

REVISTA

IIDH

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



25

IIDH

Enero - Junio 1997

REVISTA IIDH

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

Revista 341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. /Nº 1 (Enero/junio 1985)-.

-San José, C.R.: El Instituto, 1985-

v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos - Publicaciones periódicas.

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

© 1997, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

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

Diagramación y montaje electrónico de artes finales: Walter Meoño S.

Impresión litográfica: Mundo Gráfico S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1.000) San José, Costa Rica.

Se solicita atenderse a las normas siguientes:

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

LA REVISTA IIDH ES PUBLICADA SEMESTRALMENTE. EL PRECIO ANUAL ES DE US\$30,00 y DE US\$20,00 PARA ESTUDIANTES. EL PRECIO DEL NÚMERO SUELTO ES DE US\$15,00. SUSCRIPTORES DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ DEBEN INCLUIR US\$3,00 POR ENVÍO; SUR Y NOROCCIDENTE US\$4,00, EUROPA, ÁFRICA, ASIA, US\$6,00.

TOODOS LOS PAGOS DEBEN SER HECHOS EN CHEQUES DE BANCOS NOROCCIDENTALES O GIROS POSTALES, A NOMBRE DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. RESIDENTES EN COSTA RICA PUEDEN UTILIZAR CHEQUES LOCALES EN DOLARES. SE REQUIERE EL PAGO PREVIO PARA CUALQUIER ENVÍO.

DIRIGIR TODAS LAS ÓRDENES DE SUSCRIPCIÓN A LA UNIDAD EDITORIAL DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1.000) SAN JOSÉ, COSTA RICA.

LAS INSTITUCIONES ACADÉMICAS INTERESADAS EN ADQUIRIR LA REVISTA IIDH, MEDIANTE CANJE DE SUS PROPIAS PUBLICACIONES, PUEDEN ESCRIBIR A LA UNIDAD EDITORIAL, REVISTA IIDH, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1.000), SAN JOSÉ, COSTA RICA, FAX: (506) 234-0955.

ÍNDICE

DOCTRINA

DEFENSA PENAL ANTE EL TRIBUNAL DE LA ONU PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA.....	11
Kai AMBOS	

EL CONTROL INTERNACIONAL DE LAS ORGANIZACIONES NO-GUBERNAMENTALES	29
Felipe GONZÁLEZ	

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA GUERRA Y EN LA PAZ DE CENTROAMÉRICA.....	45
Pedro NIKKEN	

AMICUS CURIAE

HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA BRIGADIER ROPERO Y OTROS, TUTELA N° T-116.357, ESCOGIDA PARA REVISIÓN.....	65
---	----

COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA OPINIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA: CASO GENIE LACAYO	101
León Carlos ARSLANIAN	

LA SENTENCIA DE REPARACIONES DEL CASO ALOEBOETOE Y OTROS: UN PUNTO DE VISTA ANTROPOLÓGICO	109
Marisol MOLESTINA	

PRESUMPTION OF VERACITY, NONAPPEARANCE, AND DEFAULT IN THE INDIVIDUAL COMPLAINT PROCEDURE OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM ON HUMAN RIGHTS.....	125
Diego RODRÍGUEZ PINZÓN	

**CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

ACTIVIDADES ENERO-JUNIO 1997	151
---	------------

**COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

ACTIVIDADES ENERO-JUNIO 1997	303
---	------------

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA AMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1996-II)	327
---	------------

PRESENTACIÓN

Estimados lectores:

Tengo la satisfacción de presentarles la Revista IIDH N° 25 correspondiente al período Enero-Junio 1997, que dedicamos a diferentes temas de importancia en el acontecer diario de la comunidad de derechos humanos del continente, y mundial. Siguiendo el sostenido esfuerzo del IIDH en el tema de la jurisdicción internacional penal, incluimos una valiosa contribución del señor Kai Ambos del Instituto Max Planck de Friburgo, en torno a aspectos novedosos del Tribunal Penal Internacional de la ONU para la ex Yugoslavia.

Nuestro Presidente Pedro Nikken nos honra nuevamente con un ensayo sobre el papel trascendental que han tenido los derechos humanos en la construcción y en el fortalecimiento de la paz en Centroamérica. Nos es grato consignar que tal ensayo sirvió de base al discurso que el Dr. Nikken pronunció al incorporarse en 1997, a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

Finalmente, Felipe González, de la Universidad Diego Portales de Chile, comparte con nosotros sus reflexiones sobre un aspecto altamente polémico pero poco estudiado en doctrina, como lo es el sistema de control internacional de las organizaciones no gubernamentales. En nuestra sección de *Amicus Curiae*, hemos incluido esta vez un *amicus* relativo al tema de los desplazados internos en Colombia, y en nuestra ya consolidada sección sobre la Práctica de los Órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, un estudio del jurista argentino León Carlos Arslanian, ex juez de la Cámara Federal en lo Penal de Buenos Aires, con el tema de la jurisdicción militar y la protección de los

derechos humanos. Se presenta también un inusual análisis antropológico de una sentencia de la Corte, de la antropóloga colombiana Marisol Molestina. Esta sección incluye además un estudio muy completo de Diego Rodríguez Pinzón, de la Universidad de Los Andes de Colombia, sobre el sistema de peticiones individuales del sistema interamericano.

La variedad de los temas y de los autores reunidos en este número, es evidencia una vez más de la riqueza de los trabajos de la comunidad académica de derechos humanos, para la difusión de las cuales, el IIDH presta nuevamente su muy decidida contribución.

Juan E. Méndez
DIRECTOR EJECUTIVO DEL IIDH

DOCTRINA

DEFENSA PENAL ANTE EL TRIBUNAL DE LA ONU PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA*

*Kai Ambos***

INTRODUCCIÓN

Debido al creciente número de procesos por delitos cometidos en la antigua Yugoslavia que se están desarrollando ante el Tribunal penal *ad hoc* (ICTY¹) instaurado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se ha despertado un interés cada vez mayor por la actividad de dichos Tribunales, tanto en la opinión pública como en el círculo de juristas y, en especial, de los abogados defensores alemanes. Este interés seguirá aumentando cuando en 1998 se cree en el seno de una Conferencia de Estados un Tribunal penal internacional permanente, cuya competencia –territorialmente ilimitada– se extenderá al conocimiento de delitos de carácter internacional.² Con ocasión de tales circunstancias, se procederá a presentar brevemente al lector cómo se desarrollará el

* Traducción de *Alicia González Navarro*, Becaria de Formación de Personal Investigador, Área de Derecho Procesal de la Universidad de La Laguna (Tenerife/España).

** Doctor en Derecho (Universidad de Munich). Referente científico del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Freiburg i. Br.), encargado de las secciones Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica. Asistente científico (prof. asistente) de la Universidad de Freiburg.

1. International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. Cfr. Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 808, del 22-2-1993, en *Human Rights Law Journal* (HRLJ) 1993, p. 197; también en Report Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), 3-5-1993, Documento de las NN.UU., p. 25.704 (en: HRLJ 1993, pp. 198 y ss), parágrafo 28), y –de la ya inabarcable literatura (internacionalista)– por ejemplo *Roggemann*, Der internationale Strafgerichtshof der Vereinten Nationen von 1993, Berlín, 1994; *Bassiouni/Manikas*, The Law of the ICTY, New York, 1996. Cfr. también internet: <http://www.un.org/icty>.
2. En cuanto a sus fundamentos jurídicos ver más información en *Ambos*, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), 1996, pp. 263 y ss.

proceso ante el ICTY (I.), abordándose en especial la situación del abogado y del inculpado en dicho proceso(II.).

I.

DESARROLLO DEL PROCESO ANTE EL ICTY

El Estatuto del ICTY (en adelante Estatuto³) no regula el proceso de forma exhaustiva. Sólo once (arts. 18-23, 25-29) de sus 34 artículos se refieren a cuestiones procesales en sentido estricto. Por ello, el art. 15 del Estatuto establece que los jueces deben dotarse a sí mismos de un ordenamiento procesal. Estas "Reglas procesales y probatorias"⁴ (en adelante "Reglas") contienen lo que podríamos denominar el código de procedimiento por el que se rige el ICTY. Del art. 15 del Estatuto se deduce que el procedimiento en primera instancia se divide en una fase de investigación (*pre-trial phase*) y en un juicio oral (*trial proceedings*); además existe también un procedimiento de apelación (*appeals*).

1. Fase de investigación (*pre-trial phase*)

La fase de investigación se iniciará por el órgano de la acusación pública (*prosecutor*) de oficio o a causa de informaciones obtenidas por cualquier tipo de *fente (from any source)* (art. 18.1 del Estatuto), actuando aquél independientemente, como órgano autónomo del Tribunal (art. 16.2 del Estatuto).⁵ Sobre la base de las informaciones obtenidas, el órgano representante de la acusación pública decidirá si los presupuestos que se dan son suficientes (*sufficient basis*) para que pueda continuar el proceso (art. 18.1, inciso 2° del Estatuto). La acusación pública, en su caso con el apoyo de otras autoridades estatales (art. 18.2, inciso 2° en relación con el art. 29 del Estatuto), tiene extensos poderes en el marco de la investigación, como por ejemplo, interrogar a sospechosos, víctimas y testigos, practicar pruebas (adicionales) e inspecciones oculares (art. 18.2, inciso 1° del Estatuto; cfr. también Reglas 39-41). Al final de la investigación, el órgano acusador podrá bien archivar la causa por falta de presupuestos suficientes, en el sentido del art. 18.1, inciso 2° del Estatuto, o bien redactar –en el

3. Cfr. Report Secretary General, supra nota 1, parágrafo 32 y ss. (también en: HRLJ, 1996, pp. 211 y ss.; Zeitschrift für allgemeines öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), 1994, pp. 416 y ss.

4. *Rules of Procedure and Evidence*, 11-2-1994, reformadas por último el 25-7-1997 (IT/32/REV11), internet: <http://www.un.org/icty/rev11-e.htm>.

5. El ICTY se compone de dos Salas penales (*trial chambers*) de primera instancia, y de una Sala de apelación (*appeals chamber*), las cuales se componen de tres y cinco jueces, respectivamente (arts. 11 y ss. del Estatuto). Además, la acusación pública (*prosecutor*) y la oficina judicial, también estarán adscritas a la organización del ICTY (art. 11 del Estatuto).

supuesto de que se dé el así denominado *prima facie case*— el escrito de acusación (*indictment*, art. 18.4 del Estatuto),⁶ el cual será entregado para su posterior examen a un juez⁷ mandado a llamar por el Presidente del Tribunal (*ibid.*, Regla 47).

El escrito de acusación debe contener los datos personales del inculpado, una exposición detallada de los hechos que se le imputan, y el reproche jurídico-penal que se le hace al inculpado (art. 18.4 del Estatuto; Regla 47 A ii). Antes de su examen por el juez, el escrito de acusación podrá ser modificado o retirado en cualquier momento; después de la confirmación judicial (la cual se estudiará ahora mismo), la modificación o retirada de la acusación sólo procederá previo acuerdo del juez, mientras que después de la práctica de la prueba en la vista principal, será necesario la aprobación de la Sala penal competente si se quiere llevar a cabo alguna modificación o la retirada del escrito de acusación (Regla 50 A, 51). El escrito de acusación que haya sido objeto de modificación deberá ser puesto en conocimiento del acusado y de su defensor, debiéndose otorgar tiempo suficiente para preparar la nueva defensa (Regla 50 A, inciso 2º, B y C). Por regla general, el escrito de acusación no tendrá carácter secreto (Regla 52); sin embargo, en interés de la justicia (*in the interests of justice*), podrá ser declarado total o parcialmente secreto (Regla 53).

El juez podrá confirmar el escrito de acusación (cuando esté convencido de que la acusación pública haya conseguido acreditar un caso de *prima facie*), o bien, en caso contrario, rechazarlo (art. 19.1 del Estatuto). El examen del escrito de acusación, en el marco del cual habrá de ser oído el órgano de la acusación, podrá llevar sólo al rechazo de determinados puntos contenidos en el escrito de acusación, los cuales podrán ser de nuevo objeto de acusación, siempre que se dé la concurrencia de pruebas adicionales (Regla 47 E). Confirmada la acusación, el juez podrá, a instancia del órgano representante de la acusación, ordenar medidas coercitivas, tales como la detención y conducción forzosa del acusado (art. 19.2 del Estatuto).

Tales medidas también las podrá ordenar el juez de oficio, según la Regla 54, debiendo dar conocimiento de ellas a las autoridades nacionales del Estado donde tenga su domicilio o resida el acusado. Además, también se le dará a conocer a la citada autoridad tanto el escrito de acusación como la información de los derechos del acusado

6. Cfr. También la Regla 47 (A), que habla de "sufficient evidence to provide reasonable grounds for believing that suspect has committed a crime".

7. Según la Regla 28, el Presidente seleccionará cada seis meses un juez de Sala. Cada uno de estos jueces se encargará durante catorce días del examen del escrito de acusación y de la ordenación de medidas coercitivas.

(Regla 55 A, B; 59 bis A), estando aquéllas obligadas a poner al acusado a disposición judicial lo antes posible (art. 20.2 del Estatuto, Regla 56). El acusado habrá de ser informado de sus derechos desde la primera detención de forma que pueda entenderlos (art. 20.2 del Estatuto, Regla 59 bis B).

2. Juicio oral (Trial proceedings)

Con la confirmación judicial de la acusación se abre el juicio oral. Cuando el acusado –en ejecución de las órdenes judiciales anteriormente citadas– sea puesto a disposición de la Sala penal competente, deberá ser en esta *initial appearance* (nuevamente) instruido sobre sus derechos de forma detallada, habiendo de examinarse si éstos han sido debidamente salvaguardados (art. 20.3 del Estatuto; Regla 62 i, ii). Acto seguido se le dará la posibilidad de reconocerse culpable o inocente (art. 20.3 del Estatuto; Regla 62, iii-v).⁸ Si el acusado se reconoce culpable, se fijará inmediatamente una fecha para la celebración de la vista en la cual se llevará a cabo la medición judicial de la pena (*pre-sentencing hearing*); en caso contrario, se fijará la fecha para la celebración del juicio (normal) (Regla 62 iv, v).

A más tardar en este momento se hace perceptible la influencia del proceso adversatorio angloamericano: por un lado, se introduce el *guilty plea*, y por otro queda clara la separación entre la resolución judicial que contiene la sentencia y aquella que sólo contiene la medición de la pena.⁹ El proceso regulado en la Regla 61 para los supuestos de falta de ejecución de una orden de prisión (*procedure in case of failure to execute a warrant*) también tiene sus raíces en el proceso de partes adversatorio, por lo que con ello se introduce una suerte de proceso en ausencia del acusado de carácter disciplinario: si, a pesar de que la acusación pública haya hecho todo lo posible para ello, la orden de prisión no puede ser ejecutada pasado un tiempo determinado, entonces tendrá lugar un proceso ante la Sala penal competente en ausencia del acusado, con práctica de prueba incluida. Si la Sala penal está convencida de que las pruebas introducidas por la acusación son razonablemente fundadas (*reasonable grounds for believing*) confirmará la acusación (ino expide una sentencia condenatoria!). Seguidamente deberá publicar una orden internacio-

8 Regla 62 iii: "...to enter a plea of guilty or not guilty on each count."

9. Así en el caso Erdemovič, inmediatamente después de su confesión, se fijó la fecha para la vista de medición de la pena (ICTY: Trial Chamber I, Sentencing Judgement, Drazen Erdemovič, Case No. IT-96-22-T, 29-11-96, internet:<http://www.un.org/icty/jure22.htm>). También para el Tribunal penal internacional permanente está prevista la separación entre la resolución que contiene la sentencia y aquella que sólo contiene la medición de la pena, cfr. *Ambos*, ZRP 1996, p. 266.

nal de prisión e indicar a los estados interesados que tomen medidas provisionales que determinen la congelación de los efectos patrimoniales del acusado. Si la falta de ejecución de la orden de prisión se debe a la no cooperación de un estado, la Sala penal deberá determinar si ello realmente es así, y el Presidente del Tribunal informará en este sentido al Consejo de Seguridad de NNUU. Finalmente, la aplicación de una *subpoena* (Regla 54) con el consecuente castigo de un testigo a causa de *contempt of the tribunal* (Regla 77), también es un instituto propio del proceso adversatorio.¹⁰

Tras la primera comparecencia del acusado, el órgano de la acusación deberá, *as soon as practical*, poner en conocimiento de la defensa todo el material en que se apoye la acusación, así como otros documentos que puedan resultar de importancia para la preparación del juicio oral (Regla 66 A, B). Sin embargo, si se trata de informaciones que puedan hacer peligrar otras investigaciones en curso o perjudicar los intereses de seguridad de algún estado, entonces el órgano de la acusación podrá solicitar ante el Tribunal de primera instancia que se le exima del deber de dar a conocer tal información. Ello no obstante, deberá presentar al Tribunal *in camera* la información que se tenga por confidencial (Regla 66 C).

El deber *unilateral* del órgano de la acusación de dar a conocer la información se complementa con el también deber de puesta en conocimiento, esta vez *recíproco*, de aquélla y de la defensa (Regla 67). A continuación se nombrarán los testigos de cargo y de descargo. El carácter adversarial que sale a relucir –nuevamente– en relación con la estructura del proceso, queda un tanto difuminado por el hecho de que la acusación también debe poner en conocimiento de la defensa las pruebas de descargo (Regla 68). Los citados deberes de puesta en conocimiento no rigen con respecto a la documentación interna específica de las partes, ni con respecto a informaciones de carácter confidencial. De aquí se desprende en especial el derecho a no testificar (Regla 70 A-D).

