatoria, como la que prevé el artículo 50 del Convenio Europeo, en una situación como la presente en que está en juego la libertad personal de los afectados (Fundamento Jurídico 4º, párrafo 1º).

5º) En consecuencia, el Tribunal Constitucional sostuvo que en la medida en que los actores no han obtenido una reparación adecuada, le correspondía declarar la alegada infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y corregir y reparar la violación de un derecho fundamental” (Fundamento Jurídico 5º, párrafo 1º).

El Tribunal Constitucional, además, instó a los poderes públicos a establecer cauces procesales adecuados en orden a ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque la coordinación entre la obligación internacional asumida y nuestro sistema constitucional “debería venir acompañada de medidas procesales adecuadas” (Fundamento Jurídico 5º, párrafo 1º)⁷.

7 La doctrina española ha sostenido la necesidad de establecer cauces para ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ha realizado propuesta de “*lege ferenda*”: una de ellas consiste en introducir un nuevo motivo de revisión en las leyes procesales.; otra, en mi opinión más fundada, propone introducir un nuevo motivo de nulidad en el artículo 238 de la ley Orgánica del Poder Judicial.

Ante la falta de previsión legal, el Tribunal Constitucional utilizó el recurso de amparo de forma *ad hoc* y, en el caso, abrió un cauce procesal para la ejecución de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero convendrá tener en cuenta que se trató de una solución *ad hoc*, cuya utilización no fue posible, en cambio, en la ejecución de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 junio de 1993 en el caso Ruiz Mateos contra España, en la que el Tribunal Europeo declaró la violación del artículo 6.1 del Convenio atribuible a España por dos razones: de una parte, la duración el interdicto de recobrar la posesión de bienes objeto de una expropiación (suscitado por los anteriores accionistas del grupo RUMASA, y en el que, a instancia de los actores, el juez planteó una cuestión de inconstitucionalidad de la ley 7/1983, de expropiación de los bienes de dicho grupo); de otra, por el carácter no equitativo del procedimiento relativo a la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al estimar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el caso se había producido una vulneración de los principios de contradicción y de igualdad procesal de las partes, ya que en dicho procedimiento ante el Tribunal Constitucional español no había sido parte el demandante en el litigio civil en el que la cuestión de constitucionalidad fue planteada.

Tras la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la familia Ruiz Mateos, dedujo dos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando la doctrina sentada en la sentencia del 16 de diciembre de 1991. Ambos fueron declarados inadmisibles por el Tribunal Constitucional mediante decisiones de 31 de enero de 1994; en la segunda de estas decisiones, el Tribunal Constitucional sostuvo que "si bien tanto a este Tribunal como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos les corresponde declarar la violación de derechos y libertades fundamentales y, de este modo, asegurar su protección, sus respectivas funciones se llevan a cabo en el ámbito de distintos órdenes jurídicos, estando únicamente sometido este Tribunal a la Constitución y a lo dispuesto en su Ley Orgánica, con independencia del mandato de interpretación que deriva del artículo 10.2 de la Constitución".

En relación con este punto, véase el trabajo de Ana Salado Osuna, "Ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la STC de diciembre de 1991", publicado en *La Ley*, Núm. 3084, 7 de septiembre de 1992.

En todo caso, insistió el Tribunal Constitucional, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y obligada, por tanto, a dar cumplimiento a sus sentencias en el orden interno”.

Hace falta, por consiguiente, regular legislativamente en España el problema de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional reconoció expresamente en su sentencia de 16 de diciembre de 1991, al instar a los poderes públicos a establecer cauces procesales adecuados en orden a la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que no hacerlo podría facilitar además que se produzcan situaciones de enfrentamiento entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como el lenguaje utilizado por aquél en sus decisiones de 31 de enero de 1994 presagia.

6. Valoración de conjunto y proyectos de reforma del sistema europeo de protección de derechos humanos

El mecanismo de protección, garantía y control instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es complejo y lento: primero para que exista una decisión que vincule jurídicamente al Estado demandado se requiere la intervención de dos órganos, la Comisión y el Comité de Ministros o la Comisión y el Tribunal; lo segundo, porque este complejo sistema, al que es inherente la duplicación —en particular si el caso es deferido al Tribunal— funciona sobre la base de órganos no permanentes. La consecuencia es que se precisan cinco años por término medio entre la presentación de la demanda ante la Comisión y la sentencia, si el caso es deferido al Tribunal: cuatro años de media ante la Comisión y doce meses de media ante el Tribunal.

Estos hechos son preocupantes por dos razones: de una parte, porque el mecanismo de garantía y control instituido el Convenio no tiene carácter preventivo, ya que únicamente opera cuando una violación es alegada ante los órganos de control; de otra, porque la lentitud excesiva del mecanismo europeo de garantía y control está en contradicción con exigencias básicas del propio Convenio.

Esto último es evidente si tenemos en cuenta que el artículo 6 del Convenio garantiza el derecho de acceso a un tribunal independiente que en un plazo razonable decida en Derecho. ¿Cómo admitir entonces que la exigencia de un plazo razonable opere respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados pero no, en cambio, en relación con mecanismo jurisdiccional de control instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? Por otra parte ¿cómo justificar a la luz del artículo 6 del derecho a un Tribunal que decida en Derecho, las competencias de decisión acerca de si hubo o no violación conferidas a un órgano político, intergubernamental, como es el Comité de Ministros del Consejo de Europa?

Que el mecanismo de garantía no es preventivo resulta igualmente evidente, ya que la Comisión y el Tribunal únicamente intervienen si una demanda es deducida ante aquélla respecto de un caso concreto, aunque tanto las sentencias del Tribunal como los arreglos amistosos cumplen una cierta función en orden a prevenir violaciones futuras, no sólo por parte del Estado directamente afectado sino también respecto de todos los Estados partes, que siguen atentamente la práctica de los órganos de control y están vinculados por el efecto de cosa interpretada de las sentencias del Tribunal.

Ni la Comisión ni el Tribunal tienen sin embargo competencias para ordenar medidas provisionales o cautelares, ya que los respectivos artículos 36 de sus Reglamentos internos únicamente les confieren competencias para *indicar*, esto es, *recomendar*, dichas medidas, pero sin que puedan ordenarlas, lo que sin duda es otro límite para la eficacia del sistema de protección de derechos humanos instituido en el Convenio y sus efectos preventivos de violaciones.

Todo ello explica los esfuerzos llevados a cabo por la Comisión y el Tribunal en orden a acelerar en lo posible la tramitación de los procedimientos. El Reglamento del Tribunal, por ejemplo, prevé la posibilidad de que las partes renuncien al procedimiento escrito sólo habría procedimiento oral y público, que es irrenunciable.

El esfuerzo para acelerar el procedimiento es igualmente evidente en las reformas introducidas por el Protocolo de enmienda 8, a las que antes

me referí al tratar de la organización y funcionamiento de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por otra parte, en un plano más de fondo que de procedimiento, todo lo que de insatisfactoria hay en las competencias del Comité de Ministros en el marco del artículo 32 del Convenio, en orden a decir acerca de si hubo o no violación en los que no hubieren sido deferidos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido puesto de manifiesto en estos últimos años tanto en medios doctrinales (por ejemplo, en el V Coloquio Internacional de 1985) como gubernamentales (por ejemplo, el Memorándum sometido por el Gobierno suizo a la Conferencia Ministerial Europea sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en marzo de 1985).

En su Informe sobre "Funcionamiento de los órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en efecto, el Gobierno suizo procedió a una valoración crítica del sistema existente y puso de manifiesto la necesidad de buscar nuevas soluciones destinadas a reforzar la columna vertebral del sistema europeo de protección de derechos humanos: *su dimensión jurisdiccional, esto es, la Comisión y el Tribunal como órganos independientes*. Para lograr este propósito, obviamente, sería preciso eliminar las competencias decisorias del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y reducir sus competencias a las de vigilancia y supervisión enunciadas en el artículo 54 del Convenio.

Los argumentos anteriormente expuestos explican que durante años se haya sostenido la necesidad de revisar en profundidad el sistema, sin contentarse con soluciones parciales y fragmentarias. Las principales propuestas de reforma han sido las siguientes:

1. Que la Comisión y el Tribunal se transformen en órganos permanentes.
2. Que la Comisión se transforme en un tribunal de primera instancia, y el actual Tribunal en un tribunal de apelación.
3. Instituir un sólo Tribunal con competencias decisorias tanto sobre admisibilidad como sobre fondo.

La razón de ser de todos estos proyectos de reforma del sistema europeo de protección de derechos humanos estriba en la toma de conciencia de los cambios experimentados en el funcionamiento del sistema de su adopción en 1950.

En esta fecha, en efecto, y en relación con las demandas de particulares, los Estados negociadores del Convenio Europeo de Derechos Humanos se inclinaron abiertamente por un mecanismo de garantía *en el que la intervención del tribunal sería excepcional*, ya que un Estado podría ser demandado ante un órgano internacional independiente, la Comisión Europea de Derechos Humanos, con competencias para decidir sobre la admisibilidad de las demandas deducidas contra los Estados partes que hubiesen aceptado la competencia de la Comisión para conocer de recursos individuales. En un *procedimiento confidencial*, la Comisión establecería los hechos, intentaría un arreglo amistoso y, si éste no se alcanzaba, elaboraría un informe dirigido al Comité de Ministros del Consejo de Europa en el que haría constar su *opinión sobre el fondo* y su conclusión acerca de si, en el caso, hubo o no violación del Convenio atribuible al Estado demandado.

De este modo, sólo en los casos en que el Estado demandado hubiera aceptado la jurisdicción del Tribunal (hipótesis que en 1950 se consideró excepcional), la Comisión, el Estado demandado, el Estado demandante o el Estado de la nacionalidad del particular que hubiera introducido la demanda ante la Comisión, *pero no el particular demandante*, podría sustraer el caso al conocimiento y decisión del Comité de Miembros para que fuese decidido por un órgano jurisdiccional independiente e imparcial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La evolución del sistema ha sido muy distinta a lo previsto en 1950, pues todos los Estados partes aceptan hoy tanto la competencia de la Comisión para conocer de recursos individuales como la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con lo que éste se ha convertido en la pieza central confirmado el rasgo distinto del sistema europeo de protección de derechos humanos: su carácter jurisdiccional.

De las tres propuestas antes indicadas, la tercera es la que fue tomada en consideración por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa

(Recomendación 1194 (1992)), y la que fue aceptada en la Declaración de Viena de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa (9 de octubre de 1993), con lo que a partir de ese momento quedó claro que la reforma del sistema se orientaba hacia la institución de un Tribunal con jurisdicción obligatoria y competencias decisorias tanto sobre admisibilidad como sobre fondo.

El 11 de mayo de 1994 ha sido adoptado y abierto a la firma un nuevo protocolo de enmienda, el Protocolo 11, que modifica en profundidad el mecanismo de garantía y control establecido en 1950, al instituir un único órgano de garantía y control: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸.

A pesar de sus diferencias técnicas, el nuevo sistema de garantía tiene a su favor sólidos argumentos, entre los que destaca la misma naturaleza del Convenio Europeo de Derechos Humanos que no es un mausoleo sino un instrumento vivo y dinámico que debe ser interpretado a la luz de las cambiantes condiciones de nuestras sociedades y que, como dice en su Preámbulo, fue adoptado porque los Gobiernos de los Estados Miembros del Consejo de Europa “animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho”, estuvieron resueltos a tomar “las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

En 1950 se introdujeron importantes innovaciones en el Derecho internacional de los derechos humanos: en primer lugar, con el sistema de garantía colectiva que supuso el artículo 24 del Convenio, superando el mecanismo tradicional de la protección diplomática y aceptando la competencia obligatoria de la Comisión para conocer de demandas interestatales; en segundo lugar, con la aceptación de los particulares pudieran presentar

8 El 11 de mayo de 1994 todos los Estados Miembros del Consejo de Europa, salvo Italia, firmaron el Protocolo de enmienda 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para su entrada en vigor necesita que todos los Estados partes en el Convenio lo hayan ratificado. A finales de junio de 1994, sólo había sido ratificado por Eslovenia.

una reclamación internacional contra un Estado, incluso su propio Estado, ante un órgano internacional si el Estado demandado hubiera aceptado la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para conocer de demandas de particulares (artículo 25 del Convenio); por último, instruyendo un Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuya competencia se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio, pero cuya intervención se concibió entonces como algo excepcional.

La evolución en la práctica del sistema instituido en 1950 para la protección europea de derechos humanos ha puesto de manifiesto los grandes cambios experimentados entre aquella fecha y la actualidad: todos los Estados partes aceptan hoy la competencia de la Comisión para conocer de demandas de particulares así como la jurisdicción del Tribunal; la mayoría de los casos son hoy resueltos por el Tribunal y no por el Comité de Ministros; gran parte de las reservas y declaraciones unilaterales, por último, han sido reiteradas por los Estados que las formularon.

Estos cambios permiten incluso pensar que ha llegado el momento de replantear el problema de las reservas y declaraciones interpretativas, a fin de acabar con el relativismo que aquellas introducen inevitablemente en un sistema de orden público europeo, a pesar de los límites que el control de la Comisión y el Tribunal suponen respecto a la voluntad unilateral de los Estados partes. En definitiva, la práctica ha ido consolidado progresivamente la dimensión *constitucional* del Convenio frente a su dimensión convencional, lo que da aun mayor relieve a la necesidad de eliminar del mismo los factores de diferenciación y de relativismo, para situar en primer plano el orden común y mínimo que el Convenio representa en tanto que instrumento de protección de derechos humanos.

Con la adopción del Protocolo de enmienda 11 se ha dado un paso muy importante al abrir la posibilidad de una reforma en profundidad del sistema de garantía y control vigente. En este sentido, los aspectos positivos de la reforma podrían ser los siguientes:

- Un órgano jurisdiccional internacional será el único órgano competente para decidir si ha habido o no violación de los derechos

reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en sus Protocolo adicionales de carácter sustantivo.

- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos funcionará con carácter permanente y su jurisdicción será obligatoria, tanto si se trata de demandas interestatales como de demandas deducidas por particulares.
- El particular tendrá legitimación activa plena ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las mismas condiciones que un Estado parte en el Convenio, por lo que una vez agotados los recursos internos existentes en el ordenamiento jurídico del Estado demandado *podrá deducir demanda ante un tribunal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*
- Las competencias del Comité de Ministros del Consejo de Europa en el procedimiento se limitarán exclusivamente a vigilar la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Todos estos posibles perfeccionamientos del mecanismo de protección de derechos humanos establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en 1950, se encuentran amenazados sin embargo por causas *externas* al Convenio, pero que indudablemente condicionan su operatividad y su buen funcionamiento. Me refiero al fuerte ritmo de aumento del número de Estado Miembros del Consejo de Europa, que obviamente trae consigo un problema de masificación (antes del año 2000 el Consejo de Europa estará integrado por más de cuarenta Estados, que serán partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos) y, sobre todo, a la creciente *heterogeneidad* que la incorporación de nuevos miembros, como la Federación de Rusia o Ucrania, impondrá en los hechos.

¿Están preparados estos Estado candidatos para asumir las obligaciones que derivan del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Más aún, ¿subsistirán con una ampliación tan grande “los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de

la libertad individual, libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia?”

Desde 1950, cuando el Convenio de Derechos Humanos fue adoptado, hasta la implosión del imperio ruso-soviético tras las revoluciones de 1989, el Consejo de Europa tuvo homogeneidad y su signo distintivo fue el Convenio Europeo de Derechos Humanos; la duda estriba en saber si en el futuro conservará esa homogeneidad y ese patrimonio común de valores que han permitido los logros alcanzados a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

THE PROTECTION OF CHILDREN'S RIGHTS - IN PARTICULAR FROM THE POINT OF VIEW OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: SUMMARY OF COURSE

Hans van LOON

Introduction to the theme

As *Diagram 1* sets out, the concept of private international law is not uniform. In this course, Private International Law (PIL) is understood to encompass questions of jurisdiction, of applicable law, of recognition and enforcement of foreign judgments and of judicial and administrative co-operation.

Private international law used to be seen as flowing from domestic rather than international sources. The influence of international sources is growing, however, in particular through multilateral treaties or conventions. Those treaties may either unify substantive rules or rules of private international law. The CIDIP and Hague Conference conventions have focused on unification of private international law but have also sometimes unified substantive provisions: a good example is the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*.

The internationalization of human rights law, through multilateral instruments, has been spectacular. The UN Covenants on Civil and Political and on Social, Economic and Cultural Rights, the American Convention on Human Rights and the European Convention on Human

Rights have had a considerable, sometimes crucial, impact on domestic law, in particular where effective international complaints procedures are available. A new phenomenon is the *United Nations Convention of 20 November 1989 on the Rights of the Child* (CRC), which is now in force in over 170 countries. The CRC does not provide for a complaints procedure but has a reporting system. The CRC now provides a framework for the unification of private international law for children, as illustrated by *diagram 6*.

Private international law in Latin America experienced the influence both from Dutch statisticians, who emphasized the territoriality principle and, to a lesser extent, the influence of the *Code Napoléon* and Mancini who emphasized the nationality principle. The Montevideo Conventions of 1898 and 1940 followed the territorial approach and put the domicile principle first, whereas the Lima Convention of 1878 was based on the nationality principle. The Code Bustamante tried to harmonize both influences.

As *diagram 3* illustrates, the unification of private international law in Latin America (Lima in 1878, Montevideo I in 1889) *preceded* the unification efforts which started in Europe (the first Hague Conference in 1893). Since CIDIP-I (Panama) in 1975, Inter-American Conferences have taken place every four or five years and produced a large number of conventions. Since 1951, Sessions of the Hague Conference have taken place every four years. The preparation process of Hague conventions is a highly structured one, stretching over four years (see *diagram 4*). The decision to include a topic in the agenda of the Conference is preceded by (a) a selection stage and followed by (b) a research stage, (c) a discussion stage and (d) a drafting stage. After the convention has been adopted, a report is drawn up and the proceedings are published in what may be called (e) the consolidation stage. The Permanent Bureau continues to monitor the practical operation of conventions, in particular through meetings of Special Commissions of experts, charged with the application of the conventions in practice.

Diagram 5 builds on *diagram 3* and presents an overview of the Inter-American and Hague private international law conventions dealing with

children's law. It includes a reminder of the decision of the International Court of Justice in the *Boll* case, which dealt a blow to the nationality principle which was still prominent in the 1902 Hague Convention on the Guardianship of Infants. The prominent principle in the *Convention of 5 October 1961 Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Minors* became the principle of habitual residence, but the nationality principle was nevertheless maintained.

Diagram 6 provides a summary of the human rights instruments on children's law. After the League of Nations in 1924 adopted the first Declaration of the Rights of the Child, the United Nations adopted such Declarations in 1948 and 1959. In 1986 a specific declaration was adopted on foster care and adoption: the *United Nations Declaration on Social and Legal Principles Relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally* (General Assembly Resolution 41/85 of 3 December 1986). It took until 1989, however, before the United Nations adopted a binding multilateral instrument on the protection of children's rights: the *Convention of 20 November 1989 on the Rights of the Child* (CRC). The CRC has an extraordinary broad scope and so provides a general framework for other instruments, including PIL conventions on the protection of children. Conversely, the CRC depends for its effective operation on other instruments, including PIL conventions on the protection of children. There are implicit references to these PIL conventions in the CRC provisions on international maintenance obligations, international child abduction and intercountry adoption.

Intercountry adoption as an illustration of the interaction between treaty-making in the field of PIL and human rights law

The work of the Hague Conference on intercountry adoption provides an excellent illustration of the interaction between treaty-making in the field of private international law and in the field of human rights law. As the Preamble of the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption* brings out, both the 1986 UN Declaration and the 1989 CRC have been major sources

of inspiration for this Convention. A comparative overview of the relevant articles on (intercountry) adoption in the UN Declaration and the CRC is presented in *diagram 7*. See also Annex A. *Diagram 8* summarizes the system of the 1993 Hague Convention.

Custody of children and international child abduction

Diagram 9 sketches the overall development of the Conventions on Protection of Minors and Child Abduction in the Inter-American and the Hague contexts. The 1961 Convention on the Protection of Minors did not provide a mechanism for the return of abducted children. This then led to the Canadian proposal to draw up a convention on international child abduction: see *diagrams 11 and 12*. In 1989, an Inter-American Convention on the International Return of Children was adopted at Montevideo. *Diagram 13* compares the Hague and Montevideo Conventions.

International recovery of maintenance obligations

Diagram 14 sketches the origin and relationship of the various conventions on maintenance obligations. In 1956 and 1958, two Conventions were adopted at The Hague; one on law applicable to maintenance obligations towards children, and one on enforcement of judgments concerning maintenance obligations towards children only. These Conventions were revised in 1973 and extended to maintenance obligations towards children and adults. In 1989, an Inter-American Convention on jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of judgments concerning maintenance obligations was adopted at Montevideo. *Diagrams 15 and 16* summarize the main aspects of these Conventions. The United Nations, in its 1956 New York Convention on the Recovery Abroad of Maintenance, has established a Convention on administrative co-operation: it is limited to the transfer of judgments and does not provide for their recognition or enforcement (see *diagram 17*).

Diagram 1 Concept of Private International Law. Unification of Private International Law. Human Rights Law.

A. Concept of private international law (PIL)

- Broad French approach: PIL consists of:
 - (a) law of nationality
 - (b) legal status of foreigners
 - (c) conflict of laws
 - (d) conflict of jurisdictions: international competence of courts and recognition and enforcement of judgments
- Italian/German concept of PIL: (c) only.
- Common law systems (UK, Canada, US) of PIL: (c) and, in particular, (d).
- Most Latin-American systems of PIL follow broad French approach (except (a)): (b), (c) and (d).

In this course: PIL will refer to following questions:

1. which court/authority has jurisdiction to deal with a matter?
2. which law will the court/authority apply?
3. will the decision be recognized/enforced abroad?
4. how do courts/authorities co-operate in international situations?

PIL has, traditionally, its source in national law, but increasingly international multilateral treaties (conventions) provide *international* sources:

B. Unification of PIL

- (a) Unification of *substantive* laws
ex.: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)

(b) Unification of *PIL*

ex.: Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods (1986)—diversity of substantive laws remains intact.

Increasingly, techniques are combined:

ex.: 1993 Hague Convention on Intercountry Adoption

C. Human rights law

Respect for human rights preliminary to *PIL*: if human rights are denied to foreigners, *PIL* cannot exist. But theories on “national treatment” or “minimum standard” for foreigners are not efficient unless State protects *all* citizens within its jurisdiction: both foreigners and nationals. In other words: minimum protection of human rights is needed if *PIL* is to exist.

Unification of human rights law through multilateral conventions (unification of *substantive* law) (UN, OAS, Council of Europe). Machinery for effectuating these conventions (domestic procedures; international complaints procedure; reporting system).

Universality of 1989 Convention on the Rights of the Child (CRC): now in force for over 170 States.

CRC now provides framework for unification of *PIL* concerning children (see Diagram 6).

Diagram 2 History of International Unification of Private International Law: Influences on Unification in Latin America

Private International Law (PIL) only needed when there is

- (a) diversity of laws, and
- (b) significant mobility across frontiers

Hence, no PIL in Rome, and in Great Britain only since ± 1750.

11th - 14th C	Medieval Italy (Bologna, Modena, Florence, etc.): statutists (Bartolus) (unilateral rules)
13th - 16th C	French statutists: Dumoulin, d'Argentré: territoriality principle (bilateral rules)
17th - 18th C	Dutch statutists: Huber, Voet: territoriality principle; comitas
19th C	1804 Code Napoléon: nationality principle "Copernican revolution": starting point not laws, but legal relationship: Von Savigny. Source of law is not <i>State</i> but "international community of interactive <i>nations</i> ", based on Roman law, Christian beliefs and mutual convenience.

Mancini: introduced

- (a) principle of nationality (not nationalistic but cosmopolitan): States should respect "national sphere of freedom";
- (b) public policy (*ordre public*) exception.

Latin America

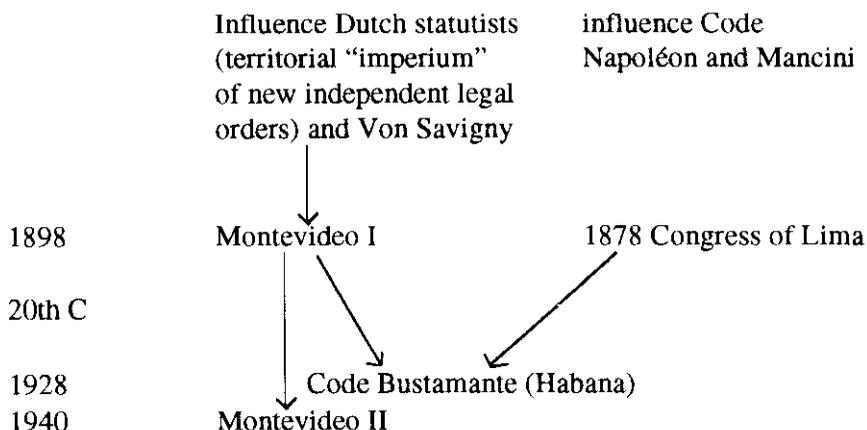


Diagram 3 History of International Unification of PIL: Latin America, CIDIP and Hague Conference

1878	Lima	
1889	Montevideo I	
		1893 1st Hague Conference
		1894 2nd Hague Conference
		1900 3rd Hague Conference
		1904 4th Hague Conference
	1914-1918	First World War
		1925 5th Hague Conference
1928	Code Bustamante	1928 6th Hague Conference
1939/40	Montevideo II	
	1939-1945	Second World War
1948	Charter OAS Inter-American Council of Jurists	
		1951 7th Hague Conference
		1955 Statute Hague Conference enters into force
		1956 8th Session
		1960 9th Session
		1964 10th Session
		1968 11th Session
		1972 12th Session
1975	CIDIP-I Panama	
		1976 13th Session
1979	CIDIP-II Montevideo	
		1980 14th Session
1984	CIDIP-III La Paz	1984 15th Session
		1988 16th Session
1989	CIDIP-IV Montevideo	
		1993 17th Session: Centennial Hague Conference
1994	CIDIP-V Mexico City	
		1996 18th Session
	CIDIP-VI ...	

Diagram 4 Preparation process of Hague Conventions

Before Session

A. Selection stage: suggestions for topics may be made by

- governments
- international organizations
- Permanent Bureau

Recommendation by Special Commission on general affairs and policy of the Conference to Plenary Session

Plenary Session Decision

Year 1

Year 2-3

B Research stage ⇒ Report

Special Commission

C Discussion stage: one meeting of Special Commission

D Drafting stage: two meetings of Special Commission ⇒ preliminary draft plus report

Year 4

Plenary Session Adoption of Convention

Year 5 and following

E Consolidation stage: Report; Actes et documents (Proceedings)

Special Commission

F Monitoring stage

Diagram 5 Children's Law in PIL Conventions

1889 Montevideo (based on reciprocity):

(a) *patria potestad* (including *obligaciones alimenticias*)

(b) *filiación*

(c) *tutela*

(d) *adopción*

dispersion of applicable laws (e.g. (a) law of place where authority is exercised; (b) law governing celebration of marriage; (c) law of minor's domicile)

1940 Montevideo: *idem*, but definition of domicile: habitual residence with intention to stay.

1902 (adopted 1900) Hague Convention on Guardianship of Minors (based on reciprocity), deals only with (c) *tutela* — nationality principle.

1956 Hague Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations Towards Children

1958 (adopted 1956) Hague Convention Concerning the Recognition and Enforcement of Decisions on Maintenance Obligations Towards Children

1958 International Court of Justice, *Boll* case: Netherlands v. Sweden. Blow to nationality principle — hence need to revise 1902 Guardianship Convention. Result:

1961 (adopted 1960) Hague Convention Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Minors

1984	Inter-American Convention on Conflict of Laws Concerning the Adoption of Minors	1965	(adopted 1964) Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoption
------	---	------	---

- | | | | |
|------|---|-------|--|
| 1989 | Inter-American Convention on Support Obligations | 1973 | (adopted 1972) Hague Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations (revises 1956 Convention)
Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations (revises 1958 Convention) |
| 1989 | Inter-American Convention on the International Return of Children | 1980 | Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: <ul style="list-style-type: none">• Central Authority• no public policy exception |
| | | 1993 | Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption |
| 1994 | Inter-American Convention on International Traffic in Minors | 1993- | Revision 1961 Hague Convention |
| | | 1996 | on Protection of Minors |

Diagram 6 Human Rights Instruments on Children's Law

1900 Ellen Key publishes "The Century of the Child", but no trace of children's law in early Latin-American or Hague Conventions.

1919 International Labour Organization: first international conventions to set minimum age for industrial employment of children.

1924 League of Nations' Geneva Declaration of the rights of the child (see text)

1948 UN Declaration of the Rights of the Child (see text)

Since 1948 many human rights conventions, not only focusing on certain acts (forced labour, genocide), but also for specific population groups (women, disabled persons, refugees), and general (UN Covenants, American and European conventions). These conventions generally apply to children.

1959 UN Declaration of the Rights of the Child (see text)

1986 UN Declaration on Adoption and Foster Care

1989 UN Convention on the Rights of the Child (CRC) (see text)

raison d'être: children's specific needs and vulnerability demand a particular response from international community.

General trend: child from *object* of protection to *subject* of rights; shift from private, charitable to public and political approach; development towards universality.

CRC provides general *framework* for PIL (conventions) on children. CRC also *depends* for its effective operation on "implementation" by PIL (conventions):

- International child protection in family situation: Articles 1, 4, 5, 7-9, 12, 18, 20
- International maintenance obligations: Article 27(4)
- International Child Abduction: Articles 10-11
- Intercountry Adoption: Articles 20-21, 35
- Monitoring of conventions: CRC Committee

Intercountry adoption as an illustration
of the interaction between treaty-making
in the field of PIL and human rights law

*Diagram 7 Comparison between UN Declaration (D) (1986) and
Convention on the Rights of the Child (C) (1989) on Adoption*

D 5, C 21	1. best interests of child paramount principle
D 1-3, C 18	2. priority care by own parents; State should support
D 17, C 21	3. subsidiarity of ICA
D 15, 22 C 21	4. need to involve and inform child's biological parents
D 20, C 21	5. need for special protection in ICA
D 19, C 35	6. no child abduction and illicit placement
D 20, C 21	7. no "improper financial gain"
D 8-9, C 7-8	8. importance of identity and nationality
D 24, C 20	9. pay due regard to child's background
D 22	10. facilitate migration
D 23	11. ensure legal validity of adoption abroad

Intercountry adoption as an illustration
of the interaction between treaty-making
in the field of PIL and human rights law

*Diagram 8 System of the Hague Convention of 29 May 1993 on
Intercountry Adoption*

A Nature, structure, objectives and scope

1. Nature: substantive provisions on safeguards and procedures; limited role for PIL: see Ch. V
2. Structure
 - (a) division of responsibilities between countries of origin and receiving countries (Articles 4-16, 17; Articles 5-14, 15)
 - (b) co-operation
3. Objectives
 - (a) safeguards - Chapter II
 - (b) co-operation - Chapters III and IV
 - (c) recognition - Chapter V
4. Scope: Articles 2-3

B Intermediaries

1. Central Authorities: Article 8
2. Accredited bodies: Articles 9-12; 32
3. Others: Article 22; 32

C Procedure

1. Steps to be taken in country of origin: Articles 5, 16, 29
2. Steps to be taken in receiving country: Articles 4, 14-15
3. Placement: Article 17
4. Transfer: Articles 18, 19, 20

D Recognition, effects, follow-up

1. Recognition: Articles 23-24
 - (a) no further specified conditions
 - (b) certification
 - (c) recognition by operation of law
 - (d) refusal of recognition

2. Effects: Articles 26-27
 - (a) effects common to all adoptions
 - (b) effects of full adoption
 - (c) conversion

3. Follow-up: Articles 30-31
 - (a) reports
 - (b) confidentiality and access

Custody of children and international child abduction

Diagram 9 (see also Diagram 5) Development of Conventions on Protection of Minors and on Child Abduction

1889 Montevideo (based on reciprocity).

1940 Montevideo (*idem* — habitual residence with *animus manendi*).

1902 Hague Convention on Guardianship of Minors (based on reciprocity). Nationality principle, but law of habitual residence if national law makes no provision for guardianship or if urgent measures are needed.

Domicile v. nationality as connecting factor.

On one hand: Alfonsin: “nationality pertains to public law, domicile to civil law; therefore use domicile”. Problem of dual nationality: which one is effective? Unreal nationality (ICJ Nottebohm).

On other hand: domicile may be fictional (hence: habitual residence). Nationality harder to change than domicile.

1958 Boll case: Netherlands v. Sweden.

1961 Hague Convention of 5 October 1961 Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Minors

Hague Convention of 1961 does not deal with child abduction, hence:

- 1980 Council of Europe Convention
- 1980 Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction
- 1989 Inter-American Convention of 15 July 1989 on the International Return of Children
- 1993-1996 Revision of 1961 Hague Convention

Custody of children and international child abduction

Diagram 10 System of Hague Convention of 5 October 1961 Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Minors

A Principles and scope

1. reciprocity
2. care of minor's person and property
3. jurisdiction, applicable law, recognition—no enforcement of decisions
4. co-operation between courts and authorities

B Jurisdiction

1. State of habitual residence of minor: Article 1
2. Application to custody measures in divorce cases: Article 15
3. State of nationality: Article 4
4. Transfer of habitual residence: Article 5
5. Danger; urgent measures: Articles 8/9

C Applicable law: Article 2

D Recognition: Article 7

E Co-operation: Articles 4, 10, 11

Flaws: Article 4

Article 5

Article 7

Articles 10-11

(Continúa)

Custody of children and international child abduction

Diagram 11 Sources of the Hague Child Abduction Convention

A 1961 Hague Convention on Protection of Minors

Proposed article to the effect that “The [fraudulent] removal of the habitual residence of the minor does not bring about a change in jurisdictional bases referred to in this Convention” was in the end not accepted. Some experts felt that a removal, even if fraudulent, was acceptable provided child was being removed to country of his or her nationality.

Omission of any reference to “legal kidnapping” left gap in Convention. No reference to nationality in Child Abduction Convention.

B Uniform Child Custody Jurisdiction Act

In United States custody decrees are not protected by the “Full Faith and Credit Clause” of the US Constitution.

The UCCJA (1968) now adopted in all US states provides for *jurisdiction* in custody matters “in the State which had been the child’s home State within 6 months before commencement of the proceeding and the child is absent from his State because of his removal or retention by a person claiming his custody, and a parent or a person acting as parent continues to live in this State ...”.

Child Abduction Convention does not try to establish a court’s jurisdiction.