Tras la primera comparecencia del acusado ante el juez, las partes podrán solicitar determinadas resoluciones provisionales (*preliminary motions*), por ejemplo relativas a la competencia del Tribunal, a la forma del escrito de acusación, o a la adecuada defensa del acusado (Reglas 72, 73).

10. En cuanto a esta problemática, cfr. ICTY-Trial Chamber II, The Prosecutor v. Tihomir Blaskić, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of subpoena duces tecum, 18-7-1997 (internet: <http://www.un.org/icty/subpoena.htm>) y la decisión de apelación del 29-10-1997 (IT-95-14-AR 108 bis). Cfr. también el dictamen del Max-Planck-Institut de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo en Brisgovia, 15-9-1997 (internet: <http://www.iuscrim.mpg.de>).

La verdadera vista oral ante el Tribunal penal es, por regla general, pública, siempre y cuando no concurran causas de orden público, de moral, de seguridad nacional o de intereses relativos a la Administración de Justicia, que exijan una (motivada) exclusión de la publicidad (art. 20.4 del Estatuto, Reglas 78, 79). El desarrollo del juicio oral responde al carácter adversarial del proceso. Tras la inicial exposición de los criterios de la acusación y de la defensa (Regla 84), comienza la práctica de la prueba. Salvo disposición en contrario del Tribunal, la acusación comenzará a exponer sus pruebas de cargo, seguida de la defensa; a éstas podrá replicar la acusación y duplicar la defensa (*rebuttal* y *rejoinder*) (Regla 85 A i-iv). Ello no obstante, el Tribunal penal podrá además por sí mismo –y aquí salta a la vista un elemento procesal inquisitivo– solicitar a las partes pruebas adicionales y citar a testigos a declarar (Regla 85 A v en relación con la Regla 98). Algo similar sucede con el interrogatorio de testigos, el cual tiene generalmente carácter adversarial (*examination-in-chief*, *cross-examination* y *re-examination*), aunque en él el Juez podrá plantear preguntas al testigo siempre que quiera (Regla 85 B). El acusado podrá comparecer como testigo en causa propia (*witness in his own defence*) (Regla 85 C).

Por lo que se refiere a la prueba, rige con carácter general el principio relativo a que el Tribunal no debe quedar vinculado por las reglas nacionales de la prueba. Al contrario, debe aplicar los principios relativos a la prueba que posibiliten una decisión justa y que sean acordes con el espíritu del Estatuto y de los principios generales del derecho.¹¹ El Tribunal podrá admitir todas las pruebas que puedan ser de interés para el proceso y rechazar aquéllas que pongan en peligro la garantía del *fair trial* (Regla 89 C, D). En este contexto debe ser traída a colación la Regla 95, según la cual, no deberán ser admitidas las pruebas que hayan sido obtenidas con violación de las normas internacionales protectoras de los derechos humanos.¹² Los testigos deben ser interrogados directamente y bajo juramento; con la última modificación de la Reglas se permite también un interrogatorio a través de una conferencia video (Regla 90 A, B). También podrá testificar un niño, siempre que el Tribunal considere que tenga la suficiente madurez para ello; sin embargo, la sentencia no podrá fundarse únicamente en esta declaración (esta disposición es contraria a las reglas de la libre valoración de la prueba, Regla 90 C). Es verdad que un testigo puede

11. Cfr. Regla 89 (B): "Rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter... and are consonant with the spirit of the statute and the general principles of law".

12. Regla 95: "...if obtained by methods which cast substantial doubt on its reliability or if its admission is antithetical to, and would seriously damage, the integrity of the proceedings"

negarse a hacer declaraciones que sean de cargo para él, pero también es cierto que el tribunal puede obligarle a contestar una pregunta. Sin embargo, la declaración así obtenida, sólo podrá ser valorada en un proceso posterior por falso juramento (Regla 90 F),¹³ lo cual no será problemático, debido a la posibilidad que existe de persecución penal nacional. Tampoco supone mayor problema la Regla 92, según la cual la confesión del acusado ante el órgano de la acusación deberá ser tenida como voluntaria, salvo prueba en contrario. La Regla 93 da cuenta del carácter especial de los delitos objeto de conocimiento del ICTY, ya que admite como prueba un determinado modelo de conducta (*consistent pattern of conduct*) en casos de graves violaciones del Derecho internacional público humanitario. Las circunstancias conocidas por la generalidad no habrán de ser objeto de prueba, pero el Tribunal tendrá que tener conocimiento de ello (Regla 94). En casos de *delitos sexuales* deberá valer finalmente la declaración de la víctima, prescindiéndose de otras pruebas (*no corroboration*); por lo demás –aunque esto es en realidad un precepto de carácter material– el consentimiento de la víctima no sirve como causa de justificación ni como causa de exculpación (*defence*) (Regla 96).

Después de la práctica de la prueba tienen lugar los informes finales de la acusación y de la defensa, ante los cuales cabrá réplica y dúplica, respectivamente (Regla 86). A continuación, el Tribunal se retirará para deliberar (Regla 87). La sentencia se dictará en vista pública y en la fecha que previamente se hubiese determinado (art. 23.2, inciso 1° del Estatuto; Regla 87 y ss.). Su publicación contendrá tanto los fundamentos jurídicos de ésta, como los votos particulares desidentes (art. 23. 2, inciso 2° del Estatuto).¹⁴

Si el acusado es absuelto deberá ser puesto inmediatamente en libertad (Regla 99 A). Si no procede la absolución –y tal y como sucedía en el supuesto de que el acusado se reconociese culpable– tendrá lugar una vista para la medición judicial de la pena, en la cual la acusación y la defensa deberán exponer sus informaciones respectivas. La sentencia se ejecutará en un país acerca del cual el Consejo de Seguridad de las NNUU haya manifestado su conformidad para que dicho estado se haga cargo del condenado. La condena se cumplirá según los preceptos del estado donde haya de ejecutarse y quedará sometida al control del ICTY (art. 27 del Estatuto, Regla 103 y ss.).

Frente a la sentencia de primera instancia las partes sólo podrán interponer recurso de apelación (*appeal*), el cual sólo podrá basarse en error de derecho, que acarreará la nulidad de la sentencia, o en

13. Cfr. también en cuanto al falso juramento, la Regla 91.

14. Esto se contradice con la Regla 88 C, según la cual la justificación sólo habrá de hacerse pública lo mas pronto posible ("as soon as possible").

error de hecho, que dará lugar a una sentencia errónea (art. 25.1 del Estatuto; Regla 107 y ss.). El procedimiento de apelación será fundamentalmente escrito (cfr. en especial la Regla 109), en el cual, sin embargo, podrán ser admitidas pruebas adicionales (Regla 115, 117 A). La Sala de apelación podrá, por medio de sentencia que proclamará públicamente, confirmar, anular, o modificar la resolución del Tribunal penal (art. 25.2 del Estatuto). En caso de nulidad el Tribunal de apelación también podrá ordenar que el acusado sea nuevamente enjuiciado (Regla 117 C). Cuando surja un hecho nuevo del que no se tenía conocimiento en el momento del enjuiciamiento y que haya podido ser de decisiva importancia para la resolución de la causa, cabe la posibilidad de un proceso de revisión (*review*) (art. 26 del Estatuto, Regla 119 y ss.).

II.

EL ESTATUS DEL DEFENSOR Y DEL ACUSADO, EN PARTICULAR

El Estatuto del ICTY y las "Reglas" contienen disposiciones generales, especialmente en cuanto al derecho del acusado a gozar de una defensa adecuada. El art. 18.3 del Estatuto determina que el sospechoso en la fase de investigación podrá valerse para el interrogatorio de un abogado de su elección y que, dado el caso, tal abogado se le deberá asignar de oficio; además tendrá derecho a que un intérprete traduzca tanto lo que él diga, como todo lo que digan los demás, a una lengua que pueda entender. El art. 21 del Estatuto prevé otros derechos del acusado, tales como el de presunción de inocencia (pfo. 3º) y que se le dé tiempo y posibilidad suficientes para preparar su defensa (pfo. 4º g). Todos estos preceptos no representan otra cosa que las exigencias mínimas del derecho a un proceso debido (*fair trial*) garantizadas por el Derecho internacional público (cfr. art. 14 PIDCP,¹⁵ art. 6 CEDH¹⁶ y art. 8 CADH¹⁷).

En todo ello, se le da especial importancia al hecho de que el acusado entienda en todas las fases del proceso, tanto lingüística como intelectualmente, aquello que le está aconteciendo. Esto se deja especialmente claro en el art. 20.3 del Estatuto, al establecer que el Tribunal, tras la lectura del escrito de acusación, habrá de asegurarse de que se garanticen

15. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del cual, a 1-1-1998, forman parte 140 estados (internet: <http://www.un.org/Depts/Treaty>).

16. Convención Europea para la defensa de los Derechos Humanos; ratificada a 10-12-1997 por 39 estados (cfr. Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ) 1997, pp. 128 y ss.; también internet: <http://www.coe.fr/tableconv/5t.htm>).

17. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), ratificada a 20-5-1997 por 25 estados miembros de la Organización de Estados Americanos (cfr. internet: [gopher://oasunx1.oas.org:70/00/pub/english/treaties/series_b/b32e](http://oasunx1.oas.org:70/00/pub/english/treaties/series_b/b32e)).

los derechos del acusado y de que éste haya entendido la imputación que se le hace (a pesar de que esto resulta ya de los derechos que en general tiene el acusado).

Las "Reglas" confirman o, mejor dicho, concretan los derechos que se establecen en el Estatuto. Así, la Regla 42 repite los derechos que le asisten a lo largo de la fase de investigación y determina, en concreto, que el interrogatorio del acusado no puede tener lugar sin que se halle presente su abogado, salvo que el acusado haya renunciado a dicha presencia. También en este caso de renuncia, el acusado podrá exigir en cualquier momento la presencia de su abogado, para lo cual el interrogatorio habrá de ser interrumpido (Regla 42 B, 63). Especial referencia merece la práctica y posible valoración del interrogatorio que la acusación pública puede llevar a cabo, según la Regla 43 (Regla 42 A iii). Las Reglas 59 bis B y 62 ii confirman la idea fundamental del art. 20.3 del Estatuto, relativa a que el inculcado, ya desde la primera comparecencia ante el juez (*initial appearance*), debe ser informado de la acusación de forma que ésta le sea entendible. Durante el juicio oral el acusado podrá ser expulsado de la sala cuando, a pesar de las advertencias del Tribunal, persista en su actitud perturbadora del desarrollo del juicio (Regla 80 B). La comunicación del acusado con su abogado es objeto de protección especial: la puesta en conocimiento del contenido de tales comunicaciones será excepcional, como por ejemplo cuando lo consienta el mandante, o cuando haya dado información confidencial a una tercera persona, y ésta dé cuenta de aquélla (Regla 97: *lawyer-client privilege*).

Los presupuestos y la forma del nombramiento de abogado, así como la exigencia de que éste se comporte de acuerdo con su cargo no son regulados de forma exhaustiva en los textos normativos citados hasta el momento. Lo mismo sucede en relación con la prisión provisional del inculcado. Por ello el Tribunal ha ideado para estos aspectos una reglamentación jurídica especial.

1. Reglas generales para el nombramiento de abogado defensor.

Esta Reglas Generales¹⁸ hallan su fundamento en los arts. 18 y 21 del Estatuto y en las Reglas 42, 44, 45 y 55. Según la Regla 44, el abogado defensor debe presentar su poder ante la oficina judicial lo antes posible; su cualificación será suficiente cuando le sea permitido dedicarse al ejercicio del derecho en algún estado (*admitted to the practice of law in a state*), o cuando sea profesor universitario de Derecho. Si no ha sido nombrado directamente por el inculcado, sino por el Tribunal –como suele suceder en los casos de inculcados con

18. *Directive on the Assignment of Defence Counsel* (Directive No. 1/94), 1-8-1994, reformada por última vez el 17-11-1997 (IT/73/REV5), internet: <http://www.un.org/icty/rev5-e.htm>.

falta de medios económicos— el abogado habrá de figurar en una lista que estará en poder de la oficina judicial. Para ello tendrá que hablar una o las dos lenguas oficiales del Tribunal (inglés y francés), y habrá de estar dispuesto a aceptar prestar sus servicios en favor del inculcado que no tenga medios suficientes (Regla 45 A i; cfr. también art. 14 A Reglas Generales¹⁹).²⁰ En caso especial y por solicitud del inculcado falto de medios, podrá procederse al nombramiento de un abogado que no hable ninguna de las dos lenguas oficiales del Tribunal, aunque sí la de aquél (Regla 45 A ii; art. 14 B).

Las Reglas Generales, que en total constan de 34 artículos, se refieren fundamentalmente a los requisitos necesarios para que se declare el beneficio de justicia gratuita, y regula para este caso las particularidades del nombramiento de abogado defensor. El inculcado gozará de este beneficio de justicia gratuita cuando carezca de los medios suficientes para costearse uno de su elección (art. 5). Siempre que solicite que se le nombre abogado de oficio (art. 6), su situación será examinada por la oficina judicial; en este examen se tendrá en cuenta todo el patrimonio del inculcado —incluyendo en éste el del cónyuge, y el de las personas que habitualmente conviven con él—, además de su estilo de vida (art. 7). La decisión de la oficina judicial se basará en una declaración del solicitante (art. 8, 9) y en informaciones adicionales conseguidas por aquélla (art. 10). Mientras se examine la solicitud, al solicitante se le asignará un abogado provisional durante 30 días (art. 11 B). Si se le deniega la solicitud, el inculcado podrá presentar una nueva, en el caso de que se haya dado una alteración de las circunstancias (Regla 45 D). Según el artículo 11 bis de las Reglas Generales, también se le nombrará defensor de oficio —*in the interest of justice*— cuando no haya satisfecho los citados requisitos (art. 13 de las Reglas Generales).

Desde el punto de vista jurídico-político, este precepto ha de ser acogido positivamente; sin embargo, hace que se cuestione el sentido del procedimiento de examen descrito. Para resolver esta contradicción, el precepto habrá de ser interpretado restrictivamente, en el sentido de que el nombramiento de abogado de oficio en los casos en que no se den los requisitos necesarios de falta de medios económicos, sólo será tenido en cuenta en casos excepcionales. Otro argumento a favor de esta interpretación restrictiva es el de la posibilidad de interponer recurso contra la denegación de la solicitud de nombramiento de abogado de oficio (art. 13 de las Reglas Generales).

19. Los preceptos que siguen se refieren a esta Regla General, salvo que se disponga otra cosa.

20. Estos requisitos han de ser justificados mediante los documentos correspondientes (Regla General 15).

Generalmente, sólo se nombrará un defensor, y cuando sean varios inculpados se le puede asignar a cada uno el suyo; excepcionalmente, se podrá también asignar al "abogado principal" otro auxiliar (art. 16 Reglas Generales). La actividad del defensor de oficio se regirá –además de por las normas aquí expuestas– por el Derecho corporativo nacional del abogado (art. 17). Sin embargo, su minuta será regulada por las Reglas Generales, ya que ésta correrá a cargo del presupuesto del ICTY.

Los gastos de representación incluyen aquellos relativos a medidas de investigación y procesales, y en particular, los derivados de la consecución de pruebas de descargo, informes, transporte y alojamiento de testigos, gastos de correos, impuestos o tasas similares (art. 18.2). Los honorarios se componen de una cantidad fija, de tasas derivadas de tarifas horarias, y de las tarifas diarias habituales de las Naciones Unidas (art. 23 A). Durante su actividad en el ICTY, el defensor de oficio no podrá tener otros ingresos (art. 23 B). La cantidad fija debe ser de 400 dólares (art. 24) y la tarifa horaria se determinará por la oficina judicial con base en la edad y la experiencia del abogado (art. 25); las tarifas diarias se regirán por las de su país, aunque, según la práctica habitual de las Naciones Unidas y después de los primeros 60 días, serán reducidas en un 25% (art. 26). El pago tiene lugar por solicitud del abogado, tras la conclusión de una fase del proceso (art. 27); sin embargo, cuando el mismo se haya desarrollado durante dos semanas podrá ordenarse un pago provisional (art. 28). Cuando un abogado es sustituido por otro durante el mismo proceso los honorarios se repartirán *pro rata temporis* (art. 29). Los gastos de viaje se restituyen por separado, a cuyo efecto en viajes por avión se pagará el precio de los billetes de la clase turista, mientras que las dietas por billetes de tren por el interior del estado donde el ICTY tiene su sede serán por el precio del billete en primera clase (art. 30).

La asignación de un abogado de oficio podrá revocarse si desaparecen las circunstancias que dieron lugar a la declaración del beneficio de justicia gratuita (art. 19). También se *podrá* revocar cuando el acusado o el abogado lo solicitaren, o cuando el abogado principal lo solicite con respecto al abogado auxiliar; *deberá* ser revocada cuando el abogado no satisfaga las condiciones técnicas requeridas por el art. 14 A, o cuando haya tenido algún comportamiento inadecuado (art. 20 B).