C Canada — Extra-Provincial Custody Orders Enforcement Act

The EPCOEA (1974) provides for easy *enforcement* of custody orders made abroad unless evidence is provided that child “did not at the time the custody order was made, have a real and substantial connection with the province, state or country” in which order was made. Court may refuse to order return if it is “satisfied that a child would suffer serious harm if the

child remained in or was restored to the custody of the person named in a custody order”.

EPCOEA does not cover hypothesis of joint custody order.

Child Abduction Convention does not only apply where custody order has already been made, but also where wrongful removal or retention occurred before any custody order had been made.

D Swiss proposal

Swiss proposal made at Council of Europe in 1976 was based on idea of a “restoring of custody” by restricting defenses in order to avoid a hearing on the merits. It prompted basic principle of an almost automatic, speedy turnover of child which had been wrongfully removed or retained.

Custody of children and international child abduction

Diagram 12 System of Hague Child Abduction Convention

A Basic approach

Options were:

1. facilitating enforcement of decisions
2. expediting the return of the child
3. defining more narrowly jurisdiction of courts
4. giving courts power to decline jurisdiction for reasons of wrongful removal or retention
5. strengthening administrative co-operation

Convention is fully built around 2 and 5. Merits of custody are fully deferred to courts which deal with this problem after child's return (Articles 16 and 19 giving, in a negative way, effect to 3 above). Note that Convention does not focus on facilitating enforcement of decisions: see Article(s) 14 (and 15). Acceptance of principle of prompt return implies a degree of self-denial by courts, which has natural inclination to make its own assessment about interests of children who are presently in its jurisdiction. *Cf.* Article 3 CRC.

European Luxembourg Convention is built on 1 and 5. Inter-American Convention same approach as Hague Convention.

B Substantive principles

See Articles 1 and 3. Convention protects "rights of custody". Custody is not just "possession" of child, but broader: includes right to determine child's place of residence: Article 5. Important *e.g.* where parents have *joint custody* but only one has *care and control*.

Custody rights may (a) have arisen automatically under law of State of habitual residence of child, or (b) may have been defined under a decision or agreement under law of that State.

Return may be refused *only* if

13(1)a)

13(1)b) burden of proof on abductor

12)

13(2)

20

C Procedural matters

Device of Central Authorities (CA's) — their duties: Articles 6 and 7.

Applicant has three options:

1. apply to CA of child's habitual residence (Article 8)
2. apply to CA of any other Contracting State (where child is thought or known to be) (Article 8)
3. bypass CA and apply directly to courts of a Contracting State (Article 29)

Idea is first to try and obtain voluntary return of child; if necessary, provisional measures; negotiations. If that fails: institute proceedings.

D Monitoring: Special Commission

Custody of children and international child abduction

Diagram 13 Comparison of Hague and Montevideo Conventions on International Child Abduction

A Basic approach: similar, *cf.* Articles 1 and 3.

B Substantive principles: *cf.* Articles 12, 13 and 20 (Hague) and 11, 14 and 25 (Montevideo)

C Procedural matters: Central Authorities — duties

Applicant's options under Montevideo more limited: Article 6; but stronger for enforcement of foreign access order: see Article 21.

D Monitoring

Article 27 Montevideo

Special Commission (Hague)

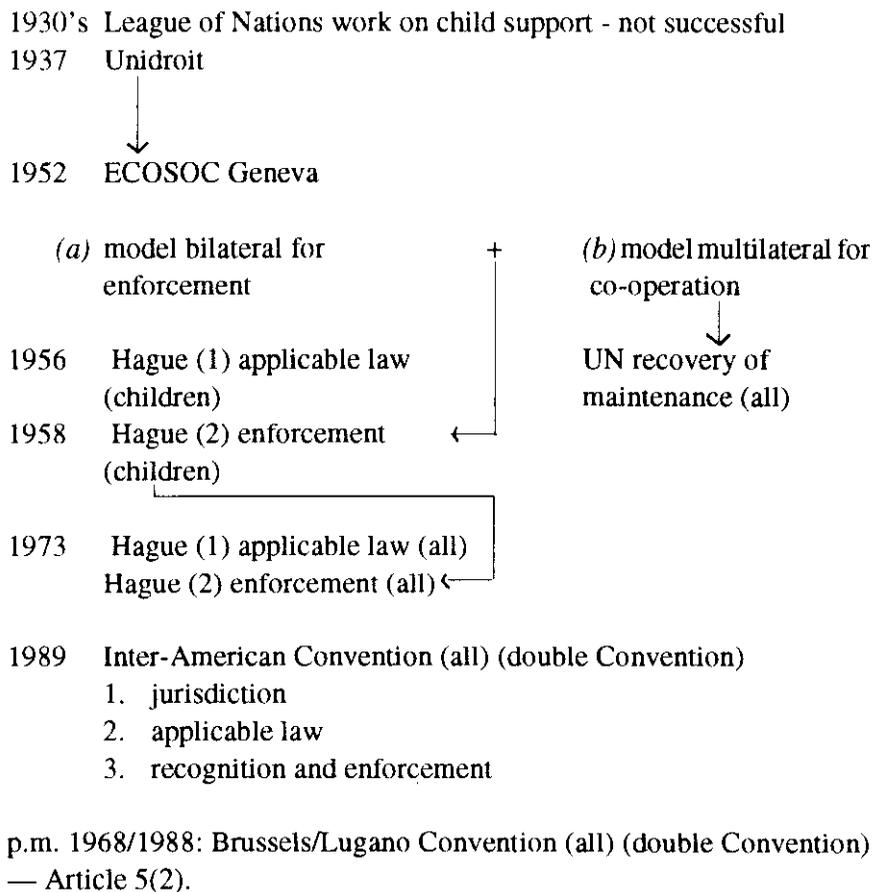
E Other matters

— reservations (permitted by Montevideo, not by Hague)

— relationship with other conventions (Article 34 of both Conventions)

International recovery of maintenance Conventions

Diagram 14 Origin and relationship of Conventions on Maintenance Obligations



International recovery of maintenance Conventions

Diagram 15 Applicable law

A Scope

Maintenance obligations arising from

- family relationship, in particular relations between parents and children (all Conventions). Question of filiation separate from support (Hague 1956: Article 5; Hague 1973: Article 2; Montevideo: Article 5).
- relations between spouses
- relations between ex-spouses
- relations between persons related by affinity
- reimbursement by maintenance debtor to public body for benefits provided for maintenance creditor

B Applicable law

1. Common law systems: *lex fori*
2. — Hague 1956/1973: law of habitual residence of creditor (Hague 1956, Article 1; Hague 1973, Article 4) but “fall back” provisions (Hague 1956, Article 3; Hague 1973, Articles 5-6)
 - change in connecting factor
 - special rule for support between ex-spouses (Hague 1973, article 8)
 - special rule for public bodies (Hague 1973, Article 9)
3. Montevideo: most favourable law: Article 6 (n.b. reciprocity!)

C Qualification of the applicability of the designated law

Hague 1973: Article 11, Montevideo: Articles 21-22.

International recovery of maintenance Conventions

Diagram 16 Recognition and enforcement

A Scope: *cf.* Diagram 18

- periodical payments; lump sums
- order in favour of public bodies (Hague 1973, Articles 18-20)
- decision/settlements (Hague 1973, Article 21)

B Conditions for recognition and enforcement

Hague 1973, Chapter II; Montevideo, Articles 11 *et seq.*

1. Indirect basis of jurisdiction, in particular court of creditor's habitual residence
2. Refusal of recognition and enforcement.

C Procedure for recognition and enforcement

Hague 1973, Chapter III; Montevideo, Articles 14-18.

D Public bodies

Hague 1973, Chapter IV.

E Relation to other conventions

Hague 1973, Articles 23, 29; Montevideo, Article 29.

International recovery of maintenance Conventions

Diagram 18 Administrative co-operation: the New York Convention

A Scope: *cf.* Diagram 18

B Machinery

- transmitting agencies
- one receiving agency

C Transmitting the claim

D Action by receiving agency

E Transfer — *not* enforcement — of judgments

ANNEX

INTRODUCTORY NOTE

on the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*

At its Seventeenth Session - its Centennial - in May 1993, the Hague Conference on Private International Law drew up a *Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*, which was immediately signed on 29 May 1993 by Mexico, Costa Rica, Romania and Brazil, and hence bears that date.

The Hague Conference had already drawn up a *Convention on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoption* at its Tenth Session in 1964, but this Convention, first signed on 15 November 1965, had not become a success because it was drawn up mainly with the European situation of the 1960's in mind: international adoptions spanning relatively short geographical distances and between countries with more or less comparable socio-economic, cultural and legal systems. When this Convention entered into force, in 1978, the social reality underlying intercountry adoption of children had already dramatically changed, as a result of the increasing placement of children from the Third World with families in industrialized countries. It is estimated that since the early 1980's, approximately 20,000 children have been migrating annually for purposes of adoption from rising numbers of developing countries, and more recently also from Eastern Europe, to Western Europe, North America, Israel and Australia. This has opened up quite new avenues for permanent child care for the benefit of children, but it has also increased uncertainty and delay in the proceedings as well as the risks of ill-prepared adoptions and of abuse.

The phenomenon of intercountry adoption thus having taken worldwide dimensions called for a new approach: a framework for international co-operation with more emphasis on the need to define substantive safeguards and procedures for courts, administrative authorities and private

intermediaries, than on traditional rules of conflict of jurisdiction and of applicable law. Worldwide agreement on the rules of jurisdiction and applicable law was moreover unlikely to be expected given the existing divergencies between legal systems as illustrated by the partly conflicting regimes of the *Inter-American Convention of 24 May 1984 on Conflicts of Laws Concerning the Adoption of Minors* and those of the 1965 Hague Convention.

An important precedent for the new Convention was the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, which also stepped aside from the traditional techniques of private international law in order to respond to a specific international phenomenon by establishing a system of judicial and administrative co-operation, through Central Authorities designated by each State Party to the Convention, for the immediate return of wrongfully abducted or retained children. A major source of inspiration during the negotiations became the *United Nations Convention on the Rights of the Child* (CRC), adopted on 20 November 1989, and which in its Article 21 calls upon States to conclude *inter alia* multilateral agreements to protect children in intercountry adoption.

The idea for the Convention was first tested in another forum, the International Law Association, before it was submitted by the Permanent Bureau to the Hague Conference's Sixteenth Session in 1988, where it was warmly received. The topic was included in the agenda for the next Session on the condition that countries of origin of adopted children, most of which were not Members of the Conference, would participate. The Permanent Bureau, with the help of a special fund to which many Member States contributed, was able to assure the participation of a large number of then non-Member countries. In the negotiations which took place under the Chairmanship of Mr T.B. Smith, QC (Canada), almost seventy States and twenty international organizations, both governmental and intergovernmental, took part. For the first time, interpretation from Spanish to English and French was ensured in order to facilitate participation by the numerous Latin American countries. As of this date (31 December 1994) the Convention has been signed by seventeen States, ratified by Mexico and Romania and is expected to enter into force in early 1995.

Objectives and scope of the Convention

The objectives of the Convention are defined in Article 1:

- (a) to establish safeguards to ensure that intercountry adoptions take place in the best interests of the child and with respect for his or her fundamental rights as recognized in international law;
- (b) to establish a system of co-operation amongst Contracting States to ensure that those safeguards are respected and thereby prevent the abduction, the sale of, or traffic in children;
- (c) to secure the recognition in Contracting States of adoptions made in accordance with the Convention.

The Convention, therefore, clearly puts the rights of children first in intercountry adoption, as does the CRC (Article 21). It is furthermore based upon the recognition that unilateral action by either the State of origin or the receiving State, or both, is not enough but that they need to coordinate their policies, including those on emigration and immigration, and to co-operate in intercountry adoptions. Finally, the Convention does not pretend to unify the rules of conflicts of jurisdiction or of applicable law amongst the Contracting States but does provide for recognition of adoptions properly carried out.

According to Article 2, the Convention applies, mandatorily, wherever a child habitually resident in one Contracting State (the "State of origin") has been, is being, or is to be moved to another Contracting State (the "receiving State"), either for purposes of adoption in the receiving State, or after having been adopted in the State of origin. It therefore applies both in the configuration where the adoption takes place for the first time in the receiving country (*e.g.* adoptions from the Philippines, Korea, India) and where the country of origin insists that the adoption order is made there before the child leaves for abroad (*e.g.* adoptions from Latin American countries, Sri Lanka, Eastern Europe). It should be noted that the Convention does not impose the institution of adoption upon any legal system and can also be applied where the internal laws of a country do not provide for or allow adoption.

The Convention covers both full adoptions (leading to a termination of the parent-child relationship) and simple adoptions (where this parent-child relationship remains at least in part intact). It applies to adoptions whether they are created by judicial order, by an administrative decision or by a private arrangement, and whether the adoption involves relatives or strangers. The Convention applies to all children, whatever their nationality or legal status, provided they have their habitual residence in the country of origin. Similarly, the Convention applies to all spouses and single persons (but not to non-marital relationships), whatever their nationality and legal status as long as they are habitually resident in the receiving State. Concerning the specific questions which arise when the Convention is to be applied to refugee children, a Special Commission of the Hague Conference, which met from 17 to 21 October 1994, drew up a Recommendation on the application of the Convention to refugee children and other internationally displaced children.

Substantive requirements

The co-operative framework of the Convention is based upon an agreed division of responsibilities. Chapter II of the Convention defines a number of substantive requirements of the Convention, responsibilities for which lie partly with the country of origin (Article 4), partly with the receiving State (Article 5). These responsibilities are neither exhaustive nor mutually exclusive. They are not exhaustive because other substantive requirements may be found elsewhere in the Convention, in particular in Chapter VI and, moreover, the Convention only sets minimum standards and does not prevent a State from setting higher standards for intercountry adoption. The responsibilities are, moreover, not mutually exclusive in the sense that they merely require each of the two States involved to do what it is in the best position to do. Therefore, the State of origin is primarily responsible for ensuring that the child is "adoptable", that due consideration has been given to alternatives to intercountry adoption - *i.e.* permanent care by a suitable family, *cf. Preamble*, second and third paragraphs - within the State of origin, that the necessary consents have been freely given after counselling and information of the effects of the consent, including, where appropriate, the consent of the child (Article 4). Likewise, the receiving

State is primarily responsible for determining that the prospective adoptive parents are eligible and are suited to adopt, that they have been appropriately counselled and that the child will be effectively allowed to enter and reside permanently in that State. As we will see, Article 17 offers a procedure to resolve any conflicts that may arise between the State of origin and the receiving State as a result of diverging adoption requirements.

Central Authorities and accredited bodies

Chapter III deals with the Central Authorities which should be designated by each Contracting State (Federal States may designate more than one such Central Authority). There is an international as well as an internal aspect to the functions of Central Authorities: internationally, their task is to co-operate with their counterparts in other Contracting States; internally they are to promote co-operation among the competent authorities. Their responsibilities are both of a general and of a case-specific character; the latter responsibilities may be delegated to "accredited bodies" (Articles 9-12). While the device of the Central Authority is well known from other Hague Conventions, including the Hague Child Abduction Convention, the appearance of accredited bodies is a novelty. It reflects the present reality that private organizations play an important role as intermediaries in the intercountry adoption process. Their role is recognized but also defined and regulated by the Convention, in particular as to their competence, non-profit objectives and the need for supervision (Article 11, see also Article 32).

Procedural requirements

Chapter IV deals with the procedures which precede and follow the making of the adoption and for which the Central Authority and its delegates have special responsibility. These requirements concern the preparation of reports, both on the prospective adopters (home study) and the child, the placement process, emigration from the State of origin and immigration into the receiving State, the making of arrangements for the transfer of the child, exchange of information during the adoption process

and measures to be taken in the hopefully exceptional case when, before the adoption, the placement turns out not to be in the child's best interests.

Of special importance is Article 17 which exemplifies the basic idea of co-operation between the State of origin and the receiving State, as well as of co-ordination of child care and migration policies. While recognizing the right of the State of origin to decide on the placement of the child, Article 17 *c* gives the Central Authority of the receiving State the right to veto a placement to which it does not agree. One reason may be that the receiving State finds that the adoption would be contrary to mandatory provisions of its law, most often its own internal law, concerning adoption (e.g. age requirements). Once the receiving State has given the green light, however, it may no longer raise any bars (Article 17 *d*).

Article 22 of the Convention deals with the problem of so-called "independent" or "private" adoptions (adoptions carried out through intermediaries other than accredited bodies). While all applications have to be made to a Central Authority, another public authority or an accredited body (Article 14), other bodies and persons may act as intermediaries under the Convention, but only under certain conditions: firstly, the Contracting State must have made a specific declaration to that effect; secondly, they must meet the requirements fixed by the Convention; thirdly, the names and addresses of these bodies and persons must be made known to the Secretariat of the Hague Conference; fourthly, the reports on the child and prospective adoptive parents should in all cases be prepared under the responsibility of the Central Authority or an accredited body; and, finally, any State of origin may veto the activities of such other bodies or persons in the adoption process concerning its children.

Recognition and effects of the adoption

Where the Convention requires the approval of the two States directly involved (the State of origin and the receiving State) for the entrustment of the child to the prospective adoptive parents (Article 17 *c*), there is no reason why the resulting adoption made in either of the two States should not be recognized by the other State and, hence, in all, less involved,

Contracting States. This is the principle of Article 23 which provides for recognition by operation of law of a certified adoption to which Article 24 makes an exception only for extreme cases, such as fraud or duress exerted on a mother while giving her consent. The Convention also specifies some of the effects of the recognition which extends in all cases to the legal parent-child relationship and the vesting of parental responsibility on the prospective adoptive parents. Where the adoption, under the laws of the State where it was made, terminates all legal bonds with the child's mother and father (full adoption), the Convention guarantees rights "equivalent" (not necessarily equal) to those of a child adopted in full adoption in the recognizing State. The latter provision does not, therefore, apply to simple adoptions, but the Convention contains a special provision for the conversion of simple adoptions to full adoptions (Article 27).

General provisions

Chapter VI contains, in addition to a number of standard articles, several important substantive provisions. Article 29 restricts contact between the prospective adoptive parents and the child's parents before it has been determined that the child is free to be adopted and that the applicants are eligible and suited to adopt. The purpose of this is to avoid situations such as those that have been frequently seen recently in Romania, but are also well-known in Latin America and Asia, where prospective adopters, often guided by local brokers, visit the birth parents at home who then, in exchange for money or under pressure, consent to the adoption of their child. Articles 30 and 31 (which should be read in conjunction with Article 16(2)) contain provisions on the information of the child's origin, including the identity of the birth parents as well as the medical history. All Contracting States are required to preserve such information even where, as is the case in certain Asian countries, they do not yet allow children to have access to such information. As such societies evolve, they may in the future decide to disclose such information, which will then be available because it will have been preserved. Article 31 adds that personal data gathered or transmitted under the Convention must be treated confidentially. Article 32 includes a general provision against the making of improper financial gain. Article 33 underlines the supervising role of the Central

Authority: any competent authority, which finds that any provision of the Convention has not been respected, is to inform immediately the Central Authority of its State. The Convention also for the first time codifies in Article 42 what has become a practice under several other Hague Conventions on judicial and administrative co-operation: periodic meetings of Special Commissions to review the practical operation of the Convention.

A detailed report on the Convention drawn up by Professor G. Parra-Aranguren (Venezuela) has already been published and has also appeared in the *Proceedings (Actes et documents)* of the Seventeenth Session of the Hague Conference on Private International Law, published in 1995.

The Convention entered into force as between Mexico, Romania and Sri Lanka on 1 May 1995. It has also been ratified by Cyprus, Poland and Spain, and has been signed by twenty-three States (17 July 1995).

EL DERECHO A LA PAZ*

Diego URIBE VARGAS

El concepto de Derechos Humanos que hoy alcanza aceptación universal y que llega a la categoría de *Jus Cogens* para reafirmar el carácter imperativo de las normas que los reconocen, requiere precisión acerca de los fundamentos.

Declaraciones y proclamas sobre los Derechos Humanos hay múltiples. Los autores han hecho gala de sus afinidades electivas, para poner énfasis en una u otra categoría.

Pero no ha sido habitual en tales documentos invocar la base axiológica de los derechos proclamados. Se presentan ante los ojos de su tiempo como hechos incontrovertibles, respaldados en la conciencia de individuos y colectividades. Para unos, los derechos humanos son emanación de la propia naturaleza humana, que no pocos derivan de la misma esencia divina del Creador, en cambio, la corriente más generalizada reclama los fundamentos históricos que en cada etapa de la evolución social ponen de relieve la nueva formulación.

Si se consideran basados en el derecho natural, es fácil deducir, que parten de la propia esencia del ser humano, que la conciencia del individuo puede conocer directamente.

* Resumen de las conferencias dictadas en el Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José de Costa Rica, abril de 1995.

Cuando se preparaba el texto de la Declaración Universal dentro del marco de las Naciones Unidas, se puso de manifiesto la coincidencia de muchas doctrinas filosóficas acerca de los derechos humanos, que felizmente consiguieron materializar en el texto de 1948.

Jacques Maritain, el filósofo católico participante en las deliberaciones, al comprobar cómo las diversas corrientes ideológicas coincidían en el mismo texto, se limitó a observar: “estamos de acuerdo a cambio de que no se nos pregunte el por qué”.

En razón de la importancia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, muchas veces ha sido exaltada como el origen o punto de partida de las libertades contemporáneas. Ello es cierto en la medida que constituyó fuerza motivadora de numerosos movimientos emancipadores. A la cual debe agregarse la Declaración de Independencia de los Estados Unidos que junto con el texto francés, movilizaron a los precursores de nuestra independencia. Sin embargo, en el campo de los derechos civiles y políticos, el *Bill of Rights* de 1688, significó el recorte de los poderes absolutos del monarca, siendo éste otro de los documentos básicos en la lucha por la vigencia de la filosofía liberal.

Gregorio Peces-Barba en el capítulo de la Prehistoria de los Derechos Fundamentales, señala numerosos antecedentes, en los cuales se reconocieron diversas prerrogativas, tanto a la realeza como al ciudadano, textos que progresivamente contribuyeron a su aceptación universal como derecho positivo¹.

1 Deuteronomio, VI Concilio de Toledo (638). VIII Concilio de Toledo (653). Carta del Convenio entre el rey Alfonso I de Aragón y los Moros de Tudela (1119). Decreto de la Curia de León (1188). Carta de Neuchatel (1124), Carta Magna de Juan Sin Tierra (1215), Carta Jurada del rey Teobaldo II reconociendo las libertades de Navarra (1 de noviembre de 1253), El principio o regla de libertad (Las Siete Partidas). Partida Séptima, ley 34, reglas 1a. y 2a. (siglo XIII), Disposiciones de Oxford (1258), Pacto del 1 de agosto (Origen de la Confederación Suiza (1291), Ordenanza número 29 (Gran Bretaña) (1311), Código de Magnus Erickson (Suecia) (1350), Constitución *Neminen Captivabimus* del rey Wladislav Jagiello (Polonia) (1430), Pragmática de los Reyes Católicos declarando la libertad de residencia (28 de octubre de 1480). Cf. GREGORIO PECES-BARBA, LIBORIO HIERRO, SANTIAGO NUÑEZ DE OZOÑO, ANGEL LLAMAS. Derecho Positivo de los Derechos Humanos. Editorial Debate. Madrid, 1987, Pgs. 17 y ss.

El catedrático de Sevilla Antonio Pérez Luño, avanza más allá de los conceptos pragmáticos para afirmar: “los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”².

El mismo autor agrega: “es particularmente necesario recalcar el sentido histórico de los Derechos Humanos, ya que la propia experiencia se ha encargado de desvanecer, en menos de dos siglos, la ilusión iluminista de unos derechos humanos válidos *semper et ubique...*”

“Del mismo modo que hay derechos y deberes a los cuales ya no se les reconoce tal carácter, existen hoy otros que juzgamos muy importantes, especialmente en el plano económico y social que ni tan siquiera fueron intuitos por los autores de las declaraciones del siglo XVIII”.

En el análisis de la misma definición, el autor observa: “la dignidad humana ha sido en la historia y en la actualidad el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y la afirmación de la dimensión moral de la persona. Su importancia en la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es innegable, basta recordar que de la idea *dignitas* del hombre, como ser éticamente libre, parte todo el sistema de los derechos humanos de Samuel Pufendorf, que a su vez, fue el fermento inspirador de las declaraciones americanas”³.

En lo que hace referencia a la libertad hay que tener en cuenta que es el elemento que recoge la esencia misma de los derechos humanos, hasta llegar a confundirse en el lenguaje corriente con éstos Derechos y libertades alcanzan la categoría de voces sinónimas. El mismo Pérez Luño lo reafirma.

2 ANTONIO E. PÉREZ LUÑO. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Cuarta edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, España, 1991, pág. 48.

3 *Idem.*

En lo que se refiere a la igualdad, hay que recordar que la aparente contradicción conceptual con los fueros del hombre libre ha sido superada y la praxis de los derechos sociales, económicos y culturales se ha encargado de comprobar la vigencia.

La aparición de nuevos derechos como resultado de fenómenos impulsados por la dinámica social, ha permitido clasificar los derechos humanos en tres grandes categorías. Los derechos civiles y políticos pertenecen a la primera generación. Contra el abuso de los poderes arbitrarios y las diversas formas de dictadura, los derechos humanos se proclamaron para limitar las competencias del Estado y exigir de los poderes constituidos las barreras necesarias para obtener y garantizar la libertad de los ciudadanos.

En el siglo XVIII lo que agobiaba principalmente a los pueblos eran los excesos de autoridad que sin freno alguno se estrellaban contra la dignidad y la libertad de la persona. El proceso que parte de la Revolución Inglesa de 1788 y que culmina con la llegada al trono de Guillermo de Orange y la princesa María, constituyó el fin de la monarquía absoluta. El fraccionamiento en ramas del poder marcó huella indeleble en los movimientos revolucionarios posteriores, y la división sistematizada por Montesquieu, sigue constituyendo uno de los pilares de la democracia y fundamento de las instituciones jurídicas.

La segunda generación de derechos humanos, comprende la proclamación de derechos sociales, económicos y culturales, lo cual tiene antecedentes en el texto constitucional francés de 1793, cuando aún la Revolución Francesa era expresión del individualismo y la oclusión de los derechos sociales, significó cambio fundamental en las metas del poder público.

Los derechos sociales, económicos y culturales exigen para su cumplimiento, que se abandone el papel pasivo del Estado para convertirse en guardián de las garantías mínimas que la persona exige para ejercer a cabalidad las funciones derivadas de la condición humana.

El derecho al trabajo, a la educación, a la seguridad social, al acceso a las fuentes de la cultura, suponen que los órganos estatales, lejos de

marginarse frente a la sociedad, contribuyan con su esfuerzo y recursos a garantizar la plena vigencia. Si la Revolución Francesa acuñó como acápite, que está inscrito en el frontispicio de numerosos monumentos públicos, encabezados por las universidades, "libertad, igualdad, fraternidad", lo cierto es que la libertad pertenece fundamentalmente a los derechos de la primera generación y hacia la igualdad se orienta la tutela de los derechos de la segunda.

La Revolución de 1848 y los sucesos tumultuarios, ocurridos fundamentalmente en París, patentizaron el surgimiento de esta nueva serie de derechos encaminados a buscar la igualdad como objetivo básico. No solo la igualdad jurídica, que ya fue conquista importante, sino la igualdad de posibilidades, proclamada por Tocqueville, como base de la sociedad democrática.

El debate de los límites indispensables a la acumulación del capital y al ejercicio del derecho de propiedad, sigue agitando a los teóricos políticos. No cabe duda que las limitaciones necesarias al goce de la propiedad respondieron a los clamores en favor de la igualdad, modificando el papel del Estado a través de la intervención, para rectificar las grandes desigualdades y permitir el pleno ejercicio del resto de los derechos.

Al comenzar a analizar después de la Segunda Guerra, el texto de una declaración de derechos que resumiera los fueros básicos de la persona, y rescatara la dignidad del ser humano frente a los totalitarismos, triunfó la tesis de que bastaba yuxtaponer los derechos de las dos primeras generaciones en texto único. Antecedente importante fue la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre firmada en Bogotá con ocasión de la IX Conferencia Panamericana en 1948.

Cuando se discutieron durante varios períodos de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los proyectos de Pactos, que culminaron en 1966, lo primero que se decidió fue aceptar que los mecanismos de garantía internacional para los derechos humanos, según su diversa naturaleza, no podían ser parte de un solo Estatuto.

El primero, es decir el de los Derechos Civiles y Políticos, admite garantías y procedimientos contradictorios ante tribunales internacionales.

Puede haber instancias y debate jurisdiccional para sancionar a los transgresores y los jueces tienen capacidad para fijar el monto de las indemnizaciones por perjuicios causados. En cambio, el Pacto de derechos sociales, económicos y culturales, necesita de la cooperación internacional y, en ocasiones, de la ayuda humanitaria, para lograr solidaridad en sus manifestaciones diversas.

La consagración, en Protocolo anexo a los pactos, del derecho de petición individual, recalca la importancia de las conquistas alcanzadas, y anula, de una vez por todas, la creencia de que toda acción de los organismos internacionales estaba enervada para tal efecto. Así cayeron las vallas que por siglos se tendieron a nombre de la soberanía absoluta para poder contribuir los Estados a la plena vigencia de los derechos proclamados. Ya no hay violaciones amparadas por las normas del dominio reservado, ni pretextos para que uno u otro atentado a la dignidad del hombre sean calificados como exclusivos de la esfera doméstica.

En opinión de Eusebio Fernández "los derechos humanos tienen su fundamento antropológico en la idea de las necesidades humanas. Con el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos humanos se pretende satisfacer una serie de exigencias que se consideran necesarias para el desarrollo de una vida digna"⁴.

El pesimismo que por largo tiempo predominara, en el sentido de la Declaración Universal era texto literario, sin medios coactivos, ha tenido que modificarse, no solo por los recursos de que hoy se disfruta para salvaguardar los derechos humanos, sino en razón del fuero universal de las normas que tutelan al individuo convertidas en parte del *Jus Cogens*, las cuales por ser imperativas, prevalecen sobre el resto, y solo pueden ser modificadas por mandamientos de la misma jerarquía.

Todo el esquema de defensa internacional de los derechos humanos viene a complementarse con los métodos regionales, entre los cuales se encuentra la Convención de Roma de 1950, que dio origen a la Comisión

4 EUSEBIO FERNÁNDEZ. Teoría de la justicia y derechos humanos. Editorial Debate. Madrid 1984, pág. 79.

y Corte Europeas de Derechos Humanos, las cuales durante 45 años de labores, ofrecen resultados tangibles en el cumplimiento de sus metas. Algo similar puede decirse del Pacto de San José de Costa Rica, que siguiendo los trazos de la Convención Europea, viene desarrollando un novedoso sistema de garantías para los derechos fundamentales en nuestro hemisferio.

No deja de marcar hito trascendental en el proceso de la defensa de los fueros de la persona humana, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos suscrita en Adis Abeba dentro del marco de la Organización de la Unidad Africana.

El numeroso acervo de tratados, que de manera particular desenvuelven y garantizan derechos fundamentales, como las Convenciones contra la tortura, la discriminación racial, y a favor de los derechos de la mujer y de los niños, entre otros, son muestras del tramo recorrido para buscar la garantía de los derechos humanos a través de las relaciones interestatales, sin demeritar la proliferación de organismos no gubernamentales, que en distintos niveles han conseguido que la conciencia universal en estas materias, se fortalezca día a día.

Después de la Declaración Universal, que en su tiempo constituyó afortunada síntesis de los derechos y deberes del hombre, se ha venido observando la emersión de nuevos derechos que adquieren cada vez más fuerza y que obedecen a hechos sociales que no cabe desconocer en nuestra época. Para algunos era necesario desenvolver los derechos derivados de la fraternidad, ya que anteriormente la primera y segunda generaciones resumían los derechos civiles y políticos junto con los derechos sociales y económicos.

La fraternidad, en nuestro tiempo, se expresa mejor como el desarrollo de los derechos de solidaridad, los cuales no solo indican la intención generosa del concepto, sino vínculos de hermandad que pertenecen igual a todos los seres.

En el anteproyecto de Pacto que consagra la Tercera Generación que fuese elaborado por la Fundación Internacional de los Derechos Humanos, puede leerse lo siguiente:

Artículo 1o. Todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente, tienen derecho a la paz, tanto en el plano nacional como en el plano internacional.

Artículo 2o. El derecho a la paz implica el derecho para todo hombre sin discriminación alguna:

- i) De oponerse a toda guerra y, en particular, de luchar contra la humanidad, y los crímenes contra la paz, incluyendo la agresión;
- ii) Demandar y obtener, dentro de las condiciones definidas por la legislación nacional, el estatuto de objetor de conciencia;
- iii) De negarse a ejecutar durante el conflicto armado una orden injusta que viole las leyes de la humanidad;
- iv) De luchar contra toda propaganda a favor de la guerra;
- v) Y de obtener asilo cuando la solicitud esté justificada por la persecución por actividades ligadas a la lucha por la paz y contra la guerra;

Artículo 3o. Todo hombre tiene derecho a la paz civil que incluye el derecho a la seguridad y el derecho a ser protegido contra todo acto de violencia o de terrorismo.

Artículo 4o. Todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente, tienen derecho de oponerse a las violaciones sistemáticas masivas y flagrantes de los derechos del hombre que constituyen amenazas contra la paz en el sentido que contempla la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 5o. Todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente, tienen derecho al desarme, a la prohibición de las armas de destrucción masiva e indiscriminada, y a tomar medidas afectivas tendientes al control y a la reducción de los armamentos y, en definitiva, al desarme general y complejo bajo control internacional eficaz.

Artículo 60. Todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente, tienen derecho a que reine sobre el plano nacional y sobre el plano internacional, un orden tal que los derechos y libertades enunciados en la Carta Internacional de los Derechos del Hombre encuentren pleno efecto; todo hombre y todos los hombres tomados colectivamente, tienen derecho a la seguridad y, por consecuencia a que el Estado de donde ellos sean súbditos, se comprometa en un sistema de seguridad colectiva conforme a la Carta de las Naciones Unidas y beneficiarse de una protección internacional en caso de agresión”⁵.

Antes de analizar el texto anterior, conviene tener en cuenta la concepción oriental de los derechos humanos, la cual se basa fundamentalmente en resaltar los deberes del hombre, condicionando los derechos al respeto de aquellos. Cuando se parte del principio que el primer deber del hombre es respetar los derechos de los demás, se comienza a comprender el punto fundamental. Bien lo observa Gandhi: “de mi ignorante pero sabia madre aprendí que los derechos que pueden merecerse y conservarse proceden del deber bien cumplido. De tal modo que solo somos acreedores del derecho a la vida, cuando cumplimos el deber de ciudadanos del mundo”⁶.

En numerosos autores occidentales el concepto de deberes del hombre aparece como noción secundaria a la cual debe otorgársele menor importancia. De ello son prueba los escasos artículos consagrados al efecto por la Declaración Universal, en contraste con la Americana, donde los deberes del hombre alcanzan redacción más prolija.

No puede restársele importancia a los deberes de la persona humana si se tiene en cuenta el valor universal de los derechos. Al analizar las prerrogativas individuales, la obligación se antepone al ejercicio de las libertades, si se tiene en cuenta que el ámbito de los derechos se encuentra demarcado por los deberes que la persona tiene a escala universal. No

5 De la Fundación Internacional de Derechos Humanos, forman parte, entre otros: Karel Vasak, su inspirador; René Jean Dupuy, Jaques Robert, Diego Uribe Vargas, Louis Petiti y Keba MBaye.

6 M.K. Gandhi. Los derechos del hombre. Comp. UNESCO, pág. 23.

habría lógica en proclamar derechos anteriores y superiores al Estado, como norma indiscutible, mientras el ejercicio de los derechos individuales desconozca el deber de respetar los de los demás. Quizás un exceso de individualismo haya venido dominando el planteamiento teórico de los derechos del hombre, pero en nuestra época, quizás más que en ninguna otra, el deber de respetar la vida de los demás, rechazando categóricamente la violencia, se convierte en el principio tutelar de las garantías esenciales, hasta el punto de que la persona que no reconoce el deber de respetar los derechos de los demás, queda inhibida para poder reclamar los suyos.

En la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, el capítulo segundo, artículos 27, 28 y siguientes, le otorgan a los deberes del hombre la jerarquía necesaria para ser la base ética del ejercicio de los derechos.

Artículo 27. 1. Cada individuo tiene deberes para con la familia y la sociedad, para con el Estado y las demás colectividades legalmente reconocidas y para con la Comunidad internacional.

2. Los derechos y las libertades de cada persona se ejercen dentro del respeto por el derecho de terceros, de la seguridad colectiva, de la normal y del interés común.

Artículo 28. Cada individuo tiene el deber de respetar y de considerar a sus semejantes sin ninguna discriminación, y de mantener con ellos relaciones que permitan promover, salvaguardar y reforzar el respeto y la tolerancia recíprocos.

Artículo 29. El individuo, además, tiene el deber:

1. De preservar el desarrollo armónico de la familia y de obrar en favor de la cohesión y del respeto por esta familia; de respetar a sus padres en todo momento, de alimentarlos, y de asistirlos en caso de necesidad;

2. De servir a su comunidad nacional al poner sus capacidades físicas e intelectuales a su servicio;

3. De no comprometer la seguridad de cuyo Estado es nacional o residente;

4. De preservar y reforzar la solidaridad social y nacional, de manera singular cuando ésta se encuentra amenazada;

5. De preservar y reforzar la independencia nacional y la integridad territorial de la patria y, de manera general, de contribuir a la defensa de su país, dentro de las condiciones fijadas por la ley;

6. De trabajar, en la medida de sus capacidades y de sus posibilidades, y de saldar las contribuciones fijadas por la ley para salvaguardia de los intereses fundamentales de la sociedad;

7. De velar, en sus relaciones con la sociedad, por la preservación y el refuerzo de los valores culturales africanos positivos, dentro de un espíritu de tolerancia, de diálogo y de concertación y de una manera general de contribuir a la promoción de la salud moral de la sociedad.

8. De contribuir con lo mejor de sus capacidades, en todo momento y a todos los niveles, en la promoción y realización de la "unidad africana".

Esta proclamación de deberes o derechos del hombre en la Carta Africana, que en buena parte coinciden con el proyecto del Instituto Internacional de Derechos Humanos, transcrita, está demostrando que la actualidad los derechos de la persona tienen el doble carácter de individuales y colectivos. Tal es el efecto de la interrelación de elementos que cohesionan hoy a la comunidad internacional, sin poder separar las prerrogativas individuales de las responsabilidades comunes. El planteamiento de derechos humanos y paz-paz y derechos humanos, adquiere así amplia vigencia. Cicerón exalta también los deberes como la manera en que justifican la vigencia los primeros.

La circunstancia que la Carta Africana haya sido el primer documento internacional en consagrar el derecho a la paz, no solo la coloca a la vanguardia de la lucha por las garantías a la persona humana, sino que la lectura del artículo 23, expresa con claridad la extensión del compromiso.

“Artículo 23:

1. Los pueblos tienen derecho a la paz y a la seguridad tanto en el plano nacional como en el internacional.

El principio de solidaridad y de relaciones amigables afirmado implícitamente por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y reafirmado por la de la Organización de la Unidad Africana determinará las relaciones entre los Estados.

2. Con el fin de reforzar la paz, la solidaridad y las relaciones amigables, los Estados, partes en la presente Carta, se comprometen a prohibir:

- a) que una persona que goza del derecho de asilo según los términos del artículo 12 de la presente Carta emprenda una actividad subversiva dirigida contra su país de origen o contra cualquier otro país, parte de la presente Carta;
- b) que sus territorios sean utilizados como base de partida de actividades subversivas o terroristas dirigidas contra el pueblo de cualquier otro Estado, parte de la presente Carta”.

Bien se puede calificar el derecho a la paz como el “derecho síntesis”, sin el cual el resto de las prerrogativas individuales carecen de la posibilidad de realizarse. El derecho a la vida, a la integridad personal, al conjunto de libertades, que van desde la libertad de conciencia, de culto, de palabra, de reunión, de asociación quedan supeditadas a que la paz sea una realidad, no solo en la esfera de cada estado, sino en el orden internacional.

Junto con el derecho a la paz, está el derecho al medio ambiente sano y al desarrollo, sin los cuales difícilmente se alcanzará el pleno ejercicio de las facultades e instituciones que tutelan a los derechos humanos. De ahí que la Tercera Generación, se ha convertido en el soporte de la estructura de los fueros de la humanidad y que la solidaridad, como esfuerzo conjunto de hombres y naciones, es el único camino para alcanzarla.

Al transcribir la parte del anteproyecto del Tercer Pacto de Derechos del Hombre, concernientes a la solidaridad, se observa el resumen que

fundamenta los nuevos derechos que no aparecen en la Declaración Universal, ni en el Pacto de San José de Costa Rica.

“La idea de una tercera generación de derechos del hombre después de los derechos civiles y políticos (derecho-atributo, oponibles al Estado) de la primera generación, y después de los derechos económicos, sociales y culturales (derechos exigibles del Estado) de la segunda generación, han aparecido hace una decena de años bajo el nombre de derechos de solidaridad: ellos son, efectivamente, a la vez oponibles al Estado y exigibles de él y ellos no pueden ser realizados sino por todos los autores del juego social, estados, individuos y otras entidades públicas y privadas.”⁷

En la controversia acerca de la pretendida jerarquía de los derechos, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el ECOSOC, así como la Asamblea General en las sesiones de 1977, adoptaron la resolución 32-130 que contiene el parágrafo. A donde se expresa lo siguiente:

“Todos los derechos del hombre, las libertades fundamentales son indivisibles, interdependientes; atención igual y consideración urgente deberán ser acordados a la realización, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales”.

La observación transcrita es incompleta, ya que por haberse formulado antes de la emergencia de los derechos de solidaridad, no aparecen incluidos. Sin embargo, los motivos que la inspiraron se orientan a evitar toda escisión en la unidad lógica que integra el concepto de los derechos humanos. Lo anterior confirma que el derecho a la paz, al ambiente sano y al desarrollo no pueden escindirse para colocarse en escala inferior.

Una buena definición del derecho a la paz puede expresarse de la siguiente manera: “es el derecho de todo individuo a contribuir a los

7 Esta idea fue discutida por primera vez en la Conferencia de Campobello en 1979, luego en la de Aix-en-Provence, agosto de 1981, Hyde Park, Nueva York, en las respectivas sesiones, del Instituto Internacional de Derechos Humanos que posteriormente se convirtió en la Academia Internacional de Derechos Humanos en la sesión de Madrid de 1985.

esfuerzos por la paz, comprendiendo el rechazo a participar en preparativos militares, y el derecho colectivo de todo Estado a beneficiarse del pleno respeto por parte de los otros Estados, de los principios de no utilización de la fuerza, de no agresión, de solución pacífica de diferendos, de las convenciones de Ginebra y de los protocolos adicionales y de normas similares, así como la puesta en práctica de una política en favor del desarme general y completo bajo control internacional efectivo".⁸

Toda filosofía acerca de los derechos y libertades coinciden en afirmar que los derechos humanos corresponden a necesidades inherentes al ser humano. En nuestra época, cuando el fenómeno de la violencia se extiende por todos los rincones de la tierra y la guerra asume características dramáticas, la conciencia universal reconoce que el derecho a la paz es la condición esencial para el ejercicio del resto de los derechos. La vida y la integridad personal no pueden garantizarse en un ambiente de conflicto y de barbarie. Las libertades públicas carecen de objeto cuando la tragedia se ensaña en controversias ya de naturaleza política o religiosa, donde se transgreden las normas que garantizan la vida digna.

Las más importantes proclamaciones de derechos humanos han sido el fruto de procesos revolucionarios. En la mayor parte de los textos citados prehistoria, según la clasificación de Peces-Barba, fueron conquistas de un grupo de personas frente al poder constituido. En cambio, en la Francia de 1789 se enarbolaron los derechos de todos los hombres sin exclusiones geográficas. No cabe duda que los desequilibrios sociales generados por la implicación abusiva de algunos derechos, particularmente de la propiedad, estimularon las posiciones filosóficas y políticas del socialismo en sus distintas categorías de democrático y marxista. La revolución en México fue expresión del primero, y la Soviética del segundo. La defensa del derecho al trabajo y de sus condiciones humanitarias tuvo desarrollo afortunado en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que en la actualidad sigue desarrollándose.

En su oportunidad, durante la descolonización que se hizo realidad después de la Segunda Guerra Mundial, y bajo la égida de las Naciones

8 L'émergence de nouveaux droits de l'homme. Fondation Internationale pour les droits de L'homme. pág. 29.

Unidas, fue necesario formular otra generación de derechos que favorecieran la libre determinación de los pueblos y por lo tanto el deber de las potencias de no interferir en los asuntos internos de los Estados. La Declaración de Argel sobre derecho de los pueblos resume la importancia de esta categoría de derechos donde la solidaridad juega el papel más importante.

Ya habíamos hecho referencia al lugar en donde la Carta de San Francisco coloca a los derechos humanos. En ella no solo hay la proclamación sino el compromiso de defenderlos: La lectura del artículo primero es suficientemente ilustrativa.

“Los propósitos de las Naciones Unidas son:

- 1o. Mantener la paz y la seguridad internacionales y con tal fin, tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y para lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del Derecho Internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;
- 2o. Fomentar entre las naciones, relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;
- 3o. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo o estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y
- 4o. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones para alcanzar estos propósitos comunes”.

Lo anterior se entiende mejor con la lectura del siguiente párrafo del Preámbulo: “Reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en

la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

En lo dispuesto en el artículo 55 se pone énfasis especial en el compromiso de las Naciones Unidas para impulsar los derechos fundamentales, particularmente con base en la tutela internacional de los derechos económicos:

El artículo 55 dice:

“Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

- a) Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- b) La solución de problemas internacionales de carácter económico, social, sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y,
- c) El respeto universal a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo o religión y la efectividad de tales derechos y libertades”.

El profesor Louis Sohn sostiene: “La existencia de la Asamblea General ha hecho posible un nuevo método de legislación internacional que conocemos como ‘la emergencia’ de una nueva regla consuetudinaria del derecho internacional concerniente al establecimiento de un nuevo proceso de creación de derecho en el campo de los derechos humanos”.

Es posible en el campo doctrinario traer a la memoria lo que Francisco de Victoria calificaba como existencia del orden normativo derivado de la misma comunidad internacional. Don Antonio Gómez Robledo recuerda las propias palabras del fraile dominico: “La voluntad de la Comunidad Internacional en su conjunto (totus orbis) no sólo tiene fuerza de pacto y

convención, sino fuerza de ley: *non solum habet vim ex pacto et condicto, sed etiam habet vim legis*".⁹

Como órgano de la comunidad de los pueblos, la Asamblea de las Naciones Unidas ha venido jugando papel de trascendencia en la formulación de los derechos humanos, así como en los diversos mecanismos para dotar de Declaración Universal de elementos compulsivos. Ya hicimos referencia a los pactos de 1966 y al Protocolo facultativo.

La larga lista de instrumentos internacionales para desenvolver y garantizar los derechos fundamentales, es prueba inequívoca de que las Naciones Unidas no se han limitado a lo formal, sino que cada nuevo convenio o declaración es fuente de derechos y deberes para vastos sectores de la población mundial. En lo que hace referencia al derecho a la paz y demás derechos de la tercera generación, la misma Asamblea General den 1989 recomendó la elaboración de un tercer pacto de derechos para completar el catálogo ya proclamado.

Cuando se ha discutido si el derecho internacional debe otorgarse mayor jerarquía a los instrumentos que consolidan la paz o preferiblemente a aplicar la justicia, vamos a caer en la antigua querrela de la guerra justa. Teólogos y Juristas discutieron por siglos acerca del uso de la fuerza y su legitimidad ante las leyes tanto divinas como humanas. El balance es de todas maneras desfavorable. Una especie de maniqueísmo impregnó las normas del derecho para legitimar el uso de la fuerza según su destino. De aquello no se libraron los juristas españoles en la propia conquista de América, al preferir la aplicación de la ley a los beneficios de la paz con equidad.

La división del género humano de San Agustín entre los buenos y los malos, dominó las guerras religiosas y del mismo criterio se apropiaron los seguidores de Mahoma en el Islam. La fuerza contra unos y otros se hizo la legítima como resultado de la victoria.

9 ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO. El Jus Cogens Internacional. (Estudio Histórico Crítico). Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1982, Pág. 81.

Solo se comenzó a pensar que la paz es más importante que la justicia, cuando hizo crisis el esquema de la Sociedad de las Naciones, fundada en el concepto de la paz por medio del derecho.

Las Naciones Unidas en la Carta de San Francisco, regresaron al concepto de la Santa Alianza, por medio del cual la paz se mantiene por el equilibrio entre las potencias y mediante el ejercicio de la fuerza ejercida por la propia organización mundial. La intervención colectiva de las Naciones Unidas con el criterio de que la fuerza resista la fuerza, ha desembocado en que no solo las Naciones Unidas pueden emplearla en el ejercicio de su competencia. Solo dos excepciones existen en la Carta de la ONU para que los Estados puedan utilizarla. El derecho a la legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado y mientras el Consejo de Seguridad comienza a actuar, y la norma del artículo 107 de la Carta referente a la reanudación de las hostilidades de los beligerantes hasta 1945.

El monopolio del uso de la fuerza por las Naciones Unidas ha mantenido la seguridad precaria en que el mundo ha vivido desde el conflicto mundial. La condenación de la guerra como instrumento de política nacional y para resolver conflictos internacionales, fue conquista lograda en el Pacto Brian-Kellog de 1927 que marcó el punto de partida del concepto de la ilicitud de la guerra. No solo los organismos mundiales han consagrado tal concepto, sino que en la esfera de la regiones se han cumplido procesos similares.

Lo anterior conduce a sostener que el derecho a la paz no es una formulación teórica, sino que existen mecanismos para conseguirla y conservarla. El tratado de no proliferación de armas nucleares, el convenio sobre prohibición y eliminación de las armas químicas, los planes de desarme impulsados por las Naciones Unidas, lo confirman ampliamente.

Como quiera que la paz es un concepto indivisible, tanto en el orden externo como interno de los Estados, el derecho y el deber de la paz comienzan a tener formulación positiva.

En la nueva Constitución de Colombia, el artículo 22, se lee: “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. En la actualidad y con la conciencia de que sin la paz los derechos humanos son una entelequia, se trabaja activamente para aplicar medidas contra la violencia, que muestran hasta qué punto la esfera interna y la internacional deben seguir enlazadas para que el “derecho síntesis” alcance vigencia universal.

EL SALVADOR: LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ANTESALA DE LA GUERRA Y DE LA PAZ*

Pedro NIKKEN

El Salvador vive en paz desde el 1° de enero de 1992, después de una década de guerra civil, precedida de otra de violencia más o menos generalizada, todo ello con un enorme costo humano y material. El inicio formal de la guerra se sitúa a comienzos de los años '80, cuando los movimientos entonces insurgentes de manera independiente se coaligaron en el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) y lanzaron una ofensiva general con el propósito de derrocar el gobierno. El proceso de paz ha sido el exitoso fruto de un esfuerzo político y diplomático que movilizó a diversos gobiernos y, sobre todo, a las Naciones Unidas y que condujo a un complejo conjunto de acuerdos políticos entre el gobierno y el FMLN.

El conflicto, si bien era interno en el plano puramente geográfico y en lo sustancial de sus causas, tuvo una notable dimensión internacional. La tuvo en el plano geopolítico, habida cuenta, por una parte, de los vínculos entre el FMLN y el gobierno Sandinista de Nicaragua, Cuba y otros movimientos insurgentes de la región; y, por otro lado, del progresivo compromiso de los Estados Unidos en la guerra, como principal soporte político y logístico del gobierno salvadoreño. La tuvo también en el ámbito diplomático, dentro del cual el FMLN desarrolló una intensa y hábil actividad paralela que le ganó aliados de distinto grado de simpatía, al punto de lograr un cuasi reconocimiento de beligerancia por parte de Francia y México, y que, en todo caso, le permitió acceso a un considerable número de gobier-

* Texto reproducido de: 84/86 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1992/1993) pp. 69-89.

nos y permanente presencia en la diplomacia multilateral. La tuvo asimismo dentro de la opinión pública internacional, frecuentemente conmovida por gravísimos hechos ocurridos dentro del conflicto. Finalmente, tuvo un desenlace en el cual estuvo presente una activa –y hasta ese momento inédita– participación de las Naciones Unidas, a pesar de que la Carta no contempla la acción de la Organización en conflictos no internacionales.

Los acuerdos de paz logrados en ese contexto no se limitaron a solventar las cuestiones militares sino que construyeron un denso programa de reformas destinadas a atacar algunas de las causas profundas del conflicto, a garantizar el respeto a los derechos humanos y a impulsar la democratización del país. Se trata así de un caso en que la participación de las Naciones Unidas es singular en dos sentidos. En primer término, por su presencia en el proceso político-diplomático que construyó los acuerdos de paz a través de los años 1991 y 1992. En segundo lugar, por el contenido mismo de los acuerdos que la Organización gestionó y cuyo cumplimiento se ha encargado de verificar, los cuales implican vastas reformas cuya cabal ejecución bien puede calificarse como una revolución negociada. Este comentario aspira presentar, en primer término, una breve descripción del proceso, para abordar después un somero análisis del contenido de los acuerdos.

I. El Proceso de Paz

El gobierno de El Salvador y el FMLN, por razones que seguramente no son coincidentes, llegaron a la conclusión de que debían buscar el término del conflicto armado por la vía política y desistir de la idea de encontrar un desenlace militar. Se dispusieron así a buscar la paz a través de un proceso de negociaciones (A) caracterizado, en cuanto al procedimiento, por la formalidad y por la activa participación de las Naciones Unidas como intermediario; y, en cuanto al fondo, por su profunda vinculación con la inveterada violación de los derechos humanos de la población salvadoreña, la cual constituye una suerte de eje o causa común del conflicto y de los acuerdos (B).

A. Las Negociaciones

La reconquista de la paz fue el fruto de negociaciones que se prolongaron a lo largo de los años 1991 y 1992, bajo el auspicio del Secretario

General de las Naciones Unidas. Después de frustradas aproximaciones bajo la gestión del Presidente José Napoleón Duarte (1984-1989) y de un infructuoso esfuerzo auspiciado por la Iglesia Católica recién iniciado el mandato del Presidente Alfredo Cristiani (1989-1994), fue socilitada la gestión de buenos oficios del Secretario General de las Naciones Unidas. Ello ocurrió después de eventos que conmovieron la opinión mundial, como lo fueron la ofensiva lanzada por el FMLN en noviembre de 1989, durante la cual ocupó parte de San Salvador; y el asesinato del Rector de la Universidad Católica Centroamericana José Simeón Cañas, Ignacio Ellacuría, de cinco otros sacerdotes jesuitas y dos empleadas, a manos de efectivos de la Fuerza Armada.

Los buenos oficios del Secretario General fueron solicitados por los Presidentes de Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala y el Consejo de Seguridad le otorgó el mandato de interponerlos por la resolución 637 (1989) del 27 de julio de 1989. El Secretario General aceptó ser el intermediario en dichas negociaciones a petición del Presidente de la República y de la Comandancia General del FMLN. Las negociaciones de paz tuvieron lugar dentro del marco del Acuerdo de Ginebra, suscrito en esa ciudad por el Gobierno de El Salvador y el FMLN, el 4 de abril de 1990, en presencia del Secretario General¹.

El Acuerdo de Ginebra estableció el formato y la metodología de las negociaciones. Ellas tendrían lugar sea en forma directa, con la presencia y la "activa participación" del Secretario General o su representante², sea a través de la gestión pendular del Secretario General o su representante, separadamente entre las Partes. Dicho Acuerdo definió asimismo los objetivos de las negociaciones, a saber: a) terminar el conflicto armado por la vía política al más corto plazo posible; b) impulsar la democratización del país; c) garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos; y, d) reunificar a la sociedad salvadoreña. El Acuerdo previó la participación en el proceso de los partidos políticos y organizaciones sociales del país así como la utilidad de los contactos que el Secretario General decidiera

1 Press Release SG/SM/4426 del 4 de abril de 1990.

2 El Secretario General designó para ese fin al señor Alvaro de Soto, un destacado miembro de su *staff*, quien seguía de cerca el conflicto desde tiempo atrás y había sido gestor de la adopción del mismo Acuerdo de Ginebra.

mantener con personas o entidades salvadoreñas que pudieran contribuir al éxito del proceso.

El Acuerdo de Ginebra contempló un proceso en dos etapas. El "objetivo inicial" era el de conseguir "acuerdos políticos para la concertación de un cese del enfrentamiento armado y de todo acto que irrespete los derechos de la población civil" bajo la verificación de la Naciones Unidas. Logrado esto, la etapa siguiente estaría orientada al "establecimiento de las garantías y las condiciones necesarias para la reincorporación de los integrantes del FMLN, dentro de un marco de plena legalidad, a la vida civil, institucional y política del país". En consonancia con ello, la Agenda para las negociaciones, aprobada en Caracas el 21 de mayo de 1990 previó dos fases con idéntica temática, en cada una de ellas para los acuerdos políticos que se proponían alcanzar las Partes: Fuerza Armada, derechos humanos, sistema judicial, sistema electoral, reforma constitucional, problema económico-social y verificación por las Naciones Unidas. Esto implicaba que, alcanzado un conjunto de acuerdos inicial sobre toda dicha temática, se concentraría un cese del fuego, verificado por las Naciones Unidas, y se continuaría negociando sobre las mismas materias en procura de un acuerdo que completara el anterior y que sirviera para poner fin al conflicto armado.

En ese tiempo, por iniciativa del señor Pérez de Cuéllar, se constituyó el llamado "Grupo de Amigos" del Secretario General, integrado por los gobiernos de Colombia, España, México y Venezuela, el cual dió apoyo al proceso. Más discretamente, los gobiernos de los Estados Unidos, Cuba y la entonces Unión Soviética también sostuvieron la acción diplomática de las Naciones Unidas. A partir de entonces, las negociaciones tuvieron lugar ininterrumpidamente a través de la aplicación de las dos modalidades establecidas en el Acuerdo de Ginebra.

Una particularidad del proceso de negociaciones fue su formalidad procesal. El gobierno manifestó sólo dos reservas formales. En primer lugar, nunca aceptó que las negociaciones tuvieran lugar en territorio salvadoreño, pues consideraba impropio negociar con un grupo insurgente dentro del escenario en que el mismo violaba el orden jurídico³. En

3 Fue probablemente también la manera de diferenciar formalmente las negociaciones adelantadas por el Presidente Cristiani y el partido ARENA de las que tuvieron

segundo lugar, el Presidente Cristiani nunca accedió a reunirse con los rebeldes mientras no se pusiera cese a la insurgencia dado lo cual, aun cuando estuvo presente dos veces en el lugar de las negociaciones⁴, el contacto directo con el FMLN, incluso su Comandancia General, estuvo a cargo de una comisión negociadora gubernamental. Tampoco aceptó en ningún momento el gobierno la condición de beligerante para el FMLN ni que hubiera zonas del país bajo su control⁵.

No puso objeción el gobierno, en cambio, a que las negociaciones se desarrollaran entre comisiones cuya igualdad de rango nunca se discutió y que los acuerdos se plasmaran documentalmente en textos firmados por ambas partes y por el Secretario General de las Naciones Unidas o su Representante⁶. Esta formalidad es digna de destacarse, pues los acuerdos abarcaron materias tan delicadas como una reforma a la Constitución —cuya aprobación por la Asamblea Legislativa gestionó el gobierno dentro de los tres días siguientes a la firma del Acuerdo— o la reforma y depuración de la Fuerza Armada, las cuales es sorprendente encontrar como objeto de un acuerdo formal entre un gobierno constitucional y un movimiento insurgente. Esta amplitud gubernamental contribuyó, sin duda alguna, al éxito del proceso.

El primer acuerdo político se suscribió en San José, Costa Rica, el 26 de julio de 1990. Por medio del Acuerdo de San José se contrajeron compromisos específicos en orden al respeto y la garantía de los derechos humanos y establecieron los términos en que habría de trabajar la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

lugar bajo la gestión demócrata cristiana del Presidente Duarte, criticadas por la oposición por implicar transacciones sobre el orden constitucional.

- 4 En septiembre y diciembre de 1991, las dos ocasiones en que las negociaciones se trasladaron a la sede de las Naciones Unidas en Nueva York y en que participó directamente el Secretario General, Javier Pérez de Cuéllar.
- 5 El gobierno aludía a “zonas de presencia persistente” o, más generalmente “zonas conflictivas” a aquellos lugares del territorio donde no estaban presentes autoridades gubernamentales o municipales, donde se podían efectuar elecciones o, en general, donde la acción gubernamental, aun en sanidad y educación, era impedida por el FMLN.
- 6 Solo los Acuerdos suscritos en Ginebra y en Chapultepec (el primero y el último) llevaron la firma del Secretario General. Los demás estuvieron firmados por el señor Alvaro de Soto.

El 27 de abril de 1991 se firmaron las Acuerdos de México, que comprendieron reformas constitucionales y materias que fueron remitidas a legislación secundaria así como otros acuerdos políticos, entre los que destaca la creación de la Comisión de la Verdad. Las Reformas Constitucionales versaban sobre diversos temas, vinculados con el impulso convenido a la democratización del país y el progreso en el respeto a los derechos humanos. Se reformó, en primer lugar, el estatuto constitucional de la Fuerza Armada, para definir con mayor claridad su sometimiento a la sociedad civil; para transferir la competencia que venía ejerciendo en materia de seguridad pública a la Policía Nacional Civil (PNC), un cuerpo nuevo bajo la autoridad de autoridades civiles; y para redefinir la Justicia Militar de modo que sólo pueda conocer de casos que afecten de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar. Se creó asimismo el Organismo de Inteligencia de Estado (OIE), bajo la autoridad del Presidente de la República. También se adoptaron acuerdos sobre sistema judicial y derechos humanos, que incluyen la organización de la Corte Suprema de Justicia y la creación del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos. En relación con el sistema electoral, se convino en la creación del Tribunal Supremo Electoral, en sustitución del antiguo Consejo Central de Elecciones. Otras materias, sobre los mismos temas, fueron remitidas a la legislación secundaria o a futuros acuerdos políticos. La Asamblea Legislativa aprobó la Reforma Constitucional así acordada dentro de los tres días siguientes a la fecha en que fue convenida y la ratificó los días 31 de octubre de 1991 y 30 de enero de 1992⁷, respetándola en lo sustancial⁸.

El 25 de septiembre de 1991 se suscribió el Acuerdo de Nueva York. Dicho Acuerdo creó la Comisión Nacional para la Consolidación de la Paz

7 La Constitución de El Salvador exige que su reforma sea aprobada por la Asamblea Legislativa y ratificada por la que se elija para el período siguiente (artículo 248). El 1º se instalaba una nueva Asamblea Legislativa, por lo cual la precedente disponía sólo de tres días para impartir su aprobación a lo acordado en México. De otro modo hubiera sido necesario esperar más de tres años -duración del período de la Asamblea- para que la Reforma Constitucional entrara en vigencia. La Asamblea no ratificó toda la Reforma de una vez, sino que dividió su contenido en dos partes.

8 Se apartó de lo acordado en algunos puntos. Entre ellos destaca la composición del Tribunal Supremo Electoral y la inclusión de un disposición relativa a la integración del Consejo Nacional de la Judicatura, que las Partes habían acordado remitir a la legislación secundaria.

(COPAZ), integrada por representantes de las Partes y de los partidos políticos, como "un mecanismo de control y participación de la sociedad civil en el proceso de cambios resultante de las negociaciones". La COPAZ quedó ampliamente facultada para garantizar y supervisar la puesta en ejecución de los acuerdos de paz. El Acuerdo de Nueva York también comprendió otros puntos de la Agenda de Caracas y un importante cambio en el formato de ésta. Se convino sujetarse en lo sucesivo a un esquema de "Negociación Comprimida", mediante el cual todos los objetivos del Acuerdo de Ginebra y, por consiguiente, todos los temas sustantivos de la Agenda deberían agotarse antes del cese del enfrentamiento armado.

El 31 de diciembre de 1991 tuvo lugar el dramático desenlace de la gestión diplomática asumida por el señor Pérez de Cuéllar con el apoyo de su representante. Faltando escasos minutos para el término de su mandato como Secretario General de las Naciones Unidas, las Partes declararon, mediante el Acta de Nueva York, que habían alcanzado acuerdos definitivos que agotaban la negociación sobre todos los temas sustantivos de la Agenda de Caracas y de la Negociación Comprimida, y cuya ejecución pondría término definitivo al conflicto armado salvadoreño. Declararon igualmente haber alcanzado un acuerdo sobre todos los aspectos técnico-militares de la separación de fuerzas y el cese del enfrentamiento armado, incluido el fin de la estructura militar del FMLN y la reincorporación de sus integrantes, dentro de un marco de plena legalidad, a la vida civil, política e institucional del país. Según lo convenido, el cese del enfrentamiento armado comenzaría formalmente el día 1° de febrero de 1992 y concluiría el 31 de octubre de 1992, fecha en la cual se previó que habría terminado el desmantelamiento del aparato militar del FMLN⁹. Durante los días siguientes a la firma del Acta, se suscribieron nuevos acuerdos sobre el calendario de ejecución de los acuerdos y la modalidad para poner fin a la estructura militar del FMLN. El calendario entonces convenido contenía un prolijo ordenamiento temporal para la ejecución de cada uno de los acuerdos alcanzados durante el proceso, ajustándolo sobre las fechas del 1° de febrero y 31 de octubre de 1992, quedando algunos acuerdos para

9 Ciertas dificultades surgidas en el curso de la ejecución de los acuerdos demoraron este objetivo, el cual fue finalmente alcanzado el 15 de diciembre de 1992, dos meses y medio después de lo previsto.

ser cumplidos aun antes del cese del fuego, otros para ser ejecutados durante los nueve meses de su duración, y otros más para después de haber concluido definitivamente el conflicto y haberse puesto fin a la estructura militar del FMLN.

El 16 de enero de 1992 se formalizó el Acuerdo de Paz en Chapultepec, México, firmado por la Comisión Negociadora del Gobierno y la Comandancia General del FMLN y rubricado adicionalmente por el Presidente Cristiani. El acto tuvo lugar en presencia de los Presidentes de México, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Guatemala, Panamá, Venezuela, Colombia y España y del Secretario General de las Naciones Unidas. Se trata de un complejo y extenso acuerdo que contiene nueve capítulos: I Fuerza Armada; II Policía Nacional Civil; III sistema judicial; IV sistema electoral; V tema económico y social; VI participación política del FMLN; VII cese del enfrentamiento armado; VIII verificación por las Naciones Unidas; y IX calendario de ejecución.

B. Los Derechos Humanos: Eje del Conflicto y de los Acuerdos

El cumplimiento de los acuerdos de paz, en su letra y espíritu, abre la posibilidad cierta, y acaso única en la historia del país, de dejar superada una estructura dentro de la cual se cometieron las más graves violaciones a los derechos humanos y se ejerció una injusta dominación económica y social sobre la mayoría del pueblo salvadoreño. La complejidad de los acuerdos y las prolongadas negociaciones que los originaron expresan el propósito de las Partes de buscar soluciones que no se quedaran en el mero cese de la confrontación militar a través de la reducción y la reforma de la Fuerza Armada y el fin de la estructura militar del FMLN. Como lo expresó el Presidente de la República en la ocasión de la firma del Acuerdo de Paz en Chapultepec, "(...) lo que ahora comienza a ocurrir en El Salvador, no es el restablecimiento de una paz preexistente, sino la inauguración de una paz auténtica, fundada en el consenso social, en la armonía básica entre sectores sociales políticos e ideológicos y sobre todo en la concepción del país como totalidad sin exclusiones de ninguna índole". Los acuerdos procuraron una paz que no fuera el simple fin de la guerra, sino la empresa nacional común de construir una nueva sociedad, donde estuvieran erradicadas las causas profundas del conflicto.

Retrospectivamente puede identificarse el tema de los derechos humanos como el eje que vincula el origen del conflicto, su internacionalización y su desenlace.

Entre esas causas, la más sobresaliente se conecta, precisamente, con la inobservancia sistemática del respeto debido a los derechos humanos, lo mismo en el ámbito de los derechos civiles y políticos que en el de los económicos, sociales y culturales. La injusticia social, los abusos cometidos inveteradamente contra la población campesina y la prepotencia en el ejercicio del poder político y económico fueron generando diversas manifestaciones de protesta y mecanismos de disidencia. Esas manifestaciones fueron reprimidas cada vez con mayor rudeza y la disidencia fue maniatada a través de los más variados procedimientos, incluida la repetida práctica del fraude electoral. En ese contexto, las opciones se fueron reduciendo y la polarización fue creciendo, todo lo cual favoreció la óptica de quienes pensaban que la única solución pasaba por la violencia y que más tarde integrarían el FMLN.