El abogado que ha sido destituido de su cargo deberá, en cualquier caso, desempeñar sus funciones durante un período de 30 días, hasta que se disponga de un sustituto (art. 21). Si el nombramiento del abogado es necesario para la práctica de medidas de investigación que hayan de llevarse a cabo fuera de la sede del Tribunal (Den Haag) durante la fase de instrucción, entonces el inculpadó podrá nombrar él

mismo a un abogado, o la autoridad acusadora podrá también contactar con el colegio de abogados de la localidad (art. 22). Esto también regirá para el procedimiento aquí descrito de nombramiento del abogado de oficio, de tal manera que los gastos que se generen correrán por cuenta del ICTY.

Para la resolución de las desavenencias que puedan derivarse del nombramiento del abogado de oficio se instaurará una comisión asesora compuesta por representantes internacionales y de los Países Bajos pertenecientes a organizaciones corporativas (art. 32).

2. El código de conducta del abogado defensor.

Hasta aquí las Reglas solamente contienen una prescripción. Según ellas, la Sala podrá suspender al abogado, cuando su comportamiento sea ofensivo o impropio, o cuando de alguna otra manera entorpezca el correcto desarrollo del proceso. De tal comportamiento también se podrá dar cuenta a las organizaciones corporativas nacionales (Regla 46). Este precepto halla su complemento en un código de conducta aprobado por el Tribunal previo acuerdo de la ya citada comisión asesora.²¹ El código puede ser calificado como expresión de principios generales del Derecho, ya que se basa en los correspondientes preceptos corporativos de Australia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Inglaterra y Gales, Francia, Países Bajos, España, Estados Unidos y la Unión Europea, además de las correspondientes propuestas de la AIDP y de la Comisión Internacional de Juristas, así como de la Unión Internacional de Abogados (Union International des Avocats).²² El código se compone de un Preámbulo y de 23 artículos, los cuales regulan cuestiones conceptuales o formales (art. 1-3²³), las obligaciones generales del abogado frente a su mandante (arts. 4-11), su comportamiento frente al Tribunal (arts. 12-16), sus obligaciones frente a otros sujetos procesales (arts. 17-18) y la salvaguarda de la integridad de la corporación profesional (arts. 19-23). En caso de contradicción entre el Código y las Reglas Generales, prevalecerá ésta (art. 1.2).

En la *relación con su mandante*, el abogado tendrá que aceptar las decisiones de aquél siempre que no contravengan sus propias obligaciones éticas, y discutir con él los medios de defensa (art. 4.2). El

21. *Code of Professional Conduct for Defence Counsel Appearing before the International Tribunal*, 12-6-1997 (IT/125), internet:<http://www.un.org/icty/code-e.htm>.

22. Cfr. las fuentes del art. 23 del código. El hecho de que no se hayan incluido los preceptos jurídico-corporativos alemanes, se explica por un lado debido a los problemas del idioma, y por otro a la falta de interés mostrado por la República Federal de Alemania frente al proceso de codificación del derecho penal internacional (cfr. también *infra*).

23. Todos los artículos que siguen son del código, salvo que expresamente se diga lo contrario.

mandato durará hasta que el mandante decida concluirlo, o hasta que el abogado de alguna otra manera y con la aprobación del ICTY quede relevado en su puesto (art. 4.1). El abogado no podrá aconsejar a su mandante la vulneración de los principios jurídicos del ICTY (art. 4.3). En su actuación habrá de ser competente e independiente, y, en especial, dar cumplimiento a sus deberes de asistencia y lealtad frente al mandante (arts. 5 a; 6); por otro lado, no deberá dejarse influir por falsos comportamientos del mandante, deberá defender su propia integridad y la de la corporación profesional en su totalidad, y no ceder a presiones externas (art. 5). La obligación de informar continuamente a su mandante sobre el desarrollo del proceso (art. 7), así como la de velar por informaciones confidenciales (art. 8.1), son una expresión más de los deberes de asistencia y de lealtad frente a su mandante. Las informaciones de carácter confidencial, sólo podrá dárselas a conocer a sus colaboradores, debido a motivos de estrategia procesal; por lo demás, tales informaciones sólo podrán ser dadas a conocer con carácter excepcional: cuando el mandante lo acepte, o cuando él mismo se las haya dado a conocer a otra persona, la cual dé prueba de ello; cuando tal información sea necesaria para la defensa en un proceso civil o penal del abogado, o para impedir una acción criminal o que pueda dañar a una tercera persona (art. 8.2). Del deber de lealtad también se desprende que el abogado, en caso de conflicto de intereses, tendrá que hacer prevalecer aquéllos del mandante frente a los suyos propios o de otras personas (art. 9.1); esto también regirá en relación con su comportamiento frente a personas que carezcan de defensa técnica (art. 18.1 a). El abogado deberá velar para que no se llegue a dar tal conflicto de intereses (art. 9.2); si ello no fuere posible, deberá comunicarlo a los mandantes afectados y, o bien hacer todo lo posible para evitar el conflicto, o bien continuar con el mandato previo acuerdo del mandante, siempre y cuando le sea posible cumplir su cargo obedeciendo a las obligaciones que le impone el código (art. 9.5). Un abogado no podrá representar a un mandante si tal representación entra en colisión con la de otro mandante, o cuando, a causa de la representación de un mandante anterior los intereses frente a terceras personas o los propios intereses del abogado puedan influir negativamente en su relación con el mandante (art. 9.3). Generalmente, el abogado no podrá recibir ningún pago de ninguna otra persona o entidad que no sea el mandante, salvo cuando éste lo aceptase o cuando la independencia del abogado y su relación con el mandante no sufran ningún daño por ello (art. 9.4²⁴). Finalmente, el

24. En caso de deficiencia física o psíquica del mandante, el abogado deberá comunicarlo al Tribunal y hacer todo lo que fuere necesario para que tal mandante sea representado adecuadamente, pudiéndose desarrollar una relación normal (art. 10).

abogado deberá dar cuenta exacta del tiempo que haya invertido en el caso (art. 11).

En cuanto al *comportamiento ante el Tribunal*, se recuerda la obligación de atenerse a las Reglas, y se determina que el abogado no podrá mantener contacto con un juez o con una Sala si previamente no da información de ello al abogado de otra parte en el proceso; tampoco podrá entregar al juez pruebas relativas a una inspección ocular o documentales si previa o simultáneamente no informa de ello al abogado de otra parte procesal (art. 12). El defensor será personalmente responsable del comportamiento y de la exposición del caso de su mandante, no estándole permitido dar intencionadamente una exposición falsa del caso, o proponer pruebas falsas (art. 13.1 y 2). El abogado deberá hacer todo lo posible para que se proceda a la corrección de averiguaciones falsas (art. 13.4). Deberá garantizar la integridad de las pruebas presentadas ante el Tribunal (art. 14). Para ello deberá cuidar que sus actos no desacrediten el proceso ante el Tribunal, y no deberá intentar influir ni sobre el órgano jurisdiccional, ni sobre ningún otro funcionario del ICTY (art. 15). Finalmente, y como regla general, no podrá actuar como defensor en un proceso en que será llamado a declarar como testigo necesario, excepto cuando el testimonio recaiga sobre un hecho indiscutido o cuando su recusación represente para el mandante un inconveniente considerable (art. 16).

En cuanto a las *obligaciones frente a otros sujetos procesales*, el abogado defensor deberá dar a sus colegas y a su mandante el tratamiento debido, no debiendo entrar en contacto con el mandante de sus colegas de forma directa, sino que habrá de hacerlo por medio de éstos o con su permiso (art. 17). Por lo que se refiere a personas que carezcan de defensa técnica, el abogado, como ya se ha dicho, no podrá dar a éstas ningún consejo, si ello pudiese perjudicar los intereses de su mandante. Sin embargo, podrá ayudar a dichas personas a conseguir la asistencia de abogado, debiéndoles informar incluso del derecho y de la forma de defensa en el proceso ante el ICTY, independientemente de un posible conflicto de intereses frente a su mandante (art. 18).

La *integridad de la corporación profesional* se trata de asegurar por medio de determinadas medidas disciplinarias. En el proceso ante el ICTY el código de conducta prevalecerá frente a otros códigos nacionales (art. 19). Las siguientes conductas, *inter alia*, serán consideradas como faltas de disciplina profesional (art. 20):

- la vulneración o intento de vulneración del código, ya sea como autor, como partícipe, como inductor, o valiéndose de otras personas para conseguir sus propósitos de vulneración del código;

- la perpetración de un hecho delictivo que ponga en duda la sinceridad, la formalidad o crédito y la aptitud del abogado;
- la participación en conductas fraudulentas o desleales;
- la participación en conductas que ocasionen perjuicio al recto funcionamiento de la Administración de Justicia;
- el intento de influenciar a los funcionarios del Tribunal.

El abogado tiene la obligación de informar bien al juez, o bien a la Sala sobre comportamientos de este tipo por parte de sus colegas (art. 21). Y por último, el abogado habrá de someterse voluntariamente a cualquier proceso disciplinario o de otra índole instaurado por el ICTY con el objetivo de que se impongan las normas del código (art. 22).

3. Reglas relativas a la prisión provisional.

Estas Reglas²⁵ hacen referencia a la unidad de detenciones (*detention unit*), la cual consiste en un módulo perteneciente a un establecimiento penitenciario que las autoridades holandesas han cedido al ICTY en una institución penitenciaria nacional, situada cerca de Den Haag. Se trata de un total de 93 preceptos que se refieren a: principios generales (Reglas 1-8²⁶), dirección de la unidad de detenciones (9-59), derechos de los detenidos (60-88) y el transporte de éstos (89-91). La idea esencial de estas Reglas es la del respeto de los principios relativos a los derechos humanos y a la dignidad de las personas.²⁷

Así, los *derechos fundamentales* de los detenidos son objeto de una regulación modélica, por ejemplo, el tratamiento igualitario (3), la libertad religiosa y de credo (4, 68 y ss.), el derecho a comunicarse con miembros de la familia u otras personas allegadas (60 y ss.),²⁸ así como con su abogado sin ningún tipo de obstáculos y a recibir asistencia técnica de éste (67). Mención especial merece el hecho de que los detenidos necesitados recibirán apoyo económico por parte del ICTY para que se pueda dar cumplimiento a estos derechos (60, 82, entre otros). Las conversaciones del detenido con su abogado podrán ser

25. *Rules Governing the Detention of Persons Awaiting Trial or Appeal before the Tribunal or otherwise Detained on the Authority of the Tribunal*, 5-5-1994, reformado por última vez el 17-11-1997 (IT/38/REV.7), internet: <http://www.un.org/icty/det7-e.html>. Ver también *Regulations to Govern the Supervision of Visits to and Communications with Detainees*, últimamente reformado en nov. de 1997 (IT/98/Rev. 2), internet: <http://www.un.org/icty/visits-e.html>.

26. Los preceptos que se citan a continuación hacen referencia a tales reglas.

27. Cfr. el Preámbulo: "...to ensure the continued application and protection of the individual rights while in detention... overriding requirements of humanity, respect for human dignity and the presumption of innocence".

28. Este derecho podrá ser restringido, cuando, a causa de su ejercicio se tema por la seguridad del distrito de prisiones, o cuando ello influya de forma inadecuada sobre un proceso va en marcha (66).

observadas, pero nunca escuchadas por el funcionario de prisiones (67). Al detenido se le dará la posibilidad de trabajar, aunque no tendrá que aceptarla obligatoriamente (72 y 73). Además les está permitido costearse por sus propios medios actividades de carácter ocioso, así como proveerse de información a través de la prensa, radio y televisión (74 y ss., 82). Los detenidos tienen un *derecho de reclamación* frente al funcionario de prisiones responsable y también, en caso de no quedar satisfechos con la contestación de éste, frente al Presidente del ICTY (84 y 85). En el marco de la inspección por parte de autoridades independientes de las condiciones en que se desarrolla la detención (6) los detenidos tendrán también derecho a hablar con los inspectores de forma no controlada por los funcionarios de prisiones (86). También en cuanto al *transporte* de los detenidos, se vela por sus derechos al establecer la Regla 89 que deberán ser expuestos lo menos posible a la opinión pública y serán protegidos frente a insultos y ataques. Además, deberán ser transportados en vehículos con suficiente ventilación e iluminación (90).

Las Reglas relativas a la *dirección de la unidad de detenciones* se rigen también por la idea de respetar al detenido como persona (todavía) inocente que es.

En principio, nadie podrá *ingresar* en la institución penitenciaria sin una orden judicial de prisión (9). Los detenidos deberán ser registrados minuciosamente (10), debiendo tratarse sus datos confidencialmente (11). Deberán tener la posibilidad de ponerse en contacto con miembros de su familia, o de la representación diplomática o consular (12). Todos los objetos personales que no puedan retener bajo su posesión serán inventariados detalladamente (14, y también 78 y ss.). Desde su ingreso deberán ser objeto de inspección médica (15); esta asistencia médica deberá prolongarse a lo largo de la detención, llegando a la posibilidad de poder ser ingresados en un hospital civil (29 y ss.). El internamiento de los detenidos se sujetará a los requisitos de dignidad del ser humano y de mayor higiene posible. Como regla general, cada interno deberá tener una celda individual (16) con una cama y sábanas que deberán cambiarse regularmente (17). Dentro de la institución penitenciaria y de las celdas deberá velarse por el acondicionamiento climático e higiénico, debiendo ser las celdas objeto de limpieza con regularidad y poniéndose a disposición de los internos los artículos de higiene necesarios (18-22). Los detenidos se vestirán con sus propias ropas civiles, y aquél que la necesite la recibirá del ICTY (23). La ropa habrá de mantenerse limpia (24). Especialmente generosas parecen las normas relativas a la alimentación, al establecer la Regla 25 que ésta deberá ser preparada y presentada de forma agradable (*suitable prepared and presented*),

teniendo en cuenta, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, los modernos descubrimientos de las ciencias de la alimentación, además de la edad, estado de salud, religión y –en la medida de lo posible– las particularidades culturales (!) de los internos. A los detenidos se les deberá dar la posibilidad de practicar deportes (26) y, siempre que sea necesario, también se les dará la posibilidad de tratamiento terapéutico (28). Las *restricciones de los derechos* de los detenidos podrán ser tenidas en cuenta si así lo requieren la seguridad y el orden internos del establecimiento. Así, por ejemplo, la celda de un interno podrá ser registrada, si se sospecha que en ella pueda haber objetos que pongan en peligro la seguridad (36 bis); también puede ser vigilada electrónicamente para proteger la salud y seguridad del interno (36 ter). Para el mantenimiento de la disciplina, el funcionario de prisiones competente podrá imponer sanciones (38), pero el derecho del detenido a ser escuchado habrá de ser siempre protegido (39). La segregación de un interno sólo podrá ser considerada por motivos de enfermedad (40 y ss.). La prisión incomunicada tendrá lugar a causa de una orden judicial o de una orden del funcionario de prisiones competente, para de esta forma evitarle perjuicios a otros internos, o para sancionar al detenido (45). Para ello, previamente habrá de tener lugar un examen médico (46), debiendo tener el interno una asistencia médica continua (47). La duración del aislamiento no deberá generalmente sobrepasar el máximo de siete días: sin embargo, previa aprobación de la oficina judicial y tras un nuevo examen médico, podrá ser ampliado por otros siete días, y así sucesivamente (!) (49). Estas Reglas merecen ser criticadas en un doble sentido: por un lado, y en relación con los requisitos de la prisión incomunicada, necesitan de una concreción, y por otro lado, en relación con su duración, requieren una acotación. Otras medidas restrictivas de la libertad, como poner esposas al interno, sólo deberán ser aplicadas en supuestos excepcionales, como por ejemplo para evitar evasiones o lesiones corporales (50 y ss.). Los detenidos deberán ser informados sobre el contenido de las Reglas de forma que puedan entenderlas (58); en casos de urgencia tendrá que haber un intérprete (59).

CONCLUSIÓN

El proceso ante el ICTY, por lo que se refiere a su estructura, se guía por el proceso de partes adversatorio angloamericano.²⁹ Esta circunstancia se

29. Para el desarrollo del proceso, Huber, Landesbericht England und Wales, in: Perron (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, Freiburg 1995, pp. 23 y ss.; Thaman, Landesbericht USA, in: ebd., 498 y ss. Para la diferenciación de las estructuras procesales Perron, Rechtsvergleichender Querschnitt, in: ebd., p. 560 y ss.

explica por la fuerte influencia que los países del *common law* desempeñaron a la hora de crear el ICTY y por la codificación de sus principios legales fundamentales. Ello también queda claro desde el punto de vista jurídico-material, si se examina la jurisprudencia del ICTY. Esta situación de dominio también se explica por la ventaja del idioma con la que cuentan los juristas provenientes de este entorno jurídico y del dominio de "lo inglés" –incluso frente a "lo francés"– en el marco jurídico-internacional, pero sin embargo, brinda una buena ocasión para la crítica a la actitud de la República Federal de Alemania ante este problema. La ciencia y práctica jurídicas en Alemania hasta el momento se han ocupado demasiado poco del proceso de codificación penal internacional, el cual, desde que finalizó el conflicto entre el este y el oeste ha sido objeto de desarrollo. Esto se desprende no sólo del hecho de que en los fundamentos jurídicos expuestos a lo largo de estas páginas no se tenga en cuenta para nada ni el derecho, ni la jurisprudencia, ni la doctrina alemanas, sino también de la práctica jurisprudencial del ICTY y de los actuales esfuerzos codificadores tendientes a la creación de un Tribunal penal internacional de carácter permanente. Es verdad que Alemania, en el plano gubernamental, ha tomado parte activa en este proceso de codificación, al menos a intervalos; sin embargo, sigue existiendo en la práctica y en la doctrina poco interés por el tema.³⁰ Se trata de una situación preocupante, ya que nos hallamos ante un proceso que, aunque a largo plazo, acabará influyendo de forma directa sobre el ordenamiento jurídico alemán, tal y como sucede en la actualidad con el Derecho comunitario.