También los derechos humanos estuvieron en la base de la internacionalización del conflicto. Fueron los abusos contra los derechos humanos y contra el Derecho internacional humanitario, así como prácticas terroristas, el principal motor de la opinión pública mundial para auspiciar el fin de la guerra y la transformación del estado de cosas imperante en el país. Fue igualmente la protección a esos derechos el pivote sobre el que se asentó la acción inicial de las Naciones Unidas en el caso¹⁰.

10 La Comisión de Derechos Humanos, mediante su resolución 32 (XXXVII) de 11 de marzo de 1981, pidió a su Presidente que, tras celebrar consultas con la Mesa, nombrase un Representante Especial de la Comisión con el mandato de investigar los informes sobre los asesinatos, secuestros, desapariciones, actos terroristas y toda clase de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales que ha ocurrido en El Salvador, basándose en información procedente de todas las fuentes pertinentes, y de formular recomendaciones sobre las medidas que podría adoptar la Comisión para contribuir a asegurar el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales. El entonces Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, tras celebrar las consultas correspondientes con los miembros de la Mesa, nombró como Representante Especial de la Comisión al Profesor José Antonio Pastor Ridruejo (España).

La acción internacional más relevante y efectiva para el diseño de los acuerdos fue, sin duda, la gestión mediadora de las Naciones Unidas, la cual no encontraba ningún fundamento expreso en la Carta, pues se trataba de un conflicto armado interno que, si bien tenía conexiones y efectos regionales, no era para ese momento una amenaza para la seguridad internacional. En realidad, nunca se invocó ningún fundamento formal para la acción que las Naciones Unidas habrían de cumplir en la solución del conflicto. Es cierto que había consenso entre los actores del conflicto para solicitar los buenos oficios del Secretario General y que ese consenso tenía a su vez el apoyo del Consejo de Seguridad y de los gobiernos de la región. Sin embargo, no basta el consenso para que las Naciones Unidas se vean involucradas en cualquier materia de que se trate, pues la misma debe tener un mínimo de afinidad con los principios y propósitos de la Organización.

La búsqueda y preservación de la paz es, desde luego, una meta de las Naciones Unidas. Pero en la Carta tal objetivo está referido a las relaciones internacionales y no a los conflictos internos. Por ello, aunque no se haya expresado directamente, el fundamento de la actuación de la ONU no puede desconectarse de la interpretación que progresivamente ha venido dándose a las disposiciones de la Carta en materia de derechos humanos.

Como se sabe, según la interpretación predominante durante los primeros años de existencia de las Naciones Unidas, la Carta no contenía compromisos jurídicamente exigibles a los Estados en materia de derechos humanos, por lo que la Organización estaba imposibilitada de actuar, aun frente a muy graves violaciones de los derechos humanos. La superación de esa doctrina ha permitido el progresivo ensanchamiento de la acción de la ONU, fuera de los procedimientos creados convencionalmente, en el campo de la protección de los derechos humanos. Destaca en este campo la práctica de la Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección a las Minorías y el trabajo cumplido a través de los llamados procedimientos especiales¹¹.

11 He tratado este tema en otra parte: *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*. IIDH/CIVITAS. Madrid 1987, págs. 175-185.

La internacionalización de los derechos humanos autoriza la protección supranacional de los mismos dentro de las fronteras de un Estado, sin afectar por ellos su soberanía, que nunca puede ser título suficiente para atentar contra la dignidad humana. Las condiciones en que tal protección puede ser acordada varían según el sistema de salvaguarda internacional de que se trate. En el caso del sistema no convencional decantado de la práctica de las Naciones Unidas, la existencia de un conjunto grave y sistemático de violaciones a los derechos humanos y cierto grado de consenso para encontrarle remedio han sido dos elementos determinantes para abrir el camino de la protección internacional. Ambos elementos estuvieron presentes en el caso de El Salvador.

La operación que estaba proyectándose no era, sin embargo, una de mera vigilancia o asesoría, en el contexto del Centro de Derechos Humanos, sino una de establecimiento y mantenimiento de la paz, en el ámbito de la actuación del Consejo de Seguridad. Era, cabe repetirlo una vez más, un caso inédito que se agrega en un sentido novedoso a una práctica en virtud de la cual cada día tiende a configurarse y confirmarse una máxima que parecía un objetivo remoto en 1945: donde esté presente un cuadro de violaciones graves a los derechos humanos hay campo para la acción internacional. Donde estén los derechos humanos está la base para que pueden estar las Naciones Unidas.

Pero los derechos humanos no estuvieron en juego sólo en el preámbulo del proceso de paz, sino que lo permearon profusamente. Son también el eje del modelo de sociedad que surgió de las negociaciones. Esta conclusión no es difícil de sustentar al pasar revista a lo esencial del contenido de los acuerdos, que es, precisamente, la segunda parte del plan propuesto para el presente comentario, a la que se pasa de inmediato.

II. Los Derechos Humanos: La Esencia de La Paz

El objetivo de "garantizar el irrestricto respeto a los derechos humanos" constituye una suerte de columna vertebral del conjunto de acuerdos alcanzados entre el Gobierno y el FMLN, con el respaldo de los más vastos sectores de la sociedad salvadoreña.

Así, en el Acuerdo de San José del 26 de julio de 1990, aun cuando se adoptó un amplísimo concepto sobre lo que debe entenderse por "derechos humanos"¹², se identificaron ciertos problemas prioritarios, cuya atención requiere de acciones y medidas específicas para evitar todo tipo de hechos o prácticas que atenten contra la vida, la integridad, la seguridad y la libertad de las personas; para la garantía plena de la libertad y la integridad de la persona; para la efectividad de los recursos de amparo y de *habeas corpus*; para la plena garantía al derecho de todas las personas de asociarse libremente, incluida la libertad sindical; para la plena garantía a la libertad de expresión; para atender necesidades urgentes de los desplazados y repatriados, así como de los habitantes de las zonas en conflicto y para reconocer la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos laborales¹³.

También se atendió el deber del Estado en orden a la garantía de los derechos humanos. Los acuerdos contemplan la creación de nuevos mecanismos para la protección a los derechos civiles y políticos y la reforma de otros para adecuarlos mejor al mencionado propósito.

Los derechos económicos, sociales y culturales son el objeto de algunas de las previsiones de los Acuerdos de San José y de Nueva York y de un capítulo del Acuerdo de Paz firmado en Chapultepec.

Dentro del conjunto de acuerdos de paz se establecen medios de diversa índole cuyo propósito es el de asegurar la efectiva vigencia de los derechos humanos en el país y dotar al Estado de instrumentos apropiados para hacer efectivo su deber frente a la ciudadanía y a la comunidad internacional de respetarlos y garantizarlos. Los acuerdos contemplan la creación o el fortalecimiento de medios permanentes (A) para llenar esa función. También previeron ciertos órganos y procedimientos especiales

12 "(...) a todos los efectos del presente acuerdo político, por "derechos humanos" se entenderá los reconocidos por el ordenamiento jurídico salvadoreño, incluidos los tratados en los que El Salvador es parte, así como por las declaraciones y principios sobre derechos humanos y sobre derecho humanitario aprobados por las Naciones Unidas y por la Organización de los Estados Americanos" (Preámbulo).

13 §§ 1-9.

e interinos (B), destinados a operar durante la transición. Dentro del campo de los derechos civiles y políticos se adoptaron también acuerdos destinados a superar situaciones donde la recurrencia de las violaciones y su gravedad imponen acciones prioritarias y a suprimir las más relevantes entre las causas comúnmente señaladas como fuentes de su violación, que fue un objetivo fundamental en los acuerdos sobre Fuerza Armada (C). Por último, también hubo algunos acuerdos sobre los derechos económicos, sociales y culturales (D). Los cuatro grupos de acuerdos enunciados serán comentados sucesivamente de inmediato.

A. Acuerdos sobre Medios Permanentes para la Protección de los Derechos Humanos

El análisis que sigue se centrará en tres instituciones que están presentes en los acuerdos y que son vitales para conformar una estructura sólida para la efectiva protección de los derechos humanos en El Salvador. Dos de esas instituciones han sido creación del proceso de paz: el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y la Policía Nacional Civil. La tercera es el sistema judicial, cuya reforma estuvo presente en la mesa de negociaciones y fue objeto de varios acuerdos.

1. El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos

La Reforma Constitucional emanada de los Acuerdos de México del 27 de abril de 1991 y debidamente sancionada por la Asamblea Legislativa, creó la figura del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos. La Asamblea Legislativa aprobó la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos el 20 de febrero de 1992, y nombró como su titular al doctor Carlos Mauricio Molina Fonseca, algunos días después.

El mandato de la Procuraduría incluye *inter alia*: investigar, de oficio o por denuncia, casos de violaciones a los derechos humanos, asistir a las presuntas víctimas de violaciones a los derechos humanos; promover recursos judiciales o administrativos; vigilar la situación de las personas privadas de su libertad; practicar inspecciones; emitir dictámenes sobre proyectos de leyes que afecten el ejercicio de los derechos humanos; promover y proponer las medidas que estime necesarias en orden de

prevenir violaciones a los derechos humanos; formular conclusiones y recomendaciones pública y privadamente; elaborar y publicar sobre el conocimiento y respeto de los derechos humanos¹⁴.

2. *La Policía Nacional Civil (PNC).*

De conformidad con la Reforma Constitucional emanada de los Acuerdos de México, se ha creado la Policía Nacional Civil (PNC), concebida como un cuerpo nuevo, con nueva organización, nuevos cuadros, nuevos mecanismos de formación y adiestramiento y nueva doctrina. La PNC debe estar bajo la exclusiva dirección de autoridades civiles¹⁵.

De conformidad con la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil, ésta “tendrá por objeto proteger y garantizar el libre ejercicio de los derechos y las libertades de las personas; prevenir y combatir toda clase de delitos; mantener la paz interna, la tranquilidad, el orden y la seguridad pública, tanto en el ámbito urbano como rural, con estricto apego a los derechos humanos”. Ha de ser el único cuerpo policial armado con competencia nacional¹⁶.

Fue definida la doctrina del nuevo cuerpo, enmarcándola “dentro de los principios democráticos; de la noción de la seguridad pública como un servicio del Estado a la ciudadanía, ajeno a toda consideración política, ideológica o de posición social o a cualquier otra discriminación; del respeto a los derechos humanos; del esfuerzo en prevenir el delito; y de la subordinación del cuerpo a las autoridades constitucionales”. Establecieron igualmente que “la Policía Nacional Civil será un cuerpo profesional, independiente de la Fuerza Armada y ajeno a toda actividad partidista”¹⁷.

Se acordó igualmente el establecimiento de la Academia Nacional de Seguridad Pública, para la selección y formación del personal de la PNC,

14 Constitución de la República, art. 194.

15 Constitución de la República, art. 167-17.

16 Artículo 1°.

17 Acuerdo de Paz firmado en Chapultepec. cap. II. § 2.

a todos sus niveles; la investigación, estudio y divulgación de materias relativas a la PNC y la seguridad pública; y para la evaluación anual de todo el personal de la PNC¹⁸.

Los acuerdos contemplan un complejo régimen transitorio apoyado por expertos y asesores, dentro de un programa de estrecha cooperación y supervisión internacionales, coordinadas por las Naciones Unidas. Dentro del mismo, se dispuso que en las zonas tradicionalmente conflictivas, la seguridad pública sería objeto de un régimen especial definido por el Director General de la PNC¹⁹.

También hubo acuerdo para promover la incorporación al cuerpo de personal que no haya tenido participación directa en el conflicto armado, sin perjuicio del derecho de los ex miembros de la Policía Nacional y de los excombatientes del FMLN a no ser discriminados en la selección de dicho personal. Se estableció que los exmiembros de la Policía Nacional podrán incorporarse a la Academia Nacional de Seguridad Pública previa evaluación de su conducta por el Director General de la PNC, bajo la supervisión de la COPAZ y la verificación de las Naciones Unidas, y siempre que cumplan con los requisitos de admisión. La incorporación de los excombatientes del FMLN se sujetó al requisito de cumplir con los criterios y procedimientos de admisión establecidos para ellos por la COPAZ y pasar por la Academia Nacional de Seguridad Pública. Con todo, expresamente se estipuló que la mayoría de los reclutas debería seleccionarse entre quienes no hayan tenido participación directa en el conflicto armado y que la participación de los combatientes del FMLN no sería mayor que la de exmiembros de la Policía Nacional, ni a la inversa. También se acordó dar una especial consideración al reclutamiento de mujeres²⁰.

La estructuración y establecimiento de la PNC en los términos previstos por los acuerdos de paz está llamado a incidir de manera determinante en el progreso del respeto y la garantía de los derechos humanos en el país.

18 Acuerdo de Paz firmado en Chapultepec, cap. II, § 5.

19 *Ibid*, cap. II, § 7.B.

20 *Ibid*, cap. II, § 7.D.

El concepto mismo del cuerpo como un ente exclusivamente civil, cuya primera función es la de proteger y garantizar el libre ejercicio de los derechos y las libertades de las personas, rescata la misión de la policía dentro de una sociedad democrática. La independencia entre la PNC y la Fuerza Armada expresa la nueva concepción democrática de esta última y deja superada la doctrina que colocaba bajo su responsabilidad la seguridad pública, doctrina sobre la cual podían construirse figuras como la del “enemigo interno” y otras propias de la llamada “seguridad nacional”, que ha servido para sustentar innumerables abusos contra los derechos humanos en América Latina. La disolución de la antigua Policía Nacional al terminar el despliegue de la PNC está llamada a establecer la relación entre la ciudadanía y el nuevo cuerpo policial sobre bases igualmente de nuevas de confianza. La consideración de la PNC como el único cuerpo policial armado con competencia nacional fortalece la seguridad de la persona, que no estará expuesta a ser objeto de medidas emanadas de distintas fuerzas de seguridad. Una policía eficiente para investigar los hechos criminales y de reunir las pruebas que sirvan para identificar a los responsables de cometerlos deberá ser cauce apropiado para la superación de la impunidad y también un elemento más de confianza para la población de que los delitos y, en particular, las violaciones a los derechos humanos, de producirse, no quedarán sin castigo.

3. *El Sistema Judicial*

Ha sido notoria la incapacidad del sistema judicial salvadoreño para garantizar el debido proceso legal y para determinar la responsabilidad de los autores de graves violaciones a los derechos humanos²¹. En el curso de las negociaciones, se aprobaron reformas al sistema judicial que tenían como objeto dotar al Poder Judicial de mayor autonomía y eficiencia.

La primera y más notada era la falta de independencia y autonomía real del Poder Judicial. Los factores de condicionamiento del sistema judicial

21 Este hecho ha sido puesto de relieve en varios de los informes de ONUSAL sobre la situación de los derechos humanos en el país. V.A/46/955-S/24375, (párrs. 36 y siguientes); A/46/935pS/24066 (párrs. 19 y siguientes); A/46/876-S/23580 (párrs. 31 y 73 y siguientes). Ha sido igualmente enfatizado en los informes del Experto Independiente autor del presente comentario.

podían encontrarse en la misma estructura jurídica del Estado, que, en la práctica, situaba el Poder Judicial en posición de dependencia respecto de los otros poderes públicos y, por esa vía, de los grupos políticos o sociales presentes en dichos poderes.

El cuadro de dependencia estructural del Poder Judicial se asentaba en, por lo menos, dos manifestaciones, suficientes para condicionar la acción de la justicia, a saber, el régimen presupuestario y la designación de los cargos judiciales. Su presupuesto dependía de decisiones políticas del Gobierno y la Asamblea Legislativa; la composición de la Corte Suprema de Justicia era también producto de una decisión política de la Asamblea; y, al ser la Corte no sólo el más alto tribunal sino también cabeza administrativa del gobierno judicial, la actuación de los jueces y funcionarios judiciales quedaba condicionada por el poder que la Corte ejercía sobre ellos.

El Poder Judicial es el único de los tres Poderes clásicos del Estado que, de acuerdo con la Constitución, está ausente de las decisiones finales relativas a la aprobación del presupuesto. El Ejecutivo elabora el proyecto de presupuesto y el Legislativo lo aprueba y lo decreta. El hecho era de significación habida cuenta de la notoria escasez de recursos a disposición del sistema judicial para cumplir de una manera digna y eficiente con su misión. Peor aún, el presupuesto asignado a la Justicia representaba un porcentaje del gasto público (alrededor del 2%) comparable o incluso inferior al de otras actividades oficiales cuya importancia cualitativa es evidentemente inferior a la que debe ocupar la administración de justicia en un Estado de Derecho. En síntesis, el presupuesto del Poder Judicial dependía de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y éstos, históricamente, no habían dotado a la Justicia de los recursos necesarios para el financiamiento adecuado a sus necesidades.

En el régimen precedente a la Reforma Constitucional emanada de los Acuerdos de México, los cargos judiciales eran provistos por la Corte Suprema de Justicia, cuyos Magistrados, a su vez, eran designados por mayoría de la Asamblea Legislativa para un mandato de cinco años, al cabo del cual podían ser confirmados o sustituidos.

El Poder Judicial ha estado diseñado como una estructura vertical y dependiente de la Corte Suprema de Justicia, la cual no sólo tiene poder para revocar los fallos de los tribunales inferiores sino para designar y remover a sus titulares y para extender y cancelar la licencia para ejercer la abogacía. De este modo el cuadro de dependencia estructural de la justicia era completo: el Poder Judicial, como tal, estaba condicionado a la composición política de la Asamblea Legislativa cada cinco años, y cada juez en particular perdía su independencia ante el poder subyugante que frente a él dispone la Corte Suprema de Justicia. Desde el momento en que el estatuto que rige al juez lo invita a lealtades diferentes a las que debe a su cargo y función se sienta la base de la dislocación de la justicia.

Otra crítica frecuente a la justicia tiene que ver con su eficiencia: es lenta y poco confiable, no sólo por las prácticas descritas, sino por la falta de preparación del personal del sistema judicial. La capacitación judicial ha sido deficiente. En la práctica, no ha funcionado ningún centro para la capacitación del personal judicial ni se han aplicado programas destinados a formar y a apoyar el mejoramiento profesional del juez. El Estado carece de un foro de donde emane una reflexión sobre la justicia y se cree una verdadera conciencia judicial.

Las reformas al sistema judicial convenidas en los acuerdos de paz procuran remediar los males descritos en los términos que se expondrán a continuación.

Según la Reforma Constitucional²², “el Poder Judicial dispondrá anualmente de una asignación no inferior al 6% de los ingresos ordinarios del Estado”. Se trata, sin duda, de un avance en la independencia del Poder Judicial, cuyo presupuesto no estará condicionado a la voluntad política de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Sin embargo esta reforma, por sí sola, no basta para romper el cuadro de dependencia estructural de la justicia. De mantenerse vigentes los otros factores estaríamos en presencia de un Poder Judicial rico, pero no autónomo.

22 *Ibid.*, artículo 172, *in fine*.

La Reforma Constitucional modificó la forma de elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. La competencia para hacerlo la conserva la Asamblea Legislativa, pero la designación requiere ahora mayoría calificada de dos tercios. Los magistrados durarán en lo adelante nueve años en ejercicio de sus funciones, lo cual les ofrece mayor independencia de una Asamblea Legislativa que tiene un mandato de sólo tres. Además, los Magistrados no van a ser elegidos todos en una sola vez, sino que se renovarán por terceras partes cada tres años, lo cual evita el condicionamiento de la composición de la Corte a la correlación política existente en la Asamblea Legislativa en una coyuntura determinada. Por último, también se dispuso que la elección se hará de una lista de candidatos que formará el Consejo Nacional de la Judicatura, la mitad de la cual provendrá de aportes de las entidades representativas de los abogados de El Salvador y donde deberán estar representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico. Esto disminuye la discrecionalidad política de la Asamblea para seleccionar a los Magistrados e introduce elementos de control externo, incluso por la opinión pública, sobre la elección²³. Obviamente, se trata de reformas cuya recta aplicación augura resultados positivos.

Se disminuyeron algo los atributos de la Corte Suprema de Justicia como cabeza administrativa del sistema judicial. Ella conserva la competencia para designar los jueces, pero ahora debe hacerlo de ternas propondrá el Consejo Nacional de la Judicatura. Sin embargo, mantiene intactas sus facultades para removerlos, conocer de sus renunciaciones y concederles licencias. Esta reforma ha sido tímida e insuficiente para superar la estructura vertical del Poder Judicial.

No es saludable una estructura vertical en el sistema judicial que sitúe al juez bajo la dependencia administrativa del mismo tribunal que ha de conocer en alzada de sus fallos. Si el juez está consciente de que su nombramiento y, sobre todo, su remoción dependen de la Suprema Corte, tenderá inevitablemente a someterse a la influencia de ésta, sea que dicha influencia se ejerza directamente, sea implícitamente. La independencia de la justicia no viene dada únicamente por la separación orgánica del poder

23 *Ibid.*, artículo 186.

judicial de los otros poderes públicos, sino por la independencia individual de cada juez en particular para resolver las causas bajo su conocimiento con arreglo a lo alegado y comprobado en el proceso según su convicción y conciencia y sin influencias de elementos externos al caso.

Se convino en organizar la Escuela de Capacitación Judicial cuyo "objeto será el de asegurar el continuo mejoramiento de la formación profesional de los jueces y demás funcionarios judiciales, así como el de los integrantes de la Fiscalía General de la República; de investigar sobre la problemática judicial del país y promover soluciones para la misma; y de propiciar mayores vínculos de solidaridad entre ellos y coherencia en una visión de conjunto sobre la función judicial en el Estado Democrático"²⁴.

Las reformas al sistema judicial emanadas de los acuerdos de paz representan, sin duda, un progreso sobre la situación precedente. Sin embargo queda aún un buen trecho por recorrer para la completa superación de algunos de problemas que todavía están presentes en dicho sistema. Es claro que la estructura vertical de la administración de justicia afecta la libertad espiritual del juez y la independencia de los abogados. Es este un problema que no encuentra una solución fácil a corto plazo, pues se vincula con las atribuciones constitucionales de la Corte Suprema de Justicia. La legislación secundaria puede regularlas y establecer ciertos límites y condiciones para su ejercicio, pero no puede dejarlas sin efecto. Es un punto que los salvadoreños deberán evaluar el día en que soberanamente decidan efectuar una nueva revisión de su Constitución Política.

B. Medios Especiales para el Respeto y Garantía de los Derechos Humanos

Los acuerdos de paz, como se ha dicho, contienen numerosas disposiciones para asegurar la vigencia del respeto y la garantía debidas a los derechos humanos. Algunas de ellas han sido concebidas como mecanismos especiales y transitorios, destinados a resolver problemas puntuales

24 Acuerdos de México: Acuerdos políticos para el desarrollo de la reforma constitucional A.b.2.

planteados durante las negociaciones o a operar transitoriamente dentro de la verificación de dichos compromisos por las Naciones Unidas.

1. *La Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Materia de Derechos Humanos*

En el Acuerdo de San José del 26 de julio de 1990, se acordó establecer la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Materia de Derechos Humanos. Por razones administrativas la Misión de Derechos Humanos se integró a la Misión –más amplia– de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL), como una división de la misma, razón por la cual es identificada en el presente como la División de Derechos Humanos de la ONUSAL.

El alcance y facultades de esta misión no tenían precedentes dentro de los mecanismos hasta ese entonces conocidos para la protección internacional de los derechos humanos.

Se trata, en primer término, de una misión de derechos humanos creada dentro del contexto de una operación de mantenimiento de la paz, razón por la cual quedó adscrita al Consejo de Seguridad. Este hecho, que parece anormal pues la sede lógica en la tradición de la Organización habría sido el Centro de Derechos Humanos, subraya, sin embargo, la estrecha vinculación entre los derechos humanos y la paz.

Por otra parte, ONUSAL quedó ampliamente facultada para imponerse sobre el estado de los derechos humanos en El Salvador, respecto de hechos o situaciones existentes a partir de su instalación, así como adoptar toda iniciativa que estime apropiada para la promoción y defensa de tales derechos. Esto incluye, *inter alia*, recibir comunicaciones o denuncias; visitar libremente cualquier lugar o establecimiento sin previo aviso; asentarse libremente en cualquier lugar del territorio nacional; entrevistar, libre y privadamente, a cualesquiera personas, grupos e integrantes de entidades o instituciones; recoger, por los medios que estime adecuados, toda información que considere pertinente; formular recomendaciones a las Partes; e informar regularmente al Secretario General de las Naciones Unidas y, a través de éste, a la Asamblea General²⁵.

25 §§ 13 y 14.

2. *La Comisión de la Verdad*

En los Acuerdos de México del 27 de abril de 1991, se creó la Comisión de la Verdad, integrada por tres personas designadas por el Secretario General de las Naciones Unidas, oída la opinión de las Partes.

La Comisión tuvo a su cargo la investigación de graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclamaba con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad. Para ese propósito, se le encomendó a la Comisión tener en cuenta:

- a) la singular trascendencia que pueda atribuirse a los hechos a ser investigados, sus características y repercusión, así como la conmoción social que originaron; y
- b) la necesidad de crear confianza en los cambios positivos que el proceso de paz impulsa y de estimular el tránsito hacia la reconciliación nacional.

En el Acuerdo de Paz firmado en Chapultepec el 16 de diciembre de 1992, se remitió a la Comisión de la Verdad la tarea de esclarecer y superar todo señalamiento de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, especialmente en casos donde esté comprometido el respeto a los derechos humanos, "sin perjuicio del principio, que las Partes igualmente reconocen, de que hechos de esa naturaleza, independientemente del sector al que pertenecieren sus autores deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia, a fin de que se aplique a quienes resulten responsables las sanciones contempladas por la ley"²⁶.

El encargo de la Comisión también comprendió el de recomendar las disposiciones de orden legal, político o administrativo que puedan colegirse de los resultados de la investigación que realiza. Dichas recomendaciones

26 Acuerdo de Paz firmado en Chapultepec, cap. 1, § 5.

podían incluir medidas destinadas a prevenir la repetición de tales hechos, así como iniciativas orientadas hacia la reconciliación nacional²⁷.

C. Acuerdos sobre la Fuerza Armada

Entre las medidas más descollantes orientadas hacia la supresión de causas de violación a los derechos humanos, cabe mencionar la renovación de la Fuerza Armada contenida en la Reforma Constitucional acordada en México el 27 de abril de 1991 y en el Acuerdo de Paz firmado en Chapultepec el 16 de enero de 1992. El cumplimiento de todos los acuerdos en materia de Fuerza Armada está llamado a tener una incidencia positiva en el efectivo disfrute de los derechos humanos de los salvadoreños. La función de la Fuerza Armada se concreta ahora a la defensa de la soberanía del Estado y la integridad de su territorio. La Reforma Constitucional, así

27 La Comisión (integrada por los señores Belisario Betancur, Thomas Buergenthal y Reinaldo Figueredo) presentó su Informe el 15 de marzo de 1993. Es un Informe escalofriante que, más allá de los casos individualmente esclarecidos, revela cómo se ejerció despiadadamente la violencia y el terrorismo de Estado sobre la sociedad civil. A veces de manera directa, con actos imputables a militares en actividad, a veces a través de los siniestros escuadrones de la muerte, organizados por civiles bajo la protección del ejército y responsables de miles de desapariciones y asesinatos. Por lo demás, el conflicto armado multiplicó la violencia social, a la que se sumó la generada por el FMLN, el cual, además de las acciones militares, también dispuso el asesinato de civiles indefensos por razones políticas. El Informe esclarece hechos que ya habían sido denunciados y nunca seriamente investigados. Entre ellos hay dos que conmovieron al mundo. El asesinato del arzobispo Romero, cometido por un escuadrón de la muerte al mando del fundador del actual partido de gobierno (ARENA) y el asesinato de los padres jesuitas y sus empleadas, ordenado por la mayor parte de la cúpula militar actualmente en funciones, incluido el Ministro de Defensa. Las recomendaciones de la Comisión se orientan en diversas direcciones. Algunas de entre ellas, que se coligen directamente del resultado de la investigación y cuya atención ha señalado como la más urgente, están orientadas hacia el inmediato apartamiento de factores directamente relacionados con los hechos investigados o con la circunstancia de que los mismos no hayan sido oportunamente esclarecidos. Destaca el requerimiento de baja de la Fuerza Armada de los oficiales señalados como responsables de los crímenes y la exhortación a la renuncia de los miembros de la Corte Suprema de Justicia. Otro grupo de recomendaciones busca encontrar remedio a ciertos males estructurales directamente vinculados con los hechos examinados por la Comisión. El tercer grupo se refiere a reformas institucionales para la prevención de la repetición de hechos semejantes. Por último, la Comisión formuló sus consideraciones y recomendaciones en orden a la reconciliación nacional.

como los acuerdos alcanzados en materia de doctrina y sistema educativo de la Fuerza Armada, subrayan la subordinación de la institución al poder civil, dentro de los principios que emanan del Estado de Derecho, de la primacía de la dignidad de la persona humana y el respeto a sus derechos.

Contrariamente a lo que disponía la Constitución reformada, que asignaba a la Fuerza Armada una función permanente y general para el mantenimiento de la paz interna y la seguridad pública, la Reforma Constitucional sólo autoriza la actuación de la Fuerza Armada en ese ámbito en condiciones enteramente excepcionales, cuando se hayan agotado los medios ordinarios para dicho mantenimiento, y ello por decisión especial del Presidente de la República y bajo el estrecho control de la Asamblea Legislativa, la cual está facultada para disponer, en todo momento, el cese de dichas medidas excepcionales²⁸.

Se acordó un procedimiento para la depuración de la Fuerza Armada "en el marco del proceso de paz y de cara al supremo objetivo de la reconciliación nacional, con base en la evaluación de todos sus miembros por una Comisión *ad hoc*"²⁹. Las recomendaciones de la Comisión podían "comprender el cambio de destino y, si fuere el caso, la baja del personal evaluado"³⁰.

28 Artículo 168-12°.

29 *Ibid.*, cap. I, § 3.

30 La Comisión *ad hoc* (integrada por los señores Reynaldo Galindo Pohl, Abraham Rodríguez y Eduardo Molina Olivares) entregó su Informe, que se mantuvo confidencial, al Presidente de la República y al Secretario General el día 22 de septiembre de 1992. Según lo acordado, el Gobierno disponía de un mes, a partir de esa fecha, para tomar las decisiones administrativas correspondientes a las conclusiones de la Comisión y de un mes más para ponerlas en práctica. Dado que el informe de la Comisión *ad hoc* se mantuvo confidencial entre el Presidente de la República y el Secretario General, la función de éste respecto de la verificación del cumplimiento de las recomendaciones es de capital importancia. El Secretario General informó al Consejo de Seguridad el día 23 de diciembre de 1992 que "las decisiones administrativas sobre la aplicación de las recomendaciones de la Comisión *ad hoc* fueron presentadas puntualmente por el Gobierno" (S/25006, párr. 3.d). Sin embargo, el 9 de enero de 1993, el Secretario General se dirigió de nuevo al Consejo de Seguridad para informarle sobre las deficiencias observadas en la puesta en práctica de las recomendaciones de la Comisión en la fecha convenida (S/25078).

Se acordó también la reducción de la Fuerza Armada, “de modo que la dimensión de ésta se ajuste a las funciones que la Constitución le asigna, en el marco de la Reforma Constitucional emanada de los Acuerdos de México”³¹.

Otro acuerdo de especial relevancia es el referente a la disolución de todos los cuerpos de seguridad pública (CUSEP) que actuaban, de conformidad con el antiguo régimen, dentro de la estructura orgánica de la Fuerza Armada. La Policía Nacional conserva transitoriamente funciones en el área de seguridad pública, mientras se produce el despliegue progresivo de la Policía Nacional Civil, creada por los mismos acuerdos de paz.

El Acuerdo de Paz firmado en Chapultepec contempla medidas preventivas para impedir la acción de los grupos ilegales que han cometido atroces atentados contra la dignidad humana y que han sido conocidos como “escuadrones de la muerte”, como lo son la regulación de los servicios de seguridad privada, la proscripción de las entidades paramilitares y la disolución de la Defensa Civil (que era un cuerpo armado con funciones de combate)³².

D. Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En el Acuerdo de Paz firmado en Chapultepec se expresó: “La reunificación de la sociedad salvadoreña, en democracia, tiene como uno de sus requisitos el desarrollo económico y social sostenido del país. Al mismo tiempo, la reunificación de la sociedad salvadoreña y un creciente grado de cohesión social son elementos indispensables para acceder al desarrollo. Por eso, entre el conjunto de acuerdos requerido para terminar definitivamente el conflicto armado en El Salvador, se incluye una plataforma mínima de compromisos tendientes a facilitar el desarrollo en beneficio de todos los estratos de la población”³³.

31 Acuerdo de Paz firmado en Chapultepec, cap. I, § 4.

32 *Ibid.*, cap. 1, § 10.A/B.

33 Cap. V § 1.

Se acordó la adopción de medidas para atender el problema agrario y asegurar la transferencia legal de tierras a campesinos y pequeños agricultores que carezcan de ellas, que estén definidos por la ley como beneficiarios de la reforma agraria. A tal fin se convino en destinar las tierras que exceden el límite constitucional de 245 hectáreas; las tierras ofrecidas en venta al Estado; y las tierras que son propiedad del Estado y que no son actualmente reservas forestales. Respecto de éstas últimas se dio preferencia "a los excombatientes de ambas partes que voluntariamente lo soliciten, que sean de extracción campesina con vocación agrícola y que no posean tierras a ningún título"³⁴.

Se acordó asimismo respetar el "estado actual" de tenencia de tierras, dentro de las zonas conflictivas, mientras se da una solución legal satisfactorial al régimen de tenencia definitiva. El compromiso comprendía que "salvo los casos de especial complejidad, el Gobierno de El Salvador legalizará de manera definitiva el régimen de tenencia de las tierras en las zonas conflictivas, dentro de un plazo de 6 meses a partir de la firma del cese de fuego, otorgando, según sea el caso, títulos de propiedad individual o asociativa"³⁵.

La cuestión de las tierras es uno de los problemas más agudos que se ha planteado en el desarrollo del proceso. Se trata de un tema profundamente vinculado con las causas del conflicto armado que padeció el país y cuya solución es un imperativo de la justicia social y, por lo mismo, de la estabilidad del país.

El Secretario General, en su informe al Consejo de Seguridad de 25 de noviembre de 1992³⁶ precisó que la complejidad del problema de la tierra, que retrasó la aplicación de los acuerdos, se debía a dos causas: la primera es inherente a la sensibilidad económica, política y social de la cuestión en países como El Salvador, con economía predominantemente agrícolas donde la tierra es escasa y está desigualmente distribuida, mientras existe

34 Cap. V § 2.

35 Cap. V § 3.E.

36 S/24833, § 53.

una gran densidad de población en rápido crecimiento. La segunda radica en que los acuerdos de paz sólo reflejan, en términos generales, entendimientos amplios a los que se llegó durante las negociaciones, sujetos a precisiones a ser definidas durante el proceso de aplicación. El 13 de octubre de 1992, el Secretario General presentó una propuesta de solución del problema de las tierras a ambas Partes, la cual fue rápidamente aceptada por ellas.