INDICE

30. Exceptuándose las publicaciones aisladas y los esfuerzos científicos llevados a cabo por los Institutos Max-Planck de Derecho público e internacional público (Heidelberg), así como el de Derecho penal extranjero e internacional (Freiburg), además del último Congreso de profesores de derecho penal de habla alemana, para la internacionalización del derecho penal (*Renzikowski*, JZ 1997, pp. 889 y ss.). Estos esfuerzos aislados no han conducido todavía al desarrollo de una postura sólida y convincente en lo que al plano internacional se refiere.

EL CONTROL INTERNACIONAL DE LAS ORGANIZACIONES NO-GUBERNAMENTALES*

*Felipe González***

INTRODUCCIÓN

En el último tiempo algunos estados han venido planteando de manera creciente la necesidad de ampliar el control internacional de las organizaciones no-gubernamentales (ONG). Esto ha ocurrido especialmente en el contexto de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA). Por otra parte, se ha sostenido que estos intentos no obedecen realmente al propósito de mejorar los sistemas internacionales, sino al objetivo de debilitar el trabajo de las ONG.

En este trabajo se analiza este tema, para lo cual se revisa, en primer término, cuál es la función que desempeñan las ONG, prestando especial atención a aquellas dedicadas a la protección y promoción de los derechos humanos. En segundo término, se revisa el alcance de la participación de las ONG en foros intergubernamentales como la ONU y la OEA, los mecanismos actualmente existentes en relación con su control en tales foros, así como algunas iniciativas recientes orientadas a ampliar dichas modalidades de control. La tercera parte de este trabajo está dedicada a discutir hasta qué punto el problema del control internacional de las ONG es genuino y relevante o se trata, sustancialmente, de un

* Este artículo es una versión actualizada a junio de 1997 de un trabajo presentado en el Seminario sobre "La responsabilidad de los ciudadanos y la obligación del gobierno de dar cuenta de sus actos en una democracia constitucional", organizado por las Universidades de Yale, Buenos Aires, Palermo, Diego Portales y de Chile, realizado en Buenos Aires entre el 16 y el 19 de agosto de 1996.

** Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en Santiago de Chile. Director del Departamento de Investigación de dicha Facultad. Representante para América Latina, International Human Rights Law Group.

problema artificial o, a lo menos, secundario en el contexto de las organizaciones intergubernamentales.

LA FUNCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES NO-GUBERNAMENTALES (ONG)

Las ONG surgieron en la arena internacional prácticamente al mismo tiempo que los foros intergubernamentales. En el contexto de tales foros, las ONG asumieron el rol de representar a sectores de la sociedad civil de uno o más países. El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto a nivel mundial en la ONU como a nivel regional en la OEA y el Consejo de Europa, trajo aparejado consigo una presencia creciente de las ONG. Debido a que el Derechos Internacional de los Derechos Humanos erige al individuo como sujeto de Derecho Internacional, capaz de reclamar internacionalmente por las violaciones a los derechos humanos llevadas a cabo por un Estado, las ONG asumieron la representación de las víctimas de tales abusos. Al hablar de representación de las víctimas lo hago en un sentido genérico, es decir, abarcando no sólo la representación jurídica en casos específicos, sino de manera más amplia, procurando representar sus intereses a través de diversas vías, tales como la promoción y educación, la colaboración en iniciativas para mejorar los estándares internacionales y su aplicación efectiva, el servir como canales de participación, entre otras.¹

Siempre al nivel de la temática de derechos humanos, en la actualidad las dos organizaciones no-gubernamentales más grandes son Amnistía Internacional (con sede en Londres) y Human Rights Watch (con sede en Nueva York), seguidas en dimensión probablemente por la Comisión Internacional de Juristas. Existe además una serie de otras organizaciones que desarrollan su trabajo a nivel mundial² y otras serie a nivel regional.³⁻⁴

1. Consúltase Jerome Shestack, "Sisyphus Endures: The International Human Rights NGO", 24 *New York Law School L. Review* (1978) 89 ss.
2. A título ejemplar, pueden mencionarse, la Federación Internacional de Derechos Humanos, el International Human Rights Law Group, la International League for Human Rights, el Lawyers Committee for Human Rights, etc.
3. Por ejemplo, a nivel del continente americano puede mencionarse el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA), la Comisión Andina de Juristas, la Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos Desaparecidos (FEDEFAM), y el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ), entre otras.
4. En lo que se refiere al Comité Internacional de la Cruz Roja, su carácter es distinto al de las ONG, puesto que posee un status internacional oficial al asignarle los convenios de Ginebra de 1949 el rol de órgano supervisor del cumplimiento de los mismos. Al respecto, véase Nigel Rodley, *Monitoring Human Rights in the 1980s*, in Domínguez *et al* (Eds), *Enhancing Global Human Rights* (New York, McGraw Hill, 1979), p. 117 ss.

Existe una estrecha conexión entre el trabajo llevado a cabo a nivel de foros internacionales por estas organizaciones y su trabajo en distintos países. A menudo estas organizaciones llevan a cabo un intenso trabajo en el terreno en diversos países. En ciertos casos se trata de coaliciones de organizaciones nacionales (caso de CODEHUCA en Centroamérica). En otros casos, como el de Amnistía Internacional, gran parte de la fortaleza institucional está dada por su afiliación a nivel local en muchos países. En fin, las ONG internacionales suelen servir de cauce para la representación de organizaciones nacionales a nivel internacional aun cuando éstas no formen parte de éstas.

Todo lo anterior se explica por el hecho de que, en lo fundamental, el rol que desempeñan las ONG nacionales y las internacionales es el mismo: intentar hacer al estado responsable (accountable) por sus acciones. En un caso la acción se desarrollará a nivel interno, empleando los mecanismos existentes y promoviendo la creación de otros nuevos cuando ello haga falta. En el otro, se utilizarán los mecanismos internacionales, procurando hacer al estado responsable por las infracciones a las obligaciones que haya adoptado en ese terreno. Estas constataciones son válidas tanto en lo que se refiere a la temática de derechos humanos, cuanto a otras temáticas, con la diferencia que el sistema internacional de protección de los derechos humanos es posiblemente el mejor estructurado de los sistemas internacionales en materia de responsabilidad estatal.

La expansión e importancia creciente del trabajo de las ONG ha ido también de la mano de otro factor: el debilitamiento de algunas formas tradicionales de representación de la sociedad civil. En efecto, las transformaciones al nivel ideológico y económico han impactado en las formas de participación ciudadana y en los mecanismos de representación de la ciudadanía. Al nivel de las ideas, el debilitamiento de las visiones políticas globales ha afectado de manera notable la participación en los partidos políticos.⁵ Al nivel de la organización de la economía, las nuevas y más complejas formas de relación económicas han disminuido el rol de los sindicatos y de otras formas de representación.

Como regla general, las ONG tienden a hacer un uso frecuente del Derecho Internacional. Sin embargo, no se trata de una regla absoluta, ya

5. Esto se sitúa dentro del fenómeno más general de la denominada "crisis de los metarrelatos", esto es, de las visiones omnicomprensivas del mundo y de la sociedad. Véase, por ejemplo, Gianni Vattimo, *El fin de la modernidad: nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna*, Gedisa, Barcelona, 1986; del mismo autor, *Ética de la Interpretación*, Paidós, Barcelona, 1991 y *Más allá de la interpretación*, Paidós, Barcelona, 1995; Lyotard, *La Condición Posmoderna*, Editorial REI Argentina, Buenos Aires, 1987; Alain Touraine, *Crítica de la Modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Montevideo, 1995; Richard Rorty, *Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos*, Paidós, Barcelona, 1993.

que ello parece depender en buena medida de criterios estratégicos, especialmente tratándose de ONG que desarrollan su trabajo a nivel local. En este caso, un factor relevante es el grado en que la legislación y jurisprudencia interna recogen los estándares internacionales; como usualmente los tribunales internos son más propensos a aplicar la normativa interna que la que pueda derivar de tratados internacionales –aun cuando éstos hayan sido ratificados por el respectivo país–, en situaciones en que el derecho interno sea cercano en sus parámetros al derecho internacional, generalmente las ONG invocarán el primero. En cambio, cuando se trata de dictaduras cuya legislación contraviene el derecho internacional o de regímenes democráticos que presentan una escasa ratificación de tratados internacionales y cuya legislación difiere de los estándares en ellos contemplados, será más frecuente el recurso al derecho internacional por ONG locales. A su vez, en el caso de las ONG que llevan a cabo un trabajo internacional, el uso de los parámetros internacionales será recurrente, por las propias características de su trabajo.⁶

Otros ámbitos, además del de derechos humanos (en sentido tradicional), en que se ha ampliado la cantidad de ONG corresponde a temas como el medio ambiente, los pueblos indígenas, el desarrollo, y los derechos de la mujer, por mencionar sólo algunos. En todos los casos mencionados, la conexión con la temática de derechos humanos es estrecha. Más aún, en el caso de los derechos de la mujer, el tipo de demandas corresponde a la noción de derechos humanos en su sentido clásico (derechos civiles y políticos), y sólo la especificidad de la problemática de la mujer y el hecho de que la mayoría de las organizaciones de derechos humanos no le hayan dado suficiente prioridad a este tema en su agenda, explica el diseño de instituciones diferentes para defender y promover los derechos de la mujer. De cualquier modo, en los últimos años se advierte una clara tendencia de parte de las ONG de derechos humanos a incorporar en su agenda la problemática de la mujer, asumiendo sus derechos como derechos humanos. En cuanto a las ONG sobre medio ambiente, una de las principales causas de su desarrollo autónomo radica en el hecho de que se trata de una temática que ha estado generalmente al margen de la agenda de las ONG de derechos humanos, cobrando fuerza propia. Además, el tipo de audiencia en que las ONG medioambientales encuentran respaldo no necesariamente coincide con el de las ONG de derechos humanos.

6. Sobre este punto, véase Henry Steiner, *Diverse Partners: Non-Governmental Organizations in the Human Rights Movement*. The report of a retreat of human rights activists, co-sponsored by Harvard Law School Human Rights Program y Human Rights Internet (1991). pp. 6-7.

En los cuatro tipos de ONG señalados –de derechos humanos, de la mujer, de pueblos indígenas y del medio ambiente– se presenta un elemento común fundamental: la defensa de derechos frente al estado. La función principal de estas ONG consiste, entonces, en representar a víctimas de violaciones a sus derechos, ya sea cometidas por agentes públicos o toleradas por el estado. Tratándose de organizaciones medioambientales la determinación de la “víctima” o “víctimas” puede ser en ocasiones más difícil, ya que puede tratarse de colectivos o de intereses difusos, pero ello es irrelevante para nuestro análisis, ya que subsiste la presencia de la demanda frente al estado. El rol de las ONG de desarrollo, en cambio, puede ser más ambiguo, o, si se quiere, varía según la institución de que se trate. En efecto, el grueso de las ONG de desarrollo concentra sus tareas en el diseño e implementación de proyectos que favorezca, como su nombre lo indica, el desarrollo de un lugar o región, más que en la elevación de demandas contra el estado. Si bien este último aspecto puede también hallarse presente, no es común, y cuando se encuentra, usualmente no es el tipo de actividad principal.

FORMAS DE PARTICIPACIÓN Y MECANISMOS VIGENTES DE CONTROL DE LAS ONG A NIVEL INTERNACIONAL

En esta sección revisaremos la situación existente en Naciones Unidas y la OEA en materia de participación y control de las ONG.

Naciones Unidas. Las ONG proporcionan información a muchos órganos de Naciones Unidas. Esta información suele ser clave para el desarrollo de iniciativas de acción. También es común que, sobre la base de esa información, las ONG realicen actividades de “lobby”, tendientes a la adopción de resoluciones u otras iniciativas por parte de los órganos de la ONU. Estas labores se extienden incluso a la Asamblea General de Naciones Unidas. Sin embargo, el único órgano ante el cual existe un sistema oficial de acreditación (“status consultivo”) para las ONG es el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Comisión de Derechos Humanos, el cual se encuentra autorizado por la Carta de la ONU para establecer mecanismos de consulta con ONG.⁷

La resolución que gobierna actualmente el status consultivo de las ONG en ECOSOC es la 1296 (XLIV) de 1968 y reemplazo a la resolución 288B (X). El mecanismo de status consultivo en Naciones Unidas permite asistir de manera regular a los debates, distribuir documentos oficialmente, realizar intervenciones orales y participar regularmente en sesiones con expertos y grupos temáticos y de otro carácter. La resolución 1296 de ECOSOC establece que, para postular al status consultivo, la institución

⁷ La Carta de la ONU dispone esto en su artículo 71.

no debe haber sido establecida por un acuerdo intergubernamental, sus objetivos deben ser coherentes con la Carta de la ONU, su trabajo debe apoyar y promover las actividades de la ONU, debe ser representativa en su ámbito de especialización, debe ser conocida internacionalmente y, en lo posible, abarcar un número significativo de países en diferentes regiones del mundo.⁸ Además de estos requisitos, la resolución 1296 establece una serie de restricciones y controles a la labor de las ONG, pudiéndose suspender o cancelar el status consultivo de aquellas ONG que hayan recibido secretamente fondos estatales (las ONG pueden recibir fondos estatales pero ello debe hacerse público) o que se hayan visto envueltas de manera sistemática en actos carentes de fundamento o con motivación política contra estados. Según se aprecia, los términos para determinar la suspensión o cancelación del status consultivo son sumamente amplios y vagos.⁹

Otras resoluciones complementan el marco de acción de las ONG en ECOSOC. La resolución 728F (del año 1959) y la 1503 (del año 1971) establecen que todas las denuncias que las ONG formulen sobre situaciones individuales o que se refieran a países específicos deben ser tratadas confidencialmente.¹⁰ Esta situación se ha modificado parcialmente en la medida en que se han creado posteriormente procedimientos no confidenciales ante algunos otros órganos.¹¹ No obstante, en sus alegaciones orales ante la Comisión de Derechos Humanos, y salvo casos excepcionales, a las ONG no se les ha permitido referirse a países específicos, como no sea durante la discusión de una resolución que se refiera a un país donde los derechos humanos son violados sistemáticamente. En la práctica, cuando ello ocurre durante una intervención oral,

8. Véase Dianne Otto, *Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of the International Civil Society*, 18(1) *Human Rights Quarterly* (1996) 107-141, especialmente p. 110.

9. Durante la vigencia de la resolución 1296 fue cancelado el status consultivo de la International Lesbian and Gay Association (ILGA), en tanto que bajo la vigencia de la resolución que le antecedió, es decir, la resolución 288, fue cancelado el status consultivo de la International Association of Democratic Lawyers, de la International Organization of Journalists y de la organización Women's International Democratic Federation. En estos tres últimos casos se trataba de instituciones a las que se acusó de servir los intereses de la Unión Soviética. Sobre la cancelación del status consultivo de la International Lesbian and Gay Association, Douglas Sanders, *Getting Lesbian and Gay Issues on the International Human Rights Agenda*, 18(2) *Human Rights Quarterly* (1996) 67-106. Sobre la expulsión de las otras tres organizaciones, véase Dianne Otto, op. cit., p. 113.

10. Para un tratamiento crítico de estas resoluciones, véase Margo Picken, *The Role of the NGO in the implementation of Human Rights within the framework of the UN*, paper delivered at the international colloquium on human rights at the University of Montreal, February 1985.

11. Sin embargo, cabe hacer notar que respecto de varios de estos otros procedimientos es necesario que preceda una declaración expresa del estado para que se puedan interponer denuncias individuales.

el representante de la ONG es interrumpido por el miembro de la ONU que preside la sesión.¹²

La gran mayoría de los órganos de la ONU que tramitan casos individuales ha sido establecida en las dos últimas décadas, por lo que la participación de las ONG se ha ampliado notablemente en este aspecto. En rigor, sin embargo, las ONG no actúan investidas de ningún reconocimiento oficial de parte de la ONU al participar de esta manera, sino que simplemente ejercitan un derecho que está al alcance, en principio, de cualquier individuo u organización.¹³

Además del trabajo de sus órganos regulares, una vía de gran impacto del trabajo de la ONU la constituyen las Conferencias que celebra sobre diversas temáticas. En los últimos años las de mayor difusión han sido la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992), la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), la Conferencia de El Cairo de 1994 en que se trataron temas reproductivos y la Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). En estas conferencias han participado, además de las ONG con status consultivo, un significativo número de otras ONG. Estas Conferencias han reflejado las tensiones existentes entre algunos estados y las ONG, a las que se les ha reconocido diferentes grados de participación en cada una de estas Conferencias. De hecho, una parte sustancial de la actividad de las ONG respecto de estas Conferencias ha estado destinada a asegurarse los niveles más amplios posibles de participación, con variado éxito.¹⁴

Organización de Estados Americanos. A diferencia de Naciones Unidas, en la OEA no existe ningún mecanismo formal de participación de las ONG. Se da la paradoja, sin embargo, de que en la tramitación de casos individuales ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, en que las ONG actúan como podría hacerlo cualquier individuo, ellas han desempeñado un papel central, contribuyendo de manera significativa al fortalecimiento del trabajo de ambas instituciones.

12. Un caso célebre es el del representante de una ONG que, para evitar señalar por su nombre a Paraguay durante el régimen de Stroessner, se refirió a "un país pequeño y mediterráneo, ubicado en algún lugar de América Latina". Al ser interpelado por el Presidente de la Comisión a decir el nombre del país, el representante de la ONG lo hizo y fue cancelada su intervención oral. Véase Iain Guest, *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War Against Human Rights and the United Nations*, University of Pennsylvania Press (1990), p. 99.

13. Véase Tom Farer, *New Players in the Old Game: The De Facto Expansion of Standing to Participate in Global Security Negotiations*, *American Behavioral Scientist*, Vol. 38 N° 6 (1995), 842-866.

14. Consúltase Dianne Otto, *op. cit.* pp. 118-119. Véase también Reed Brody, Donna Sullivan e Iain Guest, *The 1993 World Conference on Human Rights: A Critical Analysis*, International Human Rights Law Group, Washington, D.C. (1993).

El problema es que a nivel de los órganos políticos de la OEA (Consejo Permanente y Asamblea General) se adoptan importantes resoluciones, que afectan cuestiones como los derechos humanos, el medio ambiente, los derechos de la mujer y otras materias, y se carece de un sistema de acreditación formal. La importancia de las decisiones que adoptan estos órganos políticos es tal que podrían transformar sustancialmente el sistema.

A la Asamblea General de la OEA las ONG asisten por medio de una invitación. Este mecanismo es discrecional, además de permitir dilatar la invitación hasta que se ha vencido el plazo.¹⁵ En cuanto a las ONG a las que se extiende invitación, ellas sólo pueden presenciar el desarrollo de los debates, sin que puedan intervenir en los mismos ni distribuir documentos oficiales. Todo esto ha conducido a que el número de ONG que asisten sea muy reducido, siempre inferior a una decena en los últimos años.

En cuanto al Consejo Permanente de la OEA, éste ha trabajado tradicionalmente sin escrutinio público. Las ONG han estado históricamente al margen de sus debates. Sin embargo, en 1994, algunos estados propusieron que las ONG asistieran a los debates del Consejo Permanente. De hecho, varias ONG venían buscando tal opción desde hacía varios años. Si bien esto ha posibilitado una cierta asistencia, ella continúa efectuándose a título informal, esto es, sin un mecanismo regular de participación no-gubernamental. Además, no existe un canal de comunicación oficial, por lo cual ningún órgano de la OEA les da aviso a las ONG de que se realizará una sesión (ello depende de la buena voluntad de algunos estados) o de que una reunión de la cual han sido informadas ha sido cancelada.¹⁶ En cualquier caso, su rol está limitado al de observadores, sin poder intervenir oralmente ni distribuir documentos por conductos oficiales.¹⁷

Como consecuencia de intensas negociaciones llevadas a cabo por ONG, en 1994 se creó al interior del Consejo Permanente un Grupo de Trabajo para buscar mecanismos formales de acceso de las ONG a los órganos

15. Esto lo hace la OEA a través, por ejemplo, de la solicitud de información adicional sobre una ONG; así ocurrió en el año 1994 con la Comisión Andina de Juristas.

16. A todo ello se suma que las ONG no tienen acceso al Orden del Día previo a la reunión misma.

17. Entre los muy escasos ejemplos de participación institucional de las ONG en relación con el Consejo Permanente en los últimos años se cuentan la preparación de la Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas y de la Declaración Interamericana sobre Pueblos Indígenas. La primera de ellas fue aprobada en 1994 y entró en vigencia a principios de 1996, constituyendo una experiencia fructífera de trabajo conjunto, puesto que se consiguió mejorar varios de sus aspectos centrales. Por su parte, la Declaración Interamericana sobre Pueblos Indígenas se encontraba todavía en preparación en junio de 1997.

políticos de la OEA. Sin embargo, las ONG no han sido notificadas de un número significativo de las sesiones de este Grupo de Trabajo, a pesar de su evidente interés en la materia en discusión. Hasta la fecha, en el marco del Grupo de Trabajo aún no han tenido lugar avances significativos que tiendan a formalizar la participación de las ONG en los órganos políticos de la OEA.¹⁸

Como es obvio, al no existir mecanismos de participación formal de las ONG ante la Asamblea General y el Consejo Permanente de la OEA, mal podrían existir fórmulas para asegurar su control: es suficiente con no invitar a la(s) ONG a la(s) que se pretenda marginar de los debates.¹⁹

Como hice notar anteriormente, es al nivel de los órganos de derechos humanos propiamente tales del Sistema Interamericano que las ONG han realizado contribuciones efectivas. Esto se ha manifestado de manera especial en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que ella fue durante dos décadas el único órgano de protección tales derechos en la OEA y, hasta la actualidad, desarrolla un trabajo más abarcador que la Corte (cumple más funciones, conoce de más casos individuales, emprende estudios, efectúa visitas *in loco*, etc.). La actividad de las ONG ha sido crucial en el fortalecimiento de todos los aspectos del trabajo de la Comisión, a través de la presentación de casos individuales, la canalización de la información sobre distintos países, la contribución en las visitas *in loco*, la realización de estudios especializados, etc.²⁰

18. A petición del Grupo de Trabajo, la Secretaría del Consejo Permanente efectuó una investigación para ver si existían antecedentes en la OEA que permitiese la participación de las ONG. Se encontró al respecto un documento que data de 1971, pero que, por su ambigüedad, no ha tenido efectos prácticos para las labores que desarrolla este Grupo de Trabajo.

19. Para un análisis detallado acerca de la situación de las ONG en los órganos políticos de la OEA en los últimos años, véase Reed Brody y Felipe González, "Human Rights Development at OAS General Assembly", *The Review of the International Commission of Jurists* N° 48, Ginebra (1992), 68-72; Felipe González, "1993 OAS General Assembly and Human Rights in the Americas", *The Review of the International Commission of Jurists* N° 51, Ginebra (1993), 49-53; Felipe González y Diego Rodríguez, Human Rights and their treatment in the 1994 General Assembly and Permanent Council of the OAS, *The Review of the International Commission of Jurists* N° 53, pp. 51-61, Ginebra (1994); Felipe González y Antonio Maldonado, *La Organización de los Estados Americanos y su mandato en el campo de la democracia y los derechos humanos 1994-1995*, International Human Rights Law Group, Washington, D.C., 1995; Felipe González, Diego Rodríguez y Katya Salazar, *Derechos Humanos y Organización de Estados Americanos 1995-1995*, International Human Rights Law Group, 1996. Véase también, Inter-American Dialogue, *Advancing Democracy and Human Rights in the Americas: What Role for the OAS?*, Washington, D.C., 1994.

20. La Comisión fue creada en 1959 con un status muy precario y sin un mandato claro; comenzó elaborando Informes Generales sobre países que presentaban violaciones sistemáticas y luego, por vía interpretativa de su mandato, se abocó además a conocer casos individuales y a desempeñar otras actividades de protección y promoción de los

En cuanto a la participación de las ONG en asuntos de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ellas carecen de la posibilidad de presentar casos contenciosos²¹ o solicitar Opiniones Consultivas.²² Respecto de estas últimas, desde un comienzo se ha utilizado la fórmula de los *amici curiae* para presentar documentos escritos a la Corte; además, la Corte ha permitido desde fecha reciente que organizaciones no-gubernamentales internacionales de derechos humanos realicen argumentos orales en el marco de la tramitación de Opiniones Consultivas.²³

La situación de las ONG y las víctimas que ellas representan es más compleja en los casos contenciosos. Hasta fines de 1996, en tal tipo de casos la Corte autorizaba a los abogados de las víctimas a actuar exclusivamente como asesores de la Comisión. A partir de 1997, en virtud de una modificación de su Reglamento realizada por la propia Corte, se les permite a los abogados de las víctimas y a éstas operar de manera autónoma (esto, es separada de la Comisión) en la etapa de determinación de la indemnización. Esto constituye un avance, que debiera ser seguido por el reconocimiento de dicha autonomía desde el comienzo de la tramitación de un caso contencioso, de manera de evitar los conflictos con la Comisión, así como para contribuir a perfilar mejor el rol de esta última en casos contenciosos ante la Corte.²⁴ Existe el antecedente del

derechos humanos. Una reforma de la Carta de la OEA y la entrada en vigor de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en 1978 vinieron a consolidar los poderes de la Comisión. Para una revisión en detalle del rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consúltese Cecilia Medina Quiroga, *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht (1988). Sobre las ONG y la Comisión, véase Felipe González y Antonio Maldonado, *La Organización de los Estados Americanos y su mandato en el campo de la democracia y los derechos humanos 1994-1995*, cit.

21. La función contenciosa de la Corte consiste en conocer y resolver casos específicos de violación a los derechos humanos. Estos casos pueden ser remitidos a la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o por los Estados, aunque éstos, en la práctica, nunca han ejercido tal facultad. En consecuencia, los individuos o las organizaciones no-gubernamentales no pueden presentar casos ante la Corte.
22. La función consultiva de la Corte consiste en interpretar la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y otros tratados con incidencia en la protección de los derechos humanos en el hemisferio, incluyendo el pronunciarse acerca de la compatibilidad de normas internas con tales instrumentos internacionales. Las solicitudes de Opinión Consultiva pueden provenir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de los Estados Miembros de la OEA y de otros órganos indicados en la Carta de la OEA. Además de estas dos funciones, la Corte puede disponer en casos urgentes y de extrema gravedad la dictación de medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas. La Corte puede dictar tales medidas durante la tramitación de casos contenciosos o, cuando se trate de un caso que no esté en tramitación en la Corte, a solicitud de la Comisión.
23. Ello ocurrió por primera vez en 1993, con ocasión de la Opinión Consultiva N° 13.
24. Sobre este punto, consúltese Juan E. Méndez y José Miguel Vivanco, *Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a Litigation Experience*, 13(3) *Hamline Law*

Sistema Europeo, donde la Corte reconoció tal autonomía a las víctimas sin que existiese un texto expreso de la Convención al respecto. En el Sistema Interamericano, una modificación adicional del Reglamento de la Corte sería suficiente para implementar dicha medida.

Al igual que en la ONU, al interior de la OEA existe una situación de tensión entre algunos estados y las ONG, especialmente las de derechos humanos (en realidad, éstas son las únicas ONG que poseen algún grado de presencia en la OEA). La diferencia radica en que la situación de las ONG en la OEA es más precaria, limitando significativamente su rol. El aspecto central de la disputa se ha centrado en la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el órgano de la OEA que ejerce una vigilancia cotidiana sobre la situación de tales derechos en los estados del hemisferio y, por lo mismo, el que despierta más recelos. Mientras las ONG han defendido los poderes de la Comisión –sin perjuicio de criticarla cuando consideran que debilita su labor de protección de los derechos humanos, pero sin poner nunca en tela de juicio su legitimidad–, algunos estados han procurado y continúan procurando a través de diversas vías reducir las facultades de la Comisión. Este ha sido el aspecto medular del conflicto entre algunos estados y las ONG.

En el contexto descrito, en los últimos años se han planteado iniciativas tales como intentar prohibir que postulen para comisionados personas que pertenezcan a una ONG;²⁵ intentar prohibir que en lo sucesivo los abogados de las ONG actúen como asesores de la Comisión en casos ante la Corte; ampliar el número de comisionados para alcanzar una distribución geográfica de los mismos, en circunstancias que los comisionados son expertos independientes que actúan a título personal y no en representación de los estados de los cuales son nacionales, con lo cual, en definitiva, se debilitaría la celeridad y eficiencia del trabajo de la Comisión; evitar que la Comisión continúe publicando Informes sobre países, limitándose a resolver casos individuales y a realizar estudios temáticos; y, más recientemente, intentar fusionar la Comisión y la Corte, lo cual, en los términos en que se ha planteado en el Sistema Interamericano, reduciría notablemente la supervisión de la situación de los derechos humanos.

Review (1990) 507-5777. Véase asimismo Claudio Grossman, Disappearances in Honduras: the need for direct victim representation in human rights litigation, 15(3) *The Hasting International and Comparative Law Review* (1992) 363-389; y Lynda Frost, The Evolution of the Inter-American Court of Human Rights: Reflections of Present and Former Judges, 14 *Human Rights Quarterly* 171-205 (1992).

25. La práctica de las personas elegidas comisionados que han sido al tiempo de su elección integrantes de ONG ha consistido en renunciar a su participación en dichas instituciones, lo cual es coherente con la imparcialidad e independencia requeridas para el cargo; sin embargo, por regla general, tal renuncia no tiene lugar cuando se trata de personas electas como comisionados que ejercen funciones para los Gobiernos de sus respectivos Estados.

Este enfoque gubernamental equívoco acerca del rol de las ONG en la arena internacional también quedó de manifiesto en la “Cumbre de las Américas”, que se llevó a cabo por iniciativa del gobierno de Estados Unidos en Miami en Diciembre de 1994. Si bien no se trató de un acto organizado por la OEA como tal, tuvo indudable relevancia para ella, puesto que fueron invitados 33 Jefes de Gobierno del hemisferio americano y muchas de sus recomendaciones van dirigidas a órganos de la OEA. Al referirse a la sociedad civil, incluyendo las ONG, el documento final de la “Cumbre de las Américas” recomienda a los gobiernos que establezcan mecanismos para asegurar la participación de dichas organizaciones, así como enfatizan la necesidad de transparencia y responsabilidad (accountability) de ellas ante la sociedad. Ni una palabra se dice, en cambio, respecto de la participación de las ONG en la arena internacional, en circunstancias que, como hemos visto, no existe ningún mecanismo formal de participación de las mismas en el Sistema Interamericano. Por lo demás, la misma “Cumbre” fue un reflejo de esta actitud, ya que el acceso brindado a las ONG fue muy marginal.²⁶

EL CONTROL INTERNACIONAL DE LAS ONG: ¿UN PROBLEMA GENUINO Y RELEVANTE?

Desde el punto de vista del fortalecimiento de la democracia a través de la participación ciudadana, así como del mejoramiento del trabajo de la ONU y la OEA para fomentar la democracia, la protección de los derechos humanos y otros parámetros a nivel internacional, es indudable que mientras más transparentes y representativas sean las ONG mayor será su contribución. En este sentido, en la medida en que las ONG desarrollen su trabajo en un contexto abierto, en el que las libertad de expresión, reunión y asociación sean plenamente respetadas, su transparencia y representatividad se verá favorecida.

Sin embargo, el problema que se plantea a nivel internacional es que a menudo el enfoque es distinto a lo señalado en el párrafo anterior, ya que desde la lógica de muchos estados no se aspira a garantizar el acceso y representatividad de la sociedad civil de los distintos países a través de las ONG, sino, al contrario, se intenta obstruir y dificultar esa participación. Esa es, por lo menos, la lógica de un número no despreciable de estados, tanto en la ONU como en la OEA. De allí que sea indispensable preguntarse hasta qué punto es genuino y relevante el tema del control de las ONG a nivel internacional y hasta qué punto es una creación interesada de algunos estado para poner trabas a la participación de las sociedades civiles.

26. Véase Summit of the Americas. Plan of Action, pp. 3-4.

Al respecto, es indispensable considerar que el contexto de la ONU y el de la OEA presentan ciertas diferencias que inciden en la función de las ONG. En Naciones Unidas, por su propia diversidad, el contexto es más complejo. Existen correlaciones de fuerzas que varían según el órgano de que se trate. Por ejemplo, como se sabe, en el Consejo de Seguridad existen cinco estados permanentes y con derecho de veto: China, Francia, Estados Unidos, Gran Bretaña y Rusia. A su vez, los países subdesarrollados han buscado conseguir algún contrapeso a través de la Asamblea General, donde constituyen la mayoría.²⁷ En los órganos de derechos humanos la situación es todavía más compleja, puesto que algunos de tales órganos están integrados por representantes de los estados (vgr., la Comisión de Derechos Humanos), en tanto que otros están compuestos por expertos independientes que actúan a título personal (vgr., los órganos creados por tratados de derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos, establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Si bien al desaparecer los estados socialistas uno de los bloques más fuertes al interior de Naciones Unidas se extinguió, coexisten todavía estados con rasgos muy disímiles desde el punto de vista de su sistema político, abarcando desde estados que presentan rasgos democráticos genuinos, hasta otros gobernados por dictaduras abiertas o disfrazadas. A ello se añaden las invocaciones de relativismo cultural que formulan algunos países. Así, algunos estados islámicos y otros países subdesarrollados, especialmente de África y Asia, han puesto en tela de juicio el carácter vinculante para ellos del derecho internacional de los derechos humanos, al que describen como un producto del pensamiento occidental. Con bastante frecuencia, sin embargo, las bases para cuestionar la universalidad de los derechos humanos son febles, cuando no espurias. Por ejemplo, en la mencionada Conferencia Mundial de 1993, el liderazgo en esta crítica lo llevaron China Popular e Indonesia, sin que ofrecieran bases sólidas para su argumentación. De allí que en ocasiones sea legítimo preguntarse en qué medida el conflicto universalidad/relativismo es en la práctica distinguible del conflicto democracia/dictadura al interior de la ONU.²⁸

27. Así se explica, por ejemplo, que durante los últimos años se hayan aprobado en la Asamblea General resoluciones condenando a Estados Unidos por el bloqueo a Cuba, las que carecerían de posibilidades de éxito en el Consejo de Seguridad.