Los acuerdos sobre la materia también incluyen la creación de un Foro para la concertación económica y social, con la participación igualitaria de los sectores gubernamental, laboral y empresarial, con el objeto de lograr un conjunto de amplios acuerdos tendientes al desarrollo económico y social del país, en beneficio de todos sus habitantes. Se trata de un mecanismo plausible y virtualmente apropiado para la presente coyuntura.

Conclusiones

El propósito de este comentario no ha sido el de evaluar el resultado del proceso sino más bien el de presentar los acuerdos de paz, su gestación y fundamento. Antes de concluirlo, con todo, cabe hacer una muy breve referencia al asunto.

Los acuerdos han venido cumpliéndose, aun cuando con desajustes. Dentro de las dificultades que un proceso de esta naturaleza comporta, puede decirse que, para la fecha de esta nota hay signos positivos. Los atentados contra la vida originados en prácticas de ejecuciones sumarias o arbitrarias no parecen haber tenido manifestaciones sensibles, aunque sí parece haber aumentando significativamente el número de homicidios atribuidos a desconocidos o a la delincuencia común. Tampoco se ha advertido una práctica de desapariciones forzadas o involuntarias. Asimismo, aun cuando no se ha desterrado enteramente la aplicación de la tortura y otros tratamientos abusivos contra los detenidos, los casos registrados no pueden identificarse con una política sistemática.

En otras áreas, en cambio, se ha adelantado menos. Las deficiencias estructurales del sistema judicial son, al mismo tiempo, una fuente de

violación del derecho al debido proceso y un obstáculo a la garantía debida a los derechos humanos. Se observan lo que pudiera considerarse como signos de debilidad en la transición hacia la nueva concepción de la Fuerza Armada surgida de los acuerdos de paz, especialmente en lo que toca a su plena subordinación a las autoridades civiles surgidas del régimen constitucional democrático. El culto público a la violencia tampoco ha quedado superado y las publicaciones anónimas amenazantes contra personas e instituciones se han continuado repitiendo. Los efectos de la terminación del conflicto armado sobre los derechos económicos, sociales y culturales y es todavía incipiente el efecto de los acuerdos alcanzados sobre ellos en el proceso de paz. El logro de progresos sensibles en este ámbito al más breve plazo es un imperativo de la justicia y de la estabilidad social³⁷.

Hago este brevísimo balance para mostrar cómo es todavía demasiado pronto para sacar conclusiones definitivas de un proceso que está aún en transición. La gestión dirigida a terminar el conflicto armado por la vía política, así como el diseño y adopción de los acuerdos han sido sustancialmente un éxito, que abre nuevos caminos y perspectivas a la acción de las Naciones Unidas en procura de la paz y de la efectiva vigencia de los derechos humanos a través de la proyección práctica de la estrecha e inseparable vinculación entre esos dos conceptos. Este es un fruto tangible del proceso que ya ha sido precedente para la acción que las Naciones Unidas han comenzado a desplegar en Haití. No es posible todavía, empero, valorar por completo el resultado de la operación en su plenitud, porque el conjunto de la misma no ha terminado para la fecha en que se escribe este comentario y la transición hacia el modelo de sociedad diseñado en los acuerdos está todavía en curso. Todo indica, sin embargo, que el precedente de El Salvador ha abierto nuevas vías y posibilidades a la actuación de las Naciones Unidas en la búsqueda de la paz y la promoción y protección de los derechos humanos. De ser así, no sólo El Salvador sería el beneficiario del éxito del proceso sino todos los pueblos de la tierra. Sería la contribución del sufrimiento de un pueblo a la humanidad.

37 Un balance más detallado sobre la incidencia de la implementación de los acuerdos sobre los derechos humanos puede encontrarse en el informe que presenté, como Experto Independiente de las Naciones Unidas para El Salvador ante la Comisión de Derechos Humanos en su sesión de 1993 (E/CN.4/1993/11).

**LA ONU Y LA OEA: DIPLOMACIA PREVENTIVA,
“PEACE-MAKING”, “PEACE-KEEPING”
Y “PEACE-BUILDING”:
BREVES APUNTES***

Francesc VENDRELL

I. Los Buenos Oficios del Secretario General de la ONU

A) Precedentes

El “Servidor Humilde” de los Organos Políticos Trjgie Lie y el problema entre Albania y Grecia (1946).

1) Durante la Guerra Fría:

Intentos de negociación en la crisis de Berlín, con China sobre la guerra de Corea; fórmula de Pekín del Secretario General Dag Hammarskjöld en 1955, seguida en los casos de Namibia, Timor, Sahara , etc...; resolución de la Asamblea General 906 (IX) sobre la detención del piloto americano (A/2954 del 9 de Setiembre de 1955); crisis de Suez: (negociación con Egipto, Francia y Rusia); aumento del número de observadores en el Líbano (UNOG) en 1958 ante la parálisis del Consejo de Seguridad.

Otoño 1959: Guerra Civil de Laos: Dag Hammarskjöld fue a investigar sin aprobación a fin de obtener una idea clara de las condiciones en Laos

1 Resumen de los apuntes del curso y del seminario preparados por Francesc Vendrell.

“of relevance from the point of Secretary General responsibilities regarding developments which may threaten peace and security “. Guerra Civil del Yemen: envío de 114 observadores representantes de la UNEF y 50 personas de la RCAF. Aprobación previa de las partes. Disputa sobre Bahrein (1970). Intervención en la Guerra de Viet Nam.

2) *Pérez de Cuéllar y el fin de la Guerra Fría:*

Afganistán y Cambodia, Malvinas, Iraq/Kuwait (crisis de los rehenes en 1991); Timor Oriental, Guyana/Venezuela, Irán/Iraq (las armas químicas), Comparación con Iraq/Kuwait; *Rainbow Warrior* (Francia/Nueva Zelanda); arbitraje del Secretario General en 1986).

B) Las bases jurídicas:

1) *El marco jurídico:*

La Carta de la ONU: una Constitución Rígida;
Resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General, previas y posteriores;
Teoría de los “poderes inherentes”;
Acuerdo de las partes (Guyana/Venezuela; *Raimbow Warrior*);
Papel de las Consultas Informales.

2) *El marco de acción:*

La Carta de la ONU y los principios básicos del Derecho Internacional: por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Las presiones de Miembros de la ONU, sobre todo las permanentes Consultas Informales.

El papel de los Representantes Especiales, Enviados Especiales/ Personal/Nombramientos, Intervenciones directas del Secretario General.

El Informe del Consejo de Seguridad sobre sus Buenos Oficios.

C) Los Buenos Oficios en la era del Unipolarismo

1. *El Secretario General como Enviado del Consejo de Seguridad: Misiones del Consejo de Seguridad.*
2. *El Papel de los Organismos Regionales.*

La interpretación del término: Capítulo VIII y artículo 51, con las entidades regionales/subregionales;

¿Son los organismos regionales los más adecuados para solventar disputas internas intra-estatales de la región?

El funcionamiento de los organismos regionales;

Los sistemas de cooperación: consultas; apoyo diplomático; apoyo operacional; conjunto (Georgia y Líbano), operaciones conjuntas (Haití);

El papel de los "Amigos del Secretario General";

Los precedentes: Namibia y Cambodia; El Salvador; Haití; Guatemala; Georgia; Yugoslavia (Contact Group);

El papel fundamental del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales;

La cooperación y no-rivalidad con los organismos regionales;

La ausencia de acuerdos orgánicos entre la ONU y los organismos regionales.

II. Los Buenos Oficios del Secretario General de la OEA

A) Bases Jurídicas:

La Carta de la OEA:

El Preámbulo: párrafo 3, Art. 23 y 24 del Cap. V de la Carta de la OEA;

La obligación de someter controversias a los procedimientos de solución jurídica, incluyendo los buenos oficios y la realización. (Art. 52 (2) y (3) de la Carta ONU);

Las notas nueva disposición del art. 23, parr. 2: competencias de la ONU y OEA;

El Capítulo XVII: la Secretaría General (no el Secretario) Art. 118 (e) autoriza al Secretario General a establecer la dependencia de la Secretaría General necesarias para la realización de sus fines.

B) Competencias paralelas de la ONU y de la OEA

Art. 23 parr. 2 de la Carta de la OEA;

Ver la Declaración de los Estados Unidos al ratificar el Protocolo de Cartagena de Indias;

La Declaración de Santiago de Junio 1991 sobre la Democracia.

III. Labor de la ONU

América Central: Raíces del problema ¿un conflicto o tres conflictos?

La ONU fue tradicionalmente excluida de los temas relacionados con el Continente Americano: (Guatemala (1954), Santo Domingo (1965), Cuba (1962)).

Las dificultades enfrentadas por el Consejo de Seguridad para tratar sobre la crisis en Centroamérica debido al uso del veto por parte de los Estados Unidos.

El papel de la Corte Internacional de Justicia.

1. Las Resoluciones 530 (1983) y 562 (1985) del Consejo de Seguridad:

El apoyo a los esfuerzos del Grupo de Contadora;

Solicita al Secretario General mantener al Consejo de Seguridad informado de la evolución de la situación y de la aplicación de la presente resolución;

Los vetos de los Estados Unidos a las resoluciones propuestas por Nicaragua relativo al apoyo a la Resistencia, bombardeo del puerto de Corinto, etc...;

El papel de la Administración Reagan: socavar los esfuerzos de Contadora;

Entra el Grupo de Apoyo;

Las resoluciones de la Asamblea General y CDH sobre El Salvador y CDH sobre Guatemala;

2. La Ayuda-memoria de los Secretarios Generales de 18/11/1986:

La preocupación por el deterioro de la situación;

La oferta de servicios (no publicado como documento oficial);

La base jurídica: poderes inherentes; art. 99;

La iniciativa vino del Secretario General Javier Pérez de Cuéllar;

El temor a un vacío político en Centro América;

3. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia en 1986:

El interés de Nicaragua en el papel del Secretario General de la ONU y solicitud de Nicaragua de una presencia de la ONU en Nicaragua;

La "Fact finding mision" a solicitud de tan solo una parte al conflicto;

La demanda de Nicaragua contra Costa Rica y contra Honduras en la Corte Internacional de Justicia;

Las propuestas de Nicaragua: observadores internacionales a la frontera Nicaragua/Honduras;

Honduras (carta de Azcona al Presidente de Panamá; 20 de junio de 1987 prefiere la OEA).

4. La Reunión de Río de Grupo de Contadora y del Grupo de Apoyo: 12 y 18 de diciembre de 1986:

La guía de la región en enero de 1987 (18-21 enero);

El comunicado conjunto de los 101 del 21 de enero de 1987 en Ciudad de México;

La Declaración del Secretario General: falta de voluntad política de los Estados de la región;

La Reunión de San José de los Presidentes Centroamericanos (sin Nicaragua);

La propuesta del Presidente de Costa Rica Oscar Arias (Esquipulas II).

5. La Reunión de Esquipulas y el Acuerdo de Esquipulas:

Presencia de la Secretario General como enviado Especial, portador de un mensaje (reitera memoria conjunta);

Los términos y compromisos del Acuerdo;

La autorización posterior de la Asamblea General de la ONU y de la OEA;

El apoyo previo del Consejo Permanente de la OEA el 8 de enero de 1987 antes de que el Secretario General de la OEA Baena Soares emprendiera la gira por Centroamérica;

El informe oral de Baena Soares al Consejo Permanente de la OEA en enero de 1987 al regresar de la gira por Centroamérica;

El informe escrito del Secretario General al Consejo y a la Asamblea en febrero de 1987 (bajo el tema: la situación en Centroamérica: amenazas a la Paz y Seguridad Internacional);

La visita al Secretario General por parte de Oscar Arias el 6 de junio de 1987;

Las actividades de Estados Unidos ante el plan Arias y en relación con los países de Contadora y Apoyo. La Reunión del FMLN/FDR;

La cumbre de Guatemala pospuesta del 25-26 de junio a 6-7 de agosto bajo la presión de los Estados Unidos (vía Napoleón Duarte y Honduras);

El informe del Secretario General al Consejo en Consultas Informales informando al Consejo de la decisión del Secretario General;

El informe del Secretario General a la Asamblea General de octubre de 1987 informando de su participación a la Comisión Internacional de Verificación y Seguimiento (CIVS);

La Misión Técnica Preliminar ONU/OEA en Centroamérica de octubre de 1987. Los Informes de las 2 Misiones;

La intervención del Embajador Walten (Estados Unidos) el 1º de diciembre de 1987 en favor OEA y de la democracia;

Las acusaciones del gobierno americano contra Nicaragua y el FMLN.

IV. Las diferentes misiones de la ONU en la región

A) En el pasado:

1) La Misión de las Naciones Unidas para la verificación de las elecciones en Nicaragua: la ONUVEN

La Declaración de Costa del Sol de los Presidentes el 14 de febrero de 1989;

Los compromisos de Nicaragua de celebrar elecciones;

Los términos de invitación a la ONU y a la OEA;

Los compromisos de los 5 Presidentes de elaborar en 90 días un plan para la desmovilización de la RN;

La falta de acuerdo sobre un mecanismo de verificación política. El Salvador y Guatemala no deseaban un mecanismo internacional;

La solicitud formal del Canciller D'Escoto al Secretario General del 5 de mayo sobre verificación electoral. Referencia a la Res. 43/24 de la Asamblea General;

El Secretario General informa al Presidente de la Asamblea General el 5 de abril de la solicitud y de la razones por las que está dando consideración especial a dicha solicitud;

La OEA está decidida a observar el proceso electoral sin esperar la decisión de la ONU;

La supraditación temporal por parte del Secretario General a la verificación electoral hasta que hubiera acuerdo sobre el despliegue de la ONUCA y que Nicaragua flexibilizara su posición en el tema de la Corte Internacional de Justicia;

(Interés de Estados Unidos sobre la ONU para verificar elecciones en Nicaragua). La Decisión de verificar las elecciones en Nicaragua ONUVEN (julio);

El establecimiento de la Comisión Ejecutiva;

El establecimiento de las Comisiones Nacionales de Reconciliación;

El acuerdo de los Presidentes de Honduras y Nicaragua en Esquipulas II de definir el plazo de la celebración de la audiencia oral por 150 días durante el mandato de la CIVS;

La posición de Honduras en 1988: Incompatibilidad del uso del resumen judicial por parte de Nicaragua, con la ejecución y cumplimiento del procedimiento "especial" de Esquipulas;

La negativa de Honduras a aceptar la verificación internacional si Nicaragua no desistía del recurso ante la Corte Internacional de Justicia;

La V Reunión de la Comisión Ejecutiva en Guatemala el 7 de abril de 1988;

La reacción de los tres países;

El retraso en la celebración de la VI Reunión de la Comisión Ejecutiva. Honduras no convocó la reunión. Finalmente se reunió el 21 de junio. La solicitud de los tres Gobiernos a través del Secretario General/ONU para que integren al Grupo Técnico Auxiliar; no se materializó por negativa de Honduras mientras no se retirase la demanda ante la Corte Internacional de Justicia (Apoyo del Canciller de Costa Rica Madrigal Nieto). La Declaración de Manila de 1982, adoptada por la Asamblea General de la ONU. El temor de Honduras de su condena por la Corte Internacional de Justicia cuando se sometía también el caso de Honduras contra El Salvador;

A partir de setiembre de 1988 empieza a surgir un cambio de actitud por parte del Gobierno de Honduras en lo que toca a la verificación por parte de la ONU de sus fronteras sur y oeste.- (Fuerzas de carácter coercitivo (el Secretario General contestó a López Contreras que era necesario dirigirse al Consejo de Seguridad);

Las Elecciones en Estados Unidos. Noviembre de 1988;

México pide al Secretario General que tome el retiro del Grupo de Contadora y de Apoyo y el de México (Noviembre de 1988);

Carta (insatisfactoria) de los 5 cancilleres centroamericanos del 30 de noviembre de 1988. Respuesta del Secretario General de 5 de enero de 1989;

Desde Ciudad de México, el Secretario General solicita la conformación de un "mecanismo imparcial de verificación y seguimiento" en colaboración con el Secretario General de la OEA;

El fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre la competencia de la Corte en la demanda Nicaragua contra Honduras del 30 de diciembre de 1988;

La VII Reunión de la Comisión Ejecutiva en Nueva York.

2) *La Misión de las Naciones Unidas en Centroamérica: la ONUCA*

La reunión del Grupo Técnico en Nicaragua 14-15 marzo de 1989;

La preparación de documento de trabajo: fue sometido a la reunión de la Comisión Ejecutiva en San José el 28 y 29 de marzo. El Consejo de Seguridad fue informado que el documento de trabajo había sido redactado;

La preparación del documento de trabajo produjo una primera reunión entre el Representante del Secretario General y los representantes de la Resistencia Nacional (RN) en marzo de 1989, y con el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) en mayo de 1989 (interés de ambos por un papel de buenos oficios del Secretario General);

En reunión celebrada en Washington el 23 de marzo, el Secretario General Baena Soares no insiste en que la OEA tenga el papel en la verificación ONUCA. Aceptación del papel de la ONU en Centroamérica. El apoyo a la verificación electoral en Nicaragua. La necesidad de involucrar al FMLN;

El Acuerdo de los centroamericanos de añadir a Venezuela como país que participaría en la ONUCA;

La solicitud formal de los Cancilleres Centroamericanos el 30 y 31 de marzo en San José en poner en marcha la ONUCA. Con la reserva de Honduras subordinando la aceptación de la ONUCA al retiro de la demanda de Nicaragua contra Honduras ante la Corte Internacional de Justicia. Honduras y Nicaragua se ponen de acuerdo en solicitar posponer el plazo para la presentación de memorias y contramemorias en la Corte Internacional de Justicia hasta 2 semanas después que los centroamericanos hayan adoptado un plan para la desmovilización voluntaria de la RN;

Adopción de la resolución 637 (1989) por parte del Consejo de Seguridad (Colombia y Argelia);

La Cumbre de Tela, el 7 de agosto 1989: solicitar a la ONU la puesta en marcha del mecanismo de verificación en materia de Seguridad. El Acuerdo entre Honduras y Nicaragua, que Nicaragua dimitirá de la demanda una vez cumplido el plazo de desmovilización de la RN según informe la CIAV y envió al territorio hondureño de la fuerza de seguridad internacional. Nicaragua solicitara a la Corte Internacional de Justicia una prórroga de la fecha para la presentación de la memoria hasta la fecha en que la CIAV deba presentar su informe o sea 90 días, plazo irrealista;

El Secretario General informa al Consejo de Seguridad en consultas informales el 17 de agosto del levantamiento de la objeción de Honduras;

La Misión Técnica Preliminar en septiembre de 1989 (documento 14). Consejo de Seguridad adopta la Resolución 644 (1989) estableciendo la ONUCA: 260 observadores: patrullaje por unidades móviles a partir de 33 centros; proce-dencia de establecimiento de un funcionario civil de enlace de la OEA. Objetivos: párrafo 11, doc 5/20895;

La Cumbre de San Isidro solicita que el mandato de la ONUCA sea ampliado para incluir la verificación de los ceses de hostilidades y la desmovilización de las fuerzas irregulares;

El Acuerdo de Toncontín (23/3/1990):

El cese al fuego; la concentración de fuerzas RN en territorio nicara-güense bajo supervisión de casi 3000 hombres de la ONUCA; fue seguido por el Acuerdo con el Frente Atlántico Yatana; zonas de seguridad y desmovilización entre el 25 de abril y el 10 de junio;

La resolución 650 (1990) del Consejo de Seguridad: Ampliación del mandato de la ONUCA (verificación cese del fuego y recibir armas y separación) más personal armado para la desmovilización (batallón vene-zolano); la lentitud en cumplir lo acordado; la prórroga de la ONUCA armada hasta el 29 de junio;

La propuesta del Secretario General a Honduras y Nicaragua de una fórmula de compromiso: congelar el proceso ante la Corte Internacional de Justicia durante el período de funcionamiento de ONUCA y el compromiso de Nicaragua de retirar la demanda una vez desmovilizada la R.N.;

Mientras tanto la solicitud de los cancilleres no es transmitida al Consejo de Seguridad. El Secretario General informa del problema al Consejo de Seguridad en consultas informales el 24 de mayo de 1989;

La fórmula de compromiso no había resultado aceptable ni para Nicaragua ni para Honduras.

3) La Comisión Internacional de Apoyo y Verificación: la CIAV

Las disposiciones de la Cumbre de Tela (agosto, 1989): desmovilización, repatriación o reubicación voluntaria (o no voluntaria) de los miembros de la Resistencia Nacional (RN) y de sus familiares;

Los elementos a destacar: ¿Carácter voluntario de la reubicación y de la desmovilización?

Si era voluntario, y en la práctica no había otra opción, era necesario persuadir a la RN a desmovilizar y ellos iban a someter condiciones;

Los plazos eran irrealistas: 120 días máximo a partir de 7 de agosto;

La desmovilización antes de las elecciones en Nicaragua;

La CIAV deberá celebrar consultas y acuerdos con Nicaragua, RN y los Gobiernos de Centroamérica (pero no se habla de Estados Unidos, el gran ausente siempre presente), visitar los campamentos de la RN a fin de divulgar los alcances y beneficios del Plan, etc...;

La carta de los dos Secretarios Generales a los Presidentes de Centroamérica del 25 de agosto de 1989;

El informe del Secretario General al Consejo de Seguridad en Consultas Informales a finales de agosto de 1989 y la carta del Secretario General al Presidente del Consejo de Seguridad y la respuesta del Consejo;

Los elementos diplomáticos políticos;
Los elementos de seguridad/militares;
Los elementos de carácter humanitario y de desarrollo;

Las dificultades en obtener que Honduras, y los terceros países como Costa Rica y Estados Unidos aceptasen la reubicación en sus países de miembros de la RN. Existía un temor hondureño que los miembros de la RN acabaran permaneciendo en Honduras;

La actitud de los Estados Unidos;

La instalación y términos de referencia de la CIAV;

Las negociaciones de la CIAV con Nicaragua y RN;

Las negociaciones de la CIAV con Nicaragua y Yatama (primero indirectos en octubre 1989 y luego directos. Misión imposible;

La necesidad de llevar a cabo un censo;

Los nuevos fondos de los Estados Unidos para la ayuda "humanitaria" a la RN y la no reanudación del Cese de Fuego por parte del Gobierno de Nicaragua el 1 de noviembre de 1989. Necesidad aun mayor de negociaciones directas. Problemas para la ONUCA, la ONUVEN y la CIAV;

El problema de la amnistía;

La invitación de la CIAV al Gobierno de Nicaragua y a la RN a conversaciones en Nueva York el 6 y 7 de noviembre, (infiltraciones de la RN desde Honduras) en presencia del Cardenal Obando y Bravo (Nicaragua) como testigo y en presencia de Honduras como observador;

La Reunión en Nicaragua se celebró el 9 y 10 de noviembre de 1989; y continuaron en Washington del 13 al 21 noviembre de 1989;

La Cumbre de San Isidro en Costa Rica el 12 de diciembre 1989. La solicitud a los Estados Unidos para que los fondos a la RN sean entregados a la CIAV para la repatriación o reubicación de la RN;

La dificultad de la CIAV de actuar libremente en los campos para conocer la verdadera voluntad de los miembros de las RN;

Las dificultades en el manejo de fondos conjuntos de la CIAV OEA y ONU tenían mecanismos administrativos distintos;

Las elecciones en Nicaragua (febrero 1990). El triunfo de Violeta Chamorro;

Los nuevos rumores por separado con la RN (en Washington) y con el gobierno de Nicaragua (Riza/Managua);

El Acuerdo de la administración saliente y de la entrante en Nicaragua que la RN deberá estar desmovilizada el 15 de abril.

El Acuerdo de Toncontín.

El ACNUR no puede someter en el caso del personal no-civil;

La división de trabajo entre la ONU y la OEA en el número de la CIAV;

El acuerdo de desmovilización firmado en Managua el 19 de abril de 1990;

El informe oral al Consejo de Seguridad el mismo día;

La Resistencia Nacional (RN) intenta un paralelismo entre su desmovilización y la del EPS;

El trabajo de la CIAV es concluido a fines de noviembre;

Nicaragua retira su demanda contra Honduras en julio de 1991;

Total de beneficiados por la CIAV: 90.000 personas.

B) Las misiones actuales: Haití, El Salvador y Guatemala

1) Haití

Antecedentes:

La verificación electoral por parte de la ONU y de la OEA, en diciembre 1990. El significado de esas elecciones, la liberación de Haití.

i) *Antecedentes:*

El Secretario General de la ONU envió una carta al Consejo de Seguridad en agosto 1990. Se le dijo que firmara a la Asamblea General (Cuba y Colombia)

La resolución 45/2 de la Asamblea General - ONUVEN.

Las represiones internacionales de la situación en Haití: (Comparaciones entre Nicaragua y Haití)

¿Se había comprometido la ONU (y la OEA) a garantizar que la voluntad popular fuera respetada durante el mandato del Presidente Aristide?

El Golpe de Estado del 30 de Septiembre de 1991, la reunión del Presidente del Consejo de Seguridad y del Secretario General. El viaje de Aristide al Consejo Seguridad. "La ONU no puede permanecer pasiva cuando ha aportado una asistencia a las elecciones";

Sin embargo el Consejo de Seguridad no hace más que una declaración política. Ciertos expertos (China, India) no quieren que la ONU tome carta en el asunto. Existe una División en el GRULAC. Venezuela, Ecuador, miembros del Consejo de Seguridad en 1991;

ii) *Las acciones conjuntas:*

La Misión del Secretario General de la OEA con el representante del Secretario General de la ONU (Francesc Vendrell) en agosto 1992. Un mayor involucramiento del Secretario General. Las elecciones de 1990 y el papel de la ONU y el Capítulo VIII de la Carta (S/24340);

Pide al Secretario General que ayude en el establecimiento de la Misión Civil. (Carta de Boutros Ghali a Baena Soares que transmite carta de Aristide diciendo que el papel de la ONU es el de apoyar a la OEA). La respuesta de Baena Soares es contundente. Resolución 47/20 autoriza al Secretario General, en colaboración con el Secretario General/OEA a tomar las medidas necesarias para ayudar a resolver la crisis;

La OEA y Haití: La Declaración de Santiago: resolución 1080 de junio de 1991;

La participación en las elecciones de diciembre de 1990. Más corriente para la OEA que para la ONU;

El establecimiento de la Unidad para la Democracia en el seno de la Secretaría General de la OEA;

La reacción del Consejo Permanente de la OEA y la reunión *ad-hoc* de Ministros: la resolución 1/91: no reconocimiento, suspensión de relaciones comerciales, financieras y económicas con el régimen ilegal fuera de la ayuda humanitaria. Congelación de las labores;

iii) *Embargo comercial contra Haití*

Las "Sanciones" no son ni universales ni obligatorias. No dañan a los golpistas, ni a sus partidarios;

La resolución 2/91: protección y envío de una Misión Civil de Apoyo a Haití para restablecer los derechos humanos y el régimen democrático;

El nombramiento del ex-Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia por el Secretario General de la OEA: Ramírez Ocampo;

El fracaso;

La falsa interpretación de la Constitución;

La situación de René Theodore. El levantamiento de presiones antes del retorno de Aristide, que queda sin fecha determinada. Los golpistas en el poder;

El Parlamento Haitiano no ratifica el acuerdo debido a las fracciones militares;

El acuerdo del 4 de septiembre 1992 para que los 18 observadores de la OEA viajen;

El nombramiento de Dante Caputo como enviado especial del Secretario General de la ONU;

El viaje a Haití y a Washington en diciembre de 1992;

La Carta de Aristide a los dos Secretarios Generales el 8 de enero de 1993, solicitando una Misión Civil Internacional - En caso de progresos tangibles en situación de derechos humanos, se levantarían gradualmente las sanciones. Rehabilitación de las instituciones, reforma del sistema judicial, profesionalización de las Fuerzas Armadas y separación de la policía del Ejército;

El envío de Misión Técnica: El informe de la Misión y el aviso de los problemas que podrían surgir si al cabo de unos meses no ocurriera el retorno del gobierno legítimo;

El nombramiento conjunto de Dante Caputo por el Secretario General de la OEA (a instancia de USA) en enero 1992;

Las negociaciones con R. Cedras y Bazin sobre el estatuto de la MICIVIH;

Las manifestaciones hostiles contra Dante Caputo en febrero de 1993;

La valoración de la situación haitiana;

El establecimiento de la MICIVIH;

Su composición y mandato;

El establecimiento del Grupo de Amigos;

¿Por qué la selección?

Venezuela en el Consejo de Seguridad. El papel de Centro América y Panamá;

Brian Mulrone. Los haitianos en Canadá. El papel de Francia;

Las negociaciones con la Junta Militar tendientes a:

1) Fijar una fecha para la dimisión de Bazin;

- 1a.) Proclamación de una Amnistía amplia;
- 2) División de los jefes de las FFAA y de la Policía de Puerto Principe;
- 3) Nombramiento de un Primer Ministro por Aristide y ratificación en el Parlamento así como de nuevos jefes militares;
- 4) Fecha para el retorno de Aristide;
- 5) Levantamiento de las sanciones;
- 6) Retorno del Presidente Aristide;

La táctica de los militares: cortar el tiempo. Reducir el período del mandato de Aristide;

La misión de Dante Caputo en abril;

El nombramiento de un enviado especial del Presidente USA. Sr. Pezzullo;

La misión conjunta Caputo / Pezzullo a Haití: ¿mediación a dos o a uno y medio?

El nuevo fracaso;

Bazin / Cedras se oponen a la presencia de observadores ONU para profesionalizar el Ejército y observadores de policía, o fijar una fecha para el retorno de Aristide o la renuncia de los militares. (están dispuestos al parecer, a aceptar una ayuda bilateral de Estados Unidos);

Dante Caputo opuesto a una participación de la Junta de Jefes de Estado Mayor de las Américas;

La situación para ONU opuesta a la de El Salvador;

El espectro de Somalia:

El empeoramiento de la situación de los derechos humanos luego de una mejora entre febrero y abril;

La dimisión de Bazin;

Ante la negativa del Alto Mando, el Consejo de Seguridad impone sanciones para el petróleo y las armas;

Las divisiones en el seno del GRULAC. Venezuela y Brasil en el Consejo de Seguridad. La actitud negativa de Cuba, México, Colombia; cambio de actitud de Brasil;

Las sanciones se suspenderían si así lo certifican el Secretario General de la ONU, previa consulta con el Secretario General de la OEA;

- A los 5 días, el Ejército dispuesto a ir a Governors Island;

El Acuerdo de Governors Island: contenido:

1. Nombramiento de un Primer Ministro;
2. Ratificación Parlamentaria;
3. Suspensión de las sanciones por Consejo de Seguridad;
4. Asistencia para el desarrollo y reforma administrativa y judicial;
5. "Modernización de los FFAA";
6. Separación de la Policía del Ejército –nueva ley–;
7. Amnistía;
8. Nombramiento de un nuevo Jefe de Policía;
9. "Early retirement" (su fecha posible, pero antes del 15 de octubre) de Raoul Cedras (no de los otros golpistas) - y nombramiento de un sucesor por Aristide;
10. Regreso de Aristide, el 30 de octubre de 1993;

El nombramiento y ratificación de R. Malval;

La suspensión de las sanciones por el Consejo de Seguridad. 27 de agosto (resolución 861 (1994)); Situación derechos humanos empeora en julio y agosto.

(58 miembros en Puerto Príncipe) - 60 en sept. - Asesinatos de Antoine Izméry y del Ministro de justicia Guy Malary en julio;

El retraso en la llegada de la policía internacional;

El atasco en el cumplimiento del Acuerdo;

La reacción en los Estados Unidos ante la muerte de soldados en Somalia, comunicación en Kaoti;

R. Cedras se niega a dimitir; los congresistas ilegales vuelven a intentar la participación en el Parlamento. Malval prisionero en su casa; los Ministros no pueden ir a los ministerios; la dimisión de Malval;

El Consejo de Seguridad reimpone sanciones - bloqueo marítimo. La élite continúa viviendo bien. Los productos de lujo, las visas y los viajes no afectados;

Los nuevos intentos de Estados Unidos y de la ONU para presionar a Aristide;

La instalación de un nuevo Presidente Provisional, Emile Joinipant;

Las presiones conjuntas liberales y comunidad negra sobre la administración Clinton;

La huelga de hambre de Robinson, (comparación con Jennifer Hanburg)
- Dimite Pizzullo;

Nombramiento de Gray;

Se refuerzan las sanciones. Terminan los vuelos aéreos internacionales. El embargo total;

El Consejo de Seguridad aprueba resoluciones:

La resolución 917 (1994 / mayo) - Capítulo VII, el embargo completo y las sanciones contra militares y sus familias; la prohibición de entrar a Estados miembros; la congelación de labores, la autorización de los Estados miembros de usar "all necessary means as may be necessary to ensure strict implementation of the resolution";

El Comité de sanciones;

La resolución 933 (1994 junio, prohíben los vuelos comerciales);

La resolución 940 (31 de julio de 1994);

La autorización de establecer la fuerza multinacional - La carta previa de Aristide el 29 de julio, el Secretario General "The time has come for the international community to take prompt and decisive action"; la Misión Carter el 18 de septiembre; la intervención el 19 de septiembre; la dimisión de Dante Caputo; el retorno de Aristide el 15 de octubre.

2) *El Salvador*

a) Situación:

Los contactos con el gobierno de El Salvador desde 1987;

Los contactos con el FMLN, en la ONU y a raíz de los preparativos de ONUCA, las reuniones en Nueva York y Costa Rica;

El Acuerdo de Esquipulas no preveía negociación con los grupos armados irregulares, ni daba tiempo 90 días para resolver las causas profundas de los conflictos internos en El Salvador (o Guatemala);

El diseño del Secretario General en Guatemala el 30 de mayo de 1989;

La diferencia demandas concisas;

La falta de verificación imparcial;

Los insurgentes no comprometidos;

Los países externos a la región no están comprometidos;

El triunfo de ARENA y toma de posición de Cristiani;

Las resoluciones 637 (1989) del Consejo de Seguridad; Nombramiento de los Representantes Personal y Adjunto del Secretario General;

El fracaso de las reuniones gobierno/FMLN a Costa Rica en septiembre y octubre de 1989 bajo los buenos oficios de Rivera y Damas con observación de la ONU y de la OEA;

-La intensificación de la guerra; la ofensiva de San Salvador;

El asesinato de los Jesuitas. La reacción internacional, especialmente en el Congreso y en la prensa de los Estados Unidos;

b) Los primeros pasos

A) La Declaración de los Presidentes de San Isidro de Coronado (10-12 diciembre de 1989); por primera vez el enfoque de la reunión fue el El Salvador y no Nicaragua;

B) El llamamiento al FMLN –y no al gobierno– para que cese las hostilidades.