28. Acerca del debate sobre el relativismo cultural, véase entre otros: Eva Brems, *Enemies or Allies? Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse*, 19(1) *Human Rights Quarterly* (1997) 136-164; Jack Donnelly, *Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights*, *American Political Science Review* (1986) 303-316; Jack Donnelly y Rhoda E. Howard, *Cultural Relativism and Universal Human Rights*, 6(4) *Human Rights Quarterly* (1984) 400-419; Alison Dundes Renteln, *The Unanswered Challenge of Relativism and the*

Los rasgos señalados han tenido un evidente impacto en la actitud frente a las ONG. Por una parte, existe un conjunto de estados, entre los que resaltan los de Europa Occidental, que, dada su frecuente concurrencia de intereses con las ONG, favorecen su participación. Existe también un grupo de estados del Tercer Mundo (cuya composición varía, según la correlación política al interior de tales países y de su mayor o menor acercamiento a las prácticas democráticas) que favorece esa participación, en tanto que otros se mantienen en posiciones ambivalentes y un tercer grupo generalmente entra en pugna con las ONG. En este último caso se trata, casi invariablemente, de estados acusados por las ONG de graves violaciones a los derechos humanos. En cuanto a la posición de EE.UU., ella podría caracterizarse también como ambivalente, dependiendo tanto de la correlación política interna del país como de diversas consideraciones de la política internacional estadounidense.

Por lo antes expuesto, no son infrecuentes las acusaciones de “occidentalismo” a las ONG que desarrollan trabajos a nivel internacional. Antes de la caída de los socialismos del Este, tal crítica emergía con fuerza desde esos países; hoy proviene desde algunos estados asiáticos y africanos.²⁹

La OEA presenta una mayor homogeneidad que la ONU. En este sentido, no son frecuentes las alegaciones de relativismo cultural. Además, en la actualidad, la totalidad de los estados miembros en ejercicio de la OEA (Cuba fue suspendida en 1962) posee gobiernos elegidos en las urnas. En la gran mayoría de los casos se trata de sistemas políticos que surgieron en las décadas de los ochenta y los noventa, reemplazando a dictaduras militares. Tradicionalmente –y me refiero a la época en que se echaron a andar la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, la OEA se vio confrontada a violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos en muchos países. Existía, con todo, un “núcleo duro” de países que creó los órganos de derechos humanos y defendió la

Consequences for Human Rights, 7(4) *Human Rights Quarterly* (1985) 514-540; Rhoda E. Howard, Cultural Absolutism and the Nostalgia for Community, 15(2) *Human Rights Quarterly* (1993) 315-338; Raimundo Panikkar, Is the notion of human rights a Western concept?, 120 *Diogenes* (1982) 75-102; Pollis and Schwab, *Human Rights: a Western construct with limited application*, Pollis and Schwab (eds.), Human Rights I, 1979; Adamantia Pollis, Cultural relativism Revisited: Through a State Prism, 18(2) *Human Rights Quarterly* (1996) 316-344; Fernando R. Tesón, International Human Rights and Cultural Relativism, 25(4) *Virginia Journal of International Law* (1985) 869-898; Christian Tomuschat, Human Rights in a World-Wide Framework - Some Current Issues, en: 45(3) *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* (1985).

29. También los lugares en que las ONG más importantes tienen sus sedes –casi invariablemente en el Occidente– y su composición forman parte del acervo que da pábulo a estas acusaciones. Respecto del primer aspecto, la dificultad es mayor, ya que las propios órganos de la ONU tienen por lo general sus sedes en países occidentales. En cuanto a la composición de las ONG internacionales, éstas han diversificado notablemente su personal en las últimas décadas.

legitimidad de su actuar en la supervisión de la situación interna de los países del hemisferio americano en materia de derechos humanos (especialmente de la Comisión, ya que la Corte recién se instaló en 1979). Fue en ese contexto que las ONG, al tiempo que se desarrollaban al interior de numerosos países (básicamente como una forma de reacción frente al cierre de otros canales de participación), comenzaron a desplegar esfuerzos ante la Comisión. Sin embargo, su presencia ante los órganos políticos de la OEA (Asamblea General y Consejo Permanente) nunca fue muy amplia.³⁰

Al pasarse de una presencia importante de dictaduras en el hemisferio a un predominio casi completo de gobiernos democráticamente electos, la participación de las ONG al interior de la OEA no se vio facilitada, como pudiera haberse pensado que ocurriría. Una serie de estados con gobiernos elegidos en las urnas comenzaron a poner en tela de juicio la legitimidad de los órganos de derechos humanos de la OEA para supervisar la situación interna de cada país. Así, con alguna frecuencia se ha planteado por los estados que la Comisión fue creada para lidiar con dictaduras y no con democracias. La situación no deja de ser curiosa, ya que muchos de estos estados ratificaron los tratados interamericanos más importantes que materia de derechos humanos al dejar atrás dictaduras y ahora se sienten incómodos por los compromisos internacionales contraídos.

En realidad, los gobiernos que han reaccionado de esta manera presentan en su mayoría sistemas democráticos precarios, carentes de rasgos importantes de un Estado de Derecho. En su mayoría puede hablarse de países en tránsito hacia la democracia, aunque en un número no despreciable de países tal evolución parece haberse detenido o haberse vuelto casi imperceptible, manteniéndose “bolsones” de poder militar, sistemas judiciales arcaicos e ineficaces y formas de ejercicio del poder público cupulares y de escasa transparencia.

En el contexto descrito, las ONG han puesto énfasis en la importancia del rol de los órganos de la OEA en materia de fortalecimiento de la democracia y los derechos humanos, sustentando su legitimidad. Ello ha conducido a que una serie de estados descalifiquen a las ONG e intenten limitar su papel en la mayor medida posible.

Según se desprende de los antecedentes expuestos sobre las relaciones entre los estados y las ONG tanto en la ONU como en la OEA, el problema

30. Véase Felipe González, *Modernidad, Posmodernidad y Derechos Humanos en América Latina*, en: *Estudios Especializado de Derechos Humanos* I, Thomas Buergenthal y Antonio Cançado Trindade eds., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica (1996), 223-265.

del control internacional de aquéllas no es genuino realmente. Se trata de un problema levantado por algunos estados a los que incomoda la presencia de las ONG que emiten informes críticos sobre ellos y que proporcionan caudales de información relevante a los órganos de derechos humanos de la ONU y la OEA, con lo cual éstos adquieren mayor eficacia en su accionar. En suma, aquellos estados respecto de los cuales más se reclama transparencia y ajuste a parámetros básicos en su gestión han respondido esgrimiendo el argumento de que la transparencia y comportamiento según ciertos parámetros les deben ser exigidas primeramente a las ONG, buscando así crear una situación de virtual "empate", que en definitiva debilite al Sistema Internacional.

CONCLUSIÓN

El fortalecimiento del Sistema Internacional, particularmente del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, en las últimas décadas ha conducido a que una serie de estados procuren por distintos mecanismos eludir las obligaciones que han contraído. Si bien la eficacia de ese Sistema todavía es parcial, existe un incremento en la supervisión internacional sobre los estados. En este incremento las ONG han jugado un papel crucial y de allí que aquellos estados incómodos con tal supervisión hayan escogido como uno de sus blancos importantes a las ONG.

Si los argumentos por un mayor control internacional de las ONG en el contexto de la ONU carecen de fundamentos por las razones expuestas en este trabajo, en el contexto de la OEA dichos argumentos no resisten el menor análisis. Como se ha señalado, en la OEA se carece incluso de un mecanismo de participación institucionalizado de las ONG, con lo cual, desde el punto de vista jurídico, basta simplemente con ignorarlas (esto es, no invitarlas) para dejarlas al margen, lo que, por lo demás, ocurre con frecuencia en el Consejo Permanente de la OEA.

De allí que el problema del control internacional de las ONG no sea genuino ni relevante en el contexto actual. Tanto el Sistema de la ONU como el de la OEA presentan todavía serias deficiencias, la más importante de las cuales es la frecuente falta de cumplimiento de sus resoluciones por parte de los estados. Este es el problema prioritario a resolver y la tarea de las ONG que operan a nivel internacional está encaminada precisamente a ello.

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA GUERRA Y EN LA PAZ DE CENTROAMÉRICA*

*Pedro Nikken***

Vengo a hablar sobre la paz. Sobre la paz resultante de la guerra. Sobre la paz que no es apaciguamiento sino genuina conquista de la esperanza; y cuando esa conquista se edifica sobre un propósito mancomunado de recuperar para un pueblo la justicia, la libertad y, sobre todo, la dignidad, la paz es paradigma de la política. Comparecer ante esta Corporación, desde esta Cátedra, en el acto solemne de llegar a ella como Individuo de Número, es ocasión única para referirme al tema que escogí para el Trabajo de Incorporación: la construcción de la paz sobre los derechos humanos y las lecciones que pueden recibirse de la acción creativa y novedosa de las Naciones Unidas, en pos de la terminación de conflictos armados que asolaron América Central, particularmente en El Salvador y en Guatemala.

El honor que me ha sido conferido por esta Corporación al elegirme parra incorporarme a ella como Individuo de Número se multiplica hasta el infinito y se carga también de una inmensa responsabilidad, al haberlo hecho para ocupar el Sillón número 9, que quedó vacante por la lamentable desaparición del doctor Andrés Aguilar Mawdsley. Andrés Aguilar fue un gran hombre. Donde quiera que estuvo, dejó sembrado su prestigio y un sólido respeto por su actuación. Su vida fue un trayecto de

* Discurso de Incorporación del Dr. Pedro Nikken a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

** El Dr. Nikken fue elegido para ocupar el Sillón número 9 de la Academia, que quedó vacante por la lamentable desaparición del doctor Andrés Aguilar Mawdsley. Este discurso resume e introduce a un Trabajo de Incorporación más voluminoso, que será editado como un libro en el curso de 1998 cuyo título es *"Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos en la Construcción de la Paz: Lecciones de la América Latina"*.

incansable dedicación a la Justicia, al Estado de Derecho y al respeto de la libertad y de la dignidad humana.

La brillante carrera del Dr. Aguilar se inició en la Universidad Central de Venezuela donde se graduó *summa cum laude* como Doctor en Ciencias Políticas y Sociales en 1946. Poco después obtuvo su *Master in Civil Law* en la Universidad McGill de Montreal, con un trabajo de tesis importante en la literatura posesoria: *De la possession dans le droit civil de la Province de Québec*. En Canadá halló a Rejane Laurin, la compañera de su vida, quien sólo se separó de él por poco tiempo: los contados meses durante los que lo sobrevivió.

Dedicado a la docencia universitaria en la Universidad Central de Venezuela desde 1948 y en la Universidad Católica Andrés Bello desde su fundación, alcanzó en ambas el rango de Profesor Titular. Fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela con el advenimiento de la democracia, cargo que dejó para asumir el Ministerio de Justicia.

No dejó pasar una oportunidad para servir a Venezuela. En la difícil época de la transición hacia la democracia, como Ministro de Justicia, Andrés Aguilar fue un ejemplo de firmeza en la defensa de las instituciones dentro del marco de la legalidad. Su empeño en sostener que no se defendía bien la democracia si no se respetaban cabalmente la Constitución y las leyes de la República le valió el título que en su momento le reconoció el Presidente Rómulo Betancourt: la conciencia jurídica del régimen.

Diplomático de brillante trayectoria, fue Embajador Representante Permanente ante las Naciones Unidas en su sede de Ginebra entre 1963 y 1965, tiempo durante el cual fue elegido para presidir la Conferencia Internacional del Trabajo. Dos veces Embajador Representante Permanente de Venezuela ante las Naciones Unidas en Nueva York, ocupó igualmente la Embajada de Venezuela ante la Casa Blanca. El brillo que imprimió a todas esas misiones fue objeto del más amplio reconocimiento. El prestigio que en ellas ganó no fue sólo para su persona sino para el país que representaba con inteligencia, devoción y patriotismo.

En 1990 fue elegido para la más alta magistratura a la que jurista alguno pueda aspirar: Juez de la Corte Internacional de Justicia, cargo que ejerció desde el 6 de febrero de 1991, hasta su muerte acaecida el 24 de octubre de 1995. En el homenaje póstumo que la Corte le rindió, su Presidente, señor Mohammed Bedjaoui, en una frase sintetizó el significado de aquella pérdida:

...veo morir en ti al más justo de los hombres

Una de las más grandes contribuciones de Andrés Aguilar al Derecho Internacional contemporáneo fue la que brindó al desarrollo del

moderno Derecho del Mar, tema al cual dedicó su Trabajo de Incorporación a esta Academia, que llevó por título *"Evolución reciente del Derecho Internacional del Mar y papel que en ella ha jugado la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar"*.

Andrés Aguilar presidió la Delegación de Venezuela en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar así como la Segunda Comisión de la misma, a cuyo cargo estuvo la consideración de prácticamente la totalidad de la parte sustantiva del Derecho del Mar. Su inagotable capacidad para la búsqueda de consensos y su profundo conocimiento de la materia fueron determinantes para que la Tercera Conferencia culminara exitosamente. La formulación que finalmente se adoptó de numerosos conceptos novedosos fue modelada por él, como lo son las modernas definiciones de zona económica exclusiva y de plataforma continental.

De su vinculación con el Derecho del Mar, además del citado Trabajo de Incorporación a esta Academia, surgieron otras publicaciones, como *"The Patrimonial Sea or Economic Zone Concepts"*; *"Law of the Sea: The Latin-American View"* y *"Latin-American Contribution to the Modern Law of the Sea"*.

Se trata de una constante en la obra jurídica de Andrés Aguilar y muestra cuán reflexivo era y la seriedad intelectual con la que se desempeñó en los distintos retos que le planteó la vida. Su obra es una suerte de rastro de su biografía y en casi todas las áreas en las que trabajó dejó el aporte de sus reflexiones en diversos artículos y monografías. Así, por ejemplo, hizo su post grado en Canadá y, a más de su tesis, en Caracas publicó un artículo sobre *"El Estatuto Internacional del Canadá"*, en 1955; fue Consultor Jurídico de la Cámara de la Construcción y publicó su conocida monografía sobre *"La Responsabilidad del Contratista o Empresario por Vicios o Defectos de la Obra"*, que es aún término de referencia ineludible para los estudiosos de la materia. Fue Ministro de Justicia y editó: *"La Delincuencia en Venezuela. Su Prevención"*. Fue el primer Consultor Jurídico de Petróleos de Venezuela y el Boletín de esta Academia publicó su Conferencia sobre el *"Régimen Legal de la Industria y Comercio de los Hidrocarburos"*.

Cuando accedió a la Corte Internacional de Justicia realizó nuevas publicaciones vinculadas con ese alto oficio, la última de las cuales fue *"Aceptación de la Jurisdicción Obligatoria de la Corte Internacional de Justicia. Reservas a la Cláusula Opcional"*, cuya publicación no alcanzó a ver. En ella analizó las diversas modalidades de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte mediante las reservas que están autorizadas para adherirse a la cláusula facultativa contenida en el artículo 36 de su Estatuto.

Capítulo aparte merece la labor de Andrés Aguilar en el progreso de la protección internacional de los derechos humanos, materia sobre la cual dejó también abundante obra escrita. Sin embargo, más que a esa literatura quiero referirme a su compromiso. Fue representante de Venezuela en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, cuya presidencia ocupó en 1971. También integró el Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, desde 1981 hasta 1988.

Pero su más destacada y fructífera contribución en este ámbito fue la que aportó a nuestro continente, desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la que fue miembro entre 1972 y 1985. Fue tal su autoridad y su prestigio que apenas dos años después de ingresar a dicho cuerpo fue elegido como su Presidente, cargo que ocupó durante cuatro años consecutivos y luego, nuevamente, en 1979 y en 1985. Cuando expiró su último mandato, y por imperativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no podía ser reelegido para un nuevo período, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos emitió una resolución en reconocimiento y gratitud por la extraordinaria labor de Andrés Aguilar, primera ocasión en la historia de la OEA en la que formalizaba de esa manera su agradecimiento a una persona.

Bajo la Presidencia de Andrés Aguilar la Comisión Interamericana atravesó por sus momentos más cruciales. La violencia y el autoritarismo, que desafiaban a la opinión pública internacional, se habían adueñado de la mayor parte de América Latina.

Andrés Aguilar estuvo presente en la visita u "observación *in loco*" que la Comisión hizo a Chile en 1974 y a la Argentina en 1978. El Informe que se publicó a raíz de esta última visita, el cual confirmaba, entre otras cosas, la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas, fue una inequívoca manifestación de un órgano independiente e imparcial sobre la realidad de la dictadura argentina y marcó el comienzo de su declinación.

Más importante aun fue su labor silenciosa. La gestión discreta ante gobiernos militares para responder con la mayor urgencia a la denuncia de que la vida o integridad de una persona corría peligro. Gracias a su fina inteligencia, a la firmeza de sus convicciones y a sus grandes dotes como diplomático, Andrés Aguilar, desde el más completo anonimato para los destinatarios de sus gestiones, preservó la vida, la integridad o la libertad de centenares de latinoamericanos. Era la persona mejor dotada para ser el líder del sistema interamericano de derechos humanos y cumplió con su deber con dedicación, firmeza, habilidad e integridad insuperables.

El jurista, el diplomático, el intelectual, el hombre público, el hombre sensible por el sufrimiento ajeno, el defensor infatigable de los derechos

humanos, se conjugó en un hombre de bien, que será recordado como uno de los venezolanos más universales e importantes de su época, cuya energía vital y espiritual se diseminó por América y aun más allá, hacia el planeta todo.

De no haber existido hombres y mujeres como Andrés Aguilar, el Trabajo de Incorporación que introduce hace unos meses ante esta Ilustre Corporación no habría podido ser escrito.

El Trabajo de Incorporación, cuyo título es: *"Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos en la Construcción de la Paz: Lecciones de la América Central"* y que intentaré resumir en esta disertación, describe y analiza la actuación de las Naciones Unidas en los procesos de paz de El Salvador y de Guatemala, actuación que, pese a su aparente carácter local, ha marcado un hito en la historia de la Organización y un precedente susceptible de proyección universal.

Durante la década de los noventa, se ha construido la paz en el istmo centroamericano. La conquista de la paz fue el resultado de tareas hasta ese momento inéditas por parte de las Naciones Unidas. No se trataba solamente de detener los combates militares, sino de atacar las causas de las guerras que se libraban. La historia de los países afectados estaba signada por el autoritarismo y la persistencia de graves violaciones de los derechos humanos. El camino de la paz pasaba por la consolidación de las instituciones democráticas, por la erradicación de las prácticas atentatorias contra los derechos humanos y por el fortalecimiento de los medios para respetarlos y garantizarlos. Vale decir, por la edificación de un proyecto nacional centrado en la dignidad de la persona. El diseño de ese proyecto y su puesta en práctica contaron con la activa participación de las Naciones Unidas.

La experiencia se inició en El Salvador, con negociaciones que culminaron con la firma del Acuerdo de Paz en Chapultepec, México, el 16 de enero de 1992 por la Comisión Negociadora del Gobierno de El Salvador y la Comandancia General del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). En boca del Secretario General de las Naciones Unidas, señor Boutros Boutros-Ghali, fue ésta *"la primera de la 'segunda generación' de operaciones de mantenimiento de la paz en que se dio particular importancia a la consolidación de la paz después del conflicto. Es decir a los esfuerzos para fortalecer y afianzar la paz a fin de evitar la reanudación del conflicto"*. Se inició así, como también observó el Secretario General, *"una operación multidisciplinaria de mantenimiento de la paz, a diferencia de las operaciones anteriores de las Naciones Unidas, de corte más tradicional, que se habían encargado de la observación y supervisión de treguas"*.

La construcción de la paz en Centroamérica también pasó por Guatemala. El Acuerdo de Paz Firme y Duradera que puso fin al conflicto armado interno en ese país fue firmado en la Ciudad de Guatemala el 29 de diciembre de 1996 por la Comisión Negociadora del Gobierno de Guatemala y la Comandancia General de la Universidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG).

Aunque se trata de dos procesos diferentes, en homenaje a la síntesis presentaré ante ustedes ciertos rasgos comunes que los singularizan. El Trabajo de Incorporación a esta Ilustre Academia, que ahora tengo el honor de presentar, aspira poner de relieve dos de ellos. Por una parte está la activa mediación del Secretario General y de sus representantes en el logro de los acuerdos de paz en estas confrontaciones y con los amplios poderes de los que fue dotada la Organización para la verificación del cumplimiento de los mismos, que contrasta con la hasta entonces inusual participación de las Naciones Unidas en la negociación de la paz y en operaciones para su mantenimiento en casos de conflictos internos. Por otra parte, los acuerdos mismos, en su contenido, revelan una ambiciosa pretensión de progreso institucional para la protección garantía de los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. El esfuerzo de los gobiernos y de las fuerzas insurgentes, con el apoyo enérgico de las Naciones Unidas, forjó un voluminoso cuerpo de acuerdos de paz que, atacando los conflictos en sus orígenes, tienen como eje el propósito de promover el respeto y la garantía de los derechos humanos. Así como, en buena medida, la violación de los derechos humanos explica la guerra, el propósito de restaurar su vigencia explica la paz.

Me referiré entonces, en primer lugar, a la gestión de las Naciones Unidas en la negociación de la paz y, en segundo término, al contenido de los acuerdos de paz.

Aunque con hondas raíces en la historia de los dos países, las guerras centroamericanas tuvieron una importante dimensión internacional. Fueron escenario de confrontación de la guerra fría así como el objeto de un vigoroso trajín diplomático en procura de la paz. La acción del Grupo de Contadora y de su Grupo de Apoyo y los Acuerdos de Esquipulas I y II son los ejemplos más significativos del desempeño de la diplomacia regional, la cual tuvo el gran mérito de evitar la generalización de los conflictos, pero mostró limitaciones para encontrar los medios para ponerles fin. La mediación de las Naciones Unidas, solicitada por ambos Gobiernos y fuerzas insurgentes, fue decisiva para sacar las negociaciones del estancamiento.

El formato de las negociaciones en los dos casos, aunque con matices que los diferencian a lo largo de la evolución de cada proceso fue, a la postre muy parecido: las comisiones de cada una de las partes negociaban directamente en presencia del representante del Secretario General. Se suscribieron progresivamente acuerdos parciales sobre temas de una agenda previamente convenida, hasta agotarla con la firma, de los acuerdos finales de paz, que antes he mencionado y que, una vez suscritos por los negociadores, fueron rubricados por el Secretario General de las Naciones Unidas y por los Presidentes Alfredo Cristiani y Alvaro Arzú, respectivamente.

Los dos procesos se caracterizaron por la dificultad de las partes para llegar a acuerdos a través de la negociación directa entre ellas o incluso para discutir las propuestas que cada una formulaba. En ese contexto la importancia de la función del intermediario y su protagonismo fueron creciendo de modo progresivo, al punto que, desde octubre de 1990, en el caso de El Salvador, y de febrero de 1995 en el de Guatemala, las partes convinieron que las bases de la negociación serían los documentos de trabajo presentados por el intermediario, a quien entregarían por separado sus propias posiciones para que éste procurara su armonización, y renunciaron a presentarlas directamente en mesa de negociación. Así, una gestión que se inició con la utilización de la técnica de los buenos oficios, se transformó en una verdadera mediación, motor de ambos procesos.

El papel de las Naciones Unidas no se agotó en la negociación de los acuerdos de paz sino que se prolongó hacia la verificación de su cumplimiento. En El Salvador operaron, a partir de 1991, tres misiones sucesivas de verificación de Naciones Unidas, conocidas por las siglas de ONUSAL, MINUSAL y ONUV. En Guatemala, la MINUGUA inició su despliegue en 1994 y está supuesta a permanecer en el terreno hasta el año 2000. En los dos casos, la verificación comenzó con la vigilancia del cumplimiento de los acuerdos sobre derechos humanos y la misión respectiva se instaló antes de que se hubiera concertado un cese de hostilidades. Más allá de una misión de verificación *stricto sensu*, limitada a comprobar como observadora el cumplimiento de los acuerdos, la verificación internacional ha sido activa participante en los procesos, como agente de cooperación para el cumplimiento de los acuerdos, como mediadora en las diferencias entre las partes, o en la investigación de hechos amenazadores de la empresa en curso.

El trabajo de las Naciones Unidas estuvo apoyado, además, por el grupo llamado de "Países Amigos" en cada proceso, que fueron, en el de El Salvador, Colombia, España, México y Venezuela, y más discretamente los Estados Unidos, la extinta Unión Soviética y Cuba. El "Grupo de Amigos" de las negociaciones en Guatemala lo conformaron Colombia, España,

Estados Unidos, México, Noruega y Venezuela. La diplomacia venezolana estuvo, pues directamente vinculada a estos eventos y les prestó un significativo apoyo.

Esta operación diplomática inusitada de las Naciones Unidas en conflictos armados internos no es, sin embargo, la única nota destacada de los procesos de paz de El Salvador y de Guatemala. Es el contenido sustantivo de los acuerdos lo que verdaderamente dota de dimensión histórica a este esfuerzo mancomunado, no sólo respecto de las naciones afectadas sino para las Naciones Unidas y para la evolución del Derecho Internacional, particularmente de la moderna rama conocida como Derecho Internacional, particularmente de la moderna rama conocida como Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Paso, por consiguiente a lo que anuncié sería la segunda parte de esta disertación, que se corresponde con la segunda parte del Trabajo de Incorporación.

Los derechos humanos estuvieron en la antesala de la guerra y llegaron al corazón de la paz. Los padecimientos de los pueblos de El Salvador y de Guatemala van más allá de toda descripción. Durante la mayor parte de este siglo, con escasos intervalos, las dictaduras militares, los fraudes electorales, los golpes de estado, la represión y las más diversas formas de violencia política asolaron la región. Se ejerció una injusta dominación económica y social sobre la mayoría del pueblo salvadoreño y del pueblo guatemalteco, con particular gravedad, especialmente último, por lo que respecta a la mayoritaria población indígena. Guatemala llegó a ser el país con mayor número de desapariciones forzosas, en cifras absolutas, en la historia de América. A la violencia generada por el aparato del Estado y por grupos paramilitares o los siniestros escuadrones de la muerte, se sumó la originada por las guerrillas, que cometieron centenares de asesinatos con fines políticos y causaron grandes daños y sufrimientos con la colocación de bombas y de minas.

Para evocar el estado de cosas que se vivía, cito el dramático llamamiento contenido en la homilía del Arzobispo de San Salvador, Monseñor Oscar Arnulfo Romero, pronunciada el 23 de marzo de 1980:

Ningún soldado está obligado a obedecer una orden contra la Ley de Dios... Una ley inmoral, nadie tiene que cumplirla... Ya es tiempo de que recuperen su conciencia y de que obedezcan antes a su conciencia que a la orden del pecado... La Iglesia, defensora de los derechos de Dios, de la Ley de Dios, de la dignidad humana, de la persona, no puede quedarse callada ante tanta abominación. Queremos que el gobierno tome en serio que de nada sirven las reformas si van teñidas de tanta sangre... En nombre de Dios, pues, y en nombre de este sufrido pueblo cuyos lamentos suben hasta el cielo cada vez más tumultuosos, les suplico, les ruego, les ordeno en nombre de Dios: ¡Cese la represión!

La tragedia se agudizó cuando, al día siguiente de haber pronunciado estas palabras, cayó asesinado mientras oficiaba misa.

Violencia y más violencia. Violencia multiplicada por los conflictos armados. Pueblos hostigados por la violencia y hastiados. No en vano, años antes de estos esfuerzos en procura de la paz, y seguramente sin imaginar que un día cumpliría un papel de primera importancia como miembro de la Comisión Negociadora del Gobierno de su país, el poeta salvadoreño David Escobar Galindo expresó un desahogo propio y de su gente escribiendo:

*Por la sangre en el viento, no entre las venas
donde nazcas violencia, maldita seas.*

Los derechos humanos estuvieron en la antesala de la guerra y llegaron al corazón de la paz. El análisis del conjunto de los acuerdos de paz revela que los derechos humanos fungen como eje de los mismos. Su cumplimiento, lo mismo en El Salvador que en Guatemala, abre la posibilidad cierta, y acaso única en la historia de esos países, de dejar superada una estructura dentro de la cual se cometieron las más graves violaciones a los derechos humanos. Los acuerdos procuraron una paz que no fuera el simple fin de la guerra, sino empresas nacionales para construir una nueva sociedad, donde estuvieran erradicadas las causas profundas de los conflictos. La expresión del Presidente Cristiani en la ocasión de la firma del Acuerdo de Paz en Chapultepec resulta plenamente aplicable también a Guatemala:

"...lo que ahora comienza a ocurrir en El Salvador, no es el restablecimiento 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".

Se trata de acuerdos ambiciosos y voluminosos. Siete en total fueron firmados por el Gobierno de El Salvador y el FMLN entre el 4 de abril de 1990 y el 16 de enero de 1992, mientras que el Gobierno guatemalteco y la URNG suscribieron un total de diez y seis acuerdos entre el 30 de marzo de 1990 y el 29 de diciembre de 1996. En ellos se abordaron los más diversos temas atinentes a la construcción de la paz. Es, obviamente, una materia compleja que no puedo abordar acá, como sí lo hago en el Trabajo. Intentaré, sin embargo, presentar el conjunto de esos acuerdos ordenándolos a través de lo que constituye su hilo conductor: el fortalecimiento de las instituciones democráticas y la garantía del irrestricto respeto a los derechos humanos.

Los acuerdos de paz de El Salvador y Guatemala pueden agruparse en dos categorías. Primera, aquellos que apuntan hacia la creación o el fortalecimiento de instituciones cuya finalidad es la protección y la

promoción de los derechos humanos o a reformas orientadas hacia la misma meta. Segundo, aquellos cuyo contenido sustantivo está orientado hacia la proclamación y defensa de los derechos humanos y a la protección de categorías particularmente vulnerables. Me referiré sucesivamente a una y otra categoría.

Los acuerdos comportan transformaciones institucionales del más variado tenor, algunas de las cuales han implicado la puesta en práctica de mecanismos que, en el caso de El Salvador, resultaban inéditos y que inspiraron experiencias ulteriores, particularmente en el proceso de paz de Guatemala.

Así, se establecieron ciertos mecanismos especiales o transitorios para la protección de los derechos humanos y la investigación de sus violaciones. El Acuerdo de San José del 26 de julio de 1990, dispuso el establecimiento de la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos en El Salvador. El alcance y facultades de esta misión carecían de antecedentes dentro de los medios conocidos para la protección internacional de los derechos humanos.

En primer lugar por su dimensión: además de un Director designado por el Secretario General de las Naciones Unidas, la Misión comprendería el número de agentes de verificación que fuere necesario.

Fue facultada para ejercer los más amplios poderes de vigilancia y de protección activa sobre la situación de los derechos humanos en un país que jamás se hubiera concebido en el ámbito de la protección internacional de tales derechos. Entre ellos el de recibir comunicaciones emanadas de cualquier persona contentivas de denuncias sobre violaciones a los derechos humanos; el de visitar libremente cualquier lugar o establecimiento sin previo aviso; el de asentarse libremente en cualquier lugar del territorio nacional; el de entrevistar, libre y privadamente, a quien estimara pertinente; y el de formular recomendaciones a las partes, que éstas se obligaron a *"atender con la mayor prontitud"*. Se trataba, pues, de un mandato de amplio espectro, que incluía también la interacción con autoridades locales y hasta la puesta en marcha de recursos internos a través del Fiscal General de la República o el mismo sistema judicial.

La experiencia de la ONUSAL en materia de verificación del respeto y garantía a los derechos humanos sirvió como precedente para varias experiencias ulteriores, entre las cuales, claro está, se destaca la operación de verificación de derechos humanos cumplida por las Naciones Unidas en Guatemala, en los términos del Acuerdo Global sobre Derechos Humanos, suscrito por el gobierno de aquel país y la URNG el

29 de marzo de 1994. Dicho acuerdo fue la base para la instalación de la misión de verificación conocida como MINUGUA dotada de facultades análogas a las del precedente salvadoreño, aunque algo más débiles que éste en lo que toca al compromiso de las partes frente a la Misión de Verificación y sus recomendaciones.

En verdad, las peculiaridades de la Misión de Verificación prevista en el Acuerdo de San José, así como las que sobre ese diseño habrían de modelarse en el futuro, particularmente en Guatemala con la MINUGUA, son numerosas y de diferente naturaleza. Misiones de ese género no encuentran fundamento directo en la Carta de las Naciones Unidas, así como tampoco en ninguna convención universal ni regional sobre derechos humanos. Se ideó un novedoso mecanismo de promoción y protección internacional de los derechos humanos, que era indispensable para la transición.

Para el esclarecimiento del pasado, hito inexcusable en el camino de la reconciliación nacional, también fueron creados procedimientos *ad hoc*.

En ambos países se expresaron claramente dos aspiraciones: verdad y justicia. El derecho a la verdad es un derecho autónomo, que porta en sí mismo una virtualidad resarcitoria parcial, en cuanto pone fin al sufrimiento que, en especial para los familiares de las víctimas pero también para la sociedad entera, implica la incertidumbre sobre las circunstancias en que se ejecutaron graves violaciones a los derechos humanos y sobre la suerte de las víctimas. El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha afirmado que el familiar de una víctima tiene derecho a saber lo que a ella ha ocurrido y que, la violación de ese derecho convierte a aquel familiar, a su vez, en víctima de la violación del Pacto. Está planteada incluso la discusión, en grupos de trabajo de las Naciones Unidas, sobre si el derecho a la verdad ha "cristalizado" como derecho internacional consuetudinario.

En ese contexto, los Acuerdos de México entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN, del 27 de abril de 1991 instituyeron la Comisión de la Verdad, que estaría compuesta por tres ciudadanos extranjeros nombrados por el Secretario General de las Naciones Unidas, en consulta con 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. La Comisión estaba facultada para formular recomendaciones de orden legal, político o administrativo que las partes se comprometieron a cumplir.

Nunca antes había sido creada una comisión de investigación de esta naturaleza con componentes internacionales. Pero desde entonces se cuentan ya más de quince comisiones de investigación, cuyos poderes y

forma de composición varían, pero que incluyen algún componente internacional.

Con ese antecedente, el Gobierno de Guatemala y la URNG firmaron, el 23 de junio de 1994, el Acuerdo para el Establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han Causado Sufrimientos a la Población Guatemalteca.