La lógica hermandad entre los Gobiernos; la alianza mutua; la incapacidad de mediar el conflicto; la solicitud al Secretario General (de la ONU,

que les había escrito por anticipado) para que facilite el reinicio del diálogo entre el gobierno y el FMLN;

C) La solicitud de los Presidentes centroamericanos al Secretario General de la ONU para establecer las vinculaciones necesarias con el objetivo de involucrar más directamente en el esfuerzo de paz a los Estados con intereses en la región dentro del marco de Esquipulas II;

D) El interés de las Grandes Potencias

El interés de Estados Unidos en buscar una solución negociable al conflicto de El Salvador; el interés soviético y el interés cubano; Cuba en imposibilidad de continuar prestando asistencia al FMLN directamente; presión soviética o a través de Nicaragua.

E) El formato de la Mesa de Negociaciones.

Las conversaciones previas al Acuerdo de Ginebra. Las partes interesadas. Los amigos del Secretario General. La selección de los mismos. Interés de Centroamérica y Panamá y de C. Gaviria recientemente llegado al poder (Grupo de los Tres).

c) El Acuerdo de Ginebra de 4 de abril de 1990

El Gobierno y FMLN comprometidos a no abandonar el proceso;

Los diferentes propósitos: terminar el conflicto armado por la vía policial en el más corto plazo posible, impulsar la democratización del país; garantizar el irrestricto respeto a los Derechos Humanos y reunificar la sociedad salvadoreña;

El objetivo inicial: lograr acuerdos políticos para la concentración de un cese del enfrentamiento armado logrado lo cual condiciones para la reintegración del FMLN;

Los auspicios del Secretario General que podía mantener contactos confidenciales con terceros Gobiernos;

Las negociaciones directas e indirectas;

El papel de partidos políticos y organismos sociales representativos incluyendo contacto del Secretario General;

El carácter reservado de la negociaciones;

Los equipos negociadores: Gobiernos, FMLN y ONU;

El Acuerdo de Caracas sobre la agenda y la importancia de orden establecido mayo 1990);

Primero: Acuerdos políticos; Fuerzas Armadas; Derechos Humanos; Reforma Judicial; Reforma Electoral; Reforma constitucional; Problema económico-social; Verificación de la ONU;

Segundo: Concentración de un cese del enfrentamiento armado y de todo lo que irrespete los derechos de la población civil;

d) El establecimiento de las garantías y condiciones

i) El Acuerdo de San José sobre Derechos Humanos (julio 1990);

El contenido del Acuerdo:

Un acuerdo precursor

El Secretario General informa al Consejo de Seguridad en agosto de 1990 (primera vez) en consultas informales;

Las negociaciones sobre la reducción y el papel de la FFAA.

El establecimiento de la Policía Nacional Civil (PNC) y la supervisión de los cuerpos de policía existentes;

La separación policía de la FFAA;

La nueva doctrina de la FFAA;

Las entidades paramilitares;

La reforma judicial; la reforma electoral; la creación del Tribunal Supremo Electoral; la nueva Corte Suprema; la creación del Procurador Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos; la elección por 2/3 de la Asamblea del Fiscal General, del Procurador de la República; Consejo Nacional de la Judicatura; carrera judicial;

ii) Acuerdo del 27 de abril de 1991 en México, sobre el establecimiento y la composición de la Comisión de la Verdad: otra innovación de la ONU;

La solicitud del Presidente de El Salvador de verificar las elecciones del abril 1991. La reacción del Secretario General. La diferencia con Nicaragua. Las elecciones verificadas por la ONU en abril/mayo de 1994. El papel del Grupo de Amigos;

iii) *El Acuerdo del 31 de diciembre de 1991:*

El establecimiento de la ONUSAL por el Consejo de Seguridad;
La oficina preparatoria (informa al Consejo de Seguridad en noviembre 1990);

La misión preliminar (incluyendo a P. Nikken) que recomienda instalación de misión de verificación en derechos humanos;

El Consejo de Seguridad establece ONUSAL (derechos humanos) por periodo de 12 meses;

La ampliación del mandato de la ONUSAL el 14/01/92 hasta el 31/01/92;

Se mejora la situación de los derechos humanos;

Los retrasos en el cumplimiento de los acuerdos;

iv) El Informe de la Comisión de la Verdad publicado en Nueva York el 15 de marzo de 1993;

v) Los términos del mandato de ONUSAL: 30 de abril de 1995;

vi) El establecimiento de Oficina del Secretario General en El Salvador.

3) *Guatemala*

El Acuerdo de Oslo: marzo de 1990 entre la CNR y la URNG (Serrano miembro de la CNR);

La observación por parte del Secretario General de la ONU;

La celebración de reuniones con partidos políticos: empresa privada; intereses populares, religiones y empresariales;

El compromiso de celebrar convenciones entre el Gobierno y el Ejército del Guatemala y la URNG para lograr solución política de enfrentamiento armado;

Las reuniones de El Escorial, Ottawa, Quito y Puebla;
 La toma de poder de Serrano;
 El papel de Facilitadores del Conciliador y del Observador;

i) El Acuerdo del Ciudad de México de abril de 1991

El contenido del Acuerdo;
 El temario: democratización - Acuerdo Marco de Querétaro de Derechos Humanos;
 El fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática;
 La identidad y derechos de los pueblos indígenas;
 Las reformas constitucionales y el régimen electoral;
 Los aspectos socioeconómicos;
 La reforma agraria;
 El reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado;
 Las bases para la incorporación de la URNG en la vida política;
 El cese del fuego;
 El calendario.

Las negociaciones de Guatemala más difíciles que las de El Salvador

El papel del Ejército y divisiones en su seno;
 La debilidad guerrillera (¿representando rol de la sociedad civil)?...
 La debilidad poder civil y del Presidente (Minoritario en el Congreso);
 La menor influencia de afuera, Estados Unidos, etc...;
 La cuestión indígena;
 La mediación doble Conciliador (dentro de Guatemala) y ONU.

Las dificultades para alcanzar el Acuerdo de derechos humanos;

Las PAC;
 El derecho humanitario;
 La Comisión del pasado;
 La temporalidad.

ii) Acuerdo en diciembre de 1991 en una misión de verificación de la ONU

Mayo 1992: se rebaja el papel de la ONU;
El atascamiento de las negociaciones;
El reasentamiento de los refugiados en 1993;
El golpe de estado de Serrano mayo de 1993;
La reanudación del proceso de negociación en enero de 1994;
El bajo moderación del Secretario General o de su Representante y de una Asamblea de sectores civiles;
La baja moderación del Conciliador;

iii) Firma en marzo de 1994 del Acuerdo de derechos humanos

La Misión preliminar;
El establecimiento de MINUGUA por la Asamblea General;
El papel del Grupo de Amigos del Proceso;
Target date para llegar a un acuerdo de paz: transcurso del año 1994;

iv) La Firma de Acuerdo sobre la Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, marzo / abril 1995.

LA MISIÓN DE LA ONU PARA LA VERIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA (MINUGUA)*

Hugo LORENZO

En nombre del Director de la Misión de las Naciones Unidas para la verificación de los derechos humanos en Guatemala (MINUGUA), doctor Leonardo Franco, y el mío propio, agradezco profundamente a la Academia de Derecho Internacional de La Haya y al Instituto Interamericano de Derechos Humanos la oportunidad que nos brindan de presentar en esta Sesión, de primerísimo nivel académico, la experiencia de MINUGUA.

El señor Franco deseaba de corazón estar aquí poder dirigirse a ustedes, dialogar con tan selecto auditorio, junto a vuestros profesores, quienes son, sin duda, los mejores del mundo en las disciplinas del derecho internacional. Pero, una tarea impostergable propia de su trabajo profesional en la MINUGUA le impidió absolutamente venir a San José y, por ello, delegó en mí, esta necesariamente modesta contribución a vuestra reflexión.

Hace cincuenta años, los pueblos del mundo salían de la tragedia de la segunda guerra mundial. Tenían patente, en sus entristecidas conciencias, la vinculación estrecha entre violaciones de los derechos humanos y guerra. O, si se quiere: entre vigencia efectiva de los derechos humanos y paz. Comprendían muy cabalmente que no es posible el mantenimiento de la paz y de la seguridad, sin protección y promoción de los derechos inherentes a la persona humana.

* Ponencia presentada durante el seminario sobre operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU, el 05 de mayo de 1995.

Esto se reflejó muy claramente en la Carta de las Naciones Unidas. Basta releer el preámbulo y el primer artículo, para concluir que justicia (o sea derechos humanos) y paz estaban muy unidas en el subconsciente y en la conciencia de la humanidad, en 1945.

La guerra “caliente” había finalizado.

Y, en medio de las peripecias y de los altibajos de la época de la guerra fría, se fueron abriendo paso, no sin dificultades, pero firmemente, diversas acciones que la comunidad internacional intenta para proteger los derechos humanos.

- la Declaración Universal
- los dos grandes Pactos, de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- los tratados temáticos, sobre:
 - discriminación racial
 - discriminación contra la mujer
 - tortura
 - derechos del niño
- los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos y de sus subsidiarios, que día a día van conformando una abigarrada red de mecanismos, como los relatores y por países, el examen de las violaciones de derechos humanos generalizadas o individuales, etcétera.

Y, en los ámbitos regionales, también los tratados y los órganos políticos y jurisdiccionales.

Tengo entendido, que en esta Sesión se analizaron a fondo el sistema europeo y nuestro sistema americano de protección internacional de los derechos humanos, que, aún con sus carencias y con sus necesidades de perfeccionamiento, han incorporado sendos mecanismos jurisdiccionales, el de la Corte de Estrasburgo y el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede aquí en San José.

Toda esta compleja trama de textos jurídicos, de órganos y de mecanismos, que desarrollan y profundizan los principios de la Carta, nos llevan

a afirmar, sin dudas, que el siglo XX, es el siglo de la definitiva internacionalización de la protección de los derechos humanos.

Si antes, se hubiera podido entender que la protección de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana constituía una "cuestión doméstica", o sea, un problema del derecho interno de cada Estado, hoy ya no puede discutirse que los derechos humanos son un tema definitivamente incorporado por el derecho internacional.

Tanto el derecho de origen convencional, los tratados, como las doctrinas más recibidas y los principios generales que de ellos se extraen, hoy nos conducen a afirmar el derecho y el deber de la sociedad internacional de proteger los derechos de cada persona por encima, o si se quiere, por debajo de las fronteras estatales. El concepto de soberanía ha evolucionado concomitantemente con el derecho internacional y ya no permite a los gobiernos parapetarse en él para impedir la vigilancia y acción protectora de la comunidad internacional.

La protección internacional de los derechos humanos es subsidiaria de los mecanismos internos de protección. Como tal, refuerza a las vías internas y se sustituye a ellas, cuando éstas no logran cumplir cabalmente con su finalidad.

Pretendo narrar, ahora, brevemente, la experiencia de MINUGUA, para que, a manera de estudio de caso, y según el método inductivo, puedan Ustedes, o quizás podamos juntos, extraer algunas generalizaciones, sobre este nuevo mecanismo de protección internacional de los derechos humanos, que consiste en el despliegue de una misión de verificación durante determinado tiempo (meses o años) en el territorio de un Estado.

No haré detalladamente la historia del proceso guatemalteco pues es conocido por Ustedes y ya fue abordado en esta Sesión por los señores Nikken y Vendrell.

Sólo les recuerdo que Guatemala vive, desde hace casi treinta y cinco años, un enfrentamiento armado interno. Y desde hace unos cinco años (con varias marchas y contramarchas) un proceso de negociaciones para concertar la paz.

El 29 de marzo de 1994, el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (U.R.N.G.) celebraron el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos que:

- establece un compromiso general con la efectiva vigencia de los derechos humanos,
- una serie de compromisos específicos referidos al concreto contexto histórico y social de Guatemala (como, por ejemplos, regulaciones sobre el reclutamiento militar, la situación de las patrullas de autodefensa civil, la protección de las organizaciones de derechos humanos, etcétera)
- y pide a las Naciones Unidas el establecimiento de una misión de verificación del propio acuerdo global y, en general, de la efectiva vigencia de los derechos humanos.

Según el Acuerdo Global, esta misión, hoy denominada MINUGUA, tiene dos grandes campos competenciales: la verificación y el fortalecimiento institucional. La verificación, como vimos, se refiere a los específicos compromisos contenidos en el propio Acuerdo y, en general, a los derechos humanos. Respecto a éstos, se establece que se dará prioridad, “particular atención” dice el texto, a los derechos a la vida, la integridad y la seguridad de la persona, la libertad individual, al debido proceso, la libertad de expresión, la libertad de movimiento, la libertad de asociación y los derechos políticos.

El fortalecimiento de las instituciones, tanto estatales, como no gubernamentales, que tienen que ver con la protección de los derechos humanos, es una concreta aplicación del principio que hoy campea en todo el amplio ámbito de la cooperación internacional: el principio de sostenibilidad. No se debe hacer nada que cuando cese la ayuda externa esté destinado a interrumpirse o fracasar. No se debe regalar un pescado cada día, sino enseñar a pescar.

El Acuerdo Global menciona las instituciones a ser fortalecidas; el Organismo Judicial, el Ministerio Público, o sea los fiscales que representan a la sociedad en los juicios penales, el Procurador de los Derechos Humanos, que es el ombudsman o defensor del pueblo de Guatemala, la

COPREDEH que es una institución gubernamental, del Poder Ejecutivo y las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

También menciona a los “organismos auxiliares” del Organismo Judicial, que, hemos interpretado, son los cuerpos policiales, los abogados defensores públicos y el sistema penitenciario o carcelario.

El fortalecimiento de todas estas instituciones que conforman el sistema nacional de protección de los derechos humanos, es esencial. El día que finalice MINUGUA debieran contar con una aumentada capacidad de proteger a los habitantes contra toda violación de sus derechos fundamentales.

En setiembre de 1994, la Asamblea General de las Naciones Unidas resolvió instalar la Misión que habían solicitado el gobierno y los insurgentes guatemaltecos. Y, el 21 de noviembre, se instaló MINUGUA. Hoy cuenta con ocho oficinas regionales, cinco oficinas subregionales y una sede central. Sus tareas son, en apretada síntesis:

- recibir, calificar y dar seguimiento a denuncias de violación de los derechos humanos,
- recoger informaciones
- entrevistarse libremente con personas y grupos de personas
- visitar libremente locales estatales o campamentos de la U.R.N.G.
- comprobar que los organismos nacionales competentes investiguen las violaciones de derechos humanos de manera independiente, eficaz y ajustada a derecho
- pronunciarse, en los casos concretos, sobre la existencia o la inexistencia de violaciones de derechos humanos
- dirigirse a la opinión pública
- hacer recomendaciones a las partes, gobierno y U.R.N.G.
- informar al Secretario General de las Naciones Unidas
- mediante la canalización de cooperación técnica y financiera internacionales, fortalecer al Organismo Judicial, al Ministerio Público, al Procurador de los Derechos Humanos y a otras instituciones oficiales y no gubernamentales.

Junto a las recientes misiones de las Naciones Unidas en El Salvador, Haití y Camboya, MINUGUA está haciendo nacer un nuevo mecanismo de protección internacional de los derechos humanos. Este mecanismo tiene, a grandes rasgos, las siguientes características:

Se establece con pleno acuerdo del Estado interesado y, algunas veces, como en el caso guatemalteco, con la aceptación de un grupo irregular. En segundo lugar, se basa en la presencia, en el territorio estadual, por un período más o menos prolongado, de observadores o verificadores dependientes del organismo internacional. En tercer lugar, se desarrolla mediante la verificación, que no es solamente una observación sino que es también una acción diaria en la protección y promoción de los derechos humanos; se ha llamado, por ello "verificación activa". Y por último, actualmente se agrega el fortalecimiento institucional que, como dije, permitirá la sostenibilidad de los resultados de la acción internacional.

Este nuevo método de protección de los derechos humanos, que consiste en el despliegue de misiones internacionales no puede, ni pretende, sustituir a los mecanismos que existían previamente, basados en informes, misiones breves, recomendaciones, o la actividad jurisdiccional, en los casos de los ámbitos regionales europeo y americano.

La historia de este nuevo mecanismo está muy unida a la de las misiones de paz de las Naciones Unidas, que comenzaron en 1948, siendo casi exclusivamente de presencia de cascos azules y que se fueron ampliando, complejizando y diversificando, como misiones de mantenimiento de la paz internacional, o al interior de estados (como acción preventiva de conflictos internacionales), de observación electoral, de verificación en derechos humanos y de reinstitucionalización, etcétera.

De esta manera, hacia el medio siglo de existencia de las Naciones Unidas, aquellos dos viejos amigos que por largos períodos habían dejado de verse, el mantenimiento de la paz y la seguridad y la protección internacional de los derechos humanos, parecen volver a reencontrarse. Quizás ya no deban separarse y tal vez de su unión surjan tiempos mejores para la humanidad, con augurios de una verdadera paz y fraternidad universales, basadas en la justicia y en el pleno reconocimiento de la dignidad de todos los seres humanos.

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CINCUENTENARIO DE LAS NACIONES UNIDAS*

José Antonio PASTOR RIDRUEJO

I.- Introducción

Para una valoración global de la actuación de la Corte en el cincuentenario de las Naciones Unidas y para cualquier clase de apreciación sobre el presente y futuro de la Corte, cabe emplear dos puntos principales de referencia, a saber: 1) los tres grandes factores condicionantes de las relaciones internacionales en el transcurso de esos cincuenta años, a saber: guerra fría, descolonización y distensión; 2) la dialéctica entre la autonomía institucional de la Corte y su dependencia de los Estados. Hay que dejar bien sentado que estos dos puntos de referencia no constituyen realidades herméticamente separadas sino solo perspectivas de exposición y análisis. En realidad de las cosas dichas perspectivas están estrechamente interrelacionadas.

II. La Corte y las relaciones internacionales: guerra fría, descolonización y distensión

Si nadie discute que el Derecho Internacional está fuertemente condicionado por la estructura y la dinámica del grupo social del que proviene,

* [Extracto del curso impartido por el autor en San José de Costa Rica, durante los días 1 a 5 de mayo de 1995, dentro del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya].

es decir por las relaciones internacionales, es obvio que la actuación de la Corte —el órgano más importante a nivel universal de aplicación jurisdiccional del Derecho Internacional— no puede escapar a ese condicionamiento. Efectivamente, los cincuenta años de vida de la Corte muestran hasta qué punto está influida toda su actuación por la dinámica de la sociedad internacional. Ello es así por varias razones, pero la más importante de ellas radica en el carácter voluntario de la competencia de la Corte. En último análisis y cualquiera que sea la base de la competencia, la Corte solo tiene jurisdicción en virtud de la voluntad soberana de los Estados partes de una controversia. Al ser esta voluntad el fruto de una disposición global de las relaciones internacionales repercute hondamente en la actuación de la Corte. Y distingamos ya a efectos de nuestro estudio tres grandes fases: la de la guerra fría, la de la descolonización y la de la distensión.

Empecemos por el período de la *guerra fría*, dejando claro antes que si bien hoy se tiende a utilizar la expresión “guerra fría” para designar la larga fase comprendida entre 1945 (terminación de la segunda guerra mundial) y 1990 (desvanecimiento de la escisión Este-Oeste de la sociedad internacional, tras el derrumbamiento de los regímenes de socialismo real en la Europa central y oriental), antes la “guerra fría”, esa situación de confrontación en todos los órdenes que excluía sin embargo el recurso a la guerra en sentido propio (o “guerra caliente”), comprendía únicamente el lapso de tiempo que llegó hasta la mitad de la década de los años cincuenta cuando, tras la muerte de Stalin y la celebración del XX Congreso del Partido Comunista de la Unión Soviética, las relaciones Este-Oeste experimentaron una cierta distensión. Pues bien, aquí yo me refiero a esta segunda concepción de la guerra fría, a la estricta o restringida, a la que llega hasta 1955, a los años que hoy podríamos llamar la “fase álgida” (valga la redundancia) de la guerra fría.

Y un primer elemento de juicio a tener en cuenta durante esta fase más álgida de la guerra fría es la actitud frontalmente negativa de los Estados del bloque socialista (la URSS y los que entonces se llamaban Estados satélites) hacia el arreglo jurisdiccional de las controversias. Actitud inspirada en una concepción extremada de la soberanía estatal y en su decrecimiento en la naturalidad de los jueces e independencia de la institución judicial. Actitud, por todo ello, radicalmente contraria a ese medio de arreglo de las

controversias internacionales. Así, esos Estados, ni formulaban la declaración unilateral prevista en el párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte (la llamada cláusula opcional) ni tampoco consentían otros supuestos de jurisdicción (*forum prorrogatum*), compromisos o cláusulas compromisorias). Solo el más pequeño de esos Estados –Albania– fue objeto de condena por la Corte en el famoso *caso del Estrecho de Corfú* (sentencia del 9 de abril de 1949 en la primera instancia introducida después que la Corte hubiese afirmado su competencia en base al *forum prorrogatum*. Es preciso añadir, de todos modos, que la sentencia nunca fue cumplida por Albania. Añadamos que en la década de los cincuenta los Estados Unidos intentaron pronunciamientos de la Corte contra la URSS, Checoslovaquia y Hungría por incidentes aéreos pero, a falta de consentimiento de estos Estados, la Corte carecía de jurisdicción y al declararse incompetente no pudo examinar el fondo del asunto ni dictar sentencia.

Pero, dejando de lado cualquier maniqueísmo, no hay que pensar que fue únicamente la actitud del llamado bloque socialista la que determinó el bajo perfil de la actuación de la Corte en la fase más álgida de la guerra fría, porque es lo cierto que también los países occidentales demostraron poco efecto a la Corte. Así, aunque muchos de esos países, y entre ellos los tres Estados occidentales que eran miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos, Reino Unido y Francia), habían aceptado la competencia de la Corte por la vía de la declaración unilateral del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto, la eclosión y la amplitud de reservas y excepciones introducidas en las declaraciones daban motivos para pensar que el sentimiento que predominaba en el conjunto de aquellos Estados hacia el arreglo judicial de las controversias era más el de temor que el amor. Entre esas reservas destaca la que aparecía en la declaración de Estados Unidos, tendiente a excluir las cuestiones que cayesen dentro de la jurisdicción interna “as determined by the Unites States”, tal como la determinase Estados Unidos. Reserva con trampa –hay que decirlo– digna de la mejor picaresca del Derecho Internacional, valga la expresión vulgar, en cuanto que pretendía despojar a la Corte de una facultad, de un atributo esencial al ejercicio de la jurisdicción, que es la competencia sobre la competencia que le concede el párrafo 6 del artículo 36 de su Estatuto. La reserva encontró enseguida imitadores y seguidores, entre ellos otro miembro permanente del Consejo de Seguridad (Francia). Reserva esta

última, por cierto, la francesa, que en virtud de la reciprocidad inherente al sistema, fue invocada con éxito por Noruega contra Francia en el caso de ciertos préstamos Noruegos (sentencia del 6 de julio de 1957).

En suma, pues, y por las razones sucintamente analizadas, perfil muy bajo el de la actuación de la Corte durante la fase más álgida de la guerra fría (1946-1955). Destaquemos con todo, durante esa época las opiniones consultivas que emitió sobre aspectos importantes del funcionamiento de las Naciones Unidas (admisión de miembros, personalidad internacional) y, dentro de su función propiamente contenciosa –solución de controversias entre Estados– el caso de las Pesquerías (sentencia del 18 de diciembre de 1951, Reino Unido contra Noruega), el de las Islas Minquiers y Ecreheous (Reino Unido contra Francia, sentencia del 17 de noviembre de 1953) y el caso Nottebohm (sentencia del 6 de abril de 1955, entre Suiza/Liechtenstein contra Guatemala). Pero nótese que se trata de casos entre Estados pertenecientes al que entonces se llamaba bloque occidental. Ninguna sentencia dictó la Corte en el marco de la escisión con mayor capacidad para generar controversias, la Este-Oeste.

Y paso ya a ocuparme de la fase de la *descolonización*. Sin duda alguna, la década de oro de la descolonización (afroasiática) fue la de los años sesenta. Y como es bien sabido fue esa descolonización la que condujo a la universalización de la sociedad internacional y a la toma de conciencia, por una gran mayoría de países, de vieja y de nueva independencia, de su condición de Estados en desarrollo pertenecientes a un mundo más o menos feliz pero ampliamente utilizada, “el Tercer Mundo”. Es bien sabido que el impacto de estos hechos en las relaciones internacionales y en el Derecho Internacional ha sido de extraordinaria importancia. Y no como podía ser menos la aparición del tercer mundo se hizo notar también en la actuación de la Corte Internacional de Justicia y como vamos a comprobar, no justamente en sentido positivo o favorable. El Tercer Mundo demostró enseguida una clara desconfianza hacia la Corte. *Et pour cause*.

Muchas razones y de variada índole alimentaban, de manera más bien difusa, esa actitud reticente. La más honda e importante de esas razones era sin duda la propia desconfianza en el Derecho Internacional que, según el artículo 38 de su Estatuto, debe aplicar la Corte para resolver controversias.

Se trataba, en efecto del Derecho Internacional Clásico, un ordenamiento jurídico hecho a la medida de los intereses de los Estados más poderosos y que los Estados de reciente independencia reputaban –básicamente con razón– contrario a sus aspiraciones e intereses. Otras causas de la desafección de los nuevos Estados a la Corte, no es del todo separadas de la anterior, estribaban en la preferencia que mostraban por los medios políticos de solución de controversias (negociaciones diplomáticas, buenos oficios, mediación, investigación de los hechos, conciliación) respecto a los medios jurisdiccionales (arreglo judicial y arbitraje); en el sentimiento de falta de experiencia en los procedimientos judiciales internacionales; en la larga duración del procedimiento; en la onerosidad financiera de sus costes; y finalmente en la propia composición de la Corte, en la que los países del tercer mundo no veían suficiente representación de magistrados procedentes de los respectivos sistemas jurídicos.

En cualquier caso, si los sentimientos de desamor a la Corte por parte de los Estados del Tercer Mundo habían sido más bien vagos y difusos en sus motivaciones y en sus consecuencias hasta el año 1966, la sentencia de fondo dictada el 18 de julio de dicho año en el caso del Sudoeste Africano dio paso a una actitud de explícita hostilidad, de clara animadversión, hacia la Corte. Se trataba del caso, incoado por Etiopía y Liberia contra Africa del Sur, en el que, apoyándose la Corte en razonamientos formales y procesales de orden técnico-jurídico, eludió entrar en el fondo de un caso que implicaba graves violaciones de los derechos humanos en la población negra del sur del continente africano. Es verdad que la sentencia fue dictada sin mayoría numérica, por 7 votos contra 7, y que fue sólo el voto de calidad del presidente (el australiano Sir Percy Spender) el que permitió la desestimación de la instancia, pero no es menos cierto que fue objeto de acerbas críticas –absolutamente merecidas a mi entender– en sectores de opinión independientes y que radicalizó la actitud global del tercer mundo hacia la Corte. El resultado fue que en la segunda mitad de la década de los años sesenta, la Corte estuvo más desocupada que nunca en su historia. Pero con el paso del tiempo la Corte se fue sensibilizando, de algún modo, a esta reacción negativa y tanto en sus relaciones con los medios de comunicación como en las que mantiene con la propia Organización de Naciones Unidas, el órgano judicial principal de las Naciones Unidas está demostrando mayor cuidado y preocupación que en el pasado por su buena imagen.

Y entremos ya a valorar la actuación de la Corte en la época –todavía sin cerrar– que podríamos llamar de la *distensión*, es decir durante los años que van desde el fin de la guerra fría (en el sentido más amplio de la expresión, 1990) y nuestros días. Período en el que cabe detectar un cierto renacimiento del interés de los Estados por el arreglo jurisdiccional de las controversias, particularmente por el recurso a la Corte. Hoy en efecto, es mayor que en el pasado en número de declaraciones unilaterales formuladas al amparo del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto (58), contándose entre ellas las de algunos Estados del antiguo bloque socialista (Polonia, Hungría, Estonia, Bulgaria), declaraciones de todo punto impensables durante la época de la guerra fría. De otro lado, el número de asuntos inscritos en el registro es mayor que nunca en el pasado. Y han litigado últimamente o litigan ahora mismo ante la Corte no solo Estados del llamado bloque occidental (los clientes habituales) sino también Estados del llamado Tercer Mundo, antes refractarios, como sabemos, a recurrir al órgano judicial de las Naciones Unidas. Es el caso, por ejemplo, de Honduras, El Salvador y Nicaragua, entre los Estados latinoamericanos; de Burkina Faso contra Malí, de Libia contra el Chad; de Guinea Bissau contra Senegal; de Qatar contra Bahrein; de Camerún contra Nigeria. Es también el caso de Estados del antiguo bloque socialista (Hungría contra la República Eslovaca, instancia introducida en 1993 sobre el proyecto de presa Gabčíkovo-Nagymaros; y Bosnia-Herzegovina contra Serbia y Montenegro, en el caso de la aplicación de la Convención contra el crimen de Genocidio en 1993), que han abandonado ya una concepción extrema y radical de la soberanía estatal incompatible con el recurso al arreglo jurisdiccional de las controversias.

Poniendo de relieve que esta mención de casos es selectiva (a fines antológicos) y no exhaustiva, cabe hacerse ahora la siguiente pregunta: ¿estamos ante lo que pudiéramos llamar la edad de oro de la Corte?

Yo creo que no, que tal expresión sería exagerada, porque junto a los elementos de juicio favorables que acabo de mencionar, hay datos que causan alguna preocupación. Y me refiero a la desafección por la Corte de algunos importantes Estados que han sido valedores tradicionales del arreglo jurisdiccional de controversias. Y voy a referirme a tres ejemplos muy significativos: Estados Unidos, Francia y Canadá.

En cuanto a los Estados Unidos, la Superpotencia mundial, es bien sabido que había hecho una declaración unilateral en aceptación de la competencia de la Corte en fecha tan lejana como el 14 de agosto de 1946; en ella se decía que permanecería en vigor durante cinco años y, posteriormente, hasta pasados seis meses desde la fecha en que notificase la intención de darla por terminada. Pero sabedor el Departamento de Estado de que Nicaragua iba a presentar una demanda por las actividades militares y paramilitares contra ese país centro-americano, el día 6 de abril de 1984 Estados Unidos introduce la excepción de las controversias con cualquier Estado de América Central pretendiendo que esta excepción desplegara efectos inmediatos. Nicaragua presentó la demanda tres días después, el 9 de abril, y surgida la cuestión de si la Corte era competente, ésta, aplicando los principios de la razonabilidad y buena fe, en sentencia de 26 de noviembre de 1984, afirmó su competencia. Y lo que hizo Estados Unidos fue retirar su declaración, que no ha vuelto a presentar. Pero esta actitud más de fondo, que se ha manifestado en otros foros, por ejemplo en la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), hoy Organización sobre Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), donde no participa en la Convención de Estocolmo de 18 de diciembre de 1992 sobre conciliación (obligatoria) y arbitraje (facultativo). Y es que realmente, ahora mismo, la frontera de la jurisdicción obligatoria no está ya, básicamente, en la antigua escisión Este-Oeste, o en la separación Norte-Sur, sino en otra; en la frontera superpotencia y grandes potencias *versus* medianas y pequeñas potencias. En líneas generales, las grandes potencias se sienten incómodas por el arreglo jurisdiccional, prefieren los modos de solución en que juegan con ventaja al tener la posibilidad de hacer valer libremente sus intereses de poder, los modos políticos. A las pequeñas y medianas potencias les ocurre justamente lo contrario. El medio de solución que más ventajas les puede reportar es, por su neutralidad frente a los intereses de poder, el arreglo jurisdiccional. Nótese de todos modos que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad —la Superpotencia y las Grandes Potencias— no renuncian a su privilegio de hecho de contar, también de manera permanente, con un juez de su nacionalidad en la Corte.

La actitud de Francia hacia la Corte es también negativa aunque más compleja. Enemistada con la Corte Permanente desde la sentencia del *Lotus* del 7 de setiembre de 1927, que no le dio la razón en un contencioso

con Turquía sobre abordaje en alta mar, sentencia de 1957 en el caso de los empréstitos noruegos (el caso en que la Corte se declaró incompetente aplicando a Francia, por reciprocidad, una excepción formulada por ella misma), Francia retiró la declaración unilateral que había formulado al amparo del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto. La tesis gala es desde entonces que "todo tribunal preconstituido es un tribunal mas constituido", lo que supone una clara preferencia por el arbitraje sobre la Corte de La Haya. De todos modos, y al igual que otros miembros permanentes del Consejo de Seguridad, Francia tampoco renuncia a su privilegio fáctico de contar siempre con un magistrado en la Corte.

Y, aún a riesgo de ser parcial en mis apreciaciones, me quiero referir por fin a la más reciente actitud de otro Estado tradicionalmente valedor del arreglo ante la Corte: Canadá. (A riesgo de ser parcial porque se trata de un asunto que afecta a mi país España).

Efectivamente, Canadá, el 10 de mayo de 1994, es decir dos días antes de aprobar el 12 de mayo siguiente una modificación de su ley de protección de las pesquerías costeras que le permite ejercer competencias en alta mar sobre ciertas especies, introdujo una reserva a la declaración unilateral de aceptación de competencia de la Corte: reserva tendiente a la exclusión de las controversias resultantes de las medidas de gestión y conservación de los recursos pesqueros adoptadas respecto a buques que faenen en la zona NAFO, y de la ejecución de esas medidas. Se trata solo de una reserva, pero de una reserva preocupante por su gran alcance, y demostrativa en todo caso de que Canadá no tiene seguridad de que la Corte estime que la nueva ley es conforme al Derecho Internacional. Para las medidas de aplicación de esa ley, y contrariamente a su anterior actitud de respeto sumo al Derecho Internacional, Canadá pretendería ser juez y parte. De todos modos, la instancia introducida por España contra Canadá el día 28 de marzo de 1995 está formulada de manera tal que alude al ámbito de aplicación de la reserva canadiense y permite a la Corte afirmar su competencia.

Queremos dejar constancia en este orden de consideraciones que otros dos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad –Rusia y China– no han hecho nunca la declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte.