La Comisión de Esclarecimiento, tiende a satisfacer la misma necesidad que condujo a la creación de la Comisión de la Verdad en El Salvador, como lo es la elucidación de graves violaciones a los derechos humanos en el pasado. El Acuerdo reconoce el derecho del pueblo de Guatemala a conocer plenamente la verdad sobre graves hechos de violencia, de irrespeto de los derechos fundamentales de la persona y sufrimientos de la población vinculados con el enfrentamiento armado ocurridos en el pasado.

Sin embargo, en esta ocasión se marcan diferencias de cierta relevancia con la comisión salvadoreña. De sus tres miembros sólo su Presidente es extranjero, aunque todos ellos fueron seleccionados por las Naciones Unidas, a través del procedimiento que el mismo Acuerdo establece. Por otra parte, explícitamente se afirma que *"los trabajos, recomendaciones e informe de la Comisión no individualizarán responsabilidades, ni tendrán propósitos o efectos judiciales"* a diferencia de lo que ocurrió en El Salvador, donde la Comisión de la Verdad identificó por sus nombres a los presuntos responsables. La Comisión de Esclarecimiento ha comenzado recientemente sus trabajos.

Los dispositivos antes mencionados, por su naturaleza, temporales, destinados a operar durante una transición. Reviste entonces importancia indagar la proyección de los acuerdos hacia la creación o el fortalecimiento de las instituciones nacionales para protección y promoción de los derechos humanos. Destacan, en este sentido los acuerdos sobre el Sistema Judicial, sobre la Procuraduría de Derechos Humanos y sobre la Policía Nacional Civil.

En ambos países se han convenido y adoptado medidas para fortalecer el Poder Judicial y dotarlo de la mayor independencia, algunas de ellas dentro de los mismos acuerdos de paz, otras para ser desarrolladas posteriormente.

En los dos procesos de paz hubo asimismo referencia a un órgano especial para la protección de los derechos humanos: las Procuradurías de Derechos Humanos a cuyo frente está un funcionario que cumple con la misión propia del ombudsman. Sin embargo, nuevamente en esta

materia los acuerdos no son simétricos, resultado del hecho de que el Procurador de los Derechos Humanos ya existía en Guatemala desde la Constitución de 1985, mientras que la figura no existía en El Salvador y fue introducida, precisamente, dentro del marco de los acuerdos de paz. Tanto en El Salvador como en Guatemala se contempló la creación de un nuevo cuerpo policial: la Policía Nacional Civil. La reestructuración de la policía en ambos países ha atendido a dos conceptos. En primer lugar, su desmilitarización, que implicó su separación de la estructura de las Fuerzas Armadas y su comando por autoridades civiles. En segundo lugar, la redefinición de su doctrina como cuerpo cuyo primer cometido es la protección del ciudadano. La policía está llamada a ser, en una sociedad democrática, la vanguardia de la defensa, no de la ofensa, a los derechos humanos.

También fue necesario acometer la reforma de instituciones a las que se atribuían prácticas sistemáticas atentatorias contra los derechos humanos, particularmente, de las Fuerzas Armadas. Se ha acordado la redefinición de sus funciones constitucionales, limitándola a la defensa de la soberanía del Estado y de la integridad de su territorio. Las Fuerzas Armadas quedarían así privadas de competencia ordinaria en el área de la seguridad pública, en la que sólo podrían intervenir en circunstancia de excepción, por disposición del Presidente de la República y bajo el control permanente del Poder Legislativo.

También se restringió drásticamente el ámbito de la jurisdicción militar de manera que sólo queden dentro de su esfera los delitos que afectan de modo exclusivo un interés jurídico estrictamente militar. En adelante, ningún militar gozará de fuero de privilegio si se le imputa un delito común; y ningún civil podrá ser sometido a la justicia militar.

Los acuerdos de paz, en fin, contemplaron una significativa reducción de las Fuerzas Armadas, que incluyó la supresión de diversas unidades militares y, en el caso de El Salvador, su depuración por una comisión *ad hoc*, con base en el criterio de que debía darse la baja a los oficiales que fueron encontrados responsables de graves violaciones a los derechos humanos.

Fueron, pues, reformas y determinaciones de envergadura para adecuar el marco institucional de El Salvador y de Guatemala a los valores de una sociedad democrática y al respeto y la garantía debidos a los derechos humanos. Pero el proyecto para la paz no se limitó a reformas institucionales pues de él emanaron también varios acuerdos sustantivos para la promoción y protección de los derechos humanos.

El tema de los derechos económicos, sociales y culturales no podía estar ausente de los compromisos de paz, vinculado como estaba con el origen de la guerra.

En El Salvador, debe reconocerse que no se pretendió dar una respuesta general ni especialmente ambiciosa a la cuestión socioeconómica, sino sobre todo atender a algunas cuestiones coyunturales propias de la transición y a definir lineamientos para ciertas materias importantes y urgentes.

En cambio, en Guatemala, el Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, suscrito en la Ciudad de México el 6 de mayo de 1996, constituye un ambicioso y laborioso instrumento que aborda desde diversas perspectivas la problemática social guatemalteca. Una característica general de este acuerdo, que lo diferencia de la mayor parte de los compromisos internacionales relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, radica en que no se limita a enunciados generales, sino que se enfoca hacia metas y compromisos precisos, de manera que se aproxima a un plan de desarrollo económico y social, que pone énfasis en la cuestión tributaria y la reforma fiscal.

Asimismo, en el área de los derechos políticos hubo acuerdos de principio para avanzar hacia reformas electorales de cierta envergadura así como para garantizar la inserción del FMLN y de la URNG en la legalidad y, destruidas sus estructuras militares, su transformación en partidos políticos.

Los acuerdos guatemaltecos también contemplan la protección de ciertas categorías de personas particularmente vulnerables como las mujeres, las poblaciones desarraigadas y los indígenas. Respecto de estos últimos se adoptó un acuerdo que reviste importancia en más de un sentido, pues al mismo tiempo procura atender a la preterición ancestral de los pueblos indígenas de Guatemala, que constituyen la mayoría de la población del país; y, en segundo lugar, lo hacen con un espíritu claramente positivo, constructivo y autocrítico.

El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrito en la Ciudad de México el 31 de marzo de 1995 es un vasto instrumento que parte, en su Preámbulo, del expreso reconocimiento de:

Que los pueblos indígenas han sido particularmente sometidos a niveles de discriminación de hecho, explotación e injusticia por su origen, cultura y lengua, y que, como muchos otros sectores de la colectividad nacional padecen de tratos y condiciones desiguales e injustas por su condición económica y social;

Que esta realidad histórica ha afectado y sigue afectando profundamente a dichos pueblos, negándoles el pleno ejercicio de sus derechos y participación política, y entorpeciendo la configuración de una

unidad nacional que refleje, en su justa medida y con su plenitud de valores, la rica fisonomía plural de Guatemala.

Contiene además importantes declaraciones y compromisos sobre: 1) identidad de los pueblos indígenas; 2) lucha contra la discriminación; 3) los derechos culturales; 4) derechos civiles, políticos, sociales y económicos, incluido el compromiso de promover una reforma de la Constitución Política que defina y caracterice a la Nación guatemalteca como de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe; y derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas; 5) comisiones paritarias para la reforma educativa, para la participación y para la cuestión de los derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas; entre otras materias.

La resistencia de los pueblos indígenas de Guatemala, en particular de los pueblos Mayas, Garífuna y Xinca, a padecer la destrucción de su identidad, encontró al fin la esperanza de un cauce por dónde encaminarse. Han sido siglos de paciencia, pero, como lo expresó Miguel Angel Asturias en su poema a la Sabiduría Indígena:

Los hombres no se acaban.

Aquí había un valle, ahora se alza un monte.

Allí había un cerro, ahora hay un barranco.

*El mar petrificado se convirtió en montaña
y se cristalizaron relámpagos en lagos.*

Sobrevivir a todos los cambios es tu sino.

No hay prisa ni exigencia. Los hombres no se acaban.

Brevemente, un comentario sobre la legalidad de operaciones de este género y a la posibilidad de reeditarlas en otro contexto.

Varias veces he destacado que la actuación de las Naciones Unidas en los conflictos armados internos no está prevista en la Carta y conocía pocos antecedentes, ninguno de ellos de la envergadura y alcance de los que se han descrito. Por el contrario, el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta señala que ninguna disposición de la misma autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados. Pero el Derecho internacional no se opone a gestiones como las practicas en El Salvador y Guatemala siempre que, por una parte la operación se realice bajo los auspicios de las Naciones Unidas, esté sometida a la autoridad del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General y sea dirigida por el Secretario General; y, en segundo lugar, que la operación cuente con el consentimiento y la plena cooperación de las partes implicadas.

Además, en los casos que se han reseñado una meta de primera importancia ha sido la de restaurar el irrestricto respeto a los derechos

humanos. Fue ésta la materia sobre la que versaron los primeros acuerdos sustantivos y la que fue objeto de la primera etapa de la verificación internacional, cuando aún no había cesado el conflicto armado. Abstracción hecha de los progresos reales que se hayan alcanzado en ese campo, que por lo demás son sensibles y muy importantes, debe destacarse una vez más que, en el pleno teórico, la acción de las Naciones Unidas orientada hacia la protección y la promoción de los derechos humanos no se opone al párrafo 7 del artículo 2 de la Carta. La violación de los derechos humanos, especialmente cuando es grave y sistemática no puede considerarse en el presente como un asunto que sea esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados.

La internacionalización de los derechos humanos autoriza la protección supranacional de los mismos dentro de las fronteras de un Estado, sin afectar por ello su soberanía, que nunca puede ser título suficiente para atentar contra la dignidad humana. El camino que comenzó a abrirse en El Salvador agrega 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 de las Naciones Unidas.

Los hombres no se acaban... Tampoco los conflictos entre ellos ni los desajustes ni la violencia sociales.

En Centroamérica se ha venido diseñando y perfeccionando, con un grado apreciable de éxito, una nueva herramienta para la construcción de la paz sobre la base del fortalecimiento de las instituciones y la vigencia real de los derechos humanos. No se trata de un modelo aplicable automáticamente a todo tipo de conflictos. Pero sí es un formato reeditable y allí radica la trascendencia de esos procesos. El apoyo de las Naciones Unidas puede ser decisivo para acercar a quienes, negociando directamente, actúan de manera irreconciliable. América Central no debería ser la única beneficiaria de esta experiencia, sino la causa de la paz mundial en su conjunto. Sería la gran contribución de los padecimientos de El Salvador y de Guatemala a todos los pueblos de la tierra. Esperemos, en concreto, que la presencia cada día más vigorosa de distintas agencias de las Naciones Unidas en otros países, pueda pronto concertarse en la empresa de poner término a otras guerras, en las que los actores no han logrado avanzar hacia un entendimiento, particularmente en el más largo de los conflictos armados internos que persiste en América Latina, que se libra sobre nuestras fronteras y que es fuente de sufrimiento para su pueblo hermano y para nuestro propio pueblo.

Cualquiera sea su impacto en el porvenir, las experiencias reseñadas en esta disertación suponen un progreso extraordinario de la solidaridad internacional, organizada y canalizada por las Naciones Unidas, en

búsqueda de la paz, la justicia y el pleno respeto a los derechos humanos. Son una muestra más de la irreversible internacionalización de éstos y de cómo su vigencia, respeto y garantía a través de canales internacionales representa una de las más grandes conquistas de la humanidad en la segunda parte del siglo XX.

No debo concluir estas palabras sin otra alusión, cercana al desahogo. Pensando en Venezuela. En El Salvador y en Guatemala, quienes llegaron a la mesa de negociaciones como enemigos militares, se separaron de ella como aliados en un proyecto nacional de dimensión histórica, determinado no por el mero silencio de las armas, sino por una profunda transformación institucional. Una revolución negociada. Y... ¿cuál era la agenda de esa transformación? La reforma judicial; la creación o el fortalecimiento de una Procuraduría de Derechos Humanos como mecanismo para protegerlos y poner cese a la impunidad que acompañó históricamente a su violación; la creación de una policía civil para la protección de los derechos de cada uno; las reformas en las Fuerzas Armadas, incluida la restricción drástica del ámbito de la justicia militar; la reforma electoral; las respuestas concretas a la cuestión social; la protección de los grupos sociales más débiles... Temas centrales de la reforma del Estado venezolano. La reforma judicial es reclamo de exasperante reiteración entre nosotros; la situación de los derechos humanos sufre un creciente deterioro y las autoridades, en lugar de buscar remedio para lo que ocurre y para que la impunidad deje de ser la regla, tienden a descalificar las denuncias que se hacen como superfluos ataques políticos; las policías son connotadamente ineficientes, normalmente abusivas y plagadas de vicios; la reforma electoral, termina siempre atascada en intereses de camarillas; la justicia militar, que obedece a un concepto autoritario, ha sido objeto de numerosas censuras por la Corte Suprema de Justicia, pero su estatuto parece gozar de una intangibilidad a toda prueba; la pobreza y la marginalidad son indignas.

Puede entonces formularse una pregunta. ¿Por qué las materias resueltas por enemigos militares para poner fin a su confrontación no pueden ser objeto de acuerdo por quienes tienen la responsabilidad de decidir, en paz y en democracia, sobre la transformación del Estado venezolano? En El Salvador y en Guatemala, las reformas que se han emprendido son un hecho histórico. Entre nosotros, la reforma del Estado, salvo la elección directa de alcaldes y gobernadores y la descentralización, no pasa de ser un anecdotario de grandes proyectos condenados a no ver la luz. Dice el refrán que nadie aprende por cabeza ajena, pero yo rehusé aceptar esa sentencia, negativa de todo sentido constructivo y esperanzado de la Historia. *Los hombres de pensamiento*, quienes reflexionan con seriedad

sobre su entorno, sí aprovechan la experiencia ajena. Lamentablemente, la mayor parte de los actores a quienes ha correspondido y corresponde acometer la puesta en práctica de los cambios cuya necesidad todos conocemos, son más bien *hombres de pensamientos*, que cambian, se acomodan, se olvidan, se apagan o se los lleva el viento. Cito nuevamente a Monseñor Romero, en una reflexión tomada de su diario, que espero nunca jamás sea aplicable a Venezuela, poco antes de que estallara la guerra civil en El Salvador:

...queda poco margen para soluciones pacíficas racionales, y (...) hay que urgir a todos los que puedan hacer algo, para que esta solución pacífica y racional lleve adelante los cambios y no haya necesidad del baño de sangre que se ve venir.

Señor Presidente,

Ruego a esta Ilustre Corporación la licencia de concluir estas palabras con la expresión de un sentimiento personal. Vuelvo a referirme a Andrés Aguilar. Más allá del panegírico de rigor con el que inicié esta disertación, fue una persona por la que tuve gran afecto y admiración y con quien me unieron estrechos vínculos y sorprendentes coincidencias. Fue mi profesor. La primera lección que impartí en la Universidad fue supliéndolo en su cátedra de Derecho Civil en la Universidad Católica Andrés Bello en 1969, cuando marchó por primera vez como Embajador a Nueva York. Su última clase en la Universidad Central de Venezuela, poco antes de cumplir la misma misión por segunda vez, la dimos conjuntamente, en un curso de post grado sobre protección internacional de los derechos humanos, que compartimos. Hace unos diez años me correspondió sucederlo como representante de Venezuela en la Comisión Andina de Juristas y, después de su fallecimiento, fui escogido para ocupar su plaza en la Comisión Internacional de Juristas. Durante cinco años compartimos la condición de miembros, él de la Comisión y yo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y en 1985 coincidimos en la Presidencia de ambos cuerpos, en lo que ha sido la única ocasión en que dos ciudadanos han ejercido simultáneamente dichos cargos. No creo necesario describir a ustedes la emoción con la que recibí la noticia de que esta Ilustre Academia había tenido la benevolencia, no sólo de elegirme como Individuo de Número, sino de hacerlo para suceder a Andrés Aguilar, así como la que me embarga en este acto. Concluyo entonces dedicando mi Trabajo de Incorporación a la memoria de Andrés Aguilar, con la mayor reverencia.

Señor Presidente, Señores Académicos.

Caracas, 18 de noviembre de 1997

INDICE

DOCTRINA

DEFENSA PENAL ANTE EL TRIBUNAL DE LA ONU PARA LA AMÉRICA YUGOSLAVA
Karim Nasser

EL CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES NO-GUBERNAMENTALES
Philippe G. Gervais

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA GUERRA Y EN LA PAZ DE CENTROAMÉRICA
Pedro Nikken

AMICUS CURIAE

HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
BRIGADIER ROMERO Y OTROS, TUTELA N° T-116.357, ESCOGIDA PARA REVISIÓN

**COMENTARIOS SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS
DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS HUMANOS**

LA JURISDICCIÓN MILITAR EN LA OPINIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA:
CASO GENIE LACAYO
Leon Carlos Argüez

LA SENTENCIA DE REPARACIONES DEL CASO ALOEBDOCTOR Y OTROS:
UN PUNTO DE VISTA ANTROPOLÓGICO
Marián Morcinea

**PRESUMPTION OF VERACITY, NONAPPEARANCE, AND DEFAULT IN THE INDIVIDUAL COMPLAINT
PROCEDURE OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM ON HUMAN RIGHTS**
Diego Rosmiquel Pinero

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES ENERO-JUNIO 1997

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES ENERO-JUNIO 1997

NACIONES UNIDAS

**PRÁCTICA AMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**