En suma, aunque en el período en curso de la distensión la Corte esté conociendo de mayor número de controversias que nunca en el pasado, y entre toda clase de Estados, cabe observar un cierto movimiento de regresión en lo que respecta a su competencia por parte de Estados que se habían mostrado en el pasado como grandes campeones y valedores de su jurisdicción. No todo son oropeles en la nueva época de la Corte.

III. Autonomía institucional “versus” dependencia de los Estados

En la dialéctica “autonomía institucional” versus “dependencia de la voluntad de los Estados” encontramos otro punto de referencia para juzgar la actuación global de la Corte en el año del cincuentenario de las Naciones Unidas. Dejando constancia de que estamos solo ante dos polos de atracción, hay que examinar la dialéctica en su perspectiva histórica, porque si hasta la década de los años setenta predominaban los indicios favorables a la autonomía institucional —o lo que es lo mismo era éste el polo con mayor *vis* atractiva—, cabe encontrar a partir de aquella fecha manifestaciones importantes en favor del otro polo de atracción, la dependencia de la voluntad de los Estados. Sin embargo, en algún punto muy concreto cabría observar en sentencia muy reciente un indicio favorable a la autonomía institucional.

Pero queremos que quede claro el sentido de este análisis. Cuando hablamos de “autonomía institucional” y de “dependencia de la voluntad de los Estados”, estamos únicamente ante polos de atracción no ante realidades con contornos conceptuales y fronteras históricas absolutamente precisas y definidas.

Parece conveniente recordar a efectos del análisis que sigue cuáles son, desde el punto de vista de los principios, los aspectos comunes y diferentes entre el arbitraje y el arreglo judicial. Los aspectos comunes se dan en el plano funcional, ya que la función de ambos modos de arreglo es la solución de controversias entre Estados por sentencia obligatoria, tras un procedimiento contradictorio y en base al Derecho Internacional. Los aspectos diferenciales se dan en el plano orgánico e institucional, porque si el órgano judicial es permanente, en el sentido de que preexiste y subsiste

a la controversia y la designación de sus componentes nada tiene que ver con la voluntad de las partes, el órgano arbitral es efímero, en el sentido de que se instituye por las partes para la controversia en cuestión y parece con la solución de ella. Está claro, pues, que en el arbitraje es mayor la dependencia de la institución de la voluntad los Estados parte en la controversia a costa, claro, de la independencia y autonomía de la misma. Por el contrario, en el arreglo judicial prevalece la autonomía de base de la institución sobre la voluntad de los Estados partes en las diferencias. Pues bien, también desde esta perspectiva se han operado transformaciones interesantes la Corte Internacional de Justicia.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, el órgano judicial que funcionó en el marco de la Sociedad de Naciones, manifestó una tendencia nítida a diferenciarse del arbitraje mediante un alejamiento de la voluntad de las partes en la controversia. Y la Corte actual confirmó y profundizó esta tendencia durante una larga fase, desde sus comienzos hasta, más o menos, mitad de la década de los años setenta.

Una manifestación de esta tendencia se produce en el primer caso que conoce la Corte, el del Estrecho de Corfú, entre el Reino Unido y Albania. En su sentencia del 21 de marzo de 1948, efectivamente, la Corte afirma su jurisdicción con base en la idea del *forum protogatum*. Otra manifestación de aquella autonomía es la aplicación del principio *jura novit curia*, en el sentido de que si la Corte está vinculada por el *petitum* de las partes, es libre sin embargo en cuanto a la argumentación y el razonamiento jurídico (por ejemplo, sentencia en el caso Notebohm, 1955; y en el litigio entre la India y Portugal sobre derecho de paso a través del territorio indio, 1960).

Pero es sobre todo en el campo de lo que podríamos llamar Derecho Procesal Internacional donde se manifestó con mayor nitidez e intensidad la autonomía institucional. Por ejemplo en los casos del Camerún Septentrional (1963), Sudoeste Africano (1966) y Ensayos Nucleares (1974). En estos casos, apoyada la Corte en consideraciones técnicas que caerían dentro del campo de la admisibilidad de la reclamación, ha rehusado entrar en el fondo del asunto.

Pero fue justamente la desafortunada sentencia de 1966 recaída en el caso del Sudoeste Africano la que, paulatinamente pero sobre todo desde la segunda mitad de la década de los años setenta, iba a determinar el alejamiento del polo de atracción de una mayor acogida a la voluntad de los Estados parte en la controversia. Porque para superar el vacío y la desafección de los Estados que aquella sentencia provocó y con la finalidad de hacer su función contenciosa más atractiva a los Estados, la Corte se mostró dispuesta a renunciar a parcelas de su autonomía institucional y a permitir en estas parcelas un mayor juego e intervención de la voluntad de los Estados partes en la controversia. O lo que es lo mismo, a incorporar a su modo de funcionamiento ciertas reglas típicas del arreglo arbitral. Y destaca en este punto las reformas operadas en 1972 y 1978 en el Reglamento de la Corte sobre *salas especiales*.

Efectivamente, y como es bien sabido, el artículo 26 del Estatuto permite la constitución de salas especiales, que únicamente pueden oír y decidir casos si las partes así lo solicitan. Pero hasta el año 1972, la interpretación que de dicho artículo hacía el Reglamento era que el nombramiento de los magistrados integrantes de dichas salas correspondía a la propia Corte. Sin embargo, la reforma reglamentaria de ese año faculta a los Estados parte en la controversia a sugerir (más propiamente a proponer), entre los magistrados de la Corte, a los componentes de la sala especial, sugerencia que normalmente es aceptada por el pleno de la Corte. Es cierto que la libertad de elección de jueces que estamos considerando no es, por supuesto, tan amplia como en el caso del arbitraje, pero no es menos verdad que estamos ante el ejercicio de cierta libertad de elección de los jueces por los Estados parte en la controversia y hay aquí acogida, aunque sea parcial, de un rasgo típico del arreglo arbitral. Conviene señalar que la reforma ha sido objeto de críticas pero que, en cualquier caso, no ha dejado de ser utilizada en casos importantes (por ejemplo en el caso del Golfo de Maine, entre Canadá y Estados Unidos, 1984; caso Eletronica Sícula, Italia contra Estados Unidos, 1986; caso Burkina Fasso contra Malí, 1986; caso Honduras-El Salvador, con intervención de Nicaragua, 1992).

Pero encontramos otras manifestaciones de la mayor cercanía de la Corte en los últimos tiempos del polo de atracción de la voluntad de las partes. Son los casos de la no comparecencia de una de las partes y de no

ejecución de la sentencia, fenómenos que guardan entre sí cierta relación.

La no *comparecencia* —el juicio en rebeldía— está prevista, como sabemos, en el artículo 53 del Estatuto. Dejando de lado el caso de Albania en la primera instancia ante la Corte (Estrecho de Corfú), en los últimos veinte años han aumentado los supuestos de no comparecencia: Islandia, en 1974, en los casos de la competencia en materia de pesquerías; Francia, en el mismo año, en los casos de los ensayos nucleares; Turquía, en 1978, en el caso del Mar Egeo; Irán, en 1980, en el caso del personal diplomático y consular de los Estados Unidos de Teherán; Estados Unidos, en 1986, en el caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella.

El inconveniente de la no comparecencia es que la Corte tiene que resolver el caso sin oír a una de las partes. Inconveniente que se da también para la parte demandante que, al combatir frente a un adversario fantasma, debe extremar su esfuerzo de convicción a la Corte. Pero en la perspectiva político-jurídica en que ahora estamos situados, y dejando de lado consideraciones de cortesía y respeto hacia el órgano judicial principal de la comunidad internacional organizada, el aspecto más preocupante del aumento de supuestos de no comparecencia es el de generalizar la impresión de que estamos ante algo banal o normal, como si se tratase únicamente del ejercicio del derecho soberano de un Estado o comparecer o no comparecer ante la Corte.

Ha reaparecido también en los últimos años algún preocupante supuesto de no ejecución de la sentencia de la Corte. Me estoy refiriendo a la distada en 1986 en el caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella. Recordando lo que acabamos de decir —que en este caso no compareció la parte demandada, Estados Unidos— hay que señalar un cierto vínculo, sobre todo en el terreno de los compartimientos y sus motivaciones, que también se dió en el caso del Estrecho de Corfú, entre rebeldía o incomparecencia y inexecución. En cualquier caso, en el litigio Estados Unidos-Nicaragua nada puede hacer el Consejo de Seguridad, a la luz de lo dispuesto en el artículo 94-2 de la Carta, por la razón obvia de que Estados Unidos es miembro permanente del Consejo y cuenta en él con derecho de voto.

Hasta aquí, pues, manifestaciones de los últimos tiempos de actuación de la Corte que están en las proximidades del polo de atracción soberanía de los Estados.

Sin embargo, la sentencia de la Corte (Sala) del 11 de septiembre de 1992, en el caso de la controversia insular y marítima entre Honduras y El Salvador parece acercarse al polo de atracción contrario, al de la autonomía institucional. La sentencia versó sobre el *derecho de intervención* de Nicaragua en los aspectos marítimos de la controversia mencionada.

Nunca la Corte, ni su antecesora la Corte Permanente, se habían dignado conceder el derecho de intervención solicitando al amparo del Estatuto, y hay que decir que esta actitud acercaba el arreglo judicial ante la Corte a la institución del arbitraje, que sometido a principios consensuales más que a exigencias institucionales no prevé en efecto el derecho de intervención de terceros Estados. Es de destacar en el caso que nos ocupa que la Corte dió una interpretación absolutamente institucional al “vínculo de jurisdicción” respecto al caso entre el Estado interviniente y los Estados parte en la controversia –vínculo exigido literalmente por el art. 81 del Reglamento (revisado)–. La Sala entendió, efectivamente, que constituyendo la intervención en último análisis un procedimiento incidental, la competencia derivaba del artículo 62 del Estatuto. Es decir, un vínculo resultante de la propia naturaleza institucional de la Corte, incluso en un caso introducido por vía de compromiso.

IV.- Presente y futuro de la Corte

El presente de la Corte lo acabamos de bosquejar. Un presente que nos da un balance desigual, un perfil de valoración sumamente compleja, pero del mayor interés aunque solo sea por el dato estadístico de que el número de declaraciones unilaterales de aceptación de su competencia (58 como sabemos) y de asuntos que la ocupan es mayor que nunca en el pasado. Los Estados, en su conjunto, sienten mayor interés que nunca en la historia por la Corte. Son estos datos cuyo sentido favorable es imposible desconocer de cara al futuro y desde una perspectiva realista. No parece que el adjetivo “crisis”, tan vinculado durante mucho tiempo a cualquier valoración de

conjunto de la Corte, sea hoy el apropiado. No lo es, desde luego, en términos relativos.

Un espíritu idealista puede ser de otra opinión. Partiendo del supuesto de que el modo más justo, el óptimo, de solución de controversias internacionales es el jurisdiccional, y haciendo un inventario, aunque solo sea aproximado, de las controversias actuales y potenciales entre Estados, una mente idealista llegaría a la conclusión de que la inmensa mayoría de las controversias no son justificables desde el punto de vista de la Corte; que esas controversias o no se vuelven o se arreglan por medios políticos. Ello es así, ciertamente, en términos absolutos, pero permítaseme citar aquí el refrán español de que “lo mejor es enemigo de lo bueno”, que en el caso concreto habría que enunciar así: “lo menos malo es enemigo de lo peor”. En la sociedad internacional de nuestros días, la obligatoriedad completa, total y absoluta del arreglo judicial de las controversias entre Estados es hoy por hoy algo así como una estrella del firmamento que señalase a los navegantes la ruta a seguir. La estrella —en este caso la jurisdicción obligatoria— sirve para marcar la ruta pero ella misma es inalcanzable. Porque en tanto que estrella estamos ante una meta inaccesible, al menos en este fin de milenio, y me temo que durante mucho tiempo aún.

En cualquier caso, hay que señalar tanto en el presente como en el futuro más inmediato que el arreglo judicial de las controversias internacionales se caracteriza por la pluralidad y variedad de foros y procedimientos. Porque la Corte Internacional de Justicia ya no es el único tribunal internacional. Dejando de lado jurisdicciones especializadas en cuanto a los círculos regionales en que actúan y a las materias precisas en que son competentes —me estoy refiriendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y a otros— tenemos que saludar la aparición de nuevos tribunales internacionales: el Tribunal de Derecho del Mar, con sede en Hamburgo, creado por la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar, ya en vigor; y el Tribunal de Conciliación y Arbitraje, establecido en Ginebra dentro del marco CSCE (hoy OSCE).

Y digo “saludar” y no “registrar” o “tomar nota” toda vez que la pluralidad de jurisdicciones merece un juicio claramente positivo. En primer

lugar porque, en estos momentos, y a causa del número de asuntos, la Corte de La Haya está casi en una situación de colapso. Llevar casos ante otros tribunales –Tribunal del Derecho del Mar, Tribunal CSCE– aliviará ese colapso y contribuirá sin duda a superar esa situación. Pero es que, además, la pluralidad de foros crea competencia entre ellos [competencia en el sentido del mercado, competitividad para ser más exactos y no competencia como una manifestación de la jurisdicción], y esa competencia no puede ser más saludable. Se trata, a fin de cuentas, de crear estímulos, de dar facilidades, de atraer a los Estados a la causa del arreglo jurisdiccional de las controversias. Y para ello nada mejor que darles libertad. Entiendo que la coexistencia del arbitraje con el arreglo judicial no solo ha sido posible sino beneficiosa y ello, justamente, por las razones que estamos exponiendo aquí. Y así las cosas, la coexistencia entre sí de que distintas instituciones judiciales internacionales no puede ser sino altamente saludable.

A modo, pues, de recapitulación, vislumbro en el futuro a corto plazo a la Corte Internacional de Justicia como una institución más de las que dirimirán jurisdiccionalmente las controversias entre Estados. Una pieza más, no la única, pero dada su autoridad y representatividad y teniendo en cuenta su vinculación con la Organización de Naciones Unidas, como la institución más importante y la más capacitada para resolver los casos de mayor relevancia. Y no hay que olvidar finalmente la facultad estatutaria de emisión de dictámenes a petición de órganos muy significados de la comunidad internacional organizada, función esta que por la representatividad y autoridad señaladas, hace prever para la Corte en el futuro un papel muy destacado.

THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL

W. A. HAMEL

Background Information

1. Introduction

The Iran-United States Claims Tribunal came into existence as one of the measures taken to resolve the crisis in relations between the Islamic Republic of Iran and the United States of America arising out of the detention of 52 United States nationals at the United States Embassy in Tehran.

The two governments requested the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria to serve as an intermediary in seeking a mutually acceptable solution. Accordingly, it consulted extensively with the governments as to the commitments which each was willing to make in order to resolve the crisis within the framework of the four points stated in the Resolution of 2 November 1980 of the Islamic Consultative Assembly of Iran.¹

1 On 12 September 1980, the Leader of the Revolution listed four conditions for bringing about the release of the hostages: a) return to Iran of the wealth of the former Shah; b) cancellation of the US claims against Iran; c) lifting by the United States of the freeze on Iranian assets; d) guarantees by the United States that it would not interfere in the internal affairs of Iran. On 20 November 1980, the United States confirmed the acceptance of these four conditions "as a basis for resolution of the crisis".

On the basis of formal adherences received from Iran and the United States, the Government of Algeria made two declarations² on 19 January 1981: a) The Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria (General Declaration); and b) The Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration).

The General Declaration records the central commitments of the parties. In exchange for Iran's bringing about the release of the hostages, the United States would, within the framework of and pursuant to the Algiers Declarations, restore the financial position of Iran, in so far as possible, to that which existed prior to 14 November 1979 - the date of the President's freeze order. Restoration of the financial position of Iran was, however, no longer a mere matter of revoking the order freezing assets. Following Iran's announcement that it would withdraw its assets from the United States and President Carter's order freezing Iran's assets, some 450 claims had been filed in US courts and a substantial portion of Iran's frozen assets had been attached in judicial proceedings. As restoration of the financial position of Iran involved the transfer of assets, and as the transfer of assets now required, in addition to the lifting of the freeze order, that judicial attachment be nullified and court proceedings brought to an end, it became necessary, as part of the settlement resolving the crisis, to provide alternative means for the adjudication of pending commercial claims by US nationals against Iran and its state enterprises. Accordingly, the General Declaration (General Principle B), provided, *inter alia*, that the United States "agrees to terminate all legal proceedings in the United States courts involving claims of United States persons and institutions against

2 The details of the obligations of the two governments and their instrumentalities, as well as the other central banks with roles in the settlement, are set out in other written undertakings and agreements which deal with the implementation of the declarations: - Undertakings of the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran with respect to the Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria; - Escrow Agreements; - Technical Arrangement between Banque Centrale d'Algérie as Escrow Agent and the Governor and Company of the Bank of England and the Federal Reserve Bank of New York as fiscal agent of the United States.

Iran and its state enterprises, to nullify all attachments and judgments obtained therein, to prohibit all further litigation based on such claims, and to bring about the termination of such claims through binding arbitration”.

The Claims Settlement Declaration establishes the Iran-United States Claims Tribunal as the mechanism for bringing about “binding third-party arbitration” (Article I), and declares that: “Claims referred to the arbitration Tribunal shall, as of the date of filing of such claims with the Tribunal, be considered excluded from the jurisdiction of the courts of Iran, or of the United States, or of any other court” (Article VII(2)).

With a view to implementing these provisions, the President of the United States issued Executive Order No. 12294 which required courts in the United States to suspend prosecution of all claims over which the Tribunal had jurisdiction. Following challenges to the President’s action by claimants in several courts, the US Supreme Court in *Dames and Moore v. Reagan* concluded that the President of the United States had the authority to dissolve pre-judgment attachments and transfer Iranian assets out of the country, as well as to suspend claims pending in US courts.

The financial arrangements for implementing the Algiers Declarations were contained in several interrelated “technical” agreements among the central banks of the United States, Iran, Algeria, the United Kingdom and the Netherlands. It is convenient to group these in two series of agreements. One series provided for the transfer of amounts totaling some 7.955 billions US dollars held by the Federal Reserve Bank of New York (“the FED”), and in overseas branches of US banks, to an escrow account held by the Banque Centrale d’Algérie in the Bank of England. Immediately upon transfer of these funds, Iran would bring about release of the hostages. When the aircraft carrying the hostages left Iran, the Banque Centrale d’Algérie was obliged to transfer back to the FED 3.667 billion dollars for payment of agreed debts to certain banks, retaining 1.418 billion in the escrow account for payment of amounts claimed but disputed by US or Iranian banks, and transferring the balance, some 2.87 billion dollars, to Iran. The second series of “technical” agreement provided for the transfer to the escrow account of the Banque Centrale d’Algérie, within 6 months of the signing of the agreement, of deposits in US branches of US banks.

A portion of this was to be transferred to Iran, and the remainder, amounting to 1 billion dollars, was to be placed in a special Security Account held in escrow by the Banque Centrale d'Algerie in the Settlement Bank of the Netherlands and earmarked for payment of awards to US claimants made by the Iran-United States Claims Tribunal. Iran agreed to replenish the account so as to maintain a minimum of 500 million dollars in the Security Account against satisfaction of all such awards made in proceedings before the Tribunal.

2. Appointment of members

Article III(1) and (2) of the Claims Settlement Declaration provide as follows:

“1. The Tribunal shall consist of nine members or such larger multiple of three as Iran and the United States may agree are necessary to conduct its business expeditiously. Within ninety days after the entry into force of this agreement, each government shall appoint one-third of the members. Within thirty days after their appointment, the members so appointed shall by mutual agreement select the remaining third of the members and appoint one of the remaining third President of the Tribunal. Claims may be decided by the full Tribunal or by a panel of three members of the Tribunal as the President shall determine. Each such panel shall be composed by the President and shall consist of one member appointed by each of the three methods set forth above.

2. Members of the Tribunal shall be appointed and the Tribunal shall conduct its business in accordance with the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) except to the extent modified by the parties or by the Tribunal to ensure that this agreement can be carried out. The UNCITRAL rules for appointing members of three-member tribunals shall apply *mutatis mutandis* to the appointment of the Tribunal.”

The declarations having entered into force on 19 January 1981, the provisions of Article III(1) of the Claims Settlement Declaration appeared

to prescribe 19 April 1981 as the terminal date for appointment by each government of its "one-third of the members" of a Tribunal of nine, and 19 May 1981 as the terminal date by which "the members so appointed" were to "by mutual agreement select the remaining third of the members and appoint one of the remaining third President of the Tribunal".

The members appointed by Iran, Mr. Mahmoud Kashani, Mr. Shafie Shafeiei and Mr. Seyyed Hossein Enayat, the members appointed by the United States, Mr. Howard M. Holtzmann, Mr. George H. Aldrich and Mr. Richard M. Mosk, the Agent of Iran, Mr. Mohammed Karim Eshragh and the Agent of the United States of America, Mr. Arthur W. Rovine, met for the first time at the Peace Palace on 18 May 1981. Despite lengthy discussions, mutual agreement could not be reached on selection of the "remaining third of the members", and the Agents thereupon twice agreed to postpone the deadline for that purpose, while discussions continued at the Peace Palace utilizing facilities and assistance made available by the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration, Mr. Jacob Varekamp. On 8 June 1981 mutual agreement was reached among the government-appointed members on the selection of Mr. Gunnar Karl Adnreas Lagergren (Sweden), Mr. Pierre Bellet (France) and Mr. Nils Mangård (Sweden) as "the remaining third of the members" ("third-country members") of a Tribunal of nine and on the appointment of Mr. Gunnar Lagergren as President of the Tribunal. The Tribunal issued its first press release, listing its members, on 9 June 1981. On 1 July 1981 the Iran-United States Claims Tribunal held its first meeting in the Peace Palace. It was the only meeting to be open to invited members of the public and the press. Statements were made by the President, the Agent of the Government of the Islamic Republic of Iran, the Agent of the United States of America and by the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration.

Over the years of the Tribunal's existence, members in each category have resigned and new members have been appointed. In addition to these appointments, which are specifically provided for in the Tribunal Rules, the two governments have occasionally appointed members of the Tribunal on an *ad hoc* basis, for specified purposes, by agreement concluded through exchanges of letters.

3. Representation of the two governments

Pursuant to Article VI of the Claims Settlement Declaration. Agents have been designated by the Islamic Republic of Iran and the United States of America to represent each of them at the seat of the Tribunal and to receive notices or other communications in connection with proceedings before the Tribunal.

4. Organization of work

The Claims Settlement Declaration provides that "claims may be decided by the Full Tribunal or by a panel of three members of the Tribunal as the President shall determine". Each such panel is composed by the President, and consists of one member appointed by each of the three prescribed methods of appointment, *i.e.*, there must be one member appointed by each government, and one third-country member who acts as Chairman.

4.1 The Full Tribunal

The Full Tribunal meets in judicial and administrative sessions. In its judicial function it decides disputes between the two governments relating to the interpretation or performance of the Algiers Declarations. It also has jurisdiction to resolve important issues of principle referred to it by one of the Chambers in order to avoid conflicting decisions between them. Determinations by the Full Tribunal have taken the form of orders, awards (including interlocutory awards, interim awards and partial awards), and decisions, all of which are filed, served on the parties and, subject to Article 32 of the Tribunal Rules, made available to the public.

By 30 June 1987 the Full Tribunal had also held 106 meetings in administrative session. Conclusions reached in administrative session are recorded in serially numbered Minutes. Important subjects dealt with by the Full Tribunal in administrative session include the adoption of the Tribunal Rules of Procedures (see Annex IV); adoption of successive annual budgets of the Tribunal; the procedures to be followed in the filing

of claims with the Registry (Administrative Directives Nos. 1-4) and the definitive versions of the Staff Rules and the Financial Regulations.

4.2. *The Chambers*

Presidential Order No. 1 (19 October 1981) set forth the original composition of the three Chambers, as previously determined by the President by lot during the Tribunal's 8th meeting, as follows:

<i>Chamber 1</i>	<i>Chamber 2</i>	<i>Chamber 3</i>
Mr. Lagergren (Chairman)	Mr. Bellet (Chairman)	Mr. Mangård (Chairman)
Mr. Kashani	Mr. Shafeiei	Mr. Enayat
Mr. Holtzmann	Mr. Aldrich	Mr. Mosk

The composition of the Chambers as at 30 June 1987 was:

<i>Chamber 1</i>	<i>Chamber 2</i>	<i>Chamber 3</i>
Mr. Böckstiegel (Chairman)	Mr. Briner (Chairman)	Mr. Virally (Chairman)
Mr. Mostafavi	Mr. Bahrami	Mr. Anzari
Mr. Holtzmann	Mr. Aldrich	Mr. Brower

Members of the Tribunal who have resigned, continue to serve as members of the Tribunal pursuant to Article 13(5) of the Tribunal Rules for the purpose of completing cases in which they have participated.

Pursuant to a decision of the Full Tribunal at its 10th meeting, all claims filed with the Tribunal were initially allocated to Chambers by lot.

The rules to apply thereafter to any re-allocation of judicial work among the Chambers, and as between the Chambers and the Full Tribunal, are set forth in Presidential Order No. 1 as amended by Presidential Orders Nos. 8, 9 and 10.

As far as the approximately 2800 claims of less than \$ 250,000 ("CLTD") are concerned, a proposal by the Secretary-General of the Tribunal to deal with these on the basis of some system of categorization had led to the distribution of 18 "representative" or test cases to the Chambers for early adjudication. In view of the divergent positions of the two governments on the treatment of the CLTD, the Tribunal later assigned batches of 50 CLTD to the Chambers by lot, and in March 1987 the remainder of these claims was also assigned by lot. Statistics showing progress in the arbitration of cases are contained in paragraph 10, below.

The procedures adopted by the Chambers and the Full Tribunal in deciding cases are governed by the UNCITRAL Arbitration Rules, as modified. Generally, the parties each file two rounds of written submissions, followed by documentary evidence and evidence in rebuttal. In more complex cases, the Tribunal may hold a pre-hearing conference after the written pleadings are filed, in order to clarify procedural issues and assist in the determination of an appropriate schedule for further proceedings leading up to the hearing. Deliberations, which are conducted in private and in strict secrecy, follow as soon as conveniently possible after the hearing. In accordance with the Tribunal Rules, the award contains the reasons on which it is based and may be accompanied by one or more dissenting or concurring opinions (Article 32(3)).

In addition to deciding contested cases, the Tribunal is empowered to record settlement entered into between the parties, in which event it will render an Award on Agreed Terms upon their joint request (Article 34(1)). It is interesting to note in this context that parties have made extensive use of the Tribunal's premises and facilities in conducting negotiations in pending cases, and numerous settlements have resulted.

5. Supporting services and administration

Each member of the Tribunal is assisted in the performance of his responsibilities by one or more legal assistants who, *inter alia*, carry out research and prepare studies as directed. The organization of each Chamber's

workload on a day-to-day basis is entrusted to a legally qualified Chamber Clerk.

A number of other staff provide support and administrative services including, in particular, a Registry, which serves as the official channel of communication between the parties and the Tribunal, and a language department providing the translation and interpretation services necessary to give effect to an agreement between the Agents of the two governments that both English and Farsi would be "official languages" of the Tribunal.

The Tribunal's chief administrative officer is the Secretary-General, who has over-all responsibility for the work of the Secretariat. He is assisted by a Deputy Secretary-General.

The annual budget of the Tribunal, maintained at 4-6 million dollars is, under the Claims Settlement Declaration (CSD Article IV(3)) to be borne equally by the two governments, and as a matter of practice, is met through quarterly contributions.

6. Powers and functions of the President

Acting pursuant to Article III of the Claims Settlement Declaration, the President makes provision for the orderly performance of the Tribunal's functions through "Presidential Orders". Presidential Orders provide, in general, for the appropriate allocation of judicial tasks as between the Chambers and the Full Tribunal, for the maintenance of balance in the case-load allocated to each Chamber, and for ensuring that the arbitral process functions smoothly and efficiently and is not interrupted through the occasional absence of individual arbitrators or by necessary holiday periods.

Thus, for periods during which members of the Tribunal or a Chamber are unavailable, the President may designate a particular Chamber, or the Chairman thereof, to deal with any requests for interim measures and any other urgent matters that might arise in cases before the Full Tribunal or another Chamber. Other Presidential Orders have made fresh designations

of members to Chambers following resignation and replacement or members; effected *ad hoc* substitution of one Chamber Chairman by another, and one party-appointed member of a Chamber by another member appointed by that party, generally as a consequence of temporary absence or indisposition of the usual member; assigned *ad hoc* members of the Tribunal to Chambers; and designated a third-country member of the Tribunal "to carry out functions performed by the President of the Tribunal in administrative matters" until a definitive appointment was made to the vacant office of the President. The President has also given directions providing for the disposition of certain of the claims of less than \$ 250,000. Presidential Orders have suspended proceedings to a greater (No. 27 of 5 September 1984) or more limited (No. 28 of 13 September 1984) extent; varied the range of matters to be dealt with by that Chamber (No. 33 of 6 December 1984); and dissolved it (No. 37 of 30 January 1985).

7. Status, immunities and privileges of the Tribunal

Soon after the representatives of the two governments arrived in The Hague in connection with the establishment of the Tribunal, they began negotiations with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands with a view to concluding one or more agreements covering the status, privileges and immunities of the Tribunal, its members and its staff. Although successive draft texts were prepared by the Ministry, no agreement was reached, and the issue of eventual formal agreement on these matters remains pending.

At the commencement of the Tribunal's work on 1 July 1981, certain rooms of the Peace Palace, and a small staff were placed at the disposal of the Tribunal through the courtesy of the Permanent Court of Arbitration and the Carnegie Foundation. It was clear, however, that the character and scope of the Tribunal's work would require the early rental of separate premises, the recruitment of personnel and the purchase and hire of equipment, all of which would involve the Tribunal in a variety of legal transactions and commitments. Moreover, it seemed appropriate for the arbitrators, as foreign nationals with unique judicial responsibilities placed upon them by intergovernmental agreement, and the members of the

Tribunal's staff to be accorded a special diplomatic status that would facilitate the performance of their tasks.

Pending the conclusion of one or more intergovernmental agreements dealing in detail with these matters, the Tribunal, through the courtesy of the Minister of Foreign Affairs, the Minister of Finance and the Minister of Justice of the Netherlands, the Secretaries-General of their Ministries, and their staffs, was able to obtain clarification through correspondence of the essentials of the status, privileges and immunities of the Tribunal, its members, and its staff.

The Tribunal's immunity and related matters were discussed in judgments rendered by a County Court and, on appeal, by a District Court of the Netherlands in an action brought against the Tribunal by one of its former employees. The District Court having held against the employee, a further appeal was lodged with the *Hoge Raad* (Supreme Court of the Netherlands). Having heard the appeal on 18 October 1985, and taken into consideration the opinion of the Attorney General on the issues involved, the Supreme Court gave judgment for the Tribunal.³

8. The Tribunal's awards and local law

In accordance with a decision of the Tribunal on 3 May 1982, awards of the Tribunal are deposited at the office of the Registrar of the District Court of The Hague.

Based on an interpretation of the provisions of the Netherlands Code of Civil Procedure as conferring a measure of jurisdiction on the District Court of The Hague with respect to proceedings before the Tribunal, and awards rendered by it, applications were filed in that Court aimed at setting aside awards of the Tribunal in nine cases. Subsequently, counsel for the applicant requested that these cases be struck from the roll. Counsel for the respondents having consented, the District Court ordered on 25 September and 20 November 1984 that they be removed from its roll.

3 The judgment is reported in the original Dutch language in: NJ 1986, No. 438. For notes on these judgments, see *ibid.* pp. 1699-1702, and 15 NYIL 1984, pp. 429-432.

Draft legislation concerning the applicability of Netherlands arbitration law to the awards of the Tribunal remains under consideration by Parliament. As at 30 September 1986 the bill had not become law. If the bill as drafted at present is approved by Parliament, it would have the effect of making the Tribunal, insofar as it is engaged in the hearing of civil disputes "subject to Dutch law on arbitration as if it were a civil arbitral body having its seat on Dutch territory . . . The judicial proceedings of the Tribunal and the awards it makes in discharging this part of its task are in principle governed by Articles 620 *et seq.* of the Code of Civil Procedure". However, challenges to the Tribunal's awards would be permitted only in the "exceptional cases" specified in the law.⁴

9. Filing of claims

Rules and procedures

Pending the adoption of rules for the conduct of its business as provided in Article III(2) of the Claims Settlement Declaration, the Tribunal set forth the requirements for the submission of claims pursuant to Article II(1) of that Declaration in Administrative Directives made available to interested parties through the Agents of the two governments. Several provisions of those Administrative Directives were of direct relevance to the functions and authority of the Registrar, thus Administrative Directive No. 1 (4 July 1981) specified the contents of Statements of Claim; the languages to be used (Farsi and English); and the number of copies (12 copies in each language) to be submitted. Article 8 stated:

"[T]he tribunal will promptly deliver copies to the Agents of the two governments. The Agent of the government against which the claim is made (the "Respondent") has the responsibility of promptly delivering a copy of the Statement of Claim to the Respondent. Claimants are not required to deliver their Statements of Claim to the Respondent's

4 It may be noted that the Netherlands Government has meanwhile enacted a new arbitration law of general application. The new (1986) Arbitration Act will form Book IV of the Netherlands Code of Civil Procedure (Articles 1020-1076) and has entered into force on 1 December 1986.

habitual residence, place of business or mailing address. The Statement of Claim is deemed to have been received by the Respondent when physically delivered to the Tribunal for forwarding to the Respondent in accordance with the above-described procedure.”

Administrative Directive No. 2 (19 September 1981), Article 2(b) stated:

“[T]he Tribunal Rules will modify Article 2 of the UNCITRAL Arbitration Rules by adding the following paragraph: The Registrar may refuse to accept any document which is not received within the required time period or which does not comply with the Claims Settlement Declaration or with Tribunal Rules. Any such refusal by the Registrar is, upon objection by an arbitrating party concerned within thirty days of notification of refusal, subject to review by the arbitral tribunal”.⁵

Article 2(c) contained instructions for the Registry on such matters as issue of receipts for documents and the number of copies of documents to be submitted for filing.

The functions of the Registrar and his staff were further clarified, prior to the commencement of filing, by “Provisional instructions to Staff concerning receipt of documents” approved by the Tribunal on 19 October 1981. With the aim of avoiding or minimizing a rush of claimants to file claims on the Registry’s first day of business (20 October 1981), the Tribunal included the following provision in Administrative Directive No. 2:

5 A total of 56 refusals were made by the Registrar pursuant to Article 2(5) of the Tribunal Rules. 42 objections to refusal were filed, and assigned by lot to 13 Chambers for review. Of those, decisions have been filed in 13 claims upholding the refusal by the Registrar, and decisions have been filed in 9 claims overruling the refusal by the Registrar. The latter decisions resulted in the claims concerned being filed by the Registrar. As at 30 June 1987 20 objections to refusal involving 278 claims were pending in the Chambers to which they were assigned. Decisions by the Tribunal on the pending objections to refusal may increase the aggregate number of claims filed.

“Effect of Date of Filing Statement of Claim

- (a) The Tribunal Rules will modify 18 of the UNCITRAL Arbitration Rules by adding the following paragraph:

No priority for the scheduling of hearings or the making of awards shall be based on the date of filing the Statement of Claim.

- (b) The Tribunal Rules will include the following Note to Article 18:

All Statements of Claim with respect to matters as to which the Tribunal has jurisdiction pursuant to paragraphs 1 and 2 of Article II of the Claims Settlement Declaration which are filed between 20 October and 19 November 1981, will be deemed to have been filed simultaneously as of 20 October 1981. All such claims filed between 20 November 1981 and 19 December 1981 will be deemed to have been filed simultaneously as of 20 November 1981. All such claims filed between 20 December 1981 and 19 January 1982 will be deemed to have been filed simultaneously as of 20 December 1981”.

The Registry opened to receive Statements of Claim on 20 October 1981 at 09:00 hours. While 19 January 1982 was the last day for filing of claims pursuant to Article II of the Claims Settlement Declaration, this terminal date did not apply to procedures contemplated under paragraphs 16 and 17 of the General Declaration involving questions or disputes concerning interpretation or implementation of the Declarations (A-Cases).

10. Statistics

Claims filed

In total 3816 cases submitted for filing between 20 October 1981 and 19 January 1982 were filed. Between 19 October 1981 and 30 June 1987 22 A-Cases were filed. The total number of cases filed between 19 October 1981 and 30 June 1987 may be classified as follows:

22	A-Cases ⁶
69	B-Cases ⁷
965	Large Cases ⁸
<u>2782</u>	Claims of less than \$ 250,000
3838	

Statistics up to and including 31 December 1994

1. *Award and other decisions filed*

A. *Awards:*

287	Awards
27	Partial Awards
232	Awards on Agreed Terms
<u>16</u>	Partial Awards on Agreed Terms
562	

B. *Interlocutory and interim awards:*

52	Interlocutory Awards
27	Interim Awards
<u>2</u>	Combined Interim and Interlocutory Awards
81	

-
- 6 Disputes referred to in Article II(3) of the Claims Settlement Declaration as to the interpretation or performance of the General Declaration as specified in paragraphs 16-17 of the General Declaration; as well as questions concerning the interpretation or application of the Claims Settlement Declaration referred to in Article VI(4) of that declaration have a serial number with the prefix A.
- 7 Claims based on Article II(2) of the Claims Settlement Declaration (official claims of the one government against the other) have a serial number with the prefix B.
- 8 Article III(3) Claims Settlement Declaration states: "3. Claims of nationals of the United States and Iran that are within the scope of this agreement shall be presented to the Tribunal either by claimants themselves or, in the case of claims of less than \$ 250,000 by the government of such national."

C. Terminations (by order or decision):

14	A-Cases
18	B-Cases
514	Large Cases
<u>330</u>	Claims of less than \$ 250,000
816	

*D. Decisions 112 in 132 cases**II. Total number of cases finalized by award, decision or order*

15	A-Cases
70	B-Cases
916	Large Cases
<u>2884</u>	Claims of less than \$ 250,000
3885	

III. Notifications

Notifications issued to the Escrow Agent: 364

The total amount awarded to US parties and notified to the Escrow Agent on 31 December 1994.

The total amount awarded to United States Parties and notified to the Escrow Agent to date: US\$ 2,088,127,534.46 and the US Dollar equivalent of £303,196.00, DM 297,051.00 and Rls. 97,132,598 (excluding any interest to be calculated by the Escrow Agent). Of that amount, US\$ 1,641,648,745.76 and the US Dollar equivalent of £303,196.00 and DM 297,051.00 was by Awards on Agreed Terms and Partial Awards on Agreed Terms.

Note: A Total amount (excluding any interest to be calculated) of US\$ 883,447,411.71 and the US Dollar equivalent of Rls. 7,977,343 was awarded or ordered to be paid to Iran and Iranian parties but was not notified to the Escrow Agent as it was not payable from the Security Account. This amount includes the amounts of US\$ 454,390,207.71, US\$

37,900,00.00, US\$ 16,148,022.29 and US\$ 134,128.56, as awarded in Award No. 306-A15 (I:G) -FT, and an amount of US\$ 344,835,970.27 and the US Dollar equivalent of Rls. 423,911 were awarded by Awards on Agreed Terms.

The Award did not specify in exact figures the amount awarded but awarded the amount in Dollar Account No. 1 in excess of US\$ 63,000,000.00 plus interest. Subsequently in a letter from the Agent of the United States, filed 20 April 1988, an amount of US\$ 454,390,207.71 was mentioned as the amount transferred to Bank Markazi Jomhourī Islami Iran on 13 May 1987 and an amount of US\$ 37,900,000.00 as the amount transferred to Bank Markazi on 15 April 1988. In a letter from the Agent of the United States, filed 21 May 1992 (Doc. No. 1088), an amount of US\$ 16,148,022.29 is mentioned as the total of the amounts transferred between 15 April 1988 and 19 February 1992. On 19 February 1992, the final balance of Dollar Account No. 1 was paid by the Federal Reserve Bank of New York to Bank Markazi which was US\$ 134,128.56 as stated also in the letter from the Agent of the Islamic Republic of Iran, filed on 12 May 1992 (Doc. No. 1086).

IV. Oral Proceedings

165	Pre-hearing Conference
279	Hearings
8	Combined Pre-Hearing and Hearing Conferences
452	

11. Awards and other decisions made available to the public

Article 32(5) of the Tribunal Rules states:

“All awards and other decisions shall be made available to the public, except that upon the request of one or more arbitrating parties, the arbitral tribunal may determine that it will not make the entire award or other decision public, but will make public only portions thereof from which the identity of the parties, other identifying facts and trade or military secrets have been deleted”.

The Registry is responsible for supplying the public⁹ on request with copies of awards¹⁰ and other decisions, in accordance with the foregoing rule, and it makes a small charge for doing so.

12. Enforcement of Tribunal award

An award involving payment to a US claimant is notified by the President of the Tribunal to the holder of the Security Account, the Central Bank of Algeria, under agreed routine procedures. On the order of the Algerian Central Bank, payment is made by the Settlement Bank of the Netherlands, at which the Security Account is maintained, to the Federal Reserve Bank of New York, and through it, to the claimant. There is no corresponding fund or stipulated procedure for the payment of amounts awarded to Iran or its nationals.¹¹

In case A21 Iran requested that the Tribunal declare the US Government committed promptly to satisfy any award rendered in favour of "Iran" and against nationals of the United States. In its decision the Tribunal refused that request, but held nevertheless that (1) entering into a treaty carries with it the obligation to fulfill the object and purpose of that treaty; (2) both governments were obligated to treat the Tribunal's awards as valid and enforceable in their respective national jurisdictions; (3) it was incumbent on each government to provide by legislation or other appropriate measures, some procedure or mechanism whereby enforcement might be obtained with-in its jurisdiction and to ensure that the successful party had access to it; and (4) that if no such procedure were made available, or if recourse to it were to result in refusal or undue delay to implement the award, the government concerned would be in violation of its obligations under the Algiers Declarations.

9 The Tribunal's awards and decisions are published in their entirety in: The Iran-United States Claims Tribunal Reports (hereinafter: Iran-US CTR) by Grotius Publications of Cambridge, England.

10 An index to the issues addressed by the Tribunal serving as an unofficial guide to the pronouncements by the Tribunal and its members is annexed each year to the Secretary-General's Annual Report. A consolidated version of these indexes is also available upon request.

11 See *supra* paragraph 10 Statistics, III, for amounts awarded as at 31 March 1987.

**Discurso de Clausura de la
XXIV Sesión del Programa Exterior de la
Academia de Derecho Internacional de La Haya
pronunciado por el Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade,
Director Ejecutivo del Instituto Interamericano
de Derechos Humanos**

Señores Representantes de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Señores Miembros del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Señor Director del Instituto del Servicio Exterior 'Manuel María de Peralta' del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República de Costa Rica; Señores Embajadores; Estimados Colegas Profesores Visitantes y Participantes de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Estimados Colegas del Personal del Instituto Interamericano de Derechos Humanos;

1. Hace algunos días, en la ceremonia de inauguración de la sesión de estudios que ahora termina, tenía yo la ocasión de señalar que este evento constituye una de las más importantes realizaciones en toda la historia del Instituto Interamericano de Derechos Humanos: haber podido co-auspiciar con la prestigiosa Academia de Derecho Internacional de La Haya estas dos semanas memorables de estudios y reflexión sobre los rumbos de algunos de los grandes temas del derecho internacional contemporáneo. En efecto, creo poder decir que los trabajos desarrollados en esta quincena han correspondido a las expectativas iniciales. Con el valioso apoyo del Gobierno del país anfitrión, y la hospitalidad y cordialidad que nos brindó el Instituto del Servicio Exterior 'Manuel María de Peralta' del Ministerio

de Relaciones Exteriores y Culto de la República de Costa Rica, la Academia de Derecho Internacional de La Haya y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos han transformado la sede de nuestra actividad aquí en San José en un templo de cultivo del derecho internacional público y privado, y, en particular, del derecho internacional de los derechos humanos.

2. Estamos muy honrados en contar en este brindis de clausura con la presencia de nuestros queridos Profesores Visitantes Juan Antonio Carrillo Salcedo, José Antonio Pastor Ridruejo, Francesc Vendrell y Willem Hamel, además del representante del Director de MINUGUA. Los Profesores que ya regresaron a sus países de origen, Diego Uribe Vargas, Daniel Bardonnnet, Pedro Nikken, Presidente del IIDH, y Hans van Loon, me pidieron transmitir a los participantes la seguridad de que están espiritualmente con nosotros esta noche para este brindis de confraternización. Antes de tomar el avión de regreso a París, el Secretario General de la Academia de La Haya, Profesor Daniel Bardonnnet, me expresó su complacencia por el alto nivel en que se condujieron los trabajos de esta sesión de estudios, la primera del Programa Exterior de la Academia de La Haya en Centroamérica. Para esto contribuyeron, además de las lecciones y conferencias, las excelentes intervenciones en los seminarios de los distinguidos participantes de los países representados, —de Centroamérica, México y Panamá, del Caribe y de América del Sur, en una atmósfera de respeto y cordialidad y movidos por un espíritu esencialmente académico.

3. La temática abordada correspondió a los temas de especial interés de los países y pueblos de la región, y que integran la agenda internacional contemporánea. Quizás sea este un momento adecuado para proceder a un muy breve resumen de las principales conclusiones o ideas centrales de los cursos y conferencias suministrados. La temática abordada se agrupó en tres ejes centrales: la protección internacional de los derechos humanos, el mantenimiento y la construcción de la paz, y la solución pacífica de las controversias internacionales.

4. En cuanto al primer eje, el de los derechos humanos, retenemos los siguientes mensajes: del curso del Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo,

el de que el sistema europeo de protección internacional de los derechos humanos confirma que, en esta materia, lo esencial está en la existencia de mecanismos judiciales de garantía, accesibles a las personas víctimas individuales de violaciones de los derechos humanos; de mi propio curso, el de que el sistema interamericano de protección internacional de los derechos humanos debe buscar su perfeccionamiento mediante la aceptación de sus mecanismos por todos los Estados del continente americano, su despolitización y jurisdiccionalización, una mayor coordinación entre la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, y la representación legal de las víctimas directamente ante la Corte Interamericana; del curso del Profesor Hans van Loon, el de que en el campo del derecho internacional privado (con atención especial a los derechos del niño), la gran prioridad es la ratificación de las numerosas convenciones existentes por todos los países de la región, seguida del establecimiento de instituciones nacionales para asegurar la instrumentalización de aquellas convenciones.

5. En cuanto al segundo eje, el del mantenimiento y la construcción de la paz, guardamos los siguientes mensajes: de las conferencias del Profesor Diego Uribe Vargas, el de que el derecho internacional tiene que acompañar la evolución de los tiempos, los nuevos temas y los grandes cambios de la sociedad internacional actual, a fin de lograr un orden internacional estable para el cual es imprescindible el derecho a la paz; del curso del Profesor Pedro Nikken, el de que la experiencia adquirida en los recientes casos de El Salvador y Guatemala demuestra que la solidaridad internacional es posible para resolver conflictos internos, pero es necesario instrumentalizarla; del curso del Profesor Francesc Vendrell, el de que la solución real de los conflictos internos se torna posible cuando las partes se percatan de que no hay posibilidad de victoria militar sino más bien de solución negociada, pero esta última debe al menos abrir la puerta para abordar democráticamente las causas de dichos conflictos.

6. En cuanto al tercer eje, el de la solución pacífica de las controversias internacionales, registramos los siguientes mensajes: de las conferencias del Profesor Daniel Bardonnet, el de que no es posible alcanzar la paz sólo por el derecho, sin embargo, hay que desarrollar todos los esfuerzos posibles para hacer progresar el derecho internacional, cuyos avances son

siempre lentos, y requieren un conocimiento sólido y seguro de sus principios y normas; del curso del Profesor José Antonio Pastor Ridruejo, el de que la Corte Internacional de Justicia ha desempeñado durante el tiempo de la guerra fría un papel estimable en la solución de controversias internacionales entre Estados, pero en la época de la distensión es todavía mayor su función pacificadora, y hay que esperar que en el futuro sea todavía más importante la función de la Corte; de las conferencias del Profesor Willem Hamel, el de que el funcionamiento del Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos constituye un ejemplo de cómo un arbitraje internacional puede generar una solución pacífica de una controversia internacional que tenía en sí misma el potencial de una seria amenaza a la paz.

7. Es muy significativo que la presente sesión de estudios termine con un brindis de confraternización entre los Profesores y participantes del evento, los miembros del Consejo Directivo y el valioso personal permanente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Como Director Ejecutivo del IIDH, es para mí un honor el hecho de que la Academia de Derecho Internacional de La Haya, a la cual me siento vinculado por lazos de profunda amistad desde el año de 1971, nos haya apoyado tan significativamente en nuestra determinación de buscar la excelencia académica de la actuación del Instituto Interamericano con atención especial al derecho internacional de los derechos humanos. Es, además, para mí motivo de satisfacción personal el hecho de que, entre los becarios del evento, estuvieran funcionarios del Instituto Interamericano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que es muy importante para la capacitación de aquellos que nos prestan valiosa ayuda en la labor del cotidiano.

8. No podría concluir estas palabras sin una mención especial de agradecimiento a los integrantes del Comité Organizador de esta sesión externa: al Profesor Daniel Bardonnet, con su perenne amistad, por su sabia orientación en todo el proceso preparatorio, y a Willem Hamel y Mara Croese por el seguimiento cuidadoso de dicho proceso por parte de la Academia de La Haya; y, por parte del IIDH, a los integrantes de la fuerza-tarea del Director Ejecutivo para este evento, a Jaime Ordóñez por las providencias iniciales para la realización de la sesión, y a Nicolás Boeglin

por la dedicación en la ejecución del proyecto en todas las etapas. No podría dejar de reiterar los más sinceros agradecimientos al Embajador José Joaquín Chaverri, por la calurosa acogida en el Instituto Diplomático de la Cancillería costarricense, y de extender el reconocimiento a aquellos que condujeron con tanta eficacia el trabajo invisible: a María Caamaño y Liliana Gago y al secretariado del evento, y a la Unidad de Cursos del IIDH dirigida por Maricruz Castro, además de a todos los funcionarios del Instituto Interamericano que directa o indirectamente contribuyeron al éxito de nuestros trabajos, los cuales tendrán ciertamente un gran efecto multiplicador en razón del alto nivel de los participantes.

9. No cabe aquí una despedida formal; confío en que volveremos a vernos en otros eventos y conferencias internacionales. Me resta asegurar, a todos los estimados colegas, que, en San José tienen su casa aquí en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Les deseo un muy buen viaje a sus países de origen, confiando en que estén llevando buenos recuerdos de este país tan hospitalario y de la rica convivencia humana de estas dos semanas. En nuestros países seguiremos trabajando, juntos, en pro del desarrollo del derecho internacional público y privado y, en particular, en pro de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Muchas gracias.

San José de Costa Rica, 06 de mayo de 1995.

A.A.C.T.

**Discurso de Clausura del
Sr. Rodolfo Reyes Rodríguez (Cuba),
Representante de los Participantes de la XXIV Sesión
Exterior de la Academia de Derecho
Internacional de La Haya**

Excelentísimo Señor Tesorero de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Excelentísimo Señor Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Excelentísimo Señor Director del Instituto Manuel María de Peralta de la Cancillería de la República de Costa Rica; Excelentísimos Representantes Diplomáticos acreditados en Costa Rica; Honorables Miembros de las Misiones Internacionales; Distinguidos Periodistas y Corresponsales de la Prensa Extranjera; Amigos todos,

Hemos coincidido profesores y estudiantes, unidos todos, con el propósito fundamental de contribuir al estudio de aspectos del derecho internacional que hoy constituyen puntos esenciales de la agenda internacional.

La oportunidad que en estas dos semanas nos ofrecieron la Academia de Derecho Internacional de La Haya y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos de reunirnos bajo una convivencia jurídico-cultural tendrá una significación profunda en el devenir histórico de nuestros pueblos. Un agradecimiento muy especial a tan prestigiosas instituciones por la inversión humana y financiera realizada para el éxito de este Curso.

Estimados colegas, amigas y amigos,

La superación de la guerra fría no significa el fin de la historia, por el contrario, hoy somos testigos de la profundización de la brecha económica

entre el Norte y el Sur, del resurgimiento de manifestaciones de intolerancia que creíamos sepultadas, entre ellas el racismo y la xenofobia. Estos problemas ponen en relieve la necesidad de conjugar esfuerzos en la búsqueda de soluciones integrales y urgentes con el propósito de asegurar la paz y la seguridad internacionales sobre la base del respeto al derecho internacional.

Un tema que ha suscitado especial inquietud y debate entre los expositores y participantes, es el de las limitaciones del derecho internacional. Quizás sea esta una de las ramas jurídicas en la cual se hacen más explícitas las relaciones entre derecho y política. En donde los intereses prevalecen sobre las normas y principios jurídicos y las consideraciones ideológicas o los puntos de vista de los más fuertes se imponen sobre reglas jurídicas consolidadas.

Sin embargo, aun con su carácter embrionario, con sus limitaciones, con sus imprecisiones, estamos convencidos que como juristas y diplomáticos debemos trabajar para perfeccionar al derecho internacional, para que mecanismos de solución pacífica de controversias o la protección internacional de los derechos humanos se consoliden, o para que principios como la igualdad soberana de los Estados y la no intervención sean una realidad viviente.

No somos optimistas en pensar que podremos eliminar el carácter político que los Estados le imprimen al derecho internacional, pero tampoco somos escépticos como para no bregar por una juridización de las relaciones internacionales.

Estimadas amigas y amigos,

Este Curso también ha permitido establecer la relación entre el hecho político y el hecho jurídico, nos ha permitido evaluar el papel de la Corte Internacional de Justicia y los desafíos de la paz, nos ha ayudado a estudiar el avance en la protección de los derechos humanos en Europa y América Latina.

Igualmente, el Seminario ha sido importante, porque nos permitió entender que la diplomacia preventiva debe ir acompañada de la preven-

ción del conflicto como expresión fundamental del derecho a vivir en una sociedad más humana utilizando cualquier mecanismo ordinario o *ad-hoc* para la concreción de la paz.

En otro orden de ideas, no podemos desestimar los derechos del niño como punto de partida para garantizar el disfrute de todos los derechos del hombre.

En definitiva hemos comprendido que el derecho es dinámico y que su aplicación no puede perder de vista los cambios que se están suscitando a nivel mundial.

El derecho internacional público se manifiesta como un puente entre el deseo de justicia y la necesidad de aplicación de la norma jurídica, convirtiéndose así en la principal herramienta que tiene hoy la humanidad para construir un mundo diferente.

Como comprenderán, han sido días de intenso debate académico, y no podemos menos que agradecer a los distinguidos profesores, quienes a pesar de sus múltiples ocupaciones aceptaron la oportunidad de compartir sus conocimientos con jóvenes latinoamericanos en el empeño de construir un mejor mañana y nuestro anhelo por entregar a las futuras generaciones un futuro de progreso y paz:

Así, al destacado jurista Doctor Daniel Bardonnet, quien nos ofreció juicios críticos sobre el sistema de solución judicial a las controversias internacionales;

Al brillante Profesor Antônio A. Cançado Trindade, quien realizó un profundo análisis crítico del sistema interamericano de protección de los derechos humanos;

Al destacado Profesor van Loon, quien con atinada propiedad, nos expuso una temática de extraordinaria importancia humana como lo es la protección de los derechos del niño en el marco del derecho internacional privado;

Al Doctor Diego Uribe Vargas, ilustre maestro, quien con extraordinaria elocuencia abordó la importancia del derecho a la paz;

Al calificado Profesor Pedro Nikken, quien desarrolló el complejo tema de la solución pacífica de controversias en Centro América;

Al eminente Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, quien hiciera una brillante exposición sobre el sistema europeo de protección de los derechos humanos;

Al reconocido jurista José Antonio Pastor Ridruejo, quien nos ofreciera precisos comentarios sobre el funcionamiento de la Corte Internacional de Justicia de La Haya;

Al distinguido Profesor Willem Hamel, por su importante análisis de los casos ventilados ante el Tribunal de Reclamaciones el Caso Irán-Estados Unidos;

Al distinguido señor Francesc Vendrell, Alto Funcionario de la Naciones Unidas y bien calificado profesor, por sus claros y elocuentes análisis del papel de las Naciones Unidas en el proceso de paz en Centro América y en la solución del conflicto en Haití.

En especial a todas y cada una de las personas que han hecho posible el éxito de este curso, especialmente a nuestro coordinador Nicolás Boeglin y sus bellas y hermosas asistentes. De igual manera llegue nuestro reconocimiento a la Sra. Mara Croese, del Secretariado de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

No podemos dejar de expresar nuestro agradecimiento profundo a los participantes en este Curso, tanto nacionales como extranjeros, que hicieron fecunda la realización de este evento con aportaciones importantes que debido a la brevedad del tiempo es imposible individualizar.

En nuestras menciones de agradecimiento merecen un lugar especial el Instituto de Servicio Exterior Manuel Marfa de Peralta y el Ministerio de

Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica, que no sólo brindaron la sede a este Curso sino que contribuyeron sustancialmente con el desarrollo del mismo brindando su hospitalidad y apoyo.

Además, deseamos expresar nuestro compromiso de difundir los conocimientos y principios de derecho aquí adquiridos, y prestar toda nuestra contribución a este proceso de hacer del mundo el hogar común regido por normas y sistemas de derecho que garanticen la justicia, la paz y el desarrollo económico y social de nuestros pueblos.

Finalmente, colegas y estimadas amigas y amigos, al cumplirse el centenario de la muerte del procer latinoamericano José Martí, esforcémosnos por convertir en realidad el sueño bolivariano sintetizado en la convicción del apóstol cubano, de que la ley primera de nuestras Repúblicas debe ser el respeto a la dignidad plena del hombre. Muchas gracias.

ANEXO I : PROGRAMA

a) PROGRAMA DE LA SESIÓN

I. Cursos y seminarios

La protección internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE
Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La protección internacional de los derechos humanos en el sistema europeo

Juan Antonio CARRILLO SALCEDO
Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla, ex Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos

Los mecanismos *ad hoc* en América Central para el mantenimiento de la paz

Pedro NIKKEN
Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Internacional de Justicia: balance y perspectivas

José Antonio PASTOR RIDRUEJO
Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Complutense de Madrid

La protección de los derechos del niño, en particular desde el punto de vista del derecho internacional privado

J. H. Hans van LOON
Primer Secretario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya

La ONU y la OEA: diplomacia preventiva, "*peace-making*", "*peace-keeping*" y "*peace-building*"

Francesc VENDRELL
Director de la División del Asia Oriental y Pacífico, Departamento de Asuntos Políticos de la ONU, Nueva York

II. Conferencias

Las posibilidades y los límites del recurso al arreglo jurisdiccional de las controversias internacionales

Daniel BARDONNET
Secretario General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad de Paris II

El Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos

Willem A. HAMEL
Miembro del Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos

El derecho a la paz

Excmo. Embajador Diego URIBE VARGAS
Profesor en la Universidad Nacional de Colombia, ex Embajador de Colombia en Francia, ex Canciller de Colombia

b) PROGRAMME DE LA SESSION

I. Cours et séminaires

La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre américain

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE
Directeur Exécutif de l'Institut Inter-américain des Droits de l'Homme, Juge à la Cour Inter-américaine des Droits de l'Homme

La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen

Juan Antonio CARRILLO SALCEDO
Professeur à l'Université de Séville, ancien Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Les mécanismes *ad hoc* en Amérique Centrale pour le maintien de la paix

Pedro NIKKEN
Président de l'Institut Inter-américain des Droits de l'Homme, ancien Président de la Cour Inter-américaine des Droits de l'Homme

La Cour internationale de Justice: bilan et perspectives

José Antonio PASTOR RIDRUEJO
Professeur à l'Université Complutense de Madrid

La protection des droits de l'enfant, en particulier du point de vue du droit international privé

J.A. Hans van LOON
Premier Secrétaire à la Conférence de La Haye sur le Droit International Privé

ONU et OEA: diplomatie préventive, "*peace-making*", "*peace-keeping*" et "*peace-building*"

Francesc VENDRELL
Directeur de la Division d'Asie de l'Est et du Pacifique, Département des Affaires Politiques des Nations Unies, New York

II. Conférences

Les possibilités et les limites du recours au règlement juridictionnel des différends internationaux

Daniel BARDONNET
Secrétaire général de l'Académie de Droit International de La Haye, Professeur à l'Université de Paris II

Le Tribunal des réclamations
Iran/Etats-Unis

Willem A. HAMEL
Membre du Tribunal des réclamations Iran/
Etats-Unis

Le droit à la paix

S.E. Diego URIBE VARGAS
Professeur à l'Université nationale de
Colombie, ancien Ministre des Affaires
Etrangères de la Colombie

c) SESSION PROGRAM

I. Courses and seminars

The international protection of human rights in the inter-American system

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE
Executive Director of the Inter-American Institute of Human Rights, Judge of the Inter-American Court of Human Rights

The international protection of human rights in the European system

Juan Antonio CARRILLO SALCEDO
Professor of International Law, University of Seville, former Judge of the European Court of Human Rights

The *ad hoc* mechanisms in Central America for peace-keeping

Pedro NIKKEN
President of the Inter-American Institute of Human Rights, former President of the Inter-American Court of Human Rights

The International Court of Justice: appraisal and perspectives

José Antonio PASTOR RIDRUEJO
Professor of International Law, Complutense University of Madrid

The protection of the rights of the child, in particular from the perspective of private international law

J. A. Hans van LOON
First Secretary of the Hague Conference on Private International Law

The UN and the OAS: preventive diplomacy, peace-making, peace-keeping and peace-building

Francesc VENDRELL
Director of the East Asia and Pacific Division, Department of Political Affairs of the United Nations, New York

II. Lectures

Possibilities and limits of the recourse to the jurisdictional settlement of international disputes

Daniel BARDONNET
Secretary General of The Hague Academy of International Law, Professor of the University of Paris II

The Iran/United States Claims
Tribunal

Willem A. HAMEL
Member of the Iran/United States Claims
Tribunal H.E.

The Right to Peace

Diego URIBE VARGAS
Professor at the National University of
Colombia, former Minister of Foreign
Affairs of Colombia

ANEXO II: COMITÉ DE ORGANIZACIÓN DE LA SESIÓN

Daniel Bardonnnet

Secretario General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya

Antônio Augusto Cançado Trindade

Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Willem A. Hamel

Tesorero de la Academia de Derecho Internacional de La Haya

Mara Croese

Jefe del Secretariado de la Academia de Derecho Internacional de La Haya

Nicolás Boeglin Naumovic

Asesor del Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Países de los participantes en la XXIV Sesión Externa:

Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Venezuela

Lugar de la XXIV Sesión Externa:

Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República de Costa Rica

ANEXO III: PROFESORES Y CONFERENCISTAS

Daniel BARDONNET

Secretario General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Profesor de Derecho Internacional (Universidad de Paris II), Asociado del *Institut de Droit International*.

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge), Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Profesor Titular en la Universidad de Brasilia y en el Instituto Diplomático Río Branco, ex Consultor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil (1985-1990).

Juan Antonio CARRILLO SALCEDO

Catedrático de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, antiguo miembro de la Comisión Europea de Derechos Humanos (1979-1985) y antiguo Juez en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1986-1992). Diplomado de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

Willem A. HAMEL

Director General de la Fundación Carnegie, Tesorero de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Miembro del Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos, Ex *Attaché* a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

Hugo LORENZO

Oficial Político de la Misión de las Naciones Unidas para la Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala (MINUGUA), Vice-Presidente del Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura.

Pedro NIKKEN

Profesor de la Universidad Central de Venezuela, Presidente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Experto Independiente de las Naciones Unidas para El Salvador (1992-1995).

José Antonio PASTOR RIDRUEJO

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid, Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, Diplomado de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Miembro del *Institut de Droit International*.

Diego URIBE VARGAS

Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia, exEmbajador de Colombia en Francia, exCanciller de Colombia, Miembro del Curatorium de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

J. H. Hans VAN LOON

Primer Secretario de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, La Haya.

Francesc VENDRELL

Director de la División del Asia Oriental y Pacífico, ex Director de la División América, Departamento de Asuntos Políticos de la ONU, Nueva York; ex- Representante Personal Adjunto del Secretario General de la ONU para el Proceso de Paz en Centroamérica; ex-Asesor Político de la Misión ONU/OEA en Haití.

**ANEXO IV:
PARTICIPANTES
EN LA SESIÓN**

AGUILAR CASTRO, Vladimir (Venezuela), Profesor Universitario

AGUILAR URBINA, Francisco José (Costa Rica), Presidente, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

AGUILAR VIQUEZ, Irene (Costa Rica), Asistente, Instituto Interamericano de Derechos Humanos

ALVARENGA PAZ, Ada (El Salvador), Jefe de Asistencia Social, Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador

APARICIO ALBA, Raúl René (Panamá), Profesor, Universidad Nacional de Panamá

BLONDA FONDEUR, Claudia Raquel (República Dominicana), Abogada, Centro Trabajo Social Dominicano - ACNUR

BOGAERT MARRA, Gerardo Miguel (República Dominicana), Asistente, Secretaría de Relaciones Exteriores de la República Dominicana

CELORIO MANCERA, Marcela (México), Directora de Nacionalidad y Naturalización, Secretaría de Relaciones Exteriores de México

CORDERO DIAZ, Mayerlyn (República Dominicana), Consejera, Secretaría de Relaciones Exteriores de la República Dominicana

COSSIOCEJAS, Mario (Bolivia), Embajador de Bolivia, Embajada de Bolivia en Costa Rica

COTO ECHEVERRÍA, Randolf (Costa Rica), Coordinador Académico, Instituto del Servicio Exterior Manuel María de Peralta

CHARTIER FUSCALDO, Michel (Costa Rica), Asesor legal, Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica

DULITZKY, Ariel E. (Argentina), Director del Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL/Mesoamérica

FERNANDEZ ANGLADA, Gloriana (Costa Rica), Asistente, Instituto Interamericano de Derechos Humanos

GARCIA GONZALEZ, Carlos Enrique (El Salvador), Jefe Asuntos del Caribe, Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador

GARCIA HERNANDEZ, Jorge (México), Profesor, Universidad Autónoma de México

GONZALEZ CIFUENTES, Harold Giovanni (Colombia), Abogado

GUTIERREZ COLLAZO, Eduardo (Cuba), Dirección Jurídica, Ministerio de Relaciones Exteriores de Cuba

HERNANDEZ BOLAÑOS, Rita (Costa Rica), Subdirectora del Departamento de Tratados, Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica

JIMENEZ ARANAGA, Martha Liliana (Colombia), Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales, Defensoría del Pueblo de Colombia

MANNIX ARNOLD, Mary Anne (Costa Rica) Abogada, Corte Suprema de Justicia

MAZZA LOPEZ, Tania (Venezuela), Profesora, Universidad Central de Venezuela

MENDEZ TRATEROL, Wilmer (Venezuela), Segundo Secretario, Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela

MUJICA BAUTISTA, Francisco Eudes (Venezuela), Profesor, Universidad de Los Andes

MONJARREZ SALGADO, Luis Enrique (Nicaragua), Profesor, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Nicaragua (UNAN- León)

MORA CERDAS, Ricardo Alejandro (Costa Rica), Abogado y notario

OCHAETA ARGUETA, Ronalht (Guatemala), Director Ejecutivo, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala

ORANTES JIMENEZ, José Antonio (El Salvador) Profesor, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas

OSSA HENAO, Carmelita (Colombia), Consultora en derecho internacional independiente, Ex-Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia

REINA DARACT, Ana María (Argentina), Secretaria Adjunta, Corte Interamericana de Derechos Humanos

REYES RODRIGUEZ, Rodolfo (Cuba), Oficina de Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores de Cuba

RODRIGUEZ CHACON, Germán Humberto (Colombia), Estudiante, Universidad Nacional de Colombia

RODRIGUEZ RESCIA, Víctor Manuel (Costa Rica), Abogado, Corte Interamericana de Derechos Humanos

SAENZ MURILLO, Federico (Costa Rica), Asesor Legal, Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica

SARRACINO RIVERO, Giselle (Cuba), Profesora, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana-Colina Universitaria

SCHROEDER LEIVA, José Alberto (Costa Rica), Abogado y notario

TACSAN CHEN, Joaquín (Costa Rica), Director del Centro para la Paz y la Reconciliación, Fundación Arias para la Paz

URIBE AVIÑA, Víctor Manuel (México), Abogado, Secretaría de Relaciones Exteriores de México

VIVEROS JUSTAVINO, Luzmila (Panamá), Abogada

VOLIO ECHEVERRIA, Fabián (Costa Rica), Procurador, Procuraduría General de la República de Costa Rica

VOLQUEZ MINAYA, Aimée Ayesa (República Dominicana), Primera Secretaria, Secretaría de Relaciones Exteriores de República Dominicana

WALDER MELIGES, Tamara (Venezuela), Abogada, Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela

ZERBINI RIBEIRO L., Renato (Brasil), Jefe del Proyecto de Derechos de los Pueblos Indígenas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos