

REVISTA IIDH

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



49

Enero - Junio 2009

 **Asdi**
AGENCIA SUECA
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO


Embajada Real de
Dinamarca


REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA
IIDH

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

© 2009, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

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

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

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

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

Coordinación editorial, corrección de estilo y diagramación: Marisol Molestina.

Portada y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y litografía My RG Diseño Producción Gráfica.

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

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

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

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: lfallas@iidh.ed.cr.

Índice

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

Roberto Cuéllar M.

Doctrina

Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario.....	13
--	----

Vittorio Corasaniti

Inter-American Court of Human Rights' reparation judgments. Strengths and challenges for a comprehensive approach	29
---	----

Gina Donoso

Legislative measures as guarantees of non-repetition: a reality in the Inter-American Court, and a possible solution for the European Court	69
---	----

H. Sofía Galván Puente

O papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos: a construção de uma esfera pública por meio do acesso universal como instrumento na luta contra violação dos direitos humanos.....	107
---	-----

André Pires Gontijo

Temas en derechos humanos: perspectivas generales

Los ombudsmen en América Latina y su incidencia política.....	157
---	-----

Lorena González Volio

El papel de los derechos económicos, sociales y culturales en las democracias latinoamericanas.....	203
---	-----

Joaquín A. Mejía R.

Seguridad, derechos humanos y democracia, ¿un nuevo paradigma?	239
--	-----

Lucía Meza y Daniel Soto

Principios rectores en materia electoral en Latinoamérica.....	265
--	-----

Carlos Manuel Rosales

Temas en derechos humanos: situaciones específicas

El nuevo código procesal penal peruano y las rondas campesinas:
escenarios de conflictividad y de coordinación..... 311

J. Fernando Bazán Cerdán

La violencia policial hacia los mapuches en Chile 363

Jonas-Sébastien Beaudry

Seguimiento a las recomendaciones del Comité para
la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
en materia de justicia y reparación para las víctimas
de violencia sexual durante el conflicto armado en Perú 383

Tania Raico Gallardo

Continuidad de la tortura en la democracia brasileña:
percepción y discurso social 425

Celma Tavares

A dignidade da mulher no direito internacional:
O Brasil face à Comissão Interamericana
de Direitos Humanos 467

Marcelo D. Varella e Natália Paes Leme Machado

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 49 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2009. Con este número de su revista académica, el IIDH renueva el interés por fomentar la discusión de temas de relevancia para la comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los desafíos que en esta materia supone el actual contexto regional e internacional, apuntando a que todas y todos los actores comprendan los factores históricos y conozcan los nuevos elementos en el panorama de los derechos humanos de las Américas.

La presente edición de la Revista IIDH está dividida en tres secciones: doctrina, perspectivas generales y situaciones específicas en derechos humanos.

La primera sección abre con el artículo *Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario*, en el que Vittorio Corasaniti, abogado italiano, desarrolla el tema del incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones derivadas de la violación a derechos fundamentales.

En el segundo artículo de la sección, *Inter-American Court of Human Rights' reparation judgments. Strengths and challenges for a comprehensive approach*, Gina Donoso –psicóloga ecuatoriana, especializada en derechos humanos– trata el tema de las reparaciones a las víctimas desde una perspectiva integral, en la idea de que un proceso holístico contribuye a su recuperación y plena retribución.

En *Legislative measures as guarantees of non-repetition: a reality in the Inter-American Court, and a possible solution for the European Court*, escrito por Sofía Galván –abogada mexicana–, se explora el tema de las reparaciones en el sistema interamericano, de manera que sea útil como referencia para una más eficiente y expedita aplicación de las mismas en el sistema europeo.

La primera sección cierra con *O papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos: a construção de uma esfera pública por meio do acesso universal como instrumento na luta contra violação dos direitos humanos*, del abogado brasileiro André Pires Gontijo, en el que analiza el papel del individuo desde la perspectiva del acceso a los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

Cuatro artículos también componen la segunda sección (Temas en derechos humanos: perspectivas generales). Lorena González, abogada guatemalteca especialista en derechos humanos, no sólo explica en *Los ombudsmen en América Latina y su incidencia política* el proceso que han tenido estas instituciones desde la creación de la primera de ellas –hace casi 25 años–, sino que hace un balance de la incidencia política que sus actuaciones han tenido en el desarrollo de su mandato. Joaquín Mejía –investigador del Departamento de Investigación y Derechos Humanos del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación de la Compañía de Jesús en Honduras–, nos ofrece el artículo titulado *El papel de los derechos económicos, sociales y culturales en las democracias latinoamericanas*, en el que discute los elementos de una concepción integral de los derechos humanos y su relación con la democracia. Lucía Meza y Daniel Soto, abogados chilenos, tratan el tema de la seguridad y los derechos humanos, en el marco de la globalización (*Seguridad, derechos humanos y democracia, ¿un nuevo paradigma?*). Cierra esta sección el artículo *Principios rectores en materia electoral en Latinoamérica*, de Carlos Manuel Rosales, abogado especialista en esta materia, en el que presenta la naturaleza jurídica, características y funciones de los principios más relevantes en materia electoral que rigen en los sistemas constitucionales latinoamericanos.

Temas en derechos humanos: situaciones específicas, es la tercera sección de esta entrega de la Revista IIDH. En el primer artículo, *El nuevo código procesal penal peruano y las rondas campesinas: escenarios de conflictividad y de coordinación*, Fernando Bazán, juez especializado en lo penal de Cajamarca, Poder Judicial del Perú, nos ofrece un ensayo en el que examina un aspecto esencial del proceso de

implementación progresiva del nuevo Código Procesal Penal peruano, aprobado en el 2004. Recuérdese que las rondas campesinas son un tipo de organización comunal de defensa surgido de manera autónoma en las zonas rurales del Perú a mediados de los años 70 en la zona norte del Perú (departamentos de Cajamarca y Piura).

Jonas-Sébastien Beaudry, abogado canadiense, trata en su trabajo, *La violencia policial hacia los mapuches en Chile*, un caso específico mediante el cual se analiza la situación de discriminación que sufre el pueblo indígena mapuche. En el tercero de esta sección, *Seguimiento a las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en materia de justicia y reparación para las víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado en Perú*, de Tania Raico –especialista en género y derechos humanos–, la autora explora este fenómeno y sus recientes desarrollos.

Los dos artículos que cierran la sección se refieren al Brasil: *Continuidad de la tortura en la democracia brasileña: percepción y discurso social*, de Celma Tavares, doctora en derechos humanos, y *A Dignidade da mulher no Direito Internacional: O Brasil face à Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, de Marcelo Varella y Natália Paes Leme Machado, también juristas.

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

Roberto Cuéllar M.
San José, marzo de 2010

Doctrina

Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario

Vittorio Corasaniti*

Antecedentes

La falta de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la violación a derechos fundamentales de la persona por parte de un Estado, constituye un caso de insolvencia muy grave. En primer lugar, por la categoría de los derechos lesionados (derechos humanos); en segunda instancia, porque afecta la vigencia efectiva del Estado de Derecho en el cual la justiciabilidad de la norma jurídica se encuentra amenazada por la impunidad.

A tal propósito, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “la impunidad es uno de los serios problemas concernientes a la administración de justicia en el Hemisferio”¹. La Corte Interamericana ha definido la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”².

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos establece mediante el artículo 63 que “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá

* Abogado italiano, licenciado en derecho de la Universidad de Milano-Bicocca. Antes de realizar su tesis en derechos de la infancia, trabajó en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente se ha especializado en derechos de la niñez, en materia de explotación sexual comercial y trata de personas. Actualmente, es consultor en temas como la prevención del delito y la educación en derechos humanos.

1 CIDH, “Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú”, *Informe Anual 1999*, Cap. II, párr. 255.

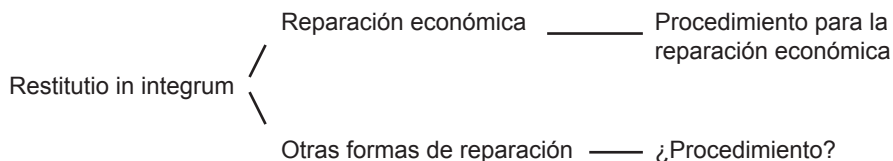
2 Corte IDH, Caso Paniagua Morales y otros, sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 173. Ver también Caso Loayza Tamayo, sentencia del 27 de noviembre de 1998, párr. 170.

que se garantice al lesionado en el goce de sus derechos o libertad conculcados”, pudiendo la misma Corte dictar disposiciones para que se indemnice económicamente a la víctima y disponer “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos”.

En otras palabras, el artículo 63 declara que la Corte Interamericana puede dictar tanto indemnizaciones de naturaleza económica como otras formas de reparación, consagrando de esta forma el principio de la *restitutio in integrum* de los derechos lesionados.

Al establecer esto, el artículo 68.2 de la Convención indica la forma de ejecución de la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria, que podrá llevarse a cabo “en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Resumiendo esquemáticamente lo mencionado arriba se obtiene lo siguiente:



En este sentido, el conjunto de los artículos 63 y 68 de la Convención Americana, debería considerarse como una relación imperfecta entre el establecimiento de la *restitutio in integrum* por un lado (es decir, la reparación de derechos lesionados tanto a través de una indemnización económica como mediante otras medidas de reparación no patrimonial), y la sola referencia al procedimiento de compensación económica por el otro.

Además del artículo 68, existen otras dos normas de la Convención que podrían concurrir en solucionar un eventual problema de implementación de una sentencia de la Corte Interamericana: el artículo 67, sobre solicitud de interpretación del fallo, y el artículo 65, que permite a la Corte señalar a la Asamblea General de la OEA los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

En cuanto al artículo 67, los Estados han hecho uso de la solicitud de interpretación de la sentencia, lo cual ha resultado exitoso. Sin embargo, existen muchos aspectos que no son posibles de prever antes de empezar la ejecución de las medidas ordenadas por la Corte, y otros que no podrían estar incluidos dentro de la finalidad del mecanismo de interpretación de las sentencias debido a que las mismas sentencias se distinguen por ser obligatorias, y esa característica no permite al Estado alegar razones de derecho interno para su incumplimiento.

El problema real surge para la aplicación del artículo 65. La Corte Interamericana ya había subrayado la necesidad de modificación de dicho artículo, considerando como debilidad de la implementación del sistema de supervisión la falta de un órgano *ad hoc*, dedicado al control y a operar con base permanente³ y no solamente una vez al año, ante la Asamblea General de la OEA.

Ha quedado demostrado que como consecuencia de la ausencia de una norma convencional que permite implementar el artículo 65 de la Convención y de la manera como se tramita y se considera el informe anual de labores de la Corte por las instancias pertinentes de la OEA, los informes de no cumplimiento de una sentencia de la Corte no son directamente conocidos o debatidos por la Asamblea General de la OEA, ni tampoco por el Consejo Permanente o su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. Esta última se limita a debatir y a emitir un proyecto de resolución para el Consejo Permanente, que luego se somete a la Asamblea General, sobre el informe de labores de la Corte. Pero no se escucha y debate sobre el incumplimiento específico del caso en mención y, consecuentemente, el descargo respectivo del Estado⁴.

Lo mencionado por Ventura es posterior a la resolución del 29 de junio de 2005, con la cual la Corte Interamericana modificó parcialmente su

³ Corte IDH, “Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección (2001)”, en: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomo II, 2a. edición. Corte IDH, San José, Costa Rica, mayo de 2003, pág. 664.

⁴ Ventura, Manuel, intervención en calidad de experto sobre el tema de acceso a la justicia e impunidad en el “Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho”, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), 5 a 7 de septiembre de 2005.

modalidad de supervisión de las sentencias en beneficio de la economía procesal⁵.

La voluntad de la Asamblea General de la OEA no ha sido propiamente en la dirección de implementar un mecanismo de supervisión adecuado a las exigencias destacadas por la Corte Interamericana y por otras instancias: ya en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la OEA, CEJIL y la Representante Permanente de Uruguay ante la OEA habían llamado la atención sobre la falta de órganos judiciales y/o ejecutivos que aseguren el cumplimiento del derecho internacional. Mientras CEJIL, en 2006, mencionando la promoción de una importante discusión sobre el tema en 2003 por parte de la Comisión Interamericana, propuso la conformación de un grupo o mesa de trabajo sobre ese asunto con el fin de promover un intercambio regional sobre mejores prácticas y de superar las dificultades en esta área⁶; Uruguay llegó a plantear la previsión de un mecanismo de supervisión efectivo a través de un Protocolo de Reforma a la Convención⁷.

⁵ Corte IDH, resolución de 25 de junio de 2005, *Supervisión de cumplimiento de sentencias (Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos... resuelve: 1. no continuar requiriendo a los Estados que presenten información relativa al cumplimiento de la sentencia respectiva, una vez que el Tribunal haya determinado la aplicación de los artículos 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 30 del Estatuto de la Corte en casos de incumplimiento de sus sentencias, y así lo haya informado mediante su Informe Anual para la consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Si con posterioridad a lo anterior el Estado respectivo no acredita ante el Tribunal el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su Informe Anual a la Asamblea General”.

⁶ Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, OEA/Ser.G, 7 marzo 2006, CP/CAJP-2311/05 add. 1, “Diálogo sobre el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, entre los Estados miembros y los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, presentación del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 9 de marzo de 2006.

⁷ Consejo Permanente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.39/07, 11 abril 2007, intervención de la Sra. Embajadora María de Luján Flores, Representante Permanente de Uruguay ante la OEA, en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, 29 de marzo de 2007.

Por su parte, el Consejo Permanente de la OEA está conciente de la necesidad de un mecanismo de evaluación multilateral respecto al cumplimiento de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, ya que las delegaciones que lo componen recomendaron la implementación de medidas específicas para que los sistemas nacionales de justicia tengan presente la jurisprudencia de la Corte y la incorporen en el orden jurídico de los Estados⁸. Durante la síntesis del informe anual de la Corte Interamericana frente a la CAJP, el juez García Ramírez destacó que sólo se ha dispuesto el cierre del 10% del total de los asuntos contenciosos⁹.

La Asamblea General de la OEA viene promoviendo en sus últimas resoluciones, la reflexión sobre el fortalecimiento y perfeccionamiento del sistema interamericano para la promoción y protección de los derechos humanos, reconociendo como un avance el amplio proceso de reflexión sobre el sistema que se ha dado en el marco de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA¹⁰.

En la resolución AG/RES. 2408 (XXXVIII-O/08) la Asamblea General invitó a la Corte Interamericana a que continúe participando, con sus jueces, en el diálogo con los Estados miembros en el marco del proceso de reflexión sobre el fortalecimiento del sistema interamericano; exhortó igualmente a la Corte a que tenga presentes las propuestas y

⁸ Asamblea General, séptimo período ordinario de sesiones, OEA/Ser.P, 2 junio de 2007, Ag/Doc.4761/07, Observaciones y recomendaciones del Consejo Permanente al Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁹ García Ramírez, Sergio, síntesis del Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2006, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., 29 de marzo de 2007, en Asamblea General, OEA/Ser.P, AG/doc.4761/07, Observaciones y recomendaciones del Consejo Permanente al informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 junio 2007.

¹⁰ Asamblea General, OEA/Ser.P, 2 Junio 2007, Ag/Doc.4761/07, Observaciones y recomendaciones del Consejo Permanente al Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Asamblea General, AG/RES. 2290 (XXXVII-O/07), Observaciones y recomendaciones al Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y AG/RES. 2290 (XXXVII-O/07), Observaciones y recomendaciones al Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

comentarios de los Estados miembros presentadas en el marco del estudio compartido sobre el funcionamiento del sistema interamericano entre los Estados miembros y los miembros de la Comisión y de la Corte Interamericana el 4 de abril de 2008, así como las contribuciones de la sociedad civil; y agradeció a la Corte su disposición a dialogar con los Estados miembros para efectuar una reflexión compartida en caso de eventuales reformas a su reglamento¹¹.

Después de las debidas consultas, la Corte IDH reformó por quinta vez su reglamento y agregó el actual artículo 60 para reforzar aún más el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias.

Descripción del problema práctico

La situación, ya preocupante debido a la actitud de algunos Estados que acompaña las resoluciones de la Corte “con un sorprendente desconcierto frente al alcance de su responsabilidad”¹², se vuelve aún más crítica a partir del 18 de diciembre de 2008, cuando el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en Sala Constitucional que administra justicia en nombre de la República, declara con lugar la acción de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Apitz vs Venezuela*, declarando inejecutable el fallo de la Corte y solicitando al Ejecutivo Nacional que proceda a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos con base en lo dispuesto por el artículo 78 de la misma Convención¹³.

El hecho de que la máxima autoridad jurisdiccional de un Estado llegue a una decisión tan extrema, aduciendo justificaciones meramente políticas y sin enfoque en la protección plena de los derechos humanos¹⁴, es motivo de profunda reflexión y, como todo problema, se

¹¹ Corte IDH, “Exposición de motivos de la reforma reglamentaria”. San José de Costa Rica, 29 enero 2009.

¹² Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, OEA/Ser.G, 7 marzo 2006, CP/CAJP-2311/05 add. 1, “Diálogo sobre el funcionamiento del sistema interamericano...”

¹³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Expediente No. 08-1572, sentencia del 18 de diciembre de 2008.

¹⁴ La Sala Constitucional, entre otros, declaró que es ella “quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen

vuelve una oportunidad para hacer más explícito el debate que las diferentes instituciones de la OEA han venido desarrollando en los últimos años a lo largo de la implementación de las decisiones de la Corte y de la Comisión Interamericana.

En realidad, no es la primera vez en que el Tribunal Supremo de Venezuela declara la sumisión a lo dispuesto por la Sala Constitucional respecto a lo establecido a nivel internacional: ya en 2003 había puesto en discusión la aplicación inmediata de las recomendaciones de la Comisión y de las decisiones de la Corte. Ello, a pesar de que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en el artículo 31, la obligación de cumplir por parte de los órganos establecidos para la tutela de los derechos humanos¹⁵. Al respecto, CEJIL destacó que

...la sentencia 1.942 (de 15 de julio de 2003) de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela fue a contravía del sentido del texto constitucional transcrito, al supeditar la ejecución de sentencias a un proceso de revisión constitucional del contenido de la sentencia de la Corte Interamericana¹⁶.

Cabe destacar que, a diferencia de las sentencias de los otros tribunales internacionales (que tienen carácter declarativo),

...en el caso de las sentencias de la Corte Interamericana es lo cierto que la no ejecutividad no podría verse en forma absoluta debido a la existencia de una obligación convencional clara en cuanto a la

en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela”. Refiriéndose a “entes internacionales”, estableció además que “a las decisiones de esos organismos, se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución”.

15 Artículo 31: “Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”.

16 CEJIL, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. CEJIL, San José, Costa Rica, 2007, págs. 72-73.

ejecución de los fallos de ese tribunal que dispongan indemnizaciones compensatorias. Mediante esa obligación los Estados ratificantes se comprometen a ejecutarlos por medio de los procedimientos internos ya existentes para la ejecución de sentencias contra el Estado (artículo 68.2 de la Convención Americana). El problema de la no ejecutividad de los fallos de la Corte Interamericana si se presentaría en aquellas sentencias donde se establezcan obligaciones al Estado demandado que no representen reparaciones propiamente hablando¹⁷.

En ese contexto, respecto a la ejecutividad de las decisiones, la Corte Interamericana estableció su carácter ejecutivo (*self-executing*, de aplicación inmediata, auto ejecutable o ejecutivo), requiriendo de esta manera que sean directamente aplicables a nivel local¹⁸. Además, en cuanto al artículo 51.2 de la Convención, la jueza Medina Quiroga dio una lectura alternativa que rescata el lenguaje imperativo del texto, al sostener que la Comisión Interamericana debe incluir en su informe definitivo aquellas medidas que el Estado debe tomar para remediar la situación estudiada. Ello le permitiría sostener que la propia Convención exige el cumplimiento de las resoluciones definitivas de la Comisión¹⁹.

Más allá de lo establecido por la Corte interamericana en la OC-5/85, en la práctica, tal como lo denunció el juez García Ramírez frente a la Asamblea General de la OEA, sólo se ha dispuesto el cierre del 10% de los asuntos contenciosos; además, la Comisión Interamericana, en su informe anual del 2007, publicó un cuadro en el cual describió el estado de cumplimiento de 115 casos, presentados y resueltos en los últimos seis años. Entre ellos, sólo doce han sido objeto de cumplimiento total, mientras que los casos de cumplimiento parcial resultan 74, es decir, la gran mayoría. Al respecto, la Corte

¹⁷ Rodríguez Rescia, Víctor, “Eficacia jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Nieto Navia, Rafael (editor), *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994, pág. 459.

¹⁸ Así por ejemplo, en la Opinión Consultiva 5, la Corte establece que sus sentencias son obligatorias, definitivas y ejecutivas. Sobre este tema ver sección final de la primera parte del presente artículo. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 22.

¹⁹ CEJIL, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, pág. 110, nota al pie 307.

Interamericana ha llevado a cabo un importante trabajo estadístico, en proceso de publicación²⁰.

A pesar de la falta de disponibilidad de esos datos, considerando los estudios actuales es evidente que los Estados no han cumplido con las obligaciones que surgen de la violación de derechos humanos, establecidas en las recomendaciones y las sentencias de la Comisión y de la Corte.

Modalidades de cumplimiento

Algunos Estados parte de la Convención Americana han introducido normas para establecer mecanismos procesales expeditos, respecto a los ya existentes. A continuación se verá, a modo de ilustración, las legislaciones internas de algunos Estados parte en la Convención y su procedimiento procesal ordinario para ejecutar sentencias contra el Estado; procedimientos que serían los aplicables para la ejecución de sentencias indemnizatorias de la Corte Interamericana.

El caso de Colombia

En el Diario Oficial de la República de Colombia del 9 de julio de 1996, se publicó la Ley 288 del 5 de julio de 1996, “por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicio a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales”. La mayor virtud de dicha ley es que crea trámites conciliatorios o incidentes de liquidación de perjuicios en relación con los casos de violaciones de derechos humanos (art. 2.1). No obstante, al momento de establecer

²⁰ La Corte Interamericana está en proceso de publicación de “un informe sobre reparaciones con la finalidad de favorecer un mejor entendimiento de los criterios que emanan de las sentencias del Tribunal en lo relativo a las indemnizaciones pecuniarias. El documento contiene además una reseña del estado en que se encuentra el cumplimiento por parte de los Estados con respecto a las indemnizaciones. El informe fue formalmente presentado a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos para que pudiera llegar a conocimiento de todos los Estados”, intervención de la presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jueza Medina Quiroga, ante el plenario de la Asamblea General de la OEA, OEA/Ser.P, AG/INF. 434/08, Medellín, 3 junio 2008.

los requisitos para que el sistema opere, crea profundas debilidades, ya que circunscribe el mecanismo a que:

...exista una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios.

Como se puede apreciar, esta ley se limitó a dar eficacia a las resoluciones de únicamente dos organismos de protección de los derechos humanos, uno perteneciente al sistema de Naciones Unidas (el Comité de Derechos Humanos) y otro al sistema regional de la OEA (la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Las resoluciones de estos órganos, en todo caso, no constituyen sentencias de carácter internacional ya que no son órganos jurisdiccionales los que las emiten. Por razones no entendibles, no se incluyeron dentro de esa ley las sentencias de la Corte Interamericana (único tribunal regional americano de derechos humanos) ni las decisiones de otros órganos de protección de las Naciones Unidas, que Colombia se ha comprometido a cumplir mediante la ratificación de las convenciones específicas.

El caso del Perú

La Ley No. 23506 de Hábeas Corpus y Amparo promulgada en la República del Perú el 7 de diciembre de 1982, estableció un título V referido a la competencia internacional en materia de acciones de garantía.

A diferencia de la ley colombiana, en el artículo 39 de la ley peruana se establecen los organismos internacionales a cuya jurisdicción se somete el Perú en forma de números *apertus* al utilizarse la siguiente fórmula:

...los organismos internacionales a que puede recurrir quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce son el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que

sean aprobados por tratados que obliguen al Perú y que tengan la categoría a que se refiere el artículo 105²¹ de la Constitución.

El artículo 40 de dicha ley indica que la resolución

...del Organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno.

Y a continuación agrega:

La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencias.

La Ley peruana de hábeas corpus analizada es de 1982, es decir, posterior a la creación de la Corte Interamericana (1969), por lo que incurre en el mismo error de la ley colombiana *supra* analizada, al no incluir expresamente la competencia de la Corte Interamericana (sólo incluye la de la Comisión). De ahí que cabe hacer la misma crítica en el sentido de que el legislador peruano, por una razón inexplicable, omitió incluir la ejecución de sentencias de la Corte Interamericana dentro de dicha ley. Sin embargo, ello no es óbice para que ambos Estados ejecuten las sentencias de ese alto tribunal a partir de los procedimientos internos que existen en el Perú y Colombia en virtud de lo establecido en el artículo 68.2 de la Convención.

El caso de Costa Rica

Por imperativo del artículo 27 del Convenio de Sede entre el gobierno de ese país y la Corte Interamericana, suscrito en San José de Costa Rica el 10 de setiembre de 1981, se estipuló que:

Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los Tribunales costarricenses.

Esta norma amplía favorablemente el ámbito de protección de los derechos contenidos en la Convención porque va más allá de lo dispuesto por el párrafo 2 del artículo 68 de la Convención al incluir

²¹ Actualmente debe remitirse a los artículos 56 y 205 de la Constitución del Perú de 1993.

a todas las “resoluciones”, tanto de la Corte como del Presidente, lo que fortalece la labor del Tribunal al dar mayor fuerza a resoluciones interlocutorias dentro de un proceso contencioso, y sobre todo a resoluciones que se adopten en asuntos de medidas provisionales. Por supuesto que también abarcaría exhortos y mandamientos.

No obstante, no se hace referencia a un procedimiento procesal interno de ejecución de dichas resoluciones, por lo que la vía de ejecución sería mediante la aplicación de la normativa procesal contenida en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley No. 3667, concretamente, al capítulo III que se refiere a la ejecución de sentencia. En lo que interesa, dicha ley dispone que una vez que la sentencia se encuentre firme, el Tribunal dispondrá las medidas necesarias y apropiadas para su pronta y debida ejecución (art. 76) y en caso de que hubiere presupuesto para ello, deberá acordar y verificar de inmediato el pago de la cantidad líquida a que hubiere sido condenada la Administración Pública (art. 77).

El problema más común con la ejecución de sentencias contra el Estado es que no hubiere presupuesto aprobado para hacer frente a las condenas pecuniarias. En tal caso, la solución de la legislación costarricense parece ser correcta, ya que autoriza que se realicen reformas al presupuesto, o incluso la promulgación de un presupuesto extraordinario dentro de un plazo de tres meses (art. 77.2), y si por cualquier circunstancia no se incluye dentro del presupuesto la partida necesaria para el cumplimiento de la sentencia o sentencias, la Contraloría General de la República no cursará o aprobará ningún presupuesto ordinario o extraordinario de la Administración obligada al pago (art. 78).

El caso de Venezuela

La materia de ejecución de sentencia contra el Estado venezolano se regula por el Código Procesal Civil. En relación con el plazo de cumplimiento, la jurisprudencia venezolana aplica, por analogía, el artículo 104 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal²², que resulta

²² Ver sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 12 de mayo de 1983.

más acorde con los lapsos necesarios para que la Administración pueda dar cumplimiento voluntario a lo sentenciado.

El procedimiento a seguir, cuando se trata de la ejecución de una sentencia que ordene a la Administración el pago de una suma de dinero, es el pautado para el procedimiento ordinario establecido en el Código de Procedimiento Civil, el cual permite incluso embargar sumas de dinero o bienes que le pertenezcan a la Administración. No obstante, existe un obstáculo para la ejecución de dichas sentencias que ordenan a la Administración el pago de una suma de dinero en el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el cual hace nugatoria la eficacia del proceso ejecutorio. Dicho artículo declara la inembargabilidad de los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la Nación, de modo tal que

...los jueces que conozcan de ejecuciones contra el Fisco, luego que resuelvan definitivamente que deben llevarse adelante dichas ejecuciones, suspenderán en tal estado los juicios, sin decretar embargo, y notificarán al Ejecutivo Nacional, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado.

No obstante, ello no debe significar que la República venezolana no esté obligada al cumplimiento de la sentencia, sino que el funcionario competente deberá fijar los términos bajo los cuales deben satisfacerse las reparaciones, aún cuando existan obstáculos para embargar bienes del erario público²³.

El caso de Nicaragua

Es uno de los casos con legislación procesal más limitada a la hora de ejecutar sentencias contra el Estado y por ello, ejemplifica la necesidad de crear mecanismos internos adecuados para ejecutar las sentencias que emita la Corte Interamericana.

En dicho país, la ejecución de sentencias contra el Estado se regula por la Ley de 27 de febrero de 1913 cuyo objeto es que “ningún Tribunal

²³ Mejía A., Luis A., “Ejecución de la sentencia contencioso-administrativa venezolana”, trabajo de investigación presentado en la Especialización en Derecho Procesal Jurisdicción y Administración, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1991.

podrá exigir fianza, dictar, ni ejecutar providencias de embargo contra las rentas, bienes o caudales del Estado” (artículo 1).

En ese sentido, se asemeja a la legislación venezolana *supra* citada, concretamente al artículo 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que declara la inembargabilidad de los bienes de la Nación.

No obstante, el artículo 2 de la ley nicaragüense permite a los tribunales competentes conocer sobre reclamaciones de créditos a cargo de la Hacienda Pública y en favor de particulares. El problema radica en que una vez que dichos tribunales declaren por sentencia el derecho de las partes, se dispone que se “podrá mandar que se cumplan [dichos fallos] cuando hubiesen causado ejecutoria” y agrega, como limitante, que ese “cumplimiento tocará exclusivamente al Ejecutivo, quien acordará y ejecutará el pago en la forma y dentro de los límites que señala la ley de presupuesto”.

Como se concluir a partir de este pequeño estudio de legislación procesal comparada en materia de ejecución de sentencias contra el Estado –que debería ser objeto para la realización de una investigación más general y profunda, aspecto vedado a los fines de este artículo–, el particular no tiene garantizado en forma amplia el cumplimiento de las sentencias contra el Estado en que se haya declarado un derecho a su favor. Con la excepción de la legislación costarricense que tiene disposiciones un poco más “garantistas”, la condición de no embargabilidad de bienes del Estado se convierte en un obstáculo para las resultas de dichos procesos ejecutorios. Lo mismo ocurre con los límites presupuestarios que existen en cada Estado. Todo lo cual reafirma, al igual que en el sistema europeo, que los Estados parte en la Convención Americana deben crear leyes procesales idóneas para que los fallos indemnizatorios de la Corte Interamericana dejen de ser “declaraciones de derechos” y puedan convertirse, además, en verdaderos derechos adquiridos por las víctimas de violaciones a los derechos humanos, donde el cumplimiento de esos fallos deje de seguir estando al amparo de la buena voluntad de los Estados.

La situación en el resto de los Estados parte

En los restantes Estados parte en la Convención Americana, no se ha creado legislación específica para regular la ejecutoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, por lo que en esos casos se debe recurrir, por delegación expresa del artículo 68.2 de la Convención, a los procedimientos de ejecución de sentencias contra el Estado en la vía interna. En esa forma, el reclamante podrá acudir a la vía administrativa o contencioso-administrativa, utilizando la sentencia de la Corte Interamericana como fundamento de su petición. Ello, por cuanto la constatación de la vulneración de una garantía procesal o un derecho convencional hecha por la Corte Interamericana implica, de algún modo, un funcionamiento anormal de un servicio público o de la Administración de Justicia²⁴.

Conclusiones

Debido a las consideraciones de todos los órganos de la OEA que se han analizado hasta ahora, parece evidente la necesidad de una intervención de los Estados de la Organización. Dicha intervención debería ser tanto *in iure* como *in facto*.

En cuanto a la intervención en derecho, Cançado Trindade, en calidad de Presidente de la Corte Interamericana, propuso que para asegurar el monitoreo continuo del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convencionales de protección, y en particular de los fallos de la Corte, se debe acrecentar, al final del artículo 65 de la Convención la siguiente frase:

La Asamblea General los remitirá al Consejo Permanente, para estudiar la materia y rendir un informe, para que la Asamblea General delibere al respecto²⁵.

De ese modo, se supliría una laguna en cuanto a un mecanismo, a operar con base permanente (y no solamente una vez por año ante

²⁴ Morenilla Rodríguez, J.A., “La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en: *Revista del Poder Judicial*, No. 15, 1990, pág. 965.

²⁵ El artículo 30 del Estatuto de la Corte Interamericana debe, *a fortiori*, ser enmendado, a modo de compatibilizarlo con la nueva redacción, aquí propuesta, del artículo 65 de la Convención Americana.

la Asamblea General de la OEA), para supervisar la fiel ejecución, por los Estados parte demandados, de las sentencias de la Corte.

En la misma línea de pensamiento, y con el mismo fin de asegurar el fiel cumplimiento de las sentencias de la Corte, en el plano del derecho interno de los Estados parte se debe agregar al final del artículo 68 de la Convención, un tercer párrafo, en los siguientes términos:

En caso de que dicho procedimiento interno todavía no exista, los Estados Partes se comprometen a establecerlo, en conformidad con las obligaciones generales estipuladas en los artículos 1(1) y 2 de esta Convención¹.

En cuanto al otro tipo de intervención, es decir *de facto*, es necesaria la voluntad y el compromiso de los Estados para cumplir con las resoluciones de la Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte Interamericana.

En este contexto, tal como lo indicó la Corte Interamericana, la Asamblea General no parece el marco más adecuado para resaltar la actitud impropia del Estado miembro incumpliente.

¹ Corte IDH, “Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”..., pág. 369.

Inter-American Court of Human Rights' reparation judgments.

Strengths and challenges for a comprehensive approach

Gina Donoso*

This paper will analyze the comprehensive approach inside the Inter-American Court of Human Rights' (I-ACourtHR) reparation judgments in order to contribute to healing processes of the victims and communities in the countries of the region. The study of the most representative cases of the I-ACourtHR will explore the most remarkable aspects of reparations judgments.

This text proposes that **reparations** should be understood always in an integral perspective, in order to grasp the full complexity of the individual and collective damages produced by violence. In this sense, reparations in this document will be discussed primarily as an issue with ethical, political, and psycho-social dimensions.

As Van Boven affirms,¹ only scarce or marginal attention is given to the issue of redress and compensation of the victims, the perspective of the victim is often overlooked and considered a complication, an inconvenience, and a marginal phenomenon. Undeniably, the rights of victims in reparations and criminal process are a relatively unexplored subject in Latin American countries.

* Ecuadorian psychologist. Former psychologist of Truth Commission of Ecuador, Masters in International Peace Studies, United Nations University for Peace (UPEACE); Diploma in Peace and Conflict Studies, Chulalongkorn University, Bangkok, Thailand. Diploma in Psychosocial assistance in political violence and catastrophes, Universidad Complutense de Madrid. Specialization and Diploma in Human Rights, Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) and Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), respectively.

¹ Van Boven, Theo, "Reparations: a requirement of justice", in: *El sistema interamericano de protección de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. Memoria del Seminario, Tomo I, second edition. Inter-American Court of Human Rights, San José, Costa Rica, 2003.

Finally, this work will provide a holistic look at the evolution of several elements of reparations in the inter-American system and will propose that integral reparations should be intimately linked with the combating of impunity as a final goal and necessarily from the perspective of the victims.

Reparations without justice are not reparatory and the wider social-political struggles for justice and against impunity and specific psycho-social interventions need to be increasingly consonant and integrated in a unified strategy.²

*In spite of the existence of relevant international standards...
the perspective of the victim is often overlooked.*

*It appears that many authorities consider this perspective
a complication, an inconvenience and a marginal phenomenon.*

Theo van Boven

Gross Human Rights violations patterns in Latin America and the role of international tribunals in conflict management and peacebuilding processes

Impunity, an institutionalized process in most countries in Latin America, is a symbolic register of the “perverse”. Tortures, forced disappearances, and the indigenous genocide in the whole America are certainly cruel and well-known pervasive facts. In most of the cases they have been unpunished enforcing the socialized idea that everything is allowed, even the total and absurd reification of the human being.

The conquest and colonization processes on the American continent represent a paradigmatic model of that, gross violations which were never appropriately addressed or repaired and have broken the community’s political spirit, solidarity and mutual reciprocity.³ This impunity has unconsciously legitimized the abuse of the structural and

² Lykes and Mersky, in: De Greiff, P., *The Handbook of Reparations*. The International Center for Transitional Justice, Oxford University Press, US, 2006, p. 616.

³ Donoso, G., “Memoria e identidad. La subjetividad y las leyes de la cultura”, in: *Acheronta Revista de Psicoanálisis y Cultura* (online magazine < <http://www.acheronta.org/>>), No. 18, 2003.

“symbolic violence”.⁴ Aggression, intolerance, ontological insecurity, exacerbated narcissism, corruption, and violence against the “other” have become the most frequent psychological effects, which are discovered and played out on the social stage.

The Latin American genocide’s impunity is a profound part of our history; and the forgetting and injustice have turned us into suspicious people who can not believe in the State because it does not guarantee the rule of law over the search for truth and justice. The current impunity, however, is nothing but an old trauma that has revived and reinforced the last one.⁵

It is possible to inherit the unspeakable and unthinkable. This is a negative transmission, which becomes present and repeats that which was not translated into ideas.

The Law and its organizing, regulating, reparatory and cohesive functions have not given any sense to social catastrophes; has remained in limbo, in the absolute anomy. There are no limits anymore in every human field.

Many regional conflicts are the direct consequence of past struggles and not just of political and recent circumstances. For instance, the Latin American’s re-conciliation problem is not only related to the 70s and 80s military regimens. It is also closely connected with the indigenous people’s long history, which itself needs to be understood and investigated, as was reported by Truth Commissions in Guatemala and Peru.⁶

⁴ The reproduction of structures of domination in society therefore depends on the imposition of cultural values which are presented as universal but whose content and context are politically and historically determined—and therefore arbitrary. The concept of **symbolic violence** has been looked at works like Pierre Bourdieu’s *Reproduction in Education, Society and Culture* (1970), *Distinction: A Social Critique of the Judgement of Taste* (1979), *Homo Academicus* (1984) and *The State Nobility* (1989).

⁵ Aguiar, E., “Efectos psicosociales de la impunidad”, in: CODEPU, *Seminario Internacional sobre la Impunidad y sus efectos en los procesos democráticos*, December 13-15, 1996. Santiago, Chile, 1999, p. 213. (Author’s translation.)

⁶ Berinstain, C., “Reconciliación luego de conflictos violentos: un marco teórico”, in: IIHR and IDEA, *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*. IIHR and IDEA, San José, Costa Rica, 2005, p. 20. (Author’s translation.)

The State's failure to punish crime disqualifies it as a guarantor of the symbolic order and peaceful human interchange. It opens the possibility of periodical reactivation of feelings of profound helplessness.⁷

The Latin American history, as many, has been built upon unfair wars, dead people and a lot of pain. It is easy to want to forget it. Human nature needs to defend itself and, in an unconscious way, decides to forget the suffering. However, the historical memory is not totally developed, the conflicts remain unresolved and repressed and the community's feelings are not expressed suitably. The elementary tenants of psychology teach us that the hope to expose the truth and deal with past trauma can be counteracted by internal desires for it to be left untouched. The so-called "need to ignore it".⁸

For example, during the 70s and even the 90s, Latin America suffered violent conflicts, guerrilla wars, cruel dictatorships and internal struggles, among other problems. This political violence in the region marked systematic, continuous, and gross human rights violations that produced severe psychosocial effects on the population in some countries. State violence has recreated structural, political, direct and symbolic violence, which have all affected intra and inter-subjectively the social life. The conflicts all exist in either a manifest or a latent way.

There are high rates of structural and direct violence. For instance, extreme poverty, massive migrations and the "maras" or gangs phenomena in Central and South America. The former political instability in Bolivia and Ecuador, the atrocities of the Guatemalan military in the 1980s, the massacres carried out by Mexican authorities, drug traffickers and Brazilian police, and the manoeuvring of

⁷ Kordon, D., "Incidencia psicosocial de la impunidad", en: *Varios, Seminario Internacional sobre la Impunidad y sus efectos en los procesos democráticos*, 13-15 de diciembre de 1996. CODEPU, Chile, 1999. (Author's translation.)

⁸ DePres, 1976, quoted by Hamber, B., "Do Sleeping Dogs Lie?: The psychological implications of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa", Seminar No. 5. Centre for the Study of Violence and Reconciliation, Johannesburg, South Africa, 1995, p. 4.

Colombia's paramilitaries, guerrillas and army, merely represent new moves in an old game.

The UNFPA's 2004 report entitled *Democracy in Latin America, Towards Citizens' Democracy* affirms that 42.8% (218 millions people) of the total population of the region lived below poverty level in 2002. Latin America, with a Gini coefficient of 0.552, is also characterized by its extreme unequal distribution of the income, its unemployment, its lack of education and its social exclusion of indigenous peoples, women and young. Poverty coincides with ethnical division, as well as gender discrimination. Indigenous people and women are the principal victims of violence and marginalization.⁹

Violence in Latin America can be explained by one of Zizek's thoughts. According to him, we can no longer distinguish between "Suspension of Guarantees" and political stability because the suspension of the law in the name of Law is not an exception anymore. The States have become killing machines as an effect of the bio-politics.¹⁰

For instance, forced disappearances became systematic and generalized practices implemented by the States as anti-subversive control mechanisms. They were complex practices which are composed of several phases. Generally, they conclude with the victim's torture and execution and the disappearance of the body, all with the use of State's funds.

According to statistical reports, the sheer scale of disappearances in Latin America has been overwhelming. In Guatemala alone nearly 40,000 people were lost from the late 1960s to the early 1990s. Over 9,000 vanished in Argentina during the military dictatorship, which ruled from 1976 to 1983. Many thousands more disappeared in Chile, Uruguay, El Salvador

...this systematic abuse left many more victims in its wake: the countless grieving and traumatized family members of the

⁹ IIHR and IDEA, *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*. IIHR and IDEA, San José, Costa Rica, 2005, p.11. (Author's translation.)

¹⁰ Zizek, S., *Violencia en acto. Conferencias en Buenos Aires*. Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 130. (Author's translation.)

disappeared. These individuals often did not know the fate of their loved ones, nor were they ever handed over the remains; as a result, they were unable even to properly mourn their tragic losses.¹¹

Nonetheless, the democratic processes in Latin America have been building and strengthening themselves; today our democracies face new challenges to their consolidation and inclusion. Human rights international and non-governmental organizations, as well as international tribunals have taken the obligation to develop broad and integrated jurisprudence according to the specific problems that different regions of the world could face. International and regional organizations like United Nations (UN) and the Organization of American States (OAS) have created and maintained special bodies and institutions in order to contribute to the democratization, development, mediation, peacemaking and peace-building processes in the region.

The Inter-American Commission of Human Rights of the OAS, the Inter-American Court of Human Rights [ICHR], and the Inter-American Institute of Human Rights [IIHR] are institutions in charge of promoting within the States of the region; legislations and policies to guarantee the respect for human rights.¹²

The mandate of the international human rights protection organizations of the inter-American system, which have jurisdictional competences –the Commission and the Court–, is to promote, protect and verify the fulfilment of the American Convention of Human Rights. Both organizations have been created by free and sovereign choice by the member States, in order to combat impunity, re-establish a sense of international justice and formulate reparations for gross human rights violations of the victims, their relatives and communities. The ultimate goal of these organizations should be to recreate new peaceful and respectful bonds between people, that might reconstruct their own societies.

¹¹ Antkowiak, T., “Truth as right and remedy in international human rights experience”, in: *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23, No. 4. Michigan, U.S.A., 2002, p. 979.

¹² Valle, V., “Long walk to democracy in Latin America and the Caribbean”, paper prepared for the United Nations University for Peace, presented at the IV International Conference of New or Restored Democracies, celebrated at Cotonou, Republic of Benin, Africa, on December 4 to 6, 2000, p. 23.

Indeed, the responsibility of justice organizations and international tribunals is enormous. The impact and deep repercussions of their actions or decisions will affect the victims permanently. If the judgment has been satisfactory for them, they can finally start to experience the closure for losses and mourning; but if for some reason, this final verdict does not repair their suffering or the whole process has not addressed their older traumas properly, how will they deal with those issues?

International tribunals of human rights represent the ultimate notion of justice. The effects of material and symbolic reparations that these tribunals order are able to restore the existential status of the victims, subscribe them in a new circuit capable of validating their testimony as historical truth.¹³

The Law considered like a **symbolic other** must appear in the figure of the courts conducting public trials and sanctioning the States. The mediation of the I-ACourtHR, as a superior entity, secures hope that the mourning of the victims and relatives will not be unending.

On a collective basis, symbolic measures intended to provide moral reparation, such as formal public recognition by the State of its responsibility, or official declarations aimed at restoring victims' dignity, commemorative ceremonies, naming of public thoroughfares or the erection of monuments, help to discharge the duty of remembrance.¹⁴

The exercise and practice of human rights have the objective of distributing the power accumulated in a single sphere, the State. It reaffirms dignity as a basic quality of the human being. Human rights institutions have been created in order to rationalize the power relationships. This may be one of their most important objectives.

The law has the structuring function of social ordering, as well as a symbolic dimension which let the production of new significances. In this sense, reparatory laws must create the conditions that facilitate

¹³ Bottinelli, C., "La impunidad como tentación del poder absoluto", Psychological Assistance at the inter-American system, IHR Project, San José, Costa Rica, 2005. (Author's translation.)

¹⁴ Joinet, L. (Special Rapporteur), "Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)", Revised final report. Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Forty-ninth session, *The administration of justice and the human rights of detainees*, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 October 1997.

individual and collective elaboration of the *crimes against humanity* of the state terrorism.¹⁵

International tribunals have political and juridical as well as ethical responsibility to fulfil their goals and missions. Their objective might be to reinstate subjective and cultural order in societies. Internal justice should not, of course, be exempt from those same functions and responsibilities. Indeed, balancing structural conditions inside their own political and symbolic power is the first challenge for achieving successful reparation processes.

Healing and the importance and utility of the interdisciplinary approaches

Healing is an attempt to restore the relationship of the individual with the reality, reviving the capacity to link with other people and the world, as well as their capacity to plan the future using a better self-knowledge and their reality.¹⁶

However, healing rarely goes into legal spaces. Mental health has been relegated by other disciplines and by itself to the specific, clinical and individual treatments. Justice holds the highest mandate out of all the omnipotent and reparative faculties with their representatives. Interdisciplinary communication has not always functioned. At the same time, after historical reconciliation processes, different sciences are not always ready to continue working together with satisfactory results.

Justice reappears in the idea that its aim is to heal victims of violence and to reconcile opposing groups. But at the same time, formal justice sometimes has recurred in the discussion of healing as a potential barrier or provocation for renewed trauma. Still, there have been many detractors of the initiative of including therapeutic aspects in the work of international

¹⁵ Guillis, G., “El concepto de reparación simbólica”. Equipo de Salud Mental del CELS, Psychological Assistance at the inter-American system, IIHR Project, San José, Costa Rica, 2005, p. 18. (Author’s translation.)

¹⁶ Lira E. and E. Weinstein, “Psicoterapia y represión política. Prefacio”, in: Instituto Latinoamericano de Salud Mental y Derechos Humanos, *Reparación, derechos humanos y salud mental*. Ediciones Chile América CESOC, Santiago, Chile, 1996. (Author’s translation.)

tribunals. It has been said that healing is not only non neutral, but also detrimental and risky to the core mission of establishing truth and justice. For example, some sarcastic critics called the Truth and Reconciliation Commission (TRC) in South Africa the “Kleenex Commission”.¹⁷

In our experience, we can assert that healing inside national or international juridical systems socializes the trauma. The victims empower themselves and become social actors and survivors, because they stop being passive entities and change into active protagonists; citizens entitled of their rights.

In this sense,

...etymologically, “to repair” comes from the Latin concept *reparare* which means “to be prepared again”. Symbolic reparation means to get ready for a new existence, without terror, without impunity, through a juridical and symbolic act.¹⁸

In a psychosocial approach, reparations are an attempt to recover the victim’s essential life project and to understand the origins and motivation of a repressive action. Reparations should be understood always in a comprehensive perspective, in order to grasp the full complexity of the individual and collective damages produced by violence. Reparations are more than physical elements, such as money, medical services, monuments, among others. Frequently, the reparation processes by themselves are the most important elements. The victim’s active involvement is a very important component of international justice, because passive victims could feel disrespectfully treated and some behaviour could betray the memory of their loved ones.

One of the most important and significant goals of reparations for victims of political violence, is that it allows them to channel their frustration, aggression and feelings of revenge through language and symbolic acts. Well-processed reparations can bring closure or the beginning of mourning and can serve as symbols of healing.

¹⁷ Minow, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing history after genocide and mass violence*. Beacon Press, Boston, US, 1998, p. 63.

¹⁸ Guillis, G., “El concepto de reparación simbólica”... , p. 3. (Author’s translation.)

The need to take revenge is a deeply rooted human need that cannot be moralized away. It is an inevitable and indestructible part of the human psyche. At the same time, it is a powerful emotion that can be contained in the appropriate forms.¹⁹

Victims should not be chastised for having those intense and human feelings. This would turn out to be in re-victimization. Victims need to elaborate the violence suffered, and they do not need extra guilty feelings just to fit in to the social image of “goodness”. Their reactions are a normal and desirable reaction to abnormal conditions.

The implementation of an active and integral interdisciplinary work for torture cases and other human rights violations in the inter-American system could mark fundamental guidelines not only in the exercise and legal dispositions of human rights of victims, but also contributing to establish advances in the jurisprudence and respective doctrine. Greater theoretical developments on the part of the psychosocial disciplines will promote the enrichment of other ways of understanding this type of problematic. It is necessary to have a methodological line to set up limits for each discipline (psychological, legal or others). It is essential to try a common language among these knowledges, for the victims’ easy and accessible management; therefore, the simple juxtaposition of disciplines or its coincidental encounter is not interdisciplinary.²⁰

In this intent of articulation from two different discourses, the legal one (discourse of the objective order) and the psychological one (discourse of the subjective order), two languages appear well delimited and defined by their differences, trying to be interrelated, to be melted sometimes in one, and sometimes being separated. We share a time of agreements and tolerant disagreements, discussions and pleasant discoveries, that left us the certainty referring to the human

¹⁹ Godwin, T., *Shattered voices. Language, violence and the work of truth commissions*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, US, 2004, p.6.

²⁰ Stolkner, A., “La interdisciplina: entre la epistemología y las prácticas”, in: <http://www.elcamposi.com.ar>, 1999, p. 1. (Available May 4, 2010. Author’s translation.)

rights, that there is still a long road to travel, and the confidence that it is possible to do it together.²¹

The world of Law is a world dominated by the discourse of legality, by the objective and pragmatic law, whose logic corresponds to an objective discourse that can distinguish what is framed inside the law and what is not, the rights protected, those forced, its repercussions and the recognition of the best possible repair within the established regulation.

In the psychological discipline, it is a matter of understanding the internal world laws in order to undertake its expressions in human behaviors. The legal discourse is processed in a different way, and is offered in a new perspective according to the suffering, the personal history and the circumstances the victims' life. For victims, experiences remain recorded, incorporated in the individual –and collective– unconsciousness. What is forgotten is not lost; it reappears at any moment transformed through different means such as: dreams, nightmares and physical symptomatic and psychological productions (insomnia, pains and illnesses, depressions, etc.). The psychic does not distinguish among rights violated and repairs pertaining to those violations; the pain and the suffering are the living evidence of the violations, and its relief of the repair.²²

In psychology, the logic of discourse is abstract and subjective; therefore, its object of study is not always precise or finished and it is full of its own particularities.

It is a challenge to advance with an interdisciplinary approach that can guide experts to understand new discourses and to contribute with new theorizations.

21 Neuburger, A., and V. Rodríguez, V., “Lenguaje interdisciplinario psico-jurídico vinculado con el litigio de casos en el Sistema Interamericano”, Psychological assistance at the inter-American system, IIHR Project, San José, Costa Rica, 2005. (Author's translation.)

22 *Ibidem*. (Author's translation.)

Reparation, International Law and human rights

Ubius, ibi retmedium: Where there is a right, there is a remedy. This maxim has long been part of Common law legal systems and appears in Civil law. The implication is that courts have the inherent power to devise the appropriate remedy to conclude cases that come within their jurisdiction. Despite this, national and international courts of law often cannot ensure that States provide effective redress of legal wrongs. Most of them, as we will see later, grant economic compensations and palliative measures in place of remedies that would specifically undo the wrong: such as substitute specific conduct by the wrongdoer, sanctions, and punishment that denies impunity.²³

At the universal level, the United Nations Commission on Human Rights (UNCHR) has created various monitoring mechanisms that deal with particular human rights issues and remedies for human rights violations, outside the context of specific human rights treaties.

In this sense, the most valuable efforts to bring together various reparations rights have been the draft *UN Basic Principles and the Guidelines on the Right to Reparation for Victims of Violations of Human Rights and International Humanitarian Law* (1993) and the *Question of the impunity of perpetrators of human rights violations* (1997) by special rapporteurs Theo van Boven and Louis Joinet, respectively.

In the inter-American system the reparation's classification is subdivided in:

- ***Restitutio in integrum***. This is the re-establishment of the situation that existed before the perpetration of the wrongful international act. From a psychosocial point of view, this kind of reparation has been criticized for being utopian and disrespectful to the victims and their families' feelings, because after a gross violation nothing can be brought back to "normal".
- **Pecuniary damages**. These types of reparations include the monetary compensations: lost income and consequential damages.

²³ Shelton, D., *Remedies in International Human Rights Law* Oxford University Press, New York, US, 1999, p. 292.

- **Non-pecuniary damages.** In gross violations non-pecuniary damages compensations are the most justified to be granted and the most difficult also because, as I said before, it is impossible to recover the pre-perpetration conditions. Material damages are possible to reconstruct, but the suffering and pain are always going to affect the victim.

Moral damage may include suffering and affliction, detriment to very significant personal values, and non-pecuniary alterations for the victim's living conditions. Inside this category is included, particularly, the compensation by non-physical damages through different forms of satisfaction.

- **The satisfaction and guarantees of non-repetition.** These kinds of reparations are perhaps the most important, because they re-establish justice in a wide sense. They institute political, judicial and even social processes to combat the ultimate causes of the violations and impunity. However, the States do not fulfil these reparations promptly or completely. For instance, the verification of the facts and the public revelation of the truth, or a declamatory failure in favour of the victim, are actually the ones least fulfilled by the States.

In summary, the role of the inter-American system in the activation of reparation politics has been important. For example, in Argentina the recommendations of the I-ACourtHR had a key role in the adoption of the politics of reparations according to victims' demands, including the emission of certificates of disappeared people. In the same country, NGOs and civil society affirm that the only remedy they had came from the OAS, not from the State.

And finally,

...in Guatemala and Peru the hefty compensations mandated by the Inter-American Court in specific Chilean cases mobilized an active reparation program in the national level.²⁴

²⁴ Lira E. and E. Gómez, "Capítulo VI. Reparación y salud mental: programa PRAIS", en: *Reparación, derechos humanos y salud mental*. Instituto Latinoamericano de Salud Mental y Derechos Humanos, Santiago, Chile, 1996. (Author's translation.)

Reparation's challenges as an interdisciplinary field. Comparative remarks inside the I-ACourtHR's reparation judgments

The general objective of this section is to visualize, from a completely dissimilar scope, the development and progress, as well as the possible limitations, of the Inter-American Court jurisprudence in matters of reparations.

When comparing the European, African and Inter-American Courts, it is found that the three of them may grant reparations, including non-monetary remedies, even when their systems and mechanisms are different amongst them. The I-ACourtHR has a broad remedial authority, which represents one of its major advances in the international justice of human rights. The European Court, on the other hand, has interpreted its powers narrowly.²⁵

Another advantage of the Inter-American Court's reparation jurisprudence is that its reparations will be effective and independent from the limitations of the national law. In contrast to the practice of the European Court, inter-American institutions have directed States to take specific actions to remedy human rights violations.

The nature of reparations in the inter-American system is wider and more complex than the European one since the reparations are not settle down based on defects, imperfections or insufficiencies of the domestic law, but with independence of it.²⁶

Its first judgements as Carrillo asserts,²⁷ introduced a new legal paradigm of justice for human rights violations presenting the State's duty to judge and punish as part of the reparation actions. At the same time, while other tribunals have privileged pecuniary damages rather than non-monetary relief, the Inter-American Court has been progressive in this

²⁵ Shelton, D., *Remedies in International Human Rights Law...*

²⁶ García Ramírez, S., "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", in: *El sistema interamericano de protección de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. Memoria del Seminario, Tomo I, second edition. Inter-American Court of Human Rights, San José, Costa Rica, 2003. (Author's translation.)

²⁷ Carrillo, A., *The Handbook of Reparations*. The International Center for Transitional Justice, Oxford University Press, US, 2006, p. 506.

issue and coherent with the appalling Latin American contexts (where granting monetary reparations in some cases would not have been enough). Nevertheless, this achievement may be considered a challenge for the implementation of new and integral non-monetary reparations, in order to approach to the ideal of the *restitutio in integrum* for victims.

For the purpose of this paper, the following key principles and indicators of the I-A Court HR's reparation judgements have been selected to develop the subsequent analysis ranks.

Principle of equity

Since it is not possible to assign a precise monetary equivalent to non-pecuniary damages, for purposes of comprehensive reparation to victims, the Inter-American Court has turned to other alternatives. First, payment of an amount of money, delivery of goods or services that can be estimated in monetary terms, which the Court establishes through reasonable application of **judicial discretion and equity**; second, public acts or works that seek, *inter alia*, to commemorate and dignify victims, as well as to avoid the repetition of human rights violations.²⁸

In its first cases in 1987,²⁹ related to disappearances during the armed conflict in Honduras, the Inter-American Court agreed to the existence of moral damage (psychiatric reports were used as evidence), and granted monetary compensation for that damage. In its decision the Court seemed to suggest that monetary compensation for emotional harm is particularly appropriate in cases of human rights violations, based upon the principles of equity. The Inter-American Court has engaged to this conception in different cases in order to determine the “appropriate” and “fair” economical compensation.

International and national tribunals decide about this “equity” issue according to specific and peculiar circumstances for each case. It is true that it is not possible to measure human pain, and certainly it would become perverse; but human rights violations' victims need to feel that

²⁸ I-A Court HR, *Case of the Moiwana Community v. Suriname*. Judgment of June 15, 2005, p. 74, parr. 191.

²⁹ *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgment of July 29, 1988, and *Godínez-Cruz v. Honduras*. Judgment of January 20, 1989.

justice is unbiased with them. It is necessary to implement in the future, standardized methods to approximate the awards for immaterial damage, case by case. An integrated and multidisciplinary methodology could be a very helpful methodological tool to accomplish this. International tribunals should seriously consider working with interdisciplinary expert evidence and similar instruments to orient judgments in a more integral way. The I-ACourtHR and other similar tribunals might look for more effective and objective methodologies to grant these kinds of remedies in order to avoid misconceptions and possible future re-victimizations. Victims come from impunity contexts, where the “no rule” was their *modus vivendi*. The access to I-ACourtHR’s processes would represent for them the return to Symbolic Law as well as to Formal Law.

In fact, if a complex analysis about the compensations granted by the I-ACourtHR for immaterial damage in cases with similar contexts would be prepared, we might probably find asymmetries in the pecuniary compensations granted, and probably in other measures that were ordered. It cannot be overseen that the Court, as a legal tribunal, does not necessarily invoke the law in which the compensation to immaterial damage is based. On the contrary, it determines that this comes from the subjective and slippery notion of the **equitable assessment**, which can change according to the Court’s spirit and composition.³⁰

Also Shelton³¹ affirms that these injuries constitute recognized elements of damages and they are particularly personal and therefore difficult to measure. There is no objective test to measure the severity of a victim’s pain; however, common human experience recognizes the reality of physical and emotional suffering. The inherently subjective reaction to pain and suffering claims can lead judges to gift widely varying amounts for similar injuries.

³⁰ Faúndez, H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, reviewed third edition. IIHR, San José, Costa Rica, 2004, p. 818. (Author’s translation.)

³¹ Shelton, D., *Remedies in International Human Rights Law...*

Restitutio in integrum

In the initial Honduran Cases, the victims claimed more than monetary compensation, but no requests for non-monetary reparations were granted. However, in these cases the Court also stated the *restitutio in integrum*. It looks like that this type of reparation had a declarative sense at the beginning. However the Court has achieved an extended history where reparations have a more real sense in most of its cases. This has been a great advantage for combating impunity.

As René Kaes indicates, it is not enough to recognize the nature and the origin of horror. It is necessary to recognize the possibility of subjective elaboration for recognition and collective elaboration. Society needs to integrate its own history and memory; and for these reasons, it is so important that the States fulfill the Court's recommendations about making public the judgment through the official and extensive circulation newspapers in the countries.³²

Presumption of damage

Recent decisions of the Inter-American Court show that the right to receive reparations for moral damages is only granted to whom is declared a victim of a human rights' violation. It seems that the Court does not assume more than, in some cases, the damages can be presumed. This could be understood as a jurisprudential advantage, because it gives clarity and certainty.

Juridical insecurity could put the objectivity of the process and the rights of the parties in predicament.³³

However, from a psychosocial standpoint, the Court's lack of presumptions increases the victims' level of anguish. In fact, this criterion is more restrictive than before, and if there is any failure committed by the petitioners or the Inter-American Commission of Human Rights during the procedure before the Court, some victims could be particularly unprotected.

³² Guillis, G., "El concepto de reparación simbólica"... (Author's translation.)

³³ I-ACourtHR, *Case of the Ituango Massacres v. Colombia*. Judgment of July 1st, 2006. Separate opinion of Judge García-Ramírez.

The Court jurisprudence in immaterial damages has not been uniform. Sometimes it has presumed damage³⁴ and in others it has required evidence of it.³⁵ On this issue I agree with the Secretary of the Court, who affirms that the damage might be presumed because every violation to the right to life causes a deep prejudice in the victim's family nucleus.³⁶

In addition, it is beneficial to keep in mind similar experiences, like the South African Truth and Reconciliation Commission, in order to avoid the same mistakes. In this case, any survivor had to justify their trauma to “qualify” for any type of compensation. This can be demeaning and lead survivors to feel that their experiences are treated with suspicion and scepticism. Moreover, “proving” that the damage was done or that “scars” are permanent runs counter to psychological healing and mastering the traumatic incident.³⁷

Ethnic and cultural diversity approach

The Inter-American Court has been very sensitive about the cultural matters of its judgments. Several cases³⁸ have received very positive benefits

³⁴ I-ACourtHR, *Case of the Caracazo v. Venezuela. Reparations*. Judgment of August 29, 2002; *Trujillo-Oroza v. Bolivia. Reparations*. Judgment of February 27, 2002; *Bámaca-Velásquez v. Guatemala. Reparations*. Judgment of February 22, 2002; *Case of the “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala. Reparations*. Judgment of May 26, 2001.

³⁵ I-ACourtHR, *Garrido and Baigorria v. Argentina. Reparations*. Judgment of August 27, 1998; *Case of Las Palmeras v. Colombia. Reparations*. Judgment of November 26, 2002.

³⁶ Saavedra Alessandri, Pablo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los Estados”, en: *Memorias del Seminario Los instrumentos de protección regional e internacional de los derechos humanos*. México, D.F., Secretaría de Relaciones Exteriores; Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Unión Europea, 2004, p. 197. See: <http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro1/Cap%2006.PDF> (available May 4, 2010). (Author's translation.)

³⁷ Hamber, B., *Do Sleeping Dogs Lie?...*

³⁸ I-ACourtHR, *Bámaca-Velásquez v. Guatemala. Reparations*. Judgment of February 22, 2002; *Aloeboetoe et al. v. Suriname. Reparations*. Judgment of September 10, 1993; *Case of the Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala. Reparations*. Judgment of November 19, 2004; *Case of the Indigenous Community Yakyé Axa v. Paraguay*. Judgment of June 17, 2005; *Case of Yatama v. Nicaragua*, Judgment of June 23, 2005; *Case of the Moiwana Community v. Suriname*. Judgment of June 15, 2005; *López-Álvarez v. Honduras*. Judgment of February 1, 2006.

as reparations, which have contemplated respect and value of their cultural practices in mourning processes, right to political participation, right to fair land distribution, publication and dissemination of the judgements in their own mother tongue, i.e. maya achí, enxent, among others.

The incorporation of an anthropological expertise to orient the complexity of these kinds of facts makes it easier to understand beyond the borders of the law. If the conception of justice is being reparative to people, it is time for the international tribunal to make a qualitative jump and look forward to the specialized and effective glance of other sciences and disciplines.

In 1993, the victims in the *Case of Aloeboetoe et al. v. Suriname* asked for measures other than monetary compensations. The Court specifically ordered that the government should reopen the school and health center in the area where the victims' families lived. However, the Court did not discuss other requests, except to briefly note the continuing obligation of Suriname in informing families of their victims' bodies' location. The decision was considerably less than the Commission and victims requested.³⁹ However, in this case the Court also awarded moral damages due to pain and suffering of the victims' parents, presuming emotional injury from the violation, and concluded that:

It is essentially human for all people to feel pain at the torment of their children.⁴⁰

There is an intense debate about whether the international and national systems of justice should incorporate the diverse juridical practices depending on the cultural manifestations of ethnic groups. From psychosocial and anthropological scopes, the answer could be that there is an urgency to create some parameters to incorporate them. The complement on the diverse visions could grant to these historically discriminated groups a more protective and integral spectrum. Their

³⁹ Shelton, D., *Remedies in International Human Rights Law...*, p. 298.

⁴⁰ I-ACourtHR, *Case of the "Street Children" (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala. Reparations*. Judgment of May 26, 2001. Separate Opinion Judge Cançado Trindade.

basic needs, such as their identity and spiritual dimension, would not be threatened anymore. The Court has been continuously developing repairs with an increasing comprehension of the traditional ethnical **cosmovision**, and the psychosocial elements inside traditional justice and reparatory processes were just superficially inserted.

If we analyze this first *Case of Aloeboetoe v. Suriname*, the Saramaca's heritage system was applied to order reparations only accepting and respecting polygyny (the recognition of all the spouses of a man; accordingly, the children that she had with each one of them had to be recognized as legitimate successors). The true Saramaca heritage system was partially ignored.⁴¹

On the other hand, the massacre of Plan de Sánchez, a northern native village of Guatemala, was one of the 626 that occurred in the country. It was perpetrated on July 18, 1982 during the facto government of Efraín Ríos Montt. The army murdered 268 men and women, including children of all ages. According to the psychological expert evidence, the massacre of Plan de Sánchez had terrible consequences in many aspects of the life of its population, such as the breach of family roles, the damage to the cultural identity, the breaking of its ancient relationship with the land and the traditional style of conflict resolution. The community sorrow was altered; therefore, they could not carry out its rituals and the Mayan traditional burials until 1994, twelve years later, when the exhumations took place.⁴²

The psychosocial expert evidence presented in this case analyzed these issues⁴³ and deeply recommended to carry out consultations with the communities to decide what they want as remedy, as well as more adequate

41 Molestina, M., "La sentencia de reparaciones del caso Aloeboetoe y otros: un punto de vista antropológico", in: *Revista IIDH*, No. 25. Inter-American Institute for Human Rights, San José, Costa Rica, January-June 1997, pp. 109-123. (Author's translation.)

42 I-ACourtHR, *Case of the Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala. Reparations*. Judgment of November 19, 2004.

43 Nieves, G., "Informe sobre el daño a la salud mental derivado de la masacre de Plan de Sánchez para la Corte Interamericana de Derechos Humanos Centro América". Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial, Guatemala, 2005. (Author's translation.)

forms to achieve it, because as many researches conclude, the reparation complies with its function when it is determined by its own victims.⁴⁴

In addition, it was recommended for a consultation to be carried out with the surviving women to develop measures of repair and programs of medical and psychological attention that contemplate a differentiated vision of the impact according to the kind of victims.

The I-ACourtHR has made diverse considerations and allusions in respect to emotional damage, the permanent breaking of the cultural identity, their customs and traditions, and the psychosocial suffering of the inhabitants of Plan de Sánchez and other communities. We can highlight that the reparations judgment in this case is very extensive and integral, as much in the recognition of immaterial damage as in other forms of repair. Other great advances in this reparation process are the measures of implementation, monitoring and the medical and psychological services offered for the victims, with the intention of guaranteeing quality and efficacy.

On the other hand, the sensitization has been necessary in the fact that many of the victims or their relatives have had roles of leadership in their communities. It can be observed, for many indigenous communities, that the breaking of the bows with ancestors, the fragmentation of the relation with the natural Earth and its resources, and the forced abandonment of their cultural practices, produce severe suffering to them that undoubtedly affect their right to psychic and moral integrity. In this sense, a specific demand of the indigenous people has been free determination to repair them from the standpoint of their own world-view, and respect their rights as minorities.

One of the most recent cases in this area is *Community Moiwana Case vs. Suriname* in 2005 regarding the murder of 39 members of the Moiwana Community in a military operation, in 1986. According to the community traditions, if one of their members is offended, their relatives are obliged to seek justice for the committed offense. If the offended person has died,

⁴⁴ Berinstain, C., "Procesos de duelo en las comunidades mayas afectadas por la violencia política". Ph D. Thesis, País Vasco University, 2005. (Author's translation.)

his spirit will not be able to rest until justice is done.⁴⁵ Similarly, due to the case facts, the Moiwana Community could not honour appropriately its dead. That is considered a “morally deep transgression”, which offends the ancestors and causes “illnesses of spiritual origin”.⁴⁶

The I-ACourtHR took into account these facts and considered them to be a violation of the right to personal integrity of the members of the Community by the

...indignation and shame of having been abandoned by the system of penal justice of Suriname. They must have felt the pain of the hanging of their relatives that died unjustly during the attack.⁴⁷

These have been cases with a dense cultural content, and the solutions arrived at by the Court have left the impression that there is a fertile ground to further advance.⁴⁸

On the other hand, when we have a discussion about reparations, it is necessary to stress that individuals from ethnic-cultural groups⁴⁹ have the right to conserve, use and protect their own traditional health and medicine practices, and demand that the remedies ordered have to be adequate from a cultural perspective, which means free of external imposition unless they consent to it.

In Latin America this debate is still pending. Guatemala and Peru are the countries that have developed these dimension of healing and reparations more appropriately. However, indigenous populations continue to live in discriminatory contexts; so the categories of justice, healing and medicine are frequently western and imposed to them. Healing rituals or traditional mediums and monks are mostly undervalued and rejected, confined to resolve only minor problems. There is no consistency yet to act in these cases, neither from a juridical parameter nor through healing organizations.

⁴⁵ I-ACourtHR, *Case of the Moiwana Community v. Suriname*. Judgment of June 15, 2005, parr. 95.

⁴⁶ Ibidem, parr. 99.

⁴⁷ Ibidem, parr. 96.

⁴⁸ Ibidem, separate Opinion Judge Cançado-Trindade.

⁴⁹ The I-ACourtHR does not establish human rights violations against communities, just individuals. This would be another element to analyze in further documents.

We learned that interventions that complement the traditional systems of healing were not easy to develop. The assumption in successful complementation is that the other party needs additions. The Cambodian villagers did not automatically see this need.⁵⁰

It is worthy to underline the insightful approximation made by Judge Cançado-Trindade in his Separate Opinion in the Case of the *Moiwana Community v. Suriname* about the closeness between Law, ethnic sensitiveness of indigenous peoples and other ancient cultures. He proposes a new category of damage, not covered by the existing categories: the **right to the project of after-life**, that takes into account the living in the relations with their dead, altogether. International Law in general and the International Law of Human Rights in particular, cannot remain indifferent to the spiritual manifestations of human beings, such as the ones expressed in the proceedings before the Court in the Case of the *Moiwana Community*. Also he dears to conceptualize it as a **spiritual damage**, an aggravated form of moral damage which has a direct bearing on what is most intimate to the human person, namely, her inner self, her beliefs in human destiny, her relations with their dead. This spiritual damage would of course not give rise to pecuniary reparations, but rather to other forms of reparation (Separate Opinion Judge Cançado-Trindade. *Case of the Moiwana Community v. Suriname*. Judgment of June 15, 2005, parr. 95).

Right to adequate living conditions

In the *Villagrán Morales vs. Guatemala* case the Inter-American Commission denounced that State agents in Guatemala had executed five children. The Court considered that there were several violations of human rights and gave an important resolution: ordering the designation of an educational center, which has to be named in behalf of the young victims of this case, as reparation. The I-ACourtHR also ordered the State to place, in this centre, a plate with the names of the children and stated that

It would contribute to stirring the conscience in order to avoid the repetition occurred in the present case and to conserve the memory of the victims alive.⁵¹

⁵⁰ International IDEA (Institute for Democracy and Electoral Assistance), *Reconciliation after violent conflict. A handbook, International Institute for Democracy and Electoral Assistance*. Sweden. 2003, p. 157.

⁵¹ *Case of the "Street Children" (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala. Reparations*. Judgment of May 26, 2001.

The final judgment of this case finally contemplated integral reparations where moral or immaterial damage were awarded not just in an economical way.

The victims of this case were poor young boys whose mothers had suffered for so many years trying to get justice. The psychological expert evidence in this case was very consistent and defended the idea that the boys were certainly the economical support of the families, and that they were of special value for their mothers. Poverty did not let them appropriate anything else except their own maternity. Material reparations could not substitute this loss; only the symbolic one given by the public **suffering recognition**.

The concept of “Life Plan” or “*Proyecto de vida*”

In *Loayza Tamayo v. Peru*, the inter-American system has made one major and creative innovation in matter of reparations: the so called ***Proyecto de vida***. This concept is associated with the notion of personal transcendence, and at the same time it is about all the options (not just the economic ones) that victims have in their lives to reach their full potentials. It is as an expectation that is both reasonable and attainable in practice. The damage to this **life plan** implies the loss or severe diminution, in a manner that is irreparable or repairable only with great difficulty, of a person’s prospects for self-development.⁵²

The Inter-American Court of Human Rights took a step in the evolution of the law of remedies in this reparations judgment, when it recognized and accepted the concept of project of life, lost opportunities and enjoyment of life, as an element of damages independent of lost future earnings. The Court described ***proyecto de vida*** as the applicant’s reasonable expectations for the future. While accepting the claim in principle and finding that the applicant had suffered harm to his/her *proyecto de vida*, the Court failed to make recognition under this heading. No other applicants have presented a methodology for calculating such damages.⁵³

⁵² Faúndez, H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos...*, p. 841. (Author’s translation.)

⁵³ Shelton, D., *Remedies in International Human Rights Law...*, p. 229.

The Court found it could not translate the injury into economic terms and therefore it abstained from awarding compensation for the loss nor the access of the victim to the international tribunal, and the decision itself could be seen as a form of satisfaction.

Nowadays, the Inter-American Court judgments do not mention the life project anymore. Nonetheless, the juridical considerations of this concept are analyzed and taken into account in other chapters of the decision. This new criteria of the Court could nullify one of its greatest achievements in reparations. Psychologists, mental health organizations and others might get into the debate proposing new and creative forms to repair the *proyecto de vida*. It is probably one of the most promising and successful sceneries where social sciences could contribute from their own epistemological knowledge to refresh juridical limitations. This is an important jurisprudential element, which might continue being a source to repair future immaterial damages.

On the other hand, in this case also the victim affirmed that she was severely tortured and raped in prison. The Court stated it to be a violation of the right to personal integrity (Art. 5 of the American Convention), because the victim suffered cruel, inhuman and degrading treatment. Although, the I-A CourtHR did not find enough evidence to declare the violation of Article 5 for the alleged rape, the Court ordered Peru to release her and pay fair compensation to her and her family, and reimburse to them the expenses they incurred in during the legal process. In its reparations judgment in the case of *Loayza Tamayo* the Court focused on rehabilitation and reintegration of the victim. I will develop more on this specific aspect in the following section.

Inclusion of gender approach

In the case *Loayza Tamayo v. Peru*⁵⁴ the Court failed to award symbolic reparations, rejected the victim's petition of public apologies and did not recognize the systematic sexual violation, because "due to the nature of the facts" they could not prove the validity of the rape allegations. Another severe legal repercussion of this was that it was not considered as a torture case, but just as a cruel and inhuman treatment case.

⁵⁴ Reparations Judgment of November 27, 1998.

The revision of this case from a psychosocial approach revealed that the fundamentally legal vision could not reach the dimension of the victims' suffering and the necessity to repair it. The validity of some tests would be reinforced with a psychological consultant, and thus would facilitate the legal work. The inter-disciplinary work, for its characteristics of amplitude, interchanges and diverse ideas, has been adapted to continue producing advances in the treatment of cases before the Court, and in the doctrine and jurisprudence of human rights.⁵⁵

On the other hand, in the massacre of Plan de Sánchez, several women between the ages of 12 and 18 were sexually abused. The same occurred in other massacres of the country in the same period. The memory and dignity of women as transmitters and support groups remained culturally, and socially familiar, and individually damaged. Women were consumed by an intense fear that has paralyzed and prevented them from participating in the processes of justice because of their fear to speak.

During the public hearing the Court showed sensitivity to the women's affectation due to the sexual violations. Nevertheless, the Court's decision does not allude specifically to the surviving women who suffered rape.

The gender approach is essential in this area because it implies and recognizes that violent conflicts affect men and women differently. A differential perspective is necessary in order to analyze the impact that affects women generally. Throughout the armed dictatorships or conflicts, sexual violence, especially against women, has been frequent and systematic. The nullity and the associated stigma complicate the reintegration of women, as well as the access to justice or repair; given the impact that the revelations can have in social or family lives.

For example, the Report of the Truth Commission of South Africa indicated that the number of women who went to testify during this process was extremely high regarding the number of men. In addition, it was demonstrated that women, who got to testify, did not speak about

⁵⁵ Neuburger, A., "Análisis del caso María Elena Loayza Tamayo contra Perú", Psychological Assistance at Inter-American System, IHR Project, San José, 2005.

their own experiences as victims, but of their spouses, children or other men in their lives.⁵⁶

In this sense, in the *Case of the Miguel Castro-Castro Prison v. Perú*, the I-ACourtHR took foremost progress in the protection of women's rights. The Court stated the applicability of the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women (CEDAW). As the judges García Ramírez and CanVado Trindade assert, respectively, in their separate opinions:⁵⁷

This road was pendent of statement, analysis and solution. It has been until today, an unexplored issue, without definition.

In this *Case of the Miguel Castro-Castro Prison* there have been acts of extreme violence and cruelty against the interns –women and men,– as it is pronounced in the file of the case, which, however, requires a gender analysis in reason of the nature of determinate human rights violations that the women suffered particularly.

Separate opinions

The case *Tibi vs. Ecuador*⁵⁸ has had great relevance for the legal doctrinal development since it denotes an integral view when incorporating clearly important psychosocial elements in its content. Judge Cançado Trindade's separate opinion stated that the incorporation of psychosocial arguments and a wider scope of the victim's realities from traditional juridical spaces is indubitably an example that the interdisciplinary methodology has positive incidence in the development of the new juridical criteria, and certainly establishes a higher level of sensitivity to look at the victims, not just in legal frameworks but with their own complexity in a real and hard world.⁵⁹

On the other hand, in the *Case La Cantuta v. Peru*⁶⁰ Judge García Ramírez offers several queries about the forgiveness, reconciliation,

⁵⁶ Minow, M., *Between Vengeance and Forgiveness...*, p. 84.

⁵⁷ I-ACourtHR, *Case of the Miguel Castro-Castro Prison v. Perú*. Judgment of November 25, 2006.

⁵⁸ I-ACourtHR, Judgment of September 7, 2004.

⁵⁹ I-ACourtHR, *Case of Tibi v. Ecuador*. Judgment of September 7, 2004. Separate opinion, Judge Cançado Trindade, parr. 33

⁶⁰ I-ACourtHR, Judgment of November 29, 2006.

victim's rights, and their efficacy inside the international tribunal. These are very interesting and polemic issues, and they show a deep concern about the social and ethic spheres that involves the juridical issues and the aperture for an open and inclusive debate.

Moreover, a lucid and articulate elucidation about the encounter between mental health and human rights was exposed in the separate opinion of Judge García Ramírez in the case *Ximenes Lopes v. Brasil*.⁶¹

Adequate treatment to the victims' relatives

In the case *Mapiripán Massacre v. Colombia*⁶² one of the most relevant aspects of this judgment is found in the section "Other forms of repair". This element shows the extensive and well-achieved characterization that this judgment offers to the conditions that should meet the services of psychological and medical attention for victims, to grant mainly: specialization, without charge and voluntarily⁶³.

As in other cases⁶⁴ the reparations have included medical and psychological attention. It is relevant to mention that in this case the Court maintained that the State has the obligation to provide medical and psychological attention to all the executed or disappeared victims'

⁶¹ I-ACourtHR, Judgment of July 4, 2006.

⁶² I-ACourtHR, Judgment of September 15, 2005.

⁶³ Adequate treatment to the victims' relatives. The Court considers that is precise to have a measurement repair that looks for a reduction of the psychological sufferings of all the executed or disappeared victims' relatives. With the purpose of contributing to the repair of these damages, the Court arranges the obligation in charge of the State to offer gratuitously, without any charge using the national services of health, the appropriate treatments required for these people, previous manifestation of their consent to these effects, from the notification of the present judgment to those who already are identified and at the moment of the identification, in the case of those who are not identified at the moment, and by the time that is necessary, including the provision of medicine. When providing psychological treatment, it has to be considered the circumstances and particular necessities of each person to offer them collective, familiar and individual treatments, according to everyone and after an individual evaluation.

⁶⁴ I-ACourtHR, *Godínez-Cruz v. Honduras*. Judgment of August 17, 1990; *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*. Judgment of June 7, 2003; *Case of the Caracazo v. Venezuela*. Judgment of November 11, 1999; *Cantoral-Benavides v. Perú. Reparations*. Judgment of December 3, 2001.

relatives, as well as other possible and future victims who are identified during the process. Besides the characteristics mentioned above, there were also special conditions determined on the provision of services (previous manifestation of their consent, during the time that the treatment is necessary, without any charge and using the national health services, –including mental health– a suitable treatment and the provision of medicine). All these measures mark very positive parameters of evolution of the reparations in an integral way.⁶⁵

The methodology of attention to victims is another strength that was implemented in this case. There was a close coordination between the legal organization or applicants: Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, the Center for Justice and International Law (CEJIL) and the mental health group, which also incorporated one of the modalities of assistance with diverse functions. In this case, a psychiatrist and a psychologist participated in the elaboration of the psychological expert evidence, and the psychological accompaniment to the victims was in charge of an organization of psychosocial support to victims.

When this team concluded its experience of psychological assistance in this case, it reported that the interdisciplinary work contributed in a fundamental way to the affected people in order to adopt a very positive attitude and confidence, to the legal declarations, the psycho-judicial evaluation and the individual search of repair as a contribution to the defense of human rights and the overcoming of impunity.

Conclusions

The Inter-American Court of Human Rights’ jurisprudence has had an extensive history of several challenges and achievements. As van Boven affirms⁶⁶, the Inter-American Court’s legal case on reparations has acquired great sophistication in the development of criteria and judicious practice of awarding pecuniary reparations. However, the Court has not

⁶⁵ I-ACourtHR, *Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia*. Judgment of January 31, 2006, par. 274; *Vargas-Areco v. Paraguay*. Judgment of September 26, 2006, par. 159-160; *Gutiérrez-Soler v. Colombia*. Judgment of September 12, 2005, and others.

⁶⁶ Van Boven, Theo, “Reparations: a requirement of justice”...

shown great willingness to order other non-pecuniary reparations and to give substance to the wording of Article 63. Among some strength are:

Strengthens

- The reparations, which are actually autonomous from national limitations, have shown a positive development and evolution. They have been very creative and culturally sensitive, for example, the obligation to publish the judgement in an official newspaper serves not only as recognition of the State's responsibility and the clarification of the facts, but also contributes to the elaboration of the processes of sorrow and emotional marks for the victims and their relatives, as well as the rescue of collective memory and the creation of social conscience. The value of symbolic reparations is that they extend beyond the victim and their families. They have an effect in the collective. They represent a demand of dignity, the fight against social violence and impunity.

The guarantee of non-repetition does not only contribute to commemorate the name of the victims, but it also allows analyzing the causes and consequences of facts, and it contributes to the prevention of those facts repetition. In addition, the recognition of cultural aspects of victims and their private needs are contemplated in I-ACourtHR reparations as seen before. One cannot deny the close link between reparations and combating impunity, as well as ensuring non-recidivism of the injurious acts, always and necessarily from the perspective of the victims. True *reparatio*, linked to realization of justice, requires overcoming obstructions of the duty to investigate and to punish those responsible, and putting an end to impunity. In other words, contrary to what the Inter-American Court maintained in the past,⁶⁷ reparations can perfectly well be both compensatory and punitive, with the aim of putting an end to impunity and ensuring realization of justice – which is perfectly in accordance with the current stage of development of international law.⁶⁸

⁶⁷ In the judgments on “compensatory indemnification” (1989) in *Velásquez Rodríguez* and *Godínez Cruz* Cases.

⁶⁸ I-ACourtHR, *Myrna Mack-Chang v. Guatemala*. Judgment of November 25, 2003, Separate opinion Judge Cançado Trindade, par. 46.

- The creation of the *proyecto de vida* and the psychological support as part of medical treatments are reparations that might continue under permanent re-examination for their future evolution.
- Reparations stated by the Inter-American Court have had positive repercussions. Thus, they might develop integral and interdisciplinary measures to cover the extensive needs of the victims. As Desmond Tutu expresses,⁶⁹ there might have to be differentiation between the form and quality of reparations made by two people who have suffered exactly the same damage in consequence of the same illegal act.
- The effective fulfillment by States is a common element of reparations, which is mandatory for its real objective. In this sense, according to the Inter-American Court, the high degree of fulfillment of the Court's judgments is one of the greatest profits of the inter-American system.⁷⁰

Of the total controversial cases that the Inter-American Court of Human Rights has under its jurisdiction, 13.33% are filed, 30.66% are in proceeding before the Court and 56% are in the stage of supervision of sentence fulfilment.⁷¹

These are official statistics and pronouncements from the Court about the percentage of the compliance of fulfillment, and they show one of the most positive aspects of the inter-American system's functioning together with all the work of observation and monitoring developed by the victim's representatives organizations, who are in charge of caring for the quality of the reparation for the integral satisfaction of victims.

Regarding the material damage compensations' degree of compliance by States, from the diverse compliance resolutions emitted by the Court it is possible to conclude that, in general, the monetary remedies are fulfilled. On the other hand, regarding the States' duty to sanction the perpetrators, there

⁶⁹ Tutu, D., *No future without forgiveness*. Doubleday, U.S.A., 2000.

⁷⁰ García Ramírez, S., "Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"..., pp. 126-130 and 557; Saavedra, P., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos, las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los Estados"..., pp. 185-220. (Author's translation.)

⁷¹ I-ACourtHR, *Caesar v. Trinidad and Tobago*. Judgment of March 11, 2005. Separate opinion, Judge Manuel E. Ventura Robles.

is a lack of effective compliance of the Court's judgments. Furthermore, until now, there is no case where the disappeared victim's remains have been returned to their families.⁷²

After a revision and analysis of the compliance resolutions, it is possible to conclude that the effectiveness and compliance are not the same in all kinds of reparations. For instance, the most successful are the monetary, press publications and symbolic reparations. On the other hand, the less successful are perpetrator's investigations and sanctions and the location of disappeared people or their remains.

Reparations, as restitution, compensation and rehabilitation, may be more easily accepted by the State, but not without its problems. Restitution may not only be feasible in situations of epidemic violence. Rehabilitation is probably the most acceptable aspect of reparations, medical and psychosocial rehabilitation is probably within the financial and moral compass of most countries and could probably be done.⁷³

Liliana Ortega, Executive Director of COFAVIC (Venezuela), declared that

97% of investigations to identify, judge and sanction in the perpetrators of the *Caracazo Case vs. Venezuela* are in their preliminary phase; for that reason, nobody has been condemned... there are no measures no guarantee the repetition of the facts... the impunity is evident [and she insisted in] the necessity of an official politics of human rights.⁷⁴

An investigation made by Paz Rojas⁷⁵ in Latin America and South Africa shows that all the people interviewed agreed in saying that most of the reparatory measures did not take place and when the violation happened, it was only in the economic scope and social welfare. Both of

⁷² Saavedra, P., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos, las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los Estados"... (Author's translation.)

⁷³ Hamber, B., and Richard Wilson, "Symbolic closure through memory, reparation and revenge in post-conflict societies", Traumatic Stress in South Africa conference hosted by the Centre for the Study of Violence and Reconciliation in association with the African Society for Traumatic Stress Studies at the Parktonian Hotel, Johannesburg, South Africa, 1999.

⁷⁴ March 2006, from <<http://www.eluniversal.com>>.

⁷⁵ Rojas, P., "La reparación y sus efectos", in: ECAP, *Psicología social y violencia política*. Siglo XXI, Guatemala, 2003.

them are absolutely insufficient. In that investigation, the victims agreed that the States did not fulfil the reparations in an integral sense. According to Rojas, it is unacceptable for victims that the official list with the names of the perpetrators of human rights violations would not become public. Victims and society need to know the names in order to individualize the responsibility, and this does not become an abstract concept dissolved in any institution: the State, the Army, etc.

Limitations

- As analyzed during the previous sections, the Inter-American Court's judgments compliance is a clear limitation on its reparations jurisprudence, which should be faced in order to continue its progress and look for the protection and welfare of human rights violations' victims. The I-A CourtHR is able to apply international laws, but it does not have any specific juridical method to make States fulfil its orders, just political ones. It is indispensable to fortify the real impact of the role of this international tribunal and the supervision mechanisms of the OAS, just like the European system has done.

If we analyze the 2005 Annual Report on the Work of the Inter-American Court of Human Rights we can see that the quantity of cases has increasing. The "old" cases are still under supervision of compliance (so they could not have been closed yet), and new cases continue to be presented. The Court shall implement new forms to increase its capacity in making a difference in national, community or individual peacebuilding processes.

- On the other hand, reparations are intimately related to the correlation of political forces. It means that we cannot talk about reparation if it is not linked with power and political will. It has been concluded that in those countries where political forces are favourable to reparations, the reparations processes move forward. This usually happens just in a few occasions. For that reason, reparations issues can be disappointing. In summary, the successful percentage in reparations experiences is 1 to 10. Furthermore, international community does not usually finance the reparations projects, basically for three reasons: reparation is a State's act; it is politically delicate because it could represent political struggles

with national actors, and there are some restrictions in domestic legislations.⁷⁶

- Additionally, the Court could review standards that require the declaration of the violation of the right to personal integrity, in order to declare someone a victim and access to immaterial reparations carefully. These procedures, in a certain level, could, as we analyzed before, unprotect a victim.

We need to emphasize that during the last year, the Inter-American Court has also shaped a new politic: to not hold public hearings in every case. The Court is resolving certain cases internally. This means many victims did not have the opportunity to tell their story, to generate a narrative framework in order to be assimilated into individual and collective memory.

This could mean the bridging of “fundamental discontinuities of life”... It gives visible and tangible shape to the past, providing shall we say, a ritual context within which the past can be examined and placed on record – at least in part.⁷⁷

The subjective and broad vision at the same time, given mainly by a psychological-juridical work, would avoid that those reparation judgments become in new stressing and re-victimizing factors for victims and relatives. Lawsuit process has specific juridical connotations, which could be frustrating for many victims.

For example, in the case *Genie Lacayo vs. Nicaragua*⁷⁸ the parents of the victim rejected the \$20.000 granted as economical compensation by the Court. They sent a letter to the Inter-American Commission, the Court and others affirming that they wanted justice, punishment and sanction for perpetrators. The State deposited the money in a notary lawyer’s

⁷⁶ Segovia, A., International IDEA and IIDH, “Desafíos para la democracia y la convivencia social”, San Jose, Costa Rica, July 27, 2005.

⁷⁷ Hamber, B., “Dealing with the past and the present. Psychology of Reconciliation”. Public address presented at the 4th International Symposium on the Contributions of Psychology to Peace, Cape Town, p. 65.

⁷⁸ I-ACourtHR, Judgment of January 29, 1997 and Order of the Court of September 13, 1997.

office. The Court never mentioned the letter, decided that Nicaragua had had compliance with the judgment and filed the case.⁷⁹

- Finally, the inter-American system together with all non-governmental organizations, which have incidence on the system, must find forms and mechanisms to individualize and to personalize the approaches to face the pain and the adversities of the past. The legal-psychological strategy is an experience that approximates us towards this level.

The complex dynamics and the brutal reality of this type of violence demonstrate that an interdisciplinary approach is a very useful and valuable tool to understand the dimension of the suffering of the victims, and their necessity of repair, and in this way, get the basis for a real culture of peace and human rights in the region.

Recommendations

It is extremely difficult to prescribe a particular model of reparations. Nevertheless, this section tries to offer some general guidelines in order to face the difficulties and challenges of the Inter-American Court and similar international tribunals of justice, that are found in this work; to become real social actors in the world peacebuilding processes.

As far as possible, recommendations are formulated to help in responding to these complexities. However, they should be considered as proposals which main objective is re-opening the international debate and to be discussed and adapted to the particular circumstances.

The experience of those who exert activism has shown experts that certainly this sector is specially exposed to very difficult to assume realities, without an adequate preparation. Crossing violence and pain as part of the quotidian of people causes the development of defences and symptomatic situations, as ways of internal alarms that try to redirect that addition of violence as an escape or defence. Among the most frequent situations that legal teams confront are: nightmares or extreme fatigue post-interview or hearing; depressions or excitation; lack of motivation for work; maniac states of work, and stress. There

⁷⁹ Faúndez, H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos...*, p. 803.

are activists who have enormous empathy with the victims and suffer with them, others who overturn their empathy in a quiet way in their work for the victim, and others that put enormous distance between the reality and the suffering of the victim and their own feelings. Exhaustion levels exist as well as emotional contamination. Many times the presence of a psychologist who indicates these defences and relations that could affect their work mark some kind of resistance. Furthermore, conceptual differences establish ruptures in the ideologies and forms to touch very intimate narcissist's threads. They mark divisions, alliances, rivalries, etc., and many interfere in the good performance of all and in the resolution of the same case.

Interdisciplinary knowledges and practices are forms of power and, therefore, questions of power will appear necessarily. In this sense, when working for the struggle of human rights, having close the pain and suffering of people, being witnesses of vulnerability and impunity, experts feel immune to cruelty, they believe they are able to escape from temptations that power offers. Nevertheless, often, those actions that are born from life desire, from human altruism, are carrying simultaneously enormous doses of destructiveness, commotion and are poison for the own ideal of freedom.⁸⁰ The psychologists have also lived these experiences in daily practices, they have often chosen the ways of treatment. The important thing is to be able to reveal the power, to put it in words, to elaborate it. Learning to deal with these issues is still a challenge of interdisciplinary work. Psychological treatment or case management have indeed to be services for other people, not only a mask or disguise of own internal conflicts. Nobody would benefit from that equation; the re-traumatization of the victims is imminent.

⁸⁰ Forster, R., *Clínica psicoanalítica ante las catástrofes sociales*. Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 144.

I-ACourtHR and other international organisms

- Mr. van Boven⁸¹ developed in his report some relevant propositions about reparations challenges that are necessary to face. He affirmed that the question of reparation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms should be addressed more consistently and more thoroughly both in the United Nations and other international organizations, as well as at the national levels. Furthermore, he asserted that all agencies and mechanisms dealing with human rights and humanitarian issues at national and international levels should be mindful of the perspective of the victims, and of the fact that victims often suffer long-term consequences of the wrongs inflicted upon them.
- It is imperative to create and sensitize about the importance of the interdisciplinary work between juridical and social sciences, mainly the psychological and anthropological ones. The Inter-American Court of Human Rights or similar ones, might implement permanent mechanisms of integral attention to victims in order to be coherent with their own purposes and produce reparatory and integral processes for their central characters: the victims.

Human rights organizations, NGOs and other sectors of civil society

- Some measures ordered by the I-ACourtHR and similar organisms have been proved psychosocially reconstructive; they might be permanently strengthened by civil society and human rights organizations. Some of them can be mentioned: to recognize victim's truth and suffering; promote the investigation of some facts of the past; dignify victims and their families; recognition and apologies for the facts; public commemorations – give public voice to the victims' testimony;

⁸¹ Van Boven, Theo (Special Rapporteur), "Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms", Final report, *Review of further developments in fields with which the sub-commission has been concerned*, E/CN.4/Sub.2/1993/8. Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of, Discrimination and Protection of Minorities, Forty-fifth session, Item 4 of the provisional agenda, 1993.

economical support; policies of social development; prevent the causes to avoid their repetition; public recognition of the unjust suffering, and others.

- On the other hand, it would be important to remember that reparations' success is not about judgment compliance; it is essentially about the quality of them. Human rights organizations have to inform, assess, supervise, monitor and evaluate the State reports about their compliance in an interdisciplinary way in order to inform to the Court or denounce the facts. A program of reparations generates expectations in the victims. If this is not fulfilled, it will produce very negative and opposite effects to the aim of the reparation. And from the psychological point of view, frustration and people's double victimization take place. In this sense, there is a consensus that justice is the most important right and reparation for victims. Punishment for perpetrators and the truth of the facts are essential to the psychosocial restoration of the victims, families and communities.
- Interesting experiences from the South African TRC and similar initiatives could be applied and developed in our region. For instance, its recommendations included that the companies contributed to the constitution fund of reparations, indicating their possible numerous modalities. It also asked for a restructuring of the debt in which the apartheid regime had incurred to maintain the State police. It was reconstructed to release money in the short term destined to the development plans and redistribution so necessary. Besides, the Commission recommended the obtaining of a tax of patrimony – by a single time of the old beneficiaries.
- Also, the Khulumani group (KSG) produced a set of proposals of repair policy as the bases of the work of incidence and lobbying with the oriented government to obtain that the individual and communitarian reparations are sufficient; activities of pursuit and processing were made. Trained personnel took care of the victims and relatives with appeals of reparations' requests. The KSG has installed a Telephone Line of Aid on Reparations.⁸²

⁸² From <<http://www.khulumani.net>>.

- About symbolic reparations, as Hamber and Wilson commented,⁸³ genuine reparations, and the process of healing, does not occur **through** the delivery of an object (e.g. a pension, a monument, etc.), but through the process that takes place around the object.

It is important for the victims to take part in projects, like monuments, which are aimed directly at their interests.

States

- In a psychosocial way, it is necessary that the States implement free, specialized, effective and adequate psychosocial and medical attention programs to victims, families and communities. Ideally, some combination of individual and collective dimension should be achieved by providing better and easier access to health services to previously oppressed minorities in remote areas. However, in order to be psychologically restorative at the individual level, it may need to personalize, for instance; specific and free counseling services may also be organized. It would be also necessary to research the potential possibilities and limitations of every healing orientation and level in order to establish more successful strategies of victim's attention. Moreover, these kinds of programs might not be confused with public policies.
- These kinds of programs might incorporate the gender and cultural characteristics of people in which they are working. In addition, it is indispensable to work with local resources, traditional medicine and healing methods. Still, as Wessells affirms,⁸⁴ there are so many different initiatives under way on these issue, which are signals that it's time to provide some systematic guidance. I am hopeful that in a small way the UN Task Force⁸⁵ will contribute to that. States, international

⁸³ Hamber, B., and Richard Wilson, "Symbolic closure through memory, reparation and revenge in post-conflict societies"...,

⁸⁴ Michael Wessells, personal communication, 14-03-2006.

⁸⁵ UN Task Force on Mental Health and Psychosocial Support in Emergency was created by the Interagency Standing Committee which consists of all the UN agencies and also a large consortia of NGOs. It was started to construct practical guidance on first response in emergencies regarding mental health and psychosocial supports. Michael Wessells, personal communication, 03-03-2006.

organizations, human rights organizations, mental health institutions and local communities will have substantial contributions in these measures too.

- Finally, as Žižek asserts,⁸⁶ the “postmodern” ethics of compassion to victims legitimize the evasion, the interminable deferment of the act. All “humanitarian” activity to aid victims, all food, clothes and medicines for the Bosnians (for example), is there for hiding the urgency of the **act**. The multitude of ethical individuals that are multiplied of particular ethics today (ecological ethics, medical ethics, etc.) must be conceived indeed like an effort to avoid the true ethics, the ethics of the **ACT** as it.

⁸⁶ Žižek, S., *Violencia en acto. Conferencias en Buenos Aires...*

Legislative measures as guarantees of non-repetition: a reality in the Inter-American Court, and a possible solution for the European Court

*H. Sofía Galván Puente**

A Camilo Mejía, un hermano de vida.

When a non-monetary remedy is explicitly or de facto directed to the “society as a whole,” it is an indication that the judge considered the immediate need to efficiently and effectively redress the violation and especially to prevent its recurrence.¹

Introduction

According to Article 31 of the International Law Commission’s Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, “the responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.”²

* Sofía Galván is a Mexican lawyer who graduated from the National Autonomous University of Mexico (UNAM), 2006. She pursued an LL.M., *magna cum laude*, in International Human Rights Law from the University of Notre Dame Law School. She has worked at both organs of the Inter-American Human Rights System: the Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). She was a Visiting Professional at the Court, and a “Rómulo Gallegos” fellow at the IACHR. Sofía Galván currently works as a Notre Dame Fellow at the American Bar Association Rule of Law Implementation.

¹ Schonsteiner, Judith, “Dissuasive measures and the ‘society as a whole’: A working theory of reparations in the Inter-American Court of Human Rights,” in: *Academy on Human Rights and Humanitarian Law. Articles and essays analyzing reparations in International Human Rights Law*, American University International Law Review, Volume 23, No.1. Washington College of Law, Washington, D.C., 2007, pp. 127, 130-131.

² Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Article 31. It is important to mention that although not adopted by States in treaty form, the International Law Commission’s Draft Articles on Responsibility of States for

The right to a remedy and reparations forms one of the pillars of international human rights law.³ All of the major international human rights instruments, starting with the Universal Declaration of Human Rights and later the International Covenant on Civil and Political Rights, the American Convention on Human Rights (“American Convention”), and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“European Convention”) guarantee the right to an “effective” remedy or recourse after a rights violation has occurred.⁴ Reparations have taken different forms depending on the organ that grants them. For instance, while the reparations ordered by the Inter-American Court of Human Rights (“Inter-American Court”) represent “the most wide-reaching remedies afforded in international human rights law,”⁵ the European Court of Human Rights (“European Court” or “ECHR”) has a very restrictive mandate and refers reparations to national systems.

This article focuses on legislative measures as guarantees of non-repetition. In particular, this article attempts to demonstrate how the European Court, through a broader interpretation of Article 41 of the European Convention, can adopt an expansive approach to reparations. With this expansive approach of ordering measures of non-repetition so as to avoid repetition of similar human rights violations by the same

Internationally Wrongful Acts are an authoritative starting point in considering the modern law of reparations. Saul, Ben, “Compensation for unlawful death in International Law: A focus on the Inter-American Court of Human Rights,” in: *American University International Law Review*, Volume 19, No. 3. Washington College of Law, Washington, D.C., 2004, pp. 523, 536.

3 Laplante, Lisa J., “Analyzing reparations in International Human Rights Law: The law of remedies and the clean hands doctrine: Exclusionary reparation policies in Peru’s political transition,” in: *American University International Law Review*, Volume 23, No.1. Washington College of Law, Washington, D.C., 2007, pp. 51, 55.

4 Antkowiak, Thomas M., “Truth as right and remedy in International Human Rights experience,” *Michigan Journal of International Law*, Volume 23. University of Michigan, Ann Arbor, Michigan, 2002, pp. 977, 982.

5 See Shelton, Dinah, “Reparations in the Inter-American System,” in: *The Inter-American System of Human Rights*, David J. Harris & Stephen Livingstone eds., 1998, pp. 151, 152. Quoted in Saul, Ben, “Compensation for unlawful death in International Law: A focus on the Inter-American Court of Human Rights”...

State, the Court might reduce the backlog of cases that it currently faces. It is important to point out that the examination of the Inter-American Court's approach to this kind of remedies is offered in the hope that its contributions in this area as well as its deficiencies, might be taken into account by the European Court to improve its own practice.

Part II examines reparations in the jurisprudence of the Inter-American Court. This part is divided in three subsections: generalities and jurisprudence development, legislative measures as non-repetition guarantees, and weaknesses and strengths of the Inter-American Court in this area. Considering that the jurisprudence developed by the Court on reparations has made and continues to make significant contributions to International Human Rights Law, the first subdivision briefly examines the Inter-American Court approach to reparations in three different periods. These periods follow the classification laid out by Thomas M. Antkowiak.⁶ The second subcategory specifically addresses the Court's approach on legislative measures as guarantees of non-repetition. For this part, in order to provide an accurate analysis of the Court's approach, the author reviewed all the Court's decisions where such measures were ordered as well as the order of State compliance with the Court's judgments. Finally, the third subsection discusses the contributions and deficiencies of the Court in the legislative measures ordered, taking into account its authority to monitor compliance with judgments and its lack of authority to implement its orders.

Part III addresses the European Court's approach to reparations looking particularly at its jurisprudence on this matter and the sources of the serious backlog that it currently faces, as well as possible ways in which it might effectively address this problem. This part advocates in for a broader approach to reparations, through an expansive interpretation of Article 41 of the European Convention.

⁶ Antkowiak, Thomas M., "Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond," in: *Columbia Journal of Transnational Law*, Volume 46. New York, 2008, pp. 351.

Part IV concludes that one way for the Court to cope with its current and projected caseload, is by adopting a more expansive approach towards reparations. This approach will allow the Court to both remedy existing violations and prevent new violations from occurring.

1. Reparations in the Inter-American Court of Human Rights

a. Generalities and development of the Court's jurisprudence

The legal basis for the Inter-American Court's competence to order reparations is Article 63 (1) of the Convention,⁷ which provides that:

If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right of freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party.

The Court has repeatedly held that this provision “embodies an accepted tenet that is a fundamental principle of contemporary International Law on the responsibility of the State.”⁸ In this respect, this Tribunal has also accepted that international law regulates the obligation to make reparations in all its aspects: scope, nature, forms, and determination of beneficiaries, and that the respondent State may not invoke provisions of domestic law in order to modify or fail to comply with this obligation.⁹

⁷ Organization of American States, American Convention on Human Rights, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, entered into force July 18, 1978.

⁸ I/A Court H.R., Case of the Ituango massacres v. Colombia. Preliminary objection, merits, reparations and costs. Judgment of July 1, 2006 Series C No. 148, para. 346; Case of Ximenes-Lopes v. Brazil. Merits, reparations and costs. Judgment of July 4, 2006. Series C No. 149, para 209; Case of Goiburú et al. v. Paraguay. Merits, reparations and costs. Judgment of September 22, 2006. Series C No. 153, para 141, and Case of La Cantuta v. Peru. Merits, reparations and costs. Judgment of November 29, 2006. Series C No. 162; para. 200.

⁹ I/A Court H.R., Case of Castillo-Páez v. Peru. Reparations and costs. Judgment of November 27, 1998. Series C No. 43, para. 49; Case of Suárez-Rosero v. Ecuador.

Article 63 (1) of the American Convention has given the Court discretion to broadly interpret the term “reparations” which has made this Tribunal’s jurisprudence the most comprehensive legal regime on reparations for human rights violations.¹⁰ Indeed, taking into account the three kinds of remedies victims are entitled to –access to justice, reparation for harm suffered, and access to factual information concerning the violations–¹¹ and the basic forms of reparations –restitution, compensation, rehabilitation, and satisfaction and guarantees of non-repetition–¹² both set out in the *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of violations of International Human Rights and Humanitarian Law*, Professor Cassel states that “although it does not always label them as such, the Inter-American Court awards all three kinds of remedies and all four basic forms of reparation [...] suggested in the *Basic principles*.”¹³

During its 30 years of existence, the Inter-American Court has significantly expanded the scope and nature of the reparations it orders. In fact, Thomas M. Antkowiak states that it is possible to

Reparations and costs. Judgment of January 20, 1999. Series C No. 44, para. 42; Case of Blake v. Guatemala. Reparations and costs. Judgment of January 22, 1999. Series C No. 48, para. 32, and Case of the “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala. Reparations and costs. Judgment of May 26, 2001. Series C No. 77, para. 61.

¹⁰ Grossman, Claudio, “Introduction,” in: *Conference: Reparations in the Inter-American System: A comparative approach*, American University Law Review, Volume 56. Washington, D.C., 2007, pp. 1375, 1377.

¹¹ Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of International Human Rights Law and serious violations of International Humanitarian Law, adopted and proclaimed by UN General Assembly resolution 60/147 of 16 December 2005, UN Doc. A/RES/60/147.

Final Report of the Special Rapporteur, M. Cherif Bassiouni, “The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms,” UN Doc E/CN.4/2000/62, 18 January 2000. Annex, Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of violations of International Human Rights and Humanitarian Law (hereafter ‘Basic Principles’), para. 11.

¹² Ibidem, para. 21.

¹³ Cassel, Douglass, “The expanding scope and impact of reparations awarded by the Inter-American Court of Human Rights,” in: *Hastings International and Comparative Law Review*, Volume 27. California, 2004, p. 157.

identify three stages of evolution in the Inter-American Court's dealing with reparations: a) the early reparations jurisprudence (1988-1998), b) developments in 1998, and c) contemporary era (2001 to present).¹⁴

i. Early reparations jurisprudence (1988-1998)

Considering that during this period, almost all of the cases brought before the Court dealt with forced disappearances and extrajudicial killings, the reparations ordered by the Court, apart from compensation for patrimonial and non patrimonial damages, included the State obligation to locate, identify, and return the remains of a victim to his or her family, as well as the obligations to investigate, identify, and punish the responsible. The case *Aloeboetoe v. Suriname* was an exception to this Court's general approach. In this case, the Court ordered the State "to reopen [a] school [...] and staff it with [...] personnel [...], and to make the medical dispensary already in place in that locality operational [...]."¹⁵

ii. Developments in 1998

The Tribunal's composition changed in the late 1990's, and a new receptivity to equitable remedies emerged. A broader perspective is immediately evident in the decision in *Garrido v. Argentina*, a case of forced disappearances, which considers several restitutionary measures and medical rehabilitation as potential means for redress.¹⁶ However, it is important to point out that in other forced disappearance cases, such as *Castillo-Paez v. Peru* and *Blake v. Guatemala*, the Court did not fully adhere to the approach stated in *Garrido v. Argentina*.¹⁷

¹⁴ Antkowiak, Thomas M., "Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond"..., p. 366.

¹⁵ Case of *Aloeboetoe et al. v. Suriname*. Reparations and costs. Judgment of September 10, 1993. Series C No. 15, para. 116.5.

¹⁶ Antkowiak, Thomas M., "Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond"..., p. 366.

¹⁷ *Ibidem*, p. 371.

The most illustrative case of this period is *Loayza Tamayo v. Peru*, where the Tribunal, in addition to ordering restitutionary measures,¹⁸ also introduced the important concept of “life plan” or *proyecto de vida*¹⁹ different from the notions of special damages and loss of earnings, and indirect or consequential damages.

iii. Contemporary era (2001 to present)

According to Thomas M. Antkowiak, the Tribunal’s current approach to reparations was almost fully developed during 2001, year in which the Court granted a diversity of remedies directed to individual victims, communities, and society at large.²⁰ It is very clear that since 2001, the Inter-American Court has been more disposed to grant reparations directed to both the individual and social dimensions, including in orders such as satisfaction and guarantees of non-repetition.

This author classifies the non-monetary remedies awarded by the Court in three categories: 1) victim-centered remedies, 2) remedies directed at discrete communities, and 3) remedies directed to society as a whole.

1. *Victim-centered remedies*

a) *Restitutionary measures*

In this regard, the Inter-American Court has held that the reparation of the damage flowing from a breach of an international obligation

¹⁸ In this respect, the Tribunal required the State: “to re-instate [...] Loayza-Tamayo in the teaching service in public institutions, “to guarantee to her full retirement benefits, and to ensure that no adverse decision delivered in proceedings against [her] in the civil courts has any legal effect whatever.” I/A Court H.R., Case of *Loayza-Tamayo v. Peru*. Reparations and costs. Judgment of November 27, 1998. Series C No. 42, para. 192 (1) (2) (3).

¹⁹ This concept “deals with the full self-actualisation of the person concerned and takes account of her calling in life, her particular circumstances, her potentialities, and her ambitions, thus permitting her to set for herself, in a reasonable manner, specific goals, and to attain those goals.” *Ibidem*, para. 147.

²⁰ Antkowiak, Thomas M., “Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond”..., p. 372.

calls for, if practicable, full restitution.²¹ However, in many cases, it is not possible to award this kind of remedy. In cases where restitution is feasible and appropriate, the Court has ordered the State to take restitutionary measures such as the restituting of employees in their positions or reversal of criminal convictions.²² In this respect, the most illustrative case was *Baena-Ricardo v. Panama*, in which the Court decided that “the State must reinstate the 270 workers in their positions, and should this not be possible, [...] it must provide employment alternatives where the conditions [...] that they had at the time that they were dismissed are respected.”²³

b) Rehabilitation measures

The Tribunal has ordered States to provide educational, medical or similar services, or scholarships to victims and their relatives.²⁴

²¹ I/A Court H.R., Case of Baldeón-García v. Peru. Merits, reparations and costs. Judgment of April 06, 2006. Series C No. 147, para. 176; Case of Goiburú et al. v. Paraguay, *supra* note 8, para. 142, and Case of Almonacid-Arellano et al. v. Chile. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 154, para. 136.

²² I/A Court H.R., Case of Loayza-Tamayo v. Peru, *supra* note 18, paras. 192.1, 192.2 and 192.3; Case of Suárez-Rosero v. Ecuador. *supra* note 9, para. 113.1; Case of Castillo-Petruzzi et al. v. Peru. Merits, reparations and costs. Judgment of May 30, 1999. Series C No. 52, para. 226.13; Case of Baena-Ricardo et al. v. Panama. Merits, reparations and costs. Judgment of February 2, 2001. Series C No. 72, para. 214.7; Case of Ivcher-Bronstein v. Peru. Reparations and costs. Judgment February 6, 2001. Series C No. 74, para. 191.8; Case of Cantoral-Benavides v. Peru. Reparations and costs. Judgment of December 3, 2001. Series C No. 88, paras. 99.4 and 99.5; Case of Cantos v. Argentina. Merits, reparations and costs. Judgment of November 28, 2002. Series C No. 97, para. 77.1; Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107, para. 207.4; Case of De la Cruz-Flores v. Peru. Merits, reparations and costs. Judgment of November 18, 2004. Series C No. 115, paras. 188.6 and 188.8; Case of Lori Berenson-Mejía v. Peru. Merits, reparations and costs. Judgment of November 25, 2004. Series C No. 119, para. 248.5, and Case of Acevedo-Jaramillo et al. v. Peru. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of February 07, 2006. Series C No. 144, para. 330.6.

²³ Case of Baena-Ricardo et al. v. *supra* note 22, para. 214.7.

²⁴ I/A Court H.R., Case of Loayza-Tamayo v. Peru, *supra* note 18, para. 129; Case of Blake v. Guatemala. Reparations and costs, *supra* note 9; Case of Cantoral-Benavides v. Peru, *supra* note 22, para. 50; Case of Bulacio v. Argentina. Merits, reparations and costs. Judgment of September 18, 2003. Series C No. 100, para.

c) *Recognition of responsibility and apologies*

This remedy was introduced in 2001, when in *Cantoral Benavides v Peru*, the Tribunal ordered that the State make a public apology and admission of responsibility. In every case after that, the Inter-American Court has ordered the State to publicly acknowledge responsibility for human rights violations.²⁵

d) *Memorials and commemorations*

In 2001, the Court also commenced a practice of requiring States to take measures in order to preserve the victim's memory, such as to name a street or plaza, place a plaque containing the victims' names, erect monuments or bust, establish a scholarship in the name of a victim, or even designate a day dedicated to the children who have disappeared.²⁶

2. *Remedies directed to society as a whole*

a) *Training and educational programs for State officials*

In this respect, the Court has ordered States to include national training and educational programs in different matters for military,

100; Case of Molina-Theissen v. Guatemala. Reparations and costs. Judgment of July 3, 2004. Series C No. 108, para. 71; Case of the 19 Tradesmen v. Colombia. Merits, reparations and costs. Judgment of July 5, 2004. Series C No. 109, para. 295.9; Case of the Gómez-Paquiyaury Brothers v. Peru. Merits, reparations and costs. Judgment of July 8, 2004. Series C No. 110, para. 253.13; Case of the "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of September 2, 2004. Series C No. 112, paras. 340.12, 340.13; Case of De la Cruz-Flores v. Peru, *supra* note 22, paras. 188.5, 188.7; Case of the Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala. Reparations and costs. Judgment of November 19, 2004. Series C No. 116, para. 125.7; Case of Lori Berenson-Mejía v. Peru, *supra* note 22, para. 248.5, and Case of Acevedo-Jaramillo et al. v. Peru. Preliminary objections *supra* note 22, para. 330.6.

25 Antkowiak, Thomas M., "Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond"..., p. 380.

26 I/A Court H.R., Case of the Gómez-Paquiyaury Brothers v. Peru, *supra* note 24, para. 253.12; Case of Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador. Merits, reparations and costs. Judgment of March 1, 2005. Series C No. 120, para. 218. 10; Case of Huilca-Tecse v. Peru. Merits, reparations and costs. Judgment of March 3, 2005. Series C No. 121, para. 124. f); Case of Servellón-García et al. v. Honduras. Merits, reparations and costs. Judgment of September 21, 2006. Series C No. 152, para. 214. 11, and Case of Goiburú et al. v. Paraguay, *supra* note 8, para. 192.10.

police, administrative, and judicial personnel.¹ This remedial scheme first appeared in *Caracazo v. Venezuela*.²

*b) Reform legislation*³

3. *Remedies directed at discrete communities*

Thomas M. Antkowiak mentions that the Court has increasingly ordered measures for the benefit of discrete communities.⁴ In the same vein, Tara Melish states that “in addition to legislative and policy changes, the Court has also ordered the implementation of specific housing and ‘development’ programs, in affected communities, particularly where the harm caused was ‘extremely’ grave and of ‘collective character’.”⁵

¹ I/A Court H.R., Case of Bámaca-Velásquez v. Guatemala. Reparations and costs. Judgment of February 22, 2002. Series C No. 91, paras. 83 and 106.4; Case of the Caracazo v. Venezuela. Reparations and costs. Judgment of August 29, 2002. Series C No. 95, para. 143.4 (b); Case of Juan Humberto Sánchez v. Honduras. Preliminary objection, merits, reparations and costs. Judgment of June 7, 2003. Series C No. 99, para. 201.12; Case of the “Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay, *supra* note 24, para. 340.11; Case of Carpio-Nicolle et al. v. Guatemala. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 22, 2004. Series C No. 117, paras. 135 and 155.3; Case of Lori Berenson-Mejía v. Peru, *supra* note 22, and Case of López-Álvarez v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 01, 2006. Series C No. 141, para. 210.

² Antkowiak, Thomas M., “Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond”..., p. 385.

³ These remedies will be discussed in the following section, Legislative measures as non-repetition guarantees.

⁴ I/A Court H.R., Case of Aloboetoe et al. v. Suriname, *supra* note 15; Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Merits, reparations and costs. Judgment of August 31, 2001. Series C No. 79; Case of the Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala, *supra* note 24; Case of the Moiwana Community v. Suriname. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of June 15, 2005. Series C No. 124; Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay. Merits, reparations and costs. Judgment of June 17, 2005. Series C No. 125; Case of the Mapiripán Massacre v. Colombia. Merits, reparations and costs. Judgment of September 15, 2005. Series C No. 134; Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia. Merits, reparations and costs. Judgment of January 31, 2006. Series C No. 140; Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay. Merits, reparations and costs. Judgment of March 29, 2006. Series C No. 146, and Case of the 19 Tradesmen v. Colombia. Merits, reparations and costs. Judgment of July 5, 2004. Series C No. 109, para. 295.7.

⁵ Melish, Tara J., “The Inter-American Court of Human Rights,” in: M. Langford, ed., *Human Rights jurisprudence*. Cambridge University Press, 2008, p. 403.

b. Legislative measures as guarantees of non-repetition in the Inter-American Court

One of the most important developments in the jurisprudence of the Inter-American Court is the ordering of guarantees of non-repetition,⁶ which aim to have a broader social impact and prevent repetition of the same type of violations.

The Inter-American Court explicitly recognized in *Trujillo-Oroza v. Bolivia* that guarantees of non-repetition are granted based on the general State obligation to respect, protect, and fulfill Article 1(1) of the American Convention.⁷

According to Judith Schonsteiner, guarantees of non-repetition frequently take the form of legislative measures which “identify and attempt to remedy a structural wrong that the court has recognized in its examination of a case.”⁸

Regarding these specific measures, Professor Cassel states that “the Court’s authority to order legislative reform is supported by article 2 of the Convention which requires States to take such legislative or other measures as may be necessary to implement the Convention.”⁹

A review of the entire jurisprudence of the Inter-American Court on reparations as of the time of this writing, shows that in 37 cases the Court has ordered the State to amend, annul or adopt new domestic

⁶ Quintana, Francisco, “Reparations: A comparative perspective,” in: *Conference: Reparations in the Inter-American System: A comparative approach*, American University Law Review, Volume 56. Washington, D.C., 2007, pp. 1388.

⁷ Schonsteiner, Judith, “Dissuasive measures and the ‘society as a whole’: A working theory of reparations in the Inter-American Court of Human Rights”..., p. 147.

⁸ *Ibidem*, p. 149.

⁹ In this regard, Professor Cassel also states that “the Court in some cases has ordered legislative reform as a measure of reparation even where, on the merits, it found no violation of article 2. In such cases it nonetheless relies in part on the substantive obligations of States under article 2, as well as on their general obligations under article 1.1 [...], and under customary international law to modify their domestic laws to meet treaty commitments. However, the Court orders legislative reform only where the legislation at issue was in fact applied in the victim’s case.” Cassel, Douglass, “The expanding scope and impact of reparations awarded by the Inter-American Court of Human Rights”...

laws after finding the existing laws incompatible with the American Convention. Domestic legislations that have been affected are those dealing with: children's rights,¹⁰ conditions of detention,¹¹ corporal punishments,¹² death penalty,¹³ extrajudicial executions,¹⁴ forced disappearances,¹⁵ freedom of expression,¹⁶ judicial independence,¹⁷

-
- ¹⁰ I/A Court H.R., Case of the "Street Children" (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala, *supra* note 9; Case of "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay, *supra* note 24, para 340.11, and Case of Vargas-Areco v. Paraguay. Merits, reparations and costs. Judgment of September 26, 2006. Series C No. 155, para. 176.14.
- ¹¹ I/A Court H.R., Case of Caesar v. Trinidad and Tobago. Merits, reparations and costs. Judgment of March 11, 2005. Series C No. 123, para. 143.5.
- ¹² I/A Court H.R., Case of Caesar v. Trinidad y Tobago. *supra* note 39, paras. 143. 3-4.
- ¹³ I/A Court H.R., Case of Fermín Ramírez v. Guatemala, *supra* note 40. para. 138.10; Case of Raxcacó-Reyes v. Guatemala. Merits, reparations and costs. Judgment of September 15, 2005. Series C No. 133, para. 145.6-145.7; Case of Boyce et al. v. Barbados. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of November 20, 2007. Series C No. 169, para.138.7-138.8, and Case of Dacosta Cadogan v. Barbados. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of September 24, 2009. Series C No. 204, para. 104.
- ¹⁴ I/A Court H.R., Case of Barrios-Altos v. Perú. Reparations and costs. Judgment of November 30, 2001. Series C No. 87, para. 50.5(b).
- ¹⁵ I/A Court H.R., Case of Trujillo-Oroza v. Bolivia. Merits, reparations. Judgment of February 27, 2002. Series C No. 92, paras. 98, 141.2; Case of Bámaca-Velásquez v. Guatemala. Reparations and costs. Judgment of February 22, 2002. Series C No. 91, para. 106.4; I/A Court H.R., Case of Molina-Theissen v. Guatemala., *supra* note 24, para. 106.7-106.8; Case of Gómez-Palomino v. Perú. Merits, reparations and costs. Judgment of November 22, 2005. Series C No. 136, para. 162.12; Case of Blanco-Romero et al v. Venezuela. Merits, Reparations and costs. Judgment of November 28, 2005. Series C No. 138, paras. 125.9-10; Case of Goiburú et al. v. Paraguay, *supra* note 8, para. 192.12; Case of Heliodoro-Portugal v. Panama. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of August 12, 2008. Series C No. 186, para. 275. 16, and Case of Anzualdo Castro v. Perú. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of September 22, 2009. Series C No. 202, para. 191.
- ¹⁶ I/A Court H.R., Case of "The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. Merits, Reparations and costs. Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73, para. 103.4; Case of Palamara-Iribarne v. Chile. Merits, reparations and costs. Judgment of November 22, 2005. Series C No. 135, para. 269.13; Case of Claude-Reyes et al. v. Chile. Merits, reparations and costs. Judgment of September 19, 2006. Series C No. 151, para. 174.7, and Case of Kimel v. Argentina. Merits, reparations and costs. Judgment of May 2, 2008 Series C No. 177, para. 140. 1.
- ¹⁷ I/A Court H.R., Case of Apitez-Barbera et al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela. Preliminary objections, merits, reparations and costs.

juvenile detention,¹⁸ indigenous land and property titles,¹⁹ kidnapping or abduction,²⁰ military jurisdiction,²¹ obligation to investigate, prosecute and punish,²² political rights,²³ principle of legality,²⁴ procedures for acquiring nationality,²⁵ registers of detainees²⁶ regulation of the recourse of habeas corpus,²⁷ right of judicial

Judgment of August 5, 2008. Series C No. 182, para. 267.19; Case of Yvon Neptune v. Haiti. Merits, reparations and costs. Judgment of May 6, 2008. Series C No. 180, para. 192.7, and Case of Reverón Trujillo v. Venezuela. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of June 30, 2009. Series C No. 197, para. 193.

- 18 I/A Court H.R., Case of Bulacio v. Argentina. Merits, reparations and costs. Judgment of September 18, 2003. Series C No.100, para. 162.5.
- 19 I/A Court H.R., Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, *supra* note 30, para. 173.3, Case of the Moiwana Community v. Suriname. *supra* note 30, para. 233. 3; Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay. Merits, reparations and costs, *supra* note 30, para. 242. 10 and Case of the Saramaka People. v. Suriname. Preliminary objections, merits, reparations, and costs. Judgment of November 28, 2007. Series C No. 172, paras. 214.7, 214.8.
- 20 I/A Court H.R., Case of Raxcacó-Reyes v. Guatemala, *supra* note 40. paras. 145.5.
- 21 I/A Court H.R., Case of Palamara-Iribarne v. Chile. *supra* note 43, para. 269.14.
- 22 I/A Court H.R., Case of Loayza-Tamayo v. Perú, *supra* note 18, paras. 103-07, 118.2; Case of Myrna Mack-Chang v. Guatemala. Merits, reparations and costs. Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101, para. 301.6; Case of Carpio-Nicolle et al. v. Guatemala, *supra* note 27, and Case of Serrano-Cruz sisters v. El Salvador, *supra* note 26, para. 218. 6.
- 23 I/A Court H.R., Case of Yatama v. Nicaragua. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of June 23, 2005. Series C No. 127, paras. 275.9-11; Case of Castañeda-Gutman v. Mexico. Preliminary objections, merits, reparations, and costs. Judgment of August 6, 2008. Series C No. 184, para. 251.6.
- 24 I/A Court H.R., Case of Fermín Ramírez v. Guatemala, *supra* note 40, para. 138.8.
- 25 I/A Court H.R., Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of September 8, 2005. Series C No. 130, para.206.8.
- 26 I/A Court H.R., Case of the “Panel Blanca” (Paniagua-Morales et al.) v. Guatemala. Reparations and costs. Judgment of May 25, 2001. Series C No. 76, para. 229.4.
- 27 I/A Court H.R., Case of Chaparro-Álvarez and Lapo-Íñiguez. v. Ecuador. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of November 21, 2007. Series C No. 170, para. 289.11.

appeal,²⁸ states of exceptions and suspension of guarantees,²⁹ terrorism,³⁰ use of force by State agents,³¹ and use of information.³²

This review reveals that, with the exception *Castillo Petruzzi v. Peru* and *Loayza Tamayo v. Peru*, the Court began to order this kind of measures starting in 2001. These legislative measures were granted with much more frequency from 2005 on. In 2005, the Court ordered nine States in ten cases³³ to adopt such measures as may be necessary to bring their legislation into compliance with the norms of the American Convention. It is interesting that until 2005, the Court's orders of reparations, with the exception of *Loayza Tamayo v. Peru* and "*The Last Temptation of Christ*" v. Chile, makes no reference to specific domestic legislations. This trend will reverse in 2005 and up to the present where we see the Court in its decision scrutinize

²⁸ I/A Court H.R., I/A Court H.R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107, para. 207.5.

²⁹ I/A Court H.R., Case of Zambrano-Vélez et al. v. Ecuador. Merits, reparations and costs. Judgment of July 4, 2007. Series C No. 166, para. 169.9.

³⁰ Case of Loayza-Tamayo v. Perú. Reparations and costs, *supra* note 18, para. 192.5; Case of Castillo-Petruzzi et al. v. Perú, *supra* note 22, para. 226.14, and Case of Lori Berenson-Mejía v. Perú, *supra* note 22, para. 248.1.

³¹ I/A Court H.R., Case of Montero-Aranguren et al. (Detention Center of Catia) v. Venezuela. Preliminary objection, merits, reparations and costs. Judgment of July 5, 2006. Series C No. 150, para. 160.9.

³² I/A Court H.R., Case of Tristán Donoso v. Portugal. Preliminary objections, merits, reparations and costs. Judgment of January 27, 2009. Series C No. 193, para. 206.

³³ I/A Court H.R., Case of Caesar v. Trinidad y Tobago, *supra* note 39; Case of Raxcacó-Reyes v. Guatemala. *supra* note 40; Case of Gómez-Palomino v. Perú, *supra* note 42; Case of Palamara-Iribarne v. Chile, *supra* note 43; Case of the Moiwana Community v. Suriname, *supra* note 30; Case of the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay, *supra* note 30; Case of Serrano-Cruz sisters v. El Salvador. *supra* note 26; Case of Yatama v. Nicaragua. *supra* note 50; Fermín Ramírez v. Guatemala. *supra* note 40, and Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic, *supra* note 52.

specific domestic legislation as national constitutions,³⁴ penal codes,³⁵ electoral acts³⁶ and national security laws.³⁷ It is also important to note that in four cases, the Court has ordered the State to modify its Constitution so that it could be brought into compliance with the American Convention.

On the other hand, according to a review of all the orders of monitoring compliance with judgments at the time of this writing, and of the 37 cases in which a legislative reform has been ordered, only five countries in seven cases³⁸ complied with the Court's orders.

It is also important to note that this number does not accurately reflect the level of compliance with the Court's orders, since the Court's authority to monitor compliance is still limited. For instance, the State might have amended a law in accordance with the Court's order but the Court has yet to issue an order of compliance in the case. A clear example is *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, where the State had already enacted the Law 8.503 entitled "Relaxation of criminal cassation" in compliance with the Court's order that as adequate reparation, the State adjusts "its domestic legal system to the provisions of Article

³⁴ I/A Court H.R., Case of "The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. *supra* note 43; Case of Caesar v. Trinidad y Tobago, *supra* note 39; Case of Boyce et al. v. Barbados, *supra* note 40, and Case of Dacosta Cadogan v. Barbados, *supra* note 40, para. 104.

³⁵ I/A Court H.R., Case of Fermín Ramírez v. Guatemala, *supra* note 40; Case of Raxcacó-Reyes v. Guatemala, *supra* note 40, and Case of Goiburú et al. v. Paraguay, *supra* note 8.

³⁶ I/A Court H.R., Case of Yatama v. Nicaragua, *supra* note 50.

³⁷ I/A Court H.R., Case of Zambrano-Vélez et al. v. Ecuador, *supra* note 56.

³⁸ I/A Court H.R., Case of the "Street Children" (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala. Monitoring compliance with judgment. Order of November 27, 2003, para 9.e; Case of "The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile. Monitoring compliance with judgment. Order of November 28, 2003; Trujillo-Oroza v. Bolivia. Monitoring compliance with judgment. Order of November 17, 2004, para. 8.b; Case of Barrios-Altos v. Perú. Monitoring compliance with judgment. Order of September 22, 2005, para. 9.b ; Case of Myrna Mack-Chang v. Guatemala. Monitoring compliance with judgment. Order of November 26, 2007, para. 27.10; Case of Claude-Reyes et al. v. Chile. Monitoring compliance with judgment. Order of November 26, 2007, para. 13, and Zambrano Vélez v. Ecuador. Monitoring compliance with judgment. Order of September 21, 2009, para. 49.

8 (2) (h) of the American Convention.”³⁹ Despite the second order of compliance with judgment⁴⁰ was issued after this enactment, the communications of the parties in which this order was based on, are previous to the enactment of this law.⁴¹ Thus the Court decided to keep open the proceeding for monitoring compliance with this order.

c. Weaknesses and strengths of the legislative measure orders and compliance with these orders

There is a general consensus that the Inter-American Court’s decisions have played an important role in changing the culture and institutions in the Americas. The Court has gained general acceptance among American States, despite the fact that a small number of them—particularly, the Dominican Republic, Venezuela, Peru and Trinidad and Tobago—⁴² have responded with hostility to its rulings.

The reparations ordered by the Court have contributed to the progressive development of remedies for victims of violations. A clear example of the Court’s impact on domestic legislation is *Barrios Altos v Peru*,⁴³ one of the cases where the Court ordered legislative reforms,

³⁹ I/A Court H.R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica, *supra* note 22, para. 207.5.

⁴⁰ I/A Court H.R., Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica. Monitoring compliance with judgment. Order of September 22, 2006.

⁴¹ On January 30, 2006, the State submitted its report on compliance with the judgment. On February 28, 2006, the victim’s representatives submitted their comments on the State’s report. And, on March 22, 2006, the Inter-American Commission on Human Rights submitted its respective observations. *Ibidem*.

⁴² This State revoked the jurisdiction of the Court when its system of capital punishment was challenged. Baluarte, David C., “Inter-American justice comes to the Dominican Republic: An island shakes as human rights and sovereignty clash,” in: Human Rights Brief, Volume 13. American University, Washington, D.C., 2006, pp. 25, 29.

⁴³ The Inter-American Court found that Peru failed to comply with Articles 1.1 and 2 of the American Convention, as well as the rights to life, to humane treatment, and to a fair trial and judicial protection, as a result of the promulgation and application of Amnesty Laws No. 26479 and No. 26492. As a natural consequence of that ruling, the Court found that the amnesty laws are incompatible with the American Convention and consequently lack legal effect. “On the judgment on reparations delivered in this case, the Court decided that Peru must take, as a non-pecuniary reparation, necessary actions to apply the ruling of the Court regarding its interpretation of the merits and the meaning and scope of the declaration of ineffectiveness of the amnesty laws.” Del Campo, Agustina, “Lawyering for

which have already been complied with by the State. In May 2006, the Colombian Constitutional Court –in response to the legal challenges posed by the international community with respect to the Justice and Peace Law⁴⁴ and in attempt to rectify gaps in the law– issued Decision C-370/2006,⁴⁵ which relied on the *Barrios Altos* case to make precisions on regarding the content of the right to truth, justice and reparation.⁴⁶ Likewise, Argentina relied on the same case to strike down its laws blocking prosecutions of human rights violators.⁴⁷

It is nevertheless important to point out that there are serious obstacles to compliance with reparations ordered by the Court, such as lack of political will and/or lack of institutional mechanisms for compliance.⁴⁸ This is reflected in the fact that in 2007, the Court “ha[d]

reparations: Inter-American perspective,” in: *Conference: Reparations in the Inter-American System: A comparative approach*, American University Law Review, Volume 56. Washington, D.C., 2007, pp. .

44 Justice and Peace Law, Law 975 of July 22, 2005.

45 Colombian Constitutional Court. Decision C-370/2006, (May 18 of 2006). This decision “ruled upon suits which alleged that Law 975 was unconstitutional, and declared that most of the articles of the Law were constitutional, ruled some articles unconstitutional, and conditioned the constitutionality of others.” I/A Court H.R., Case of the Rochela Massacre v. Colombia. Interpretation of the judgment of merits, reparations and costs. Judgment of January 28, 2008. Series C No. 175, para. 183.

46 Colombian Constitutional Court. Decision C-370/2006, *supra* note 71, para. 3.1.2.1.3, 3.1.3.7., and 4.4.3.

47 Corte Suprema de Justicia de la Nacion, “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.--causa N[degree] 17.768,” June 14, 2005, Argentina. Quoted in Cassel, Douglas, “The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights,” in: *American Journal of International Law*, Volume 100. The American Society of International Law, Washington, D.C., 2007, pp. 503, 507.

48 In this regard, Santiago Canton says that “apart from Colombia and Peru –which have adopted some legislation to effect compliance with certain aspects of international judgments and reports in individual cases– there are no other examples of institutional mechanisms designed to comply with reparations granted in the inter-American system.” Santiago A. Canton, “Compliance with decisions on reparations: Inter-American and European Human Rights Systems,” in: *Conference: Reparations in the Inter-American System: A comparative approach*, American University Law Review, Volume 56. Washington, D.C., 2007, pp. 1455.

only ordered 11.57 percent of the total number of contentious cases closed.”⁴⁹

There exists a dichotomy in the compliance with the Inter-American Court’s orders. While generally States continue to pose difficulties in complying with orders such as to investigate and prosecute perpetrators or to revise legislation,⁵⁰ there is consistent compliance with orders of monetary compensation or symbolic measures. In this respect, Judge Manuel Ventura observed before the Committee on Juridical and Political Affairs of the OAS “that compliance with decisions of the Inter-American Court of Human Rights was highly satisfactory, with 88% of financial or monetary reparations cases either settled or in the process of being settled, and similarly with reparations for material damages and satisfaction.”⁵¹

It must be noticed that governments commonly assert that they will comply or are in the process of complying with remedial orders granted by the Court, but however fail to take the necessary steps to bring their practices in line with the Court’s requirements. States would report taking steps towards a full investigation of a case or to prosecute some of the alleged perpetrators, but often do not move on to a full investigation or prosecution of all the people involved.⁵²

⁴⁹ Inter-American Commission on Human Rights, Summary of the Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights for the 2007 Fiscal Year, presented to the OAS Committee on Juridical and Political Affairs, 9 (Apr. 3, 2008).

⁵⁰ Cassel, Douglass, “The expanding scope and impact of reparations awarded by the Inter-American Court of Human Rights,”...

⁵¹ Manuel Ventura Robles, Judge of the Inter-American Court of Human Rights, “Presentation on mechanisms to guarantee compliance by States with the decisions of the Court,” Committee On Juridical and Political Affairs (OAS), Work Plan of the Committee on Juridical and Political Affairs (CAJP) for the Presentation and Negotiation of Draft Resolutions to be Submitted to the Thirty-Ninth Regular Session of the General Assembly, CP/CAJP-2718/09 corr. 1 (31 March 2009).

⁵² Cavallaro, James L. and Stephanie Erin Brewer, “Reevaluating regional human rights litigation in the Twenty-First Century: The case of the Inter-American Court,” in: *American Journal of International Law*, Volume 102. The American Society of International Law, Washington, D.C., 2008, pp. 768, 786-787.

Furthermore, States also frequently fail even to provide the Court with data necessary to determine if they are effectively complying with a judgment. That explains for example, that cases such as *Neira Alegría y otros v. Perú*, *Blake v. Guatemala*, *Loayza Tamayo v. Peru*, *Castillo Petruzzi v. Peru* and *Suárez Rosero v. Ecuador*, in which decisions were issued approximately ten years ago, are still pending compliance. What is even more discouraging is that in some situations, States do comply with Court's decisions, but the compliance measures do not really remediate the situation that caused the alleged human rights violations.

A clear example of this situation and as regards compliance with legislative measures as guarantees of non-repetition, is the case of *Herrera Ulloa v Costa Rica*. In this decision, the Inter-American Court held that “the right to appeal a judgment, recognized in the Convention, is not satisfied merely because there is a higher court than the one that tried and convicted the accused and to which the latter has or may have recourse.”⁵³ Likewise, the Court held that “regardless of the label given to the existing remedy to appeal a judgment, what matters is that the remedy guarantees a full review of the decision being challenged.”⁵⁴ Consequently, it ordered the State to “adjust its domestic legal system to conform to the provisions of Article 8(2)(h) of the American Convention on Human Rights, in relation to Article

⁵³ I/A Court H.R., Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica, *supra* note 22, para. 207.5

⁵⁴ In this regard, the Judge of the Inter-American Court Sergio García Ramírez, stated that “in the judgment delivered in the Case of Castillo-Petruzzi, one Judge of the Court produced a Concurring Opinion in which he alluded to this matter (and others), although he did so in reference to a military court system that had failed to respect the right of appeal: ‘that the victim’s right to a court of second instance was not respected (because the courts that heard the case on review) did not function as tribunals that re-examine all the facts in a case, weigh the probative value of the evidence, compile any additional evidence necessary, produce, once again, a juridical assessment of the facts in question based on domestic laws and give the legal grounds for that assessment.’ (Concurring opinion of Judge Carlos Vicente de Roux Rengifo, in the Judgment on the Case of Castillo-Petruzzi et al., May 30, 1999).” Concurring Opinion of Judge Sergio García Ramírez in the Judgment of The Inter-American Court of Human Rights in the Case of Hererera Ulloa v. Costa Rica, of July 2, 2004, para. 33.

2 thereof.”⁵⁵ On April 28, 2006, Costa Rica enacted the Law No. 8503 “Relaxation of Criminal Cassation,” mentioned above, in order to comply with the *Herrera Ulloa* decision. However, this legislative modification does not fulfill the requirements of the Court’s order. This assessment is supported in the Defendant Public Office “*Defensa Pública de Costa Rica*” *Amicus Curiae* brief to the Inter-American Court stating that “despite the inclusion in the draft of an article [449 *bis*] allowing the obtaining of proof, this measure does not satisfy the integral exam required by the Inter-American resolution. Rather, it takes up or reasserts the possibility of access to the principle of rational criticism, already available in the current legislation.”⁵⁶ Article 449 *bis* of the Draft of Law, alleged as not compatible with the Convention, is the same Article 449 *bis* under the Law No. 8503. Thus, it is possible to conclude that the remedy to appeal a judgment as regulated in the new national law, does not guarantee a full review of the decision being challenged, as held by the Court in the *Herrera Ulloa* decision.⁵⁷ Consequently, this law which was enacted to comply with a Court’s decision, ended up having a negative impact not just at the domestic level but also in the international arena, in particular on one of the organs of the Inter-American System. The scope of this repercussion will be clear in the near future.

The above example reflects not only a misunderstanding on the part of the State but also the limited authority of the Court in supervising compliance with its judgments. Accordingly, despite the fact that the Law 8503 was enacted three years ago, the Court has still not made a pronouncement in this regard.

It is also important to note that in some cases the lack of compliance with remedies granted by the Inter-American Court is not only attributable to the State but also to the Court’s orders itself, which in some occasions are not clear enough or are overly broad and so not easily understood by States. Even the Court’s response to a request for

⁵⁵ I/A Court H.R., Case of *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*, *supra* note 22, para. 207.5.

⁵⁶ *Defensa Pública de Costa Rica, Amicus Curiae*, *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, 9 (Feb. 2, 2005).

⁵⁷ I/A Court H.R., Case of *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*, *supra* note 22, para. 207.5.

interpretation of judgment might still be ambiguous. An example is *Castro Castro v. Peru*, where the Center for Civil and Human Rights of the University of Notre Dame represented the victims. In this case, the Court not only ordered the State to comply with measures that were unclear,⁵⁸ but also did not appropriately consider the political context prevailing in Peru which resulted in Peru's government strong and overt opposition to the decision.⁵⁹

In the international field, it may be considered that there are two essential steps to prevent future recurrence of human rights violations where there is a domestic law that does not comply with human rights treaties; these are: reparations ordered by the Court, and compliance by States. Even if the remedial orders granted are the most appropriate to deter future recurrence of violations, failure from the State to timely and effectively comply, render the reparations ordered ineffective. With respect to the Inter-American Court, it is clear that this Tribunal has significantly developed its jurisprudence in granting guarantees of non-repetition, but the general lack of compliance from States with orders to adopt legislative measures is evident. Indeed, only a small number of States have modified their domestic legislations in accordance with the Court's decisions.

⁵⁸ I/A Court H.R., Case of the Miguel Castro-Castro Prison v. Peru. Interpretation of the judgment of merits, reparations and costs. Judgment of August 2, 2008 Series C No. 181.

⁵⁹ In this regard, Lisa J. Laplante says that "specifically, in *Castro Castro Prison*, the court ruled in favor of reparations for survivors and families of prisoners killed during a State-led massacre meant to quell an uprising of inmates detained on charges of, and in some cases convicted of, the crime of terrorism [...] The reaction to the court's decision in *Castro Castro Prison* has resulted in a national crisis, with some surprising and serious political developments that run contrary to the overall goal of the TRC to promote political transition and reconciliation. For instance, recently re-elected President Alan García reacted to the court's decision by saying it was 'indignant that a court would reach a conclusion that would harm Peru, a victim of the insanity of a terrorist sect.' Prime Minister Jorge del Castillo publicly declared that 'the judgment obligates us to pay terrorists with the money of Peruvians [...]'. As a reaction, the Peruvian Congress initiated criminal charges against former President Toledo for having accepted partial responsibility for the State's actions at *Castro Castro Prison*, claiming he had thus failed to defend national interests as required by the National Constitution." Laplante, Lisa J., "Analyzing reparations in International Human Rights Law: The law of remedies and the clean hands doctrine: Exclusionary reparation policies in Peru's political transition,"... pp. 86-87.

In this regard, it is necessary that the Inter-American Court and States take appropriate steps so that the adoption of legislative measures contributes substantially to avoid repetition of human rights violations derived from laws that are incompatible with the American Convention. It follows that the Court must make an analysis of the facts and clearly articulate its decisions so that remedial orders are clear and precised so as to be understood by States, as well as concrete enough to be verifiable during the monitoring of the compliance process. On their part, States must adopt measures to change their domestic laws in timely compliance with reparations measures ordered by the Court. Considering that the implementation of a legislative measure as guarantee of non-repetition is a serious and long process than for example, complying with reparation orders consisting in acknowledging responsibility or erecting monuments. It is necessary that during the process of execution of a remedial order, judges do not give effect to the domestic laws that have been declare incompatible with the American Convention.

2. European Court's approach towards reparations

a. Generalities and development of the jurisprudence

The European Court determines reparations through interpretation and application of Article 41 of the European Convention.⁶⁰ The ECHR's approach to reparations has typically been restrictive in comparison to the Inter-American Court's. Once the ECHR finds a violation under the Convention, it only awards declarative relief and exercise its remedial power by affording just satisfaction if a State is in violation of the Convention by partially or completely failing to comply with it.⁶¹ This usually consists of material and moral compensation,

⁶⁰ Article 41 of the European Convention provides that: "If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party." Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (Nov. 4, 1950).

⁶¹ Nicola, Fernanda, and Ingrid Nifosi-Sutton, "Assessing regional cooperation: New trends before the European Court of Human Rights and the European Court

together with legal costs and expenses. “[S]ubject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment.”⁶²

The European Court’s mandate towards reparations, according to Dinah Shelton, “has gradually become more receptive to indicating non-monetary relief for applicants [...]”⁶³ In this regard, the Professor states that the first cases where restitution was indicated as the appropriate remedy were property cases in *Papamichalopoulos v. Greece* and *Brumarescu v. Romania* where the Court’s operative paragraphs established that each State “is to return the property to the applicant” and if not to pay compensation.⁶⁴

In 2004, the Court took an unprecedented step with respect to remedies in the so-called “prisoner cases” *Assanidze v. Georgia*⁶⁵ and *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*,⁶⁶ both concerning

of Justice”, Human Rights Brief, Volume 15. American University, Washington, D.C., 2007, pp. 11, 13.

62 Antkowiak , Thomas M., “Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond,”..., p. 358. The Article 46 of the European Convention provides that: “The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.” European Convention, *supra* note 87.

63 Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*. Oxford University Press, 2005, p. 282.

64 *Ibidem*.

65 In this case, “the applicant alleged, in particular, a violation of his right to liberty and security, arguing that the fact that he had remained in the custody of the authorities of the Ajarian Autonomous Republic, despite having received a presidential pardon in 1999 for a first offence and been acquitted of a second by the Supreme Court of Georgia in 2001 following his conviction by the Ajarian courts, constituted a violation of his rights guaranteed by Article 5 §§ 1, 3 and 4, Article 6 § 1, Article 10 § 1 and Article 13 of the Convention, and Article 2 of Protocol No. 4.” European Court, *Assanidze v. Georgia*, App. No. 71403/01 (2004). Judgment of April 8, 2004, para. 3.

66 With respect to this case, “the applicants submitted that they had been convicted by a Transdniestrian court which was not competent for the purposes of Article 6 of the Convention, that they had not had a fair trial, contrary to the same provision,

arbitrary detentions. In these cases, the European Court rather than merely declaring a violation of Article 5 of the European Convention and awarding monetary compensation, took very specific remedial measures to respond to the particularities of the cases, ordering to the States to release the applicants from prison.

Specifically, in the case of *Assanidze v. Georgia*, despite the fact that the Court reiterated that “it is primarily for the State concerned to choose the means to be used in its domestic legal order in order to discharge its legal obligation [...]”⁶⁷ it held that “by its very nature, the violation found [...] does not leave any real choice as to the measures required to remedy it.”⁶⁸ Consequently, it establishes that “in these conditions, having regard to the particular circumstances of the case and the urgent need to put an end to the violation of Article 5 § 1 and Article 6 § 1 of the Convention [...] the respondent State must secure the applicant’s release at the earliest possible date.”⁶⁹

Interestingly, the President of the Court, Jean-Paul Costa, established in its partly concurring opinion, that “the Court has taken what to my mind represents a welcome and logical step forward [...] rather than deciding that Georgia must pay the applicant compensation if it fails to secure his release, it has ruled that the payment obligation

and that following their trial they had been deprived of their possessions in breach of Article 1 of Protocol No. 1. They further contended that their detention in Transnistria was not lawful, in breach of Article 5, and that their conditions of detention contravened Articles 3 and 8 of the Convention. In addition, Mr. Ilașcu alleged a violation of Article 2 of the Convention on account of the fact that he had been sentenced to death. The applicants argued that the Moldovan authorities were responsible under the Convention for the alleged infringements of the rights secured to them thereunder, since they had not taken any appropriate steps to put an end to them. They further asserted that the Russian Federation shared responsibility since the territory of Transnistria was and is under *de facto* Russian control on account of the Russian troops and military equipment stationed there and the support allegedly given to the separatist regime by the Russian Federation.” European Court, *Ilașcu & others v. Moldova*, App. No. 48787/99 (2004). Judgment of July 8, 2004, para. 3.

⁶⁷ European Court, *Assanidze v. Georgia*, *supra* note 92, para. 202.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*, para. 203.

is additional to and does not in any way lessen the obligation to secure his release.”⁷⁰

In *Ilascu v. Moldova*, the ECHR came to a similar conclusion, holding that “any continuation of the unlawful and arbitrary detention of the three applicants would necessarily entail a serious prolongation of the violation of Article 5 found [...] and a breach of the respondent States’ obligation under Article 46 § 1 of the Convention to abide by the Court’s judgment.”⁷¹ As a result, the Court established that “the respondent States must take every measure to put an end to the arbitrary detention of the applicants still detained and to secure their immediate release.”⁷²

In relation to both cases, Dinah Shelton says that “the European Court of Human Rights took a more active role, addressing the remedies in light of *restitutio in integrum* by bringing the States into compliance with their treaty obligations.”⁷³ This innovative approach has been welcomed by many scholars.⁷⁴

b. Overloading of the Court

i. Sources

Considering the enlargement of the Council of Europe after 1990 –which had twenty-three members in 1990 and currently has forty-seven– as well as the subsequent incorporation into the European Convention of the countries of Central and Eastern Europe, this Tribunal began to receive a large number of applications. Nowadays “some of the new member States have a high case-count with three of them (Russian Federation, Romania and Ukraine) accounting for nearly half of the total number, rising to 56% if Turkey is included.”⁷⁵

⁷⁰ *Ibidem*, para. 9, Judge Costa, partly concurring opinion.

⁷¹ European Court, *Ilascu & others v. Moldova*, *supra* note 93, para. 490.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Nifosi-Sutton, Ingrid, “Compliance with decisions on reparations: Inter-American and European Human Rights systems,” in: *American University Law Review*, Volume 56. Washington, D.C., 2007, pp. 1459.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Jean-Paul Costa, President of the European Court of Human Rights, “Speech given on the occasion of the opening of the judicial year,” (Jan. 25, 2008), in European Court of Human Rights, Annual Report 2008, January, 2009, p. 5.

In addition, the President of the European Court of Human Rights, Jean-Paul Costa, affirms that two further phenomena explain this overloading: lodging of inadmissible applications, which still need to be examined, and the large number of repetitive cases.⁷⁶

According to the Court's statistics, the number of applications registered in Strasbourg in 1981 was 404. By 1997, this number had risen to 4750, and by 2004 the number of new cases lodged with the Court was 44100.⁷⁷ The Court had 97300 applications pending on 21 December 2008,⁷⁸ and this is projected to grow by around 20% per year, and so exceed a quarter of a million cases by 2010.⁷⁹ There is no doubt that the number of pending applications is threatening the credibility and effectiveness of the European Court.

ii. Response

In response to this growing crisis, the European Court has made notable efforts to deal most effectively and productively with its current and projected caseload, debating and exploring possible methods of reform. For instance, the Court has worked to simplify the procedure for rejecting inadmissible cases, and has reformed its working methods more generally to achieve a remarkable increase in output.⁸⁰

⁷⁶ Specifically, the President of the ECHR, Costa, maintains that "two further phenomena, however, explain the overloading of the Court, which is the cause of regrettable delays. First, certain applicants, usually because of ignorance about the Convention and the role of the Court, lodge applications which have no prospect of success but which still need to be examined. Secondly, the Court has to deal with a large number of repetitive cases, admittedly well-founded, but which should be disposed of at national level once the relevant principles have become well-established in Strasbourg case-law. The States must bear responsibility for this second problem if they have failed to implement the necessary internal reforms or if reforms have been delayed." *Ibidem*, p. 9.

⁷⁷ Lord Woolf's Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights, December, 2005, p. 7.

⁷⁸ European Court of Human Rights, *supra* note 87, p. 127.

⁷⁹ Lord Woolf's, *supra* note 104, p. 49.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 10.

1. *Protocol 14 to the European Convention*

One of the most significant efforts to handle this caseload was the adoption in May, 2004, of the Protocol 14 to the European Court,⁸¹ not yet into force,⁸² which amends the control system of the Convention in order to improve the efficiency of the Court under the current demand.⁸³

With respect to this Protocol, the president Jean-Paul Costa stated in 2007 that “the application of Protocol 14 will enable the Court to increase its productivity by at least 25%. Although it cannot suffice by itself, the Protocol is therefore indispensable.”⁸⁴ Likewise, Lord Woolf affirmed that this legal instrument is “far from being a fix-all solution. It treats the symptoms rather than the causes of the problem.”⁸⁵

2. *“Pilot judgment” procedure*

Taking into account that many of these cases before the European Court were repetitive and derived from the same systemic flaws, the Committee of Ministers recommended the Court “to identify, in its judgments finding a violation of the Convention, what it considers to

⁸¹ Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report P 6, opened for signature May 13, 2004, Council Europ. T.S. 194.

⁸² It has yet to come into force due to it requires universal ratification, and one member State (Russia) has not ratified it.

⁸³ In this regard, this Protocol has three main provisions. It allows for a single judge, assisted by a non-judicial rapporteur, to reject cases where they are clearly inadmissible from the outset. This replaces the current system where inadmissibility is decided by committees of three judges, and will increase judicial capacity. Protocol 14 also provides for committees of three judges to give judgments in repetitive cases where the case law of the Court is already well-established (on length of proceedings cases, for example). Repetitive cases are currently heard by chambers of seven judges, so this measure will also serve to increase efficiency and judicial capacity. Thirdly, Protocol 14 introduces a new admissibility criterion concerning cases where the applicant has not suffered a “significant disadvantage”, provided that the case has already been duly considered by a domestic tribunal, and provided that there are no general human rights reasons why the application should be examined on its merits. Lord Woolf’s, *supra* note 104, p. 12.

⁸⁴ Jean-Paul Costa, President of the European Court of Human Rights, “Speech given on the occasion of the opening of the judicial year,”... p. 2 .

⁸⁵ Lord Woolf’s, *supra* note 104, p. 49

be an underlying systemic problem and the source of this problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist States in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments.”⁸⁶

Consequently, the Court responded with the “pilot judgment” procedure, which is “th[e] kind of adjudicative approach by the Court to systemic or structural problems in the national legal order,”⁸⁷ designed to both encourage the State in question to rectify the problem at national level, and to save the Court from considering all those cases that raised the same issue.⁸⁸

The ECHR has applied the pilot judgment procedure in 2004 and 2008, subsequently in *Broniowski v. Poland* and *Hutten-Czapska v. Poland*.⁸⁹ In both cases the Court considered that the “violation [to the right to property] had originated in a systemic problem connected with the malfunctioning of domestic legislation.”⁹⁰ In the first case, Poland had failed to set up an effective mechanism to implement the “right to credit” of Bug River claimants.⁹¹ Thus, the Court “directed that the [...] State should, through appropriate legal measures and administrative practices, secure the implementation of the property right in question in respect of the remaining Bug River claimants or provide them with equivalent redress in lieu, in accordance with the principles

⁸⁶ Committee of Ministers, Res. (2004) 3, Resolution on judgments revealing an underlying systemic problem, May. 12, 2004.

⁸⁷ European Court, *Broniowski v. Poland*. App. No. 31443/96. Judgment of September 28, 2005, para. 34.

⁸⁸ Lord Woolf’s, *supra* note 104, p. 39. By its part, the European Court has held that “the pilot judgment procedure is primarily designed to assist the [...] States in fulfilling their role in the Convention system by resolving such problems at national level, thereby securing to the persons concerned the Convention rights and freedoms as required by Article 1 of the Convention, offering to them more rapid redress and, at the same time, easing the burden on the Court which would otherwise have to take to judgment large numbers of applications similar in substance.” European Court, *Broniowski v. Poland*, *supra* note 113, para. 35.

⁸⁹ Eur. Ct. H. R., *Hutten-Czapska v. Poland*, Application no. 35014/97. Judgment April 28, 2008.

⁹⁰ Eur. Ct. H. R., *Broniowski v. Poland*, *supra* note 114, para. 3, and *Hutten-Czapska v. Poland*, *supra* note 116, para. 3.

⁹¹ *Ibidem*.

of protection of property rights [...].”⁹² In the *Hutten-Czapska* case, Poland “had imposed [...] restrictions on landlords’ rights [and] it had not [...] provide[d] for any procedure or mechanism enabling landlords to recover losses incurred in connection with property maintenance.”⁹³ As response, the Court established that Poland “must, through appropriate legal and/or other measures, secure in its domestic legal order a mechanism maintaining a fair balance between the interests of landlords and the general interest of the community.”⁹⁴

In both cases, “the Court held that the question of the application of Article 41 was not ready for decision in so far as the applicant’s claim for pecuniary damage was concerned and reserved the said question, inviting the Government and the applicant [...] to notify the Court of any agreement that they might reach.”⁹⁵ In this context, two friendly settlements were reached after the delivery of the judgment on the merits. In the Court’s view, those had “demonstrated an active commitment to take measures aimed at resolving the systemic problem identified in the principal.”⁹⁶ Therefore, the Court decided to strike the cases out of its list.

c. Reassessment of the European Court of Human Rights practice concerning reparations

As previously mentioned, this paper attempts to demonstrate that the term “just satisfaction” established in Article 41 of the European Convention, may be interpreted in a broader manner. With an expansive interpretation of this term, the Court would be able to award non-monetary reparations, among them, legislative measures. If this Tribunal takes an expansive approach in this regard, and its decisions are effectively complied with by States, this would contribute to reduce the serious backlog that it faces. In the same way, the Court would be

⁹² *Ibidem*.

⁹³ European Court, *Hutten-Czapska v. Poland*, *supra* note 116, para. 3.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ European Court, *Broniowski v. Poland*, *supra* note 114, para. 3, and *Hutten-Czapska v. Poland*, *supra* note 116, para. 3.

⁹⁶ European Court, *Broniowski v. Poland*, *supra* note 114, para. 42, and *Hutten-Czapska v. Poland*, *supra* note 116, para. 43.

able to remedy other existing violations and prevent new violations from occurring.

A reassessment of the European Court's practice concerning the interpretation of the term "just satisfaction," is supported by the following arguments:

i. Basic principles of interpretation of treaties

The basic principle of interpretation of treaties is found in Article 31 of the Vienna Convention of the Law of Treaties⁹⁷ ("Vienna Convention"). Under this provision, "a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."⁹⁸ In this particular case, it may be established that the legal meaning of "just satisfaction" results ambiguous and difficult to its understanding. Indeed, in its jurisprudence, the European Court has not explained what it understands by "just satisfaction", what this term requires precisely. Not even in the cases already discussed, where the Court took an extensive approach towards reparations, does it go into further details about "just satisfaction."

In cases where the legal analysis of a term leaves the meaning ambiguous or obscure, according to Article 32 of the Vienna Convention, recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion. Taking into account these supplementary means of interpretation, it is important to analyze the following aspects:

First, according to Dinah Shelton, the drafters of the European Convention made clear their concern with affording adequate remedies to victims of human rights violations.⁹⁹ To support this argument,

⁹⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, entered into force on 27 January 1980, United Nations. Treaty Series, vol. 1155.

⁹⁸ *Ibidem*, Article 31.

⁹⁹ See Council of Europe, Report of the Control System of the European Convention on Human Rights, h (92) 14, Dec. 1992, p. 4. Quoted in Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law...* p. 190.

the Professor quotes the *Message to Europeans adopted at the final plenary session*, in which the Congress delegates expressed the following: “We desire a Court of Justice with adequate sanctions for the implementation of this Charter.”¹⁰⁰

Secondly, the language of Article 41 of the European Convention was derived from treaty provisions on the enforcement of arbitral awards in inter-State proceedings, including Article 32 of the 1928 General Act on Arbitration¹⁰¹ and Article 10 of the German-Swiss Treaty on Arbitration and Conciliation.¹⁰² In this respect, Dinah Shelton states that:

The term ‘satisfaction’ used in arbitral treaties and in the European Convention draws upon international practice in regard to State responsibility for injury to aliens [which] ranged from wrongful death to property losses, while the indirect harm to the State of nationality generally affected its honour and dignity. The State usually claimed pecuniary and non-pecuniary reparations for the injury to the aliens, and non-monetary satisfaction to remedy its own moral injury. Satisfaction could require punishment of the guilty and assurances as to future conduct, monetary awards, or declaration of the wrong, especially when coupled with an apology from the offending State.

Consequently, the author affirms that “many such non-monetary remedies afforded under the heading of satisfaction in inter-State proceedings may be appropriately applied in the human rights context, especially apologies, guarantees of non-repetition and/or punishment of wrongdoers.”¹⁰³

It is worth mentioning that “the drafting history of the European Convention says only that the Court has no power to annul directly

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ This Article provides that: “If, in a judicial sentence or arbitral award is declared that a judgment, or a measure enjoined by a court of law or other authority of one of the parties to the dispute, is wholly or in part contrary to international law, and if the constitutional law of that party does not permit or only partially permits the consequences of the judgment or measure in question to be annulled, the parties agree that the judicial sentence or arbitral award shall grant the injured party equitable satisfaction.” Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*... p. 191.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 197.

a national act.”¹⁰⁴ However, this Court’s inability “does not limit its power to hold that the appropriate remedy for a violation is for the State to amend or nullify measures that violate the Convention.”¹⁰⁵

Likewise, it is important to underscore that the Tribunal’s interpretation of the term “just satisfaction” has been criticized as far too narrow.¹⁰⁶ Furthermore, Dinah Shelton states that the term “satisfaction” in international practice has never been restricted to monetary compensation.¹⁰⁷

On the other hand, it is important to point out that the interpretation of a provision must be in accordance with the object and purpose of the treaty.¹⁰⁸ In this regard, the application of the term “just satisfaction” must be consistent with the object and purpose of the European Convention that is “the maintenance and further realization of human rights and fundamental freedoms.”¹⁰⁹ Accordingly, it is important that the Court supports this approach in its own jurisprudence, specifically regarding the case *Karner v. Austria*, where the Court held that “although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of Convention States.”¹¹⁰

In sum, considering the preparatory work of the treaty, the international practice in this regard, as well as the object and purpose of the European Convention, there is no evidence that the drafters or signatories, considered that the term “just satisfaction” is restricted to monetary compensation.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 280-281.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 189.

¹⁰⁶ Antkowiak, Thomas M., “Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond,”... p. 409.

¹⁰⁷ Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*... p. 280.

¹⁰⁸ Vienna Convention, *supra* note 124, Article 31.

¹⁰⁹ European Convention, *supra* note 87, Preamble.

¹¹⁰ European Court, *Karner v. Austria*, Application no. 40016/98). Judgment of July 24, 2003.

It follows that in cases that deal with violations derived from an incompatible law with the European Convention, the Court might order the State, depending on the circumstances of the particular case, to modify, nullify or adopt legislative measures to comply with the obligation enshrined in Article 1 which means, to secure the rights and freedoms guaranteed by the treaty.

ii. Innovative approaches

1. *Development in the ECHR's reparations jurisprudence*

Considering the development in the reparation's jurisprudence discussed in section 2.a, in particular in the *Assanidze* and *Ilascu* cases, it may be asserted that these decisions demonstrate the willingness and readiness of the European Court to extend its approach in awarding non-monetary remedies.

It is necessary that the Court does not abandon the innovative approach demonstrated in making reparations, and that the Court extends its approach to guarantees of non-repetition, which will be totally appropriate to the actual circumstances of the European Court.

2. *"Pilot judgment" procedure*

It is important to acknowledge that the "pilot judgment" procedure might be an important development in dealing with the backlog the European Court faces. However it is too soon to appreciate it. Marie-Louise Bemelmans-Videc, Member of the Parliamentary Assembly, affirms that "the definition and criteria for this procedure have yet to be defined."¹¹¹ Even, the President of the European Court indicated last year that "[they] are also thinking about ways to develop the pilot-judgment procedure."¹¹²

¹¹¹ Bemelmans-Videc, Marie-Louise, "Comments on the Wise Persons' Report from the perspective of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe," in: *Future developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons' Report*. Colloquy organised by the San Marino chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe, March, 2007, p. 49.

¹¹² Jean-Paul Costa, President of the European Court of Human Rights, "Speech given on the occasion of the opening of the judicial year,"... p. 2.

Marie-Louise Bemelmans-Videc also states that the weakness of the pilot procedure legal basis has already been pointed out by Judge Zagrebelsky, by recalling that this procedure, although approved by the Committee of Ministers, “is not yet reflected in the text of the Convention.”¹¹³

On the other hand, it may be asserted that this procedure is neither fair nor legitimate in the sense that it is not clear how a friendly settlement between the applicant under a pilot judgment and the government, can address the rights of other alleged victims regarding same violations against the same country, but who are not before the Court.

The Court decided to make use of the “pilot judgment” procedure as an effort to reduce the backlog. The adoption of this procedure demonstrates the readiness of the Court to take innovative solutions. Contrary to the pilot judgment procedure, which has no legal basis under the European Convention nor a clear criteria, the expansive reparations approach is not only in accordance with the general principles of interpretation of treaties but also more likely to be successful. The “pilot judgment” procedure is also an example of how the Court is prepared to look beyond the exact terms of the Convention in its search for additional solutions to deal with the backlog.

iii. Different framework

The specific set of factors that characterized the European system through the early 1990s, has changed dramatically during this time. The European Court no longer exercise jurisdiction over

¹¹³ In *Hutten-Czapska v. Poland* (judgment of 19 June 2006), the Judge Zagrebelsky stated on the one hand that the arguments set out by the Committee of Ministers in Resolution Res (2004) 3 and Recommendation Rec (2004) 6 of 12 May 2004, which are addressed to governments, “are undoubtedly of much importance and must be taken into account by the European Court of Human Rights with a view to ensuring that the reasons given in its judgments are as clear as possible.” On the other hand, he disputed that the “fact that the proposals to which the European Court of Human Rights refers in paragraph 233 of the judgment were not included in the recent Protocol No. 14 amending the European Convention on Human Rights” cannot be overlooked. Quoted in Bemelmans-Videc, Marie-Louise, “Comments on the Wise Persons’ Report from the perspective of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe”...

a relatively homogeneous group of Western European countries whose democracies are already well established or whose model of governmental compliance is the primary point of reference for how regional courts influence State practice. Nowadays, “the statistics of the Council of Europe’s Committee of Ministers reveal that the majority of the European Court’s judgments awaiting compliance supervision by the Committee (excluding the large family of similar cases involving delays in civil and criminal proceedings in Italy) now involve Eastern European member States and Turkey.”¹¹⁴

On the other hand, regarding the adoption of legislative measures, it is important to acknowledge the effect that the European Convention and the Court judgments especially had on Western countries.¹¹⁵ However, considering the change in circumstances briefly narrated, it is crucial that the European Court takes a different approach in its judgments, assuming the responsibility to grant reparations, and therefore, providing a clearer guidance to States on how to comply with their obligations.

iv. The Inter-American Court as a model

Despite the differences between the Inter-American Court and the European Court –such as the standards of review, type of cases and, level of political stability– as well as the specific differences regarding reparations –for instance, the language of the reparations provision, the approach and the scope– the substantial purpose and aim of both

¹¹⁴ Cavallaro, James L. and Stephanie Erin Brewer, “Reevaluating regional human rights litigation in the Twenty-First Century: The case of the Inter-American Court”..., p. 774.

¹¹⁵ In this regard, Dinah Shelton states that “Austria, for example, has modified its Code of Criminal Procedure; Belgium has amended its Penal Code; its laws on vagrancy and its Civil Code; Germany has modified its Code of Criminal Procedure regarding pre-trial detention, given legal recognition to transsexuals, and taken action to expedite criminal and civil proceedings. The Netherlands has modified its Code of Military Justice and the law on detention of mental patients; Ireland created a system of legal aid; Sweden introduced rules on expropriations and legislation on building permits; Switzerland amended its Military Penal Code and completely reviewed its judicial organization and criminal procedure applicable to the army; France has strengthened the protection for privacy of telephone communications.” Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law...* p. 202.

regional courts is the same: the protection and assurance of the human rights situation in their respective continent.

As mentioned before, the Inter-American Court is “the most comprehensive legal regime on reparations,” for this reason it may be very useful that the European Court uses it as a framework for reflection and comparison, when analyzing possible measures that it could adopt in its own approach to reparations. Considering the difficulties facing the European Court, that we have previously discussed, it might take into account the flexibility and creativity of the inter-American reparations approach which can help it find an effective solution to reducing future human rights violations and decrease its backlog. It is also important that the European Court takes note of the deficiencies of its counterpart so as to avoid repeating them in its own practice.

Conclusions

It is evident that the consequences of violations suffered by victims cannot always be adequately remedied by payment of just satisfaction. From the analysis in the previous section, it may be concluded that the Court, through a broader interpretation of Article 41, can move beyond its current limited approach to reparations. The Court must rely on a more appropriate interpretation of Article 41 to provide victims a range of remedies.

In this regard, it is important that the Court grants legislative measures as guarantees of non-repetition when a violation of the rights of the victims is based on, caused by, or related to domestic legislation. In these cases, the Court must order the State to remove such deficiencies by bringing domestic legislation in conformity with international standards. Taking into account the margin of appreciation, the State can itself take specific steps to comply with the remedy granted.

If the Court adopts such an approach to reparations and adopts legislative measures as guarantees of non-repetition, one positive implication will be the reduction of the probability that other similarly

situated individuals will be victim of the same human rights violations because of the same domestic laws. In sum, preventing recurrence cannot be achieved without including societal measures in the larger reparation measures ordered.

Considering the European current context, it is highly likely that the Court will continue to receive a large number of petitions from similarly situated individuals. Urgent action is thus needed to enable the Court to deal with this large number of pending applications. There is no doubt, that the positive implications of a wider approach to reparations mentioned below will reduce the number of incoming application and the backlog that the European Court currently faces. This new approach would ensure, in a certain manner, the efficacy and long-term viability of the procedures of the European Convention's. It is important to underscore that this proposal is not the only solution to reduce the serious backlog, but taken together with others, it provides the Court with some real assistance in dealing with its workload, and especially, in enhancing the protection of human rights at the domestic level and improving the human rights situation in the European Continent in general. Of course, States are also expected to take appropriate measures to implement the Court's judgments.

It is important to recognize, however, that a new and broader approach towards reparations might pose practical and serious problems during the execution phase. For instance, States such as Russia or Turkey might be reluctant to address structural problems in their domestic legal systems and object to an invasive approach by the European Court. However, possible negative State reaction to resolutions and judgments of the European Court must not be an impediment to adopting a better approach in the reparations ordered by the Court. It is also important to explore, in cooperation with other European Organs, ways of encouraging the State to comply with judgments of the European Court.

If the Court adopts the proposed approach, it will likely get the support of other European Organs given the concern they have shown and their recommendation to the Court in this respect. For instance, a

resolution of the Committee of Ministers urged the Court “to identify [...] what it considers to be an underlying systemic problem and the source of this problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist States in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments,”¹¹⁶ and also the recommendation by the European Parliamentary Assembly to the Court in the sense “to ensure that its judgments are clear [...] so that governments have a firmer grasp of what is expected of them and are not tempted to use any inconsistencies as an excuse for failing to execute.”¹¹⁷

This proposal for a reassessment of the European Court’s approach to reparations focuses on guarantees of non-repetition. However, in actuality, the general approach would also include victim-specific measures of restitution, rehabilitation and satisfaction.

With a new approach towards its orders for reparations, the European Court will not only reduce its backlog, but will also contribute substantially to achieve the goal of the European Convention: “the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms.”

¹¹⁶ Committee of Ministers, Res(2004)3, *supra* note 113.

¹¹⁷ European Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Execution of Judgments of the European Court of Human Rights Report, Doc. No. 8808, Jul, 12, 2000, para. 86.

O papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos: a construção de uma esfera pública por meio do acesso universal como instrumento na luta contra violação dos direitos humanos

*André Pires Gontijo**

Introdução

A comparação jurídica pode ser colocada como instrumento necessário para se alcançar o aperfeiçoamento do estudo do Direito, em especial dos direitos humanos. Nesse aspecto, esta pesquisa busca averiguar qual o papel do sujeito na seara internacional, em especial na perspectiva de acesso aos sistemas de proteção, por meio do direito de peticionamento individual. Isto é, a pergunta que se faz como escopo dessa pesquisa é: qual o papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos?

Por essa razão, esta pesquisa circunscreve-se no âmbito do direito constitucional e internacional, e tem como objetivo geral a (re)discussão do papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos, mediante uma comparação de procedimentos de acesso deste sujeito entre os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, seja no âmbito do sistema das Nações Unidas, seja no contexto dos sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção.

Como objetivos específicos, pretende-se confeccionar uma revisão bibliográfica sobre a controvérsia teórica que envolve o direito de peticionamento individual, descrever a previsão normativa do acesso do sujeito perante o sistema ONU de proteção, analisar os sistemas

* Bacharel em Direito (2006) e Mestre em Direito das Relações Internacionais (2009) pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), pesquisador do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC), do grupo de estudos “Peter Häberle” (IDP) e do grupo de pesquisa Internacionalização dos Direitos (UniCEUB/Collège de France), Professor Universitário e Servidor Público do Superior Tribunal de Justiça, lotado no Gabinete da Ministra Maria Thereza de Assis Moura (STJ). Aluno do Programa de Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

regionais europeu e interamericano, a partir de uma comparação jurídica entre a dinâmica desses sistemas regionais, nas seguintes perspectivas: (i) institucional, com breve análise dos instrumentos de proteção, isto é, a Convenção Européia e a Convenção Americana de Proteção dos Direitos Humanos; (ii) com enfoque específico no acesso do sujeito ao sistema, averiguando a previsão inscrita nas Convenções e o funcionamento da sistemática e (iii) um fechamento de forma crítica ou epistêmica, no levantamento dos precedentes que configuram a construção jurisprudencial de conceitos sobre direitos humanos pelo sujeito.

O problema e os objetivos da pesquisa são colocados em duas dimensões. A primeira diz respeito ao acesso do indivíduo aos sistemas de proteção dos direitos humanos, em especial nos sistemas regionais (europeu e interamericano). Por outro lado, a segunda dimensão tem o condão de examinar como o sujeito se comporta perante determinada Corte, isto é, como –nos casos em que o indivíduo é parte direta– este consegue se movimentar discursivamente no âmbito do processo de tomada de decisão a fim de construir o precedente da Corte em matéria de direitos humanos.

Por meio de uma “abordagem epistemológica”¹, o foco da pesquisa será sobre o diálogo jurisprudencial entre as Cortes regionais de proteção dos direitos humanos. Isto é, vai-se investigar o tema buscando sistematizar padrões conceituais e metodológicos que permitam avaliar o processo de tomada de decisão perante as Cortes regionais (européia e interamericana) de proteção dos direitos humanos, no que se refere à concretização dos valores fundamentais, por meio da atuação do sujeito mediante o direito de petição.

¹ Este termo é utilizado pela professora Christine Peter no seu projeto de doutorado e, como produto de reflexão no âmbito do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC), está sendo empregado nesse espaço de explicação metodológica da pesquisa (Cf. Silva, Christine Oliveira Peter da, “Diálogo jurisprudencial entre as supremas cortes das Américas: uma análise de precedentes de direitos fundamentais no contexto do Estado Constitucional Cooperativo”. Projeto de tese apresentado como requisito obrigatório do processo de seleção para o Programa de Doutorado da Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB. Brasília), Brasil, 2008. (Comunicação restrita).

Como primeira hipótese de pesquisa, verifica-se que os sistemas regionais –europeu e interamericano– de proteção dos direitos humanos estão mais avançados na construção jurisprudencial e na efetivação dos valores fundamentais protegidos pelas respectivas Convenções do que os sistemas de proteção dos direitos humanos vinculados ao sistema ONU, que permitem o acesso direto do indivíduo aos respectivos órgãos de controle.

A segunda hipótese refere-se ao papel do sujeito, não apenas como vítima, mas como intérprete na criação de condições de possibilidade do acesso dos indivíduos e demais atores nos sistemas de proteção dos direitos humanos, o que pode ser o início da construção de uma esfera pública comunicativa mundial em matéria de direitos humanos. Esta esfera pública poderá ser o instrumento de uso comum para a irradiação dos direitos humanos por meio do acesso dos indivíduos e demais atores nos sistemas de proteção dos direitos humanos.

O desenvolvimento da pesquisa, a resposta do problema e o teste das hipóteses de pesquisa implicam em uma análise teórica, que se desenvolve ao longo do texto, com a citação da literatura científica sobre o tema e uma análise aplicada, com destaque para o estudo de precedentes das Cortes regionais que abordem a questão do acesso direto do indivíduo aos sistemas de proteção dos direitos humanos².

Para tal desiderato, serão combinadas as técnicas de pesquisa documental, com uma abordagem dos precedentes das Cortes regionais sobre o acesso direto do indivíduo perante as Cortes, e a técnica bibliográfica, no apoio da literatura científica ao trabalho desenvolvido pelos precedentes.

Quanto à delimitação temática, em um primeiro momento, a pesquisa pretende exemplificar quais sistemas internacionais prevêm o acesso do sujeito diretamente, via peticionamento, para a discussão acerca da violação dos direitos humanos. Posteriormente, buscar-se-á

² Mais uma vez, a inspiração decorre do auxílio metodológico da professora Christine Peter, no âmbito das discussões do NEC. Cf. Silva, Christine Oliveira Peter da, “Diálogo jurisprudencial entre as supremas cortes das Américas: uma análise de precedentes de direitos fundamentais no contexto do Estado Constitucional Cooperativo”...

testar a hipótese de pesquisa em que se afirma o fortalecimento dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos em detrimento do sistema ONU. Por fim, é necessário realizar uma delimitação negativa, uma vez que, embora a proteção internacional da pessoa humana comporte três vertentes³ –direito internacional dos direitos humanos, direito internacional humanitário e direito internacional dos refugiados–, a presente pesquisa tem como foco o estudo dos sistemas de proteção que envolve o direito internacional dos direitos humanos, com especial ênfase para a comparação jurídica entre os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (europeu e interamericano), excluindo-se os demais sistemas regionais por uma opção metodológica.

Diante do exposto, convida-se o intérprete a prosseguir na leitura desta e pesquisa e a contribuir, de forma crítica e combativa, na busca pela resposta do problema no qual a pesquisa é fundada.

1. A controvérsia teórica: o direito de peticionamento e a personalidade jurídica do indivíduo no âmbito internacional

Percebe-se, em nível jurídico mundial, o aumento de convenções e declarações sobre direitos humanos no plano regional e mundial, assim como o crescimento de mecanismos de proteção destinados a garantir sua existência e funcionamento. Mas tudo isso é pouco conhecido e praticado⁴.

A personalidade jurídica do ser humano no âmbito internacional constitui o legado mais preciso da ciência jurídica do século XX

³ Sobre as três vertentes, ver por todos Cançado Trindade, Antônio Augusto, Gérard Peytrignet e Jaime Ruiz de Santiago, *As três vertentes da proteção internacional da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*. Instituto Interamericano de Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 1996.

⁴ Ruiz de Santiago, Jaime, “Diagnóstico de la realidad de los derechos humanos en América Latina: tendencias y desafíos”, in: Cançado Trindade, Antônio Augusto e Jaime Ruiz de Santiago (orgs.), *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*. Impresora Gossesstra Internacional, San José, Costa Rica, 2004, p. 124.

e requer uma atenção bem maior que a conferida pelos teóricos do direito internacional. Todas as criaturas humanas podem ser consideradas sujeitos de direito, membros da “sociedade universal”, sendo inconcebível a negativa dessa condição por qualquer entidade, inclusive o Estado⁵.

Em paralelo ao reconhecimento dos direitos humanos, deve-se reconhecer a capacidade processual para exigí-los –tanto na esfera nacional como na internacional–, pois a proteção dos direitos humanos apenas será uma realidade mediante a consolidação da capacidade processual plena dos indivíduos⁶.

As entidades internacionais que experimentam outorgar a capacidade processual internacional aos indivíduos refletem o reconhecimento de valores comuns, fundamentados na idéia de que o ser humano deve ser protegido em quaisquer situações. Esta idéia reflete-se na construção do sistema jurídico internacional, tendo em vista que o acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional se tornou uma forma de sanar o inconveniente que se instalava com a proteção diplomática discricionária que a um só tempo tornava os “Estados demandantes” “juízes” e “partes”⁷.

Assim, o peticionamento do indivíduo perante o órgão de proteção dos direitos humanos é uma das formas pelas quais tanto a aplicação como a execução dos direitos humanos podem ser controladas pela comunidade internacional⁸. Nesse sentido, esclarece Paul Reuter que, para o particular se tornar sujeito de direito internacional, é preciso satisfazer duas condições básicas: (1) “ser titular de direitos e obrigações estabelecidos diretamente pelo Direito Internacional” e (2) “ser titular de direitos e obrigações sancionados diretamente pelo

⁵ Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. III. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003, p. 447-448.

⁶ *Ibidem*, p. 461.

⁷ *Ibidem*, p. 464-465.

⁸ Outra forma prevista são o envio dos informes pelos Estados signatários dos tratados sobre a matéria. Cf. Ruiz de Santiago, Jaime, “Diagnóstico de la realidad de los derechos humanos en América Latina: tendencias y desafíos”..., p. 97.

Direito Internacional”. Desse modo, no momento em que o indivíduo dispõe de acesso à jurisdição internacional ou a um órgão de proteção internacional que dê início ao procedimento de proteção se torna sujeito de direito internacional⁹.

Todavia, José Francisco Rezek posiciona-se no sentido de que os indivíduos e as empresas públicas e privadas não possuem personalidade jurídica de direito internacional. Assevera que, embora uma parcela da teoria do direito internacional entenda que a personalidade jurídica decorra da existência de direitos e da imposição de deveres ao indivíduo,

É preciso lembrar, porém, que os indivíduos –diversamente dos Estados e das organizações internacionais– não se envolvem, a título próprio, na *produção* do acervo normativo internacional, nem guardam qualquer relação direta e imediata com esse corpo de normas. Muitos são os textos internacionais voltados à proteção do indivíduo. Entretanto, a flora e a fauna também constituem objeto de proteção de normas de direito das gentes, sem que se lhes tenha pretendido, por isso, atribuir personalidade jurídica. É certo que indivíduos e empresas já gozam de personalidade em direito interno, e que essa virtude poderia repercutir no plano internacional na medida em que o direito das gentes não se teria limitado a protegê-los, mas teria chegado a atribuir-lhes a titularidade de direitos e deveres – o que é impensável no caso de coisas juridicamente protegidas, porém despersonalizadas, como as florestas e os cabos submarinos¹⁰.

Como ressalta Rezek, para o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional é preciso existir uma prerrogativa ampla, no âmbito dos foros internacionais, para a reclamação do indivíduo e garantia de seus direitos, além deste procedimento ter que resultar em uma norma geral. Por essa razão, a efetividade do acesso direto do indivíduo mostra-se limitada, pois os foros internacionais

⁹ Reuter, Paul, *Droit International Public*, 7. ed. PUF, Paris, França, 1993, p. 235. Nesse pensamento, afirma Jiménez de Aréchaga que a atribuição de direitos e dos meios de ação para assegurá-los constitui “a verdadeira pedra de torque da personalidade jurídica internacional do indivíduo”. Cf. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*. Tecnos, Madrid, Espanha, 1980, p. 207-208.

¹⁰ Rezek, José Francisco, *Direito Internacional Público*, 9. ed. rev. Saraiva, São Paulo, Brasil, 2002, p. 146.

nos quais o indivíduo tem acesso exigem um compromisso do Estado em autorizar este acesso, bem como um vínculo jurídico de sujeição entre o Estado e o demandante, em regra, a nacionalidade¹¹.

Não obstante as balizadas críticas, o indivíduo tem a possibilidade de discutir violações de seus direitos humanos nas esferas regionais e globais, de acordo com os requisitos demonstrados a seguir.

2. O acesso aos sistemas de proteção dos direitos humanos

a. Sistema ONU

No plano internacional, a possibilidade de o indivíduo peticionar é prevista pela Convenção contra a Tortura, pelo Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, pela Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial e pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Quanto à Convenção sobre a Tortura, o dispositivo específico que cuida do acesso do indivíduo ao respectivo Comitê é o artigo 22, § 1¹². Além da autorização soberana do Estado-Parte, o peticionamento do indivíduo depende de: (1) a questão não estar sendo analisada perante outra instância internacional de investigação ou solução (artigo 22, § 5, a); (2) existir o esgotamento dos recursos internos (artigo 22, § 5, b, primeira parte), a menos que “a aplicação dos mencionados recursos se prolongar injustificadamente, ou, quando não for provável que a aplicação de tais recursos venha a melhorar realmente a situação da pessoa que seja vítima de violação da presente Convenção” (artigo 22, § 5, b, segunda parte).

¹¹ *Ibidem*, p. 146-147.

¹² Convenção sobre Tortura, artigo 22, § 1: “Todo Estado Membro na presente Convenção poderá declarar, em virtude do presente artigo, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações enviadas por pessoas sob sua jurisdição, ou em nome delas, que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado Membro, das disposições da Convenção. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado Membro que não houver feito declaração dessa natureza”.

Por sua vez, o Protocolo Facultativo foi elaborado para assegurar o cumprimento do Pacto de Direitos Civis e Políticos e realizar a habilitação do Comitê dos Direitos do Homem, a fim de receber e analisar as comunicações provenientes de particulares que se considerem vítimas de uma violação dos direitos humanos enunciados no referido Pacto Internacional. Há duas limitações presentes no artigo 1: (1) o indivíduo necessita de que o respectivo Estado em que esteja seja aderente ao Protocolo e (2) a comunicação deve se dirigir contra o Estado que seja parte no Protocolo. O Comitê não examinará a comunicação se a questão estiver sendo examinada por outra instância internacional (artigo 5, § 2, a). Além disso, como visto também na disposição anterior, é necessário o esgotamento dos recursos internos (artigo 2; artigo 5, § 2, b, primeira parte), a não ser que os processos internos excedam prazos razoáveis (artigo 5, § 2, b, segunda parte).

A Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial estabelece que toda pessoa pode invocar todos os direitos estabelecidos nela, sem qualquer distinção de raça, cor ou origem nacional. Todavia, é necessário que o Estado-Parte na Convenção também reconheça a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações enviadas por indivíduos ou grupos de indivíduos sob sua jurisdição, os quais alegam serem vítimas de ofensa a qualquer um dos direitos previstos na Convenção por um Estado-Parte (artigo 14, § 1).

Ademais, nessa Convenção Internacional também subsiste a necessidade de esgotamento dos recursos internos (artigo 14, § 2, parte final, § 7, a, segunda parte), a menos que os processos internos excedam prazos razoáveis (artigo 14, § 7, a, parte final). Há, ainda, a possibilidade de se designar um órgão interno para cuidar da questão (artigo 14, § 2), de modo que apenas haverá apreciação no âmbito internacional pelo Comitê (dentro de um prazo de seis meses) se a vítima não obtiver reparação satisfatória do órgão criado ou designado pelo Estado-Parte (artigo 14, § 5)¹³.

¹³ Ainda sobre essa Convenção, ressalte-se que o contido no artigo 15, § 1º, não restringe o direito de petição concedido aos povos por outros instrumentos internacionais ou pela própria ONU e suas agências especializadas, no caso dos objetivos da Resolução n. 1.514 (XV) da Assembléia Geral, de 14 de dezembro de 1960, não serem alcançados.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência possui um protocolo facultativo que permite o acesso do indivíduo a um Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência. Esta Convenção, adotada pela ONU em 13 de dezembro de 2006, nos termos da Resolução da Assembléia Geral no. 61/106, surge como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência¹⁴.

Simbolicamente, este instrumento internacional representa um importante elemento na luta contra a violação dos direitos humanos. Situada na quarta fase da história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, a Convenção tem como escopo transformar a pessoa com deficiência –antes objeto de políticas assistencialistas e de tratamentos médicos– em verdadeiros sujeitos, titulares de direitos de inclusão social. Busca conferir ênfase na relação da pessoa com deficiência e no meio em que ela se insere, fazendo com que a pessoa assuma uma construção coletiva, para se eliminar obstáculos às pessoas com deficiência, sejam eles culturais, físicos ou sociais, que impeçam o pleno exercício dos direitos humanos¹⁵.

A Convenção possui oito princípios inspiradores (artigo 3): (1) o respeito pela dignidade e independência inerente à pessoa, sua autonomia individual, inclusive a liberdade de tomar as próprias decisões; (2) a não-discriminação; (3) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; (4) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; (5) a igualdade de oportunidades; (6) a acessibilidade; (7) a igualdade entre o homem e a mulher e (8) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e o direito à preservação de suas identidades.

O propósito maior da Convenção está na promoção, proteção e garantia do pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência. Para tanto, a Convenção demanda dos Estados-Partes

¹⁴ Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 9. ed. rev., ampl. e atual. Saraiva, São Paulo, Brasil, 2008, p. 215.

¹⁵ *Ibidem*, p. 214-215.

uma atuação e movimentação das instituições públicas, com medidas legislativas e administrativas, para o fiel cumprimento da Convenção e dos princípios acima relacionados¹⁶.

Como acima registrado, o primeiro tratado de direitos humanos do século XXI inova quanto ao tratamento conferido à pessoa com deficiência. Ao passar de objeto a sujeito, esta inovação paradigmática espalha-se nas disposições da Convenção. Além das garantias em consonância com o direito internacional dos direitos humanos (artigo 14, inciso 2) e da determinação da participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre (artigo 24, inciso 1, alínea “c”), as pessoas com deficiência devem ser consultadas pelos Estados-Partes na elaboração e na implementação de legislação e políticas para aplicar a Convenção e em outros processos de tomada de decisão de seu interesse (artigo 4, inciso 3).

Frise-se, ademais, que a pessoa com deficiência, além dos dispositivos de participação previstos pela Convenção, pode utilizar-se do mecanismo de monitoramento dos direitos previstos neste tratado internacional, por meio do peticionamento individual. O Protocolo Facultativo à Convenção, adotado também em 13 de dezembro de 2006, reconhece a competência do Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁷ para receber e apreciar petições de indivíduos ou grupos de indivíduos vítimas de violação –por um Estado-Parte– dos direitos previstos na Convenção (artigo 1).

O artigo 2 do Protocolo Facultativo contempla os requisitos de admissibilidade: (a) a comunicação não pode ser anônima; (b) não pode constituir abuso de direito ou ser incompatível com as disposições da Convenção; (c) o peticionário não pode estar litigando em outro sistema internacional ou a matéria não pode ter sido examinada pelo Comitê;

¹⁶ Ibidem, p. 216.

¹⁷ Este Comitê é previsto pelo artigo 34 da Convenção. A composição de 12 *experts* com larga experiência em direitos humanos e em deficiência deve observar a representação geográfica equitativa, a representação dos distintos sistemas jurídicos, o equilíbrio de gênero e a participação de *experts* com deficiência. A atuação do Comitê deve ser semelhante a dos demais criados: uma atuação a título pessoal e não por representação governamental.

(d) é necessário esgotar previamente os recursos internos disponíveis, a não ser que exista prolongamento injustificado ou ausência de efetividade do recurso; (e) se a comunicação for precária ou com a ausência de fundamento e (f) se os fatos que motivaram a comunicação tiveram ocorrido antes da entrada em vigor do presente Protocolo para o Estado-Parte em apreço, salvo se os fatos continuaram ocorrendo após aquela data.

Em relação aos requisitos para o acesso direto ao Comitê, o Protocolo Facultativo, em regra, segue a conformação dos demais tratados internacionais sobre o tema, observando, nesse contexto, algumas evoluções dos sistemas regionais de proteção (a seguir expostos), como a questão da efetividade e da duração dos recursos para a regra do esgotamento das impugnações dos sistemas jurídicos nacionais.

Todavia, o Protocolo Facultativo caminha na contramão da evolução do direito internacional dos direitos humanos, na medida em que prevê a comunicação confidencial do Estado-Parte em relação à demanda que é apresentada ao Comitê (artigo 3), bem como em relação à realização de sessões fechadas para examinar as reclamações acerca da violação dos direitos contidos na Convenção (artigo 5).

Por fim, ainda que a conformação institucional do acesso do indivíduo no plano internacional, na busca contra a violação dos direitos humanos, não se consubstancie com a evolução que o direito internacional dos direitos humanos apresente, é importante registrar nominalmente o entendimento de Antonio Cassese¹⁸. Para ele, representa um notável avanço do direito internacional contemporâneo a situação jurídica do indivíduo, ainda que a capacidade jurídica comporte limitações, como acima demonstradas, pois o direito de petição individual, o qual assegura ao indivíduo o acesso direto à justiça internacional, é uma conquista definitiva do direito internacional dos direitos humanos¹⁹.

¹⁸ Cassese, Antonio, *International Law*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2001, p. 79-85.

¹⁹ Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*,... p. 485.

b. Sistema regional europeu

A Convenção de Salvaguarda de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais –conhecida como Convenção Européia de Direitos Humanos²⁰– fundamenta a proteção européia de direitos humanos. Gestada a partir da inspiração da Declaração Universal de Direitos do Homem²¹, o pacto europeu de direitos humanos constitui o modelo mais aperfeiçoado de garantia efetiva dos direitos humanos no âmbito internacional, uma vez que oferece aos indivíduos a possibilidade de controle jurisdicional acerca do respeito pelos direitos fundamentais previstos na Convenção²².

Com forte inspiração no momento histórico do pós-guerra, a Convenção Européia enquadra-se no movimento de dotar a Europa de um instrumento que abarque direitos e liberdades, bem como os valores políticos e culturais comuns dos regimes políticos que adotam o conteúdo democrático para o seu sistema²³.

A Convenção Européia conferiu à Corte Européia de Direitos Humanos (doravante E.C.H.R.)²⁴ a competência para se auto-organizar e estabelecer os termos do processo por meio do seu Regulamento. As regras processuais nele previstas são simples, sem formalismos excessivos, o que permite procedimentos de fácil compreensão²⁵.

A Convenção Européia de Direitos Humanos possui uma dupla dimensão para o acesso ao sistema regional europeu de proteção: a normativa e a institucional.

²⁰ A Convenção foi assinada em Roma no dia 4.11.1950 e entrou em vigor a partir de 3.9.1953.

²¹ Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948.

²² Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Européia de Direitos Humanos*. J. H. Mizuno, Leme, São Paulo, Brasil, 2007, p. 25.

²³ Barreto, Irineu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, 3. ed. Coimbra Editora, Coimbra, Brasil, 2005, p. 26.

²⁴ A opção metodológica que se faz nesta pesquisa é preservar a sigla em original, a fim de facilitar a pesquisa do leitor nos sites oficiais. Logo, E.C.H.R. expressa European Court Of Human Rights, o nome da Corte Européia em uma de suas línguas oficiais.

²⁵ Gaspar, António Henriques, “Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Sistema da Convenção Européia”, in: *Sub Judice: Justiça e Sociedade. Direitos Humanos no Tribunal Europeu*, no. 28. Editora Almedina, Portugal, abr./set. 2004, p. 45.

A dimensão normativa consiste na proteção emanada pelos direitos fundamentais nela previstos cujo escopo reside na preservação da integridade e da liberdade da pessoa humana. Os direitos humanos fazem remissão à identidade da pessoa humana e transcendem a proclamação contida nos textos nacionais e internacionais. Na verdade, não se cria direitos humanos, entretanto, se reconhece o direito de ser uma pessoa, valor considerado permanente e anterior a todo e qualquer ato político. Trata-se, sobretudo, do caráter objetivo dos direitos fundamentais, pois os direitos não são atribuídos em função de um estatuto revogável, mas sim pela natureza de pessoa humana. Assim, o sistema convencional transcende os interesses dos Estados e fundamenta uma solidariedade comum, que se apresenta na perspectiva da fruição e no plano da garantia dos direitos fundamentais²⁶.

Nesse aspecto, a Convenção Européia possui força jurídica vinculante sobre os Estados-Partes, de modo que ela não se contenta em apenas reconhecer os direitos fundamentais, mas os erige em categoria jurídica. Assim, pela primeira vez no âmbito do direito internacional, há um regime protetor sobre direitos fundamentais. Nessa matéria, a “jurisdicionalidade” da regra “condiciona a eficácia de sua garantia e eventual sanção pelo seu descumprimento”, demonstrando que nenhuma proteção internacional pode ser considerada séria em sua efetivação “se ela não vem acompanhada por mecanismos jurisdicionais apropriados”²⁷.

O próprio sistema regional assevera que as obrigações assumidas pelos Estados-Partes à Convenção guardam um caráter objetivo cujo escopo reside na proteção dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana contra violação cometida por qualquer Estado-Parte e não em criar direitos subjetivos e recíprocos para os próprios Estados-Partes²⁸. Posteriormente, a Corte Européia propôs –no caso *Wemhoff*

26 Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Européia...*, p. 27-29.

27 *Ibidem*, p. 28.

28 Commission Européenne des Droits De L’homme, *Rapport de la Commission (30.3.1963), République Fédérale d’Autriche contre République Italienne (Requête no. 788/60)*, p. 37. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010.

vs. *Alemanha*— uma interpretação da Convenção, a fim de alcançar o seu objetivo e não restringir em demasia a obrigação dos Estados-Partes²⁹. Nesse sentido, no caso *Lingüístico Belga*, a Corte asseverou que a proteção eficaz dos direitos humanos implicava um equilíbrio estabelecido entre “a proteção do interesse geral da comunidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais a que se atribuía importância especial”³⁰.

No relatório sobre o caso *Golder vs. Reino Unido*, a Comissão Européia realizou a defesa do caráter objetivo da Convenção, rejeitando uma interpretação restritiva de seus dispositivos que dificultasse ou impedisse a realização de seus propósitos. Para a Comissão, a consideração mais decisiva era a de que

A função primordial dessa Convenção é a de proteger os direitos do indivíduo e não a de estabelecer obrigações mútuas entre os Estados a serem interpretadas restritivamente à luz da soberania desses Estados. Ao contrário, a função da Convenção e a função de sua interpretação é a de tornar a proteção do indivíduo efetiva. É verdade que isso representa apenas o “primeiro passo” para a fiscalização e concretização dos direitos humanos como diz o Preâmbulo. Mas este fato não pode se justificar apoiado em interpretações restritivas, indo de encontro ao todo proposto³¹.

Posteriormente, no julgamento do caso *Golder vs. Reino Unido*, a E.C.H.R. corroborou a tese exposta pela Comissão Européia, isto é,

²⁹ European Court of Human Rights, Chamber, *Wemhoff vs. Germany (Application no. 2122/64)*, j. 27.6.1968. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 8.

³⁰ European Court of Human Rights, Plenary, “*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” vs. *Belgium (Application(s) nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63 e 2126/64)*, j. 23.7.1968. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 5.

³¹ European Commission of Human Rights, Application no. 4451/70, *Golder vs. The United Kingdom*, Report of the Commission. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 3.8.2010, p. 31. Tradução livre de: “the overriding function of this Convention is to protect the rights of the individual and not to lay down as between States mutual obligations which are to be restrictively interpreted having regard to the sovereignty of these States. On the contrary, the role of the Convention and the function of its interpretation is to make the protection of the individual effective. It is true that it represents only the “first steps” for the enforcement of human rights as the Preamble says. But this fact cannot be relied upon to justify restrictive interpretations running contrary to its overall purpose”.

uma interpretação da Convenção à luz de seu propósito fundamental, como um passo em direção à implementação coletiva dos direitos humanos, ao defender o direito de acesso à própria Corte para a apreciação da violação de direitos humanos³².

Nesse contexto da perspectiva objetiva do sistema regional, no âmbito da Convenção, uma hierarquia formal é estabelecida entre os direitos por ela protegidos. Trata-se da distinção entre direitos intangíveis (o núcleo intocável da Convenção) e os direitos condicionados. Os primeiros são aqueles em que os membros do sistema regional de proteção não podem restringir ou eliminar. Eles devem ser mantidos intactos, pois “beneficiam todas as pessoas, em todos os lugares, em todas as circunstâncias”. São cinco os direitos fundamentais –referentes à integridade física e moral da pessoa humana e à liberdade– que formam o padrão mínimo do direito europeu dos direitos humanos: (1) direito à vida (artigo 2); (2) direito a não ser torturado ou a não sofrer tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 3); (3) direito a não ser colocado em condição de escravidão ou ser constrangido ao trabalho forçado (artigo 4); (4) direito a não-retroatividade da lei penal (artigo 7) e (5) direito à regra do *non bis in idem* (artigo 4, Protocolo no. 7)³³.

Quanto aos demais direitos fundamentais, eles são condicionados e variam conforme as relações culturais. Eles estão suscetíveis à realização de ponderação com a “cláusula geral de ordem pública”, a qual autoriza o Estado-Parte a restringir o exercício do seu núcleo essencial, sem a sua respectiva exclusão. Esta técnica tem fundamento no artigo 15, § 1, da Convenção, ou nos parágrafos 2 de determinados dispositivos, como os artigos 8 (direito ao respeito pela vida privada e familiar), 9 (liberdade de pensamento, de consciência e de religião), 10 (liberdade de expressão) e 11 (liberdade de reunião e de associação) da Convenção, bem como, ainda, no artigo 2, §§ 3 e 4, do Protocolo no. 4.

³² European Court of Human Rights, Plenary, *Golder vs. The United Kingdom* (Application no. 4451/70), j. 21.2.1975. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, os §§ 29-36.

³³ Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Europeia...*, p. 35.

Tais tipos de direitos fundamentais formam uma espécie de “direitos comuns” de direitos humanos e o exercício do conteúdo contido no respectivo núcleo essencial dependerá do caso concreto a ser analisado cuja restrição deve estar prevista em lei e necessária em uma sociedade democrática para a proteção da ordem pública³⁴.

Em sua dimensão institucional, a E.C.H.R. possui dois tipos de controle com previsão na Convenção Européia de Direitos Humanos. O primeiro está previsto no artigo 33 da Convenção³⁵ e consiste na denúncia de um Estado-Parte do descumprimento do conteúdo da Convenção por outro Estado-Parte. Aqui, a Convenção Européia excepciona os princípios fundamentais do direito internacional clássico, como o princípio da competência nacional exclusiva (proteção diplomática), em que o vínculo nacional efetivo de um indivíduo a um determinado Estado o autoriza a acionar uma eventual proteção. Ao contrário do que estabelece tal princípio, a Convenção Européia encarrega os Estados com obrigações dissociadas ao princípio da reciprocidade internacional. Em outros termos, o Estado-Parte é obrigado a garantir os direitos protegidos aos seus nacionais, bem como aos demais indivíduos que estejam sob sua jurisdição, independentemente da nacionalidade, sendo reconhecido “como aquele que submete à apreciação da Corte uma questão relativa à ordem pública da Europa”³⁶.

Destaque-se que qualquer Estado-Parte na Convenção é competente para denunciar outro Estado-Parte por violação dos direitos e liberdades que ela consagra, independentemente de qualquer aceitação por este do direito de queixa. A possibilidade da Corte examinar uma queixa interestadual depende da reunião de vários fatores que delimitam sua competência em razão da matéria, da pessoa, do tempo e do lugar.³⁷

³⁴ Ibidem, p. 35.

³⁵ “Artigo 33. Assuntos interestaduais. Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante”.

³⁶ Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Européia...*, p. 31-2.

³⁷ Barreto, Irineu Cabral, *A Convenção Européia...*, p. 284. Destaque-se que estes fatores não coincidem nos dois tipos de queixa a que aludem os artigos 33 e 34 da Convenção.

Com efeito, o Estado-Parte autor da queixa não age como vítima ou como representante dos seus nacionais. Atua para preservar os interesses da Convenção, apresentando em uma perspectiva objetiva argumentos que interessam a ordem pública europeia. Não há, portanto, qualquer indício de reciprocidade ou de direitos e obrigações entre os Estados-Partes litigantes³⁸ e não interessa se determinado Estado-Parte não reconheça o Governo de outro Estado-Parte, em função da construção de uma ordem pública europeia³⁹.

Por outro lado, o segundo instrumento é o direito de petição previsto no artigo 34 da Convenção⁴⁰, que, atualmente, pode ser exercido por qualquer indivíduo, organização não-governamental

³⁸ Sobre o tema, ver European Court of Human Rights, Plenary. *Ireland vs. The United Kingdom (Application no. 5310/71)*, j. 18.1.1978. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, os §§ 239 e 240.

³⁹ Acerca do assunto, ver European Court of Human Rights, Chamber, *Loizidou vs. Turkey (Application no. 15318/89), Preliminary objections*, j. 23.3.1995. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 41, e também European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Cyprus vs. Turkey (Application no. 25781/94)*, j. 10.5.2001. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 62, que concede interesse de agir ao Chipre: “The Court concludes that the applicant Government have *locus standi* to bring an application under former Article 24 (current Article 33) of the Convention against the respondent State”.

⁴⁰ “Artigo 34. Petições individuais. O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito”. O texto do atual artigo 34, que permite o acesso direto à Corte, baseia-se na redação do antigo artigo 25 da Comissão Europeia de Direitos Humanos (“Artigo 25. 1. A Comissão pode conhecer de qualquer petição dirigida ao secretário-geral do Conselho da Europa por qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares, que se considere vítima de uma violação, cometida por uma das Altas Partes Contratantes, dos direitos reconhecidos na presente Convenção, no caso de a Alta Parte acusada haver declarado reconhecer a competência da Comissão nesta matéria. As Altas Partes Contratantes que tiverem assinado tal declaração obrigam-se a não por qualquer impedimento ao exercício deste direito. 2. Estas declarações podem ser feitas por prazo determinado. 3. As declarações serão remetidas ao secretário-geral do Conselho da Europa, o qual transmitirá cópias as Altas Partes Contratantes e assegurará a sua publicação. 4. A Comissão não exercerá a competência que lhe atribui o presente artigo sem que pelo menos seis Altas Partes Contratantes se encontrem vinculadas pela declaração prevista nos parágrafos precedentes”).

ou grupo de particulares que se considerem vítima de violação dos direitos reconhecidos pelo sistema europeu, cometida por qualquer um dos Estados-Partes⁴¹. Logo, podem apresentar queixa perante a Corte quaisquer pessoas individuais ou coletivas, tais como sociedades, sindicatos, partidos políticos, associações, bem como instituições religiosas e grupos de particulares que constituam uma associação informal (em geral temporária, de duas ou mais pessoas que tenham interesses idênticos)⁴².

De outra parte, o sujeito passivo dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção é sempre um Estado-Parte e nunca um particular, ainda que, em algumas situações, o autor direto da ofensa não seja o Estado⁴³.

Originariamente, o acesso direto do indivíduo era realizado perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos, que representava um contexto de relatividade e de conciliação entre interesses individuais e estatais, uma vez que o indivíduo acessava diretamente a Comissão (órgão de apuração e conciliação), mas não podia acessar diretamente o órgão jurisdicional (a E.C.H.R.). À época, a jurisdição da Corte era facultativa, e havia compartilhamento do poder decisório com o Comitê de Ministros do Conselho da Europa. No entanto, havia duas deficiências do sistema: (1) a complexidade o tornava pouco transparente para um eventual requerente e (2) o caráter híbrido –metade “jurídica” e metade “política”– afetava totalmente sua credibilidade⁴⁴.

⁴¹ Nesse aspecto, “toda pessoa, incluída as pessoas morais, sob a ‘jurisdição’ de uma Parte Contratante, que se beneficia da proteção da Convenção, tenha ela a nacionalidade dessa Parte, seja estrangeiro ou apátrida, e resida ou não no seu território”. Cf. Barreto, Irineu Cabral, “A jurisprudência do novo Tribunal Europeu de Direitos do Homem”, in: *Sub Judice: Justiça e Sociedade. Direitos Humanos no Tribunal Europeu*, no. 28. Editora Almedina, Portugal, abr./set. 2004, p. 10.

⁴² Alves, Jorge de Jesus Ferreira, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados*. Legis, Porto, Brasil, 2008, p. 298.

⁴³ European Court of Human Rights, Chamber, *Artico vs. Italy (Application no. 6694/74)*, j. 13.5.1980. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 8.3.2010.

⁴⁴ Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Europeia...*, p. 28.

Ao abrigo do antigo sistema, os casos originários propostos pelos indivíduos e organizações não-governamentais só poderiam ser analisados se o Estado-Parte tivesse reconhecido a competência da Comissão sobre a matéria, e esta apenas poderia ser decidida pela Corte se o Estado-Parte tivesse declarado a aceitação de sua jurisdição. Todos os Estados aceitaram o direito de petição individual, o qual, como mecanismo de controle instituído pela Convenção, tornou-se, de fato, uma condição para a admissão perante a Organização. Nisto, a jurisdição da Corte, como previsto no artigo 34, tornou-se obrigatória⁴⁵.

Sob a sistemática anterior, havia casos capazes de serem objeto de uma decisão judicial (porque a jurisdição da Corte poderia ser reconhecida), mas não eram necessariamente decididos, uma vez que nem a Comissão e nem o Estado-Parte submeteram a matéria à Corte, e assim foi deixado de lado pelo Comitê dos Ministros⁴⁶. Este tipo de situação, que era ligada ao fato de o indivíduo não ter competência para submeter o seu caso perante a Corte, foi sanada parcialmente pelo Protocolo n.º 9, que abriu aos requerentes individuais a possibilidade de transmitir o caso ao Tribunal, mas sob a reserva de ratificação do referido Protocolo pelo Estado demandado e da aceitação da transmissão por um comitê que realizou uma filtragem⁴⁷.

⁴⁵ Conselho da Europa, Protocolo no. 11. Introdz modificações na Convenção Européia para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/155.htm>>. Acesso em: 8.3.2010.

⁴⁶ O Comitê de Ministros possuía competência para atuar perante a Comissão Européia no caso em que esta não admitisse determinada queixa e também na hipótese de os Estados ou a Comissão não enviarem o caso à Corte, situação em que o Comitê apreciaria a existência de violação e, se comprovada, arbitraria uma reparação razoável à vítima. Ademais, o Comitê era igualmente responsável pela vigilância da execução dos acórdãos do Tribunal. Cf. Corte Européia dos Direitos do Homem, “História, organização e processo”. Novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 8.3.2010.

⁴⁷ Corte Européia dos Direitos do Homem, “História, organização e processo”..., p. 2.

A crescente carga de trabalho¹ originou debates com o intuito de simplificar a estrutura por meio da criação de uma Corte única e permanente, a fim de (a) diminuir a duração dos processos, (b) reforçar o caráter judicial do sistema e (c) torná-lo completamente obrigatório. O protocolo no. 11 –fruto destes debates²– entrou em vigor em 1º.11.1998 e previa um período de transição até 31.10.1999, no qual a Comissão cuidaria dos casos admitidos antes dessa data³.

Perante o reforço do caráter judicial do sistema, a apreciação do direito de petição como método de implementação dos direitos humanos no plano internacional deve levar em conta a legitimidade dos peticionários e as condições do uso e da admissibilidade das petições. Os dois instrumentos –tanto do artigo 33 como do artigo 34 da Convenção– são aptos a realizar a verificação de compatibilidade dos sistemas jurídicos nacionais com os ditames do conteúdo normativo previsto pela Convenção Européia, o chamado controle de convencionalidade. Todavia, inicialmente, apenas os Estados-Partes tinham a autorização para realizar tal verificação em concreto (em um

¹ O aumento crescente do número de demandas alçadas aos órgãos da Convenção na década de 1980 tornou cada vez mais difícil a tarefa de manter a duração dos processos dentro de limites razoáveis e aceitáveis. O ingresso de novos Estados contratantes agravou o quadro. Enquanto 404 casos foram registrados em 1981, 4750 foram registrados em 1997 pela Comissão. Nesse mesmo ano, a Comissão também verificou a existência de mais de 12000 processos abertos e não registrados. Por outro lado, o Tribunal refletia uma situação diferente à época: 7 casos transmitidos em 1981 e 119 no ano de 1997. Cf. Corte Européia dos Direitos do Homem. “História, organização e processo”...

² A dificuldade para responder em tempo razoável às solicitações dos indivíduos que apresentavam as suas queixas, bem como o afluxo de novos Estados –oriundos da Europa Central e Oriental– demonstravam que uma estrutura menos organizada não seria suficiente para atender a tal crescente demanda. A partir de então, com avanços e recuos, cessão e compromissos, chegou-se ao Protocolo n.º 11, com o intuito de instituir um processo mais simples, com o exame de apenas um órgão, o que reforçou o caráter judicial do sistema. Cf. Barreto, Irineu Cabral, “A jurisprudência do novo Tribunal Europeu de Direitos do Homem”..., p. 9).

³ Durante os 3 anos após a vigência do Protocolo no. 11, o Tribunal conheceu um aumento considerável na carga de trabalho: de 5979 queixas registradas em 1998, passou para 13858 em 2001, ou seja, um acréscimo de cerca de 130%. Cf. Corte Européia dos Direitos do Homem. “História, organização e processo”..., p. 3. Pelos dados estatísticos da Corte, 34500 queixas foram registradas em 2002, 38800 em 2003, 44100 em 2004, 45500 em 2005, e 50500 em 2006.

caso específico) e em abstrato, enquanto que o exercício de petição individual permitia o exame da convencionalidade apenas em concreto. É o que entendia a E.C.H.R. no caso *Golder vs. Reino Unido*⁴, em que o indivíduo não poderia suscitar à E.C.H.R. que determinada lei não era compatível com a Convenção, mas apenas poderia fazê-lo se a lei fosse aplicada em prejuízo a um direito fundamental, previsto na Convenção.

A E.C.H.R. evoluiu seu posicionamento de modo que o indivíduo pode acessar a Corte se demonstrar que uma lei supostamente contrária aos ditames da Convenção (a partir da avaliação de percepção de risco) possa lhe ser aplicada, o que feriria o seu direito fundamental em abstrato. Desse modo, qualquer indivíduo pode atacar a convencionalidade de qualquer norma geral de seu Estado. Este entendimento restou consignado no caso *Norris vs. Irlanda* (1988), em que a E.C.H.R. asseverou:

A Corte também concorda com o Governo que as condições que regem cada pedido ao abrigo do artigo 25 da Convenção não são necessariamente os mesmos que os critérios nacionais relativos ao *locus standi*. As regras nacionais a este respeito poderão servir finalidades diferentes das contempladas pelo artigo 25 e, ao mesmo tempo em que às vezes podem ter os mesmos efeitos análogos, eles não precisam ser sempre assim...

Seja como for, a Corte decidiu que o artigo 25 da Convenção habilita os indivíduos para sustentarem que uma lei viola os seus direitos por si só, na ausência de uma medida individual de implementação, se eles correm o risco de serem diretamente afetados por ela...⁵

4 European Court of Human Rights, Plenary, *Golder vs. The United Kingdom...* Ver, em especial, o seguinte trecho do § 39.

5 European Court of Human Rights, Plenary, *Norris vs. Ireland (Application no. 10581/83)*, j. 26.10.1988. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Tradução livre de: “The Court further agrees with the Government that the conditions governing individual applications under Article 25 (art. 25) of the Convention are not necessarily the same as national criteria relating to locus standi. National rules in this respect may serve purposes different from those contemplated by Article 25 (art. 25) and, whilst those purposes may sometimes be analogous, they need not always be so... Be that as it may, the Court has held that Article 25 (art. 25) of the Convention entitles individuals to contend that a law violates their rights by itself, in the absence of an individual measure of implementation, if they run the risk of being directly affected by it...”

Assim, sob o manto da Convenção Européia de Direitos Humanos, a construção de uma jurisprudência reconhecendo a autonomia do direito de petição individual vem sendo desenvolvida, o que transforma o direito ao recurso individual na pedra angular do mecanismo de salvaguarda instaurado pela Convenção⁶. Além do controle em abstrato de convencionalidade, outra conseqüência decorrente destes julgados é a interpretação do conceito de vítima, o qual deve ser visto de forma autônoma, independentemente de conceitos de direito interno.

A Corte é a única competente para decidir se o interessado é vítima para os efeitos do artigo 34 da Convenção⁷. Assim, a noção de vítima deve ser entendida de uma forma autônoma, independentemente da maneira como o ordenamento jurídico interno de cada Estado-Parte regule o interesse e a qualidade de agir. Nesse aspecto, ainda que não exista capacidade de agir em nível interno, isso não afeta a possibilidade de a vítima apresentar a própria queixa⁸.

É considerado “vítima” quem for diretamente atingido pelo ato objeto do litígio, sofrendo ou correndo o risco de sofrer os seus efeitos⁹. A qualidade de vítima não depende sempre da existência de prejuízo¹⁰, mas está associada à eficácia do recurso interno, ou seja, dependerá da compensação que o recurso interno lhe tiver concedido¹¹.

Por outro lado, o requerente deve manter a qualidade de vítima ao longo do processo e não apenas quando da apresentação da queixa. Se

⁶ Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Européia...*, p. 33.

⁷ European Court of Human Rights, Second Section, *Shamayev and Others vs. Georgia and Russia (Application no. 36378/02)*. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 293.

⁸ Barreto, Irineu Cabral, *A Convenção Europeia...*, p. 288.

⁹ European Court of Human Rights, Fourth Section, *Ünal Tekeli vs. Turkey (Application no. 29865/96)*, j. 16.11.2004. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 35.

¹⁰ European Court of Human Rights, Third Section, *Jorge Nina Jorge and Others vs. Portugal (Application no. 52662/99)*, j. 19.2.2004. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 39.

¹¹ European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Apicella vs. Italy (Application no. 64890/01)*, j. 29.3.2006. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 71.

o interesse desaparece, tendo em vista o reconhecimento e a reparação do dano, a queixa deve ser arquivada, face ao caráter subsidiário. Todavia, uma decisão favorável ao requerente não é suficiente para lhe retirar a qualidade de vítima. Aliás, mesmo com a alteração da legislação em descompasso com a Convenção, o *status* de vítima permanece se a situação criada for mantida¹².

Com efeito, um elemento importante ao qual deve ser dado enfoque é a participação da família e de pessoas próximas à vítima em temas de violação de direitos humanos. A Corte iniciou a preocupação com esse tema em função do tratamento das conseqüências da morte do requerente durante a pendência do processo perante o sistema regional. Inicialmente, a morte do requerente implicava o arquivamento da queixa, salvo se a causa fosse transmissível e os respectivos herdeiros poderiam substituir o requerente¹³.

Se a vítima está impossibilitada de agir, outra pessoa pode apresentar a queixa em nome dela¹⁴. Além dessa hipótese de representação processual, nos casos em que existe um vínculo particular e pessoal com a vítima (sem, necessariamente, ser um laço familiar), admite-se a apresentação de queixa, em nome próprio, por aqueles que se considerem “vítima indireta”. Em outras palavras, pelos que possam alegar que a violação lhes causou um prejuízo ou que têm interesse pessoal válido em que seja posto termo à ofensa. É o caso de pais e irmãos apresentados como vítimas em função do falecimento de seu parente¹⁵ ou por pessoas que conviveram em comum –como em

¹² A minuciosidade do conceito de vítima chega a ser alta, haja vista que, em se tratando de uma duração do processo excessiva, nem a transação entre as partes e nem a decisão final que não considere expressamente, para o cálculo da indenização, essa duração, fazem perder a “qualidade de vítima”. Cf. Barreto, Irineu Cabral, *A Convenção Europeia...*, p. 289.

¹³ European Court of Human Rights, Chamber, *X. vs. France (Application no. 18020/91)*, j. 31.3.1992. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 26.

¹⁴ Barreto, Irineu Cabral, *A Convenção Europeia...*, p. 291.

¹⁵ Alves, Jorge de Jesus Ferreira, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem...*, p. 299; Barreto, Irineu Cabral, *A Convenção Europeia...*, p. 291.

união estável— por um longo período¹⁶ e desejam o reconhecimento e a reparação da violação de determinados direitos fundamentais.

A questão de saber se um parente também é vítima depende de parâmetros de aferição traçados pelos casos concretos analisados pela Corte que se baseiam na existência de fatores particulares que conferem a esse parente uma dimensão e um caráter distintos da perturbação afetiva comum a esses casos. Entre esses fatores, figuram a proximidade do parentesco, as circunstâncias particulares da relação, a medida que o parente testemunhou os acontecimentos, a forma como as autoridades públicas reagiram a seus pedidos. Logo, é a atuação do parente perante as autoridades públicas na busca da resolução da questão que constitui a essência da violação e se distancia da emoção natural da perda do falecido¹⁷.

Há ainda casos em que parentes e entes próximos da vítima falecida buscam proteger a sua memória e o reconhecimento simbólico da violação de determinado direito fundamental. É o caso, por exemplo, da viúva que deseja ver seu falecido esposo considerado inocente perante a sociedade¹⁸.

Desse modo, ponderou a Corte que as condições regentes das petições individuais não coincidem com os critérios nacionais referentes ao *locus standi* (legitimidade das partes), o que transmite a idéia de autonomia do direito de petição individual no plano internacional, independentemente do plano interno. Assim, os elementos fixados por esta jurisprudência podem ser aplicados a outros procedimentos de tratados de direitos humanos que requerem a condição de vítima

¹⁶ European Court of Human Rights, Fourth Section, *Velikova vs. Bulgaria* (Application no. 41488/98), Decision of 18.5.1999. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010.

¹⁷ European Court of Human Rights, Second Section, *Koku. vs. Turkey* (Application n.º 27305/95), j. 31.5.2005. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 30.9.2008. Ver, em especial, o § 168.

¹⁸ No caso *Nölkenbockhoff vs. Alemanha*, o *Bundesverfassungsgericht* negou à viúva a possibilidade de comprovar a inocência de seu falecido esposo, razão pela qual ela ingressou perante a E.C.H.R., pleiteando a qualidade de vítima (Cf. European Court of Human Rights, Plenary, *Nölkenbockhoff vs. Germany* (Application no. 10300/83), j. 25.8.1987. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/echr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 33.

para o exercício de petição individual¹⁹, configurando o mecanismo de “fertilização cruzada” na proteção internacional dos direitos humanos²⁰.

c. Sistema interamericano

A Convenção Americana de Direitos Humanos (assinada em San José, Costa Rica, em 1969, em uma Conferência Intergovernamental celebrada pela Organização dos Estados Americanos) entrou em vigor em 1978, quando o décimo primeiro instrumento de sua ratificação foi depositado²¹.

A Convenção Americana divide-se no Preâmbulo e em três grandes partes. O Preâmbulo contém a meta de alcance das liberdades pessoais e de justiça social, a partir do respeito pelos direitos da pessoa humana e o reconhecimento da proteção internacional desses valores fundamentais. Por meio dos princípios, o Preâmbulo da Convenção busca alcançar o ideal do ser humano livre, isento do medo e da miséria, a partir da criação de condições que permitam a cada pessoa gozar dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como da máxima efetivação dos seus direitos civis e políticos. A estrutura, a competência e o processo dos órgãos encarregados da busca por este ideal estão contidos nas partes da Convenção.

O tratamento do direito de petição individual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos não dispõe do acesso universal e irrestrito do indivíduo perante a Corte Interamericana de Direitos

¹⁹ Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*,... p. 489-490.

²⁰ Sobre o fenômeno da “fertilização cruzada”, ver por todos Delmas-Marty, Mireille, *Três Desafios para um Direito Mundial*, trad. Fauzi Hassan Choukr. Lumen Júris, Rio de Janeiro, Brasil, 2003.

²¹ Dos 35 países associados à Organização dos Estados Americanos (OEA), apenas 25 ratificaram ou adotaram a Convenção Americana: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. Todavia, em 26 de Maio de 1998, Trinidad e Tobago denunciou a Convenção por uma comunicação endereçada ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Humanos (doravante Corte I.D.H.), em um primeiro momento. Neste sistema regional, o acesso universal é franqueado apenas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão I.D.H.)²².

O sistema de peticionamento é definido pelo artigo 44, em que qualquer indivíduo ou grupo de pessoas, ou ainda organização não-governamental legalmente reconhecida em um Estado-Membro da OEA pode apresentar petições que contenham denúncias ou queixas de violação dos direitos humanos previstos pela Convenção por um dos Estados-Partes.

Diferentemente da Corte Européia de Direitos Humanos, para ser objeto de “ataque” do sistema de peticionamento, o Estado-Parte deve declarar que reconhece a competência da Comissão I.D.H. para receber e examinar as comunicações de violação dos direitos humanos, nos termos do artigo 45. Caso o Estado-Parte não apresente declaração deste tipo, a Comissão I.D.H. não poderá admitir nenhuma comunicação contra ele.

O artigo 46 (inciso 1) prevê os requisitos de admissibilidade da comunicação que aponte ofensa aos direitos humanos. Para o conhecimento da petição, será necessário: (a) o esgotamento dos recursos previstos na jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; (b) a apresentação dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; (c) que não haja litispendência internacional, ou seja, que a matéria objeto da petição não esteja pendente de outro processo se solução internacional e (d) no caso de comunicação individual, de grupos ou por entidades não-governamentais legalmente registrada em um Estado-Parte da OEA, a petição deve conter o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa (ou pessoas) ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

²² A opção metodológica que se faz nesta pesquisa é preservar a sigla em original, a fim de facilitar a pesquisa do leitor nos sites e documentos oficiais, que estão em sua grande parte em espanhol. Logo, Corte I.D.H. expressa Corte Interamericana de Derechos Humanos, o nome da Corte Interamericana em uma de suas línguas oficiais, e Comissão I.D.H. expressa Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o nome da Comissão Interamericana em uma de suas línguas oficiais.

Por outro lado, o inciso 2 do artigo 46 estabelece a possibilidade de relativização do esgotamento dos recursos internos e do prazo de seis meses. Estas restrições não serão aplicadas quando: (a) não existir, no âmbito da jurisdição interna, o devido processo legal para cuidar dos direitos que estão sendo alegados como violados; (b) não ter sido permitido à suposta vítima o acesso aos recursos de jurisdição interna ou houver o impedimento de esgotamento e (c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

A Comissão I.D.H. declarará a comunicação inepta (artigo 47) quando (a) não preencher os requisitos acima elencados (estabelecidos pelo artigo 46, inciso 1); (b) não expuser os fatos caracterizadores da afronta aos direitos humanos protegidos pela Convenção; (c) pela exposição infundada ou for evidente a improcedência do pedido na comunicação; e (d) for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior já examinada pela Comissão I.D.H. ou por outra instância ou organismo internacional.

Com o decorrer da evolução do sistema interamericano, outros mecanismos de proteção dos direitos humanos facultaram o acesso do indivíduo, grupos de indivíduos e entidades não-governamentais ao sistema. O Protocolo Adicional de San Salvador determina a utilização do peticionamento individual perante a Comissão I.D.H. (e eventualmente perante a Corte I.D.H.) quando o direito à organização sindical (artigo 8º, inciso I, alínea “a”) e o direito à educação (artigo 13) forem violados por uma ação diretamente imputável a um Estado-Parte signatário do Protocolo²³.

Nessa mesma linha, a terceira parte do artigo 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura estabelece que, se as pessoas são submetidas à tortura, o caso poderá ser submetido às instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado, uma vez esgotado os procedimentos jurídicos internos.

²³ A crítica que permanece, a partir de outra leitura deste dispositivo, é a possibilidade de o sistema Comissão I.D.H./Corte I.D.H. restringir o acesso do peticionamento individual quando da violação de outros direitos, em função de uma leitura restritiva deste enunciado do Protocolo.

Com o Regulamento da Comissão I.D.H.²⁴, no seu artigo 23, a possibilidade do indivíduo, grupo de indivíduos e ONGs acessarem o sistema tornou-se institucionalmente elastecida, visto que as petições podem ser interpostas sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos em todos os tratados protetivos do sistema interamericano: na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento.

Por um lado, esse sistema de peticionamento merece ser revisto com certa urgência, uma vez que os indivíduos não estão legitimados para levar uma demanda perante a Corte I.D.H. diretamente. Dessa forma, se um Estado-Parte obteve a vitória em um assunto no âmbito da Comissão I.D.H., não há incentivo (seja pela Comissão I.D.H., seja pelo Estado-Parte) de submeter (ainda que seja outro o julgamento) à Corte I.D.H., a qual representa a única via para que todos os meios de proteção operem de forma plena²⁵.

24 Aprovado pela Comissão em seu 109º período extraordinário de sessões, realizado de 4 a 8 de dezembro de 2000, e modificado em seu 116º período ordinário de sessões, realizado de 7 a 25 de outubro de 2002, em seu 118º período ordinário de sessões, realizado de 6 a 24 de outubro de 2003 e em seu 126º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2006.

25 Pacheco Gómez, Máximo, “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral de siglo XXI*, Memoria del Seminario, 23 y 24 de Noviembre de 1999 2. ed., tomo I, Relator: Antônio Augusto Cançado Trindade. Corte I.D.H., San José, Costa Rica, 2003, p. 79. Este caminho entre a Comissão I.D.H. e Corte I.D.H., que se mostra delicado, ante a possibilidade da primeira não submeter à análise da violação dos direitos humanos para a segunda, foi objeto de preocupação na competência consultiva, exarada pela Corte I.D.H. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13.11.1985. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em 8.3.2010. Ver, em especial, o § 26).

A violação dos direitos humanos conduz o sujeito à posição central do sistema, na medida em que as atrocidades cometidas despertam a consciência jurídica dos povos para a necessidade de revisar as próprias bases do sistema internacional. Esta mudança corresponde ao reconhecimento da necessidade de que todos os Estados respondam pela maneira como tratam as pessoas que se encontram sob sua jurisdição, a fim de evitar novas ofensas aos direitos humanos²⁶.

A sentença de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos serve para um amplo propósito, pois não apenas resolve as questões jurídicas suscitadas em um caso concreto, mas também tem o escopo de esclarecer e desenvolver o sentido das normas de direitos humanos e, desse modo, contribuir para a sua obediência pelos Estados-Partes²⁷.

Com essa orientação, no caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, a Corte I.D.H. consagrou a natureza jurídica e o alcance do direito de petição individual. Além de resgatar a posição do sujeito como parte central do sistema jurídico, assevera que o direito de petição contribui para assegurar o respeito pelas obrigações de caráter objetivo que vinculam os Estados-Partes, incluindo a influência na mudança do sistema jurídico interno e da prática dos órgãos públicos do Estado. Afirma, ainda, que a legitimidade do direito de petição estende-se a todo e qualquer peticionário, inclusive pode prescindir da manifestação da própria vítima, o que amplia a eficácia de sua abrangência, isto é, além de qualquer pessoa –nacional, estrangeiro, refugiado ou apátrida– poder peticionar, necessariamente não precisa ser vítima, podendo resguardar o direito de terceiros²⁸.

Foi o que aconteceu no caso em análise, em que a entidade peticionária –FASIC, entidade não-governamental com registro

26 Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*,... p. 486-488.

27 European Court of Human Rights, Plenary, *Ireland vs. The United Kingdom*... Ver, em especial, o § 154.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 4.9.1998 (excepciones preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, os §§ 4-5 e 26.

no Chile– não precisou adequar-se aos requisitos legais de um determinado ordenamento jurídico interno, pois supriu o requisito exigido pelo artigo 44 da Convenção Americana: é registrada em um dos países membros da OEA. Além de demonstrar a característica da desnacionalização²⁹, a proteção dos direitos humanos acionada pelo exercício do direito de petição individual se efetua à luz da noção de garantia coletiva, demonstrando o amplo alcance conferido ao artigo 44 da Convenção³⁰.

Nesse caso específico, restou de forma emblemática a posição de Antônio Augusto Cançado Trindade, à época Juiz da Corte I.D.H., na defesa do direito de peticionamento individual. Para ele, cada uma das ações realizadas pelas instituições no contexto do direito internacional dos direitos humanos tem contribuído, a seu modo, para o gradual fortalecimento da capacidade processual do demandante na esfera internacional³¹.

A noção de “vítima” tem experimentado considerável expansão, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, principalmente por meio da construção jurisprudencial dos órgãos de proteção internacionais, os quais passaram a especificar em vítimas diretas e indiretas, vítimas potenciais, isto é, a que demonstram um interesse pessoal potencial reconhecidamente na solicitação de seus direitos³².

²⁹ Este amplo acesso também restou consignado na Segunda Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana (de 24.9.1982), em que foi invocada esta particularidade como demonstração da grande importância atribuída pela Convenção Americana às obrigações dos Estados-Partes em relação aos indivíduos, sem a intermediação de outro Estado. Nesse sentido, ver em especial o § 32. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82, 24.9.1982. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 8.3.2010).

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 4.9.1998 (excepciones preliminares). Voto do Juiz Cançado Trindade. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, os §§ 30-33.

³¹ *Ibidem*. Ver, em especial, o § 23.

³² *Ibidem*. Ver, em especial, o § 16.

O sistema interamericano possui suas peculiaridades que o distingue dos demais sistemas regionais e globais de proteção dos direitos humanos. Nesse contexto, a Convenção Americana avança em relação aos demais, em especial na legitimidade das partes para a causa. Ela amplia o direito de petição inclusive para terceiros, em função de o tratamento particular que a violação dos direitos contidos na Convenção se apresenta – detidos incomunicáveis ou desaparecidos, dentre outras situações³³.

O direito de petição individual abriga a última esperança dos que não encontram justiça no nível nacional. Aqui, cabe transcrever trecho do voto do Juiz Cançado Trindade:

En las audiencias públicas ante la Corte Interamericana, en distintos casos, –sobre todo las audiencias relativas a reparaciones–, me ha llamado particularmente la atención el señalamiento, cada vez más frecuente, por parte de las víctimas o de sus familiares, en el sentido de que, si no fuese por el acceso a la instancia internacional, jamás se hubiera hecho justicia en sus casos concretos. Seamos realistas: sin el derecho de petición individual, y el consecuente acceso a la justicia a nivel internacional, los derechos consagrados en la Convención Americana se reducirían a poco más que letra muerta. Es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que los derechos consagrados en la Convención se tornan *efectivos*³⁴.

Embora ainda não tenha o acesso universal do sujeito à Corte I.D.H., o sistema interamericano desenvolveu evoluções em torno da participação do indivíduo perante o processo de tomada de decisão em matéria de direitos humanos ao longo de sua caminhada institucional. No ano de 2001, uma reforma do Regulamento da Corte I.D.H. permitiu a participação do indivíduo de forma plena, quando o processo já estivesse no âmbito de apreciação da Corte I.D.H.³⁵.

³³ Ibidem. Ver, em especial, o § 28.

³⁴ Ibidem. Ver, em especial, o § 35.

³⁵ Cf. Cançado Trindade, Antônio Augusto, “El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos”, in: *Revista Universitas / Relações Internacionais*, vol. I, no. 2. Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), Brasília, Brasil, jan./jul. 2003, p. 09-39. O primeiro Regulamento da Corte foi aprovado pelo Tribunal em seu III Período Ordinário de Sessões, celebrado de 30 de junho a 9 de agosto de 1980. A Corte reformou o

Durante o seu Octogésimo Segundo Período Ordinário de Sessões, na sessão celebrada no dia 29 de janeiro de 2009, a CORTE I.D.H. apresentou a Exposição de Motivos da Reforma Regulamentar³⁶. Nesse documento, a Corte I.D.H. reconhece que se encontra inserida em um processo de reforma regulamentar cuja primeira fase foi concluída com as modificações expostas nesse documento.

Nesse momento institucional, a Corte I.D.H. abriu-se para o diálogo em fóruns acadêmicos e institucionais de discussão, bem como fortaleceu suas relações de intercâmbio e debates com os Estados-Membros da OEA, com a Comissão I.D.H. e com a sociedade civil, aceitando sugestões e comentários críticos dos diversos atores e usuários do sistema interamericano sobre a reforma de seu Regulamento.

Dentre os temas objeto de modificação³⁷, o tratamento conferido à “vítima” e a participação de *amicus curiae* no processo de tomada de decisão são os assuntos que mais possuem identidade com o objeto desta pesquisa.

A partir dessa alteração, com vistas a fortalecer a participação da suposta vítima no processo, a Corte I.D.H. considerou oportuno reformar o Regulamento, de modo que as declarações da suposta vítima não sejam consideradas provas testemunhais, isto é, não precisam ser juramentadas. Assim, as declarações das supostas

Regulamento em seu XXIII Período Ordinário de Sessões, celebrado de 9 a 18 de janeiro de 1991; em seu XXXIV Período Ordinário de Sessões, celebrado de 9 a 20 de setembro de 1996; em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 25 de novembro de 2000; e em seu LXI Período Ordinário de Sessões, celebrado de 20 de novembro a 4 de dezembro de 2003.

³⁶ Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 28.3.2009.

³⁷ Foram objeto de reflexão os seguintes temas: procedimento de supervisão de cumprimento de sentenças; procedimento de supervisão de medidas provisórias; celebração de sessões da Corte fora de sua sede; oportunidade processual para apresentar *amicus curiae*; apresentação de escritos por meios eletrônicos; prazos para a apresentação do escrito de petições, argumentos e provas e do escrito de contestação da demanda; prazo para a apresentação dos anexos aos escritos submetidos pelas partes; prova testemunhal e pericial, momento processual oportuno para substituir o perito ou a testemunha e momento processual oportuno para impugná-los; e qualidade da declaração da vítima de um caso.

vítimas serão valoradas, no contexto do caso, tomando em conta as características especiais das declarações.

A Corte I.D.H. considerou apropriado omitir do regulamento qualquer referência aos familiares das supostas vítimas, uma vez que, de acordo com os precedentes da Corte I.D.H., em determinadas circunstâncias, os familiares também serão considerados vítimas e, posteriormente, poderão ser credores de reparações que a Corte I.D.H. possa estabelecer no futuro. Desse modo, esses familiares serão considerados como supostas vítimas e lhes serão aplicáveis todas as disposições regulamentares referentes a esta situação.

Por outro lado, quanto à participação dos *amicus curiae*, a instituição do artigo 41³⁸ no Regulamento da Corte I.D.H. confirmou o novo colorido que o processo de tomada de decisão em matéria de direitos humanos possui com o fluxo comunicativo dos participantes oriundos da sociedade civil.

Logo, a participação do indivíduo (como suposta vítima ou interessado no processo), torna-se relevante para a construção da esfera pública em matéria dos valores fundamentais, em especial na formulação jurisprudencial do direito internacional dos direitos humanos.

3. A construção jurisprudencial dos sistemas regionais a partir da atuação do sujeito: condições de possibilidade de formação de uma esfera pública mundial em matéria de direitos humanos

Os mecanismos coletivos de apuração da responsabilidade internacional do Estado em função da ofensa a direitos humanos têm

³⁸ O escrito de quem deseje atuar como *amicus curiae* poderá ser apresentado ao Tribunal, junto com seus anexos, em qualquer momento do processo contencioso, desde que dentro dos 15 dias posteriores à celebração da audiência pública. Nos casos em que não for celebrada audiência pública, deverão ser remetidos dentro dos 15 dias posteriores à Resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais e prova documental. O escrito de *amicus curiae*, junto com seus anexos, será levado de imediato ao conhecimento das partes para sua informação, com prévia consulta à Presidência.

sua importância devido ao efeito preventivo e à força interpretativa e simbólica que tais decisões criam na consolidação do conteúdo das normas de proteção dos direitos humanos³⁹.

Nesse aspecto, as cortes internacionais fortalecem sua atuação a partir da resolução dos *hard cases*. A Corte I.D.H. não atua de forma diferente, pois realiza a construção da jurisprudência interamericana a partir dos casos difíceis e da análise das opiniões consultivas. Além da citação de precedentes das próprias cortes, como canais habituais de interpretação das normas nos diversos casos, a fim de demonstrar elementos de coerência dentro de uma série, verifica-se uma predisposição da Corte I.D.H. para encontrar a solução. Assim, a Convenção é “esclarecida” pela atividade judicial (consultiva e contenciosa) exercida pela Corte I.D.H.⁴⁰ de tal modo que o precedente se alça com fonte do direito internacional.

A interpretação dos mecanismos da Convenção Americana deve se orientar pela manutenção da esfera de atuação da Corte I.D.H., pois seria inadmissível subordinar tais mecanismos a restrições que tornem inoperante a função jurisdicional e, portanto, o sistema de proteção dos direitos humanos consagrado pela Convenção. A Corte I.D.H. tem a competência, que é inerente e que atende a um imperativo de segurança jurídica, de determinar o alcance de sua própria jurisdição⁴¹.

Nesse aspecto, como assinala a Corte I.D.H. nos casos *Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein*, ambos contra o Peru:

Los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se

³⁹ Ramos, André de Carvalho, *Direitos humanos em juízo*. Max Limonad, São Paulo, Brasil, 2001; Correia, Theresa Rachel Couto, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Juruá, Curitiba, Brasil, 2008, p. 106.

⁴⁰ Correia, Theresa Rachel Couto, *Corte Interamericana...*, p. 152-153.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*, excepciones preliminares, 1.9.2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 82, e Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, 11.3.2005. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 9.

aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tal como la referente a la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal. Tal cláusula, esencial a la eficacia del mecanismo de protección internacional, debe ser interpretada y aplicada de modo que la garantía que establece sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos... y su implementación colectiva⁴².

Com efeito, a construção jurisprudencial do sistema interamericano⁴³ tem permitido uma dinâmica de expansão dos direitos humanos na medida em que desenvolve a jurisprudência no aspecto procedimental, abordando o valor e o peso da prova, a questão do esgotamento das vias internas bem como fortalece o valor jurídico na sua dimensão substancial, reforçando o dever dos Estados-Partes de proteger e garantir direitos, normas de processo e balizando os critérios de reparação⁴⁴.

O método de interpretação que leva em consideração as normas de direito internacional geral interage com o princípio da primazia do texto, isto é, na aplicação de critérios objetivos de interpretação. Em matéria de proteção dos direitos humanos, os critérios objetivos de interpretação são mais idôneos, vinculados aos textos, do que

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*, competencia, 24.9.1999. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 36; e Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia, 24.9.1999. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 37.

⁴³ Para Flávia Piovesan, a Corte I.D.H. possui quatro categorias em que seus casos podem ser enquadrados: (1) questões sobre o Regime Militar (como o caso Velásquez); (2) questões acerca da Justiça de Transição; (3) discussões sobre aspectos institucionais (como o caso do Tribunal Constitucional do Peru); (4) casos que envolvem grupos e minorias, com caráter difuso. A autora expôs este ponto de vista no 1o. Simpósio Distrital de Direitos Humanos, promovido pela Comissão de Direitos Humanos da Seccional, com o tema Vida com Dignidade, que marca o aniversário de 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 16.10.2008, Brasília. Esta temática pode ser vista também em Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional...*,

⁴⁴ Correia, Theresa Rachel Couto, *Corte Interamericana...*, p. 116.

às intenções das partes (critérios subjetivos), na medida em que tais tratados não são multilaterais, para benefício mútuo entre os Estados-Partes, mas cujo escopo é direcionado para a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente da nacionalidade, frente ao seu próprio Estado ou a outros Estados-Partes⁴⁵.

A ênfase ao critério objetivo de interpretação em matéria de direitos humanos é o típico caso de “fertilização cruzada”, uma vez que este método de interpretação coincide com a jurisprudência de outros órgãos jurisdicionais, pois a defesa desse critério foi feita em outras instâncias internacionais. Todavia, esse método ganhou notoriedade com a sua adoção pela E.C.H.R. nos casos *Irlanda vs. Reino Unido*, de 18.1.1978⁴⁶, *Soering vs. Reino Unido*, de 26.1.1989⁴⁷, e *Loizidou vs. Turquia*, de 23.3.1995⁴⁸. Estes precedentes da E.C.H.R. foram citados pela CORTE I.D.H. nos casos *Constantine y otros*, *Benjamin y otros* e *Hilaire y otros*, todos contra *Trinidad y Tobago*⁴⁹.

É necessário, também, ressaltar a importância da atuação do indivíduo na construção da jurisprudência em sede de direitos humanos, pois a sua participação é tanto desejável como necessária para o desenvolvimento do sistema⁵⁰. Em várias demandas, o exercício do direito de petição tem ido mais além, resultando em mudanças no sistema jurídico interno e na prática dos órgãos públicos do Estado.

⁴⁵ “Criterios de la corte interamericana de derechos humanos (1974-2004)”, in: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*. Corte I.D.H., San José, Costa Rica, 2005, p. 622, especialmente nota no. 202.

⁴⁶ European Court of Human Rights, Plenary, *Ireland vs. The United Kingdom...*

⁴⁷ European Court of Human Rights, Plenary, *Soering vs. The United Kingdom (Application no. 14038/88)*, j. 7.7.1989. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 8.3.2010.

⁴⁸ European Court of Human Rights, Chamber, *Loizidou vs. Turkey...*

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, excepciones preliminares, 1.9.2001. Ver, em especial, o § 87; Corte I.D.H., *Caso Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, excepciones preliminares, 1.9.2001. Ver, em especial, o § 87; e Corte I.D.H., *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago*, excepciones preliminares, 1.9.2001. Ver, em especial, o § 96. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 8.3.2010.

⁵⁰ Correia, Theresa Rachel Couto, *Corte Interamericana...*, p. 127.

Um dos principais julgados apreciados pela E.C.H.R. é o caso *Loizidou vs. Turquia*, levado à época pelo Chipre⁵¹, em função da senhora Loizidou ter realizado o peticionamento individual perante a Comissão Européia de Direitos Humanos. Nesse caso, a E.C.H.R. assentou a noção de “ordem pública européia”, conceito que revela as exigências essenciais de uma vida em sociedade. Trata-se do estabelecimento de um conjunto de regras tidas como fundamentais para a concretização da sociedade européia, de modo que esta decisão determina as condições de formação da ordem pública européia e a sua respectiva função⁵².

A ordem pública européia se perfaz em torno de valores comuns, revelados por ações institucionais e pela interpretação do juiz europeu. Nesse aspecto, a conexão entre a Convenção Européia e a noção de ordem pública é estabelecida pela E.C.H.R., quando leva em conta o caráter especial da Convenção Européia como um instrumento de ordem pública para a proteção da pessoa humana e garantir a observância dos compromissos assumidos pelas “Altas Partes Contratantes”⁵³.

Ressalte-se que a Convenção Européia não se resume a apenas a simples engajamentos interestatais, mas ela assegura, em nome de valores comuns e superiores aos Estados-Partes, a proteção dos interesses dos indivíduos, obrigações positivas perante os próprios Estados, não pelo consentimento destes, mas em função das conexões realizadas em nome daqueles. Isso porque o caráter objetivo da Convenção, instrumento de proteção da pessoa humana, funda-se na solidariedade comum e opõe-se ao princípio geral de reciprocidade do direito internacional⁵⁴.

⁵¹ A Convenção Européia continha dispositivo –o ex-artigo 48, alínea “b”– que permite uma ação por parte do Estado diante da E.C.H.R., para levar o peticionamento individual que a suposta vítima interpôs perante a Comissão Européia de Direitos Humanos.

⁵² Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Européia...*, p. 59.

⁵³ European Court of Human Rights, Chamber, *Loizidou vs. Turkey...* Ver, em especial, o § 93.

⁵⁴ Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Européia...*, p. 60.

Desse modo, a Convenção Européia deve ser lida em função de seu caráter específico de tratado de garantia coletiva de direitos humanos e de liberdades fundamentais, uma vez que a sua natureza de instrumento de salvaguarda dos direitos humanos exige que as suas disposições sejam interpretadas de modo a torná-las efetivas. Além disso, é importante ressaltar que toda e qualquer interpretação dos direitos e liberdades garantidos tem de ser compatível com “o espírito geral da Convenção, um instrumento concebido para manter e promover os ideais e os valores de uma sociedade democrática”⁵⁵.

O direito de peticionamento no âmbito do sistema regional europeu estabelece uma verdadeira ação pública e encarrega as partes contratantes de assegurar a salvaguarda de direitos humanos, de maneira coletiva e solidária, uma vez que o peticionário, ao exercer essa função, o faz não apenas em interesse próprio, mas para definir e proteger valores comuns, estabelecidos pela irradiação do próprio sistema⁵⁶.

Com efeito, ao afirmar que o espírito geral da Convenção Européia é o de “salvaguardar e promover os ideais e valores de uma sociedade democrática”⁵⁷, a E.C.H.R. coloca a “sociedade democrática” em valor central da ordem pública européia⁵⁸, enumerando, por meio da interpretação, os princípios estruturais desse modelo de sociedade: (a) o princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁹; (b) o princípio da proeminência do direito⁶⁰; (c) o princípio do pluralismo⁶¹; e (d) o

⁵⁵ European Court of Human Rights, Plenary, *Soering vs. The United Kingdom...* Ver, em especial, o § 87.

⁵⁶ Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Européia...*, p. 60.

⁵⁷ European Court of Human Rights, Chamber, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen vs. Denmark (Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72)*, j. 7.12.1976. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 53.

⁵⁸ Em especial, ver European Court of Human Rights, Plenary, *United Communist Party of Turkey and others vs. Turkey (Case number 133/1996/752/951)*, j. 30.1.1998. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 8.3.2010.

⁵⁹ European Court of Human Rights, Chamber, *S.W. vs. The United Kingdom (Application no. 20166/92)*, j. 22.11.1995. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 44.

⁶⁰ European Commission of Human Rights, *Golder vs. The United Kingdom...* Ver, em especial, o § 58.

⁶¹ Ver, em especial, European Court of Human Rights, Plenary, *United Communist Party of Turkey and others vs. Turkey (Case number 133/1996/752/951)*, j.

princípio da não-discriminação⁶². A E.C.H.R. elenca os artigos 2 e 3 da Convenção Europeia como os que contêm as disposições mais fundamentais. Embora a ordem pública europeia não seja formada apenas por esses princípios, eles são portadores dos valores comuns essenciais e constituem a estrutura fundamental da ordem pública europeia de direitos humanos, constituindo os princípios diretores de toda a atividade dos Estados⁶³.

A formação da ordem pública europeia tem como norte a vontade progressista apresentada pela construção da jurisprudência da E.C.H.R., que busca assegurar a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos humanos. Restou consignado no caso *Loizidou* que a Convenção Europeia necessita de uma interpretação que torne as exigências concretas e com efetividade, o que acarreta uma interpretação evolutiva da Convenção, considerada um instrumento vivo, a ser interpretado sob o manto das condições de vida atuais⁶⁴. O interesse da construção jurisprudencial realizada por este caso é aquele de precisar que esta interpretação evolutiva não se limita às disposições normativas da Convenção, mas permite ajustá-la à evolução de idéias e costumes, inclusive sobre o próprio controle jurisdicional⁶⁵.

Nesse contexto, a função da ordem pública europeia possui duas dimensões: (a) uma dimensão procedimental e (b) uma dimensão material. A função procedimental situa-se claramente na decisão do caso *Loizidou*, a qual confere à Convenção a missão de defender a ordem pública europeia. Em consonância com o disposto no corpo da decisão, as disposições procedimentais referentes ao direito de recurso individual e à jurisdição obrigatória da E.C.H.R. são disposições

30.1.1998. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 8.3.2010. Ver, em especial, o § 43.

62 European Court of Human Rights, Plenary, “*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” vs. *Belgium*... Ver, em especial, o § 10.

63 Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Europeia*..., p. 61.

64 European Court of Human Rights, Chamber, *Loizidou vs. Turkey*, (*Application no. 15318/89*), *Preliminary objections*, j. 23.3.1995. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 25.6.2008. Ver, em especial, os §§ 71 e 72.

65 Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Europeia*..., p. 61.

essenciais para a efetividade desse sistema regional⁶⁶, de modo que a ordem pública europeia, estruturada sobre esses fundamentos, prevalece sobre o princípio da autonomia da vontade estatal. Logo, esta ordem pública determina a total submissão do Estado-Parte ao controle da Convenção, tornando sem efeito as regras de direito internacional clássicas, utilizadas pelo Estado⁶⁷.

Por outro lado, a função material da ordem pública europeia impede que um acordo celebrado com um terceiro Estado possa gerar efeitos contrários à Convenção. Trata-se, sobretudo, de um parâmetro objetivo de exposição dos valores comuns do instrumento de proteção e a ponderação com as normas externas, as quais, se apontarem qualquer ameaça de violação, serão afastadas pela atuação do juiz europeu⁶⁸.

Esta função material da ordem pública europeia, principalmente no tocante à compatibilidade com as exigências e preceitos normativos das ordens jurídicas dos demais Estados, é construída pelo peticionamento individual, em associação com os valores principais estatuídos pela Convenção Europeia, como o direito à vida (artigo 2) e a proibição de tortura (artigo 3).

No sistema interamericano, o direito de petição individual tem se constituído em um instrumento efetivo, não apenas para enfrentar casos individuais, mas também para combater violações maciças e sistemáticas dos direitos humanos^{69/70}.

Não obstante a ausência de previsão para o acesso direto do peticionamento individual à Corte, existem dois casos em que o acesso à jurisdição da Corte I.D.H., para a discussão de um novo tema, se deu

⁶⁶ European Court of Human Rights, Chamber, *Loizidou vs. Turkey (Application no. 15318/89), Preliminary objections...* Ver, em especial, os §§ 70 e 93.

⁶⁷ Lima, José Antonio Farah Lopes de, *Convenção Europeia...*, p. 62-3.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 63.

⁶⁹ Os casos Velásquez, Fairén Garbí y Solís Corrales e Godínez versus Honduras demonstram a preocupação da Corte I.D.H. com a proteção da pessoa humana; e são os primeiros *hard cases* enfrentados pelo sistema interamericano acerca das afrontas do regime militar na América Latina.

⁷⁰ Cançado Trindade, Antônio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...* p. 486-491.

sem passar pelo crivo da Comissão I.D.H. e dos Estados-Partes. Foi quando o processo estava em trâmite na Corte I.D.H., antes da primeira reforma do seu Regulamento⁷¹.

O primeiro caso diz respeito à concessão de Medidas Provisórias de Proteção previstas no artigo 63, inciso 2, da Convenção e no artigo 25 (atual artigo 26) do Regulamento da Corte I.D.H., requerida pela magistrada Delia Revoredo Marsano de Mur, destituída do Tribunal Constitucional do Peru. A parte submeteu em 3.4.2000 petição dirigida à Corte, a fim de obter proteção em face da perseguição política de todo o aparato institucional do Estado peruano. Em 7.4.2000, pela primeira vez foi concedida uma Medida Provisória pelo Presidente da Corte, *ex officio*, a fim de evitar danos irreparáveis à parte, ante a extrema gravidade e urgência do caso concreto⁷².

De forma semelhante, atuou a Presidência da Corte no caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, em que Michelangela Scalabrino⁷³, como terceira na defesa dos interesses de María Elena Loayza Tamayo, requereu que medidas fossem tomadas para a satisfação do débito que o Estado peruano possuía em relação à vítima, bem como que cessasse a perseguição política instalada sobre ela, a fim de lhe propiciar o direito a uma vida digna⁷⁴.

⁷¹ Apenas a partir da reforma do regulamento que as partes passaram a ter acesso livre no âmbito da Corte I.D.H., em temas de argumentos e atuação, após o processo lá ter ingressado.

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, medidas provisionales de protección, resolución del Presidente de la Corte I.D.H., 7.4.2000. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 8.3.2010.

⁷³ A requerente atuou como representante acreditada da vítima, a partir da autorização da irmã da vítima, Carolina Loayza Tamayo, cuja previsão está no artigo 23, inciso 1, do Regulamento: “Depois de admitida a demanda, as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados poderão apresentar suas petições, argumentos e provas de forma autônoma durante todo o processo”.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, medidas provisionales de protección, resolución del Presidente de la Corte I.D.H., 13.12.2000. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 8.3.2010.

Em ambos os casos, percebe-se que mesmo sem a autorização semelhante à prevista pela Convenção Européia de Direitos Humanos, a Corte I.D.H., por meio da interpretação da Convenção Americana e demais diplomas normativos, permitiu a atuação de indivíduos diretamente no âmbito do processo de tomada de decisão. Estes indivíduos, muito embora sem a personalidade jurídica no âmbito internacional, atuaram de forma decisiva na formulação de decisão como “atores privados cívicos” na interação com o sistema.

Por outro lado, a Corte I.D.H. tem considerado suas opiniões consultivas como fonte jurisprudencial de direito internacional para resolver numerosos casos contenciosos. Nesse aspecto, as opiniões consultivas da Corte I.D.H. têm, em geral, um valor análogo às sentenças dos tribunais internacionais para os Estados que não são partes do contencioso dos direitos humanos isto é, as opiniões não são obrigatórias diretamente para eles, mas representam uma interpretação autêntica do direito internacional, e, como fonte do direito internacional, devem ser vistas como normas pelos Estados americanos para o cumprimento de suas respectivas obrigações internacionais⁷⁵.

Em relação às opiniões consultivas, também não podem passar despercebidas as participações de diversos atores –indivíduos, atores públicos, atores privados, *experts*, representante de organizações não-governamentais– na apresentação de pontos de vista perante as audiências públicas no processo de sua formação⁷⁶. Desse modo, alguns indivíduos apresentaram seus pontos de vista nas audiências

⁷⁵ Nikken, Pedro, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, in: Corte I.D.H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral de siglo XXI...*, p. 174-176.

⁷⁶ Cançado Trindade, Antônio Augusto, “El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”..., p. 28-29.

públicas das Opiniões Consultivas (OC)⁷⁷ n.º(s) 4/84⁷⁸ e 5/85⁷⁹; no procedimento relativo à OC-13/93⁸⁰, quatro representantes de três ONGs participaram; na OC-14/94⁸¹, dois membros de duas ONGs intervieram e na OC-15/95⁸², dois representantes de duas ONGs participaram.

No entanto, a Opinião Consultiva n.º 16/99⁸³ se mostrou de extrema relevância em uma perspectiva histórica, uma vez que contou com um procedimento consultivo extraordinariamente rico, no qual houve a intervenção de atores públicos⁸⁴, bem como de outros atores privados e *experts*, que fizeram uso da palavra: sete representantes de quatro ONGs (nacionais e internacionais) de direitos humanos; dois indivíduos de uma ONG que luta pela abolição da pena de morte; dois representantes de uma entidade (nacional) de advogados; quatro professores universitários (em qualidade individual) e três indivíduos em representação de um condenado à pena de morte. Esses dados revelam o acesso do indivíduo no processo de tomada de decisão no

77 Os resumos das opiniões consultivas foram retirados de Correia, Theresa Rachel Couto, *Corte Interamericana...*, p. 139-141.

78 Pondera sobre a possibilidade de só solicitar pareceres sobre leis vigentes e não projetos de lei, no entanto, inclui que estaria sua função consultiva indevidamente limitada.

79 Elabora conceito sobre liberdade de expressão e de pensamento no contexto da obrigatoriedade de ingresso na associação de jornalistas.

80 Determina que a Comissão I.D.H. é competente para qualificar uma norma de direito interno como violadora das obrigações por este assumidas ao ratificar a Convenção, mas não para determinar se tal norma contradizia ou não o ordenamento jurídico interno.

81 A expedição de uma lei manifestamente contrária às obrigações de um Estado-Parte na Convenção constitui uma violação desta e gera responsabilidade internacional do Estado, caso afete os direitos consagrados na Convenção.

82 Determina que a Comissão I.D.H. não pode modificar as opiniões, conclusões e recomendações enviadas ao Estado em questão, exceto em circunstâncias excepcionais, e que em nenhuma situação a Comissão I.D.H. pode emitir um terceiro relatório.

83 Vincula o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal e acrescentou que sua inobservância acarreta uma privação arbitrária do direito à vida nos casos de imposição e execução da pena de morte.

84 Os seguintes Estados participaram: México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguai, República Dominicana e Estados Unidos.

âmbito do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, demonstrando o caráter de ordem pública desses procedimentos⁸⁵.

Logo, diante da conformação dos sistemas regionais, verifica-se que a construção jurisprudencial a partir do peticionamento individual deve levar em conta a formação de uma esfera pública em matéria de direitos humanos.

A esfera pública é definida por Jürgen Habermas como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões”, em que os fluxos comunicativos “são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”⁸⁶.

A esfera pública não se equipara à sociedade; é apenas um elemento dela, que se reproduz a partir do agir comunicativo, no contexto de uma linguagem comum, em sintonia com a compreensão da prática comunicativa cotidiana. A esfera pública se conecta a funções gerais de reprodução do mundo da vida, ou a diferentes aspectos de validade do saber comunicativo por meio da linguagem comum. Entretanto, a esfera pública não se especializa em uma direção específica, pois constitui uma estrutura comunicativa “do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana”⁸⁷.

Os que atuam comunicativamente alimentam a esfera pública por meio de suas interpretações “negociadas cooperativamente”, pois qualquer ambiente que se nutre da liberdade comunicativa que uns concedem aos outros se movimenta num espaço público, constituído através da linguagem⁸⁸.

⁸⁵ Cançado Trindade, Antônio Augusto, “El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...”..., p. 28-29.

⁸⁶ Habermas, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Vol. II, 2. ed., trad. Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, Brasil 2003, p. 92.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 92.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 92-3.

Nesse contexto, a criação de uma esfera pública em matéria de direitos humanos se faz necessária, na medida em que os sujeitos, diante de seu papel na formulação do peticionamento individual, podem almejar construir uma linguagem comum, para a proteção dos valores fundamentais expostos nos sistemas de proteção dos direitos humanos. Essa esfera pública deve incluir todos aqueles que buscam proteger e resguardar o conteúdo desrespeitado pelo agente violador, independentemente do tipo de sujeito que se apresenta perante o processo de tomada de decisão.

Com isso, novas perspectivas de compreensão e práticas nos processos em matéria de direitos humanos se apresentam, em que os instrumentos mais finos com os que se articulam e formulam os interesses das minorias já estão preparados, devendo, tão somente, ser “afinados” para alcançar uma interpretação dos valores fundamentais plurais e efetivos, isto é, conseguir um “processo público” por meio dessa interpretação⁸⁹.

Compreender essa interpretação como um processo público não só tem seus limites, como também encerra certos perigos, tendo em vista que se apresenta como uma potente “dinamização” do “direito posto”. A conseqüência disto é o que “se transcreve” e acaba sendo quantitativamente menor, não tendo o idêntico valor daquilo que “se crê”, em especial a hermenêutica dos valores fundamentais nos âmbitos submetidos a tensões que existem nos próprios princípios e nos valores constitucionais integrados ao sistema jurídico⁹⁰.

A atualização dos valores constitucionais contido nos direitos humanos por meio da liberdade experienciada pelos cidadãos e da força normativa do âmbito público exigem muito de todos. O jurista, como intérprete constitucional –em sentido amplo e estrito– pode fazer muito em prol de sua projeção no âmbito social e garantir, assim, a liberdade da cidadania. Além disso, o cidadão tem que tomar “parte ativa” na positivação das liberdades existentes nas esferas institucionais, contribuindo para assegurá-las e garanti-las,

⁸⁹ *Ibidem*, p. 95.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 99.

pois tudo isso constitui um dos objetivos primordiais de seu papel como intérprete, na ativação da cidadania democrática, mediante a configuração do *status activus processualis*⁹¹ no âmbito da proteção dos direitos humanos.

Conclusão

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam algumas vantagens em relação ao sistema internacional promovido pela ONU. A principal delas é o reflexo das peculiaridades e dos valores históricos dos povos de determinada região, o que resulta em uma aceitação mais espontânea. Além disso, em função da proximidade geográfica, em caso de violações, os sistemas regionais podem exercer uma maior pressão no Estado-Parte transgressor, em função da presença dos Estados vizinhos.

Com efeito, os sistemas regionais e o sistema ONU não são incompatíveis. Ao contrário, ambos são úteis e complementares, de modo que um sistema regional efetivo pode completar o sistema internacional de diversas formas e procedimentos. A plataforma de cada sistema pode ser conciliada em uma base funcional, em virtude do conteúdo normativo de ambos os sistemas refletirem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um código comum a ser alcançado pelos povos de todas as Nações. No entanto, enquanto o instrumento internacional pode conter um parâmetro mínimo, o instrumento regional pode ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando sempre em consideração as diferenças interculturais de sua região.

Nesse contexto, cada sistema regional funciona em seu próprio ritmo e vive seu próprio momento. O sistema interamericano busca aperfeiçoar cada vez mais a coordenação dos trabalhos entre a Comissão e a Corte, enquanto o sistema europeu busca definir o seu *status* com a funcionalidade e racionalidade de uma Corte Constitucional para a Europa. Todavia, ambos os sistemas caminham no sentido da construção de uma “esfera pública” em matéria de direitos humanos, a

⁹¹ Ibidem, p. 102-3.

qual se observa pela adoção de métodos de julgamento, da “fertilização cruzada” dos julgamentos e do desenvolvimento de valores comuns, concernentes à proteção da dignidade humana.

Em um momento que cada vez mais a esfera internacional se agiganta sobre os sistemas jurídicos nacionais, a participação consciente dos indivíduos no processo de tomada de decisão se faz necessária também no âmbito internacional, inclusive com a construção jurisprudencial realizada pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, o papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos se revela sobre duas dimensões. A primeira, a dimensão de vítima, se apresenta como o elo inicial para a construção/revelação da esfera pública em matéria de direitos humanos. A segunda dimensão, por outro lado, está na função de intérprete e fomentador do sistema de proteção, participando ativamente na construção jurisprudencial que define os conceitos a serem utilizados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Essa aproximação entre os sistemas, por meio das ações do sujeito, permite o desenvolvimento de uma esfera pública sobre os direitos humanos, na qual os fluxos comunicativos, especialmente os referentes ao fomento do papel do sujeito, vislumbram a irradiação do conteúdo previsto nos direitos humanos a todos que compartilham com a premissa de sua criação.

**Temas en derechos
humanos: perspectivas
generales**

Los ombudsmen en América Latina y su incidencia política*

*Lorena González Volio***

Introducción

La recuperación de la democracia en América Latina implicó la modernización de los sistemas electorales, a la vez que las elecciones periódicas se han consolidado como mecanismo para asegurar la alternabilidad en el poder. Asimismo, el tema de los derechos humanos es parte importante de las plataformas de acción de los movimientos sociales, junto con demandas y reivindicaciones propias de carácter sectorial o local que incluyen desde la demanda de reconocimiento de ciudadanía plena, hasta la satisfacción de necesidades básicas. Este fenómeno ha implicado la incorporación de nuevos actores en el escenario de los derechos humanos, que permiten la canalización de los planteamientos y opiniones acerca del funcionamiento del sector público y exigen, además, el respeto efectivo de los derechos e intereses de los habitantes.

Por eso, podemos afirmar que las democracias, para su consolidación exigen nuevas maneras de comprender sus problemáticas y de actuar, y deben contar con diversos mecanismos de control para el ejercicio del poder por medio de un sistema de “ pesos y contrapesos”, buscándose con este sistema el equilibrio entre los diferentes poderes que coexisten en dicha forma de organización del Estado.

A lo largo de los últimos años, en todos los países de la región se multiplicaron las instancias del sector público relacionadas con

* Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Internacional de Latin American Studies Association–LASA, celebrado en Río de Janeiro, Brasil, del 11 al 14 de junio de 2009.

** Guatemalteca, abogada, experta en derecho internacional de derechos humanos, profesora de derechos humanos I y II en la Universidad de la Salle, Costa Rica. Consultora internacional.

la temática de los derechos humanos: instituciones de *ombudsman*¹; programas y proyectos en los ministerios del poder ejecutivo; comisiones en los parlamentos, en los organismos judiciales y las cortes electorales. Estas entidades vienen tomando a su cargo no únicamente la investigación y la respuesta a las acusaciones de violación, sino la promoción y la vigilancia del cumplimiento y respeto de los derechos humanos y las prácticas democráticas al interior del aparato estatal, y en las relaciones de éste con la sociedad.

Sin embargo, una auténtica política de Estado que estimule la creación de organizaciones como las defensorías, los comisionados o las procuradurías de derechos humanos, tal y como ha sucedido en América Latina, debe ir acompañada por una estrategia tendiente a fortalecerlas y a dotarlas de total independencia política, administrativa, funcional y presupuestaria. La independencia de que gozan estas instituciones conferidas en las constituciones respectivas impide, por lo menos desde el plano normativo, que esas instituciones se conviertan en apéndice de intereses partidarios o amortiguador de disputas políticas.

Es decir que los defensores del pueblo deben realizar sus funciones sin interferencia de ningún poder estatal, así como disponer de un presupuesto anual adecuado, aprobado por el parlamento y contar con la libertad de darse su propia organización, administrar sus propios recursos humanos y económicos, y tener la única y última palabra en los asuntos de su competencia. Por su parte, el nombramiento de su titular no debe estar sujeto a intereses políticos partidistas, ya que el buen desempeño de esta institución depende en gran medida del comportamiento ético e independiente de la persona elegida.

¹ En América Latina existe la institución de *ombudsman* en los siguientes países: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. República Dominicana promulgó en febrero del 2001 la Ley que instituye el Defensor del Pueblo, sin embargo a la fecha aún no se ha nombrado el primer Defensor del Pueblo. La institución de *ombudsman* se conoce como Defensoría del Pueblo, Defensoría de los Habitantes, Comisionado o Procuraduría de Derechos Humanos.

Se comprende entonces, que es imprescindible fortalecer y dotar de todas las herramientas a las oficinas de *ombudsman*, para que sigan siendo las instituciones de tutela transparentes y responsables ante el público y la ley. Por su misión se trata de instituciones indispensables para la defensa de los derechos humanos, el control del poder político y la consolidación de la democracia, condiciones necesarias para asegurar la estabilidad política y social de la región así como un desarrollo sostenible.

El presente estudio busca explicar no sólo el proceso que han tenido estas instituciones desde la creación de la primera de ellas en 1985, en Guatemala, sino hacer un balance, después de más de veinte años, de la incidencia política que sus actuaciones han tenido en el desarrollo de su mandato.

1. El origen del *ombudsman* latinoamericano²

El proceso de creación e incorporación de la institución del *ombudsman* en el ordenamiento jurídico moderno latinoamericano surge en los años noventa³, al iniciarse el denominado período de “transición a la democracia” mientras finalizaban en el mundo la guerra fría, el mundo bipolar y la doctrina de la seguridad nacional, que dominaron la región durante prácticamente toda la segunda mitad del siglo XX.

Sin embargo, vale la pena rescatar como un antecedente histórico importante en nuestro continente, que durante el Imperio Inca existió una figura conocida como el “Tucuyricuy” (el que todo lo ve) y quien estaba encargado de vigilar el funcionamiento del Concejo Imperial⁴.

2 Este apartado ha sido tomado de: González Volio, Lorena, “The Institution of the ombudsman. The Latin American experience”. Presentado en el Seminario National Human Rights Institutions: What Makes Them Effective. Universidad de Essex, Inglaterra, 2003. Publicado en Revista IIDH No. 37, enero-junio 2003.

3 El único *ombudsman* creado anteriormente fue el de Guatemala en 1985.

4 Tipo de organización policial que velaba por el orden y el cumplimiento de las leyes del soberano, apoyada por los *michues*, que actuaban como consejeros, inspectores y pesquisadores. Ver: <<http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/quipukamayoc/1998/primer/control.htm>> (disponible al 1 de abril de 2010).

Con la llegada de los españoles se crea el denominado “Protector de los Indios” a iniciativa de Fray Bartolomé de las Casas. Asimismo, hay antecedentes históricos en el Derecho de Indias, mediante el cual el denominado “Veedor del Rey” ejercía las funciones de comunicar al Monarca los reclamos o las injusticias cometidas por los virreyes.

En la época actual, podemos considerar a esta institución como uno de los indicadores del cambio, pues antes de los años ochenta, los Estados de la región habían carecido de instituciones de control y fiscalización de las actuaciones de sus funcionarios en lo relativo a derechos humanos⁵.

La institución *ombudsman* surgió como respuesta a la debilidad institucional que vivieron algunos Estados, así como a las graves violaciones cometidas durante la dictaduras militares y los conflictos internos que golpearon la región latinoamericana en los años 70 y 80, por lo que se le asignó como tarea principal la de proteger los derechos fundamentales. Es así como se adaptaron las experiencias europeas y se conformó el *ombudsman* criollo⁶ con funciones de defensa y protección de los derechos humanos y de control del ejercicio del poder en sus facetas pública y privada.

El Defensor del Pueblo latinoamericano se ha basado en el modelo sueco y en el español, y se ha desarrollado de acuerdo con las necesidades en cada país, pretendiendo de esta manera responder al llamado de los pueblos que exigen poseer un mecanismo de control de los abusos de las autoridades y de los particulares⁷.

Sin embargo, y a pesar de que esta figura surge con base en los modelos ya mencionados, en América Latina se produce el nacimiento de un nuevo modelo –vinculado a los desarrollos constitucionales de las transiciones democráticas y al fin de regímenes autoritarios– al que se le agregan dos elementos fundamentales aunados a los de la figura clásica. Por un lado, se le otorgan funciones explícitas y prioritarias en

⁵ FIO e IIDH, Informe de la Secretaría Técnica, período 2000-2001, noviembre 2000-septiembre 2001.

⁶ Madrazo, Jorge, *El ombudsman criollo*. CNDH, México D.F., 1996.

⁷ Ver <<http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa>> (disponible al 1 de abril de 2010).

la defensa de los derechos humanos, sin dejar de tener las competencias globales de control no jurisdiccional de los actos de la Administración Pública. Por otra parte, se le otorga competencia para transferir los expedientes al Ministerio Público a fin de que este pueda iniciar, cuando proceda –o enriquecer en su caso–, los procesos judiciales cuando existen hechos delictuosos que ameritan persecución penal; además, cumple una función de promoción y educación⁸.

En los países latinoamericanos el *ombudsman* consigue a menudo ser una entidad más efectiva en la protección de derechos que los remedios judiciales disponibles, además de cumplir un papel complementario importante en la solución de conflictos. Esto lo logra dadas sus características particulares, como no estar sujeto a formalismos ni rigurosidades jurídicas para el tratamiento de los casos que por violación de derechos humanos le son presentados; por ser una entidad gratuita que atiende a cualquier persona que se crea lesionada en sus derechos, y por haber sido establecidas como entidades autónomas de otras instancias estatales, entre otras⁹.

Actualmente existe una institución de esta naturaleza en casi todos los países de la región. Los únicos que actualmente no cuentan con un *ombudsman* son Uruguay, Brasil, República Dominicana¹⁰ y Chile¹¹.

A continuación analizaremos la situación socio-política en América Latina previa al surgimiento del Defensor del Pueblo para, así, tener una idea más clara de los rasgos particulares de la regulación de esta institución en el ordenamiento jurídico de cada Estado, sus características, mandato y limitaciones.

⁸ García Laguuardia, Jorge Mario y Edgar Alfredo Ballsells Tojo, “Reflexiones sobre el ombudsman en América Latina y su proceso de nombramiento”. Apartado II, “Un nuevo modelo americano”.

⁹ FIO e IIDH, Informe de la Secretaría Técnica, período 2000-2001...

¹⁰ El Congreso de la República Dominicana aprobó la Ley 19-01 que instituye el Defensor del Pueblo, la cual fue promulgada en febrero del 2001; sin embargo, a abril de 2009 aún no se ha nombrado el primer Defensor del Pueblo.

¹¹ En Chile, en marzo de 2009 la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de reforma constitucional que crea la Defensoría de las Personas, pero aún esta pendiente la aprobación por parte del Senado.

a. De las dictaduras militares y conflictos internos

Hasta principios de los años ochenta, los gobiernos de varios Estados latinoamericanos estaban encabezados por militares quienes, en algunos casos, se sucedían a través de elecciones fraudulentas¹² o se perpetraban en el poder –como ocurrió en Paraguay y Nicaragua¹³– en donde no había un Estado de Derecho ni instituciones democráticas independientes donde los ciudadanos pudieran acudir para reclamar las violaciones a sus derechos más fundamentales. Durante esa época, las violaciones a los derechos humanos fueron masivas; algunos gobiernos realizaron múltiples desapariciones forzadas¹⁴ y asesinaron personas que tomaron la causa de los derechos humanos o que hacían críticas a los gobiernos militares¹⁵.

El primer *ombudsman* de América Latina aparece en la Constitución Política de Guatemala de 1985, denominándosele Procurador de los Derechos Humanos, y a quien se le asigna el deber de procurar la vigencia y vigilancia de los derechos humanos. La Constitución también crea una Comisión de Derechos Humanos a lo interno del Parlamento¹⁶. Más tarde, en el “Acuerdo Global sobre Derechos Humanos” que suscriben en 1994 el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), se acuerda que cualquier comportamiento que limite, restrinja o atente contra las funciones encomendadas al Procurador en materia de derechos

12 En Guatemala, de 1970 a 1982, se llevaron a cabo cuatro elecciones fraudulentas que permitieron una sucesión de gobiernos militares. El 23 de marzo de 1982, a pocos días de haberse realizado elecciones –nuevamente fraudulentas– una asonada militar derrocó a Romeo Lucas García e impuso como nuevo jefe del gobierno al general Efraín Ríos Montt.

13 En Paraguay el General Alfredo Stroessner gobernó de 1954 a 1989 y en Nicaragua, los Somoza (3 generaciones) detentaron el poder de 1933 a 1979.

14 En Argentina, durante esa época las organizaciones defensoras de los derechos humanos denunciaron la existencia de más de 25,000 desaparecidos y elaboraron una lista documentada con más de 7,000 casos.

15 El 24 de marzo de 1980 el arzobispo de San Salvador, monseñor Oscar Arnulfo Romero, fue asesinado mientras oficiaba misa en clara represalia por su permanente defensa de los derechos humanos.

16 García Laguardia, Jorge Mario y Edgar Alfredo Ballsells Tojo, “El Procurador de los Derechos Humanos”, en: *Colección Cuadernos de Derechos Humanos*. Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, 1997, pág. 47.

humanos socavaría principios fundamentales del Estado de Derecho, por lo que dicha institución debía ser respaldada y fortalecida en el ejercicio de tales funciones. En ese acuerdo el gobierno guatemalteco se comprometió a apoyar y fortalecer el trabajo de la Procuraduría y a mejorar sus condiciones técnicas y materiales¹⁷.

Posteriormente, en El Salvador el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos se establece en las reformas de la Constitución de 1991 –promulgadas como consecuencia de los Acuerdos de Paz¹⁸– con el cometido esencial de promover y proteger los derechos y libertades fundamentales de sus habitantes, a fin de terminar con el conflicto armado y lograr la convivencia de todos los sectores de la vida nacional. De esta manera nace la Procuraduría, producto de las negociaciones de paz y con sus potestades legales y constitucionales pensadas en función de las graves violaciones de los derechos y libertades de su pasado inmediato¹⁹.

En el caso de Argentina, varios legisladores de la Cámara de Diputados presentaron en 1975 un proyecto de ley para establecer la Oficina del Comisionado del Congreso. Esta iniciativa no tuvo éxito debido a la interrupción de la vida institucional a que dio lugar el golpe de Estado de 1976 y que se prolongó hasta 1983²⁰. Diez años después de finalizadas las dictaduras militares en 1993, y durante la presidencia de Carlos Menem se creó la Defensoría del Pueblo mediante decreto presidencial, sin llegar a designarse su titular hasta que fue regulado a nivel legal a finales de ese mismo año. En 1994 se le otorga a la institución rango constitucional.

17 Véase: COPREDEH, Acuerdo Global sobre Derechos Humanos. Apartado 2. Ciudad de Guatemala, 1997.

18 Acuerdos de Paz suscritos entre el gobierno salvadoreño y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN).

19 Alamanni de Carrillo, Beatriz, “Introducción. 1. Fundamentos de la labor de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos”, en: *Cuadernos de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos*. San Salvador, 2002.

20 Fix Zamudio, Héctor, “Posibilidad del ombudsman en el Derecho Latinoamericano”, en: *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*. UNAM, México, D.F., 1986.

Paraguay, que tuvo una dictadura de 1954 a 1989²¹, incorporó la figura del *ombudsman* en la Constitución de 1992; sin embargo, los paraguayos tuvieron que esperar nueve años para que se nombrara el primer Defensor del Pueblo. Su particularidad radica en que este nace con la potestad de conocer sobre los reclamos indemnizatorios de las víctimas del sistema dictatorial imperante en el país durante dicha dictadura, estableciendo que el mecanismo para tramitar las indemnizaciones debía de ser a través de la Defensoría del Pueblo (Ley No. 838 de 1996).

Por su parte, en Nicaragua²² y Honduras²³ surgió la figura del *ombudsman* una vez finalizados los regímenes militares y dictatoriales e iniciada la transición hacia la democracia. En el primero se le otorgó rango constitucional a la institución en 1995²⁴ y, en el caso hondureño, aquel se creó primero mediante decreto ejecutivo en 1992, como un comisionado designado por el Presidente de la República. Posteriormente, en la reforma constitucional de diciembre de 1994 y su ratificación correspondiente en febrero de 1995, se instituyó el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos.

En el caso de Bolivia, el gobierno fue dirigido por el coronel Hugo Bánzer Suárez desde 1971 hasta 1978²⁵. Entre 1979 y 1983 los golpes militares y sucesivas elecciones presidenciales se repitieron en forma alternada²⁶. A partir de esa fecha se inició un proceso de elecciones que, incluso, llevó a la presidencia al ex dictador Bánzer Suárez en 1997, quien renunció en 2001 por razones de salud. Es en este contexto que en 1997 se crea con rango constitucional la Defensoría del Pueblo.

21 El régimen dictatorial del general Alfredo Stroessner duró de 1954 a 1989.

22 Nicaragua vivió la dictadura de la dinastía somocista de 1933 a 1979 y luego el régimen sandinista de 1979 a 1990.

23 Honduras tuvo regímenes militares de 1963 hasta 1981.

24 En Nicaragua se denomina Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

25 Con el apoyo del partido político Movimiento Nacional Revolucionario (MNR).

26 Ocuparon efímeramente la presidencia, mediante golpes de Estado, Juan Pereda Asbún, David Padilla Arancibia y Alberto Natusch Busch; Walter Guevara Arce y Lydia Gueiler en gestión constitucional. En 1980, Hernán Siles Zuazo ganó las elecciones pero fue impedido de asumir el cargo por un nuevo golpe de Estado perpetrado por el general Luis García Meza. En 1982 cayó el régimen militar y en octubre de ese año asumió el poder Hernán Siles Zuazo.

Dentro de su mandato cabe destacar que esta institución debe velar por el respeto de la naturaleza multiétnica y pluricultural²⁷ del país así como promover y vigilar los derechos de la mujer, los policías y los militares.

Por su lado, los casos de Perú y Colombia son peculiares pues, si bien es cierto no tuvieron dictaduras militares, sí vivieron un conflicto armado de gran magnitud²⁸ donde las violaciones a los derechos fundamentales han sido masivas y donde también se ha dado una debilidad institucional que no ha permitido el esclarecimiento a muchas de estas violaciones. En ese contexto surge en Perú el Defensor del Pueblo en la Constitución de 1993, designándose su primer defensor hasta 1996. En Colombia el *ombudsman* surge en 1991 con rango constitucional.

b. De la debilidad institucional

En la región también coexistieron Estados que, si bien no eran dirigidos por sus cúpulas militares, sí tuvieron algunas debilidades institucionales que hacían que sus democracias fueran débiles. Tal es el caso de México que, a pesar de haber tenido elecciones periódicas y presidentes civiles, vivió 70 años bajo la dirección de un único partido. Sin embargo, en 1990 se crea la institución del *ombudsman* de forma similar al caso de Honduras: por decisión presidencial, siendo el presidente quien designaba al titular. En sus inicios esta institución fue un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación²⁹. Con los cambios constitucionales de 1992 se le da plena autonomía a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como parte de la lenta y progresiva transición democrática que entre fines de los ochenta y el inicio del presente siglo han vivido países como México, al pasar del

²⁷ En Bolivia hay un total de 33 grupos étnico-lingüísticos.

²⁸ En el caso peruano, el grupo guerrillero Sendero Luminoso intensificó sus ataques a principios de los años 80, reduciendo su actividad una década después con la captura de su máximo dirigente Abimael Guzmán. El conflicto interno en Colombia aún persiste con características propias como el narcotráfico, los paramilitares, etc., los cuales hacen muy difícil una solución en el corto plazo.

²⁹ Fix Zamudio, Héctor, "Los derechos humanos", en: *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, D.F., 2001.

modelo de partido único del Estado hacia la transparencia electoral y la alternancia democrática del poder. Para 1999 se hace una reforma a la Constitución mexicana facultando al Senado a elegir al Presidente de la Comisión y dándole a ésta el carácter de organismo constitucional autónomo³⁰. Asimismo, su legislación prevé la conformación de comisiones estatales en cada uno de los 33 Estados de la Confederación Mexicana y en la propia Capital Federal³¹.

En Panamá, luego del gobierno de diez años de Omar Torrijos que finaliza en 1978, se da una sucesión de presidentes sin que algunos pudieran finalizar su mandato³²; además, se da un debilitamiento de las instituciones públicas. De 1983 a 1989 el comandante de la Guardia Nacional, general Manuel Noriega, se convierte en el hombre fuerte de Panamá³³. En 1996, durante el segundo período democrático, se crea por ley la Defensoría del Pueblo, y en 2004 se eleva a rango Constitucional como institución autónoma encargada de velar por los derechos humanos y las garantías fundamentales de la ciudadanía³⁴.

Ecuador, por su parte, en medio de una débil institucionalidad³⁵ aprobó una reforma constitucional en 1996 donde crea la Defensoría del Pueblo y posteriormente aprueba la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo en 1997, dotándole de autonomía funcional, económica y administrativa.

Mientras tanto, en Venezuela, a comienzos de 1992, el gobierno³⁶ había quedado casi sin apoyo debido a la manifiesta corrupción

³⁰ Fix Zamudio, Héctor, "Posibilidad del ombudsman en el Derecho Latinoamericano"...

³¹ Santiesteban de Noriega, Jorge, *El Defensor del Pueblo en Iberoamérica*. Gaceta Jurídica S.A., Lima, Perú, 2002, pág. 23.

³² De 1978 a 1989 gobernaron Panamá siete presidentes.

³³ En octubre de 1989 fracasó una insurrección antinorieguista de un grupo de oficiales jóvenes. Dos meses más tarde los Estados Unidos de América invadieron Panamá.

³⁴ Acto Legislativo No. 1 de 27 de julio de 2004 por medio del cual se adoptan las reformas a la Constitución Política.

³⁵ Entre 1996 y 2000 hubo en Ecuador tres presidentes: Abdalá Bucaram, Fabián Alarcón y Jamil Mahuad.

³⁶ En 1992 ejercía la presidencia de Venezuela Carlos Andrés Pérez, quien fue electo en las elecciones del 4 de diciembre de 1988.

administrativa y a la crisis económica por la que atravesaba el país, causando una gran inestabilidad. El 4 de febrero de 1992 hubo un intento de golpe de Estado, y en 1993 el presidente Carlos Andrés Pérez fue relevado de su cargo, acusado de apropiación de fondos públicos, siendo sustituido por Ramón José Velásquez hasta el término del periodo presidencial. Posteriormente, Rafael Caldera gobernó por cinco años hasta las elecciones de 1998 mediante las que llegó al poder Hugo Chávez, quien inmediatamente convocó a una constituyente.

En diciembre de 1999 se aprobó, mediante referendo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual concibe una estructura de cinco poderes públicos, entre ellos el Poder Ciudadano con la Defensoría del Pueblo como uno de sus tres componentes³⁷.

c. De las democracias

De los países que actualmente cuentan con la institución del *ombudsman*, Costa Rica es el único que no sufrió conflictos armados internos ni alteraciones en su orden democrático. Sin embargo, el proceso para la creación de esta figura no fue fácil. El primer intento se dio en 1979 cuando se presentó una adición al artículo 48³⁸ de la Constitución³⁹. Posteriormente, en 1982 se promulgó la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en la que se estableció una Procuraduría de Derechos Humanos con la función de defender los derechos humanos de todos los habitantes. Fue hasta 1992 cuando se aprobó por Ley la Defensoría de los Habitantes⁴⁰, adscrita al poder legislativo pero que desempeña sus funciones con independencia funcional, administrativa y de criterio. El caso de Costa Rica es uno de los pocos en la región latinoamericana en que el *ombudsman* ha sido creado por ley del Congreso y el único donde esta institución continúa sin rango constitucional.

37 El poder ciudadano está integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal General y el Contralor General, de acuerdo con el artículo 273 de la Constitución.

38 El artículo 48 de la Constitución regula lo referente al recurso de amparo y la propuesta era crear un Defensor de los Derechos Humanos.

39 Muñoz, Hugo Alfonso, "El ombudsman. Posibilidad de incorporarlo en Costa Rica", en: *Revista Jurídica de Costa Rica*, No. 10. San José, diciembre 1978.

40 Trejos, Gerardo, *El Defensor de los Habitantes: el ombudsman*. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1992; Muñoz, Hugo Alfonso, "El Defensor de los Habitantes", en: *Revista Parlamentaria*, volumen 11, No. 2. San José, 1993.

2. La fuerza de sus decisiones

A través de la **magistratura de influencia** los *ombudsman* ejercen una función de carácter no jurisdiccional, velando por el respeto y garantía de los derechos humanos. Se trata de una posición jurídica y socialmente legitimada, que le otorga peso y autoridad a sus actos y a sus recomendaciones. Reiteradamente se ha indicado que sus actuaciones y recomendaciones no son vinculantes. Sin embargo, por tratarse de una institución que por mandato constitucional –con excepción de Costa Rica– ejerce tan importantes funciones respecto a los derechos en ella reconocidos, tienen sus actos fuerza ética, moral y jurídica.

El cumplimiento de sus decisiones se deriva, pues, del prestigio y autonomía de su titular en cada una de sus acciones y posiciones, así como de la calidad de sus intervenciones. Su fortaleza radica en la profunda convicción de que un argumento jurídico y técnico debe tener como guía la defensa de la persona humana y su dignidad. Su principal instrumento, la persuasión, plantea el reto de lograr que la autoridad comprenda y asuma el enfoque de derechos en sus decisiones públicas.

Un análisis de las leyes de creación latinoamericanas demuestra que en casi todos los Estados⁴¹ se señala expresamente que el Defensor podrá formular recomendaciones, observaciones o sugerencias. Algunos ordenamientos señalan de manera expresa que estas recomendaciones se harán sólo en materia de derechos humanos; tal es el caso de Venezuela y Colombia. Es decir que las leyes se refieren a **recomendaciones** cuyo cumplimiento está íntimamente relacionado con los mecanismos de control social que la figura del *ombudsman* pueda lograr establecer.

Según el jurista Oswaldo Alfredo Gozaini⁴², sus actuaciones se cimientan en bases relativamente simples – **denuncia, actividad oficiosa e intervención**. Esta facilidad es la que asegura el rendimiento y que hace presumir su influencia sobre los órganos que fiscaliza.

⁴¹ Excepto Ecuador y Guatemala.

⁴² Gozaini, Oswaldo Alfredo, *El defensor del pueblo (ombudsman)*. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1989.

Esa influencia a la que se refiere Gozaini, no es únicamente para la resolución de un caso concreto y su reparación, ya que también las actuaciones de los *ombudsman* admiten una función preventiva, la cual puede lograr por medio de la supervisión y monitoreo de las políticas públicas de un Estado a través por ejemplo, de auditorías sociales, de acciones de oficio que permitan prevenir un conflicto, así como por el desarrollo de proyectos educativos.

Es por ello que el campo de las resoluciones y sus efectos es de suma importancia, ya que es aquí donde realmente se verá la trascendencia o poder que tiene el Defensor del Pueblo en cada uno de los Estados latinoamericanos.

Existen, además, una serie de particularidades interesantes. Por ejemplo, en Colombia⁴³ el Defensor podrá apremiar públicamente al violador de derechos humanos en caso de que éste sea un particular. El Defensor guatemalteco⁴⁴ puede emitir resoluciones de censura pública en contra de autores materiales e intelectuales y, establecida la responsabilidad de cualquier persona, incluso privada, el Procurador ordenará la inmediata cesación de la violación y promoverá procedimiento disciplinario; si se establece la comisión de delito o falta, formulará denuncia o querrela ante órgano competente. En El Salvador⁴⁵, si las medidas que pide el Defensor no se cumplen, éste podrá emitir una censura pública.

Podemos entonces concluir que cuando un *ombudsman* emite una resolución, su actividad no termina con ese acto, pues si bien carece de facultades jurisdiccionales: **investiga, concluye, recomienda** y **provoca** por su fuerza moral y por la misma investidura que la Constitución y la Ley le confieren, que haya variaciones y modificaciones en las situaciones o supuestos de hecho, los que ha conocido a partir de su intervención. Cuando el *ombudsman*, emite

⁴³ Ley de 24 de diciembre de 1992, “Por la cual se establece la organización y funcionamiento y se dictan otras disposiciones”, artículo 29.

⁴⁴ Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y de la Procuraduría de Derechos Humanos (Decreto 54-86, artículo 30).

⁴⁵ Ley para la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (Decreto No. 163 del 6 de marzo de 1992), artículo 32.

una resolución responsabilizando a la autoridad, funcionario o agente estatal, tal resolución al ser debidamente motivada y fundamentada jurídicamente, lleva una finalidad **correctora**, para que se restituyan derechos, se modifique situaciones violatorias a derechos humanos o para que se adopten medidas preventivas.

3. La incidencia de los *ombudsman* en los distintos ámbitos del quehacer político

Los *ombudsman* en América Latina son un referente democrático capaz de mediar en conflictos sociales y de promover estándares democráticos. Hay ocasiones en que el logro de la paz, la transparencia de las elecciones, la búsqueda de la verdad y la reconciliación, y la propia estabilización de los procesos de transición democrática han reclamado el papel del *ombudsman* como interlocutor de aspiraciones democráticas⁴⁶.

Tradicionalmente las principales funciones de los *ombudsman* en América Latina son las de **investigación**, **mediación** y **educación** en derechos humanos. Si bien es cierto que no todas las legislaciones latinoamericanas desarrollan expresamente estas funciones⁴⁷, en la mayoría de los Estados se han fomentado con gran éxito.

En cuanto a su función **investigativa**, casi todos los Estados facultan al Defensor a realizar esta función a instancia de parte o de oficio; además, también coinciden en señalar que los funcionarios públicos tendrán la obligación de proporcionar toda información solicitada por el Defensor. Cabe señalar sobre este punto que algunos Estados señalan expresamente que la información deberá ser otorgada aunque sea de carácter confidencial⁴⁸. Otros no permiten que se le

⁴⁶ Santiesteban de Noriega, Jorge, *El Defensor del Pueblo en Iberoamérica...*

⁴⁷ De los catorce Estados analizados, Colombia, Ecuador, El Salvador, México, Nicaragua y Panamá otorgan al Defensor la función mediadora y la función educativa; Argentina y Perú no otorgan expresamente ninguna de estas dos funciones; Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela otorgan sólo la función educativa.

⁴⁸ Tal es el caso de Honduras, Nicaragua y Panamá.

entregue al Defensor ese tipo de información⁴⁹, mientras que varios países no hacen mención alguna sobre esta cuestión.

Si bien es cierto que en los primeros años del desarrollo de esta institución en la región, la mayoría de las investigaciones que se llevaron a cabo fueron sobre casos individuales que permitieran identificar los derechos violados y los funcionarios e instituciones responsables, en la actualidad las estrategias de investigación van más allá del caso concreto y buscan resolver no únicamente el caso planteado, sino profundizar la investigación con el objetivo de conocer las causas más profundas de la violación de determinados derechos humanos⁵⁰.

En cuanto al desarrollo de su papel de **mediación**, su función –regulada por ley– presenta un concepto más variado. Por ejemplo, el ordenamiento colombiano indica que el *ombudsman* mediará en lo relativo a peticiones colectivas de organización entre usuarios y empresas de servicios públicos. En Ecuador lo hará entre personas jurídicas y organizaciones populares ante conflictos con la Administración Pública. Estos dos Estados no indican en ningún momento que una persona física individual pueda presentar una queja ante el Defensor, como sí ocurre en el caso de Panamá cuyo ordenamiento indica que el Defensor mediará en los conflictos entre particulares y la Administración con el consentimiento de ambas partes. Por su parte, la legislación de El Salvador se refiere a la **conciliación** y también señala como función del Defensor el conocer de quejas entre personas con derechos vulnerados y las autoridades responsables. De igual manera lo hacen las legislaciones de México y Nicaragua.

En el desarrollo de este mandato, la Defensoría del Pueblo de Buenos Aires creó en 2008 un Centro de Mediación Comunitaria⁵¹ cuyos objetivos son: impulsar la difusión y extensión de los métodos

⁴⁹ Como Argentina y Costa Rica.

⁵⁰ Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, Caso Heidy Marisol Ruano, 2005. Luego de una profunda investigación, la PDH concluyó sobre los derechos violados a la menor asesinada, pero también sobre los graves vacíos y deficiencias en el Sistema Nacional de Protección de la Niñez y la Adolescencia.

⁵¹ Ver: <<http://www.defensoria.org.ar/areastematicas/mediacion.php>> (disponible al 1 de abril de 2010).

alternativos de resolución de conflictos e intervenir en aquellos asuntos que impliquen una cuestión relacional entre personas, en los que el reclamo no tenga un contenido pecuniario en sí mismo.

Por otro lado, el 28 de Agosto de 2008, dicha Defensoría se convirtió en la mediadora oficial ante la Procuración de la Ciudad, con la firma del Convenio de Prestación de Servicios de Mediación y Conciliación, el cual prevé que la Procuración General pueda solicitar a la Defensoría del Pueblo su intervención a través del Servicio de Mediación y Conciliación de la Defensoría para aquellas cuestiones relacionadas con daños originados en el medio ambiente, con el derecho y acceso a la salud y demás derechos fundamentales contemplados en el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad, así como conflictos suscitados a raíz de actuaciones discriminatorias o actos administrativos de este tipo.

En los últimos tiempos la figura del Defensor en América Latina se ha visto fortalecida debido a su participación directa como mediador. Así vemos, por ejemplo, la intervención de la *ombudsman* de Bolivia⁵² en el diálogo sobre la coca y el desarrollo integral en el trópico de Cochabamba; en Costa Rica, la función mediadora de su Defensor en la crisis del proyecto legislativo relacionado con los servicios eléctricos⁵³. Otro ejemplo fue la mediación por parte de la Defensoría del Pueblo de Panamá, en 2007, que permitió la liberación de 87 indígenas de la comarca Kuna que fueron detenidos en un cuartel de la policía luego de un enfrentamiento. A principios de 2009 gracias a la mediación de la Defensoría del Pueblo de Colombia, 25 comunidades wayú llegaron a un acuerdo con representantes de la empresa venezolana PDVSA Gas

⁵² En el 2001 la Defensoría del Pueblo de Bolivia participó conjuntamente con la Iglesia Católica y la Asamblea Nacional de Derechos Humanos en los procesos de facilitación y mediación entre organizaciones sociales y autoridades gubernamentales, para buscar una solución al conflicto de aguas y el impacto de los conflictos causados por la erradicación del cultivo de la coca en el departamento de Cochabamba. Ver: Informe de la Defensoría del Pueblo de 2001.

⁵³ En 1999, la Defensoría de los Habitantes integró una Comisión Facilitadora conjuntamente con la Iglesia Católica y los Rectores de las cuatro universidades públicas de Costa Rica, con motivo de los acontecimientos ocurridos a raíz de la aprobación en primer debate del proyecto sobre la privatización del Instituto Costarricense de Electricidad.

y pusieron fin a la toma que mantenían desde hace dos meses a una válvula del gasoducto “Antonio Ricaurte”.

Con relación a la función **educativa** que desempeñan los Defensores del Pueblo, ésta debe entenderse como la promoción y divulgación de contenidos sobre derechos humanos, la difusión del mandato del *ombudsman* y su incidencia en programas y políticas de derechos humanos. Así lo establecen los ordenamientos de El Salvador, México, Panamá y Paraguay. Solamente Colombia, Nicaragua y Ecuador, además de incluir el concepto anterior dentro de la función educativa, la amplían un poco más al agregar dentro de esta función –los dos primeros– la divulgación de la Constitución Política correspondiente, y Ecuador, al indicar que esa función se podrá realizar mediante los medios de comunicación que otorgue el Estado.

La educación resulta indispensable para el desarrollo de los pueblos, la consolidación de la democracia, la prevención de la violencia y violación de derechos humanos, así como para generar capacidades en la ciudadanía para el reconocimiento y la exigibilidad de sus derechos. La construcción y vigencia de una cultura que promueva y reivindique los derechos humanos sólo puede realizarse con actividades educativas que favorezcan el conocimiento y la vivencia de los valores que sustentan los derechos humanos.

Es por ello que en el ejercicio de este mandato, los *ombudsman* han desarrollado buenas prácticas que les han permitido difundir los contenidos y alcances de los derechos humanos, no sólo a funcionarios de instituciones del Estado, sino de organizaciones de la sociedad civil; las estrategias han sido diversas.

Por ejemplo la PDH de El Salvador inauguró en 2008, una Escuela de Derechos Humanos, cuyo objetivo es constituirse en un centro de formación especializado que permita capacitar formadores para que multipliquen en sus diferentes espacios el aprendizaje obtenido, buscando llevar a cabo procesos de formación especializada y estudios profundos sobre diversas temáticas para la emisión de dictámenes y criterios en materia de derechos humanos.

También es importante destacar los convenios de colaboración que algunas defensorías han suscrito con los ministerios de educación con

el fin de apoyarlos en la incorporación de la temática de los derechos humanos en la educación formal, así como con organizaciones de la sociedad civil para su incorporación en la educación popular. Otro mecanismo utilizado es la suscripción de convenios con universidades para que los estudiantes realicen su trabajo comunal en las instituciones de *ombudsman* y de esta manera, no sólo aprendan sobre los derechos humanos sino que también apoyen el trabajo de las defensorías.

El desarrollo de Cursos de Alta Formación en Derechos Humanos, desarrollados por oficinas de *ombudsman*, también ha sido una estrategia que ha permitido reunir grupos interdisciplinarios e intersectoriales. También han permitido enfocar el trabajo en la consolidación del sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos a través de acciones que impulsan la incorporación de estándares internacionales en la actividades de protección y promoción de los derechos humanos; el fortalecimiento de los principios de autonomía, independencia y autoridad moral de este tipo de organismos; así como elevar la profesionalización de su quehacer institucional¹. Por otra parte, algunas defensorías cuentan con programas televisivos y radiales, como el caso de la Defensoría del Pueblo de Perú que cuenta con el programa de televisión *De la Mano con la Defensoría*, que emite el canal del Estado.

Un caso claro de coordinación interinstitucional fue la llevada a cabo por el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras y la Secretaría de Relaciones Exteriores de ese país, que por medio de un proceso permanente de capacitación en torno a los derechos de los migrantes, han logrado capacitar a 70 personas entre funcionarios del Comisionado Nacional de Derechos Humanos, personal consular y diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores, autoridades gubernamentales y representantes de entidades

¹ Ejemplo de ello fue el curso de Alta Formación organizado por las comisiones de Derechos Humanos de Guerrero, San Luis Potosí, Sinaloa, Guanajuato, Querétaro y del Distrito Federal, el cual se llevó a cabo en julio de 2005, y donde participaron alrededor de 150 personas, incluyendo funcionarios de las Comisiones de Derechos Humanos, funcionarios de instituciones públicas, de organismos internacionales, entidades de la sociedad civil y académicos.

de la sociedad civil cuyo trabajo está directamente relacionado con la atención de los migrantes y sus familias².

El desarrollo de campañas nacionales o regionales también ha sido otra de las estrategias de promoción de derechos humanos. Sobre la primera hay ejemplos en la mayoría de las oficinas de *ombudsman*³. Sobre las campañas regionales, cabe destacar la campaña realizada por los *ombudsman* integrantes del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, con el apoyo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en calidad de Secretaría Técnica, sobre el derecho humano a la educación de la niñez en explotación laboral. Dicha campaña fue elaborada de manera conjunta y responde al mandato de estas instituciones de velar por el cumplimiento de los derechos humanos de sus pueblos. El lanzamiento de la campaña en cada uno de los Estados posibilitó difundir el derecho a la educación de la niñez en explotación laboral a un público diverso, entre autoridades gubernamentales, representantes de la sociedad civil y de organismos internacionales, funcionarios de instancias públicas vinculadas con la atención directa de la niñez, familias, medios de comunicación nacionales, entre otros. En síntesis, el lanzamiento de la Campaña Regional cumplió su objetivo de hacer un llamado a la reflexión en torno a la necesaria protección de los derechos humanos de los niños y las niñas, promoviendo además una mayor sensibilización respecto al tema y exhortando a la formulación de políticas públicas dirigidas hacia la erradicación de la explotación laboral infantil.

Con los ejemplos anteriores, consideramos acertada la conclusión a que ha llegado UNESCO al expresar que

la UNESCO reconoce en los *ombudsman*, a los principales agentes multiplicadores de la cultura de paz, permitiendo por su medio superar los actuales estados de inseguridad y violencia que

2 El proceso de formación especializada ha utilizado encuentros de capacitación presencial y capacitaciones en línea por medio del Aula Interamericana Virtual del IIDH, especialmente utilizando el curso introductorio sobre derechos humanos de las personas migrantes y sus familias.

3 Por ejemplo, la campaña desarrollada por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), *Tú tienes derechos humanos: conócelos, vívelos y exígelos*; Defensoría del Pueblo de Perú, *Los años no quitan derechos*; Defensoría del Pueblo de Colombia, *No más niñez y adolescencia reclutada*.

obstaculizan la consolidación de la paz duradera y valorizan su papel, especialmente en América Latina, en beneficio del respeto y desarrollo de la democracia, de la formación ciudadana y de la participación organizada de las poblaciones marginadas, excluidas y discriminadas⁴.

Los *ombudsman* en el ejercicio de su mandato, muchas veces han sido creativos y han interpretado los alcances del mismo de la manera más amplia posible. Es por ello que recientemente, se han ido perfilando nuevas y trascendentes funciones de algunos *ombudsman* latinoamericanos, como lo son las auditorías sociales, la custodia de los intereses colectivos o difusos, y la prevención de conflictos sociales.

La **auditoría social** es un proceso en el cual la población de una región determinada (por ejemplo un municipio), ejerce el derecho de petición a través de la rendición de cuentas por parte de las autoridades y funcionarios públicos, de lo que están haciendo y cómo lo están haciendo, teniendo estos últimos la obligación de dar respuesta. Lo que se busca es que las acciones que se realizan en el ámbito de la administración pública se hagan de forma transparente, reduciendo y previniendo la corrupción en la prestación de servicios y el manejo de los recursos que contribuyen al bien común.

En este campo el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras, ha venido impulsando el Programa de Auditoría Social (PAS) desde 1998, después de la destrucción ocasionada por el Huracán y Tormenta Tropical “Mitch”. El CONADEH intervino en la fiscalización de las donaciones provenientes de organizaciones y países extranjeros para las personas afectadas por esta catástrofe. Desde entonces, el CONADEH ha venido definiendo y mejorando la auditoría social, asumiéndola como una política encaminada a hacer más efectiva la participación ciudadana. A partir de 2007 desarrolla un proyecto sobre auditorías sociales, el cual surge de un convenio entre la Secretaría de Estado en los Despachos de Gobernación y Justicia y el CONADEH, para la ejecución de auditorías sociales a las liquidaciones presupuestarias de 135 municipalidades.

⁴ Maiorano, José Luis, “La UNESCO y el Defensor del Pueblo”, en: *Revista La Ley*, Tomo D. Buenos Aires, Argentina, 1996, pág. 1712 y siguientes.

Otro tipo de auditoría social desarrollado por el CONADEH es el relativo a la Gestión Forestal, que le ha permitido crear instancias locales con el objetivo de abrir los espacios de participación de la sociedad civil para mejorar la transparencia y la rendición de cuentas en la temática forestal, buscando con ello prevenir y corregir aquellos conflictos u actos provocados por administradores y funcionarios públicos, que voluntariamente o no, afectan los intereses de la colectividad.

Sobre la **custodia de los intereses colectivos o difusos**, cabe resaltar que en las sociedades modernas se han ampliado los reclamos colectivos, los cuales se centran en el goce de bienes de carácter común, que pertenecen a un grupo indeterminado de personas cuyos integrantes no se hallan vinculados por una misma relación jurídica, y referidos a un bien indivisible y no fraccionable. Esto ha traído problemas como el derecho al acceso a la justicia, ya que en algunos casos no está claro cuáles deben ser los mecanismos de tutela jurisdiccional. Se considera que el Ministerio Público tiene esa facultad ya que tiene la función de control de legalidad y defensa de los intereses sociales, mediante su legitimación para interponer amparos. Pero con la creación de los *ombudsman* en la región, además del mandato de promover y proteger los derechos humanos, la ley les ha asignado otros asuntos de trascendencia colectiva, como la defensa de los intereses difusos, la acción pública, los derechos colectivos y la propia canalización de las demandas populares, por lo que éste asume también la protección de estos derechos. Los *ombudsman* han entendido que no se trata de la colectivización de la legitimación sino la institucionalización de una figura que, administrativa y judicialmente, se presenta como defensora de los derechos de la sociedad ampliando, de esa forma, la defensa del ser humano del plano individual al plano genérico o abstracto⁵.

⁵ El Defensor del Pueblo de Argentina presentó en febrero 2009 una demanda contra el Poder Ejecutivo Nacional y contra el Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas), a fin de que se declarara la nulidad por ilegitimidad de las normas que autorizaron los incrementos tarifarios. La iniciativa la promovió en tutela de los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios de los servicios públicos de gas natural.

En Colombia se aprobó una ley⁶ que señala que la Defensoría del Pueblo debe organizar un registro público de todas las acciones populares presentadas⁷, con el objetivo de difundir los derechos e intereses colectivos más vulnerados, las acciones que se han interpuesto y la tendencia jurisprudencial, lo que permitirá a la comunidad tener elementos apropiados para el respaldo jurídico de sus pretensiones.

Finalmente, ante el incremento de los **conflictos sociales** en la región, algunas Defensorías del Pueblo han desarrollado estrategias internas que buscan prevenir estos conflictos –activos o latentes– que casi siempre culminan en estallidos de violencia. Lo que se busca es contribuir a que los conflictos sean canalizados por procedimientos legales o la vía del diálogo, y no que terminen en hechos violentos que afectan a la gobernabilidad en la región.

Los casos más comunes de conflictos en América Latina giran alrededor de las industrias extractivas (la actividad minera e hidrocarbura), la demarcación territorial y las demandas para satisfacer los derechos económicos, sociales y culturales de la ciudadanía, que los Estados en muchos casos no promueven ni garantizan.

Para la prevención de conflictos sociales, algunas defensorías han creado unidades especializadas sobre conflictos sociales, las cuales tienen por función realizar acciones de monitoreo y alerta temprana, análisis, intermediación y transformación de conflictos sociales. En otros casos las defensorías intervienen y elaboran informes especializados sobre conflictos sociales⁸. En el caso de la Defensoría del Pueblo de Perú, desde el año 2004, la Unidad de Conflictos Sociales⁹ elabora reportes mensuales de conflictos a partir

⁶ Ley 472 de 1998.

⁷ Ésta ley obliga a todos los jueces de Colombia a enviar a la Defensoría copia de la demanda sobre intereses colectivos y de los fallos definitivos.

⁸ Véase: Informe del Defensor del Pueblo de Bolivia sobre los enfrentamientos entre militares y civiles registrados en el mes de septiembre y octubre de 2008.

⁹ Unidad de Conflictos Sociales (UCS) de la Defensoría del Pueblo de Perú, que interviene cuando está en riesgo o se vulneran derechos de las personas; cuando la confrontación violenta afecta la gobernabilidad local, regional y nacional; si se desfavorecen las condiciones para el desarrollo o se desestímulo una cultura de diálogo.

de la información de las 37 oficinas defensoriales ubicadas en todo el país. También la Defensoría del Pueblo de Bolivia cuenta con una Unidad de Prevención y Atención en Conflictos, la cual funciona como mediadora e investigadora; ejemplo de sus funciones se puede constatar en relación con los hechos violentos acaecidos en la localidad de Pando en septiembre de 2008.

Otro ejemplo claro fue el trabajo de la Defensoría del Pueblo de Colombia¹⁰, quien desarrolló una estrategia con las comunidades afrocolombianas de Buenaventura, logrando el empoderamiento de estos pueblos frente a instancias de gobierno para la búsqueda conjunta de soluciones a las problemáticas que les afectaban. Al finalizar el proceso que duró dos años (2005-2007), se logró el reconocimiento oficial del territorio de uno de sus Consejos Comunitarios. Y siguiendo una estrategia similar, con los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y la Serranía del Perijá, se logró que el trabajo sobre fortalecimiento organizativo, consolidación territorial y acceso a la justicia de los pueblos indígenas fuera incluido en el borrador del Plan Nacional de Desarrollo que el Presidente de la República presentara al Congreso para su aprobación.

Finalmente, en este apartado cabe destacar que en el transcurso de los 24 años desde la creación de la primera institución de *ombudsman* su mandato se ha ido ampliando y consolidando por medio de reformas constitucionales¹¹ o legales. Cabe destacar el caso de Guatemala, que

¹⁰ Esta estrategia se desarrolló en el marco del proyecto “Fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, Serranía del Perijá y comunidades afrocolombianas de Buenaventura”, 2005-2007, con el apoyo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

¹¹ Por ejemplo, posterior a su creación, se elevan a rango constitucional: en México, en 1992 se reforma la Constitución y se le da plena autonomía a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y en 1999 por medio de otra reforma a la Constitución se faculta al Senado a elegir al Presidente de la Comisión y se le da a ésta el carácter de organismo constitucional autónomo; en Honduras en diciembre de 1994, y su ratificación correspondiente en febrero de 1995, se modifica la Constitución y se eleva a rango constitucional el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos; en Panamá en 2004 se eleva a rango constitucional la Defensoría del Pueblo, como institución autónoma encargada de velar por los derechos humanos y las garantías fundamentales de la ciudadanía.

en 2008 aprobó la Ley de Acceso a la Información Pública¹² en la que establece que el acceso a la información pública como derecho humano fundamental estará protegido por el Procurador de los Derechos Humanos, dándole atribuciones específicas.

El único caso en que se le ha reducido el mandato a alguna Defensoría de la región es el de Panamá, donde la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 12 de febrero de 1998, derogó varios artículos de la Ley del Defensor del Pueblo, reduciendo su mandato en el sentido de que no podrá investigar hechos u omisiones del Órgano Legislativo, Judicial, Ministerio Público o Tribunal Electoral, ni podrá investigar deficiencias de la administración de justicia. En esa misma sentencia la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la inmunidad al titular y sus adjuntos.

a. Construyendo un buen gobierno

En lo referente al fortalecimiento de la democracia y el buen gobierno, podríamos sintetizar que un buen gobierno es aquel que cumple con cuatro requisitos básicos: uno, eficacia, eficiencia y responsabilidad en las funciones que legalmente le son atribuidas; dos, transparencia en el ejercicio de sus funciones y rendición de cuentas de las instituciones públicas a la ciudadanía; tres, atención incluyente de las demandas ciudadanas que permitan el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; cuatro, aceptar y alentar mecanismos de control político y la participación ciudadana institucionalizada en el proceso de formalización de sus demandas. Para promover y facilitar el fortalecimiento democrático, es en estos cuatro campos que los *ombudsman* deben buscar incidir en el ejercicio de su mandato.

Los *ombudsman* de la región, en la mayoría de los casos, han desarrollado capacidades que les han permitido aportar en los procesos de construcción de buenos gobiernos. A continuación desarrollaremos algunas de las estrategias y buenas prácticas implementadas, en campos trascendentales como lo son los procesos electorales; mecanismos de supervisión de la actuación de la administración estatal;

¹² Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-2008, 23 de septiembre de 2008, artículos 46 a 49.

transparencia o rendición de cuentas; mejoramiento en los sistemas penitenciarios; erradicación de la pobreza, y la participación en procesos de nombramiento de funcionarios públicos.

Uno de los más novedosos ámbitos de trabajo de las oficinas *ombudsman* es en el marco de la realización de **procesos electorales** en la región. La observación electoral es un mecanismo que tiene como propósito comprobar la integridad, transparencia y confiabilidad del proceso electoral y colaborar con las autoridades electorales, las organizaciones políticas y la ciudadanía en general, en la observancia de las disposiciones legales que las regulan. Las misiones de observación electoral llevadas a cabo por las oficinas *ombudsman* buscan primordialmente la vigilancia y protección del ejercicio de los derechos cívicos y políticos de los ciudadanos, ya que dentro de sus competencias constitucionales, están llamados a promover la participación electoral como parte del ejercicio y pleno goce de los derechos cívicos y políticos de los ciudadanos. Está igualmente llamado a proteger dichos derechos y a atender cualquier denuncia que al respecto presente toda persona que crea que éstos le han sido vulnerados. La primera observación electoral que se hizo en el mundo desde una oficina del *ombudsman* fue en América Latina, en el Perú, en 1999, y se ha extendido a más de una docena de países en la región, permitiendo la conformación de misiones integradas por varios de sus titulares¹³.

Las misiones de observación electoral promovidas por los *ombudsman* incluyen la observación nacional durante todo el proceso electoral, es decir desde la convocatoria a elecciones por parte del Tribunal Electoral respectivo, y la observación internacional, que es el acompañamiento que titulares de otras instituciones *ombudsman* dan a sus colegas los días previos y durante el proceso electoral. Para el desarrollo de la observación nacional los *ombudsman* muchas veces han realizado alianzas estratégicas con otras instituciones en sus

¹³ Por ejemplo: observación electoral de las elecciones generales celebradas en 2003 y 2007 en Guatemala; elecciones presidenciales en Panamá en 2004; referéndum sobre ampliación del Canal de Panamá en 2006; referéndum sobre la aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos en 2007 en Costa Rica; elecciones de alcaldes, diputados y presidente en 2009, en El Salvador.

respectivos países. Ese es el caso de la PDH de Guatemala, que en las elecciones generales de 2007 desarrolló un Programa de Observación Electoral conjuntamente con la Universidad de San Carlos y la Oficina del Arzobispado, contando con la colaboración de 9,072 voluntarios y voluntarias *ad honorem*.

En el marco de los procesos electorales, también los *ombudsman* han hecho esfuerzos para prevenir la violencia relacionada con las campañas electorales. Fue así como el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador (PDDH), promovió la firma de un pacto de no agresión para la campaña electoral de 2009, firmado por representantes de los seis partidos contendientes. El pacto señalaba compromisos concretos para la prevención de la violencia al interior de entidades partidarias; para evitar la violencia en medio de actividades proselitistas, y para implementar mecanismos de control disciplinario dentro de las estructuras partidarias, entre otros. La acción del Procurador fue más allá en el sentido de ampliar el pacto a la aceptación y compromiso de las diversas entidades partidarias en todos los municipios dentro del territorio nacional salvadoreño.

Para incidir en la eficacia y eficiencia en las funciones que legalmente le son atribuidas a los gobernantes, las defensorías han creado mecanismos de **supervisión de la actuación de la administración estatal**¹⁴, y han entendido como administración estatal tanto a las entidades públicas de los tres niveles de gobierno (central, regional y local), así como a las entidades privadas que brindan un servicio público por delegación y/o concesión como por ejemplo, universidades privadas.

Para lograrlo las oficinas de *ombudsman* realizan investigaciones sobre los temas que corresponden a las líneas de trabajo antes indicadas, elaborando informes especializados¹⁵, donde en la

¹⁴ Por ejemplo, la Defensoría del Pueblo de Perú cuenta con una Defensoría Adjunta para la Administración Estatal

¹⁵ Véase: Informe circunstanciado de la PDH de Guatemala de 2007, donde señala que en materia educativa y relacionado con el derecho a la educación, que debiese constituir una prioridad del Estado, la asignación presupuestaria descendió, hasta llegar al 1.8% del PIB en el 2006. En dicho Informe la PDH recomendó que para

mayoría de los casos incluyen propuestas y recomendaciones que son presentadas a las autoridades correspondientes, al parlamento, a los medios de comunicación y grupos interesados, con el fin de contribuir con el mejor cumplimiento de las normas de buen gobierno.

También hay casos donde por ley los *ombudsman* están obligados a dar seguimiento a algunas políticas públicas en particular. Tal es el caso en Guatemala de la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (SINASAN), que en el Artículo 15, inciso j, establece que el Consejo Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (CONASAN) deberá

...conocer, analizar y proponer correctivos a las políticas y estrategias en materia de Seguridad Alimentaria y Nutricional (SAN), sobre la base de las recomendaciones que anualmente emitirá el Procurador de los Derechos Humanos con relación al respeto, protección y realización progresiva del derecho a la Seguridad Alimentaria y Nutricional.

En cumplimiento de lo establecido por la Ley y las recomendaciones del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, de establecer mecanismos de seguimiento al tema, el Procurador de los Derechos Humanos elaboró un informe de seguimiento a la Política Alimentaria y Nutricional del Gobierno de Guatemala y formuló las recomendaciones solicitadas¹⁶.

En concordancia con sus mandatos de protección de los derechos humanos y con su interés por promover el **ejercicio transparente** del presupuesto público, la gran mayoría de las oficinas *ombudsman* de Latinoamérica tiene en sus páginas de Internet diferentes secciones a través de las cuales ponen a disposición del público la información administrativa, financiera y contable de su quehacer institucional;

mejorar y avanzar en la disponibilidad educativa, en la calidad y el acceso de todos los niños y niñas, se requiere aumentar sustancialmente el gasto educativo, por lo menos al 4% del PIB en el corto plazo, con el fin de acercarse al óptimo internacional del 6% del PIB.

¹⁶ Procurador de los Derechos Humanos, Primer Informe de Seguimiento a la Política Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional del gobierno de Guatemala, Guatemala, agosto de 2008.

destacan además los casos de Panamá¹⁷ y Costa Rica¹⁸, cuyas defensorías proporcionan no sólo su información presupuestaria sino la de diferentes instituciones públicas, a través de portales de redes interinstitucionales de transparencia.

La Defensoría del Pueblo de Paraguay cuenta con un Centro de Acceso a la Información Pública, mediante el cual se pueden acceder los registros públicos de diferentes instituciones y gobiernos locales. Para hacer uso del centro es necesario descargar una solicitud de información, llenarla, imprimirla en duplicado y presentarse en el Centro con ambas copias.

Como se señaló anteriormente en el caso de Guatemala, en 2008 el Congreso de la República aprobó la Ley de Acceso a la Información Pública¹⁹ en la que establece que el acceso a la información pública como derecho humano fundamental estará protegido por el Procurador de los Derechos Humanos, dándole atribuciones específicas.

Uno de los principales problemas que históricamente ha afectado de manera negativa la administración de justicia en la región ha sido el sistema penitenciario y carcelario. Éste presenta graves deficiencias causadas por múltiples factores, entre ellos, la ausencia de una política penitenciaria integral. Es por ello que muchas defensorías²⁰ de la región han hecho investigaciones, pronunciamientos²¹ y recomendaciones²²

¹⁷ Ver: <<http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa>> (disponible al 1 de abril de 2010).

¹⁸ Ver: <<http://www.dhr.go.cr>> (disponible al 1 de abril de 2010).

¹⁹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-2008, 23 de septiembre de 2008, artículos 46 a 49.

²⁰ El 9 de septiembre de 2003, la Asamblea Nacional de Nicaragua reformó la Ley No. 212, “Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos” y le da el mandato de vigilar a través del Procurador Especial de Cárceles la situación de las personas privadas de libertad en la Policía Nacional y en el Sistema Penitenciario Nacional.

²¹ El 27 de diciembre de 2006 el Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, dictó resolución en contra del Ministro de Gobernación, el Director de la Policía Nacional Civil y el Director del Sistema Penitenciario, por haber indicios de ejecuciones extrajudiciales de siete reclusos en la Granja Penal de Pavón. Se basó en evidencias recogidas en la investigación de estos hechos, que realizó en el ejercicio de su mandato constitucional.

²² A principios de 2008, el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras, recomendó a las autoridades encargadas de la seguridad, trabajar de

al respecto, y han capacitado a su personal para que pueda intervenir en situaciones de crisis penitenciarias²³.

Una de las principales conclusiones comunes a que han llegado las defensorías en sus distintos informes, es que entre las deficiencias que presenta el sistema penitenciario y carcelario se encuentra la falta de programas que garanticen la preparación adecuada para la futura reinserción del infractor a la sociedad. Pero, sin duda, el mayor “factor de crisis” del sistema es el hacinamiento, causado entre otros factores por la ausencia de una política criminal que se interese más por prevenir que por reprimir la delincuencia, la despreocupación por crear alternativas a la pena de prisión y la perniciosa costumbre de pretender resolver problemas sociales básicos con la privación de la libertad.

En este trabajo, también ha habido esfuerzos por restablecer la dignidad de las personas privadas de la libertad, rescatando de los prejuicios su condición de ser humano y reivindicando al recluso como titular de derechos²⁴.

El incremento de la pobreza y las demandas ciudadanas que exigen a sus gobernantes políticas públicas que logren frenarla, ha sido otra de la preocupaciones de los defensores, quienes han hecho pronunciamientos nacionales²⁵, así como investigaciones y propuestas

urgencia en la depuración de la policía encargada de cuidar los centros penales, para evitar que se siguieran introduciendo drogas y armas que ponen en peligro la vida y la integridad de los privados de libertad. Estas recomendaciones las hizo luego de una investigación donde se halló un cementerio clandestino al interior de la Penitenciaría Nacional.

23 La Defensoría del Pueblo de Colombia cuenta con una defensoría delegada para la política criminal y penitenciaria, la cual está dirigida a producir recomendaciones útiles para superar ese déficit, cerrando la profunda brecha que existe entre las exigencias de justicia derivadas de la dignidad humana y la realidad que efectivamente se vive en los centros carcelarios.

24 Véase: Defensoría del Pueblo de Colombia, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos, *Derechos humanos de las personas privadas de la libertad. Manual para su vigencia y protección*. Bogotá, 2006.

25 Véase: Informe del Comisionado Nacional de Derechos Humanos de Honduras de 2007, donde destaca que el problema del mercado laboral que afecta a 672 mil personas, constituye una de las principales causas de la inseguridad humana del país.

regionales, que les han permitido posicionar en la agenda pública esta problemática.

Cabe destacar el Tercer Informe Regional del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, *Políticas públicas regionales sobre la reducción de la pobreza en Centroamérica y su incidencia en el pleno disfrute de los derechos humanos*. Este estudio, además de aportar datos sobre la realidad de la región centroamericana, hace una reflexión en torno a las limitaciones que los índices tradicionales de medición de la pobreza conllevan para la estimación del grado de cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y propone la pertinencia de tomar como base nuevos instrumentos y fuentes de información para la formulación de políticas públicas sobre reducción de la pobreza, sensibles al grado de disfrute de los DESC, desarrollando para ello un Índice DESC, el cual ha sido acogido por distintas instancias gubernamentales²⁶.

Uno de los principales componentes de toda democracia es la independencia que debe tener el Poder Judicial, como ente encargado de administrar justicia, proteger el Estado de Derecho y garantizar los derechos humanos de la población. Con ese fin, los Estados deben de nombrar jueces y magistrados independientes e imparciales, ajenos a toda influencia o intromisión indebida. La independencia del Poder Judicial frente a los otros poderes del Estado y la independencia de los jueces en particular, son de vital importancia en el marco de la democracia representativa y una condición necesaria para evitar la impunidad y lograr el pleno respeto de los derechos de todos los habitantes. La Corte Suprema de Justicia desempeña un papel crucial, tanto en asuntos jurisdiccionales como de carrera judicial. En consecuencia, su debida integración cobra mayor relevancia ya

Además, los bajos ingresos asociados a empleos temporales y de baja productividad, hacen que la Tasa de Subempleo Invisible a nivel nacional sea del 29.6%.

²⁶ La Defensoría de los Habitantes de Costa Rica desarrolló una mesa técnica de trabajo de alto nivel con la participación de todo el cuerpo de directores de la institución y representantes del Instituto Nacional de Estadística y Censos, quienes discutieron ampliamente tanto los alcances como las posibilidades del Índice DESC para el caso particular de este país; en Guatemala fue presentado en un evento organizado por UNIFEM sobre pobreza y género.

que no sólo es el garante último de los derechos de la población sino también el principal órgano administrativo de uno de los tres poderes del Estado. Por lo anterior cabe destacar la participación de algunos defensores en las comisiones o juntas nominadoras constituidas para proponer candidatos para la elección a cargos públicos. Tal es el caso de Honduras, donde se aprobó la Ley Orgánica de la Junta Nominadora para la Elección de Candidatos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia²⁷, el cual crea un mecanismo de integración de la Corte Suprema complejo, con amplia participación de distintos sectores sociales e institucionales. En el centro de dicho mecanismo se encuentra la Junta Nominadora, compuesta por siete entes proponentes, entre los que ha destacado la participación del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos.

b. Hacia el desarrollo de un marco jurídico acorde al derecho internacional de los derechos humanos

Todo Estado democrático necesita de un marco legal que reconozca y permita el respeto de los derechos humanos y en caso necesario, su exigibilidad y justiciabilidad. Este marco legal debe permitir la incorporación de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales y ratificados por los respectivos Estados. Por otra parte, es muy importante no sólo la ratificación de los tratados, sino que, una vez incorporados a la legislación positiva, tengan una aplicación real, sobre todo en la adecuación de las normas inferiores del ordenamiento jurídico a estos instrumentos internacionales y su amplio conocimiento por la comunidad jurídica. En otras palabras, la importancia y el compromiso de armonizar la legislación, los programas y las políticas internas con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos es una obligación que en caso de no cumplirse, genera responsabilidad internacional.

Para incidir en la armonización de la normativa interna a los estándares internacionales sobre derechos humanos, los *ombudsmen* de la región cuentan con tres mecanismos. El primero de ellos es el de instar a su respectivo Estado la ratificación de tratados internacionales sobre

²⁷ Congreso de la República de Honduras, Decreto 140-2001, 1 de octubre de 2001.

derechos humanos; el segundo es la posibilidad de sugerir o proponer a sus parlamentos proyectos de ley; y el tercero es la posibilidad de presentar acciones de inconstitucionalidad de normas que se consideran contrarias a los derechos humanos reconocidos en los tratados ratificados y en la Constitución de sus respectivos países.

Sobre el primer mecanismo podemos decir que únicamente las legislaciones de Bolivia²⁸, México, El Salvador²⁹ y Ecuador³⁰ facultan expresamente al *ombudsman* recomendar al Ejecutivo la suscripción de tratados internacionales sobre derechos humanos o promover su ratificación. Hay muchos ejemplos de cómo por la vía de la interpretación de su mandato, también otros *ombudsman* han sido piezas clave para lograr la ratificación de convenios internacionales. Aunque esta función no esté expresamente definida por ley –por tratarse el *ombudsman* de un delegado parlamentario– nos parece importante que éste apoye o asesore al parlamento en esta materia, no sólo sugiriendo la ratificación de tratados sino también la adecuación de la legislación interna de acuerdo a los compromisos asumidos internacionalmente por los Estados.

Tal es el caso de Guatemala, donde la Procuraduría de Derechos Humanos realizó un trabajo de promoción e incidencia para lograr la ratificación de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en vigencia en Guatemala desde el 28 febrero 2003. El trabajo de incidencia fue desarrollado con iniciativas de la Defensoría de las Personas con Discapacidad de dicha institución y acciones conjuntas con organizaciones de la sociedad civil, dirigidas a la opinión pública y directamente al Congreso y la Presidencia de la República.

Por su parte el Defensor del Pueblo de Bolivia, con base en el mandato expreso que le confiere la ley de recomendar al Poder

²⁸ Ley del Defensor del Pueblo de Bolivia, artículo 11.7.

²⁹ Ley para la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (Decreto No. 163 del 6 de marzo de 1992), artículo 12.5.

³⁰ Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, art. 9.m.

Ejecutivo la suscripción de tratados internacionales sobre derechos humanos, y al Poder Legislativo su aprobación, desarrolló acciones que permitieron que el Estado boliviano ratificara los siguientes tratados internacionales: Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad³¹, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³², Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte³³, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁴.

Cabe destacar también el trabajo desarrollado por el Defensor del Pueblo de Colombia para lograr la ratificación del Estatuto de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional. El Defensor del Pueblo insistió en la necesidad de reformar la Constitución³⁵ y la importancia de comprender que la adhesión de Colombia al Estatuto de Roma no debía entenderse como un obstáculo al proceso de paz.

Sobre la facultad de presentar o sugerir ante órganos legislativos proyectos de ley para proteger derechos humanos, en algunos casos la ley faculta a los Defensores del Pueblo a presentar proyectos o anteproyectos de ley. Por ejemplo, en Bolivia³⁶ el *ombudsman* puede proponer modificaciones a decretos, leyes y resoluciones no judiciales;

³¹ Ley 2344 de 26 de abril de 2002.

³² Ley 3454 de 27 de julio de 2006.

³³ Ley 3447 de 21 de junio de 2006.

³⁴ Ley 3293 de 12 de diciembre de 2005.

³⁵ El Congreso de Colombia adicionó el artículo 93 de la Constitución política por medio del Acto Legislativo 2 de 2001, con el siguiente texto: “El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución”.

³⁶ Haciendo uso de esta atribución sólo en el año 2002 la Defensora del Pueblo propuso doce leyes o enmiendas de normas que vulneraban o afectaban derechos fundamentales en temas diversos, como derechos humanos de las personas con VIH/SIDA y la reforma constitucional del Régimen Agrario y Campesino. Véase, V Informe Anual al Congreso Nacional, 2002.

en Colombia³⁷ y El Salvador también pueden hacerlo mientras se trate de materia de derechos humanos³⁸.

La Defensoría del Pueblo de Bolivia inició gestiones para lograr que el parlamento de su país adoptara la desaparición forzada de personas como un delito penal, conforme a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. La Defensoría desarrolló una estrategia a partir de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenara a Bolivia, como medida reparatoria en el caso Trujillo Oroza³⁹, la tipificación de este delito. Parte de la estrategia incluyó la presentación de una petición por parte de la Defensoría ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Renato Ticona Estrada y otros c/ Bolivia), en agosto de 2004, donde solicitó como una de las medidas reparatorias que el Estado tipificara el delito de desaparición forzada. Finalmente, en el marco del proceso de adecuación normativa al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, liderado por el Defensor del Pueblo, también se trabajó en la tipificación de este delito. El 18 de enero de 2006, el Presidente de la República promulgó la Ley 3326 que tipifica el delito de desaparición forzada de personas.

Por su parte el Defensor del Pueblo de Ecuador envió a la Asamblea Nacional Constituyente⁴⁰ algunas propuestas constitucionales, a fin de contribuir a integrar en la nueva Constitución Política de la República del Ecuador, principios y herramientas que garanticen los derechos humanos, entre sus propuesta incluyó: a) garantizar el ejercicio pleno de los derechos colectivos; b) asegurar que las resoluciones emitidas por el Defensor del Pueblo tengan fuerza vinculante para su eficaz cumplimiento; c) garantizar el debido

³⁷ El Defensor del Pueblo de Colombia tuvo una participación activa para que en el 2001 se adicionara al artículo 93 de la Constitución a fin de que Colombia pudiera reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

³⁸ Como actuación especial podrá opinar sobre proyectos de ley que afecten los derechos humanos.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trujillo Oroza contra Bolivia, sentencia sobre el fondo, 26 de enero de 2000.

⁴⁰ Oficio No. 001158 dirigido al presidente de la Asamblea General Constituyente, 25 de enero de 2008.

proceso administrativo y penal; d) proteger la libertad individual de toda medida cautelar errada o abusiva, y e) asegurar la distribución de medicamentos genéricos.

Los *ombudsman* también han hecho esfuerzos regionales para lograr la readecuación de la legislación a los estándares internacionales. Tal es el caso del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos (CCPDH)⁴¹, que en 2006 realizó una investigación regional sobre el femicidio⁴². Dentro de estas recomendaciones cabe destacar la propuesta a los poderes legislativos de “analizar y aprobar una reforma penal para tipificar y sancionar el femicidio como delito”, presentándose a su vez recomendaciones específicas para su tipificación. Finalizada la investigación, las oficinas *ombudsman* integrantes del CCPDH iniciaron estrategias nacionales coordinándolas con organizaciones del movimiento de mujeres. A partir de dicha investigación y movilización, a la fecha se ha logrado que en Costa Rica (2007) y Guatemala (2008) los respectivos parlamentos tipificaran el delito de femicidio. En 2007 el Congreso de Panamá aprobó el nuevo Código Penal; a pesar de las gestiones de la Defensoría del Pueblo para incluir el delito de femicidio, el mismo no fue incorporado, sin embargo se logró incluir el agravante del delito de homicidio cuando hay relaciones de parentesco.

c. Acceso a la justicia: su fortalecimiento y utilización para la efectiva justiciabilidad de los derechos humanos

Por la necesidad de asegurar el ejercicio pleno de sus funciones, que le permitan exigir a los Estados dar cumplimiento a su deber de garantía, es decir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos que tienen lugar dentro de su propia jurisdicción,

⁴¹ Investigación realizada con el apoyo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en calidad de Secretaría Técnica del CCPDH.

⁴² La investigación tuvo como objetivo sentar las bases de un plan de acción concertado, tendiente a prevenir y combatir el femicidio. En ese sentido, el estudio contempla una serie de recomendaciones dirigidas a diversas instituciones que tienen responsabilidades en la atención y prevención de la violencia, y en la garantía y tutela de los derechos humanos en cada uno de los países centroamericanos.

todas las constituciones de América Latina, les han asignado legitimación procesal amplia. Ello implica la posibilidad de impugnar judicialmente comportamientos estatales y, aún, actos de particulares que violen derechos fundamentales, pudiendo interponer acciones y recursos judiciales y administrativos necesarios para impedir un daño o peligro.

El desarrollo de esta facultad que le ha sido conferida a los *ombudsman*, ha hecho que utilicen los recursos constitucionales, es decir, amparos⁴³, hábeas corpus⁴⁴ y recursos de inconstitucionalidad⁴⁵.

⁴³ Ejemplos de ello: a) la Defensoría del Pueblo de Perú, el 10 de septiembre de 2008 presentó una Demanda de Amparo contra la Gerencia Regional de Desarrollo Social y la Dirección Regional de Salud de Tacna, así como contra la Dirección del Hospital “Hipólito Unanue” de dicha región, en respuesta a las inhumanas y degradantes condiciones de hospitalización y a la falta de una atención médica integral y de calidad para los 22 pacientes del servicio de psiquiatría de dicho Hospital; b) la Defensoría del Pueblo de Ecuador, el 15 de febrero de 2008 presentó una Demanda de Amparo en contra de Interagua, y al ser acogida dejó sin efecto las facturas emitidas por consumos promedios, pidiendo se reconecte el servicio de agua potable a todas las familias de Bastión Popular, populoso barrio de la ciudad de Guayaquil.

⁴⁴ Ejemplo de ello: el Defensor del Pueblo de Bolivia, el 12 de enero de 2008 interpuso y ganó un recurso de hábeas corpus en favor del niño Roel Merrit Barra, a quien no dejaban salir del Hospital del Niño “Dr. Ovidio Aliaga Uría” de la ciudad de La Paz, hasta que se hubiera pagado la deuda emergente de la atención médica prestada.

⁴⁵ Ejemplos de ello: a) el Defensor de los Habitantes de Costa Rica, en 2001 presentó una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 181 del Código Procesal Penal que señala: “A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza”; b) la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador presentó en 2003 una acción de inconstitucionalidad en contra de varios artículos de la Ley Anti Maras; c) el Defensor del Pueblo de Bolivia, 11 de febrero de 2008, interpuso un Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo 27977, de 14-01-2005 (Manual del uso de la fuerza), por vulnerar la norma cuestionada, la supremacía constitucional (a través del bloque de constitucionalidad), la jerarquía normativa, reserva legal y seguridad jurídica entre otros, al pretender aplicar reglas para conflictos armados (reglas de guerra) en situaciones de conflictos internos o conflictos sociales; d) la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, el 10 de febrero de 2009, presentó una demanda de acción en contra de la reforma al artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales, publicada el 23 de enero de 2009 en el Diario Oficial de la Federación, indicando que resulta inconstitucional al determinar que todas las averiguaciones previas tengan carácter estrictamente reservado y únicamente se permita el acceso a aquéllas en que se determinó el no ejercicio de la acción penal, después de pasados cuando menos tres años y hasta el plazo de doce, contados a

Es interesante cómo algunos defensores, al presentar recursos constitucionales, han utilizado la jurisprudencia de los sistemas interamericano y universal provocando que los mismos tribunales constitucionales hagan suyos esos precedentes en la *ratio decidendi* de sus sentencias. Un caso claro fue el recurso presentado por el Defensor del Pueblo de Bolivia para demandar la inconstitucionalidad de algunas normas del Código de Familia y del Código de Seguridad Social, discriminatorias contra las mujeres. La Defensoría apoyó sus argumentos y pretensiones en la jurisprudencia del sistema interamericano, tanto en el caso María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, resuelto por la Comisión Interamericana, como en la Opinión Consultiva OC-4/1984 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los Defensores también han hecho uso de otras acciones jurisdiccionales para defender derechos de los ciudadanos, tal el caso del Contencioso Administrativo presentado por el Defensor del Pueblo de Argentina en el cual hizo un pedido de “medida cautelar urgente” para que fueran suspendidos los aumentos en las tarifas eléctricas, que en algunos casos llegan al 400 por ciento; el mismo fue declarado con lugar⁴⁶.

El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras, visitó en el mes de julio de 2008 la Corte Penal de Dallas, Texas, junto con el Director de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores de Honduras, para estar presentes y apoyar en la audiencia de solicitud de suspensión de ejecución de aplicación de la pena de muerte mediante inyección letal al migrante hondureño Heliberto Chi.

En Guatemala, el Procurador podrá ordenar el cese inmediato de la violación e interponer la denuncia o querrela ante el órgano competente. Su mandato fue ampliado por una reforma al Código

partir de que han quedado concluidas. Tal precepto limita el derecho al acceso a la información, debido a que obstaculiza el conocimiento de las indagatorias concluidas, sin que exista justificación constitucional para tal restricción.

⁴⁶ Causa No. 15/2009, presentada por el Defensor del Pueblo de la Nación el 16 de enero de 2009 ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal No. 9, quien en fecha 27 de enero de 2009 lo declaró con lugar.

Procesal Penal⁴⁷ donde se establece que si se interpone un recurso de exhibición personal sin hallar a la persona a cuyo favor se solicitó, y existieren motivos de sospecha suficientes para afirmar que ella ha sido determinada o mantenida ilegalmente en detención por un funcionario público, por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, o por agentes regulares o irregulares, sin que se dé razón de su paradero, la Corte Suprema de Justicia, a solicitud de cualquier persona, podrá encargar la averiguación (procedimiento preparatorio), en orden excluyente: a) al **Procurador de los Derechos Humanos**; b) a una entidad o asociación jurídicamente establecida en el país; c) al cónyuge o a los parientes de la víctima.

4. La incidencia política en el sistema interamericano de protección de derechos humanos

Reconociendo que las instituciones *ombudsman* pueden constituirse en actores clave en materia de defensa de los derechos humanos en el sistema interamericano, algunas de ellas han privilegiado el establecimiento y consolidación de relaciones con sus órganos, sosteniendo reuniones para definir estrategias de trabajo y participando activamente en las Asambleas Generales de la OEA, en las sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en las audiencias públicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Su creciente protagonismo como intérprete de las demandas de la sociedad civil está determinando el reconocimiento, por parte del sistema interamericano, de su derecho a recurrir ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los *ombudsman* pueden respaldar, mediante diversos modos, el fortalecimiento de los órganos del sistema interamericano y así lograr una efectiva protección de los mismos⁴⁸. Este apoyo lo pueden efectuar en tres ámbitos: a) ámbito interno; b) ante la Comisión Interamericana, y c) ante la Corte Interamericana.

⁴⁷ República de Guatemala, Código Procesal Penal, Decreto 51-92, artículo 467.

⁴⁸ González Volio Lorena, "El sistema interamericano y los derechos de los niños, niñas y adolescentes", en: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*. IIDH, San José, Costa Rica, 2004.

- a) Las experiencias de las oficinas *ombudsman* en el ámbito interno para el fortalecimiento del sistema interamericano, se han desarrollado a través de las siguientes estrategias: apoyo en procesos de ratificación de tratados interamericanos sobre derechos humanos; seguimiento a la readecuación de la legislación interna de acuerdo a los compromisos adquiridos luego de ratificación de algún tratado en materia de derechos humanos; aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en sus resoluciones e informes; contribuyendo a que se cumpla con el requerimiento de agotar los recursos internos; reiterando al Estado y a su administración el compromiso y la obligación de aplicar los principios internacionales relativos a la protección internacional de los derechos humanos, y dando seguimiento y exigiendo al Estado el cumplimiento y ejecución de las decisiones tanto de la Comisión como de la Corte.

Así también, en los últimos años, las mayoría de las oficinas *ombudsman* implementaron programas de capacitación interna en derechos humanos y derecho internacional de los derechos humanos, por lo que el uso de la normativa internacional y regional y de la jurisprudencia de sus órganos de supervisión, se ha hecho mucho más frecuente en las resoluciones e informes defensoriales. La experiencia en el ámbito interno ha sido desarrollada en los apartados anteriores, por lo que este apartado se centrará en la incidencia de los *ombudsman* ante los órganos del sistema interamericano.

- b) Las experiencias de las oficinas *ombudsman* ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han sido muy enriquecedoras, pues han aportado criterios y opiniones importantes a la CIDH. Los mecanismos utilizados frente la Comisión han sido: la solicitud de medidas cautelares; la presentación de denuncias o peticiones individuales; la participación en audiencias; el acompañamiento a los integrantes de la Comisión en visitas *in loco*; el apoyo a las relatorías temáticas de la Comisión, entre otros.

En casos de gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables a las personas, los *ombudsman* de la región han solicitado **medidas**

cautelares a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tanto para proteger la integridad física de personas que han sufrido amenazas de muerte⁴⁹ o atentados⁵⁰, como para salvaguardar los derechos de personas en detención preventiva con fines de extradición⁵¹ o para proteger los derechos de personas con VIH, para que el Estado les brinde el tratamiento antirretroviral necesario para su supervivencia⁵²; también han solicitado medidas cautelares a favor de sus funcionarios⁵³. Luego de presentadas las solicitudes de medidas cautelares, las Defensorías han dado acompañamiento a la vigencia y ejecución de dichas medidas y mantenido una importante y continua comunicación con la Comisión.

En el caso de **peticiones individuales** fue la Defensoría del Pueblo de Perú la que utilizó por primera vez el sistema⁵⁴; conjuntamente con otras personas y la Comisión Interamericana declaró admisible la petición, sin realizar consideraciones sobre la legitimación de las instituciones *ombudsman*. Fue a partir de allí que otros *ombudsman* han hecho uso del mismo. Ejemplo de ello tenemos que en 2004 el Defensor del Pueblo de Bolivia presentó dos denuncias, una por objeción de conciencia con relación al servicio militar⁵⁵ y otra por desaparición forzada de un estudiante⁵⁶.

49 Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala en favor de José Rubén Zamora, presidente de un diario nacional, y su familia, por haber sufrido ataques en contra de su integridad física (2003).

50 Comisionado de los Derechos Humanos de Honduras, Ramón Custodio López, en favor del periodista Geovanny García, quien sobrevivió a un atentado en septiembre de 2007.

51 Defensoría del Pueblo de Bolivia en favor de una refugiada contra quien la Corte Suprema de Justicia ordenó su detención preventiva con fines de extradición.

52 Defensoría del Pueblo de Bolivia a favor de 52 personas con VIH.

53 Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, luego de la muerte violenta del activista de los derechos humanos, Gustavo Galeano Romero, solicitó medidas cautelares para los funcionarios de CONADEH asignados en la Delegación Departamental de Colón (2008).

54 CIDH Petición 12.404, informe de admisibilidad No. 51/021.

55 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.475, Alfredo Díaz Bustos contra Bolivia.

56 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.527, Renato Ticona Estrada contra Bolivia.

Las Defensorías del Pueblo también han participado en audiencias ante la CIDH, a fin de informar sobre la situación de los derechos humanos en sus países o para informar sobre buenas prácticas en este ámbito. Ejemplo de ello fue la participación de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica en la audiencia solicitada por Save The Children y otras ONG ante la Comisión Interamericana, con el fin de promover una opinión consultiva sobre la situación del castigo físico y la afectación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

En el marco de las visitas *in loco* que realizan integrantes de la Comisión, las defensorías han presentado información sobre violaciones a los derechos humanos⁵⁷, informes sobre el seguimiento a las recomendaciones de la CIDH⁵⁸, y han brindado apoyo y acompañamiento a la CIDH y a sus relatores especiales⁵⁹ durante estas visitas.

También ha habido coordinación entre los relatores temáticos de la Comisión Interamericana y las instituciones *ombudsman*. La coordinación, cooperación y el intercambio de información entre ambos ha sido muy valiosa. Tal fue el caso de las visitas que llevó a cabo el Relator Especial de las Personas Migrantes a Costa Rica con motivo del informe que realizó sobre la situación de las personas migrantes nicaragüenses (2002-2004). La Defensoría brindó información al Relator, quien la incluyó en su informe final y le sirvió de sustento para sus conclusiones.

- c) Las experiencias de las oficinas *ombudsman* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido por medio de la

⁵⁷ El Defensor del Pueblo de Bolivia en 2004, durante la visita a Bolivia, brindó a la CIDH información referida a la situación de las comunidades indígenas cautivas (sometidas a servidumbre) del Chaco chuquisaqueño.

⁵⁸ Procurador de Derechos Humanos de Guatemala en 2005, presentó a la CIDH, durante la visita a Guatemala, un informe actualizado sobre las recomendaciones de la Comisión Interamericana en su informe *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*.

⁵⁹ Defensoría de los Habitantes, 2004, presentó al Relator Especial de las Personas Migrantes de la CIDH un informe sobre la situación de las personas migrantes nicaragüenses.

presentación de *amicus curiae*, peritajes y seguimiento a las sentencias.

El Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos (CCPDH) ha sido el único organismo regional de ombudsman que ha presentado un *amicus curiae* en el marco de la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello se dio en relación a la Opinión Consultiva OC 18/03 sobre Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes Indocumentados⁶⁰ solicitada por el Estado de México. El 4 de junio de 2003, el Defensor del Pueblo de la República de Panamá, en su calidad de Presidente del CCPDH presentó en audiencia pública el *amicus curiae*. Posteriormente esa Opinión Consultiva de la Corte Interamericana ha sido utilizada por parte de las oficinas de *ombudsman* de la región, tal el caso de la Defensoría de Costa Rica que fundamentó sus argumentos sobre las reformas a la Ley General de Migración y de la consulta de constitucionalidad del entonces proyecto de ley.

Los ombudsman también han presentado **peritajes** en casos en proceso ante la Corte IDH. En el caso Bulacio⁶¹ contra Argentina, la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires presentó un peritaje, el cual fue valorado por la Corte para determinar la práctica de las *razzias* en Argentina⁶². Otro ejemplo fue en el caso de las Hermanas Serrano Cruz⁶³ contra El Salvador, donde la Corte valoró como prueba pericial la declaración del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de ese país y tuvo

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, del 17 de septiembre de 2003.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia sobre el fondo, 18 de septiembre de 2003.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio contra Argentina, sentencia sobre el fondo, 18 de septiembre de 2003, párrs. 25-27, 30 y siguientes.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 1 de marzo de 2005.

como referente los informes de la Procuraduría emitidos en 1998 y 2003, para establecer que en El Salvador existió un patrón de desapariciones forzadas de niños y niñas durante el conflicto interno.

Por su parte en el caso Servellón García⁶⁴ y otros contra Honduras, la Corte valoró como prueba el *Informe especial sobre muertes violentas de niños, niñas y adolescentes en Honduras*, de enero de 2002, elaborado por el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, en donde éste advertía contra la marginación social de niños y jóvenes en Honduras, la indiferencia social y la “intolerable impunidad” frente a la “muerte masiva de adolescentes y jóvenes”, y sus consecuencias nefastas, como la escalada de violencia e inseguridad ciudadana.

Sobre el **seguimiento a las sentencias** de la Corte, el Defensor del Pueblo de Bolivia, a solicitud de la familia Solón Romero (madre y hermanos de José Carlos Trujillo Oroza⁶⁵) realizó varias gestiones ante la Corte Suprema de Justicia, principalmente para que el proceso penal contra los presuntos responsables de la desaparición forzada de esta persona fuera conducido con apego a las reglas de debido proceso; además, la Defensoría llevó adelante gestiones para que se tipificara en la legislación penal el delito de desaparición forzada de personas, que fue una de las medidas reparatorias ordenadas por la Corte a Bolivia.

Otro ejemplo fue en Guatemala, en el caso de la masacre de Plan de Sánchez⁶⁶ y cuya sentencia de reparaciones la emitió la Corte en noviembre de 2004, ya que algunos de los beneficiarios han estado expuestos a amenazas. La Procuraduría de Derechos Humanos de ese país emitió declaraciones públicas para que se tomaran en cuenta las peticiones de las organizaciones de derechos humanos

64 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Servellón García y otros contra Honduras, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 21 de septiembre de 2006.

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trujillo Oroza contra Bolivia, sentencia sobre el fondo, 26 de enero de 2000.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, sentencia sobre el fondo, 29 de abril de 2004.

y se les protegiera la integridad física de los beneficiarios.

Conclusiones

Los *ombudsman* desempeñan un papel fundamental en favor de la democracia por ser entes que fiscalizan la actuación del Estado, y promueven y supervisan el cumplimiento de los derechos humanos.

En el transcurso de los 24 años desde la creación de la primera institución de *ombudsman*, su mandato se ha ido ampliando y consolidando por medio de reformas constitucionales o legales. El único caso en que se la ha reducido el mandato a alguna Defensoría de la región es en Panamá, en donde la Corte Suprema de Justicia, mediante una sentencia, derogó varios artículos de la Ley del Defensor del Pueblo.

Los *ombudsman* de la región latinoamericana han sido creativos en el ejercicio de su mandato y han interpretado los alcances del mismo de la manera más amplia posible. Así, han pasado de realizar funciones de **investigación**, **mediación** y **educación** en derechos humanos a desarrollar también nuevas y trascendentales funciones como lo son las **auditorías sociales**, **custodia de los intereses colectivos o difusos** y la **prevención de conflictos sociales**.

Cuando los *ombudsman* emiten una resolución, su actividad no termina con ese acto, pues si bien carece de facultades jurisdiccionales: investiga, concluye, recomienda y provoca por su fuerza moral y por la misma investidura que la Constitución y la ley le confiere, que haya variaciones y modificaciones en las situaciones o supuestos de hecho, que ha conocido a partir de su intervención. Cuando el *ombudsman* emite una resolución responsabilizando a la autoridad, funcionario o agente estatal, tal resolución al ser debidamente motivada y fundamentada jurídicamente, lleva una finalidad correctora, para que se restituyan derechos, se modifique situaciones violatorias a derechos humanos, o para que se adopten medidas preventivas.

El impacto del trabajo en educación en derechos humanos realizado por los *ombudsman* le ha valido el reconocimiento de UNESCO. Asimismo, en la mayoría de los casos han desarrollado capacidades

que les han permitido aportar e incidir en los procesos de construcción de buenos gobiernos.

Algunos campos trascendentales en que los *ombudsman* han incidido por medio de estrategias y buenas prácticas implementadas, han sido: en los procesos electorales; en el desarrollo de mecanismos de supervisión de la actuación de la administración estatal; en la transparencia o rendición de cuentas; en el mejoramiento en los sistemas penitenciarios, en la erradicación de la pobreza y en la participación en procesos de nombramiento de funcionarios públicos.

Los *ombudsman* de la región han utilizado tres mecanismos para incidir en la armonización de la normativa interna a los estándares internacionales sobre derechos humanos. El primero de ellos ha sido el de instar a su respectivo Estado la ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos; el segundo lo ha desarrollado sugiriendo a sus parlamentos proyectos de ley, y el tercero presentando acciones de inconstitucionalidad de normas que se consideran son contrarias a los derechos humanos reconocidos en los tratados ratificados y en la Constitución de sus respectivos países.

Las constituciones y leyes de América Latina les han asignado legitimación procesal amplia con el fin de asegurar el ejercicio pleno de sus funciones, que les permitan exigir a los Estados dar cumplimiento a su deber de garantía, es decir, investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos que tienen lugar dentro de su propia jurisdicción. Ello implica la posibilidad de impugnar judicialmente comportamientos estatales y, aún, actos de particulares que violan derechos fundamentales, pudiendo interponer acciones y recursos judiciales y administrativos necesarios para impedir un daño o peligro. El desarrollo de esta facultad ha hecho que utilicen los recursos constitucionales, es decir, amparos, hábeas corpus y recursos de inconstitucionalidad. También han hecho uso de otras acciones jurisdiccionales para defender derechos de los ciudadanos, como la utilización del Contencioso Administrativo y las solicitudes de medidas cautelares urgentes.

Algunos *ombudsman*, al utilizar los recursos judiciales para

impugnar comportamientos estatales, se han servido de la jurisprudencia de los órganos de los sistemas interamericano y universal provocando que los mismos tribunales constitucionales hagan suyos esos precedentes en la *ratio decidendi* de sus sentencias.

Los *ombudsman* también han incidido en el fortalecimiento del sistema interamericano a través de su creciente protagonismo como intérpretes de las demandas de la sociedad civil, y lo han hecho en tres ámbitos: a) ámbito interno; b) ante la Comisión Interamericana, y c) ante la Corte Interamericana.

El fortalecimiento del sistema interamericano pasa primero por el fortalecimiento de las instituciones *ombudsman*, ya que es en el plano nacional donde se puede asesorar y acompañar a las víctimas. Es a partir del plano nacional donde se puede promover el respeto de los derechos humanos y promover que los habitantes de los Estados denuncien cualquier violación a ellos. Además se fortalece el sistema interamericano no sólo con la participación, colaboración y coordinación con las defensorías, comisionados o procuradurías, sino también con la participación de los habitantes informados y vigilantes de que sus Estados sean respetuosos de los derechos humanos.

Los *ombudsman* han podido realizar un trabajo de impacto político, ya que con el desarrollo amplio de su mandato, a través de investigaciones, resoluciones, utilización de recursos jurisdiccionales, acciones de mediación y prevención de conflictos, desarrollo de proyectos educativos, auditorías sociales, entre otros, han podido incidir de manera clara en las políticas públicas de sus respectivos Estados, así como en la normativa interna.

El papel de los derechos económicos, sociales y culturales en las democracias latinoamericanas

*Joaquín A. Mejía R.**

Breve marco teórico-normativo de los derechos económicos, sociales y culturales en la concepción interamericana de democracia

En la cultura jurídico-política contemporánea, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos se han constituido en los elementos esenciales de legitimación y deslegitimación de cualquier poder, y entre ellos mantienen una relación triádica que les permite a cada uno definirse, completarse y adquirir sentido en función de los otros¹; por ello, es muy difícil encontrarnos con algún gobierno que no se autodefiniera como democrático, y que no contemple dentro de su discurso y sus prioridades –aunque sea de manera formal– la defensa de los derechos humanos de la población sujeta a su jurisdicción.

El Estado de Derecho se caracteriza por ser un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el objetivo de suprimir o al menos disminuir la violencia en las relaciones interpersonales; la democracia es caracterizada como una técnica de convivencia orientada a la solución no violenta de los conflictos. Por tanto, en un Estado democrático de Derecho no debería

* Doctor y Maestro en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (U. Carlos III de Madrid), y Doctor (c) y Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (U. Complutense de Madrid). Investigador del Departamento de Investigación y Derechos Humanos del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación de la Compañía de Jesús en Honduras.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de Garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/1987 del 30 de enero de 1987, párr. 26. Toda la información relativa a este órgano interamericano (sentencias, opiniones consultivas, etc.) puede encontrarse en <http://www.corteidh.or.cr>.

existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia ilegales más graves y vejatorias².

De ello se desprende que el fin primordial del derecho es limitar y vincular al poder –público y privado– para garantizar la inviolabilidad de la dignidad humana, razón por la cual se ha sancionado en la mayoría de constituciones latinoamericanas (a) que todos y todas debemos estar sometidos a la Constitución y a las leyes (imperio de la ley); (b) que la mejor manera de equilibrar la fuerza de los poderes públicos y evitar el absolutismo es mediante su división y control mutuo (separación de poderes); (c) que las actuaciones de la administración pública deben ser acordes con la legalidad y sometidas a control judicial (legalidad de la administración), y (d) que el respeto y realización de los derechos humanos son la garantía para la protección de la persona como fin supremo de la sociedad y el Estado.

La inclusión de los derechos humanos en las cartas constitucionales latinoamericanas ha permitido que se constituyan en elementos vinculantes que condicionan las decisiones adoptadas en el marco del proceso democrático, favoreciendo de esta forma la comprensión de la democracia como un régimen político que permite el desarrollo pacífico de las transformaciones sociales e institucionales. En este sentido, la democracia legitima el cambio a través del disenso mediante la reducción de la violencia y la limitación del poder absoluto. Por ello es que la “democracia no es capaz de defenderse a sí misma salvo que incrementa sus capacidades de reducir la injusticia y la violencia”³.

Así como la democracia garantiza las luchas por los derechos humanos, éstas garantizan a su vez la democracia; la primera ofrece a las otras los espacios y los instrumentos jurídicos, y las segundas aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de tutela efectiva y fomentan su desarrollo y su realización; además, se constituyen en una forma de democracia política que se desarrolla paralelamente a la institucional y representativa, permitiendo que

² Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, et al. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, págs. 91-92.

³ Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Mauro Armíño. Ediciones Temas de Hoy, Madrid, España, 1994, págs. 132 y 136.

el debate político también salga de las paredes de los parlamentos, y que la participación de los titulares de los derechos se vuelva más directa. De esta manera se puede ejercer un mayor control de las decisiones parlamentarias para orientar a los poderes públicos a la plena satisfacción de todos los derechos humanos reconocidos constitucionalmente y en los tratados internacionales ratificados por los Estados⁴.

Esta tensión constante entre el poder político representado en el Estado y el poder social identificado con el ejercicio de los derechos humanos, hace que advirtamos que tanto la “democracia representativa” como la “democracia directa” no son dos formas alternativas de participación sino que están interrelacionadas entre sí y se enriquecen mutuamente. A falta de la primera, la segunda solamente “puede valerse de un consenso vacío y pasivo y se halla expuesta a todas las aventuras y perversiones posibles”; a falta de la segunda, la primera “está destinada a replegarse sobre sí misma, reproduciendo en su interior las formas de la representación y sucumbiendo a largo plazo por defecto de garantías jurídicas y políticas”⁵. Por ello es que cuando falta la presión de los sectores sociales y la crítica pública, la democracia se transforma en oligarquía⁶.

4 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio. 6ª ed., Trotta, Madrid, España, 2004 (1995), págs. 946-947. El orden jurídico de una sociedad que se precie democrática sólo se realiza y justifica si garantiza las condiciones para el respeto y protección de los derechos humanos, ya que su protección es un propósito básico de dicho orden, y a su vez, “el ejercicio efectivo de la democracia contribuye decisivamente para la observancia y garantía de los derechos humanos, y la plena vigencia de éstos caracteriza en último análisis al Estado de Derecho”, en Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Democracia y Derechos Humanos: El régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho”, en: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Año 1, vol. 1, No. 1. Brasil, 1999, pág. 20.

5 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, ambas citas textuales corresponden, en su orden, a las págs. 947-948.

6 Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, págs. 52 y 203. “La democracia nunca se reduce a procedimiento o incluso a instituciones; es la fuerza social y política que lucha por transformar el Estado de Derecho en un sentido que corresponda a los intereses de los dominados... La democracia no triunfa cuando la acción política prevalece sobre la lucha social, sino, en el caso contrario, cuando el

De este modo, la garantía de los derechos humanos se asegura tanto en el ámbito de las decisiones parlamentarias (democracia representativa) como en el ámbito de la lucha social (democracia directa). Aunque este modelo de democracia sea imperfecto y difícil por definición, lo más importante es que es un modelo perfeccionable en cuanto está anclado de forma permanente en la voluntad y las necesidades vitales de las personas⁷; por ello, la democracia se puede concebir como un proceso siempre abierto, institucionalizado jurídicamente en el Estado de Derecho, en el que los sujetos pueden participar en las decisiones jurídico-políticas, lo que también implica una participación en el tejido social, y en los resultados “medidos tanto en consecuencias más directamente económicas como en reconocimiento de derechos y libertades de muy diferente índole”⁸.

En el ámbito internacional, la interacción entre democracia y derechos humanos se fundamenta en tres ejes principales: (a) el de su formulación en términos jurídicos, lo cual plantea la configuración de un derecho a la democracia, cuya naturaleza sería de tipo colectivo y procesal, y en este sentido, se identificaría especialmente con los derechos políticos, que al asegurar la participación por igual de todos los miembros de la sociedad se constituyen en un medio para la consecución del respeto de los demás derechos humanos. (b) El de sus vínculos inherentes, que conduce a definir la democracia mediante aquellos derechos que deben formar parte de ella. Aunque tradicionalmente se ha considerado que sólo los derechos civiles y políticos son esenciales para la democracia, en virtud del principio de indivisibilidad los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) también juegan un papel importante en los procesos democráticos, ya que es evidente que la falta de acceso a una serie de recursos básicos genera una inestabilidad política con claros efectos negativos sobre dicho proceso. (c) Y finalmente, el de su operatividad real, lo cual

actor de clase es definido lo bastante positivamente como para ordenar la acción política y para legitimar su acción en términos de derechos fundamentales y de construcción de nueva ciudadanía”.

7 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, pág. 948.

8 Díaz, Elías, “Estado de Derecho y democracia”, en: *Anuario de la Facultad de Derecho*, No. 19-20. Universidad de Extremadura, España, 2001-2002, pág. 207.

implica preguntarse si la democracia puede ser impuesta, considerando que es posible que el propio proceso democrático no sea suficiente para garantizar el respeto de los derechos humanos, pues una sociedad podría rechazar a través de las elecciones la defensa de ciertos derechos o incluso la destrucción de la propia democracia⁹.

Para los efectos de este artículo, sólo se analizará el segundo de estos ejes, en el sentido de determinar qué derechos son necesarios para hablar de una verdadera democracia y cuál es la posición de los órganos interamericanos al respecto. La importancia de esta cuestión para la región latinoamericana radica en que existe un triángulo de democracia, pobreza y desigualdad en cuyo escenario cohabitan las libertades políticas junto con las severas privaciones materiales de un alto porcentaje de la población¹⁰, lo cual pone en grave riesgo la gobernabilidad democrática. En este sentido,

[hay] una relación orgánica entre la violación de los derechos a la seguridad física, por una parte, y el descuido de los derechos económicos y sociales y la supresión de la participación política, por otra. Y esa relación, según se ha puesto de manifiesto, es, en gran medida, una relación de causa y efecto. En otras palabras, el descuido de los derechos económicos y sociales, especialmente cuando se ha suprimido la participación política, produce la clase de polarización social que conduce, a su vez, a actos de terrorismo por y contra el Gobierno... La desatención de los derechos económicos y sociales es otra causa, aunque más difusa y problemática, de la violencia y los conflictos sociales¹¹.

A pesar del argumento anterior, generalmente se ha reconocido que los derechos civiles y políticos son elementos imprescindibles para el desarrollo del proceso democrático, y en cambio, a los

⁹ Úbeda de Torres, Amaya, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*. Reus, Madrid, España, 2007, págs. 48-50.

¹⁰ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe La Democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, 2a. ed. Aguilar, Altea, Taurus, Alaguara, Buenos Aires, Argentina, diciembre de 2004, págs. 39-40.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1979-1980*, 2 de octubre de 1980, Capítulo VI.

derechos económicos, sociales y culturales se les ha considerado complementarios pero no indispensables, aunque se admita la necesidad de promoverlos para facilitar la participación política.

Así, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) ha señalado que pese al constante reconocimiento de los DESC como base y sustento de la dignidad humana, el trabajo de los órganos interamericanos

se ha centrado desde el comienzo de sus actividades en los derechos políticos y civiles. Existe una lógica en este proceder que puede ser encontrada en el fundamento mismo de la concepción que, acerca de la democracia representativa, esos derechos civiles y políticos condensan. En efecto, las garantías individuales y políticas que la vigencia de esos derechos tiende a asegurar, incluían como supuesto esencial que los beneficios derivados de dicha vigencia se reflejarían en el ámbito económico, social y cultural. En otras palabras, se consideraba que un orden político de democracia representativa, por su propia naturaleza, debía traducirse en mejoras sustantivas en la calidad de vida de la gran mayoría, sino la totalidad, de la población. El trabajo, la salud, la educación, la vivienda adecuada, etc., fluirían necesaria y naturalmente como resultado de la preservación de ciertas garantías individuales y de la vigencia de instituciones democráticas. Lo que la experiencia reciente de América Latina y el Caribe en general, y de la Comisión en especial ha permitido revelar, sin embargo, es que no existe esa relación automática y necesaria entre la vigencia de los derechos civiles y políticos y la satisfacción de las necesidades básicas de importantes sectores de la población¹².

Bajo estos parámetros, en nuestro continente muchos Estados son catalogados como democráticos por asegurar formalmente el respeto de la libertad de expresión, la libertad de elegir y ser electo, la libertad de tránsito, etc., pese a que un elevado porcentaje de su población vive bajo la línea de la pobreza y no tiene una capacidad real para participar e incidir en igualdad de condiciones que el resto de la población en el proceso democrático. En este sentido, nuestra historia regional nos ha enseñado que no puede haber democracia ni desarrollo sin una lucha activa contra las desigualdades socio-económicas, y ello implica que

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1983-1984*, 28 de septiembre de 1984, Capítulo V. II., párr. 1-2.

la democratización impone “una intervención política, una gestión concertada de cambios económicos y sociales y, sobre todo, una firme voluntad de dar prioridad a la lucha contra las desigualdades que destruyen la sociedad nacional”¹³.

En términos normativos, la relación entre democracia y derechos humanos se concreta y desarrolla en América mediante la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos, la Carta de Garantías Sociales, la Carta de la Organización de Estados Americanos y otros instrumentos interamericanos relevantes¹⁴. Así, la Declaración Americana reconoce que el alcance de los derechos está limitado por los derechos de los demás y por las justas exigencias del desenvolvimiento democrático (art. XXVIII) y establece el derecho de toda persona a elegir y ser electo mediante elecciones genuinas, periódicas y libres (art. XX). Es importante destacar que este instrumento, al incluir todos los derechos humanos –los civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales– proclama el ideal de construir una “democracia solidaria” en el continente americano¹⁵.

Haciendo eco de lo anterior, la Convención Americana reafirma el propósito de consolidar en el continente “dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (Preámbulo, párr. 1) y enuncia los derechos políticos de las personas como expresión de su participación en los procesos democráticos (art. 23); a su vez, establece que dicho instrumento no puede ser interpretado en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la

¹³ Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, págs. 391-393.

¹⁴ Sin restarle valor al importante precedente del Tratado Interamericano de Resistencia Recíproca de 1947 que en el penúltimo párrafo de su preámbulo ya señalaba “que la paz se funda en la justicia y en el orden moral y, por tanto, en el reconocimiento y la protección internacionales de los derechos y libertades de la persona humana, en el bienestar indispensable de los pueblos **y en la efectividad de la democracia**, para la realización internacional de la justicia y de la seguridad”. (Énfasis agregado.)

¹⁵ Úbeda de Torres, Amaya, *Democracia y derechos humanos...*, pág. 214.

forma democrática representativa de gobierno” (art. 29.c), y que los derechos de cada uno “están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (art. 32.2).

Evidentemente, el factor social tiene un lugar muy importante en el ideal democrático interamericano, lo cual se reafirma con la adopción del Protocolo de San Salvador en el que se sostiene la necesidad de desarrollar, perfeccionar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales “en función de consolidar en América, sobre la base del respeto integral a los derechos de la persona, el régimen democrático representativo de gobierno” (Preámbulo, párr. 6).

Por su parte, la Carta de Garantías Sociales establece que es una exigencia para los regímenes democráticos “garantizar simultáneamente el respeto a las libertades políticas y del espíritu y la realización de los postulados de la justicia social” (Preámbulo, párr. 4). Y finalmente, la Carta de la OEA y sus reformas contienen varias referencias importantes a la democracia, tales como que “la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”, y que el verdadero sentido “de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (Preámbulo, párrs. 3 y 4, respectivamente).

Además, este instrumento constitutivo de la OEA establece dentro de sus propósitos esenciales promover y consolidar la democracia representativa, y erradicar la pobreza crítica en tanto constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático (art. 2.b y g); también insta como principio que la solidaridad americana requiere la organización política de los Estados sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa (art. 3.d).

Es importante destacar que la relación establecida entre el principio democrático y la eliminación de la pobreza constituye un rasgo

distintivo de la noción de democracia incluida en la Carta de la OEA¹⁶, lo cual es fundamental para reconocer la esencialidad del papel de los derechos económicos, sociales y culturales en una región marcada por la desigualdad y la exclusión social. Tal como lo ha señalado Diego García Sayán,

La democracia es el sistema de gobierno y de organización del Estado y de la sociedad que posibilita el goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Con esta percepción, la vocación por la justicia social encuentra pleno sentido y coherencia con la democracia, que supone, por definición, que nadie esté excluido, lo que incluye la lucha frontal contra la pobreza y la extrema pobreza¹⁷.

Por último, nos encontramos con la Carta Democrática Interamericana, adoptada en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001 durante el 28o. período extraordinario de sesiones de la OEA. A pesar de su nombre, este instrumento interamericano tiene el carácter de una declaración de la Asamblea General, no obstante, representa el documento más completo en esta materia y recoge las tendencias y evoluciones que ha experimentado el principio democrático en el marco de la OEA. Consta de un preámbulo y 28 artículos diseminados a lo largo de 6 capítulos.

El capítulo 1 desarrolla la relación entre la democracia y el sistema interamericano; el 2 la relación entre la democracia y los derechos humanos; el 3 se refiere a la democracia, el desarrollo integral y el combate a la pobreza; el 4 al fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática; el 5 a la democracia y las misiones de observación electoral; y finalmente, el capítulo 6 se refiere a la promoción de la cultura democrática. No es propósito de este trabajo

¹⁶ Se debe resaltar que en varias declaraciones como la Declaración de Asunción (1991), la Declaración de Nassau (1992), la Declaración de Managua (1993), la Declaración de Montrouis (1995), la Declaración de Florida (2005), se reafirma la importancia de la relación entre democracia y derechos humanos, así como la necesidad de adoptar medidas destinadas a promover el desarrollo integral y la lucha contra la pobreza, con lo cual se dota al principio democrático de una visión social y no sólo instrumental.

¹⁷ “Discurso del Ministro de Relaciones Exteriores del Perú”, en Carta Democrática Interamericana. Documentos e interpretaciones, Organización de los Estados Americanos, Washington, DC, Estados Unidos de América, 2003, pág. 111.

analizar todos los capítulos, solamente aquellas partes que tengan mayor relación con los derechos económicos, sociales y culturales¹⁸.

En el preámbulo de la Carta Democrática Interamericana la Asamblea General reafirma la relación intrínseca entre democracia y derechos humanos, y destaca la importancia de ciertas condiciones relativas a los DESC para garantizar la gobernabilidad democrática. En este sentido, se sostiene que “el crecimiento económico y el desarrollo social basados en la justicia y la equidad y la democracia son interdependientes y se refuerzan mutuamente”; “que la lucha contra la pobreza, especialmente la eliminación de la pobreza crítica, es esencial para la promoción y consolidación de la democracia y constituye una responsabilidad común y compartida de los Estados americanos”; y que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia”.

Este instrumento también señala “que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática”, y reconoce “la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia”; “que la educación es un medio eficaz para fomentar la conciencia de los ciudadanos con respecto a sus propios países y, de esa forma, lograr una participación significativa en el proceso de toma de decisiones”, y reafirma “la importancia del desarrollo de los recursos humanos para lograr un sistema democrático y sólido”; y “que un medio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política”.

Finalmente, la Carta Democrática establece “que el Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales resalta la importancia de que tales derechos sean reafirmados, desarro-

¹⁸ Para un análisis general de la Carta Democrática Interamericana véase Ayala Corao, Carlos, y Pedro Nikken Bellshaw-Hógg, *Defensa colectiva de la democracia: Definiciones y mecanismos*. Comisión Andina de Juristas/The Carter Center, Lima, Perú, enero de 2006.

llados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar el régimen democrático representativo de gobierno”; y “que el derecho de los trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos”.

Un aspecto importante a resaltar es que la Carta Democrática reconoce el derecho a la democracia de los pueblos americanos y la obligación de sus gobiernos de promoverla y defenderla, dado que es esencial para el desarrollo social, político y económico de dichos pueblos (art. 1)¹⁹. A su vez, se definen los “elementos esenciales de la democracia representativa” y “los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia”. De acuerdo con el artículo 3, tales elementos son (a) el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; (b) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; (c) la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; (d) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y (e) la separación e independencia de los poderes públicos. En tanto, el artículo 4 establece que los componentes de su ejercicio son (a) la transparencia de las actividades gubernamentales; (b) la probidad; (c) la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, y (d) el respeto por los DESC, y la libertad de expresión y de prensa.

Este instrumento señala que uno de los elementos esenciales de la democracia lo constituye el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, no obstante no define a qué derechos humanos se refiere; por ello es imprescindible remitirse a la Declaración Americana, a la Convención Americana y sus protocolos, y a los demás instrumentos interamericanos sobre la materia. Bajo estos parámetros, la violación de los derechos humanos contenidos en estos instrumentos –incluidos los económicos, sociales y culturales– representaría una afectación a la esencia de la democracia. Sin

¹⁹ Para un análisis sucinto acerca del derecho a la democracia en América, véase Muñoz, Heraldo y Mary D'León, “The right to democracy in the Americas”, en: *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 40, No. 1. Universidad de Miami, Florida, Estados Unidos de América, primavera de 1998, págs. 1-18.

embargo, dicha violación no debe ser singular, pues para esos casos están los procedimientos ante la CIDH y la Corte IDH, sino que tiene que corresponder a una situación sistemática y generalizada.

Hay quienes consideran que no todas las violaciones de los derechos humanos pueden situarse en igual rango, sino sólo aquellas que corresponden a un núcleo duro de derechos en virtud de lo establecido en el artículo 27 de la Convención Americana y en el artículo 20 del Estatuto de la CIDH. En ese sentido, sólo constituirían una afectación a la esencia de la democracia la violación sistemática y generalizada del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); el derecho a la vida (art. 4); el derecho a la integridad personal (art. 5); la prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6); el principio de legalidad y de retroactividad (art. 9); la libertad de conciencia y de religión (art. 12); la protección a la familia (art. 17); el derecho al nombre (art. 18); los derechos del niño (art. 19); el derecho a la nacionalidad (art. 20) y los derechos políticos (art. 23), y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos, consagrados en el Pacto de San José; y el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (art. I); el derecho de igualdad ante la ley (art. II); el derecho de libertad religiosa y de culto (art. III); el derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (art. IV); el derecho de justicia (art. XVIII); el derecho de protección contra la detención arbitraria (art. XXV), y el derecho a proceso regular (art. XXVI), contenidos en la Declaración Americana²⁰.

En mi opinión, esta posición nos confirma que a pesar de la retórica sobre la indivisibilidad de todos los derechos humanos, las violaciones a los derechos civiles y políticos siguen siendo tratadas como si fueran mucho más graves y más intolerables que la masiva negación de los DESC en nuestro continente. Por tanto, si tomamos en serio el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos

²⁰ Nikken Bellshaw-Hógg, Pedro, "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", en: Ayala Corao, Carlos, y Pedro Nikken Bellshaw-Hógg, *Defensa colectiva de la democracia...*, págs. 42-43.

humanos, y teniendo en cuenta la realidad de exclusión social y desigualdad de nuestra región, no hay razón para negar que la muerte por hambre, la falta de acceso a la educación básica o a los servicios de salud primarios de amplios porcentajes de la población, constituyen una afectación a la esencia misma de la democracia, sobre todo porque la violación de los derechos económicos, sociales y culturales se da en un marco estructural de generalidad y sistematicidad.

La indivisibilidad de los derechos humanos es recogida por la propia Carta Democrática en su artículo 7 al establecer que

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

Tomando en cuenta además que en los últimos años se ha venido consolidando un nuevo constitucionalismo latinoamericano donde se establece un reconocimiento pleno –tanto a nivel normativo como de exigibilidad judicial– e igual jerarquía de los derechos humanos, y se fortalece la importancia práctica del principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos ellos²¹, ya no es posible seguir manteniendo una concepción de unos derechos más fundamentales (civiles y políticos) que otros (económicos, sociales y culturales) de cara a la gobernabilidad democrática y a la consolidación del Estado de Derecho.

Por tanto, el ejercicio de los derechos políticos y la existencia de amplias libertades de expresión, asociación y reunión son elementos esenciales del régimen democrático de gobierno; pero esta visión hemisférica se completa “con el necesario desarrollo y promoción de los DESC, sin cuya adecuada vigencia el ejercicio de los derechos

²¹ Noguera Fernández, Albert, “¿Derechos fundamentales, fundamentalísimos o simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, en: *Revista Derechos y Libertades*, Época II, No. 21. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, España, junio de 2009, págs. 131-137.

políticos resulta severamente limitado y la permanencia misma del régimen democrático gravemente amenazada²².

Si al escenario anterior le sumamos la idea de que uno de los componentes para el ejercicio de la democracia es el respeto de los DESC (art. 4 de la Carta Democrática) y que su promoción y observancia son consustanciales a la consolidación de la democracia (art. 13 de la Carta Democrática), pues la pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en su consolidación (art. 12 de la Carta Democrática), entonces la democracia en el sistema interamericano se relaciona naturalmente con la totalidad de los derechos humanos y su salvaguardia requiere que la atención dispensada a los derechos civiles y políticos se extienda igualmente a los derechos económicos, sociales y culturales²³.

Bajo estos parámetros, es difícil sostener que en América Latina pueda existir una verdadera democracia (a) sin elecciones periódicas libres, competitivas y en condiciones de igualdad ciudadana (art. 3 de la Carta Democrática); (b) sin un Estado de Derecho orientado al bien común y sustentado sobre una distribución y equilibrio de poderes con independencia de funcionamiento (arts. 2-4 de la Carta Democrática); (c) sin un régimen de libertades públicas que garantice, permanentemente, las libertades de pensamiento, información,

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, 28 de septiembre de 1987, Capítulo VII. A.

23 Cançado Trindade, Antônio Augusto, "Democracia y Derechos Humanos: El régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho"... , págs. 14 y 23. También es importante mencionar que actualmente se está elaborando un proyecto de Carta Social de las Américas [Resolución AG/RES. 2056 (XXXIV-O/04)], con el objeto de reforzar los instrumentos existentes en la OEA sobre democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza. Este instrumento se enfoca en (a) la promoción de la justicia social, especialmente a través del combate a la pobreza y la discriminación, como eje central del desarrollo económico con equidad; (b) la atención preferente a los grupos vulnerables y excluidos como prioridad de las políticas sociales, y (c) la realización de los DESC como componente esencial para la promoción y consolidación de la democracia; entre otras cosas. Sobre el proceso de elaboración y negociación puede consultarse la página electrónica del Grupo de Trabajo respectivo en: <http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/CPCIDI%20conjunto%20carta%20social.asp> (disponible al 24 de febrero de 2010).

expresión, movilización, organización, petición, de religión y culto (arts. 2, 3 y 6 de la Carta Democrática), y (d) sin un orden social orientado a la justicia, que garantice al ciudadano común el acceso a derechos humanos tan fundamentales como la educación y la cultura, la salud, el trabajo digno, la vivienda, y el disfrute y preservación de un sistema ecológico equilibrado (arts. 4, 10-13, 15 y 16 de la Carta Democrática)²⁴.

Concepto(s) de democracia y sus implicaciones para una visión integral de los derechos humanos

La relación teórica entre democracia y derechos humanos no es totalmente pacífica, y ella puede ser contemplada desde tres formas: (a) la ingenua, que considera la inexistencia de conflictos entre ambos y por tanto se pueden mantener juntos sin límite alguno; (b) la idealista, en la que el pueblo y sus representantes no están en absoluto interesados en lesionar los derechos humanos por medio del proceso democrático, ya que su protección constituye para todos una eficaz motivación política, y (c) la realista, que reconoce que la relación entre los derechos humanos y la democracia se caracteriza por dos realidades opuestas: (1) **los derechos humanos son profundamente democráticos** porque aseguran el desarrollo de las personas gracias a la garantía de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, capaces por lo general de mantener estable el proceso democrático, y porque aseguran las condiciones para el funcionamiento de dicho proceso mediante la protección de la libertad de opinión, prensa, radiodifusión, reunión y asociación, así como del derecho de sufragio y otras libertades políticas, y (2) **los derechos humanos son profundamente antidemocráticos** porque desconfían del proceso democrático y por ello someten al legislativo privándolo del poder de decisión de la mayoría parlamentariamente legitimada²⁵.

²⁴ Cerdas, Rodolfo, "Democracia y derechos humanos", en: Cerdas Cruz, Rodolfo y Rafael Nieto Loaiza, (comps.), *Estudios básicos de derechos humanos*, Tomo I. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994, pág. 297.

²⁵ Alexy, Robert, "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", trad. de Alfonso García Figueroa, en: Carbonell, Miguel (ed.),

Aunado a lo anterior, la relación entre estos dos elementos también se torna compleja cuando hay que determinar lo que se entiende por democracia, y cuando hay que ponerse de acuerdo sobre cuáles son los derechos humanos necesarios para poder hablar de un Estado de Derecho y de un sistema democrático. En relación con el primer aspecto²⁶, lograr un acuerdo sobre el contenido de la democracia es una tarea ardua y ni siquiera en el ámbito académico existe un consenso al respecto, debido, entre otras razones, a que en las últimas décadas muchos países de América Latina, África, Asia y Europa del Este han experimentado un importante proceso de democratización, cuyos regímenes a pesar de compartir varios atributos con las democracias del mundo industrializado, también difieren de ellas en muchos aspectos, a tal punto de surgir la duda de si son completamente democráticos²⁷.

Frente a ello, muchos teóricos han tenido que revisar el concepto tradicional de democracia para poder desarrollar una nueva conceptualización que incluya las particularidades de estas nuevas experiencias políticas. Sin embargo, este esfuerzo ha permitido la multiplicación de formas alternativas del concepto, incluyendo un sorprendente número de subtipos tales como “democracia electoral”, “democracia delegativa”, “democracia plebiscitaria”, “democracia deliberativa”, etc.,

Neoconstitucionalismo(s), 2ª edición. Trotta, Madrid, España, 2005, págs. 37-38. Pintore señala que la democracia “es una amenaza potencial para los derechos, en la medida en que la soberanía no esté restringida por límites. Los derechos, a su vez, son una amenaza para la democracia, tanto en el sentido de que representan una limitación de contenidos al libre despliegue de la soberanía popular, como en el sentido de que se confían a sí mismos –la determinación de su contenido y su tutela– a otros distintos del pueblo soberano, otros que podrían convertirse en los señores de los derechos, los administradores de su contenido y de sus confines”, en Pintore, Anna, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, trad. De Juan A. Pérez Lledó, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23. Alicante, España, 2000, págs. 138-139.

²⁶ En los apartados tres y cuatro de este artículo analizaremos el segundo aspecto relacionado con cuáles son los derechos humanos necesarios para establecer una concepción integral de la democracia.

²⁷ Collier, David y Steve Levitsky, “Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research”, en: *World Politics* Number 3, Vol. 49. Princeton Institute for International and Regional Studies, abril de 1997, pág. 430.

a tal grado que al examinar la literatura reciente nos encontramos con que existen más de 550 ejemplos de democracia “con adjetivos”²⁸.

Por tal razón, el discurso sobre el significado de la democracia no puede considerarse concluido debido a que en el lenguaje político no se habla de la misma únicamente en relación con ¿quién gobierna? y ¿cómo se gobierna?, sino también en relación con los fines o valores cuya realización se persigue²⁹. En este sentido, cuando en la actualidad se habla de democracia sustancial no es que se añada un adjetivo más al concepto para caracterizar a un régimen determinado, sino que esta sustancialidad representa un elemento intrínseco y particular de las democracias constitucionales contemporáneas pues implica un procedimiento democrático vinculado a los derechos humanos sobre los que no se puede decidir (civiles y políticos) ni dejar de decidir (económicos, sociales y culturales), lo cual polemiza tanto con una concepción generalizada de la democracia como mero procedimiento³⁰ como con una concepción del Estado de Derecho que solamente incluye a los derechos de carácter civil y político.

En relación con la primera cuestión, hay quienes conciben la democracia en su definición mínima como “un conjunto de reglas primarias o básicas que establecen quién tiene autorización para tomar decisiones colectivas y qué procedimientos se han de emplear”. Tales

²⁸ *Ibidem*; cfr. Bovero, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 16. México, abril de 2002, pág. 8; Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón. Taurus, Madrid, España, 2003, págs. 17-18.

²⁹ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de José F. Fernández Santillán. FCE, México, 1989, pág. 221.

³⁰ La definición dominante de la democracia consiste en concebirla únicamente como “un método de formación de las decisiones colectivas: precisamente, en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, y por lo tanto a la mayoría de sus miembros, el poder –directo o a través de representantes– de asumir decisiones. Esta no es sólo la acepción etimológica de ‘democracia’, sino también la concepción unánimemente compartida –desde Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl– de la teoría y de la filosofía política”, en Ferrajoli, Luigi, “Sobre la definición de ‘democracia’. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 19. México, 2003, pág. 227.

reglas pueden clasificarse en (a) aquellas relacionadas con el **quién decide**, las cuales deben garantizar la participación directa o indirecta de un número muy elevado de ciudadanos; (b) las relacionadas con el **cómo se decide** o reglas procesales que exigen como mínimo que las decisiones sean adoptadas al menos por la mayoría de quienes deben tomar la decisión, y (c) las reglas que garantizan la libertad de elección y decisión entre varias alternativas³¹.

Como consecuencia de esta definición mínima, los DESC sólo aparecen como un simple complemento, mientras que los derechos civiles y políticos se presentan como el fundamento mismo de la democracia³². De lo anterior se desprende que sólo ciertos derechos son necesarios para el ejercicio del poder democrático: (a) los derechos políticos relacionados con las reglas del primer tipo, encaminadas a garantizar la igual participación política en la formación de la voluntad general, y (b) otros derechos de libertad referentes a las reglas del tercer tipo, destinadas a garantizar la libertad de elección y decisión entre alternativas reales (libertad de opinión, de expresión, de reunión, de asociación, entre otras)³³.

Por otro lado, se sostiene que el gobierno democrático se caracteriza por su continua aptitud para responder por igual a las preferencias ciudadanas; así, todos los ciudadanos deben tener igual oportunidad de formular sus preferencias, de manifestar públicamente las mismas y de ser tratado de igual manera que al resto. Para que se den estas tres condiciones es necesario que se garantice (a) la libertad de asociación; (b) la libertad de expresión; (c) la libertad de voto; (d) la elegibilidad para el servicio público; (e) el derecho de los líderes políticos para competir en busca de votos; (f) la existencia de diversas fuentes de información; (g) elecciones libres e imparciales, y (h) instituciones que

³¹ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica, Bogotá, Colombia, 1994, las citas textuales corresponden a las págs. 24-25.

³² Bobbio, Norberto, "Sobre los derechos sociales", en: Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Trotta, Madrid, España, 2003, pág. 539.

³³ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia...*, pág. 26.

garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y demás formas de expresar las preferencias³⁴.

No obstante, sin sus necesidades básicas satisfechas, las personas pueden verse privadas de ejercer los derechos anteriores, por lo que todos los defensores sensatos del gobierno democrático reconocen que la desigualdad en los recursos económicos constituye una seria amenaza para la democracia. Aunque existe acuerdo en la idea de que para fortalecer el proceso democrático es prioritario poner en práctica la mejor manera de alcanzar un sistema que genere una amplia distribución de los recursos económicos, se considera que al ser ésta una condición externa, no es necesariamente vinculante³⁵, como lo sería si se hablara en términos de derechos –económicos, sociales y culturales– como elementos propios e imperativos del proceso democrático.

Sobre esta base, se señala que existen tres tipos de derechos en relación con la democracia: (a) los que forman parte integral del proceso democrático; (b) los que son exteriores al mismo pero indispensables para que funcione, y (c) los que son exteriores al proceso democrático pero no son necesarios para él, pero sí para que cumpla con la idea de igual consideración de las preferencias ciudadanas que señalamos anteriormente. Dentro del primer tipo se encuentran los llamados “derechos prioritarios”, tales como el derecho a autogobernarse y ciertos derechos políticos derivados de él, como los de votar en elecciones libres, la libertad de prensa y de reunión, etc., los cuales, al ser parte integral del proceso democrático no pueden ser

³⁴ Dahl, Robert A., *La democracia y sus críticos*, trad. de Leandro Wolfson. Paidós, Barcelona, España, 1992, págs. 266-267; este autor señala que en el mundo, en vez de sistemas democráticos completos, existen poliarquías que se caracterizan por extender la ciudadanía a una proporción comparativamente alta de adultos, y por reconocer entre los derechos de la ciudadanía el de oponerse a los altos funcionarios del gobierno y hacerlos abandonar sus cargos mediante el voto. “Como sistema de democracia en gran escala perteneciente al mundo real, la poliarquía es hasta la fecha el mejor, pero medido según normas ideales no es sino una preferencia secundaria”.

³⁵ Dahl, Robert A., *La democracia económica. Una aproximación*, trad. de Mireia Boñia. Hacer, Barcelona, España, 2002, pág. 144.

amenazados por éste³⁶. Dentro del tercero, por lo que aquí nos importa, se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales.

En definitiva, para las dos concepciones de democracia que hemos analizado brevemente existe la necesidad de promover ciertos presupuestos relacionados con el bienestar material, pues es indudable que la desigualdad económica y social genera una inevitable desigualdad en el ejercicio de los derechos humanos, y por tanto, se limita la participación política con su consecuente efecto en la calidad de la voluntad general y de la democracia.

Asimismo, la exclusión de grandes sectores de la población del desarrollo económico y del bienestar puede neutralizar la existencia de las actitudes que son necesarias para el nacimiento de ese tipo de voluntad común³⁷, por lo que es evidente que la democracia está tan amenazada en los países desarrollados como en los otros, sea por dictaduras totalitarias, sea por un *laissez-faire* que favorece el crecimiento de las desigualdades y de la concentración del poder en manos de pequeños grupos³⁸. Sin embargo, estas concepciones le otorgan un papel secundario a los presupuestos relacionados con los DESC en el proceso democrático, pues para una son un complemento, mientras que para otra son condiciones externas.

Ya hemos visto que en el marco de la OEA, al contrario de las posiciones anteriores, los derechos económicos, sociales y culturales forman parte de los “componentes fundamentales” del ejercicio de la democracia, y aunque no existe ni en la Carta de la OEA ni en la

³⁶ Dahl, Robert A., *La democracia y sus críticos...*, págs. 203-210 y ss.

³⁷ Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “La democracia como principio constitucional”, en: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, prólogo y trad. de Rafael Agapito Serrano. Trotta, Madrid, España, 2000, pág. 103. Este autor sostiene que los presupuestos de la democracia como forma de Estado y de gobierno se pueden dividir en socioculturales, político-estructurales y éticos. Los primeros incluyen otros tantos presupuestos, dentro de los cuales es fundamental la homogeneidad relativa dentro de la sociedad que incluye, entre otras cosas, aspectos relacionados con los DESC como un sistema educativo desarrollado, y la lucha contra el analfabetismo, que según el autor, es enemigo de cualquier democracia y de cualquier desarrollo de la democracia; véase págs. 99-118.

³⁸ Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, págs. 41 y 284-291.

Carta Democrática una definición de democracia, a la luz de ambos instrumentos así como de la Declaración Americana y de la Convención Americana y sus protocolos, se podría decir que la americana es una democracia integral, es decir, política, económica, social, cultural y medioambiental, orientada a transformar las condiciones que causan la falta de justicia social en el continente.

Esta concepción integral de la democracia implica traducir la abstracta igualdad de derechos a una igualdad de hecho que garantice cierta igualdad de condiciones, que no es otra cosa que la realización del ideal del ser humano libre, exento del temor y la miseria, y en condiciones que le permitan gozar de sus DESC tanto como de sus derechos civiles y políticos (Prólogo de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador).

En palabras de la CIDH,

Las formalidades de la democracia, la elección de presidentes y parlamentarios, no es un cimiento lo suficientemente firme para garantizar sistemas políticos y económicos estables y duraderos. Ello queda demostrado por el hecho de que, pese a la transición de la región, en el último decenio, al imperio de la democracia, en el mismo período se ha presenciado también un marcado aumento de la incidencia de la pobreza que pone en peligro la estabilidad política de numerosos Estados de la región³⁹.

Por tanto, dichas formalidades sólo se limitan al origen del gobierno democrático y no tienen en cuenta los límites y vínculos que han de imponerse al ejercicio del poder público de cara a la garantía de los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, sobre todo en relación con estos últimos, pues evidentemente en condiciones de pobreza extrema, desigualdad y exclusión social, “se dificulta la efectividad de un presupuesto clave de

³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1993*, 11 de febrero de 1994, Capítulo V. I. La indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales..

la democracia: que los individuos son ciudadanos plenos que actúan en una esfera pública donde se relacionan en condición de iguales⁴⁰.

De la democracia formal a la democracia sustancial

La inclusión de los DESC dentro de los presupuestos necesarios de la democracia hace que ésta adquiera un carácter **sustancial** pero no como un elemento contrapuesto a la democracia **formal**, dado que no desconoce su aspecto procedimental, sino como un complemento necesario⁴¹. En el plano axiológico la primera (democracia sustancial) incorpora valores más importantes y por tanto previos en relación con la segunda (democracia formal) y, como consecuencia, el principio de la democracia política, relativo al quién decide, está subordinado a los principios de la democracia social, relativos a qué no es lícito decidir y a qué es lícito dejar de decidir⁴².

En este sentido, cuando se incorporan los derechos humanos en una Constitución, hacen que ésta se constituya en la principal garantía de la democracia en sus dos dimensiones, formal (conjunto de procedimientos y de controles estipulados en garantía de la representación y del principio de mayoría) y sustancial (derechos humanos que garantizan la igualdad y las necesidades vitales de todos y todas)⁴³, por todo lo cual ninguna mayoría podría, por ejemplo, decidir la condena de un inocente o la privación de los derechos de una minoría, y tampoco podría dejar de decidir las medidas necesarias

⁴⁰ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe La Democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos...*, pág. 118.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, en: Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, pág. 23.

⁴² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, pág. 865.

⁴³ Ferrajoli, Luigi, “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en: Perfecto Andrés Ibáñez, (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Trotta, Madrid, España, 1996, pág. 22. Bobbio señala que “una democracia perfecta debería ser al mismo tiempo formal y sustancial; mas un régimen de este tipo pertenece por ahora al género del futuro”, Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad...*, pág. 222.

para que a una persona le sea asegurada su subsistencia en condiciones de dignidad⁴⁴.

Por tanto, los derechos humanos expresan la dimensión sustancial de la democracia en tanto se constituyen en parámetros de validez del ejercicio de los poderes públicos, y se configuran como vínculos sustanciales normativamente impuestos tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado, pues son fundamentales para la convivencia en comunidad y son a la vez la razón de ser del Estado⁴⁵.

Dadas las circunstancias actuales, los ciudadanos se enfrentan a las amenazas provenientes de dos frentes, la amenaza de los poderes públicos y la amenaza de los poderes económicos privados. Para protegerse de los primeros es necesario “garantizar la división y el control de esos poderes, sustrayendo de las mayorías legislativas coyunturales ciertos derechos de libertad que delimiten un ámbito de no injerencia para los individuos”; para protegerse de los segundos, además de controles, se requieren unas prestaciones de “bienes y servicios básicos por parte del Estado, que los ponga a salvo de los desequilibrios de los poderes del mercado”⁴⁶.

Bajo estos parámetros, la democracia formal o procedimental es una concepción inconclusa que debe ser completada para que responda no solamente a las preguntas del quién y del cómo sino también sobre el qué se decide, ya que la carencia del contenido de lo que se puede o no decidir podría degenerar en lo que se suele llamar “la tiranía de las mayorías”⁴⁷. De allí que la dimensión sustancial de la democracia impone límites a su dimensión formal o procedimental mediante la delimitación de aquello sobre lo que no se puede decidir (los derechos

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, pág. 865.

⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en: Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al*, ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Trotta, Madrid, España, 2001, págs. 35-36

⁴⁶ Pisarello, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de Derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, en: *Sistema* No. 144. Madrid, España, 1998, ambas citas textuales corresponden a la pág. 106.

⁴⁷ Véase al respecto, Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?...*, págs. 131-135; Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, págs. 180-187.

civiles y políticos) y sobre lo que no se puede dejar de decidir (los derechos económicos, sociales y culturales).

Es en este sentido que los derechos humanos imprimen una dimensión sustancial al Estado de Derecho y a la democracia, ya que las normas que reconocen los derechos humanos determinan no tanto la forma (quién decide y cómo se decide) sino el contenido o la sustancia de las decisiones (qué no es lícito decidir o no decidir). Así, mientras las reglas de la representación y el principio de las mayorías permiten establecer lo que es decidible, los derechos humanos determinan la esfera de lo indecible, que incluye, “lo no decidible que, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos [económicos], sociales [y culturales]”⁴⁸.

Por tanto, las normas formales sobre la **vigencia** se identifican con las reglas de la democracia formal, mientras que las normas sustanciales sobre la **validez** se identifican con las reglas de la democracia sustancial. Las primeras aseguran el procedimiento para que las decisiones sean la expresión de la voluntad de la mayoría; las segundas aseguran, so pena de invalidez, que las decisiones de la mayoría estén vinculadas al respeto de los derechos humanos. El paradigma de la democracia constitucional de nuestros tiempos se concreta en la sujeción del derecho al derecho mediante la separación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, y entre legitimación formal y legitimación sustancial, dado que el principio de soberanía popular y la regla de la mayoría se subordinan a los derechos humanos como principios sustanciales que determinan los ámbitos de las decisiones democráticas y, en consecuencia, se constituyen en fuentes de deslegitimación más que de legitimación⁴⁹.

Los derechos humanos al representar un sistema de límites y de vínculos para el Estado, cambian la relación entre éste y los sujetos sometidos a su jurisdicción en el sentido de que al ser estos últimos

⁴⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales...*, pág. 36.

⁴⁹ *Ibidem*, págs. 36-7.

titulares más que destinatarios, el Estado se ve obligado a promover las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de esos derechos, lo cual incluye no solamente vínculos y límites normativos al propio Estado, sino también vínculos y límites normativos a los poderes de los propios ciudadanos⁵⁰.

Así, el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contractualista pues las constituciones son contratos sociales en los que se determinan las condiciones para la convivencia social, y esta idea del contrato social es una metáfora de la democracia política porque se refiere al consenso de los contratantes, lo que constituye una legitimación del poder político desde abajo, pero a su vez es una metáfora de la democracia sustancial debido a que dicho contrato contiene un contenido considerado fundamental para la comunidad y, por consiguiente, su violación legitima la ruptura del mismo y el ejercicio del derecho de resistencia⁵¹.

Estos contenidos de las constituciones como pactos fundantes son producto de las luchas sociales y políticas de diversos movimientos, que desde la revolución francesa hasta nuestros días han permitido que se hayan desarrollado los procesos de positivación, generalización, internacionalización y especificación de los derechos humanos⁵², mediante los cuales se han reconocido primero los derechos civiles, luego los derechos políticos y después los DESC y, en la actualidad, son objeto de reivindicación algunos derechos nuevos como el derecho a la paz y al medio ambiente, que aunque reconocidos en el ámbito internacional y en algunas constituciones, no gozan de las garantías que aseguren su debida protección. De esta manera, los derechos humanos “se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”⁵³, y por tanto,

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, pág. 935.

⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales...*, pág. 38.

⁵² Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, et al, UC3M, BOE, Madrid, España, 1999, págs. 156-199; Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en: *Anuario de Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 1981, pág. 16.

⁵³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales...*, págs. 39-40.

como mecanismos de liberación del ser humano no solamente de la violencia del Estado, sino también de la violencia del mercado⁵⁴.

Por ende, el desarrollo progresivo de los derechos humanos en términos de reconocimiento y positivación ha implicado el progreso de la democracia desde una concepción formal a una concepción sustancial, dado que la expansión de los derechos ha permitido la ampliación de la protección del Estado a ciertos ámbitos que anteriormente estaban vedados a su intervención, especialmente en lo referente a los DESC. No obstante, el progreso de la democracia no sólo se da con esta expansión de los derechos y sus garantías, sino también mediante “la extensión del Estado de Derecho al mayor número de ámbitos de la vida y esferas de poder, con el fin de que también allí sean tutelados y satisfechos los derechos fundamentales de las personas. Son de hecho lo poderes desregulados que se desarrollan en su interior los principales ‘obstáculos de orden económico y social’ que limitan ‘de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos’”⁵⁵.

En este orden de ideas, el Estado ya no se limita a distribuir una serie de potestades y derechos formales, sino que trata de distribuir y redistribuir los bienes económicos, sociales, medioambientales y culturales de la sociedad para tratar de alcanzar una relativa igualdad en recursos y oportunidades que permita una participación política real de todos y todas⁵⁶. Por ende, es inconcebible que en la actualidad un Estado permanezca pasivo ante las desigualdades, dado que la historia ya nos ha demostrado que las graves injusticias sociales, económicas y culturales en los últimos siglos no se han resuelto con la inhibición del Estado de los procesos económicos⁵⁷.

⁵⁴ Mejía Rivera, Joaquín A., *Los derechos humanos y el Estado de Derecho en Honduras: Teoría y realidad*, con la colaboración de Romel Jurado Vargas. Editorial Casa San Ignacio, Tegucigalpa, Honduras, diciembre de 2007, pág. 37.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, pág. 934.

⁵⁶ Mejía R., Joaquín A., “Entre la legitimidad y la esquizofrenia social y estructural”, en: Santiago Basabe Serrano (comp.), *Instituciones e institucionalismo en América Latina: perspectivas teóricas y enfoques disciplinarios*. Editorial del Centro de Investigaciones de Política y Economía (CIPEC), Quito, Ecuador, agosto de 2007, pág. 209.

⁵⁷ López Calera, Nicolás María, *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado*. Trotta, Madrid, 1992, pág. 24.

La concepción de la democracia aquí planteada implica un sistema complejo de separación y equilibrio de poderes, de límites de forma y contenido a su ejercicio, de garantía de los derechos humanos, de técnicas de control y compensación si son vulnerados, y en definitiva, la sustancia de la democracia está referida a un sistema en que “la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquella que podemos llamar la esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo obligatorio y que está precisamente formada por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos [económicos], sociales [y culturales] –a la salud, a la escuela, a la prevención y a la subsistencia– que toda mayoría está obligada a satisfacer”⁵⁸.

Bajo esta concepción la democracia no puede ser definida solamente por el respeto de la voluntad general, sino también entendiendo que la exigencia del principio de defensa contra la arbitrariedad del poder esté destinada a la limitación del poder del Estado (libertad) y al reparto general de los recursos económicos y políticos (igualdad)⁵⁹.

En este sentido, la democracia “se asienta sobre el principio de que es el pueblo el titular de la soberanía política, y que en ejercicio de esa soberanía elige a sus representantes para que ejerzan el poder político. Los representantes ejercen así un mandato de sus representados, que aspiran idealmente a tener una vida digna, en libertad y democracia”⁶⁰, y de esta manera tales representantes se encuentran vinculados y obligados a cumplir con el mandato de garantizar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

58 Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, et al, 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2000, págs. 144-145.

59 Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, pág. 94.

60 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, 9 de marzo de 2001, Capítulo II. Institucionalidad democrática. A. Introducción, párr. 3.

El papel de los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas democráticos latinoamericanos

Una de las tesis centrales del contractualismo contemporáneo es la creación de una organización social –el Estado– que promueva y proteja los valores y necesidades fundamentales de la sociedad, que una vez incluidas en las constituciones se constituyen en parámetros de legitimidad de todo el sistema político. Por ello, con la constitucionalización de los derechos humanos la actividad del Estado no se ve agotada en la garantía de una libertad formal, sino que busca la creación de un régimen que permita la satisfacción de esas necesidades sustanciales, lo cual “es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado”⁶¹.

En ese sentido, el Estado y el derecho no son hechos naturales sino fenómenos artificiales y convencionales contruidos por los individuos para la tutela de sus necesidades y sus derechos, desde el derecho a la vida de acuerdo con Hobbes, los derechos de libertad y propiedad según Locke, y los derechos políticos y económicos, sociales y culturales que se han añadido con el constitucionalismo moderno⁶².

De esta forma, una constitución política se constituye en un sistema de reglas formales y sustanciales cuyos destinatarios son los titulares del poder, por lo que no representan únicamente el complemento del Estado de Derecho a través de la extensión del principio de legalidad a todos los poderes, sino que también son un programa político para el futuro⁶³. Así, las constituciones son algo más que una simple norma –aunque lo sean–, son a su vez el diseño de cómo idealmente tendría que funcionar una sociedad⁶⁴.

Por ello se puede decir que se pasa de un concepto formal de Estado de Derecho a uno material ya que la constitución no se restringe a

⁶¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales...*, págs. 35-6.

⁶² Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho...*, págs. 172-3.

⁶³ *Ibidem*, pág. 171.

⁶⁴ López Calera, Nicolás María, *Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado...*, págs. 111-2.

establecer unos límites estatales frente a la libertad del ciudadano, sino que ordena la vida de la comunidad conforme a principios materiales para que la libertad de la persona tenga un contenido real⁶⁵. En virtud de lo anterior, cambia la base de legitimación estatal pues los poderes públicos no solamente tienen el deber de no empeorar las condiciones de vida de los ciudadanos, sino también tienen el deber de mejorarlas. Lo mismo se aplica en relación con los poderes privados, en tanto el Estado debe regular y garantizar que éstos, al menos, no empeoren tales condiciones.

Los DESC juegan un papel esencial en las bases que sostienen un Estado democrático de Derecho, pues junto con los civiles y políticos expresan los derechos del ciudadano frente al poder público, los intereses de los débiles frente a los más fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes frente a las mayorías, o de las mayorías marginadas y empobrecidas frente a una minoría que concentra el poder económico. En este sentido, no existe diferencia entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, ya que también estos últimos, “como cada vez se hace más evidente en los países ricos, en los que la pobreza tiende a convertirse en una condición minoritaria, son derechos individuales virtualmente contrarios a la voluntad y a los intereses de la mayoría”⁶⁶.

A su vez, este papel esencial de los DESC viene dado porque su protección y su extensión a todos y todas, permite la igualdad en los derechos (igualdad jurídica, tanto formal como sustancial) y por ende, mejoran la calidad de la democracia y del Estado de Derecho. De este modo, todos los derechos humanos se constituyen en técnicas a través de las cuales la igualdad formal y sustancial resulta asegurada o perseguida; por un lado, las garantías de los derechos civiles y políticos aseguran la igualdad formal o política, por el otro, la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales posibilitan

⁶⁵ García Macho, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, España, 1982, págs. 122-123; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho”, en: Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho...*, pág. 17.

⁶⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, pág. 864.

la igualdad sustancial o social. Las primeras tutelan las diferencias para las que promueven la tolerancia, por lo que son derechos a seguir siendo personas diferentes a las demás; las segundas remueven las desigualdades que se ven como intolerables, por lo que son derechos a ser personas iguales a las otras en las condiciones mínimas de vida y de dignidad⁶⁷.

Una visión integral de la democracia no debe privilegiar la libertad bajo el riesgo de dejar que se incremente la desigualdad, y tampoco debe privilegiar la igualdad al precio de una renuncia de la libertad, sino que debe combinar estos dos objetivos y unirlos mediante la idea de fraternidad⁶⁸. Por ello, el principio de los fines o valores que es adoptado para distinguir en su contenido un régimen democrático de uno no democrático es la igualdad, no solamente jurídica, sino también en cierta medida, económica y social⁶⁹.

En virtud de todo lo anterior, ante la pregunta sobre cuáles son los derechos indispensables para hablar de un Estado democrático de Derecho, la respuesta integral debe incluir tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, como mecanismos para limitar y minimizar el poder público y privado, y maximizar las libertades y las expectativas⁷⁰, en el sentido de que la democratización de la sociedad se inicie en la experiencia cotidiana de la gente mediante el acceso a los medios indispensables para la promoción de su dignidad y así lograr su participación real en las decisiones políticas trascendentales que afecten su entorno.

En el continente americano, gradualmente se va afianzando la idea de que no hay derechos humanos sin democracia, así como no hay democracia sin derechos humanos, tomados éstos en su conjunto. El concepto de democracia abarca hoy tanto la democracia política con énfasis en los procesos democráticos formales, como la democracia de desarrollo, en donde los derechos humanos se

⁶⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos fundamentales...*, págs. 21-2.

⁶⁸ Touraine, Alain, *¿Qué es la democracia?...*, pág. 162.

⁶⁹ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad...*, pág. 221.

⁷⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, pág. 866.

constituyen en vehículos para lograr la igualdad de condiciones, no simplemente de oportunidades⁷¹. De ello se desprende la idea de una democracia integral con sus componentes político y social. “Así aflora la democracia ‘calificada’, como ‘calificados’ son también los seres humanos, artífices y destinatarios de ella. Así se extiende el paso fuera de la abstracción: hacia donde la vida discurre”⁷².

La CIDH ha entendido que la democracia es una condición necesaria para lograr la vigencia y el respeto de todos los derechos humanos, lo cual incluye los derechos de participación política, el respeto al principio de legalidad, la independencia judicial y la tutela efectiva frente a los actos del poder público. No obstante, hay que agregar que la democracia

no puede desligarse de lo señalado en el propio preámbulo de la Convención Americana en el sentido de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. El objetivo no es sólo avanzar hacia una democracia representativa plena, sino velar porque tal sistema de organización política represente para cada persona la posibilidad de lograr el respeto y realización plena de todos sus derechos humanos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. Ello, por demás, constituye la mejor garantía para la preservación misma de la democracia como sistema, pues en la medida en que las personas estén convencidas, por su propia experiencia personal, de que ése es efectivamente el mejor modelo de organización política, éstas serán la mejor garantía contra dictaduras tradicionales y contra otras formas autoritarias de gobierno⁷³.

71 Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Democracia y Derechos Humanos: El régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho”..., págs. 17 y 21.

72 García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (ed.), *Construyendo una Agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*. Publicaciones CEJIL, San José, Costa Rica, 2004, pág. 97.

73 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay...*, Capítulo II. Institucionalidad democrática. A. Introducción, párrs. 5-7

La persistencia de condiciones que provocan una profunda desigualdad económica y social también genera una desigualdad en el ejercicio de los derechos humanos, puesto que las personas acaban siendo divididas en dos categorías intolerables moral, política y jurídicamente: las que sí pueden y las que no pueden disfrutar de sus derechos; de esta forma, se reafirma el carácter interdependiente de la libertad y de la igualdad, ya que la primera sin la segunda “no conduce a la sociedad libre y pluralista, sino a la oligarquía, es decir, a la libertad de algunos y a la no-libertad de muchos”; mientras que la segunda sin la primera “no conduce a la democracia, sino al despotismo, o sea, a la igual sumisión de la mayoría a la opresión de quien detenta el poder”⁷⁴.

Evidentemente, esta situación tiene graves consecuencias para el sistema democrático y el Estado de Derecho, dado que la igualdad formal por sí sola, no es suficiente “para crear en la misma medida la voluntad o capacidad de participar en los procesos políticos, ni una capacidad igual en todos de influir en los resultados; [por tanto, los] desequilibrios en los recursos y el poder político socavan a menudo el principio ‘una persona, un voto’, y la finalidad de las instituciones democráticas”⁷⁵.

En la actualidad, es fácil que comprender que

si una persona no es capaz de satisfacer sus necesidades básicas, por no poder acceder a los servicios de salud, a la educación, ni al agua potable, tiene posibilidades muy remotas de obtener empleo o participar en la vida comunitaria. Existe también la posibilidad de ser excluida de participar en los procesos de la toma de decisiones que han de influir en su vida como, por ejemplo, el derecho a votar. Hay pruebas de que los patrones regulares de exclusión social y marginación dan por resultado que a muchos sectores marginados les sean negados los beneficios de las actividades de desarrollo⁷⁶.

⁷⁴ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 6ª ed. Tecnos, Madrid, España, 1995, ambas citas textuales corresponden a la pág. 215.

⁷⁵ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*. Ediciones Mundi-Prensa, Nueva York, Estados Unidos, 2002, pág. 4.

⁷⁶ Ríos Kohn, Rebeca, “Vivir libre de la pobreza es un derecho humano”, en: AA. VV., *Consolidación de derechos y garantías: Los grandes retos de los derechos*

Bajo estos parámetros, la relación entre democracia y todos los derechos humanos se puede proyectar como una imagen en donde la primera es el telón de fondo, institucional y político, donde los segundos se desenvuelven y desarrollan con total naturalidad, y no hay divorcio de ninguna naturaleza entre categorías de derechos, es decir, entre aquellos que permitan la libertad (derechos civiles y políticos), aquellos que proporcionan los fundamentos materiales para el ejercicio real de sus derechos civiles y políticos (derechos económicos, sociales y culturales), y aquellos relativos al entorno natural, “que no sólo debe preservarse como sustrato para el desarrollo social y personal, sino como condición para la conformación del complejo superior, hasta hoy fracturado y hasta contrapuesto, que une indisolublemente individuo, sociedad y naturaleza (derechos colectivos y ecológicos)”⁷⁷.

El respeto y promoción integral de todos los derechos humanos constituye un medio a través del cual las personas pueden desarrollar libremente su autonomía individual y su dignidad, dado que crean un ámbito de autonomía para que puedan actuar libremente (derechos civiles), establecen los cauces de participación en la organización y en el funcionamiento del poder (derechos políticos) y remueven los obstáculos que mantienen la discriminación e impiden la igualdad, promoviendo las condiciones que hacen posible la igualdad real (DESC)⁷⁸. Por tanto, la integralidad de los derechos humanos constituye un factor imprescindible de cohesión social y de legitimación política⁷⁹, y suponen una garantía para la propia democracia, “esto es, para el efectivo disfrute de las libertades personales, civiles y políticas”⁸⁰.

humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1999, pág. 98.

⁷⁷ Cerdas, Rodolfo, “Democracia y derechos humanos”..., pág. 301.

⁷⁸ Peces-Barba Martínez, Gregorio, “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia”, en Gregorio Peces-Barba Martínez, *Escritos sobre derechos fundamentales*. Eudema, Madrid, España, 1988, pág. 222.

⁷⁹ Rodríguez Olvera, Óscar, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*. Comares, Granada, España, 1998, págs. 141, 261.

⁸⁰ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*..., pág. 213.

En conclusión, se puede sostener que en el marco de la OEA se ha reconocido el derecho a la democracia de los pueblos americanos y la obligación de sus gobiernos de promoverla y defenderla. Pero no una democracia limitada a la vigencia de ciertos derechos políticos, sino que en virtud del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, y teniendo en cuenta la realidad de exclusión social y desigualdad de nuestro continente, una democracia que admite que la muerte por hambre, la falta de acceso a la educación básica o a los servicios de salud primarios constituyen una afectación a su propia esencia.

En consecuencia, la visión hemisférica de la democracia incluye el ejercicio de los derechos políticos y la existencia de amplias libertades de expresión, asociación y reunión, complementado con el desarrollo y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, sin cuya adecuada vigencia el ejercicio de los derechos políticos resulta severamente limitado y la estabilidad misma del régimen democrático seriamente amenazada. Por ello, cuando un gobierno democrático no responde a las necesidades vitales de la población más vulnerable, relacionadas con los DESC, “la gente tiende a apoyar a dirigentes autoritarios o demagógicos que afirman que si se limitan las libertades civiles y políticas se acelerará el crecimiento económico y se promoverá la estabilidad y el progreso social”¹.

En el caso concreto de América Latina y el Caribe, las grandes desigualdades de ingresos y la pobreza van unidas directamente a una escasa confianza de la gente en las instituciones políticas y a una mayor disposición a aceptar un régimen autoritario, tal como lo manifiesta el hecho de que la proporción de latinoamericanas y latinoamericanos que estarían dispuestos a sacrificar un gobierno democrático en aras de un progreso real socioeconómico superaba el cincuenta por ciento hace unos cuantos años². En este sentido, no es de extrañar que “desde el punto de vista de la vigencia de ordenamientos políticamente

¹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2002...*, pág. 4.

² Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina...*, págs. 13, 132, 222.

democráticos y socialmente justos, América Latina sigue siendo el continente del desencanto y de la frustración”³.

Así las cosas, la democracia en el sistema interamericano debe relacionarse con la totalidad de los derechos humanos, y su garantía requiere (re)pensarlos en términos integradores en el sentido de que sean respetados por todos en sus relaciones con otros, y por el Estado en tanto obligado a garantizar su respeto, su defensa contra posibles violaciones por parte de terceros, y su facilitación mediante la adopción de medidas para permitir que las personas gocen plenamente de los mismos, especialmente cuando no sean capaces de hacerlo por sí solas.

³ Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y democracia en América Latina”, en: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 14. México, abril de 2001, pág. 33.

Seguridad, derechos humanos y democracia: ¿un nuevo paradigma?

Lucía Meza O.*
DANIEL SOTO M.**

Introducción

La globalización es vista como un proceso de transformaciones impredecibles e inevitables a nivel local y mundial, que conlleva cambios y consensos en las relaciones sociales, políticas, económicas y culturales¹. Esta globalización ha establecido una vinculación indisoluble entre seguridad, derechos humanos y democracia.

La redefinición y vinculación de cada uno de estos conceptos plantea la existencia de un nuevo paradigma que impone estándares internacionales obligatorios en materias que, hasta no muchos años atrás, marchaban por carriles independientes y que se consideraban parte del dominio de la soberanía estatal. De hecho, las violaciones sistemáticas a los derechos humanos ocurridas en Latinoamérica en los años 70 y 80, se perpetraron bajo regímenes autoritarios que justificaban la “mano dura” como una necesidad para la seguridad del Estado².

* Abogada de la Universidad Central; actualmente se desempeña como Oficial Primero del Tribunal Calificador de Elecciones, Chile.

** Profesor de Derecho Público y consultor en derechos humanos. Magíster en Ciencias Militares (Academia de Guerra del Ejército de Chile). Actualmente se desempeña en la Academia de Ciencias Policiales de Carabineros, Chile.

1 Johnson, Alan y Geoffrey Pleyers, “Globalización, democracia y mercados: una alternativa socialdemócrata”, entrevista con David Held. *Revista Sociológica*, No. 66. Revista del Departamento de Sociología, Universidad Autónoma Metropolitana, México, ene-abr. 2008, págs. 187-224. Ver pág. 189.

2 Ver: Ruiz de Santiago, Jaime, “Diagnóstico de la realidad de los derechos humanos en América Latina, tendencias y desafíos”, ACNUR, en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2202.pdf> (disponible al 2 de marzo de 2010); Esparza, Marcia, “En las manos del Ejército: violencia y posguerra en Guatemala”, en: *Revista Análisis Político*, No. 59. IEPRI-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, ene.-mar 2007, págs. 75-86; Lizano, Ana Cristina (ed.), *América Latina y la segunda administración Bush: un debate sobre seguridad*. FLACSO, San José, Costa Rica, 2008, en: <http://www.flacso.org/uploads/media/>

Seguridad

En la medida que la noción de seguridad internacional trasladó su preocupación desde la integridad del Estado a la protección de las personas, el núcleo de los derechos humanos se convirtió también en un objeto de resguardo estratégico.

Se sostiene hoy que es muy difícil hacer una distinción clara entre “seguridad humana” y “derechos humanos”, porque “todo lo que es seguridad humana es a la vez derechos humanos”³. Como consecuencia, el Estado se ha convertido internacionalmente en el titular de la obligación de dar protección a sus ciudadanos dentro de un clima de respeto por los derechos fundamentales. Hoy se perfila más claramente que tanto la “seguridad” como la “democracia” han comenzado a ser exigibles como verdaderos derechos humanos.

Si bien en el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos no se encuentra consagrado expresamente el derecho a la seguridad de las personas frente a las amenazas sociales o interpersonales, se puede deducir con propiedad que existe la obligación estatal de otorgar protección –policial y militar– derivada de otras garantías vigentes⁴: el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la libertad y el derecho al uso pacífico de los bienes, entre otros⁵.

seguridad_bush.pdf (disponible al 2 de marzo de 2010); Viera-Gallo, José, “La iglesia frente a la doctrina de la seguridad nacional en América Latina” en: *Revista Nueva Sociedad*, No. 36:24-34. Fundación Friedrich Ebert, may.-jun. 1978.

³ Fernández Pereira, Juan Pablo, “Seguridad humana”. Tesis doctoral (Programa de doctorado en seguridad y prevención), Universidad Autónoma de Barcelona, Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico-Jurídicas, Barcelona, España, 2005, págs. 59, 66, 96, 98, 100, 112, 120, 134 a 140, 243.

⁴ Faroppa, Juan, “Avances del estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre seguridad ciudadana y derechos humanos”, Conferencia especializada interamericana sobre seguridad pública, Montevideo, Uruguay, agosto de 2009, láminas 7 y 22.

⁵ Algunos autores remontan la justificación positiva de la “seguridad” como derecho humano fundamental a las primeras declaraciones de derechos humanos: La “Declaración de Derechos de Virginia” de 1776 prescribía en el artículo 1 que “todos los hombres tienen por naturaleza derecho a gozar de la vida y de la libertad, a través de la adquisición y el ejercicio de la propiedad, y a la búsqueda

Derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos es un conjunto de normas y principios que a partir del reconocimiento de derechos asociados a la dignidad humana, impone al mismo tiempo a los Estados determinados estándares básicos para el ejercicio de las funciones públicas administrativa, legislativa y jurisdiccional⁶.

Se sostiene que en América Latina la vigencia real de los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos constituyen un proyecto en ciernes, en la medida que la exclusión social genera demandas actuales de derechos humanos:

algunos temas de derechos humanos están directamente vinculados al déficit de las instituciones. Tal es el caso de la persistencia de altos niveles de violencia estatal, la demora y la parcialidad de los tribunales, la opacidad de la administración pública con elevados niveles de corrupción y débiles mecanismos de transparencia y rendición de cuentas⁷.

Los derechos humanos hoy no sólo imponen limitaciones al poder público, sino también plantean importantes obligaciones de responsabilidad y *accountabilty* en la gestión pública, así como desafíos en el diseño e implementación de políticas públicas de crecimiento y justicia social⁸.

y la obtención de la felicidad y de la seguridad”; la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789 indicaba en el artículo 2 que “los derechos naturales e imprescriptibles del hombre son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Ver: Avilés Farré, Juan, “Por un concepto amplio de la seguridad”, Monografías del CESEDEN No. 55. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, España, 2002, pág. 2.

- 6 Soto, Daniel, “Estándares internacionales de justicia criminal y reformas a la justicia militar en Chile”, en: *Revista Académica*, No. 47. Academia de Ciencias Policiales de Carabineros, Chile, 2008, págs. 145-160. Ver pág. 145.
- 7 Abramovich, Víctor, “Derechos humanos y política democrática en América Latina a 60 años de la Declaración Universal”, en: Trabucco, Elia (ed.), *Derechos humanos hoy, balance internacional*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2008, págs. 73-80. Ver pág. 38.
- 8 Robinson, Mary y José Zalaquett, “Derechos humanos y profundización de la democracia”, en: Trabucco, Elia (ed.), *Derechos humanos hoy, balance internacional...*, págs. 73-80. Ver pág. 77.

Democracia

Más allá del debate conceptual, pragmáticamente se entiende que el elemento esencial que distingue una democracia de un régimen autoritario es la posibilidad de que todos los ciudadanos participen en la toma de decisiones, fundamentalmente a través de la elección de las autoridades administrativas y legislativas.

La tendencia actual es considerar la democracia desde una perspectiva “holística”, que involucra distintas dimensiones de la ciudadanía y que incluye cuestiones como la igualdad y protección frente a la discriminación, el derecho a la justicia y la cobertura de las necesidades sociales básicas⁹.

En el ámbito internacional también ha surgido un proceso de promoción de la democracia y consecuentemente del Estado de Derecho, como única garantía para la vigencia plena de los derechos humanos. Existe consenso en que existe un fuerte vínculo entre democracia y respeto efectivo de los derechos humanos, y entre protección de los derechos humanos y percepción subjetiva de seguridad de parte de la población¹⁰.

⁹ Munck, Gerardo, “Nota conceptual sobre democracia, derechos humanos y Estado de Derecho”, Taller regional Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH), San José, Costa Rica, 5 al 7 de septiembre de 2005, <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs-adicional.htm> (disponible al 2 de marzo de 2010), págs. 5 a 7.

¹⁰ En enero de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestó ante la Comisión de Seguridad Hemisférica de la OEA que el tema de la seguridad ciudadana estaba necesariamente interrelacionado con la protección de los derechos humanos en el hemisferio: “la Comisión ha considerado que el fortalecimiento de los sistemas democráticos sobre la base del respeto de los derechos humanos puede contribuir a erradicar situaciones disfuncionales en las que se confrontan los derechos humanos individuales y la seguridad colectiva a fin de asegurar el goce y ejercicio del derecho a vivir con seguridad” (Sesión especial dedicada a analizar el fenómeno de las pandillas delictivas, 17 de enero de 2008. OEA/ser.G, CP/CSH/INF.156/08 5 febrero 2008).

2. La nueva dimensión de la seguridad internacional

a. Sistemas de seguridad vigentes en las Américas

Los principales “sistemas de seguridad comunitarios” vigentes en las Américas son el “internacional” de la Organización de Naciones Unidas (ONU), y el “interamericano” o “hemisférico” creado por la Organización de Estados Americanos (OEA). Ambos sistemas generan obligaciones para los Estados americanos, tanto en el ámbito de la seguridad como de la vigencia de los derechos humanos: a) imponen la renuncia al uso de la fuerza como recurso ante conflictos interestatales y ofrecen a cambio procedimientos diplomáticos y jurídicos para la solución pacífica de controversias¹¹; b) instauran sistemas para la promoción de la democracia y el respeto de los derechos humanos, mediante instrumentos jurídicos vinculantes y de órganos de supervisión con capacidad para disponer medidas de reparación a las violaciones.

i. El sistema de seguridad global de Naciones Unidas

La Carta de Naciones Unidas creó un sistema de seguridad colectiva como respuesta a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales contemplada en el artículo 2.4. La misma Carta regula las excepciones que habilitan el empleo de fuerza militar: a) como legítima defensa de un Estado ante la agresión de otro, según faculta el artículo 51, y b) de parte del propio organismo en aplicación de medidas establecidas en el Capítulo VII para casos de “amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión”.

Existen otras excepciones no expresamente contempladas en la Carta como son: a) las “operaciones de mantenimiento de la paz” desplegadas por la ONU en la aplicación simultánea de los Capítulos VI y VII, y b) la aplicación doctrinal denominada “intervención humanitaria” una de cuyas vertientes sería el “derecho de injerencia”,

¹¹ Soto, Daniel, “La nueva dimensión de la seguridad internacional y hemisférica”, en: *Revista Política y Estrategia*, No. 113. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos (ANEPE), Providencia, Chile, 2009, págs. 120-143. Ver páginas 122 a 128.

y que facultaría a los Estados para vulnerar la soberanía de un Estado para proteger a su población y particularmente a las minorías étnicas¹².

El Capítulo VIII contempla la posibilidad que Naciones Unidas recurra a determinados acuerdos u organizaciones regionales para la ejecución de sus mandatos.

Desde la primera misión de paz desplegada por el Consejo de Seguridad de la ONU en 1948 para garantizar el armisticio en Palestina, se han dispuesto hasta la fecha 73 operaciones alrededor del mundo, la mayoría de ellas implementadas después del fin de la guerra fría. Nueve de estas misiones se ejecutaron en Centroamérica y El Caribe, cinco de ellas en Haití. Actualmente trabajan en el terreno casi 116.000 personas en 17 misiones dirigidas por el Departamento de Operaciones de Paz (DPKO por sus siglas en inglés). Este esfuerzo multinacional comprende más de 82.000 militares (entre tropa y observadores militares), 10.000 policías, 6.000 funcionarios civiles internacionales, 15.000 empleados civiles locales y 2.200 “voluntarios” de Naciones Unidas¹³.

ii. El sistema de seguridad interamericano de la Organización de Estados Americanos

La seguridad interamericana –también denominada hemisférica– se sostuvo durante 60 años sobre la base de la existencia de una hipotética amenaza extracontinental. El esquema jurídico se basó en vigencia complementaria del “Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca” (TIAR) de 1947 y de la “Junta Interamericana de Defensa” (JID) creada tempranamente en 1942. Hoy se considera que el esquema TIAR-JID fue un fracaso porque no sirvió para prevenir conflictos, no

¹² Los autores Mario Bettati y Bernard Kouchner sostuvieron a fines de los ochenta que existía un “derecho” o “deber de injerencia” para asistir a pueblos en peligro. Bajo esta premisa se produjeron las intervenciones militares en Irak en 1991, Somalia en 1992, Ruanda en 1994, Bosnia y Herzegovina en 1994, Liberia, Sierra Leona y Albania en 1997 y Kosovo en 1999.

¹³ Naciones Unidas, “Hoja de hechos. Mantenimiento de la paz por las Naciones Unidas”, en: http://www.un.org/spanish/Depts/dpko/dpko/fact_sheet_es.pdf (disponible al 2 de marzo de 2010).

hizo frente a las amenazas externas¹⁴, ni implementó mecanismos que mitigaran los devastadores efectos de los conflictos armados centroamericanos¹⁵.

En la medida que el sistema interamericano se flexibilizó a partir de los años ochenta, comenzó a ser “complementado” por una serie de iniciativas jurídicas y políticas destinadas por una parte a ampliar el concepto de la seguridad y por otra, a operacionalizar medidas de seguridad contra amenazas específicas tan disímiles como el narcotráfico, el terrorismo, las dictaduras o el subdesarrollo (ver Cuadro 1).

En la actualidad al sistema de seguridad interamericano liderado por la OEA se superponen diversas iniciativas jurídicas y políticas “subregionales” que han fragmentado la seguridad hemisférica, debilitando la legitimidad de la OEA¹⁶ (ver Cuadro 2).

¹⁴ La Guerra de Las Malvinas generó una importante controversia, pues mientras Argentina invocó el TIAR tratando de conseguir adhesión americana ante la amenaza extracontinental británica, países como Estados Unidos, Colombia y Chile desestimaron la posibilidad de recurrir al tratado representando que el requerimiento argentino contravenía su carácter defensivo.

¹⁵ De los diez conflictos armados más importantes ocurridos en el continente americano desde la Guerra de las Malvinas en 1982 hasta la fecha, el sistema interamericano intervino sólo en dos oportunidades: en la Guerra del Cenepa entre Ecuador y Perú en 1995 a través de los “Países Garantes”, y en Centroamérica para solucionar los conflictos armados internos de El Salvador, Guatemala y Nicaragua a través del “Grupo de Contadora” y de los “Acuerdos de Esquipulas” de 1997.

¹⁶ Rojas Aravena, Francisco, “El rol de la defensa en materias no militares. Cooperación, coordinación y acción colectiva”, en: Primera Conferencia Temática de Ministros de Defensa de las Américas, Consultas a la sociedad civil, Costa Rica, 2007, <http://www.cdma2008.ca/pdf/VIIICMD-ConsultaSoCivil-CR20071%20Francisco%20Rojas3.pdf> (disponible al 2 de marzo de 2010), págs. 3-4.

ESQUEMA JURÍDICO Y POLÍTICO DE LA SEGURIDAD HEMISFÉRICA

Naturaleza	Instrumento	Fecha	Importancia
Jurídicos	Junta Interamericana de Defensa (JID)	28.01.1942	Foro militar que identifica retos comunes. Tiene a su cargo del Colegio Interamericano de Defensa (CID).
	Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR)	02.09.1947	Constituye un pacto de defensa mutua.
	Pacto de Bogotá o Pacto de Soluciones Pacíficas	30.04.1948	Obliga a renunciar al uso de la fuerza.
	Carta de la OEA	30.04.1948	Crea una organización regional.
	Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD)	24.04.1986	Enfrenta una nueva amenaza.
	Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE)	07.06.1999	Enfrenta una nueva amenaza.
	Secretaría de Seguridad Multidimensional (SSM)	15.12.2005	Coordina cooperación contra amenazas a la seguridad nacional y de ciudadanos.
Políticos	Grupo de Contadora	09.01.1983	Facilita negociaciones políticas en América Central.
	Grupo de Río	18.12.1986	Contribuye a la solución de crisis en la región.
	Cumbre de las Américas	09.12.1994	Incentiva la consolidación de la paz, aporta a la estabilización democrática y mantiene un diálogo regular entre Jefes de Estado y de Gobierno.
	Conferencia de Ministros de Defensa	24.07.1995	Propone la seguridad mutua y la preservación de la democracia.
	Comisión de Seguridad Hemisférica (Consejo Permanente OEA)	09.06.1995	Formula recomendaciones sobre cooperación para la seguridad hemisférica.
	Carta Democrática Interamericana	11.09.2001	Establece el "derecho a la democracia" e instaura un sistema colectivo para la defensa de la democracia.
	Conferencia Especial sobre Seguridad	28.10.2003	Originó la "Declaración sobre Seguridad en las Américas": Enfoque multidimensional.
	Primera reunión de Ministros en materia de Seguridad Pública de las Américas (MISPA I)	07.10.2008	Originó el "Compromiso por la Seguridad Pública en las Américas" y la MISPA II en noviembre de 2009.

Fuente: Elaboración propia, 2009.

CUADRO 2. ESQUEMAS DE INTEGRACIÓN Y SEGURIDAD SUBREGIONAL

Instrumento jurídico	Fecha del acuerdo	Organismo que da origen	Propósito definido	Incidencia en aspectos de seguridad
Acuerdo de Cartagena	26.05.1969	Comunidad Andina de Naciones (CAN)	Desarrollo e integración regional.	Crea una "Zona de Paz Andina".
Tratado de Chaguaramas	04.07.1973	Comunidad del Caribe (CARICOM)	Mercado común.	Promueve el multilateralismo, el control de armas pequeñas y el antiterrorismo.
Tratado de Cooperación Amazónica	03.07.1978	Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OCTA)	Preservación del medio ambiente.	Fomenta medidas de confianza mutua y de cooperación.
Protocolo de Tegucigalpa	13.12.1991	Sistema de Integración de Centroamérica (SICA)	Integración de Centroamérica.	Fomenta la democracia y medidas de confianza entre Estados y fuerzas militares.
Convenio Constitutivo de la Asociación de Estados del Caribe	24.07.1994	Asociación de Estados del Caribe (AEC)	Desarrollo sostenible.	Promueve acuerdos de cooperación.
Protocolo de Ouro Preto	17.12.1994	Mercado Común del Sur (MERCOSUR)	Unión Aduanera.	Plantea un plan general de cooperación recíproca para la seguridad regional
Tratado Marco de Seguridad Democrática de Centroamérica	15.12.1995	Respalda el SICA	Integración de Centroamérica.	Fomenta la democracia, medidas de confianza entre Estados y fuerzas militares.
III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Asociación de Estados del Caribe	12.12.2001	Alternativa Bolivariana para América Latina y el Caribe (ALBA)	Reforzar la auto-determinación y la soberanía de los pueblos.	Se presenta como la antítesis del "Consenso de Washington". Promueve una seguridad energética.
Acta VI Cumbre Mecanismo de Tuxtla	25.03.2004	Plan Puebla Panamá (PPP)	Mejorar calidad de vida del sur de México y Centroamérica.	Bosqueja la prevención y mitigación de desastres naturales.
Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas	04.07.2008	Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)	Diálogo político.	Suscita el Intercambio de información en defensa y cooperación para seguridad ciudadana.

El sistema de seguridad de Naciones Unidas ha demostrado que ofrece posibilidades prácticas de cooperación internacional para la solución de crisis militares, políticas y humanitarias de las Américas¹⁷.

En los hechos, las misiones de paz de Naciones Unidas se han legitimado tanto por sus resultados favorables¹⁸, como porque en su diseño e implementación participan activamente los Estados comprometidos.

b. Redimensión del concepto de seguridad

i. Nuevos conceptos en el sistema de seguridad global

La redefinición del concepto de seguridad en el ámbito universal de Naciones Unidas comenzó a fines de los años ochenta a partir del polémico artículo de Richard Ullmann *Redefining security*, que criticaba la visión estatal y céntrica que hasta entonces predominaba en los estudios de seguridad¹⁹.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) planteó en 1994 la necesidad de redefinir el concepto de seguridad en su “Informe sobre desarrollo humano”. Cuestionó la estrechez de la interpretación de la seguridad como un concepto que privilegiaba la protección del territorio y de los intereses nacionales, en desmedro del

¹⁷ Diversas operaciones de paz de Naciones Unidas han intervenido exitosamente en procesos de paz de Centroamérica y El Caribe: en El Salvador las misiones “ONUCA” (Grupo de Observadores de Naciones Unidas en Centroamérica) entre 1989 y 1992 y “ONUSAL” (Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador) entre 1991 y 1995; en Guatemala las misiones “ONUCA” entre 1989 y 1992 y “MINUGUA” (Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala) en 1997; en Nicaragua la misión “ONUCA” entre 1989 y 1992, y en Haití las misiones “UNMIH” (Misión de las Naciones Unidas en Haití) entre 1993 y 1992, “UNSMIH” (Misión de Apoyo de las Naciones Unidas en Haití) entre 1996 y 1997, “UNTMH” (Misión de Transición de las Naciones Unidas en Haití) en 1997, “MIPONUH” (Misión de Policía Civil de las Naciones Unidas en Haití) entre 1997 y 2000 y actualmente la “MINUSTAH” (Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití) que fue creada en el año 2004.

¹⁸ Soto, Daniel, “La nueva dimensión de la seguridad internacional y hemisférica”, en: *Revista Política y Estrategia*, No. 113. Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos (ANEPE), Chile, 2009, págs. 120-143.

¹⁹ Sotomayor Velásquez, Arturo, “La seguridad internacional: viejo vino en botellas nuevas”, en: *Revista de Ciencia Política*, Vol. 27, No. 2. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2007, págs. 67-88. Ver página 69.

resguardo de una población muchas veces afectada por la enfermedad, el hambre y el delito.

El Informe distinguió siete categorías de peligros contra la seguridad humana (económica, alimentaria, salud, ambiental, personal, comunitaria y política) e identificó algunas amenazas transnacionales como el deterioro del medio ambiente, el tráfico de estupefacientes, la desigualdad entre países –capaz de generar fundamentalismo religioso y terrorismo– entre otras, y concluyó que “cuando la seguridad humana está amenazada en alguna parte, puede afectar a todo el mundo”.

Canadá y Noruega, países fundadores de la Red de Seguridad Humana, enfatizaron la necesidad de proteger a las personas y a las comunidades víctimas de la violencia. Japón planteó un concepto más amplio en torno a la protección de la vida y la dignidad, propuesta que dio origen en el 2001 a la Comisión sobre Seguridad Humana²⁰ cuyo trabajo culminó dos años después con el informe “La seguridad humana, ahora”, que estableció que la seguridad de todas las personas en un mundo globalizado está interrelacionada.

En el 2001 el informe “La responsabilidad de proteger”, elaborado por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE), complementó la noción de seguridad humana precisando que la responsabilidad primordial de proteger a los ciudadanos correspondía al Estado. Subsidiariamente posibilitó la intervención de terceros Estados, a través del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en casos excepcionales en los que existieran daños manifiestos a la población civil, y respecto de los cuales el Estado involucrado no quisiera o no pudiera evitarlos, como en los casos de guerras civiles, insurrecciones, represiones o colapsos de las estructuras estatales.

²⁰ En el 2000 el Secretario General de Naciones Unidas, Kofi Annan, empleó el concepto de seguridad humana en su Informe a la Cumbre del Milenio de Naciones Unidas, denominado “Nosotros los pueblos. El rol de las Naciones Unidas en el siglo XXI”. Luego, en la Cumbre del Milenio se decidió crear la Comisión sobre Seguridad Humana presidida por Amartya Sen y Sadako Ogato, quienes entregaron su informe en el 2003.

Después de varias propuestas del Secretario General de Naciones Unidas²¹, la doctrina de la “responsabilidad de proteger” fue aceptada a nivel global en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Naciones Unidas realizada en septiembre del 2005, y cuyas conclusiones fueron aprobadas mediante Resolución de la Asamblea General del 24 de octubre del mismo año²².

Con esta decisión política se zanjó definitivamente la controversia ampliamente debatida en los años noventa entre los partidarios del “derecho de injerencia” y los seguidores de una pasividad indolente que derivó en los genocidios de Ruanda (1994) y Srebrenica (1995). Se resolvió entonces que si, pese a los esfuerzos internacionales, los Estados no podían o no querían brindar protección a su gente, entonces la comunidad internacional estaría habilitada para involucrarse en esa responsabilidad.

Aplicando este nuevo concepto, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1325 el 31 de octubre de 2000. Esta resolución mandatoria conocida como Mujeres, Seguridad y Paz, insistió en la necesidad de brindar protección a las mujeres en los conflictos armados e instó a los gobiernos a promover la participación femenina en los procesos de paz. La Resolución 1325 ha generado “planes de acción nacional”, que incentivan el diseño de políticas públicas de seguridad (policiales) y de defensa (militares) que “transversalizan” la perspectiva de género²³.

21 Ver documentos: “Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio”, Nueva York, 2 de diciembre de 2004 (A/59/565); “Proyecto del Milenio de la ONU. Invirtiendo en el desarrollo: un plan práctico para conseguir los Objetivos de Desarrollo del Milenio”, Londres, 2005; “Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos. Informe del Secretario General”, Nueva York, 21 de marzo de 2005 (A/59/2005).

22 Resolución Asamblea General 60/1, documento final de la Cumbre Mundial, 24.10.2005. Ver documento final y seguimiento en: Naciones Unidas, Cumbre mundial 2005, <http://www.un.org/spanish/summit2005/> (disponible al 3 de marzo de 2010).

23 Actualmente existen “planes de acción nacional” para implementarla en Austria (2007), Bélgica (2009), Chile (2009), Costa de Marfil (2008), Dinamarca (2005), España (2007), Finlandia (2008), Holanda (2007), Islandia (2008), Liberia, Noruega (2006), Portugal (2009), Reino Unido, Suecia, Suiza (2007) y Uganda (2008). Ver sitio de United Nations International Research and Training Institute for the

Fue complementada por la Resolución 1820 de 19 de junio de 2008, que expuso con crudeza la necesidad de prevenir y castigar la brutalidad de la violencia sexual, que afecta principalmente a las mujeres en los conflictos armados.

Resumiendo, es posible concluir que la fortaleza del concepto de **seguridad humana** lo constituye su preocupación práctica por los grupos vulnerables y el énfasis por la cooperación internacional²⁴. El aspecto más débil es la imprecisión de la definición, que plantea el riesgo de la “militarización” las políticas de seguridad de algunos Estados o la posibilidad de servir de excusa para legitimar intervenciones indebidas²⁵.

Cuadro 3. Redimensión del concepto de seguridad global

Instrumento	Año	Autor	Alcances
Informe de “Desarrollo Humano”	1994	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)	Acuña el concepto de “Seguridad Humana”.
Resolución 1325 “Mujeres, Seguridad y Paz”	2000	Consejo de Seguridad ONU	Dispone la protección de las mujeres en conflictos armados y su inclusión en los procesos de paz. Se ha implementado en una serie de Estados mediante “Planes de Acción Nacional”.
Informe “La responsabilidad de proteger”	2001	Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE)	Establece que el principal responsable por la seguridad de las personas, son los Estados, pero autoriza subsidiariamente la intervención internacional en casos graves.
Informe “La seguridad humana, ahora”	2003	Comisión sobre Seguridad Humana	Determina que la seguridad de todas las personas está interrelacionada en la globalización.

Advancement of Women (UN-INSTRAW): <http://www.un-instraw.org/es/gps/general/implementacion-de-la-resolucion-1325.html> (disponible al 5 de marzo de 2010).

- 24 Fuentes, Claudia y Francisco Rojas, *Promover la seguridad humana: marcos éticos, normativos y educacionales en América Latina y el Caribe*. UNESCO, Paris, 2005, págs. 51-54.
- 25 Pérez de Armiñón, Karlos, “El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de sus potencialidades y riesgos”, en: *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, No. 76. Fundación CIDOB, Barcelona, España, enero de 2007, págs. 56-77. Ver páginas 70 a 72.

Instrumento	Año	Autor	Alcances
Resolución (Cumbre Mundial)	2005	Asamblea General ONU	Aprueba la doctrina de la "Responsabilidad de Proteger" (R2P).
Resolución 1674	2006	Consejo de Seguridad ONU	Señala que infracciones al DIH pueden constituir una amenaza para la paz y seguridad internacionales.
Resolución 1820	2008	Consejo de Seguridad ONU	Condena la violencia sexual contra las mujeres en conflictos armados.

Fuente: Elaboración propia, 2009.

ii. Nuevo concepto en el sistema de seguridad interamericano

La Declaración sobre Seguridad de las Américas, emanada de la Conferencia Especial sobre Seguridad de 2003 de la OEA, reconoció que la seguridad de los Estados del hemisferio se encuentra afectada por las amenazas históricas y por otras "no tradicionales".

La redimensión de la seguridad hemisférica surgió del reconocimiento de nuevos factores de riesgo que afectan a las diversas subregiones del continente (ver Cuadro 4) y del interés por simplificar los procesos de cooperación. Las reuniones interministeriales y las "cumbres" de Jefes de Estado, crearon un importante grado de confianza que reveló amenazas provenientes de "actores no estatales" o de insospechados factores de inestabilidad (migraciones, marginalidad, conflictos sociales, etc.) igualmente aptos para causar estragos en amplios sectores de la región²⁶.

La Declaración de Bridgetown de 2002, acuñó por primera vez el concepto de "enfoque multidimensional", que fue ratificado por la Declaración sobre Seguridad Hemisférica de 2003 y definitivamente consagrado por la Declaración de Nueva León de 2004:

Afirmando que los Ministros de Relaciones Exteriores y Jefes de Delegación, durante su diálogo en el trigésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, reconocieron que las amenazas, preocupaciones y otros desafíos a la seguridad en el Hemisferio son de naturaleza diversa y alcance multidimensional y que el concepto y enfoque tradicionales deben ampliarse para abarcar

²⁶ Benítez Manaus, Raúl, "Avances y límites de la seguridad hemisférica a inicios del siglo XXI", en: *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, No. 64. Fundación CIDOB, Barcelona, España, enero de 2004, págs. 49-70. Ver páginas 53 a 55.

amenazas nuevas y no tradicionales, que incluyen aspectos políticos, económicos, sociales, de salud y ambientales²⁷.

Cuadro 4

La seguridad pública como preocupación del hemisferio

Mercosur	Países andinos	Centroamérica	Caribe
Narcotráfico	Narcotráfico	Narcotráfico	Narcotráfico
Terrorismo	Terrorismo	Terrorismo	Terrorismo
Tráfico de armas	Pobreza y carencias sociales	Medio ambiente y desastres naturales	Pobreza y carencias sociales
Crimen organizado	Guerrillas y grupos subversivos	Crimen organizado	Medio ambiente y desastres naturales
Medio ambiente y desastres naturales	Trafico de armas	Pobreza y carencias sociales	Trafico de armas
Pobreza y carencias sociales	Crimen organizado	Trafico de armas	Crimen organizado
Guerrillas y grupos subversivos	Medio ambiente y desastres naturales	Guerrillas y grupos subversivos	

Fuente: Francisco Rojas Aravena, “Crimen y violencia en las Américas”, octubre de 2007, en: <http://www.thedialogue.org/PublicationFiles/Crime%20and%20Violence%20-%20Rojas.pdf> (disponible al 3 de marzo de 2010).

En el año 2005, el Secretario General de la OEA implementó bajo su dependencia, la Secretaría de Seguridad Multidimensional (SSM) con la misión de:

Coordinar la cooperación entre los Estados miembros para luchar contra las amenazas a la seguridad nacional y de los ciudadanos. Su misión responde a los objetivos y propósitos contenidos en la “Declaración sobre Seguridad en las Américas” que se basa, entre otros, en el concepto multidimensional de la seguridad, y en el principio de que el fundamento y el propósito de la seguridad es la protección de los seres humanos²⁸.

En octubre de 2008 se efectuó en Ciudad de México la Primera Reunión de Ministros en materia de Seguridad Pública de las

²⁷ OEA, Cumbre extraordinaria de las Américas, Declaración de Nueva León, http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_cumbre_extra.htm (disponible al 3 de marzo de 2010).

²⁸ OEA, Secretaria de Seguridad Multidimensional, ver en: <http://www.oas.org/es/ssm/default.asp> (disponible al 3 de marzo de 2010).

Américas (MISPA I), que concluyó con la suscripción del Compromiso por la seguridad pública en las Américas. Dicha declaración parte reconociendo la relación que existe entre seguridad pública y Estado de Derecho, distingue las principales amenazas al continente y propone una nueva gestión de la seguridad pública basada en la modernización policial, la prevención, la participación ciudadana y la colaboración internacional:

La seguridad pública es deber y obligación exclusiva del Estado, fortalece el Estado de Derecho y tiene como fin salvaguardar la integridad y seguridad de las personas y proteger el disfrute de todos sus derechos... Que las condiciones de seguridad pública mejoran mediante el pleno respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como mediante la promoción de la educación, la salud y el desarrollo económico y social²⁹.

Pese a la expectativa generada por dos importantes reuniones preparatorias de expertos³⁰ la segunda MISPA, efectuada en noviembre de 2009, no generó grandes resultados, salvo una tímida declaración³¹, y la institucionalización del mecanismo a través de encuentros periódicos. Sigue pendiente entonces, el debate sobre profesionalización policial mediante el diseño de programas modelo de enseñanza o la implementación de una Academia Interamericana de Policía, de la

²⁹ OEA, Primera reunión de ministros en materia de seguridad pública de las Américas, México D.F., 7 y 8 de octubre de 2008, en: http://www.oas.org/seguridad_hemisferica/documents/rm00028s07.doc (disponible al 3 de marzo de 2010).

³⁰ Conferencia Especializada Interamericana de Seguridad Pública, Montevideo, Uruguay, 4 y 5 de agosto de 2009, y la Segunda reunión de organizaciones de la sociedad civil en el marco de la MISPA II, Lima, Perú el 16 y 17 de septiembre de 2009.

³¹ En sus palabras inaugurales de la MISPA II, el Secretario General de la OEA, José Miguel Insulza, había señalado que “esta segunda reunión es una respuesta que nuestra región ha estado dando a un hecho indiscutible: la seguridad pública es hoy día una de las principales amenazas para la estabilidad, el fortalecimiento democrático y las posibilidades de desarrollo de las Américas” (OEA/Ser.K/XLIX.2, MISPA II, INF.2/09, 4 nov. 2009). No obstante el documento final de la reunión (de sólo dos páginas) únicamente reconoce la relevancia de la gestión de la seguridad pública y plantea la necesidad de implementar el Compromiso por la Seguridad Pública en las Américas del año anterior. No adopta ningún acuerdo en ese sentido (OEA/Ser.K/XLIX.1, MISPA II/doc. 8/09 rev.2, 5 nov. 2009).

misma manera que el reconocimiento y operacionalización de la Ameripol (la Comunidad de Policías de América).

Cuadro 5.
Redimensión del concepto de seguridad hemisférica

Instrumento	Año	Autor	Alcances
Declaración de Bridgetown	2002	Asamblea general OEA, Reunión de Barbados	Acuñó concepto de "enfoque multidimensional de la seguridad hemisférica".
Declaración sobre Seguridad de las Américas	2003	Conferencia Especial de Seguridad	Distinguió amenazas tradicionales y no tradicionales (duras, de origen social, naturales, crimen organizado, etc).
Declaración de Nueva León	2004	Cumbre Extraordinaria de las Américas	Estableció que el fundamento y el propósito de la seguridad es la protección de los seres humanos.
Secretaría de Seguridad Multi-dimensional	2005	Orden Ejecutiva del Secretario General de la OEA	Se creó para coordinar cooperación entre Estados miembros para luchar contra las amenazas a la seguridad nacional y de los ciudadanos.
Declaración Compromiso por la seguridad pública en las Américas	2008	Primera reunión de Ministros en materia de Seguridad Pública de las Américas (MISPA I)	Estableció que la seguridad pública es deber y obligación exclusiva del Estado para salvaguardar integridad de las personas y proteger disfrute de sus derechos.
Consenso de Santo Domingo sobre Seguridad Pública	2009	Segunda reunión de Ministros en materia de Seguridad Pública de las Américas (MISPA II)	Instó a implementar declaración anterior y reconoció que las condiciones de seguridad pública mejoran con el respeto por derechos humanos y las libertades fundamentales.

Fuente: Elaboración propia (2009).

3. Internacionalización de la democracia

a. Los derechos políticos como derechos humanos

Los derechos políticos son un grupo de atributos de la persona, destinados a garantizar su protagonismo en la sociedad y a tutelar su participación política³² como ciudadano de un determinado Estado.

Los derechos políticos comprenden el derecho a voto, el derecho a ser electo, el derecho a participar en el gobierno y ejercer funciones públicas, y el derecho de petición del que se derivan las categoría más amplias de la “transparencia de la función pública” y la consecuente obligación de la autoridad de “rendición de cuentas”³³.

Desde la Declaración Americana y la Declaración Universal, ambas de 1948, los derechos políticos constituyen una categoría de derechos humanos, cuya implementación ha sido “progresiva”. La universalización de los derechos políticos ha marchado a la par de una evolución cultural y jurídica en todo el mundo en que, a lo menos formalmente, se han eliminado las restricciones que afectaban a determinados grupos, como los étnicos o las mujeres, que estuvieron privados del derecho a sufragio hasta bastante entrado el siglo XX.

Existe acuerdo en la actualidad que el ejercicio efectivo de los derechos políticos se relaciona directamente con la existencia de un régimen democrático. Por esta razón, la mayoría de los autores afirman hoy que la interrelación de los derechos humanos con la democracia se encuentra en las disposiciones mismas de los instrumentos generales de derechos humanos en los planos universal y regional³⁴.

³² “Toda actividad de los miembros de una comunidad derivada de su derecho a decidir sobre el sistema de gobierno, elegir representantes políticos, ser elegidos y ejercer cargos de representación, participar en la definición y elaboración de normas y políticas y controlar el ejercicio de las funciones públicas encomendadas a sus representantes”, Sonia Picado, “Derechos políticos como derechos humanos”, en: *Treatise on Compared Electoral Law of Latin America*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2007, en: http://www.idea.int/publications/electoral_law_la/upload/III.pdf (disponible al 3 de marzo de 2010).

³³ *Ibidem*.

³⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 21); Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art.25); Declaración Americana (art.XVIII); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23); Convención sobre la Eliminación de

No obstante esta vinculación no es tan evidente, pues solamente en el sistema interamericano existe un reconocimiento expreso de la democracia representativa como derecho de las personas, y del ejercicio efectivo de la democracia como base del Estado de Derecho. La discusión no ha estado exenta de polémica³⁵ (O'Donnell, 2004).

b. La democracia en el sistema universal

La Carta de Naciones Unidas, suscrita en San Francisco el 26 de junio de 1945, y que creó la organización internacional, no contiene referencia expresa a la relación que pudiera existir entre la vigencia de los derechos humanos y un determinado tipo de sistema político.

Sólo tardía y particularmente después de la guerra fría se ha efectuado en Naciones Unidas un reconocimiento expreso del valor de la democracia a través de diversos instrumentos jurídicos, que en general no tienen fuerza vinculante (ver Cuadro 6).

La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 aprobada en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, promovió la idea de que valores como la democracia, los derechos humanos y el desarrollo, son universales, indivisibles e interdependientes y que se refuerzan mutuamente.

La Comisión de Derechos Humanos zanjó la discusión sobre la relación entre derechos humanos y democracia en el 2000 mediante la Resolución 2000/47 en la que señaló: “existen lazos indisolubles entre los derechos humanos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales de derechos humanos y los fundamentos de toda sociedad democrática”.

Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5c); Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Individuales (art.3); Protocolo 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 3); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 13). Ver: Cançado Trindade, Antônio Augusto, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2006, págs.145-183.

35 O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago, Chile, 2007, págs. 737-783.

Cuadro 6
Derechos humanos y democracia en el sistema universal

Instrumento	Fecha	Alcances
Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 21)	10.12.1948	Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país.
Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art.25)	19.12.1966	Fuerza vinculante respecto a elecciones, libertad de expresión, asociación y reunión.
Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo (art. 2(1) y preámbulo)	05.12.1986	Preservación de la democracia está vinculada a la vigencia de los derechos humanos
Declaración y Programa de Acción de Viena de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos	12.07.1993	Importancia de interrelación entre democracia, desarrollo y derechos humanos
Resolución 2000/47 de la Comisión de Derechos Humanos	25.04.2000	Promoción y consolidación de la democracia
Declaración del Milenio	13.09.2000	Considera la defensa de la libertad, la democracia y el gobierno participativo como valores fundamentales.
Informe sobre Desarrollo Humano (PNUD)	2002	La gobernanza democrática depende no sólo de instituciones fuertes sino también de la participación y rendición de cuentas.
Informe sobre La democracia en América Latina (PNUD)	2004	Plantea la necesidad de avanzar de una democracia electoral a una democracia participativa.
Declaraciones de la "Conferencia Internacional de las Democracias Nuevas y Restauradas"	1988 en adelante	Proceso intergubernamental que impulsa la democratización.
Declaraciones de la "Comunidad de Democracias". Varsovia, Seúl y Santiago de Chile	27.06. 2000 12.11.2002 19.09.2005	Proceso intergubernamental que impulsa la democratización.

Fuentes: Ramacciotti, Beatriz, "La internacionalización de la democracia en el sistema interamericano", en: *Revista Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, Vol. 2, No. 1. Georgetown University, Estados Unidos de América, 2008, págs. 60-72, en: <http://gcg.universia.net/articulo/82/INTERNACIONALIZACION-DEMOCRACIA-SISTEMA-INTERAMERICANO.html>; UNDEF, The United Nations Democracy Fund, en: http://www.un.org/democracyfund/Docs/UNDEF%20Situating%20Democracy%20FINAL_SP.pdf (ambos disponibles al 3 de marzo de 2010).

El informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 2004, “La democracia en América Latina”, plantea la existencia de tres dimensiones de la ciudadanía: una política o electoral; otra civil vinculada a la protección de los derechos fundamentales, y finalmente, una social relacionada con las necesidades sociales básicas. El informe plantea ampliar la participación de la ciudadanía a los asuntos de gestión pública.

En 2002, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACNUDH) estableció la vinculación democracia, derechos humanos y Estado de Derecho. Sergio Vieira de Mello resaltó la importancia de

ir más allá de una concepción estrecha de la democracia y la necesidad de promover una ‘democracia holística’, que abarca aspectos procedimentales y sustantivos, instituciones formales y procesos informales, mayorías y minorías, hombres y mujeres, gobiernos y sociedad civil, lo político y lo económico, lo nacional y lo internacional³⁶.

De formas muy parecidas, la OACNUDH y el PNUD han defendido un enfoque comprensivo que subraya el valor de una democracia de dimensiones más amplias de lo que comúnmente se llama democracia electoral³⁷.

c. La democracia en el sistema interamericano

Desde las conferencias panamericanas que originaron la Organización de Estados Americanos (OEA) la democracia ha sido considerada en el Continente como una de las preocupaciones comunes de las Américas: el artículo 2b de la Carta fundacional señala que uno de los propósitos esenciales de la organización es precisamente

³⁶ Vieira de Mello, Sergio, “Holistic Democracy: The Human Rights Content of Legitimate Governance”, palabras de inauguración al *Seminar on the Interdependence Between Democracy and Human Rights*, OACNUDH, Ginebra noviembre de 2002; OACNUDH, “Civil and Political Rights. Continuing dialogue on measures to promote and consolidate democracy. Report of the High Commissioner for Human Rights submitted in accordance with Commission resolution 2001/41” (E/CN.4/2003/59, 27 de enero de 2003).

³⁷ Munck, Gerardo, “Nota conceptual sobre democracia, derechos humanos y Estado de Derecho”..., págs. 5-7.

“promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”.

Como corolario, los dos instrumentos de derechos humanos fundamentales del sistema interamericano aluden al régimen democrático como el contexto político en que se desenvuelven los derechos fundamentales: el artículo XVIII de la Declaración Americana planteó un “derecho al orden constitucional” destinado a resguardar los derechos fundamentales: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”; la Convención Americana pone de relevancia expresamente en el artículo 23, que los derechos políticos constituyen una categoría de los derechos humanos¹, y el artículo 29 establece que cualquier limitación o restricción a los derechos humanos debe enmarcarse en el marco institucional democrático.

A partir de mediados de los años 80, la Asamblea General de la OEA asumió un papel destacado en el reconocimiento de la vinculación entre derechos humanos y democracia (ver Cuadro 7) hasta la promulgación en el 2001 de un instrumento jurídico internacional específico, la Carta Democrática Interamericana, que declaró que la

¹ Artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Derechos Políticos: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

democracia era efectivamente un derecho humano² y que su defensa ameritaba mecanismos de orden internacional³.

Cuadro 7

Derechos humanos y democracia en el sistema interamericano

Instrumento	Fecha	Alcances
Declaración de Principios de la Solidaridad y Cooperación Interamericana (Buenos Aires)	23.12.1936	Reconoce la existencia de la democracia como causa común en América.
Conferencia Interamericana sobre Problemas de Guerra y Paz (México)	08.03.1945	Aprobó resolución sobre preservación y defensa de la democracia en América.
Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR)	09.02.1947	Tratado de alianza militar. Reafirma el paradigma democrático en su preámbulo.
Carta de la OEA (art.2.b)	30.04.1948	La democracia representativa es uno de los principios rectores de la organización.
Declaración Americana (art.XVIII)	02.06.1948	Establece el derecho al orden constitucional.
Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23)	22.11.1969	Establece interrelación derechos humanos y democracia.
Protocolo de Cartagena de Indias	12.05.1985	Reformó la Carta de la OEA –preámbulo y art. 3d– para destacar que la democracia es uno de los pilares del organismo.
Declaración de Asunción	08.06.1990	Enfatiza que la democracia representativa es el sistema político que más adecuadamente garantiza fines del sistema interamericano.
Compromiso de Santiago	04.06.1991	Defensa y promoción de la democracia representativa y de los derechos humanos en la región.
Resolución (AG) 1080	05.06.1991	Encomendó al Consejo Permanente la elaboración de propuestas para preservación y fortalecimiento de los sistemas democráticos.
Resolución (AG) 1087	07.06.1991	Educación para participación cívica y la democracia.

² Artículo 1: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”. Artículo 7: “La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos”.

³ Capítulo IV: Fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática, artículos 17 a 22.

Instrumento	Fecha	Alcances
Resolución (AG) 1112	08.06.1991	Fortalecimiento de la OEA en materia de derechos humanos.
Declaración de Nassau	19.05.1992	Expresa determinación de desarrollar mecanismos para preservar democracia representativa.
Protocolo de Washington	14.12.1992	Reformó la Carta de la OEA –art. 9– suspende la participación del Estado cuyo gobierno sea depuesto.
Declaración de Managua	08.06.1993	Promueve la democracia y el desarrollo.
Declaración de Quebec	22.04.2001	Compromiso con el Estado de Derecho y el respeto al sistema democrático.
Carta Democrática Interamericana	11.09.2001	Establece el derecho a la democracia.

Fuente: CANÇADO Trindade, Antônio Augusto, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2006.

d. Gobernabilidad democrática y paz

Se entiende por “gobernabilidad” la capacidad de las autoridades libremente elegidas, para actuar eficazmente en favor del bienestar de los gobernados. El ejercicio de esta autoridad exige alcanzar el poder mediante procesos electorales válidos⁴, y que exista un reconocimiento permanente de la ciudadanía a la autoridad del gobierno.

La legitimidad de los gobiernos puede ser decisiva en la solución de los conflictos sociales. Manuel Zelaya por ejemplo, atravesaba por una crisis de legitimación cuando fue destituido, pero la comunidad internacional siempre consideró la posibilidad de solucionar el conflicto reponiendo al Presidente depuesto. Se consideraba determinante la voluntad que el pueblo hondureño había expresado en las urnas.

Mientras mejores aptitudes gerenciales demuestren los gobiernos dando respuesta a las necesidades de la gente, se asegura al mismo tiempo el apoyo de la población a su gestión y la disminución de controversias políticas desestabilizadoras⁵.

⁴ Navarro Jiménez, Guillermo, “Gobernabilidad, democracia y derechos humanos”, en: <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Gobernabilidad%20Democracia%20y%20Derechos%20Humanos.pdf> (disponible al 3 de marzo de 2010), págs. 1-3.

⁵ Filmus, Daniel, “Gobernabilidad democrática: conceptualización”, en: *Aportes Andinos*, No. 13. Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador, marzo de 2005, en: <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdfs13/daniel%20filmus.pdf> (disponible al 3 de marzo de 2010). Ver páginas 2 a 4.

El continente ha sido víctima de largos períodos de inestabilidad democrática. En algunos casos fue producto de la resistencia interna e internacional a los regímenes autoritarios como ocurrió en Argentina entre 1976 y 1983; Chile entre 1973 y 1990; Bolivia entre 1971 y 1978; Paraguay entre 1954 y 1989. En otros casos debido a la falta de plataformas democráticas como Ecuador por ejemplo, que entre 1996 y 2000 tuvo cuatro presidentes.

En todos estos casos, la forma de recuperación de la gobernabilidad democrática consistió en la promoción de procesos electorarios abiertos, libres e informados. El primer desafío consistió en reconstruir los sistemas electorales, tarea que no habría sido posible sin la asistencia internacional de organizaciones internacionales como Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, u ONG como el Centro Carter y la Fundación Internacional de Sistemas Electorales⁶.

La asistencia electoral consistió en implementar mecanismos de control, apoyar las decisiones de convocar a elecciones, promover condiciones idóneas para su realización, difundir la cultura democrática y sustancialmente fiscalizar la transparencia de los procesos.

La asistencia electoral ha adquirido en la actualidad, una nueva dimensión como contribución a la gobernabilidad en las intervenciones humanitarias de Naciones Unidas⁷. De hecho, los procesos electorarios constituyen normalmente la culminación de un proceso de paz.

⁶ Boneo, Horacio, "Observación electoral internacional", en: <http://www.observatorioelectoral.org/biblioteca/?bookID=9> (disponible al 3 de marzo de 2010).

⁷ Tripodi, Paolo, y Andrés Villar, Haití: "La encrucijada de una intervención Latinoamericana", en: *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, Año 19, No. 1. FLACSO, Santiago, Chile, 2005. Ver páginas 17 a 35.

Conclusiones

La globalización ha generado un proceso de internacionalización y de redimensión de los conceptos de seguridad, derechos humanos y democracia.

En la actualidad tanto la noción de “seguridad humana” de Naciones Unidas, como el concepto de “seguridad multidimensional” de la Organización de Estados Americanos, focalizan su atención en la protección de la persona.

Esta obligación de cuidado de las personas se atribuye principalmente al Estado y subsidiariamente a la comunidad internacional.

La democracia y la seguridad se convierten entonces, no sólo en condiciones elementales para el cumplimiento de estas obligaciones estatales, sino que surgen al mismo tiempo, como nuevos derechos humanos que el Estado debe respetar y garantizar.

Principios rectores en materia electoral en Latinoamérica

*Carlos Manuel Rosales**

El presente trabajo presenta la naturaleza jurídica, principales características y funciones de los principios más relevantes en materia electoral que rigen en los sistemas constitucionales latinoamericanos. Se pone un énfasis especial en los principios electorales más comunes y relevantes establecidos en los países de América Latina.

Introducción

El mecanismo contencioso electoral tiene como objeto resolver los conflictos suscitados en la realización y calificación de las elecciones (en sentido estricto)¹. Por lo mismo, se ha delegado a un ente público la responsabilidad de que las elecciones se realicen conforme a las reglas del juego establecidas, con el objetivo de calificar objetivamente las elecciones, pudiendo ejercer este papel: la propia Asamblea elegida, la administración, el Parlamento, un poder independiente y/o el mismo Poder Judicial.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg. Maestría en Derecho por la Universidad de Chile. Actualmente becario del Doctorado en Derecho del programa Mecesus de la Universidad de Chile. Este trabajo es parte de su tesis doctoral: “Dos modelos de justicia electoral: los tribunales electorales de Chile y México”, dirigida por el director del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile, Pablo Ruiz-Tagle Vial.

¹ Jesús Orozco define a la justicia electoral en sentido estricto (también conocido como contencioso-electoral amplio) como: “los diversos medios jurídico-técnicos de impugnación o control (juicios, recursos o procedimientos) de los actos y procedimientos electorales, ya sea que se sustancien ante un órgano de naturaleza administrativa, jurisdiccional y/o política, para garantizar la regularidad de las elecciones y que las mismas se ajusten a derecho, esto es, a los principios de constitucionalidad y/o legalidad, corrigiendo eventuales errores o infracciones a la normativa electoral”. *Justicia electoral y garantismo jurídico*, Ed. Porrúa, México, 2006, pág. 5. Esto también se ha denominado democracia procedimental.

Las controversias electorales se solucionaron durante bastante tiempo por un contencioso-electoral político, y lo hacían conforme al criterio de la oportunidad y la negociación (de acuerdo a los intereses de grupo o partido político que conformaba la mayoría parlamentaria en determinado momento, ante quienes se ejercían presiones políticas para intentar una decisión favorable, llegándose a dar el caso de que se asignara curul a candidatos de partidos políticos sin tener derechos a la misma)². Esto conllevó a tener autoridades públicas ilegítimas, pero legales en el cargo, lo que traía grandes problemas de estabilidad y gobernabilidad.

El objeto de instaurar un ente contencioso-jurídico radica

en que los criterios conforme con los cuales se resuelven los conflictos ya no sean más la negociación y la oportunidad política, que se daba en el seno de los correspondientes colegios electorales, sino estrictamente, los principios de constitucionalidad y legalidad, por parte de un Tribunal Electoral independiente e imparcial, con el objeto de salvaguardar y dar plena vigencia al Estado de derecho³.

Los rasgos esenciales del sistema de jurisdicción electoral son:

1. Debe ser jurídico, debido a que su finalidad es garantizar las vigencia del Derecho. 2. Cualquier conflicto surgido por inobservancia de las normas jurídico electorales, debe ser resuelto, no por la vía de construir para cada caso una solución política negociada, sino imponiendo siempre la auténtica obediencia del derecho electoral preestablecido y, 3. Debe ser efectivo y eficiente ya que está disponible y accesible para todo actor electoral, con independencia de la fuerza política que tenga, puede solicitar y obtener el pleno respeto de sus derechos⁴.

Salvador Dana considera que la mejor opción es contar con un tribunal judicial en materia electoral:

al juzgar las elecciones, la Cámara y el Senado usurpan el dominio de la autoridad judicial. Los miembros del Parlamento están demasiado expuestos a buscar, en su funciones excepcionales de jueces, un

² Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación - TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral*. Ed. TEPJF, México, 2003, pág. 36.

³ Instituto Federal Electoral - IFE, *Democracia interna y fiscalización de los recursos de los partidos políticos*. Ed. IFE, México, 2006, pág. 160.

⁴ TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral...*, págs. 56, 57, 74 y 75.

arma contra sus adversarios políticos, o bien un medio de absolución recíproca entre partidos poco más o menos iguales⁵.

Lo que lleva a pensar en el debido equilibrio que debe haber entre independencia y rendición de cuentas del Poder Judicial, y la denominada judicialización de la política, proceso por el cual el Poder Judicial cada vez interviene en mayor número de cuestiones vinculadas con los alcances y límites del poder político democráticamente elegido⁶.

Así, la judicialización electoral suprimió la calificación política, limitando la participación de los actores políticos en la resolución de los conflictos electorales, donde sólo actúan como partes en el proceso contencioso-electoral a través de un órgano jurisdiccional independiente e imparcial.

El Tribunal Electoral es la institución pública responsable de amparar y vigilar los derechos políticos⁷ de los ciudadanos, siendo su objetivo principal garantizar la libre participación del conglomerado social a través de elecciones, mismas que deben ser realizadas de manera honesta, limpia y transparente. También vigilará la igualdad competitiva entre los contendientes y que las elecciones sean apegadas a la normatividad. En conjunto, estas son las partes que componen las leyes electorales.

La clasificación de los sistemas de justicia electoral con la que están de acuerdo la mayoría de los doctrinarios, es la de Jesús Orozco. Esta tipificación es la siguiente:

- 1) El sistema tradicional o clásico, que se traduce en un contencioso predominantemente político.
- 2) El sistema que se puede calificar de austriaco, que se caracteriza por un contencioso de jurisdicción constitucional, es aquel que

⁵ Dana Montañó, Salvador, "Lo contencioso-electoral: su contenido y naturaleza", en: *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Año X, 3ª. Época. Universidad Nacional del Litoral, Argentina, 1945, pág. 84 y 85.

⁶ Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia*. Ed. Fontamara, México, 2007, pág. 47.

⁷ El derecho político es el área responsable del estudio de las relaciones de los ciudadanos en la vida pública del país, esto significa el cómo pueden participar en la actividad política. Ver, Silva Bascuñan, Antonio, *Derecho político*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980.

transfiere a un tribunal constitucional la decisión última de los medios de impugnación electoral.

3) El sistema que se puede denominar inglés, es aquel que confiere a los jueces ordinarios, pertenecientes al respectivo poder judicial, la atribución de resolver en única instancia, o bien, en combinación con algunos otros medios de impugnación previos.

4) El sistema que se puede considerar latinoamericano, que se caracteriza por el establecimiento de tribunales (cortes, juntas, jurados o consejos) electorales especializados, encargados de la resolución de las controversias sobre los resultados electorales, cuya naturaleza es jurisdiccional y/o administrativa y, en ocasiones, se combina con otros tipos de medios de impugnación previos o posteriores, pudiéndose considerar como una de las aportaciones más significativas de la región a la ciencia política y al derecho electoral, al haberse constituido en un factor importante para los recientes procesos de redemocratización y consolidación democrática en América Latina, así como la vigencia del Estado de derecho y a la consiguiente solución de los conflictos electorales por vías institucionales⁸.

Anteriormente, en América Latina la resolución de los conflictos electorales se encomendaba a organismos de naturaleza política,

pero en los últimos años se ha iniciado la tendencia de atribuir el conocimiento y decisión de estas controversias de claro contenido político pero con regulación uridina, a órganos de carácter administrativo, a tribunales ordinarios o a órganos jurisdiccionales especializados, con predominio de éstos últimos en los años más recientes⁹.

Después de presentar la necesidad del Estado de contar con autoridades electorales, es menester presentar cuáles serán los ejes rectores para contar con un sistema electoral sano y estable. Por lo mismo, en el siguiente apartado desentrañaremos el origen de los principios más importantes para las autoridades electorales.

⁸ Orozco Henríquez, Jesús, "Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado", en: Orozco H., Jesús, *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas*. Ed. IFE, México, 1999, págs. 46 y 47. Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. Ed. UNAM, México, 2007, pág. 31.

⁹ Fix-Zamudio, Héctor, "Justicia constitucional y judicialización política", en: *Sistemas de justicia electoral...*, pág. 34.

Naturaleza de los principios electorales

El establecimiento de “principios” a nivel constitucional es una práctica común en la historia jurídica mundial¹⁰. El origen y la evolución de éstos se pueden apreciar desde la clásica definición de Constitución de Tucídides¹¹, en los principios emanados de las constituciones de los Estados Unidos de América¹² y de Francia¹³, entre tantos ejemplos; pero sobre todo, hoy se puede ver que ya es algo lógico, e incluso consuetudinario, el insertar “principios” a nivel constitucional, por su relevancia, objetivo, utilización y jerarquía.

La primera acepción que expondremos es la gramatical. Para Guillermo Canabellas, la voz “principio” es definida como: “Primer instante del ser, de la existencia, de la vida. Razón, fundamento, origen. Causa primera. Fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte. Máxima, norma, guía”¹⁴. El objetivo primario de establecer principios, es que “anticipa la conclusión, el fin retorna, después del trayecto largo y lineal, al principio”¹⁵.

Ronald Dworkin entiende el término “principio” como una pauta que ha de observarse, porque es una exigencia de la justicia, equidad o de otro aspecto de la moral. Por lo mismo “los principios inclinan la decisión en una dirección, aunque no de manera concluyente, y

10 “Todos los sistemas jurídicos contienen necesariamente principios”. Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*. Ed. Gedisa, Barcelona, España, 2004. pág. 78.

11 Whitehead, Laurance, *Democratization*. Ed. Oxford, Estados Unidos de América, 2003, pág. 54.

12 Cox, Richard, *Four Pillars of Constitutionalism*. Prometheus Books, Estados Unidos de América, 1998, págs. 9-71.

13 Cuadra Moreno, Héctor, *La evolución Constitucional de Francia a través de sus Constituciones de 1875-1946-1958*. Ed. Facultad de Derecho-UNAM, México, 1959.

14 Canabellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*. Ed. Torres, España, 2003, pág. 359.

15 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, Madrid, España, 1995, pág. 13.

sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan”¹⁶. Además, para este autor, “los principios son la base que construyen los sistemas jurídicos irradiándose a todo el sistema jurídico”¹⁷. Ahora, es importante advertir las diferencias entre principios y reglas.

La definición clásica para la distinción entre reglas y principios, es la elaborada por Robert Alexy:

Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas mandatos definitivos. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizadas en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto último significa que los principios dependen de y requieren ponderación¹⁸.

La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios¹⁹. El mecanismo para descubrir si un juez emplea y cómo emplea los principios es si utiliza criterios de ponderación²⁰. La pretensión de corrección exige que en un caso dudoso se lleva a

¹⁶ Dworkin estima que los principios jurídicos no son patrones extrajurídicos y son vinculantes para el juez. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*. Ed. Ariel, Barcelona, España, 1995, págs. 19-22.

¹⁷ *Ibidem*, págs. 77 y 78. Esta concepción la tomó a partir de que de los principios se crean las normas. Básicamente, la distinción que hace Dworkin entre reglas y principios, es que las normas jurídicas prescriben una conducta con su consecuencia jurídica; los principios carecen de dicha consecuencia, en razón de que se trata de planteamientos que ayudan a tomar posición entre los casos concretos. Son orientadores, estándares de conducta. Por lo tanto, los principios son superiores a la norma. Ver: Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, Ed. Porrúa, México, 2006, págs. 255-280.

¹⁸ Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*. Ed. Gedisa, Barcelona, España, 2004. pág. 72.

¹⁹ *Ibidem*, págs. 162 y 187.

²⁰ *Ibidem*, pág. 74.

cabo siempre una ponderación y, por lo tanto, se tomen en cuenta los principios cuando ello sea posible²¹.

Gustavo Zagrebelsky hace una distinción entre principios y reglas, con base en su jerarquía en el entramado jurídico: “las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios... por eso, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”. Por lo tanto, cuando exista un conflicto entre un principio y una regla, prevalecerán los principios en virtud de que estos últimos son superiores dentro del ordenamiento jurídico²².

De esta manera, los principios juegan un papel central en los razonamientos, por que justifican las decisiones acerca de los derechos subjetivos y obligaciones. Con esto se ve claramente que, en todos los sistemas jurídicos en los que existen casos dudosos, la ponderación será relevante, ya que está exigida jurídicamente y, por lo tanto, también lo está la consideración de los principios. Esto significa que en todos los sistemas jurídicos los principios son elementos necesarios del sistema normativo²³.

Por lo tanto, los principios son aquellas directivas de optimización que orientan la actividad de interpretación y aplicación del derecho. Por consiguiente, se encuentran plasmados en el texto constitucional y no en leyes secundarias (cuya composición se basa en las reglas). Por lo anterior, los principios constitucionales no pueden encontrar bases intrínsecas, sino que se encuentran explícitos en el ordenamiento jurídico²⁴.

21 Sobrevilla, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”, en: *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Número 4. México, págs. 98-113.

22 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*. Ed. Trotta, Madrid, España, 1997, pág. 23. Sin embargo, la situación se complica cuando existe conflicto entre principios. En estos supuestos, para Zagrebelsky se deberá resolver dando preferencia al principio que tenga mayor acercamiento a los derechos políticos, pues de lo contrario estaría en riesgo el régimen democrático.

23 Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho...*, pág. 75.

24 Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral*. Ed. UNAM, México, 2005, págs. XIX, 19 y 157.

Pedro Salazar estima que los principios constitucionales fundamentales han llegado para quedarse, porque constituyen “los presupuestos que hacen posible a la democracia; además, de que se establecen como un **vínculo preventivo**, que se autoimpone la comunidad para autoprotegerse y, no perder el rumbo”²⁵.

De manera particular, podemos ver que los principios tienen un carácter fundamental ya que dan coherencia o sentido al orden normativo, informando a ese sector del orden jurídico nacional. Hablando específicamente de la materia electoral, los principios constituyen parámetros de la actuación de los órganos electorales y sirven como criterios interpretativos del derecho electoral, o bien, desempeñan una función integradora del mismo²⁶.

Además, considero que estos principios tienen carácter de dogma. Esto quiere decir que en materia de principios “no está abierto al debate crítico ni al *test* de los hechos; se obvian los criterios que determinan nuestro derecho a estar seguros de la verdad de una proposición. Un conocimiento para ser considerado un dogma, necesita que haya sido confirmado directa o indirectamente, por las experiencias comunicables de un conjunto de individuos”²⁷. Por lo que podemos afirmar, que los principios constitucionales son conceptos, directrices o ideas abstractas, que sirven para materializar las funciones y fines del Estado. Además, en el caso de los principios en materia electoral, han sido utilizados como elementos, para integrar e interpretar las normas legales²⁸.

Los principios tienen las siguientes funciones dentro del sistema jurídico:

²⁵ Salazar, Pedro, “Justicia constitucional y democracia: el problema de la última palabra” en: *Corte, jueces y política*, Ed. Fontamara, México, 2007, pág. 42.

²⁶ Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*. Ed. Porrúa, México, 2006, pág. 280.

²⁷ Nino, Carlos S., *Sobre la dogmática jurídica*. Ed. UNAM, México, 1989, págs. 17-19.

²⁸ Estos principios constitucionales pueden servir “para que un Tribunal Electoral reestablezca el orden constitucional violado”. Orozco Henríquez, Jesús, “Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico”, en: *Cuestiones Constitucionales*, No.13. Ed. UNAM, México, 2005, pág. 198.

1. *Función creativa*: antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos.
2. *Función interpretativa*: implica que al interpretar la norma, el operador debe inspirarse en los principios para garantizar una cabal interpretación.
3. *Función integrativa*: significa que quién va a colmar un vacío legal debe inspirarse en los principios para que el derecho se convierta en un sistema hermético.

Estas funciones no actúan independientemente, sino que en la aplicación del derecho opera una u otra²⁹.

Para que estos principios tengan el valor intrínseco y un verdadero peso ponderativo deben estar incorporados en la Constitución, “por que si no, sólo serían meros principios morales y la necesidad de ponderación no sería un postulado jurídico, sino extrajurídico”³⁰.

Luigi Ferrajoli señala que los principios generales en un ordenamiento jurídico, deben estar mencionados (o implícitos) en las constituciones y leyes. Además, los principios deben ser extraíbles mediante elaboración doctrinal. Asimismo, los principios generales también son principios políticos³¹, porque estos principios representan un factor de racionalización del poder de disposición y limitación del arbitrio en otro caso a él conectado³².

Sin embargo, como considera Alexy, “un sistema de principios puro, debido a su incertidumbre y debilidad, contradiría (sic) exigencias irrenunciables de la seguridad jurídica”³³.

En materia electoral, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mexicano (TEPJF) se pronunció acerca de los métodos

²⁹ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*. Ed. UNAM. México, 2005.

³⁰ Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho...*, pág. 74.

³¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, pág. 171.

³² *Ibidem*, págs. 173-174.

³³ Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho...*, pág. 168.

de solución de incompatibilidades entre principios y reglas³⁴. En esa ocasión, se adoptaron ciertas pautas para resolver la contradicción entre ambas:

El método basado en el criterio de **principios** y **reglas** parte de la base de que los principios son postulados que persiguen la realización de algo, como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico, cuyo cumplimiento debe buscarse en la mayor medida posible; en tanto que las reglas son enunciados de menor abstracción que los principios, que tienden a lograr la aplicación de éstos a los casos concretos. En este orden de ideas, en caso de la existencia de una antinomia entre reglas aplicables, se pueden utilizar los principios que las rigen como directriz, esto es, ante la oposición entre reglas que resulten aplicables a un mismo caso, debe optarse por la que se apege más al principio que rija a ambas³⁵.

Hablando en términos de interpretación y principios, Santiago Nieto considera que

por la naturaleza misma del litigio que está en juego, debe hacerse, en primer término, una ponderación de reglas y principios; en segundo lugar, el juzgador debe considerar que su decisión debe estar debidamente justificada; en tercer lugar, debemos partir de que tenemos un criterio de referencia, que es la defensa de los derechos fundamentales³⁶.

Pero, ahora surge la pregunta ¿de dónde provienen los principios?, y más en particular cuando se habla en materia electoral.

Uno de los puntos relevantes que se deben considerar para elegir un sistema electoral, es la adopción y adaptación a su realidad y necesidades. Cada sistema electoral tendrá que cumplir con diversas funciones dentro del contexto específico de cada país³⁷. Por esta

³⁴ Juicio de revisión constitucional 305/2003.

³⁵ Castillo González, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral*. Ed. TEPJF, México, 2006, págs. 236-237.

³⁶ Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas...*, pág. 226.

³⁷ Whitehead, Laurence, *Democratization...*, págs. 60-64. Ver Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*. Ed. UNAM, México, 2003, pág. 87. Sobre la adopción de nuevas instituciones, cambios políticos, etc. concluye citando a Robert Dahl: “toda solución tiene que estar confeccionada conforme a las características de cada país”, pág. 104.

razón es fundamental tener en cuenta que las cuestiones relativas a los sistemas electorales son “cuestiones de poder y ponen en juego intereses de poder”³⁸, según ha subrayado Nohlen. Este autor considera que no existe ningún sistema electoral ideal, por lo que se allana a la opinión de Giovanni Sartori: “el mejor sistema es aquel que mejor se adecua/adapta”³⁹. Por lo mismo no señala cual es el mejor sistema electoral, porque para resolver los problemas de gobernabilidad es fundamental mencionar lugar y tiempo: “la respuesta tiene que ser individual, dirigida a casos concretos”⁴⁰. Por lo tanto, las soluciones son particulares, ninguna respuesta es universal, sino que se debe diagnosticar y resolver con base en las circunstancias nacionales⁴¹.

El contexto empírico-histórico es la idea que soporta la obra de Nohlen, porque da una vital importancia a las condiciones socio-políticas, mismas que difieren en cada caso y en cuyo transcurso emergen las instituciones políticas como resultado de las negociaciones, compromisos y pactos de los actores involucrados en un contexto determinado⁴². Entonces, tenemos que a partir de cierto

³⁸ Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia...*, pág. 63.

³⁹ *Ibidem*, pág. 104. Dieter Nohlen considera que los sistemas electorales cuentan, pero sólo relativamente, porque se debe relacionar los sistemas electorales con las circunstancias concretas del paso para poder así averiguar su grado de importancia.

⁴⁰ Nohlen, Dieter, *Sistemas electorales en su contexto*. Ed. UNAM, México, 2008, págs. 82 y 115. Si bien Nohlen contextualiza a los sistemas electorales por las circunstancias y necesidades temporales, políticas y sociales, no deja de brindarle atención al derecho comparado como herramienta foránea: “si se decide utilizar la experiencia de otro sistema electoral, se debe adecuar a la utilidad en el contexto en el que se quiera aplicar”, pág. 116.

⁴¹ Huu Dong, Nguyen, “Justicia electoral. Evaluación y perspectivas”, pág. 42, y Orozco Henríquez, Jesús, “Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado”, pág. 52; ambos en Orozco Henríquez, Jesús, *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas...*

⁴² Nohlen, Dieter, *El contexto hace la diferencia...*, págs. 191 y 196. La transferencia de instituciones, es decir, la “importación” de instituciones democráticas occidentales y su implementación en las nuevas democracias ocurre frecuentemente, sin que se lleve a cabo una adecuada problematización del contexto histórico, en el cual se realiza la transferencia. La adaptación de modelos institucionales depende de las circunstancias sociales, culturales y políticas específicas, permite encontrar soluciones institucionales contingentes de acuerdo a las circunstancias o a las fases del desarrollo en cuestión.

contexto histórico, se crean y/o seleccionan los valores, principios y objetivos que han de regir a un Estado. Por lo tanto, la selección y materialización de los principios para un Estado sucede a partir del contexto (circunstancias, coyunturas, etc.), esto es lo que permite establecer un sistema político y legal. Por ejemplo, en el modelo de Estado democrático de Derecho para la administración pública, los principios que rigen al Estado son: probidad, economía, publicidad, rendición de cuentas, eficacia, responsabilidad, participación, legalidad y eficiencia. Estos principios se depositan en la Constitución para su jerarquización y deben permear en la creación, aplicación y resolución de las diversas situaciones que se presentan en las actividades del Estado⁴³.

Se ha presentado, de manera general, el origen de los principios que regirán a un Estado para poder introducirnos a los principios propios de la materia electoral. Para incoar este apartado, se presentarán los principios electorales establecidos en las constituciones latinoamericanas, para descubrir cuáles son éstos, si existen principios comunes y/o encontrar principios electorales particulares.

En Argentina sólo se contempla el principio de igualdad del voto y el de oportunidades entre hombre y mujeres (artículo 37)⁴⁴; Bolivia insertó los principios de autonomía, independencia e imparcialidad para el sistema electoral (artículo 226); del artículo 265 de la Constitución colombiana, emanan los principios de autonomía, publicidad, legalidad y jurisdicción para el sistema electoral. Costa Rica estableció los principios de autonomía e independencia, igualmente incluye las garantías efectivas de libertad, orden, pureza e imparcialidad por parte de las autoridades gubernativas (artículos 95 y 99); Ecuador

⁴³ El modelo de Estado democrático de Derecho, es una de las evoluciones histórico-políticas del Estado de Derecho (*rule of law*). Estos valores no sólo deben ser rectores de la organización administrativa y/o de sus decisiones, sino que deben considerarse para las distintas esferas del poder público. Orozco, Henríquez, Jesús, "Voz Estado de Derecho", en: *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Volumen III, D-E. Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, págs. 830-832.

⁴⁴ González Roura, Felipe, "Justicia electoral y resolución de conflictos", en: *Revista Jurídica Jalisciense*, Año 8, Número 1. México, 1998, págs. 274-275.

incluyó en su Constitución los principios de participación equitativa de géneros y la autonomía administrativa y económica para el sistema electoral (artículos 102 y 209); Honduras instauró los principios de autonomía, independencia y jurisdicción (artículo 51); Perú, en su carta política asentó los principios de apreciación libre, valoración de la prueba, legalidad y jurisdicción para el Jurado Nacional de Elecciones (artículos 178 y 181); Panamá implantó los principios de autonomía y jurisdicción para el Tribunal Electoral (artículos 136 y 137); la constitución de Nicaragua contiene los principios de autonomía, legalidad y jurisdicción para el sistema electoral (artículo 173); Venezuela es un caso muy particular porque incluye diversos y particulares principios electorales: independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana, descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios (artículo 294); Paraguay sólo instauró como principio electoral la jurisdicción exclusiva del Tribunal Electoral (artículo 273). Chile consigna los principios electorales de publicidad y el de igualdad en la contienda electoral (artículo 18); en materia de justicia electoral, el artículo 84 otorga autonomía al Tribunal Electoral y establece su mecanismo para valorar las pruebas: “procederá como jurado en la apreciación de los hechos y sentenciará con arreglo a derecho”. Por último, en el caso de México, se insertaron los principios de certeza, imparcialidad, independencia, legalidad y objetividad, como ejes rectores del sistema electoral (artículo 41). (Ver cuadro sinóptico al final.)

A primera vista, se pueden obtener algunas conclusiones del cuadro señalado:

1. Los principios de autonomía, jurisdicción, imparcialidad, legalidad e independencia electoral fueron los más recurrentes.
2. Existen diversas constituciones que no inscriben principios electorales.
3. Se desprende del cuadro en comento que en cada país hay principios electorales muy particulares, según sus necesidades o con base en su contexto empírico-histórico.

4. Se denota que Cuba, Puerto Rico, Uruguay, República Dominicana, El Salvador y Guatemala no establecen ningún tipo de principio en materia electoral, en sus respectivas constituciones políticas.

En general resalta la importancia y necesidad de adoptar una legislación fundada en diversos principios dogmáticos electorales, pero adaptada a las circunstancias de cada país⁴⁵.

Pero los principios electorales constitucionales no son todos los principios que rigen la actuación del sistema electoral, porque al ser estos entes instituciones públicas, están regidas por principios constitucionales generales (constitucionalidad, legalidad, publicidad, etc.) y por principios constitucionales especiales (que pueden ser exclusivos de un poder, institución u órgano público). Estos principios especiales dependen de la naturaleza de la materia de la que se trate. Igualmente esos principios constitucionales especiales serán fundamentales para la actuación de aquella institución⁴⁶.

Los principios electorales sirven como columna vertebral al sistema electoral, también conducen la actuación judicial de las autoridades electorales. Estos principios igualmente se utilizan para la interpretación e integración de las normas, colmando las lagunas jurídicas existentes. Por lo mismo, los principios electorales

⁴⁵ Cossío Díaz, José Ramón, "Problemas de la justicia constitucional", en: *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas...*, págs. 395 y 404.

⁴⁶ Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación*. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1968. Un par de ejemplos acaecen en México, donde estos principios constitucionales especiales los tenemos en la función jurisdiccional, misma que debe ejercerse bajo los principios de profesionalismo, excelencia, imparcialidad, independencia y legalidad; asimismo, se consagran varios principios para la administración pública: eficiencia, honradez, rendición de cuentas, etc. Por ejemplo, en Estados Unidos de América la Corte encabezada por el juez Earl Warren ha sido una de las más activas y decisivas en la historia judicial de este país. Esta Corte al ponderar entre la libertad de expresión y la igualdad financiera en la contienda electoral, consideró que la libertad de manifestación de ideas de los ciudadanos era la base de la democracia (caso *Buckley vs. Valeo*). De la misma manera, en 1996 la Corte Renhquist dictaminó sobre los gastos electorales y la libertad de los particulares para manifestar sus ideas, sentenciando que los privados pueden exponer libremente sus posiciones políticas, con base en la primera enmienda (*Colorado Republican Federal Campaign Committee vs. Federal Election Commission*).

son fundamentales para la consolidación del sistema democrático. Podemos afirmar que su finalidad es servir como base para obtener resoluciones que garanticen la regularidad y estabilidad democrática. A continuación se analizan los principios electorales más relevantes en Latinoamérica.

Autonomía

El principio de autonomía retrata simplemente una descentralización administrativa y política, para que las instituciones puedan actuar de manera independiente⁴⁷. O como señala Brian Blix: “es la facultad para gobernarse a sí mismo”⁴⁸.

De esta manera, podemos observar que la autonomía implica: “un poder jurídico limitado, es decir, se cuenta con un espacio de actuación libre, y al mismo tiempo, un campo jurídico que no se debe traspasar”⁴⁹.

El principio de autonomía tiene como propósito que el Poder Judicial en su conjunto, goce de medios propios y suficientes para su función, sin quedar sometido, condicionado o sujeto a decisiones externas⁵⁰.

En lo que respecta a la autonomía en materia electoral, esta es un “ejercicio privativo de autoridad con amplias facultades administrativas y jurisdiccionales que sin sujeción jerárquica establecen la Constitución y la ley electoral para los organismos electorales”⁵¹.

Los tribunales electorales tienen su reconocimiento como entes constitucionales autónomos, esto parte de la consideración de que la

47 Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas*. Ed. Dastancan, Guatemala, 2004, pág. 98.

48 Blix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*. Ed. UNAM-IIIJ, México, 2009, pág. 23.

49 Arratíbel Salas, Luis Gustavo, “Conceptualización del derecho electoral”, en: Serrano Migallón, Fernando, *Derecho electoral*. Ed. Porrúa, México, 2006, pág. 19.

50 Melgar Adalid, Mario, *Justicia electoral*. Ed. UNAM, México, 1996, pág. 40.

51 Canto Presuel, Jesús, *Diccionario electoral*. Ed. TEQROO, México, 2008, pág. 10.

justicia electoral es algo distinto de la administración de justicia, esto significa, que sean capaces de definir su organización sin depender de otra estructura superior⁵².

Esta autonomía de carácter normativo le otorga al tribunal electoral la facultad de dictar el mismo las normas generales que reglamenten su funcionamiento interno, a efecto de garantizar su independencia; por lo mismo, pueden expedir y modificar su reglamento interno y diversos acuerdos generales para su adecuado funcionamiento⁵³.

Las características de un tribunal electoral autónomo son las siguientes: a) tiene su propio patrimonio; b) administra sus recursos; c) elabora su reglamento y hace sus modificaciones, para su mejor funcionamiento; d) resuelve los conflictos laborales con los empleados del sistema electoral; e) dicta sentencias definitivas e inapelables, y f) no está sujeto a ningún otro órgano, por lo que es considerado como la máxima autoridad en materia electoral⁵⁴.

Como hemos visto, este principio le da la facultad de autoadministrarse a las autoridades electorales y generar las mejores decisiones para el correcto desempeño de sus funciones internas.

El siguiente principio jurídico que se analizará será el de certeza jurídica, que se deriva de la apropiada actuación de los jueces electorales y los efectos que deben provocar sus sentencias en el sistema electoral.

Certeza

La Real Academia Española (RAE) define a la certeza como el “conocimiento seguro y claro de algo y como firme adhesión de la mente a algo conocable, sin temor de errar”.

Para Paolo Comanducci, un sistema jurídico ofrece certeza jurídica cuando, “cada ciudadano está en situación de prever cuáles

⁵² Cienfuegos Salgado, David, *Justicia y democracia*. Ed. El Colegio de Guerrero, México, 2008, págs. 61 y 66.

⁵³ Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...*, pág. 37.

⁵⁴ Maya Rayas, Carlos, *Los tribunales electorales en México en la transición democrática: los casos de Tabasco y Yucatán*. Ed. IEDF, México, 2004, págs. 62 y 63.

serán las consecuencia jurídicas de sus propias acciones y cuáles serán las decisiones de los órganos de aplicación en el caso en que su comportamiento deba ser juzgado conforme al derecho”⁵⁵.

Desde el punto de vista electoral, la certeza se refiere a la necesidad de que todas las acciones que realiza el Tribunal se caractericen por su veracidad y certidumbre, que estén apegadas a los hechos y a la verdad y que los resultados de dichas acciones sean comprobables y fidedignas⁵⁶.

La opinión de David Cienfuegos sobre la función de este principio es: “dotar de facultades expresas a las autoridades electorales, de modo que todos los participantes en el proceso electoral conozcan previamente con claridad y seguridad las reglas a que la actuación de las autoridades electorales esté sujeta”⁵⁷.

Para el magistrado Jesús Canto, el principio de certeza electoral significa que: “tanto la actuación de la autoridad electoral como los procedimientos electorales deber ser verificables, fidedignos y confiables, de tal modo que los ciudadanos y los entes políticos no tengan duda sobre estos aspectos”⁵⁸.

Para Leonel Castillo González, la certeza deriva en “que todos los actos del proceso electoral deben ser veraces y reales a fin de que los resultados sean fidedignos, verificables y, por tanto, confiables”⁵⁹.

Asimismo, el TEPJF mexicano considera que este principio alude “a la necesidad de que todas las acciones que desempeñe el TEPJF estén dotadas de veracidad, certidumbre y apego a los hechos, esto es, que los resultados de sus actividades sean completamente verificables, fidedignos y confiables”⁶⁰.

55 Comanducci, Paolo, *Razonamiento jurídico*. Ed. Fontamara, México, 1999, pág. 98.

56 IFE, Código Federal de procedimientos e instituciones electorales comentado.

57 Cienfuegos Salgado, David, *Justicia y democracia...*, pág. 102.

58 Canto Presuel, Jesús, *Diccionario electoral...*, pág. 20.

59 Castillo González, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral*. Ed. TEPJF, México, 2006, pág. 18.

60 TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral...*, pág. 14. Ver también, Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...*, pág. 269.

Pero, no sólo se trata de resultados, también la certeza “implica la realización periódica, permanente y regular de los procesos que permitan la renovación democrática de los Poderes Legislativo y Ejecutivo”⁶¹.

La certeza es un principio importante por la necesidad de los ciudadanos, como de todos los actores políticos, de tener garantizados sus derechos por la autoridad judicial electoral. Además, la certeza electoral nos permite asimilar y confiar los resultados electorales, conociéndose cómo se tradujo la voluntad del electorado expresada en las urnas⁶².

La construcción de este principio se basa en el correcto desempeño de las autoridades electorales para garantizar que se respete la voluntad ciudadana⁶³. Entonces, podemos deducir que la certeza es contar con seguridad en el sistema electoral.

Igualdad

La RAE define a la igualdad como: “conformidad de algo contra otra en naturaleza, forma, calidad o cantidad; correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen todo; equivalencia de dos cantidades o expresiones”. También la RAE especifica el término “igualdad ante la ley” como: “el principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”.

La igualdad existe cuando no hay desventajas naturales o contingentes. Como principio establecido en la ley, atiende a la calidad jurídica de las personas o de las entidades⁶⁴.

⁶¹ Galván Rivera, Flavio, *Derecho procesal electoral*. Ed. Porrúa, México, 2006, pág. 90.

⁶² La Suprema Corte de Justicia de México ha manifestado que el principio de certeza permite y garantiza que “todos los participantes en el proceso electoral, conozcan con claridad y seguridad las reglas a qué están sujetas en su actuación las autoridades electorales”. Sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 18/2001 y sus acumuladas 19/2001 y 20/2001.

⁶³ Ortiz Mayagoita, Guillermo, “La justicia constitucional electoral en el sistema jurídico mexicano”, en: *Justicia electoral*. Ed. TEPJF, Puebla, México, 2004, págs. 91 y 92. En la historia de México ha sido recurrente el fraude electoral, la corrupción política, la compra del voto, coacción e incertidumbre electoral, etc. por lo mismo, se estableció el principio de certeza como uno de los ejes rectores del sistema electoral mexicano.

⁶⁴ Quiñones Tinoco, Carlos, *La equidad en la contienda electoral*. Ed. UNAM, México, 2002, pág. 58.

En bastantes ocasiones, se confunde la igualdad con la equidad, por lo mismo, se ha incluido la acepción de equidad. Según la RAE la equidad denota: “igualdad de ánimo; propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento de deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley”; es más, la misma RAE la define como: “justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva” y, como la “disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece”⁶⁵.

Además, la equidad se ha caracterizado como una cualidad jurídica que juega un papel de primera importancia en la aplicación del derecho. Se le concibe como uno de los principios generales del derecho. Igualmente se le asigna un papel de integración del derecho para llenar las lagunas del mismo⁶⁶, es decir, es el principio corrector de insuficiencias, al tiempo que también se le tiene como principio de interpretación⁶⁷.

La equidad es la aplicación de la ley al caso concreto con un margen explícitamente autorizado de discrecionalidad para el juez⁶⁸, por lo que se puede considerar a la equidad como “la virtud que garantiza en la búsqueda de la justo”⁶⁹.

Sin embargo, el principio de igualdad electoral adquiere diferentes sentidos dependiendo del contexto del cual se trate; por ejemplo, se tiene la igualdad ciudadana para acceder a los cargos públicos⁷⁰. Asimismo, se puede valorar cuantitativamente en la igualdad del voto. Otro rubro donde encontramos el manejo de la igualdad es en el acceso

⁶⁵ Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcance y perspectivas*. Ed. UNAM, México, 2005, págs. 16-19.

⁶⁶ González Roura, Felipe, “Justicia electoral y resolución de conflictos”, en: *Revista Jurídica Jaliscoense*, Año 8, Número 1. México, 1998, pág. 264.

⁶⁷ Quiñones Tinoco, Carlos, *La equidad en la contienda electoral...*, pág. 34.

⁶⁸ Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romana-canónica*. Ed. FCE, México, 1993, págs. 96-110.

⁶⁹ Trujillo, Isabel, *Imparcialidad*. Ed. UNAM, México, 2007, pág. 310.

⁷⁰ Castillo González, Leonel, “Los derechos de la militancia y la jurisdicción, en: *Democracia interna y fiscalización de los recursos de los partidos políticos*. Ed. IFE, México, 2006, págs. 59 y 73. Ver también Dworkin, Ronald, *Virtud soberana*. Ed. Paidós, Madrid, 2003, págs. 203-230.

a la justicia electoral. También, este principio se utiliza para la igualdad de recursos, cuando se estudia el financiamiento electoral⁷¹.

Sobre el tema de igualdad financiera en la competencia electoral, Dworkin considera que un régimen democrático contiene intrínsecamente la igualdad de las personas y por tanto, este concepto debe ser mucho más amplio y definido cuando los candidatos y partidos políticos que compiten en las elecciones, tengan una contienda electoral sin ventajas⁷².

En especial, el artículo 18 de la Constitución chilena establece a la igualdad, como principio electoral a nivel constitucional:

Habrà un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución y, garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos.

Por lo que se desprende que el sistema electoral chileno está basado en la igualdad de oportunidades y la igualdad de los recursos económicos. Esto generará una elección con una competencia nivelada.

Así, la justicia electoral es el escenario donde con base en un marco regulatorio, se resuelven los conflictos electorales. Esto en dos vías principalmente: por un lado, el apego a las normas legales de todos los participantes en el proceso comicial y, por el otro, el respeto al principio de equidad entre los participantes (principio que preocupa más a los competidores políticos)⁷³.

⁷¹ Woldenberg, José, “Vida interna de los partidos políticos y fiscalización de los recursos, nuevos retos de la autoridad electoral”, en: *Democracia interna y fiscalización de los recursos de los partidos políticos...*, pág. 21. Así como lo expresa Giovanni Sartori: “Más que ningún otro factor es la competencia entre partidos con recursos equilibrados (políticos, económicos y humanos) la que genera democracia”, en: Carrillo, Manuel, y Alonso Lujambio, *Dinero y contienda política*. Ed. FCE, México, 2006. Clyde, Wilcox, “Experiencia de los EEUU”, en: *Aspectos jurídicos del financiamiento de los partidos políticos*. Ed. UNAM, México, 1993, pág. 119.

⁷² Dworkin, Ronald, *Virtud soberana...*, págs. 203-230. También, Dahl, Robert A., *On Political Equality*. Yale, Estados Unidos de América, 2006.

⁷³ Fernández Santillán, José Florencio, *Valores y principios de la justicia electoral*. Ed. TEPJF, México, 2002, págs. 17, 19 y 20.

Si bien podemos determinar, que la base para obtener una competencia justa es la igualdad en los recursos financieros que podrán erogar los competidores a los cargos públicos, esta equidad se origina y se conforma más en fijar un tope máximo de gastos. Este máximo posible lo determina la autoridad electoral con base en la normatividad, donde se tienen en consideración diversos factores como: número de ciudadanos inscritos en cierto distrito o circunscripción electoral, monto del salario mínimo vigente, etc.⁷⁴.

Entonces, tenemos al límite económico como barrera para que no haya ventaja de recursos en las campañas electorales. Esto nos deriva a pensar que también se necesitará de una institución que controle, vigile y supervise los gastos de los candidatos y partidos políticos.

Igualmente, las normas que apuntalan el principio de igualdad financiera tienen el objetivo de que no se produzca una contienda electoral desleal y desequilibrada, al igual que el de limitar a los contendientes políticos cuyos bienes materiales sean superiores, o bien, de los que gozan del respaldo del gobierno o de la cúpula de un partido político y puedan contar con recursos del partido⁷⁵. En particular, el magistrado Santiago Nieto, al reflexionar sobre los principios constitucionales electorales mexicanos, señala la ausencia de la igualdad en la doctrina jurídica, “al mismo rango que los otros principios”⁷⁶.

El principio de igualdad, en especial desde el punto de vista democrático, debe generar una competencia justa, que permita a los ciudadanos participar libremente en las elecciones, bajo normas que conlleven a la igualdad financiera entre candidatos y partidos, con base en el establecimiento de un límite en los gastos de campaña política.

⁷⁴ El límite a los gastos es una fórmula eficiente que se ha encontrado para contribuir a la construcción de condiciones medianamente equitativas, para la competencia electoral. Woldenberg, José, “Relevancia y actualidad de la contienda político-electoral”, en: Carrillo, Manuel, *Dinero y contienda político-electoral*. Ed. FCE, México, 2003, pág. 27.

⁷⁵ Arias Solís, Columba, “El financiamiento de las campañas”, en: VVAA, *Democracia interna y fiscalización*. Ed. TEPJF, México, 2003, pág. 214.

⁷⁶ Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral...*, pág. 135.

Sin embargo, aunque un candidato o un partido político rebasen los límites legales y se les sancione, el dinero sigue siendo un factor fundamental en las campañas políticas (como en los Estados Unidos de América)⁷⁷. Por otro lado, también se debe sancionar a las autoridades gubernamentales que apoyan a un candidato con recursos fiscales, pues crea desigualdad de recursos entre los contendientes.

En este sentido, el tope de gastos de campaña, además de estar fijado en términos de cada elección, para que sea equitativo y legal debe ser determinado con base en elementos objetivos y en forma igualitaria para todos los candidatos y partidos contendientes, a modo de cumplir con la finalidad de propiciar transparencia e igualdad de oportunidades en la contienda electoral⁷⁸.

Imparcialidad

La imparcialidad es definida por la RAE como “la falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. Por lo que podemos entenderla como “la ausencia de todo aquello que puede estorbar el juicio objetivo y, en sentido estricto, sería la ausencia de las pasiones que pueden dificultar una consideración equitativa de las partes”⁷⁹.

Adicionalmente, se puede considerar a la imparcialidad como un hábito de conducta y de disposición objetiva, que puede obtenerse con el desempeño de las labores, que va madurando con el raciocinio y se coloca por encima de la posición particular y, que pone al juzgador por encima de la *litis* y sometido sólo al imperio de la ley⁸⁰.

Isabel Trujillo valora a primera instancia, a la imparcialidad desde el punto de vista jurídico:

⁷⁷ Eisenstadt, Todd, “Intrusos en la recámara de Lincoln”, en: *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas...*, págs. 172-173.

⁷⁸ Orozco Henríquez, Jesús, “Justicia constitucional electoral y garantismo jurídico”, en: *Revista Cuestiones Constitucionales*, Número 13. Ed. UNAM, México, 2005, pág. 186.

⁷⁹ Trujillo, Isabel, *Imparcialidad...*, págs. 30 y 69.

⁸⁰ Dromi, José Roberto, *El Poder Judicial*. Ediciones UNSTA, Argentina, 1982, págs. 55-60.

la imparcialidad se ha configurado tradicionalmente como una característica estructural del derecho. Se sitúa dentro del juicio de autoridad y constituye un criterio interno de articulación, conectado con una exigencia de justicia en relación con los sujetos implicados⁸¹.

Esta autora estima que existen dos conceptos primarios de imparcialidad:

el primero tiene que ver con la objetividad del juicio y considera imparcial a quien juzga de manera objetiva, sin prejuicios o distorsiones; el segundo tiene que ver con el equilibrio cuando se confrontan intereses opuestos, poniendo el acento sobre un sentido colateral de imparcialidad: la ausencia de favoritismo o de partidismo⁸².

Deben entonces distinguirse tres concepciones de imparcialidad:

1) desde el punto de vista del hombre virtuoso, la imparcialidad consistiría en la capacidad de deliberar bien; 2) la imparcialidad consistiría en la capacidad de deliberar bien en materia de relaciones subjetivas conectadas con la operación de la distribución; es decir, la virtud del que realiza un buen juicio de justicia y, 3) la imparcialidad consistiría en una característica de la ley relativa a su justicia y sabiduría⁸³.

Como resultante de este principio se tiene que la imparcialidad “no es fruto de una elección personal del individuo, como lo sería quizá si fuese una cualidad moral; es obra de una reglamentación que establece funciones y modalidades”⁸⁴.

El principio de imparcialidad electoral significa que, en el desarrollo de sus actividades, todas las autoridades electorales deben reconocer y velar permanentemente por el interés de la sociedad y por los valores fundamentales de la democracia supeditando a estos, de manera irrestricta, cualquier interés personal o preferencia política⁸⁵.

Este principio jurisdiccional se encuentra definido en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación (CEPJF) en su artículo 2:

⁸¹ Trujillo, Isabel, *Imparcialidad...*, pág. 2.

⁸² *Ibidem*, pág. 3.

⁸³ *Ibidem*, pág. 30.

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 292.

⁸⁵ TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral...*, pág. 15.

Actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad. Consiste en juzgar, con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables⁸⁶.

David Cienfuegos considera que la imparcialidad, “obliga al órgano responsable de la organización de las elecciones a que su funcionamiento no sea tendencioso, provechoso, favorable o preferente hacia alguno de los actores políticos que se encuentren en conflicto o que aspiren a lograr consensos electorales”⁸⁷.

Para Jesús Canto, el principio de imparcialidad

entraña que en la realización de sus actividades todos los integrantes de la autoridad electoral deben brindar trato igual a los distintos actores políticos, excluyendo privilegios y, en general, conduciéndose con desinterés en el marco de la competencia electoral. Debe entenderse también como la voluntad de decidir y juzgar rectamente, con base en la experiencia, en la capacidad profesional y conocimiento sobre lo que está resolviendo⁸⁸.

Leonel Castillo González estima que la imparcialidad consiste

en que las autoridades electorales actuarán en beneficio de la sociedad y por los valores fundamentales de la democracia, supeditando éstos a cualquier interés personal o preferencia política... la calidad de las personas que integran los organismos electorales, no con neutralidad ideológica, de difícil existencia, sino con la voluntad y la convicción de participar en el proceso electoral admitiendo sobre la militancia propia, un valor y bien mayor que es el desarrollo de la democracia⁸⁹.

Para varios doctrinarios, la imparcialidad judicial es un producto de la voluntad de decidir o juzgar rectamente, con base en la experiencia, en la capacidad profesional y estar bien informado sobre el negocio que se va a resolver⁹⁰. Las materias primas para un juicio imparcial son la independencia, la legalidad y la estabilidad en su cargo, por lo

⁸⁶ Código de ética del Poder Judicial de la Federación de México, Ed. SCJN, México, 2004, pág. 18. Trujillo, Isabel, *Imparcialidad...*, págs. 360-381.

⁸⁷ Cienfuegos Salgado, David, *Justicia y democracia...*, pág. 101.

⁸⁸ Canto Presuel, Jesús, *Diccionario electoral...*, pág. 49.

⁸⁹ Castillo González, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral...*, pág. 18.

⁹⁰ Galván Rivera, Flavio, *Derecho procesal electoral...*, pág. 93.

que, a continuación se analizará el principio de independencia en dos vertientes, como principio institucional y como principio garante del sistema electoral.

Independencia

En la actualidad, las democracias constitucionales occidentales comparten una característica fundamental: la independencia del juez, o sea, un conjunto de garantías destinadas a asegurar su imparcialidad respecto a las partes en causa y respecto a las otras instituciones políticas y sociales, y a proteger las libertades de los pobladores del Estado⁹¹.

De manera más particular, la independencia judicial es la nota que no puede conseguirse más que con la seguridad en el desempeño laboral de los juzgadores, con la certeza del nombramiento y de saberse sujetos a la promoción y con la adecuada retribución y estímulos, que les brinde tranquilidad personal, lo que en su conjunto significará la existencia de un Poder Judicial que no guarde dependencia en ningún sentido, mucho menos de relación de jerarquía alguna, con los otros funcionarios de los otros poderes públicos, a fin de estar en la capacidad de cumplir con el papel que la Constitución les ha asignado⁹².

La independencia jurisdiccional significa que los jueces no se encuentran sometidos a ninguna instancia jerárquica, política, administrativa, económica, burocrática o de cualquier orden, pues la esencia del ejercicio de su función es la libertad para actuar, sin tomar en cuenta ningún elemento que no sea la ley⁹³.

La subordinación del juez es sólo a la ley y esto es, precisamente, su protección más eficaz y su garantía para una independencia judicial plena:

La amplitud y la efectividad de las garantías personales que rodean al juez están estrechamente conectadas con las características particulares de la organización judicial que, en gran medida son

91 Guarnieri, Carlo y Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política*. Ed. Taurus, Madrid, España, 1999, pág. 16.

92 Herrendorf, Daniel E., *El poder de los jueces*, 2a. edición. Ed. Abeledo-Perrot, 1994, Buenos Aires, Argentina, págs. 97-109.

93 Melgar Adalid, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*. Ed. Porrúa, México, 2000, pág. 29.

tributarias del tipo de reclutamiento⁹⁴.

La racionalidad que subyace al principio de independencia judicial es, sin duda, la necesidad de contar con una auténtica imparcialidad en la administración de justicia, no sólo para proteger a los individuos en contra de cualquier tipo de arbitrariedad o abuso, sino, sobre todo, para permitir que tan sólo sea un órgano imparcial el autorizado para determinar el sentido de la norma jurídica⁹⁵.

Se ha tratado el tema de una correcta impartición de justicia; para obtenerla es primordial contar con el personal adecuado para aplicar las leyes. Para la designación para el cargo judicial, ya sea en los casos de nombramientos directos o el ascenso por medio de una carrera judicial, debe procurarse que el funcionario no permanezca obligado a la persona responsable de su nombramiento⁹⁶.

Esta independencia interna libera a su personal de compromisos, en donde podría verse instalada cierta lealtad, compromiso o el pago de un favor, y esto será en desmedro tanto para el Poder Judicial como para los justiciables, pues, cuando una sentencia se apega lo más posible a derecho, se ha impartido una mejor justicia.

En algunos sistemas jurídicos, los nombramientos en el Poder Judicial se pueden realizar por medio de diversos mecanismos: elección popular directa o por designación del Parlamento. Sin embargo, lo más común es que los jueces sean designados por el Poder Ejecutivo y ratificados por alguna o ambas cámaras del Poder Legislativo, o que se designen a los que pertenecen a la cúpula de la judicatura y los demás sean nombrados por un Consejo que administre la carrera judicial, que asegure imparcialidad en el acceso a la carrera judicial y en el ascenso dentro de ella. Lo ideal es el nombramiento conjunto (propuesta y ratificación), porque es un excelente modo de control para la composición del Poder Judicial y otorga a los jueces la

⁹⁴ Guarnieri Carlo y Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política...*, pág. 46.

⁹⁵ Caballero Juárez, José Antonio y Hugo Alejandro Concha Cantú, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*. Ed. UNAM-IIIJ, México, 2002, pág. 309.

⁹⁶ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. Ed. UNAM-IIIJ, México, 2001, pág. 157.

independencia necesaria⁹⁷.

Asimismo, la independencia judicial forma parte de las denominadas garantías judiciales, las que deben mantenerse **independientes, imparciales y ajenas** de cualquier influencia a los servidores del Poder Judicial. Las injerencias a su labor pueden ser externas o internas:

La independencia exterior se plantea ante los otros poderes formales. El Judicial —o jurisdiccional— no depende del Ejecutivo ni del Legislativo en el cumplimiento de las facultades que le reserva la Constitución Política, con base en la división de poderes. La independencia interior se presenta cuando el juzgador esta en posibilidad de conocer o resolver sin que lo distraigan circunstancias propias —oriundas, a menudo, de sus relaciones o situaciones personales— que pudieran desviar la legitimidad del juicio⁹⁸.

Un aspecto importante sobre la independencia del Poder Judicial es el factor financiero. Ésta función pública debe contar con recursos suficientes y administrarlos eficientemente, para realizar sus tareas: “[En] la discusión sobre la autonomía entre la política y la impartición de justicia, se responde con la autonomía en la administración del presupuesto judicial. La independencia de la justicia es asimilada con la independencia financiera”⁹⁹.

Por lo que podemos ver, existe la posibilidad del que el Poder Judicial sea controlado o manipulado por los poderes políticos,

97 Guarnieri Carlo y Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política...*, pág. 17.

98 García Ramírez, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*. Ed. Porrúa, México, 1997, págs. 30-31. El principio de independencia forma parte de las llamadas garantías jurisdiccionales. Estas garantías en palabras de Héctor Fix-Zamudio son: “el conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objeto de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador y que poseen, además, un doble enfoque, pues al tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la Judicatura también favorecen la actuación de los justiciables. Entre dichas garantías jurisdiccionales podemos señalar varios instrumentos que se aplican a los miembros de la Judicatura relativos a la estabilidad, remuneración, responsabilidad y autoridad de los juzgadores”. Fix-Zamudio, Héctor y José Ramón Cossío Díaz, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*. Ed. FCE, México, 1999, pág. 31. Asimismo, el artículo 17 de la Constitución mexicana garantiza la independencia de los tribunales: “Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”.

99 Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia...*, págs. 22, 26, 35, 36, 51 y 144.

al negociar y otorgar su presupuesto. Esto es lo que sea llamado dependencia externa. Por ejemplo, en Argentina se garantiza la autonomía del Poder Judicial porque “la posibilidad del control del poder político sobre la Corte está dada por la flexibilidad de las reglas sobre las reglas de funcionamiento, en el caso mexicano esta dada por la capacidad para la asignación de recursos”¹⁰⁰.

En materia electoral, el principio de independencia hace referencia a las garantías y atributos de que disponen los órganos y autoridades que conforman al Tribunal Electoral, para que sus procesos de deliberación y toma de decisiones se den con absoluta libertad y respondan única y exclusivamente al imperio de la ley, afirmándose su total independencia respecto de cualquier poder establecido¹⁰¹.

El principio de independencia judicial es señalado por el CEPJF. Esta independencia debe ser entendida como la: “actitud del juzgador frente a influencia extrañas al derecho, provenientes del sistema social. Consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél”¹⁰².

La finalidad de la independencia del Poder Judicial es proveer un “sistema de garantías mutuas, para evitar la posibilidad de que un actor sea capaz de manipular unilateralmente las reglas del sistema político”¹⁰³. En este contexto, David Cienfuegos considera que la independencia es “un principio que significa que la función electoral estará exento de injerencias que de cualquier tipo pretenda ejercer algún ente u órgano público o privado hacia el instituto electoral”¹⁰⁴.

Asimismo, el principio de independencia electoral es definido por Jesús Canto de la siguiente manera:

¹⁰⁰Ibidem, pág. 147.

¹⁰¹TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral...*, págs. 14-15. Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral...*, pág. 308.

¹⁰²Código de ética del Poder Judicial de la Federación..., pág. 17.

¹⁰³Negretto, Gabriel y Mark Ungar, “Independencia del Poder Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, en: *Política y gobierno*, Volumen IV. Ed. CIDE, México, 1997, pág. 83.

¹⁰⁴Cienfuegos Salgado, David, *Justicia y democracia...*, pág. 102. Galván Rivera, Flavio, *Derecho procesal electoral...*, págs. 91-92.

Significa libertad en el sentido de ausencia de subordinación. Entonces, la autoridad electoral debe resolver de manera libre, sin aceptar ningún tipo de injerencia en la toma de sus decisiones jurisdiccionales, sea de poderes públicos o de cualquier tipo de personas, organizaciones y entes políticos¹⁰⁵.

Para el ex-magistrado Leonel Castillo, la independencia estriba “en que la autoridad (tanto administrativa como jurisdiccional) no dependerá de ninguno de los poderes de la Unión, sino que se conducirá con plena autonomía”¹⁰⁶.

Al brindarse independencia a los juzgadores, se gestiona una imparcialidad para el juzgador, manteniéndose un orden democrático institucional que se traduce en un Estado de Derecho en beneficio del Estado. Por esto es determinante tener autoridades electorales independientes, para desaparecer cualquier duda en su actuación y sobre todo, garantizar su imparcialidad.

Se deduce entonces, que toda independencia judicial depende de los valores éticos y de la formación del juzgador, “de ahí emanan todas las determinaciones del impartidor de justicia”¹⁰⁷. En el caso de México “no hay independencia por ministerio de ley. Para que ella exista es más lo que se debe aguardar de la persona y personalidad del juzgador que de los textos legales”¹⁰⁸.

Legalidad

La legalidad para la RAE es un término derivado del vocablo “legal”, “que tiene la cualidad de legal o parte del ordenamiento jurídico vigente”. Así, el principio de legalidad es definido por la RAE como “el principio jurídico en virtud del cual los ciudadanos y todos los poderes públicos están sometidos a las leyes y al derecho”.

Al considerarse el principio de legalidad, conlleva lógicamente a su

¹⁰⁵ Canto Presuel, Jesús, *Diccionario electoral...*, pág. 49.

¹⁰⁶ Castillo González, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral...*, pág. 18.

¹⁰⁷ Por ejemplo, tenemos que a la Corte Warren se le ha considerado como una corte liberal, mientras que la Corte encabezada por Rehnquist ha tenido una tendencia conservadora. Esta clasificación también se hace para todos los jueces de la Suprema Corte.

¹⁰⁸ García Ramírez, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, Ed. Porrúa, México, 1997, pág. 29.

manifestación material, el denominado Estado de Derecho¹⁰⁹.

En general, por “Estado de Derecho” (*rule of law*)¹¹⁰ se entiende, básicamente, aquel Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo; esto es, Estado de Derecho alude a aquel Estado “cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el derecho. En este sentido, el Estado de Derecho contrasta con todo poder arbitrario y, a su vez, se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario”¹¹¹.

El modelo de Estado de Derecho se conforma de diversos elementos, entre los que destacan: “la soberanía popular; la división de poderes; el principio de legalidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales del ciudadano”¹¹².

El principio de legalidad limita la acción de las autoridades en un gobierno constitucional y, al mismo tiempo, debe servir como cimiento a toda la estructura del Estado¹¹³.

El concepto de ley propio del Estado de Derecho, que transforma al imperio de la ley, exige que el gobierno sea quien esté sujeto a la ley, antes que la ley sea sometida por el gobierno¹¹⁴; en éste la legalidad será el *quid* para toda actividad del poder público y, por tanto, su actuación deberá estar fundada y motivada en el ordenamiento legal.

El elemento más importante de este principio se localiza en la

¹⁰⁹ Para Carl Schmitt, el Estado de Derecho es característico de todo Estado que respete sin condiciones el derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan. *Teoría de la Constitución*. Ed. Nacional, México, 1966, pág. 150.

¹¹⁰ Dicey introdujo al *common law* inglés el modelo de sometimiento de la administración al derecho, denominándolo *rule of law*, en su obra *Introduction of the study of the law of the Constitution* aparecida en 1855. En su opinión, el *rule of law*, expresa, entre otras cosas, la idea de la igualdad formal ante la ley y la negación de cualquier privilegio a la ley. Escuin Palop, Catalina, *Curso de derecho administrativo*. Ed. Tirant, Valencia, España, 2004, págs. 25 y 26.

¹¹¹ Orozco Henríquez, Jesús, “Voz Estado de Derecho”..., págs. 830-832.

¹¹² Cosculluela Montaner, Luis, *Manual de derecho administrativo*, Vol. I. Ed. Civitas, España, 2004, pág. 21.

¹¹³ Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay, *El federalista*. Ed. FCE, México, 2006, pág. 22.

¹¹⁴ Wade, H.W.R., *Estudio del derecho administrativo*. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1971, pág. 18.

relación de la subordinación del gobierno al imperio del derecho, donde las autoridades dirigirán su actuación con base en la ley¹¹⁵.

La actuación del juzgador, siempre deberá ser con base en la ley (legalidad) o lo que otros han llamado el gobierno de los jueces, donde la norma jurídica significa la base de las instituciones. A esta garantía de autonomía de los órganos jurisdiccionales se le denomina **sujeción del juez al ordenamiento jurídico** o simplemente **sumisión a la ley**¹¹⁶. Por lo que, el principio de legalidad se sustenta en el que la autoridad sólo está facultada a actuar tal como lo señala la norma jurídica y cumplir las leyes, cabalmente.

La base de este principio exige que “la función electoral ciña su marco de actuación a la normatividad constitucional y legal que regula su organización, atribuciones, funcionamiento y competencia”¹¹⁷.

¹¹⁵ Orozco Henríquez, Jesús, “La garantía judicial de la democracia interna de los partidos políticos”, en: *Democracia interna y fiscalización de los recursos de los partidos políticos...*, pág. 147. En Chile, el artículo 6 constitucional señala el principio de legalidad: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará la responsabilidad y sanciones que determine la ley” y el artículo 7 constitucional adiciona al artículo precedente, al precisar que: “Los órganos del Estado válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. En el caso de México, el artículo 14 constitucional señala, en lo referente a la legalidad que: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”. Completando lo anterior, el artículo 16 constitucional advierte: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

¹¹⁶ Cossío Díaz, José Ramón, *Jurisdicción federal, carrera judicial en México*. Ed. UNAM, México, 1996, pág. 29.

¹¹⁷ Cienfuegos Salgado, David, *Justicia y democracia...*, pág. 101. Ver también, Galván Rivera, Flavio, *Derecho procesal electoral...*, págs. 90-91.

Por lo mismo, el principio de legalidad involucra que

todo acto de la autoridad electoral, administrativa o jurisdiccional, debe encontrarse motivado y fundado en una norma en sentido material, es decir, general, abstracta e impersonal, expedida con anterioridad a los hechos sujetos a estudio. En este sentido, para el ejercicio de las atribuciones y el desempeño de las funciones que tienen encomendadas las autoridades electorales, se deben observar escrupulosamente el mandato constitucional que las delimita, los tratados internacionales aplicables a la materia y las disposiciones legales que las reglamentan¹¹⁸.

Para el magistrado Santiago Nieto, la legalidad debe ser vista como: “la irrestricta observancia de la ley por parte de las autoridades encargadas de aplicarla y a los ciudadanos a los que va dirigida. El legalismo persigue la aplicación mecánica de la ley, toda vez que la seguridad jurídica es su máximo valor”¹¹⁹.

La legalidad en materia electoral para Leonel Castillo se define como una conducta: “toda autoridad electoral y cualquier participante en las elecciones debe ceñir su actuación a lo dispuesto por las leyes vigentes”¹²⁰. Leoncio Lara precisa el principio de legalidad en materia comicial, en cuanto a sus fines: “conlleva a que el Tribunal en el cumplimiento de sus fines y en el ejercicio de sus atribuciones cumpla de manera absoluta con las disposiciones constitucionales y legales que lo configuran y lo delimitan, en especial con los ordenamientos jurídicos en materia electoral”¹²¹.

La legalidad electoral implica que en todo momento y en cualquier circunstancia, en el ejercicio de sus atribuciones y el desempeño de las funciones que tiene encomendadas el Tribunal Electoral, se debe

¹¹⁸ Canto Presuel, Jesús, *Diccionario electoral...*, pág. 57.

¹¹⁹ Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral...*, págs. 54, 111, 137. Asimismo, el magistrado Nieto utiliza el concepto clásico de legalidad: “las autoridades sólo pueden hacer aquello que la ley les permite, en tanto que los particulares pueden hacer aquello que no tienen prohibido por aquélla”, págs. 54 y 129.

¹²⁰ Castillo González, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral...*, pág. 18.

¹²¹ Lara Sáenz, Leoncio, *Derechos humanos y justicia electoral*, Colección de cuadernos de divulgación de aspectos doctrinarios de la justicia electoral, Número 5. Ed. TEPJF, México, 2003, págs. 39-40. Ver también, Galván Rivera, Flavio, *Derecho procesal electoral...*, págs. 90-91.

observar, escrupulosamente, el mandato constitucional que las delimita y las disposiciones legales que las reglamentan¹²².

El TEPJF ha definido en su jurisprudencia el principio de legalidad:

se estableció un sistema integral de justicia en materia electoral cuya transcendencia radica en que por primera vez en el ordenamiento jurídico mexicano se prevén los mecanismos para que todas las leyes, actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente a lo previsto en la Constitución federal y, en su caso, las disposiciones legales aplicables, tanto para proteger los derechos político-electorales de los ciudadanos mexicanos como para efectuar la revisión de la constitucionalidad o, en su caso, legalidad de los actos y resoluciones definitivos de las autoridades electorales federales y locales¹²³.

Sin embargo, este trabajo ha considerado a estos principios por su jerarquía e importancia, por lo que es menester citar y dilucidar el llamado principio de constitucionalidad¹²⁴. Jesús Orozco al reflexionar sobre la forma de Estado que tenemos actualmente, indica que se trata de un Estado constitucional democrático de Derecho porque: “todos los poderes públicos están sometidos invariablemente a la Constitución, por que es la norma suprema del sistema jurídico. Por lo que, el principio de constitucionalidad ha venido a enriquecer, y no a reemplazar, al principio de legalidad. En esta forma de Estado predomina, ante todo, la vinculación primaria y directa con la Constitución”¹²⁵.

En este mismo sentido, converge la opinión de Carlos S. Nino: “en la mayoría de los Estados latinoamericanos se combinan tanto democracia como constitucionalismo, lo que se ha llamado democracia

¹²² TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral...*, pág. 14.

¹²³ TEPJF, *Tesis y jurisprudencia relevantes 1997-2005*. Ed. TEPJF, México, 2005, págs. 234, 798-799. Ver también, Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral...*, pág. 60.

¹²⁴ García Laguardia, Jorge Mario, “Sistemas de justicia electorales en Centroamérica”, en: *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas...*, pág. 176.

¹²⁵ Orozco Henríquez, Jesús, “Justicia constitucional electoral y democracia en México”, en: *Revista Anuario Latinoamericano de Justicia Constitucional*, No. 7. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2003, págs. 330, 331, 334 y 335. También, Orozco Henríquez, Jesús, “Judicialización de la política y legitimidad judicial”, en: *Corte, jueces y política*. Ed. Fontamara, México, 2007, pág. 108.

constitucional. Siendo este, un matrimonio feliz para muchas personas, la unión de estos valiosos ideales¹.

Para el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, José Ramón Cossío, la Constitucionalidad consiste en

reconocer la existencia de un Estado de derecho, un estado en donde los actos de la autoridad pública estén sometidos siempre y necesariamente a la Constitución; exige también la existencia de un sistema democrático de donde las decisiones que se toman, la legitimidad de las decisiones que se toman, tenga un fundamento democrático; exige un pleno respeto a los derechos fundamentales; exige la existencia de varios métodos o posibilidades de otorgamiento de prestaciones materiales o los individuos, y un entendimiento que la Constitución debe regir respecto de la totalidad de las acusaciones del poder público².

Sin embargo, se debe reencausar esta discusión, para concluir con el tema de la legalidad.

De manera general, podemos declarar que la legalidad electoral es la directriz en el obrar de todas las personas relacionadas en la actividad electoral (autoridades, partidos políticos, candidatos, ciudadanos, observadores, etc.). Este principio limita la actuación de los participantes y, por tanto, se debe contar con autoridades y participantes responsables. Sobre todo, que “no se abuse del poder que les ha sido delegado” y que cualquier conducta o sentencia que no se apegue a la norma sea declarada nula o se sancione la falta cometida³.

Objetividad

La RAE define a la objetividad como: “la cualidad de objetivo. Objetivo, que significa perteneciente o relativo al objeto en sí mismo,

¹ Nino, Carlos S., *The Constitution of deliberative democracy*. Ed. Yale, Estados Unidos de América, 1996, págs. 1-5. Cfr. Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral...*, págs. XXVI, 12, 294.

² Cossío Díaz, José Ramón, “Problemas de la justicia constitucional”, en: *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas...*, pág. 397. La relevancia de este principio es fundamental en los denominados derechos sociales. Ver, Carbonell, Miguel, *Corte, jueces y política*. Ed. Fontamara, México, 2007, pág. 23.

³ Cabo de la Vega, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional*. Ed. UNAM, México, 1997, pág. 258. Córdova Vianello, Lorenzo y Pedro Salazar Ugarte, *Constitución, democracia y elecciones*. Ed. UNAM, México, 2007, pág. 61.

con independencia de la propia manera de pensar o de sentir. Desinteresado, desapasionado”.

Ronald Dworkin considera a la objetividad como la cualidad suficiente y plena de la interpretación de la ley y de comprobación de los hechos contrastados por las partes, despejada hasta lo humanamente posible de cualquier asomo de subjetividad o de relatividad que pueda entorpecer la función del juzgador, en agravio de la impartición de justicia⁴.

El artículo 3 del código de ética del Poder Judicial de la Federación detalla el principio de objetividad judicial:

Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes de sí mismo. Consiste en emitir sus fallos por las razones que el Derecho le suministra y no por las que se deriven de su modo personal de pensar o de sentir⁵.

Para David Cienfuegos, el principio de objetividad electoral significa

que la autoridad electoral debe basar su actuación en hechos debidamente demostrados y tangiblemente admitidos, sin que quepa la posibilidad de que sus miembros actúen con base en impulsos o apreciaciones subjetivas, exige por tanto la necesidad de elementos de constatación para cualquier observador externo⁶.

Igualmente, el magistrado electoral Jesús Canto considera que la objetividad electoral se traduce

en un hacer institucional y personal fundado en el reconocimiento global, coherente y razonado de la realidad sobre la que se actúa y consecuentemente, la obligación de interpretar y asumir los hechos por encima de visiones y opiniones parciales o unilaterales⁷.

Para el ex-magistrado Leonel Castillo González, el principio de objetividad entraña “el reconocimiento global y razonado de la realidad, para actuar privilegiando lo que debe ser, por encima de

⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio...*, pág. 154 y ss.

⁵ Código de ética del Poder Judicial de la Federación de México..., pág. 18.

⁶ Cienfuegos Salgado, David, *Justicia y democracia...*, pág. 101.

⁷ Canto Presuel, Jesús, *Diccionario electoral...*, pág. 67.

cualquier clase de apreciaciones o decisiones subjetivas”⁸.

El magistrado Flavio Galván señala que este principio implica un quehacer institucional y personal fundado en el reconocimiento global, coherente y razonado de la realidad sobre la que se actúa y, consecuentemente, la obligación de percibir e interpretar los hechos por encima de visiones y opiniones parciales o unilaterales, máxime si estas pueden alterar la expresión o consecuencia del quehacer institucional⁹.

El principio de objetividad relaciona un quehacer institucional y personal fundado en el reconocimiento global, coherente y razonado de la realidad sobre la que se actúa y, consecuentemente, la obligación de percibir e interpretar los hechos por encima de las visiones y opiniones parciales o unilaterales, máxime si estas pueden alterar la expresión o consecuencia del quehacer institucional del Tribunal Electoral¹⁰.

Un principio que considero fundamental para una democracia sana, es el de publicidad. Desde la perspectiva electoral, este principio permite construir una democracia estable, legítima y garantiza la posibilidad de que la ciudadanía pueda participar en el control y vigilancia de todos los actores electorales y del normal desarrollo de las elecciones.

Publicidad

La acepción de este principio para la RAE es: “cualidad o estado de público; conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”. La publicidad es un principio esencial para una competencia electoral justa y limpia.

La incorporación de la sociedad a la política crea una gran dimensión de lo público: “el interés público, las libertades públicas, la seguridad pública y, la opinión pública”¹¹.

El principio de publicidad faculta a los ciudadanos conocer las actividades del Estado. Así, esta prerrogativa jurídica se convierte en

⁸ Castillo González, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral...*, pág. 18.

⁹ Galván Rivera, Flavio, *Derecho procesal electoral...*, pág. 93.

¹⁰ TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral...*, pág. 15.

¹¹ Cabo de la Vega, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional...*, pág. 67.

una garantía de control sobre las acciones del gobierno y, por tanto, sirve para el fortalecimiento del Estado. En consecuencia, la podemos definir como aquello que nos permite apreciar con nitidez lo que realiza el Estado¹². Sobre este tema, Ernesto Garzón Valdés opina que: “la publicidad es un principio normativo [que] puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político: cuando está presente se habla de razón de derecho, cuando está ausente, de razón de Estado”¹³.

El carácter público de los actos del Estado viene determinado por la función que desempeñan dichos actos. Si se trata de actos realizados integra o exclusivamente como consecuencia de la existencia y funciones del Estado o que tengan como causa inmediata la satisfacción de un determinado interés colectivo, dichos actos son públicos¹⁴.

Asimismo, Antonio de Cabo distingue dos distintos tipos de publicidad:

1. la que la relaciona con el Estado (es público todo aquello que directa o indirectamente es del Estado, es decir, la publicidad en sentido orgánico) y 2. aquí, lo público, como la razón última de la naturaleza pública del acto y de la actividad del Estado, es la de satisfacer los intereses colectivos del pueblo¹⁵.

Ciertamente, la publicidad es la manifestación exterior de las actividades de los poderes públicos, así como de las razones en que se basa dicho comportamiento. Se incluirían desde las motivaciones de los actos administrativos, las sentencias, la participación de los

¹² Héctor Fix-Fierro define a la publicidad como todo aquéllos asuntos que interesan de manera común a una colectividad. *Los derechos políticos de los mexicanos*. Ed. UNAM, México, 2006, pág. 35.

¹³ Citado por Yves-Marie Doublet, “Financiamiento, Corrupción y gobierno”, en: *Dinero y contienda político-electoral...*, pág. 494. La publicidad puede ser clasificada: “como especialidad orgánica, como garantía, como interés y como ámbito”. Cabo de la Vega, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional...*, pág. 21.

¹⁴ Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. Ed. UNAM, México, 2007, pág. 107.

¹⁵ Cabo de la Vega, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional...*, págs. 159-161.

administrados en las funciones públicas, etc., por lo que, “la publicidad sería el resultado que se desea obtener en todo el funcionamiento del

sector público en función del derecho que se reconoce a todo ciudadano de disponer de información”¹⁶.

De esta manera, lo público se concibe como una interrelación entre lo público de la sociedad y lo público del Estado, siendo la sociedad la encargada de trasladar y especificar el interés nacional a la esfera estatal¹⁷.

La acepción de publicidad desde el punto de vista electoral, la podemos definir como el principio que permite a la población conocer todos los actos de los participantes en una competencia electoral¹⁸.

Por lo que respecta a la publicidad en materia electoral, esta genera mecanismos que la refuerzan: por lo pronto, cada contendiente está interesado en conocer cómo se financia su rival y atacar las irregularidades que éste cometa. Por ejemplo, la diversificación del financiamiento obliga a transparentar el ejercicio de la influencia, favorece una participación más amplia de los ciudadanos, permite conocer y evaluar las intenciones económicas que están detrás de las fuerzas electorales y fortalece la confianza de los ciudadanos en el sistema electoral democrático¹⁹.

Un aspecto fundamental aunado a la publicidad es la transparencia. Ambos conceptos se confunden por su familiaridad; además, en bastantes ocasiones se han entendido y utilizado como sinónimos. Por lo que, paso a discernir cada concepto. La transparencia es definida

¹⁶ *Ibidem*, pág. 171. Ciertamente, se ha entendido a la publicidad como una obligación del Estado de ofrecer información en general. Sin embargo, la publicidad debe ser entendida como “la obligación genérica de trasladar a la ciudadanía cuanta información se genere o adquiere como consecuencia de la actuación de los poderes públicos”, pág. 172.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 199.

¹⁸ Ver el artículo 8 de la Constitución Política chilena. Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos...*, pág. 35. También, Valadés, Diego, *El control del poder*. Ed. UNAM, México, pág. 65.

¹⁹ Zovatto, Daniel, “América Latina”..., págs. 70 y 71.

por la RAE como: “cualidad de transparente”. Esta acepción poco nos dice de la naturaleza del término transparencia. Por lo que es menester investigar la voz “transparente”, que significa: “que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse; claro, evidente que se comprende sin duda ni ambigüedad”.

La transparencia es el derecho de los ciudadanos para conocer y analizar las actividades del Estado. Así, esta garantía de control sobre las acciones del Estado nos acerca más a la justicia y al desarrollo social y, por tanto, al fortalecimiento del Estado²⁰.

De manera general, la transparencia viene a ser la actitud o actuación pública que deja ver claramente la realidad de los hechos y actos públicos. En consecuencia, la podemos referir como aquello que nos permite apreciar en el orden político con nitidez lo que realiza el Estado. Por lo que, la transparencia en una sociedad abierta garantiza el libre acceso a la información, favoreciendo de ese modo la transparencia del poder²¹.

Antoine Garapon considera que dentro de un régimen democrático, “la transparencia no es la de los hombres, si no la de los procedimientos”²². En materia de transparencia, lo importante no es el **qué** se hace, si no el **cómo** se hace. Por lo tanto, la transparencia nos debe permitir satisfacer nuestras dudas, en materia pública y, sobre todo, vigilar la actuación del gobierno.

Es pertinente explicar por qué en muchas ocasiones se manejan en forma sinónima e indistinta los conceptos de publicidad y de transparencia. Primero, la transparencia se puede materializar de tres diferentes maneras: a solicitud personal, por ministerio de ley y por mutuo consentimiento. En el primer caso, el solicitante ya sea persona física o jurídica debe tramitar su solicitud en el lugar correspondiente

²⁰ Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública estatal: una aproximación al estado de la cuestión en México*. Ed. UNAM-III, México, 2002, págs. 25-40.

²¹ *Ibidem*, págs. 40-42.

²² Garapon, Antoine, *Juez y democracia*, Ed. Flor de Viento, España, 1997, pág. 83.

y bajo los mecanismos de forma y de fondo que se le indiquen²³. En el segundo caso, las autoridades deben hacer pública la información que señale la ley de transparencia, como i.e. salarios, licitaciones, compras, etc.²⁴. En el tercer caso, para un buen manejo de instituciones privadas y que no tengan la obligación de transparentarse (como cuerpos electivos, ONG, etc.), pueden exteriorizar sus trabajos, administración de recursos, reglamentos, etc., con el objetivo de legitimar su actuación y como frecuentamos decir, “cuentas claras, amistades largas”²⁵.

Por ejemplo, a través de una normatividad específica se pueden (y se deben) transparentar los ingresos y gastos de los partidos políticos, para crearse condiciones más equitativas y controlarse los recursos de la competencia política²⁶. Además, todas las regulaciones basadas en la transparencia asumen su disponibilidad pública de la información, lo que desemboca en la publicidad de las finanzas políticas, en medios de comunicación competitivos.

²³ Se debe tener presente que los ciudadanos gozan del derecho a la información. La finalidad de este principio es proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información, en posesión de los poderes públicos, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía y cualquier otra entidad pública; estableciéndose allí, el titular del derecho y los sujetos obligados a cumplir esa prerrogativa. Castillo, González, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral*. Ed. TEPJF, México, 2006, pág. 257.

²⁴ En México está garantizado el derecho a la información en el artículo sexto constitucional y secundariamente, en la ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública; en el caso chileno se otorga a los ciudadanos el derecho de conocer la actuación del Estado con base el artículo octavo constitucional y en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información (Ley 20.285). Un elemento primordial al transparentar información de los entes públicos y de manera particular los electorales, es la rendición de cuentas, que significa: “posibilitar que cualquier persona pueda plantear sus inquietudes sobre el financiamiento político para el debate público, o para incitar a los partidos políticos y candidatos a que utilicen sus recursos sin generar controversias. El ciudadano elector esta llamado a actuar como árbitro en casos de mal manejo financiero”. Zovatto, Daniel, “America Latina”..., pág. 82.

²⁵ Estos tres mecanismos para transparentar información sirven para poner a disposición diversa información al público. En general, podríamos considerar a la publicidad como el género, y a la transparencia como la especie.

²⁶ Woldenberg, José, “Relevancia y actualidad de la contienda político-electoral”..., pág. 28.

El objetivo de la transparencia electoral es permitir que las operaciones financieras de los partidos políticos y candidatos sean públicas, y poder calificar la manera cómo se hicieron de recursos los competidores políticos. Lo cual conviene a todos, partidos y ciudadanos, para obtener autoridades legítimas.

Consideraciones finales

1. La adopción de principios constitucionales depende del contexto empírico-histórico de cada país. La instauración de estos dogmas en sus cartas políticas, origina y establece las bases que sustentarán la legitimidad del Estado. Igualmente, estos ideales permiten dirigir, regular, controlar y vigilar la actuación de los órganos públicos.
2. Los principios electorales tienen suma importancia en el andamiaje constitucional latinoamericano, porque sirven de directrices al sistema electoral; son la base de las disposiciones legales y, en caso de ambigüedad, duda o vacíos legales, colman esas lagunas al integrar e interpretar la norma jurídica.
3. Existe una relación estrecha entre los principios electorales que se presentaron. Explicaré esta afirmación: la imparcialidad tiene relación con la objetividad del juez, pues si es imparcial, sus sentencias serán objetivas. La relación de la imparcialidad conlleva a la igualdad. Esta se da en el contexto de que, al ser imparcial el juzgador y no congeniar o apoyar a una de las partes en conflicto, se mantiene a las partes en igualdad de circunstancias.
4. La imparcialidad tiene relación con la independencia, pues si el juez es imparcial se debe a su independencia, misma que le permite emitir resoluciones sin una carga, favoritismo o indicación. Entonces, podemos observar que la independencia es una condición para que el juez sea imparcial²⁷.
5. La publicidad de los actos públicos permite vigilar la actuación de las autoridades, al mismo tiempo que ellos solo se sujeten al principio de legalidad, al fundar y motivar sus actuaciones y que

²⁷ Orozco Henríquez, Jesús, "Judicialización de la política y legitimidad judicial", en: *Corte, jueces y política*. Ed. Fontamara, México, 2007, pág. 106.

sus actuaciones sean públicas a la ciudadanía; pues al conocerse sus trabajos, se sabrá si las autoridades se han apegado al marco jurídico²⁸.

6. Los principios electorales permiten contar con mayores herramientas al sistema electoral para asegurar autoridades legítimas y, sobre todo, para que se protejan los derechos de la ciudadanía y se respeten sus decisiones políticas. En conclusión, los principios de imparcialidad, objetividad, igualdad, independencia, publicidad, legalidad, certeza, etc. ofrecen, garantizan y otorgan en conjunto seguridad jurídica a los justiciables en materia electoral.

²⁸ Cabo de la Vega, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional...*, pág. 89.

Principios constitucionales electorales en Latinoamérica

País	Independencia	Jurisdicción	Igualdad	Autonomía	Certeza	Objetividad	Libertad	Imparcialidad	Pureza	Legalidad	Publicidad
Argentina	--	--	X	--	--	--	--	--	--	--	--
Bolivia	X	--	--	X	--	--	--	X	--	--	--
Chile	--	X	X	X	--	--	--	--	--	--	X
Colombia	--	X	--	X	--	--	--	--	--	X	X
Costa Rica	X	X	--	X	--	--	X	X	X	--	--
Cuba	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Ecuador	--	--	--	X	--	--	X	--	X	--	--
El Salvador	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Guatemala	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Honduras	X	--	--	X	--	--	--	--	--	--	--
México	X	--	--	X	X	X	--	X	--	X	--
Nicaragua	--	X	--	--	--	--	--	--	--	X	--
Panamá	--	X	--	X	--	--	--	--	--	--	--
Paraguay	--	X	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Perú	--	X	--	X	--	--	--	--	--	X	--
Puerto Rico	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
República Dominicana	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Uruguay	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Venezuela	X	--	--	X	--	--	--	X	--	--	X

**Temas en derechos
humanos: situaciones
específicas**

El nuevo código procesal penal peruano y las rondas campesinas: escenarios de conflictividad y de coordinación

*J. Fernando Bazán Cerdán**

Introducción

A pesar del razonable pesimismo de cierto sector de juristas nacionales respecto de la eficacia del proceso penal acusatorio-garantista para combatir la criminalidad¹, en la actualidad el Perú viene dando los primeros pasos para reformar su sistema procesal penal, siguiendo el camino que en su oportunidad comenzaron a transitar muchos países de América Latina en los últimos tres lustros –tales como Puerto Rico, Chile, Colombia, entre otros–, aunque cada cual con sus propias particularidades en términos de grados de compromisos institucionales de los actores, intensidad de voluntades políticas, montos de recursos aplicados, niveles de cualificación técnica de operadores jurídicos y resistencia al cambio cultural.

De esta manera, el 29 de julio del 2004 y mediante el Decreto Legislativo No. 957² se promulgó el nuevo Código Procesal Penal (NCPP), el cual en su Primera Disposición Final declaró un periodo de *vacatio legis* y estableció el carácter progresivo de su proceso de

* Juez especializado en lo penal de Cajamarca, Poder Judicial del Perú.

¹ Centro de Investigación Iuris Veritatis. Entrevista al doctor Carlos Ramos Nuñez, realizada por Jean Carlo Gonzalo Cuba Yaranga el 21 de noviembre del 2008, en la que sostiene que “el abogado es un eterno optimista y un eterno decepcionado. ¿Por qué? No conoce la historia del Derecho. Aumentó la criminalidad con procedimientos garantistas, como sucede hoy en Tacna, Trujillo, Huaura y, en unos meses, en Arequipa también. Le aseguro que en muchos casos el nuevo código procesal penal será un fiasco. Dónde se halla la respuesta: en el pasado, ese debate ya se dio en el Perú y acabó con un retorno al sistema inquisitivo con el D.Leg. 124”. Ver: <http://iurisveritatis.blogspot.com/2008/12/entrevista-al-doctor-carlos-ramos-nuez.html> (disponible al 2 de febrero de 2010).

² Decreto Legislativo N° 957, que promulga el Código Procesal Penal, de fecha 29 de julio del 2004. Ver: http://www.mpf.n.gob.pe/descargas/dleg_957.pdf (disponible al 2 de febrero de 2010).

implementación en los diferentes distritos judiciales del Perú, de acuerdo a un Calendario Oficial. Así, el 1 de julio del 2006 el NCPP entró en vigencia en el Distrito Judicial de Huaura; el 1 de abril del 2007 comenzó su aplicación en el Distrito Judicial de La Libertad; el 1 de abril del 2008 se inició la implementación en los Distritos Judiciales de Tacna y Moquegua, y el 1 de octubre del 2008 en el Distrito Judicial de Arequipa³. Se espera que sucesivamente entre en vigencia en el resto de distritos judiciales del Perú, hasta culminar su aplicación progresiva con el Distrito Judicial de Lima.

Con el NCPP se proyecta reemplazar el modelo procesal penal inquisitivo-mixto vigente desde 1940, por un sistema acusatorio oral. Según el Reporte de la Justicia del Centro de Estudios de Justicia de las Américas⁴, las principales críticas al actual sistema procesal penal se relacionan con su estructura inquisitiva y secreta, la asignación de funciones de investigar y juzgar en una misma persona, el carácter secreto de la investigación, el proceso burocrático, y el escaso contacto de acusados y víctimas con el juez.

Por el contrario, las principales características del proceso penal reformado radican esencialmente en el abandono de la estructura inquisitiva y reservada; el otorgamiento de una nueva orientación basada en la igualdad de condiciones para las partes; la facultad del Ministerio Público para investigar los delitos que se cometan y dirigir la investigación policial; el derecho de defensa al imputado en un plano igualitario en el marco del debido proceso, y la instauración del juicio oral y público.

Asimismo, tal como también lo sostiene el aludido Reporte, el proceso de implementación del nuevo ordenamiento procesal penal en el Perú, en términos de reforma estructural del actual sistema de

³ Equipo Técnico Institucional de Implementación del NCPP del Poder Judicial, Secretaría Técnica. Según el Decreto Supremo No. 005-2007-JUS, se reprogramó el Calendario Oficial de implementación del NCPP. Ver: <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/equipo.asp?opcion=prin> (disponible al 2 de febrero de 2010).

⁴ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, "Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2006-2007". Tercera edición, CEJA, Santiago, Chile, 2007. Ver: <http://www.cejamericas.org/reporte/> (disponible al 2 de febrero de 2010).

justicia, implicará reordenar el sistema de enjuiciamiento penal y acercarse al ideal de justicia pronta y cumplida; potenciar el derecho a la defensa, y asegurar en lo posible la vigencia de los derechos humanos cuando el Estado haga valer su pretensión punitiva.

Es por ello que, en la perspectiva del reordenamiento del sistema de justicia penal y de la aproximación al ideal de acceso generalizado a la justicia que subyace al proceso de implementación progresiva del NCPP, resulta especialmente sugestivo y controversial intentar analizar el sentido y alcances del numeral 3 del artículo 18 del NCPP, norma –aún no vigente en gran parte del país– que establece los límites de la jurisdicción penal ordinaria, en especial el referido al ejercicio del derecho humano a la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas (también denominado jurisdicción especial indígena o jurisdicción comunal).

Sin embargo, es menester señalar que la adecuada aplicación del numeral 3 del este artículo dependerá sustancialmente de la opción interpretativa que se asuma respecto del objeto del reconocimiento, los sujetos titulares del derecho, los ámbitos competenciales (territorial, material y personal), los límites del reconocimiento, los conflictos de competencia y los mecanismos de coordinación y compatibilización de la jurisdicción comunal o jurisdicción especial indígena reconocida por el artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993, en contraste con el tratamiento sobre el particular previsto en el Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas de 1989, tratado internacional vigente que forma parte de nuestro derecho interno.

La importancia de la aludida situación problemática radica en la polémica posibilidad de reconocer funciones jurisdiccionales plenas en materia penal a las rondas campesinas, en calidad de organizaciones sociales existentes en gran parte del país, esencialmente en Cajamarca, a Libertad, Piura, Amazonas, Ancash, Huanuco, Cusco y Puno. De asumirse tal opción interpretativa, se abre un espacio de potencial conflictividad y de necesaria coordinación con las autoridades de la jurisdicción penal ordinaria, en el que se pondrán en cuestión diversos aspectos contenidos en el NCPP, tales como el eventual

valor de prueba preconstituida de las actas de las rondas campesinas, las vinculaciones de las rondas campesinas con la labor de los jueces de paz y la figura del arresto ciudadano en relación a la denominada “cadena ronderil”⁵.

1. Límites a la jurisdicción penal en el NCPP

Para introducirse a la problemática enunciada, es preciso indicar que el artículo 18 del NCPP establece límites competenciales negativos para la jurisdicción penal ordinaria, de la siguiente manera:

Artículo 18°. Límites de la jurisdicción penal ordinaria.- La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer:

1. De los delitos previstos en el artículo 173 de la Constitución.
2. De los hechos punibles cometidos por adolescentes.
3. De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución.

Sobre el particular, debe recordarse que, conforme a los artículos 16 y 17 del NCPP, la jurisdicción penal ordinaria o la potestad jurisdiccional del Estado en materia penal se extiende a los delitos y faltas, y será ejercida –como actualmente viene sucediendo en gran medida– por la Sala Penal de la Corte Suprema, las salas penales de las cortes superiores, los juzgados penales (constituidos en órganos colegiados o unipersonales), los juzgados de la investigación preparatoria, y los juzgados de paz letrados, con las excepciones previstas para los juzgados de Paz.

Sin embargo, el artículo 18 del NCPP establece los casos de excepción en que la jurisdicción penal ordinaria no será competente para conocer ciertos delitos y hechos punibles (delitos y faltas), estableciendo límites a su ejercicio. Se establecen tres excepciones al conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria.

⁵ La “cadena ronderil” es una costumbre muy extendida en Cajamarca y en otras zonas del país con presencia de rondas, que es practicada por los ronderos y que implica someter a una persona “investigada” o “culpable” a la actividad de patrullar, durante varias noches, obligándola a desplazarse por varios lugares, con diferentes turnos de ronderos, para que así todos (los miembros de los centros poblados o caseríos) lo conozcan y se vaya generando en él un escarmiento.

La primera excepción está referida a los delitos de función cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en cuya eventualidad son sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar Policial⁶, conforme a lo previsto en el artículo 173 de la Constitución Política⁷.

La segunda excepción está vinculada a los hechos punibles cometidos por adolescentes infractores de la ley penal, conforme al tratamiento previsto en los artículos 183 al 192 del Código de los Niños y Adolescentes⁸.

Finalmente, la tercera excepción se refiere a los hechos punibles en los “casos previstos” en el ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas, según lo establecido por el artículo 149 de la Constitución Política del Perú (1993).

La interpretación de esta última excepción limitativa de la competencia de la jurisdicción penal ordinaria es la que probablemente genere mayores dificultades en su aplicación para los operadores jurídicos, no tanto en lo que se refiere al reconocimiento constitucional de funciones jurisdiccionales para las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, sino en cuanto se refiere al reconocimiento por la normatividad legal específica para resolver conflictos por las rondas campesinas.

Es así que un elemento central para contribuir a encontrar un adecuado sentido y alcance del numeral 3 del artículo 18 del NCPP, será examinar dicha disposición no sólo a la luz del artículo 149 de

⁶ Decreto Legislativo No. 961 (11.01.06), Código de Justicia Militar Policial.

⁷ Artículo 173.- Competencia del Fuero Privativo Militar

En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

⁸ Ley No. 27337 (07.08.00), Código de los Niños y Adolescentes. Artículos 183 a 192 referidos a Generalidades, Derechos individuales y Garantías del proceso del Adolescente infractor de la ley penal, que a su vez forma parte del Libro Cuarto: Administración de justicia especializada en el niño y el adolescente.

la Constitución Política del Perú de 1993, sino teniendo en cuenta lo establecido en las normas sobre la materia contenidas en el vigente Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas en Estados Independientes de 1989, en la medida que es aceptado pacíficamente en la doctrina que las comunidades campesinas y comunidades nativas constituyen formas en que se organizan los pueblos indígenas en el Perú, en contraste con la constatación respecto a que las rondas campesinas no se reconocen y no han desarrollado una conciencia de identidad como pueblos indígenas, las cuales son reguladas por la Ley No. 27908⁹, Ley de Rondas Campesinas, del 2003.

Esta es la razón por la que resulta pertinente examinar el contenido de algunas disposiciones de los tratados internacionales sobre pueblos indígenas vigentes en el Perú, en los aspectos vinculados al reconocimiento de sus prácticas para resolver conflictos.

2. Los convenios de la OIT sobre pueblos indígenas

Durante el siglo XX, el Estado peruano ha suscrito diversos tratados o convenios vinculados al reconocimiento de la existencia y derechos de los pueblos indígenas, en algunos casos en el marco regional de los Estados de América¹⁰ y en otros en el contexto del sistema de protección universal de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), habiendo sido éstos últimos el Convenio No. 107 y el Convenio No. 169.

El 26 de junio de 1957 la OIT adoptó el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales (Convenio No. 107). Este, denominado Convenio relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los Países

⁹ Ley No. 27908, Ley de Rondas Campesinas (07.01.03). Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/normas/nac04.pdf> (disponible al 2 de febrero de 2010).

¹⁰ El Primer Congreso Indigenista Interamericano celebrado en Pátzcuaro, en abril de 1940, elaboró la Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano (denominado Tratado de Pátzcuaro de 1940), siendo suscrita en la ciudad de México el 29 de noviembre de 1940 por el Plenipotenciario del Perú Luis Fernán Cisneros. El Congreso Peruano aprobó la Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano mediante Resolución Legislativa No. 9812 del 19 de enero de 1943.

Independientes, fue aprobado por el Congreso peruano a través de la Resolución Legislativa No. 13467 del 18 de noviembre de 1960.

En este convenio no sólo se hace un reconocimiento de la autonomía de los derechos indígenas sino también de la jurisdicción indígena, entendida ésta como la impartición de la justicia por los propios indígenas, al disponer en el artículo 7.2 que:

...dichas poblaciones (indígenas) podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o con los objetivos de los programas de integración.

La OIT revisó el Convenio No. 107, adoptando el 27 de junio de 1989 el Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que fue ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 26253 del 26 de diciembre de 1993. Este instrumento jurídico entró en vigor –para nuestro derecho interno– a los 12 meses del depósito del registro ante la OIT, vale decir, a partir del 2 de febrero de 1995. El Convenio No. 169 de la OIT sustituyó al anteriormente vigente Convenio No. 107.

En la misma línea establecida por el Convenio No. 107 sobre el derecho de la autonomía indígena limitada en materia de solución de conflictos en base a su derecho consuetudinario, el artículo 8.2 del Convenio No. 169 dispone que:

Dichos pueblos (indígenas) deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Respecto de la posibilidad de establecer una jurisdicción especial indígena, el Convenio No. 169 dispone en su artículo 9 que:

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

En cuanto al deber estatal para sancionar penalmente a los indígenas teniendo como referente sus características culturales, el Convenio No. 169 dispone en su artículo 10 que:

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

El Convenio No. 169 establece la garantía procesal a favor de los indígenas para ser protegidos frente actos violatorios de sus derechos y al derecho a contar con interpretes en tales procesos, para lo cual prescribe en su artículo 12 que:

Los pueblos interesados (indígenas) deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

De los aspectos mencionados anteriormente, se destaca en lo que sigue lo establecido por el Convenio No. 169 de la OIT en materia del objeto del reconocimiento, los sujetos titulares del derecho, la competencia territorial, la competencia material, la competencia personal, los límites del reconocimiento, los conflictos de competencia y los mecanismos de coordinación y compatibilización de la jurisdicción comunal o jurisdicción especial indígena.

a. Objeto del reconocimiento

Sobre la denominada jurisdicción indígena, el Convenio No. 169 de la OIT reconoce las costumbres, instituciones propias y métodos tradicionales de los pueblos indígenas para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

b. Sujeto titular del derecho

La categoría jurídica de “pueblos indígenas” es introducida por el Convenio No. 169 en calidad de sujeto titular del derecho de derecho indígena (costumbres, instituciones propias y métodos tradicionales). Se debe precisar que, según este Convenio, la legislación de Pueblos Indígenas sólo resulta aplicable a los pueblos que descienden de los pueblos que preexistían a los procesos de conquista y colonización, y que tienen total o parcialmente sus propias organizaciones instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas (art. 1, inc. 1, b). Por el derecho de autoidentificación (art. 1, inc. 2) la conciencia de la identidad indígena deberá considerarse como criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio.

c. Competencia territorial

El Convenio No. 169 de la OIT no efectúa ninguna indicación sobre el ámbito territorial que delimitará competencialmente el ejercicio de la jurisdicción indígena. Empero, tal disposición razonablemente sólo podría ser interpretada en el sentido que el ámbito territorial sobre el cual se ejercería el derecho a resolver conflictos por los pueblos indígenas sería únicamente su territorio reconocido, siempre que tal alcance interpretativo se determine compatibilizándolo con lo dispuesto sobre el particular en el sistema jurídico nacional, conforme al numeral 1) del artículo 9 del mencionado Convenio.

d. Competencia material

El Convenio No. 169 establece como ámbito de competencia material para la jurisdicción indígena el conocimiento de “delitos”.

e. Competencia personal

El Convenio No. 169 señala que la competencia personal para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por las autoridades indígenas sólo alcanza a los miembros de los pueblos indígenas.

f. Límite del reconocimiento

El Convenio No. 169 establece que el límite para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por las autoridades y pueblos

indígenas son los **derechos fundamentales** (reconocidos en los textos constitucionales), los **derechos humanos** (reconocidos en los tratados sobre la materia) y el propio **sistema jurídico nacional**.

g. Conflictos de competencia

El Convenio No. 169 determina como obligación estatal el establecimiento de procedimientos para solucionar los conflictos que pudieran surgir entre el ejercicio del derecho indígena y el sistema de justicia oficial.

h. Coordinación y compatibilización

El Convenio No. 169 únicamente señala que las autoridades y los tribunales estatales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales, deberán tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas.

3. La jurisdicción comunal

Teniendo en cuenta el marco normativo de derechos humanos reconocido en el Convenio No. 169 de la OIT para el ejercicio de funciones jurisdiccionales por los pueblos indígenas, es posible avizorar que el límite o excepción a las competencias de la jurisdicción penal ordinaria previsto en el numeral 3 del artículo 18 del NCPP, constituido por la denominada jurisdicción comunal o jurisdicción especial indígena¹¹ consagrada en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993, deviene en una institución jurídica que originará dificultades para su aplicación y efectiva vigencia en el marco del proceso de implementación progresiva del NCPP, esencialmente porque no existe a la fecha una norma legal que haya precisado los ámbitos de competencia territorial, los “delitos” de competencia material exclusiva de la jurisdicción comunal y que haya dado cumplimiento a la obligación estatal para establecer un procedimiento o proceso para solucionar los conflictos entre ambas jurisdicciones.

¹¹ Bazán Cerdán, J. Fernando, “La jurisdicción especial indígena en la Constitución Política del Perú (1993)”, en: Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano, *Seminario internacional. Los pueblos indígenas en el siglo XXI: interculturalidad, derecho, justicia y desarrollo*. Buenos Aires, Argentina, 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999. Ver: <http://cejamericas.org/doc/documentos/lajurisdiccionespecialindigena.pdf> (disponible al 2 de febrero de 2010).

Varias son las razones para prever dicho escenario futuro. Aproximarse a algunas de ellas nos permitirá conocer las causas que potencialmente podrían conspirar contra la necesaria implementación del NCPP y el adecuado respeto del ejercicio de la jurisdicción comunal, en ambos casos en regiones o distritos judiciales con presencia significativa de comunidades y población campesina y nativa, así como de rondas campesinas.

Para ello es preciso recordar el contenido del artículo 149 de la Constitución Política del Perú, vinculado al reconocimiento de la jurisdicción comunal o jurisdicción especial indígena, que a la letra establece que:

Artículo 149º.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Con matices y *mutatis mutandi*, en el derecho comparado latinoamericano, se encuentran disposiciones vinculadas a la resolución de conflictos por indígenas. Tal es el caso del artículo 86 de la Constitución Política de Panamá (1972); el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala (1985, reformada en 1993); el artículo 89 de la Constitución Política de la República de Nicaragua (1987); los artículos 109, 231 y 232 de la Constitución de la República Federativa del Brasil (1988); el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia (1991); el artículo 63 de la Constitución de la República del Paraguay (1992); el artículo 54 de la Ley No. 19.253, Ley Indígena de Chile (1993); el artículo 171 de la Constitución de Bolivia (1994); el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución de la República Argentina (reformada en 1994); el artículo 191 de la Constitución de Ecuador (1998); el artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), y el artículo 2, letra A, de la Constitución de México (1917, reformada 2001).

Al respecto, de la interpretación del artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993, que reconoce la jurisdicción especial indí-

gena o comunal, tal como lo sostiene Tamayo Flores¹², se pueden desprender los siguientes elementos centrales para su configuración: 1) el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas; 2) la potestad de dichas autoridades de ejercer tales funciones en su ámbito territorial; 3) la potestad de dichas autoridades para aplicar su derecho consuetudinario; 4) la sujeción de dicha jurisdicción al respeto de los derechos fundamentales, y 5) la competencia del Poder Legislativo para señalar las formas de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional.

Los tres primeros elementos conformarían el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades campesinas y nativas. Por su parte, los dos últimos elementos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas con el contexto del ordenamiento jurídico nacional¹³.

Sin embargo, el último elemento es el que mayores dificultades entraña, en la medida que se establece una reserva legal para señalar las “formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial (sistema judicial nacional)”.

Habiendo transcurrido más de quince años desde la entrada en vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993, el Congreso de la República hasta la fecha no ha dado cumplimiento al mandato constitucional para aprobar una Ley de Coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción comunal.

Es preciso relevar que la labor del Congreso de la República para aprobar una futura Ley de Coordinación, a la que alude el artículo

¹² Tamayo Flores, Ana María, “Balance y perspectivas de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario, a partir del contexto de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas amazónicos” (documento de trabajo), en: *Nosotros y los otros. Avances en la afirmación de los pueblos indígenas amazónicos*. Serie Informes Defensoriales, Informe No. 12, Defensoría del Pueblo, Lima, Perú, agosto de 1998, pág. 193.

¹³ *Ibidem*.

149 de la constitución peruana, sólo se legitimara al lograr satisfacer la necesidad de explorar los problemas y las soluciones de la zona de intersección entre el mundo del derecho indígena y el derecho nacional, entre la costumbre y la ley; así como para dar acceso a las áreas de autonomía de cada una de las dos esferas.

4. Contenidos de una ley de coordinación con la jurisdicción comunal

De lo anterior podemos sostener que una futura Ley de Coordinación necesariamente deberá asumir como premisa básica que la relación que se presenta entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, no debe ser entendida en términos de oposición sino de complementación dialéctica, entendiendo a la primera como un espacio diferenciado para la administración de justicia por y para los pueblos indígenas y, a la segunda, como el espacio de articulación con el sistema mayor, a través del cual se afirma la pertenencia al Estado.

En este punto, el planteamiento del problema a ser abordado por una próxima Ley de Coordinación deberá comprender como contenidos mínimos los siguientes: a) el fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena; b) la “mejora” del funcionamiento del sistema jurídico nacional en su relación con los pueblos indígenas; c) los ámbitos de “coordinación” y/o cooperación realmente existentes entre ambos sistemas de justicia, y d) los mecanismos de solución de los potenciales conflictos de competencia que pudieren surgir de la yuxtaposición de ambos sistemas de justicia.

a. El fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena o comunal

El primer nivel de contenido de una Ley de Coordinación está referido a la determinación de los sujetos beneficiarios de la jurisdicción especial indígena o comunal. Comprende el esclarecimiento de quiénes pueden ser considerados indígenas en el país, qué autoridades comunales o indígenas vienen ejerciendo funciones jurisdiccionales y cuál es la situación de las autoridades de las rondas campesinas sobre el particular. También comprende la necesidad de definir los límites

de los ámbitos de competencia material, territorial y personal de la jurisdicción especial indígena o comunal.

Una pista para acercarse a esta materia se encuentra en lo establecido por los artículos 8, 9 y 10 del Convenio No. 169 de la OIT. A pesar de ello, el tema de las competencias de la jurisdicción comunal es el que mayores debates produce a la fecha, por la existencia de posiciones doctrinales encontradas, esencialmente en cuanto al rol de las rondas campesinas y el ejercicio de facultades jurisdiccionales, tales como los que sostienen que las rondas campesinas tendrían relativas facultades de colaboración en las funciones jurisdiccionales y policiales¹⁴; los que plantean que las rondas campesinas constituyen instancias informales de resolución de conflictos¹⁵, y quienes afirman que las rondas campesinas tienen y deben ejercer de manera plena funciones jurisdiccionales¹⁶.

De esta manera, la necesidad de establecer como política pública la elaboración de registros etnográficos en todo el país sobre las formas y contenidos de los sistemas de resolución de conflictos de los grupos étnicos, pueblos indígenas, comunidades y rondas campesinas, y sobre las formas de coordinación y relacionamiento con la jurisdicción ordinaria¹⁷, constituye una labor previa para cualquier intento de formulación legislativa –con pretensiones de generalidad y

¹⁴ Rojas Vargas, Fidel, “Rondas campesinas: entre el derecho consuetudinario y el error de comprensión culturalmente condicionado”, en: *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, Perú, 2004, págs. 95-106.

¹⁵ Revilla, Ana Teresa, “La administración de justicia informal en el Perú”, Organización de los Estados Americanos, Departamento de Asuntos y Servicios Jurídicos. Ver: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti8.htm> (disponible al 2 de febrero de 2010).

¹⁶ Yrigoyen Fajardo, Raquel, “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”, en: *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes*, No. 59-60 Edición Especial, Vol. 1. Instituto de Pastoral Andina, Sicuani, Cusco, 2002, págs. 31-81. Ver: <http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm> (disponible al 2 de febrero de 2010).

¹⁷ Percepción que tienen sobre cuándo y por qué recurren al derecho consuetudinario, y sobre cuándo y por qué recurren a la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta factores tales como la variabilidad lingüística, el grado de aculturación, la mayor o menor articulación con la economía de mercado, etc.

de obligatoriedad— sobre el reconocimiento de las competencias de la jurisdicción especial comunal.

b. El mejoramiento del sistema judicial nacional en relación con los indígenas

El segundo nivel de contenido de una Ley de Coordinación tiene relación con la efectivización de las garantías y derechos de la administración de justicia a los miembros de las comunidades campesinas, comunidades nativas y, de ser posible, con las rondas campesinas, tales como derecho a interprete, la asesoría y defensa legal gratuita, los peritajes antropológicos o informes culturales, la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado, la aplicación de penas alternativas a la prisión, o la ejecución de las penas privativas de libertad en condiciones especiales, entre otras. En igual sentido, un camino para enfrentar estos aspectos se halla en lo dispuesto por los artículos 10 y 12 del Convenio 169 de la OIT.

Como resulta evidente, el tema de los derechos de los indígenas ante el sistema de justicia estatal es el que resulta más pacífico de asumir en la actualidad, aunque con los matices que innegablemente derivan de las barreras económicas.

Empero, el reto radicará en asegurar la efectividad de los derechos que se reconozcan a los pueblos indígenas y/o a sus miembros, vale decir, en el real cumplimiento de los derechos y garantías de la administración de justicia ordinaria.

c. Los ámbitos de “coordinación” y/o cooperación existentes entre ambos sistemas de justicia

El tercer nivel de contenido de una Ley de Coordinación debe consagrar las innegables relaciones o vínculos de coordinación y/o cooperación realmente existentes y que en la práctica actual se producen recíprocamente entre las autoridades comunales y ronderiles con las autoridades estatales de justicia en distintas partes del país (aunque sin excluir las que se materializan con los fiscales, policías y autoridades políticas).

Aquí también la tarea es ardua, al constatarse que el tema de los mecanismos fácticos de “coordinación” y/o cooperación es un tema que

no ha recibido la preocupación de la doctrina especializada, muchas de cuyas aristas no están ni siquiera previstas en el ordenamiento jurídico vigente en el país, a excepción de lo dispuesto sobre el particular en los artículos 8¹⁸ y 9¹⁹ de la Ley No. 27908 (Ley de Rondas Campesinas), que permite a las rondas campesinas coordinar con las autoridades estatales y las organizaciones sociales, y establece la obligación de las autoridades jurisdiccionales para apoyar y coordinar con las rondas campesinas, respectivamente.

Adicionalmente, debe indicarse que cualquier pretensión normativa respecto de los ámbitos y formas de coordinación para tener coherencia con la realidad social, según algunos exhaustivos aportes doctrinales, debe ser concebida a partir del menor grado de formalidad sustantiva y procesal a fin de que devenga en mecanismos operacionables y aceptados por los usuarios, y no se convierta en fuente de mayor conflictividad institucional²⁰.

d. Los mecanismos de solución de los conflictos de competencia entre ambos sistemas de justicia

Finalmente, el cuarto nivel de contenido de una Ley de Coordinación está referido a los procedimientos y los órganos de resolución de eventuales conflictos de competencias entre la jurisdicción estatal y la jurisdicción especial comunal.

Este aspecto está estrechamente conectado al primer nivel de contenido anteriormente señalado, es decir, a la definición de los

18 Artículo 8.- Coordinación con autoridades y organizaciones sociales.

Para el ejercicio de sus funciones las Rondas Campesinas coordinan en el marco de la legislación nacional con las autoridades políticas, policiales, municipales, representantes de la Defensoría del Pueblo y otras de la Administración Pública. Asimismo, pueden establecer coordinaciones con las organizaciones sociales rurales y entidades privadas dentro de su ámbito local, regional o nacional.

19 Artículo 9.- Coordinación y apoyo con autoridades jurisdiccionales.

Las autoridades de la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación con los dirigentes de las Rondas Campesinas respetando las autonomías institucionales propias. Los dirigentes de las Rondas pueden solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado.

20 Tamayo Flores, Ana María, "Balance y perspectivas de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario, a partir del contexto de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas amazónicos"...

sujetos beneficiarios de la jurisdicción especial comunal y a la determinación de las competencias sobre las que ejercerían las facultades jurisdiccionales.

Igualmente, poco se ha avanzado en términos de la construcción de propuestas realistas de mecanismos de resolución de conflictos competenciales, a excepción de genéricos planteamientos sobre la creación de tribunales mixtos (compuestos por jueces ordinarios y autoridades comunales), la necesidad de recurrir a la jurisdicción estatal ordinaria o a la jurisdicción estatal constitucional.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, una propuesta normativa sobre el manejo de los posibles conflictos jurisdiccionales entre ambos sistemas de justicia, conforme lo sostiene la doctrina más reputada, deberá distinguir entre los siguientes supuestos: a) los surgidos al interior de la comunidad entre sus miembros; el principio aplicable sería el sometimiento a la jurisdicción especial con el carácter de cosa juzgada o “cosa decidida” (salvo manifiesta violación de los derechos fundamentales); b) los surgidos al interior de la comunidad y que involucren a no indígenas; se aplica la jurisdicción indígena pero cabe invocar la jurisdicción ordinaria (el juez resolverá), y c) los surgidos fuera de la comunidad; los indígenas se someten a la jurisdicción ordinaria, tomando en consideración el aspecto cultural²¹.

Asimismo, en relación a este aspecto constituye una tarea impostergable la determinación de los derechos fundamentales que eventualmente podrían ser amenazados o violados con el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades comunales, así como el marco interpretativo intercultural a aplicar en tales casos.

Enfatizando lo sostenido, es posible afirmar que la naturaleza y contenido de las relaciones entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción comunal no serán en modo fáciles de determinar, máxime si las mismas no necesariamente deben ser entendidas en términos de oposición sino de complementación dinámica.

²¹ *Ibidem*.

Tal situación se aprecia con meridiana claridad del examen de la situación de las rondas campesinas con relación a la entrada en vigencia del NCPP en determinados distritos judiciales en los que resulta notoria su presencia, tales como La Libertad, Cajamarca, Piura, San Martín, Ancash y Puno. Tales organizaciones ronderiles podrían reivindicar ser favorecidas con el contenido del numeral 3 del artículo 18 del nuevo Código, vale decir, que es bastante probable que estas organizaciones lleguen a sostener que los jueces de la jurisdicción ordinaria no podrían ser competentes para conocer los “hechos punibles” o “delitos” conocidos por las rondas campesinas al resolver conflictos en sus ámbitos territoriales.

Para entender la postura anterior es preciso realizar un acercamiento a la historia, al marco legal y a los enfoques doctrinales particulares sobre las rondas campesinas, así como su relación con otros actores sociales.

5. Las rondas campesinas

En el Perú, junto al reconocimiento constitucional para ejercer funciones jurisdiccionales a las comunidades andinas y amazónicas, desde hace aproximadamente más de tres décadas han surgido y se han desarrollado otras formas de resolución de conflictos por parte de las organizaciones rurales denominadas **rondas campesinas**, que pueden ser definidas como organizaciones del campo, constituidas por decisión de los propios campesinos o vecinos de un sector, estancia o caserío, con el objeto de servir a su localidad en la lucha y la prevención de la delincuencia y la violencia.

a. Historia

Las rondas campesinas surgieron como organizaciones de auto-defensa a mediados de la década del 70 del siglo pasado en las provincias de Chota (Cuyumalca) y Bambamarca, del departamento de Cajamarca, al norte del Perú. Sus funciones básicas son el cuidado de bienes y control del abigeato²², ante la ausencia de las autoridades

²² Robo de animales por parte de cuatreros o bandoleros dedicados al hurto, comercialización y faenamiento clandestino de animales de cría.

estatales o por su poca capacidad y legitimidad para resolver los conflictos sociales.

Es innegable que Cajamarca es la cuna de las rondas campesinas, las cuales encuentran sus antecedentes remotos en las guardias rurales de fines del siglo XIX y en las rondas de hacienda de las primeras décadas del siglo XX²³. Con variantes, la experiencia de las rondas campesinas se ha extendido hacia otras importantes zonas del país²⁴.

Empero, actualmente no se cuenta con información precisa sobre su número, los asuntos y el modo en que resuelven los casos sometidos a su conocimiento, sin perjuicio de los múltiples estudios realizados sobre el particular. Respecto a la información cuantitativa sobre las rondas campesinas, sólo existen estimados no tan recientes que indicaban que a 1990 existían aproximadamente unas 3,435 organizaciones ronderas en el norte del Perú, correspondiendo a Cajamarca de dicho total la cantidad aproximada de 2,362 rondas campesinas²⁵.

b. Asuntos conocidos por las rondas campesinas

Según Gitlitz²⁶, los temas de intervención para solucionar conflictos por parte de las rondas campesinas se pueden apreciar desde por lo menos tres niveles: a) disputas intra-comunales, vinculadas a pequeños asuntos familiares, que no llegan al nivel de faltas; b) disputas inter-comunales, referidas a casos complicados que trascienden al individuo, con procedimientos y reglas más explícitas, formales e

23 Pérez Mundaca, José, *Montoneras, bandoleros y rondas campesinas. Violencia política, abigeato y autodefensa en Cajamarca, 1855-1990*. Municipalidad Provincial de Cajamarca, ASODEL y CEDEPAS, Cajamarca, Perú, 1997, pág. 221.

24 Márquez Calvo, Jaime, "Rondas y comités de autodefensa: historia y desarrollo", en: *Ronderos: los ojos de la noche. Manual para promotores de rondas campesinas*. Segunda edición revisada. Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú, febrero de 1997.

25 Starn, Orin, *Con los llanques todo barro: reflexiones sobre rondas campesinas, protesta rural y nuevos movimientos sociales*. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, Perú, 1991, pág. 15.

26 Gitlitz, John S., "Justicia rondera y derechos humanos, Cajamarca. Entendiendo la resolución de conflictos en la rondas del norte del Perú", en: *Revista Ius & Veritas*, Año XV, No. 31. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, págs. 9-10.

institucionalizadas, y c) casos relacionados con el Estado, con instituciones judiciales, la policía, el ministerio público y prefecturas.

En cuanto a los asuntos que conocen las rondas en los niveles intra e inter-comunales, enunciativamente se pueden mencionar en orden sucesivo de importancia: pleitos familiares, disputas por tierras, robos de bienes materiales (artefactos eléctricos, dinero, herramientas, entre otros), daños por la entrada de animales a chacras ajenas, asaltos, robo de animales, deudas no pagadas, disputas por agua, difamación, robos de cosechas, violación, etc.²⁷.

Respecto a cómo resuelven los conflictos, se ha enfatizado su eficacia y la legitimidad social de sus decisiones, señalándose que resuelven a través de

...una búsqueda pragmática, no arbitraria de la decisión más adecuada. No se trata de la aplicación de normas, sino de un debate normativo, en el cual las normas forman el punto de partida... La discusión no son los hechos, que ya se toman por dados. El debate es cuál fue la causa del problema... Es una pelea sobre normas que provienen de diferentes lugares, a veces tradicionales, a veces de la ciudad, a veces de la televisión²⁸.

Así, se sostiene que las rondas campesinas aplican

una justicia reconciliadora que se basa en un debate normativo, en el que lo más importante es que los involucrados acepten su responsabilidad, pero no es solamente conciliatoria entre dos personas. También se busca la reconciliación con la comunidad, por ello es fundamental en el arreglo el reconocimiento de la organización de rondas o que la comunidad tiene el derecho de imponer normas. ¿Por qué es tan importante esto? Porque en el fondo, las rondas se basan fundamentalmente en esta convicción. Toda persona que no acepte lo que ha dicho la ronda, siempre tiene la posibilidad de ir al Estado y denunciar y la ronda siempre tiene el problema de imponer su autoridad. En tercer lugar la ronda debe manejar su relación con

²⁷ Starn, Orin, *Con los llanques todo barro...*, pág. 43.

²⁸ Gitlitz, John S., "Rondas campesinas y violencia", en: *Justicia y violencia en las zonas rurales. La experiencia de la Región Andina. Seminario-Taller. Lima, 20 a 22 de noviembre del 2002*. Instituto de Defensa Legal/Internationale Weiterbildung und Entwicklung gGmbH. Lima, Perú, 2003, pág. 146.

el Estado, que no necesariamente es una relación de enfrentamiento, pero siempre es difícil²⁹.

En este punto debe indicarse que, sin perjuicio de la constatación empírica de la existencia de las rondas campesinas y el dato fáctico respecto a que éstas ejercen mecanismos relativamente tradicionales de resolución de conflictos, tales aspectos no han tenido un correlato preciso con el reconocimiento normativo de las mismas y con la interpretación doctrinal sobre su rol de entes que asumen funciones de administración de justicia informal en el campo.

c. Posiciones doctrinales

Por su parte, como se ha anotado precedentemente, las posiciones doctrinales al respecto se encuentran divididas, con diversos matices, entre los que sostienen que las rondas campesinas tendrían relativas facultades de colaboración en las funciones jurisdiccionales y policiales; los que plantean que las rondas campesinas constituyen instancias informales de resolución de conflictos, y quienes afirman que las rondas campesinas tienen y deben ejercer de manera plena funciones jurisdiccionales.

De lo señalado se puede apreciar que no resulta pacífico el reconocimiento del innegable papel que cumplen las rondas campesinas en el ámbito de la resolución de conflictos y administración de la justicia en zonas rurales del Perú, especialmente en materia penal. Esta situación se ha visto acrecentada en los últimos tiempos debido a los conflictos suscitados con los órganos de administración de justicia del Estado, en los que se ha evidenciado la resistencia de la cultura judicial formal, expresándose en argumentos que apuntan a negar –justificadamente o no– el ejercicio de tales funciones jurisdiccionales, que normativamente pueden ser válidas.

Es así que se encuentran diversos argumentos, tales como aquel que sostiene la falta de una ley reglamentaria (Ley de Coordinación) para aplicar el artículo 149 de la Constitución; o aquel otro que afirma que las rondas campesinas no tienen la titularidad para ejercer funciones jurisdiccionales; o el argumento que postula que las autoridades

²⁹ *Ibidem*, págs. 146-7.

de las comunidades sólo pueden actuar con apoyo de las rondas campesinas; que las rondas campesinas son sólo órganos de apoyo de las comunidades y no pueden actuar de modo autónomo; que la expresión “con apoyo” significa funciones restringidas de justicia, entre otras.

d. La Ley No. 24571

A pesar que la Constitución Política del Perú de 1979 no contempló expresamente la situación de las rondas campesinas, desde fines de 1986 –año en que se promulgó la Ley No. 24571³⁰, primera de rondas campesinas–, el desarrollo legislativo experimentado por esta institución se realizó bajo el manto de dicho cuerpo constitucional. Éste definió la obligación estatal de respetar y proteger la autonomía organizativa y las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas (art. 161³¹).

La Ley No. 24571 reconoció legalmente a las rondas campesinas, ya sea que pertenecieran o no a una comunidad campesina, como organizaciones autónomas de defensa al servicio de la comunidad o colectividad en general con capacidad para cooperar con las autoridades en la eliminación de los ilícitos penales que afecten el orden interno, debiendo sujetarse a las normas constitucionales y civiles que regulan a las comunidades campesinas, y sus miembros estar acreditados ante la autoridad política competente, conforme se advierte de su único artículo:

Artículo Único.- Reconózcase a las rondas campesinas pacíficas democráticas y autónomas, cuyos integrantes están debidamente acreditados ante la autoridad política competente, como organizaciones destinadas al servicio de la comunidad y que contribuyen al desarrollo y a la paz social, sin fines políticos partidarios.

³⁰ Ley No. 24571, Ley de Reconocimiento de las Rondas Campesinas (07.11.86).

³¹ Constitución Política del Perú de 1979.

Artículo 161.- La Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica.

Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece.

El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia las superación cultural de sus integrantes.

Tienen además como objetivos, la defensa de sus tierras, cuidado de su ganado y demás bienes, cooperando con las autoridades en la eliminación de cualquier delito.

Su estatuto y reglamento se rigen por las normas de las comunidades campesinas que establecen la Constitución y el Código Civil.

El Reglamento de la primera Ley de Rondas Campesinas se emitió en 1988³². En 1993 fue dejado sin efecto por una norma administrativa del sector defensa³³.

A través de la Ley General de Comunidades Campesinas de 1987 (Ley No. 24656) y en su primer Reglamento de 1991³⁴, se reguló la constitución y naturaleza jurídica de las rondas campesinas, organizadas al interior de las comunidades campesinas, al establecer como atribución de la Asamblea Comunal aprobar su nacimiento e indicar su naturaleza de comité especializado de carácter consultivo, asesor, ejecutivo y de apoyo de la comunidad, dependiente de la Directiva Comunal de las comunidades campesinas.

e. Las rondas campesinas y los comités de autodefensa³⁵

A partir de 1991, en el marco de la estrategia contra subversiva del Estado, se expidió el Decreto Legislativo No. 741³⁶ para regular las relaciones de los comités de autodefensa, entendiéndolos como un soporte estratégico en la lucha contra la subversión en el campo y las instituciones del sistema de defensa nacional. Asimismo, se reconoció

³² Decreto Supremo No. 012-88-IN (12.03.88). Reglamento de Organización y Funciones de las Rondas Campesinas, Pacíficas, Democráticas y Autónomas.

³³ Decreto Supremo No. 002-93-DE/CCFFAA (16 .01.93). Dispone que las Rondas Campesinas adecuen su organización y funciones a las de los Comités de Autodefensa.

³⁴ Decreto Supremo No. 008-91-TR (15.02.91). Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas. Artículos 69 y 73.

³⁵ Ver: Resolución Defensorial No. 55-DP-2000 (09.11.00). “Expresan reconocimiento por la labor de las Rondas Campesinas y Comités de Autodefensa en la lucha contra el terrorismo y el restablecimiento del orden y la paz nacional”, *Diario Oficial “El Peruano”*, Normas legales, págs. 194797-194799.

³⁶ Decreto Legislativo No. 741 (12.11.91). Ley de Reconocimiento de los Comités de Autodefensa. Artículos 1, 2 y 3.

a las rondas campesinas ubicadas dentro del ámbito territorial de las zonas en estado de emergencia, la posibilidad de adquirir y usar armas para apoyar a las fuerzas de seguridad en la situación de conflicto armado interno, así como convertirse voluntaria y transitoriamente en comités de autodefensa³⁷, bajo la autorización y el control de las autoridades militares.

Lamentablemente, para las rondas campesinas la voluntariedad y libertad para su conversión en Comités de Autodefensa fue desnaturalizada con el Decreto Supremo No. 002-93-DE/CCFFAA, al establecer su adecuación forzada u obligatoria a la mencionada forma organizativa de autodefensa promovida por las fuerzas de seguridad, sin tener sustento en norma legal alguna de mayor jerarquía³⁸.

Desde el punto de vista histórico y normativo-funcional, las rondas campesinas se diferencian de los comités de autodefensa en que surgen para el combate de la delincuencia, el mantenimiento del orden interno y la resolución de conflictos comunales, son autónomas y permanentes; mientras que los comités de autodefensa se originan para enfrentar a los grupos subversivos como parte de la estrategia estatal contrainsurgente, con el carácter de transitorios y dependientes de las Fuerzas Armadas.

f. Las rondas campesinas y los pueblos indígenas

Para la ONU³⁹ la definición de **poblacion indígena** denota a las comunidades, pueblos y naciones indígenas que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintas de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen

³⁷ Decreto Supremo No. 077-92-DE. Reglamento de Organización y Funciones de los Comités de Autodefensa (11.11.92).

³⁸ Ver: *Situación de los derechos humanos en Jaén, Bagua y San Ignacio*. Serie Informes Defensoriales No. 31, Defensoría del Pueblo. Lima, Perú, diciembre de 1999, pág. 26.

³⁹ Martínez Cobo, José R., "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas", *Informe final (última parte) del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Comisión de Derechos Humanos*. Consejo Económico y Social. Naciones Unidas, 1983, pág. 54.

en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.

Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: a) ocupación de tierras ancestrales o al menos parte de ellas; b) ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras; c) cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, entre otras); d) idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia, o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal); e) residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo, y f) otros factores pertinentes⁴⁰.

Desde el punto de vista individual, se entiende por **persona indígena** toda persona que pertenece a esas poblaciones por autoidentificación como tal (conciencia de grupo), además de ser reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus integrantes (aceptación por el grupo). Eso preserva para esas comunidades el derecho y el poder soberano de decidir quién pertenece a ellas, sin injerencia exterior⁴¹.

Sin perjuicio de las formulaciones conceptuales anteriores, en relación a la problemática y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la OEA afirma que

el tratamiento tradicional de sus derechos como minorías, o por la vía de la prohibición de discriminación, no es suficiente, pues desconoce la naturaleza y complejidad de los pueblos indígenas. Se trata de un tema más complejo y completo que el de las minorías, o incluso el de un grupo étnico. En efecto, los indígenas configuran una historia, y unas

40 *Ibidem.*

41 *Ibidem.*

culturas, lenguas, diversidades étnicas, cultos o religiones propias, tradiciones artísticas, instituciones propias, regímenes jurídicos y de administración de justicia, etc. En fin, dicha realidad rica y compleja es mucho más que una minoría o una raza. Además, los pueblos indígenas tienen una doble dinámica simultánea consistente en la interconexión entre los derechos individuales y colectivos⁴².

En el caso concreto del Perú país es factible asimilar la noción de grupos étnicos a la categoría jurídica de pueblos indígenas. Para esto se debe tener en cuenta que, de acuerdo al Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú⁴³, en el país existen 72 etnias (7 ubicados en el área andina y 65 en el área amazónica), las cuales se agrupan en 14 familias lingüísticas indígenas. Los grupos étnicos caracterizan a la población indígena o a los pueblos indígenas de nuestro país, que, a 1993⁴⁴, ascendían aproximadamente a 7'805,193 pobladores (representando aproximadamente el 35% de la población total nacional), distribuidos de la siguiente manera: campesinos 7'505,975 (96.2 %) y nativos 299,218 (3.8 %).

En la actualidad, según los registros del Ministerio de Agricultura, la población o pueblos indígenas del Perú están organizados mayoritariamente en 5,666 comunidades campesinas –andinas y costeñas– reconocidas⁴⁵ y 1,265 comunidades nativas –amazónicas– inscritas⁴⁶. De acuerdo a la misma fuente, las comunidades campesinas ocupan una extensión superficial de 16'706,952.7557 has. y agrupan aproximadamente a 1'041,587 familias. Las comunidades nativas⁴⁷

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas”. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 63. 19 de octubre de 2000.

⁴³ Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú, Ministerio de Agricultura, Instituto Indigenista Peruano, 1994.

⁴⁴ IX Censo Nacional de Población de 1993, Instituto Nacional de Estadística e Informática, INEI.

⁴⁵ Directorio de Comunidades Campesinas del Perú, PETT, Ministerio de Agricultura (información a diciembre de 1998).

⁴⁶ Directorio de Comunidades Nativas del Perú, PETT, Ministerio de Agricultura (información a diciembre de 1999).

⁴⁷ Las poblaciones indígenas amazónicas no sólo se agrupan bajo la forma legal de comunidades nativas, sino que teniendo en cuenta su organización territorial y sociocultural frente a la sociedad nacional, minoritariamente también pueden

ocupan una extensión superficial de 9'269,332.3145 has. y agrupan aproximadamente a 45,791 familias.

De esta manera, teniendo en cuenta por un lado, que el concepto normativo sobre los pueblos indígenas ha sido formulado y adoptado en el ámbito de los organismos internacionales multilaterales⁴⁸ con el propósito de regular las medidas nacionales que puedan adoptarse y afectar la futura existencia de los indígenas en el ámbito de los Estados, y por el otro, que la conciencia de identidad indígena o auto-identificación constituye un criterio fundamental para determinar los grupos e individuos a los que se aplica el concepto de indígena y las disposiciones normativas especiales dictadas en su beneficio; es posible concluir –objetivamente y para efectos operativos–, que a pesar de que en gran medida el término indígena tiene una acepción peyorativa de carácter histórico para el sector campesino ubicado en la costa y sierra del Perú, las rondas campesinas organizadas al interior de las comunidades campesinas pueden ser consideradas como grupos humanos asimilables al concepto de pueblos indígenas en la medida que se autoidentifiquen como tales.

Sin embargo, la situación de las rondas campesinas surgidas fuera de las comunidades –como es el caso de Cajamarca⁴⁹–, ya sea en los

ser reconocidas y analizadas con la tipología siguiente: pueblos indígenas aislados; poblaciones indígenas remotas y dispersas; poblaciones indígenas rurales dislocadas y fragmentadas; poblaciones ribereñas; e indígenas urbanos. Moore, Thomas y otros, *Pueblos indígenas de la Amazonía Peruana y desarrollo sostenible*. Documento de trabajo No. 68, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Oficina Lima, Perú, 1998.

⁴⁸ El Estado peruano al ratificar el Convenio No. 169 de la OIT se comprometió a adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como realizar esfuerzos para mejorar las condiciones de vida, participación y desarrollo en el marco del respeto de sus valores culturales y religiosos.

⁴⁹ Según información contenida en el Directorio de Comunidades Campesinas del Perú, PETT, Ministerio de Agricultura (información a diciembre de 1998), en la región Cajamarca existen 107 comunidades campesinas reconocidas, de las cuales 78 están debidamente tituladas. Del total anterior, las comunidades campesinas se distribuyen por provincias, en atención a su reconocimiento legal (RL) y titulación (T), de la siguiente manera: Chota, 11 RL y 7 T; Cutervo, 7 RL y 5 T; Hualgayoc, 5 RL y 5 T; Santa Cruz, 5 RL y 4 T; Cajabamba, 7 RL y 4 T; y Cajamarca, 34 RL y 24 T.

caseríos u otras formas de organización social y jurídica, se complica para efectos de reconocerles el estatus de pueblo indígena en razón de no haber desarrollado suficientemente expresiones de autoidentificación étnica en tal sentido, y considerando que el tratamiento normativo del instituto rondero se orientó hacia la aplicación supletoria de la legislación de las comunidades campesinas a pesar de no tener la calidad de tales.

Distinta es la situación de las rondas nativas y de los comités de autodefensa surgidas al interior de las comunidades nativas o conformadas con la participación de nativos pertenecientes a distintas comunidades –de manera espontánea o promovidas por el Estado–, que histórica y objetivamente se han venido autoidentificando como indígenas, razón por la cual se puede afirmar que tales organizaciones de autodefensa y resolución de conflictos formarían parte de los pueblos indígenas.

g. Las rondas campesinas y la jurisdicción especial indígena

Tal como se ha señalado anteriormente, la Constitución de 1993, en su artículo 149, bajo la configuración constitucional del Estado peruano como una nación pluricultural y multiétnica, al regular el rol de las rondas campesinas se afilió al espíritu de la regulación del instituto rondero contemplado en la Ley General de Comunidades Campesinas de 1987 y en cierta medida recogió la alusión a las rondas nativas del Reglamento de Organización y Funciones de los Comités de Autodefensa de 1992, puesto que reconoció su carácter de órganos de apoyo (auxilio) de las autoridades comunales –campesinas y nativas– en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, conforme a su derecho consuetudinario y con el límite de no violar los derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, en el texto constitucional no aparece una mención expresa a las rondas campesinas organizadas fuera del ámbito de las comunidades nativas y de las comunidades campesinas, que, según la primera Ley de Rondas Campesinas de 1986, se rigen en lo que sea pertinente por la legislación de las comunidades campesinas –sin que por ello se conviertan en tales comunidades– y tienen como funciones

esenciales la defensa de sus tierras, el cuidado de su ganado y demás bienes, así como la cooperación con las autoridades en la eliminación de cualquier delito.

Aunque en la práctica la rondas campesinas vienen efectuando actividades que han desbordado el enfrentamiento al abigeato –tales como la realización de obras de infraestructura de interés para la comunidad y la vigilancia e intervención sobre conductas anti-sociales de manera amplia–, normativamente se puede sostener, por un lado, que las rondas campesinas organizadas fuera del ámbito de las comunidades campesinas sólo tendrían relativas facultades resolutorias de conflictos de orden penal en cooperación con las autoridades, y, de otro, que las rondas campesinas creadas al interior de las comunidades campesinas y nativas tendrían facultades de apoyo para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por las autoridades comunales, las cuales se ampliarían a la directa administración de justicia y resolución de conflictos en la medida que los dirigentes de este tipo de comité especializado formen parte –y no sean dependientes– de la Directiva Comunal de una comunidad campesina.

h. La Ley No. 27908

El contexto normativo e interpretativo antes descrito experimentó una variación sustancial con la promulgación de la Ley No. 27908, Ley de Rondas Campesinas, esencialmente en términos de incremento del reconocimiento de derechos para tales organizaciones sociales. Esta Ley fue reglamentada el 30 de diciembre del 2003⁵⁰.

Preliminarmente se puede afirmar por un lado, que la nueva Ley de Rondas Campesinas constituye un significativo avance en cuanto al reconocimiento de personalidad jurídica y derechos a las organizaciones ronderas, y por otro lado, respecto al rol y funciones de las rondas campesinas en materia de justicia presenta serias deficiencias en su consistencia interna por la existencia de disposiciones contradictorias, regulación que al ser interpretada y aplicada a casos concretos es sumamente probable que debilite la institucionalidad de las rondas campesinas.

⁵⁰ Decreto Supremo No. 025-2003-JUS, que aprueba el Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas (30.12.03).

Entre las bondades de la Ley de Rondas Campesinas destacan: la disposición según la cual se reconoce "...personalidad jurídica a las Rondas Campesinas como forma autónoma y democrática de organización comunal" (art. 1); los derechos y deberes de sus miembros (art. 3); el derecho a la no discriminación (art. 4); el derecho de participación, control y fiscalización en los programas y proyectos de desarrollo que se implementen en su jurisdicción comunal (art. 6); la coordinación con autoridades y organizaciones sociales (art. 8); la coordinación y apoyo con autoridades jurisdiccionales (art. 9).

De otro lado, en la Ley de Rondas Campesinas se enfatizan las funciones relativas a la seguridad (art. 1), que en forma casi simultánea fueron contempladas por la Ley No. 27933 del 2003 y el Decreto Supremo No. 012-2003-IN relativos al sistema nacional de seguridad ciudadana que, a grandes rasgos, vinieron a reafirmar la tendencia legislativa sobre el particular desde 1986.

Sin embargo, la normativa de la Ley de Rondas Campesinas se complica en lo que se refiere al papel de éstas ante la administración de justicia. Así, en la línea de la posición doctrinal que sostiene que las rondas campesinas tienen relativas facultades de colaboración en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de las comunidades, la Ley de Rondas Campesinas declara que, éstas "apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas" (art. 1), postulado que, a su vez, resulta coherente con la disposición conforme a la cual donde existan comunidades las rondas están subordinadas a aquéllas (art. 2).

Por su parte, afiliándose en forma prudente a la concepción que levanta el argumento de que las rondas campesinas configuran instancias informales de resolución de conflictos, encontramos otra formulación normativa en la Ley de Rondas Campesinas, según la cual las organizaciones ronderiles "colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y la Ley" (art. 1)⁵¹.

⁵¹ La conciliación extrajudicial está regulada en el Perú por la Ley No. 26872, Ley de Conciliación (13.11.97). El nuevo Reglamento de esta Ley fue aprobado por Decreto Supremo No. 004-2005-JUS (27.02.05).

De otro lado, acercándose aparentemente al planteamiento que propugna que las rondas campesinas tienen y ejercen de manera plena funciones jurisdiccionales, en la Ley de Rondas Campesinas se contempla que éstas tienen “funciones relativas... a la paz comunal dentro de su ámbito territorial” (art. 1). Este último aspecto es desarrollado por la misma norma legal al tratar las actividades en beneficio de la paz comunal de la siguiente manera:

Las Rondas Campesinas en uso de sus costumbres pueden intervenir en la solución pacífica de conflictos suscitados entre miembros de la comunidad u organizaciones de su jurisdicción y otros externos, siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción comunal. (Art. 7)

Finalmente, la interpretación de las facultades y derechos atribuidos a las rondas campesinas se ve perturbada en mayor medida con la fórmula contenida en esta ley, según la cual: “Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca” (art. 1, *in fine*).

i. Las rondas campesinas y los jueces de paz

Se estima que actualmente en el Perú existen aproximadamente 3,901 juzgados de paz, conocidos también como juzgados de paz no letrados. La mayoría de dichos órganos jurisdiccionales se encuentran ubicados en la Sierra, siendo aproximadamente 2,839 (72,7 %), siguiéndole la región geográfica de la Costa con 562 (14,39 %) y la Selva con 500 (12,9 %)⁵².

Según algunos autores que han examinado la evolución histórica de la justicia de paz, éstos encuentran sus antecedentes más remotos en los consejos de ancianos, curacas y jefes guerreros de las épocas pre-inca e inca, respectivamente, pasando por los cabildos coloniales, hasta incardinarlos con los actuales jueces de paz reconocidos en el primer texto político de la República de la segunda década del siglo XIX. De modo que, la justicia sería heredera de una larga tradición

⁵² Lobatón Palacios, David, y otros, *Justicia de Paz. El otro Poder Judicial*. Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú, abril de 1999, pág. 75.

popular de resolución de conflictos, basada en la aplicación de la costumbre y la equidad⁵³.

En cuanto a las características más destacables de la justicia de paz, como fenómeno singular al interior del sistema judicial peruano, se puede mencionar su carácter no formal, su constitución y funcionamiento fuera del Poder Judicial, su naturaleza esencialmente conciliadora, la aplicación de la costumbre para la resolución de conflictos, ser una labor no sujeta a remuneración y no ser ejercida por personas letradas o abogados de profesión sino por miembros de la comunidad.

Debe enfatizarse que los jueces de paz se encuentran en la base del sistema judicial peruano; aunque no integran formalmente el Poder Judicial se los reputa como un órgano jurisdiccional de éste que, conforme lo indica el artículo 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al fijar la estructura jerárquica de dicho poder del Estado, los juzgados de paz anteceden sucesivamente a los juzgados de paz letrados, a los juzgados especializados y mixtos, a las cortes superiores de justicia y a la Corte Suprema de Justicia de la República.

En cuanto al marco normativo de los jueces de paz debe recordarse que éstos han sido regulados por el Estado desde nuestra primera Constitución Política de 1823, que en su artículo 120 estableció que “no podrá entablarse demanda alguna civil, sin haberse intentado la conciliación ante el juez de paz”.

De esa manera, con ligeras variantes en los diversos textos constitucionales peruanos de 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979, se reconoció a los jueces de paz sus funciones de conciliación, la necesidad de su establecimiento en cada pueblo que lo requiriera, su carácter de jurisdicción preliminar en materia civil y penal, su naturaleza predominante oral, su competencia para asuntos de menor cuantía y el origen de su nombramiento.

Finalmente, en los artículos 139, numeral 17, y 152 de la Constitución Política del Perú de 1993, se estableció la participación

53 Comisión Andina de Juristas, *Gente que hace justicia. La justicia de paz*. Lima, Perú, 1999, pág. 16.

popular en el nombramiento y en la revocación de los magistrados y, esencialmente, que “los jueces de paz provienen de elección popular”, respectivamente. Sin embargo, la norma legal que ha venido regulando el régimen de la justicia de paz de manera casi ininterrumpida ha sido el Reglamento de los Jueces de Paz de 1854⁵⁴, vigente en mínima parte hasta la actualidad.

En cuanto a la competencia de los jueces de paz, algunos autores han clasificado los conflictos sociales que conocen éstos órganos jurisdiccionales comunitarios, de la siguiente manera: conflictos de parejas, conflictos de vecinos, conflictos económicos, conflictos familiares y conflictos incidentales⁵⁵. Para otros, los conflictos que conocen los jueces de paz, serían los siguientes: conflictos sobre asuntos de familia (separación de convivientes, alimentos, régimen de visitas, tenencia de menores, etc.); conflictos sobre violencia familiar; infracciones penales y pleitos entre vecinos y familiares (agresiones físicas, hurtos de ganado, ofensa e injurias, propuestas deshonestas, chismes, celos, etc.); conflictos patrimoniales (incumplimientos de contratos, deudas pecuniarias, problemas de tierras, etc.)⁵⁶.

Los asuntos antes mencionados son resueltos por los jueces de paz aplicando el derecho consuetudinario y “según su leal saber y entender”⁵⁷, a través de una actuación esencialmente conciliadora, levantando actas en las que conste la fórmula de solución propuesta y los acuerdos adoptados por las partes (que suelen llamarse “arreglos”, “transacciones”, “actas de conciliación”, “acta de comparendo”, etc.),

54 El Reglamento de los Jueces de Paz se emitió el 20 de mayo de 1854, durante el gobierno del Presidente José Rufino Echenique. Sin embargo, sus disposiciones han sido prácticamente derogadas por normas legales posteriores.

55 Pasara, Luis, “La justicia de paz no letrada. Diagnóstico”, estudio preparado por encargo del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Lima, Perú, 1979 (no publicado). Tomado de Hans Jurgen Brandt, *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú*. Fundación Friedrich Naumann, Lima, Perú, 1990, pág. 193.

56 Lobatón Palacios, David, y otros, *Justicia de Paz. El otro Poder Judicial...*, pág. 127.

57 Artículo 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “La sentencia la pronuncia según su leal saber y entender, debidamente motivada, no siendo obligatorio fundamentarla jurídicamente.”

no existiendo una identificación precisa del contenido de sus actuados con la denominación de la fórmula jurídica empleada.

Las limitaciones a las facultades conciliatorias de los jueces de paz se encuentran en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 9 de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley No. 26872), que expresamente le prohíben conciliar en asuntos referidos al vínculo matrimonial, nulidad o anulabilidad de actos jurídicos o contratos, declaratoria de herederos, derechos sucesorios, testamentos, derechos constitucionales, hechos referidos a la comisión de delitos y faltas y asuntos de familia, a excepción de las pretensiones que versen sobre alimentos, régimen de visitas y violencia familiar.

Por último, se puede señalar que uno de los rasgos distintivos de la jurisdicción de paz es que se trata de una forma de justicia comunal. Ello porque la inserción de los jueces de paz en el ámbito local está signada por su pertenencia al mismo universo de cultura y valores de la población que acude al juzgado buscando su intermediación en el conflicto (los jueces de paz son por lo general legos en derecho, siendo su ocupación campesinos, comerciantes o maestros). Además, la naturaleza comunal de la justicia de paz implica que la mayoría de causas en que ésta interviene se producen entre personas relacionadas con vínculos estables, los cuales desean preservar. La característica comunal de la jurisdicción de paz se evidencia en la utilización permanente que los titulares de ésta hacen de estrategias de resolución de conflictos basadas en medios conciliatorios, “arreglos” y “acuerdos” entre los litigantes⁵⁸.

En cuanto a la vinculación de los jueces de paz con las rondas campesinas, según Gitlitz, la misma se produce a nivel de los casos que son susceptibles de ser tratados como disputas intra-comunales, en las que por exceso,

a medida que las disputas se vuelven más serias, sobresalen dos instancias: las justicias de paz y las rondas, usualmente trabajando juntas, pero a veces en competencia también. Muchas veces existe

58 Siles Vallejos, Abraham, *La justicia de paz y su labor esencialmente conciliadora. Un análisis de actas de conciliación*. Comisión Europea-Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú, 1999, págs. 32-36.

una especie de “división del trabajo”. Las justicias de paz se ocupan mayormente de problemas familiares, a veces disputas menores entre vecinos, y contratos presenciales. Los comités de rondas y asambleas consideran cuestiones de propiedad, peleas más serias, robos menores y problemas similares⁵⁹.

6. El NCPP y las rondas campesinas

Los escenarios prácticos de conflictividad y coordinación entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción comunal, derivados de la aplicación del nuevo Código Procesal Penal, en los distritos judiciales en los que existe presencia activa de organizaciones ronderas, se pueden presentar –entre otros– en aspectos relacionados con el eventual valor de prueba preconstituida de las actas que forman parte del libro de ocurrencias de las rondas campesinas. Existe la posibilidad de que las rondas campesinas sustancien conjuntamente con los jueces de paz asuntos (disputas intra-comunales) tramitados en el proceso especial por faltas y con la institución del arresto ciudadano –en calidad de modalidad de la detención, medida de coerción procesal personal–, en el supuesto que se pueda asimilar a ésta la denominada “cadena ronderil”.

a. El valor de las actas de las rondas campesinas

Las actuaciones derivadas de la intervención de las rondas campesinas en la solución de conflictos deben ser registradas en “el libro de ocurrencias que lleva para tal efecto, el mismo que será legalizado por el juez de paz de la jurisdicción correspondiente. Los acuerdos adoptados deben respetar los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio OIT 169, la Constitución y las leyes”, tal como se regula en el primer párrafo del artículo 13 del Decreto Supremo No. 025-2003-JUS, Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas.

En cuanto a las actas sobre las actuaciones realizadas por las rondas campesinas en asuntos de orden penal y contenidas en su libro de ocurrencias, en la realidad se conocen como “arreglos”. Así, “puede

⁵⁹ Gitlitz, John S. “Justicia rondera y derechos humanos, Cajamarca. Entendiendo la resolución de conflictos en la rondas del norte del Perú”..., pág. 10.

verse muy bien en los arreglos escritos, los cuales formalizan la solución de los conflictos. Cada arreglo a la disputa –sea hecho por el comité de la ronda o por la asamblea del pueblo– concluye con un acuerdo escrito entre las partes y presenciado por las autoridades de la ronda⁶⁰.

En el NCPP, el régimen general y las causales de invalidez de las actas se encuentran regulados en los artículos 120 y 121, destacándose la disposición según la cual toda actuación procesal se documenta por medio de acta (120, 1), debiendo ser suscrita por el funcionario o autoridad que dirige (concepto en el cual se podría incluir a los directivos ronderos) y demás intervinientes (120, 4); en cuanto a la invalidez de las actas, éstas carecerán de eficacia si no existe certeza sobre las personas que han intervenido (121, 1), y la omisión de alguna formalidad privará de eficacia al acta o tornará invalorable su contenido, entre otras circunstancias cuando ellas no puedan ser reproducidas con posterioridad y siempre que provoquen un agravio a la defensa del imputado o de los demás sujetos procesales (121, 2).

Con relación a la prueba preconstituida debe indicarse que ésta se configura originalmente en la instancia policial, particularmente en los casos de flagrancia, y también a nivel de las diligencias iniciales de investigación y otros operativos, cuando todavía los fiscales carecen de la *notitia criminis* y se efectúan actuaciones que no volverán a existir o que no tendrán oportunidad de repetirse, por ejemplo, inspecciones “oculares”, allanamientos, registros, secuestros o incautación y aprehensión.

De esta manera, la prueba preconstituida tiene como características esenciales: irrepetible, urgencia, regularidad de la actuación, fidelidad y oralización. Su finalidad es obtener un medio de prueba cuya virtud es dar a conocer la realidad de los hechos acontecidos, destacándose como rasgos centrales: flagrancia, fase inicial, actuación policial, naturaleza irrepetible, regularidad de actuación, presunción de autenticidad, se incorpora validándose, no hay sujeto procesal opuesto y urgencia natural.

⁶⁰ Ibidem.

Por su parte, el NCPP regula la naturaleza y objeto de la prueba preconstituida de modo inorgánico en diversos y dispersos artículos, tal como se aprecia a continuación:

Contenido del Expediente Judicial / 1. Una vez que se dicta el auto de citación a juicio, el Juez Penal ordenará formar el respectivo Expediente Judicial. En este Expediente se anexarán: /.../ b) Las actas en que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la Policía o el Ministerio Público... (Art. 136°.1.b).

Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba... las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código (Art. 325°).

Lectura de la prueba documental / 1. Sólo podrán ser incorporados al juicio para su lectura: /... e) Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras (Art. 383°.1.e).

Sentencia de Segunda Instancia /... 2. La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia (Art. 425°.2).

En esta línea de análisis, resulta razonable sostener que el valor de las actas de las rondas campesinas será de carácter variable, en función del estadio procesal: 1) pueden servir como actos de investigación durante la investigación preliminar y la investigación preparatoria, sea que se refieran a declaraciones o no; 2) la omisión de alguna formalidad en la confección de las actas de las rondas campesinas les privará de eficacia o tornará invalorable su contenido para la investigación preliminar y la investigación preparatoria, cuando su contenido no pueda ser reproducido con posterioridad, vale decir, cuando se trate de una prueba pre constituida; y 3) las actas de las rondas campesinas tendrán la virtualidad de prueba pre constituida para la investigación preliminar, la investigación preparatoria y el juzgamiento cuando cumpla con las formalidades para su confección y se refiera actuaciones procesales distintas a las declaraciones.

b. La relación con los jueces de paz

Desde la perspectiva normativa, aparte de la legalización por el juez de paz del libro de ocurrencias de las rondas campesinas, éstas se vinculan con los jueces de paz desde el momento en que se constituyen formalmente, debiendo participar el juez de paz del caserío o centro poblado para dar fe de la asamblea general de constitución de la organización rondera, tal como lo establece el segundo párrafo del artículo 6 del Decreto Supremo No. 025-2003-JUS, Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas.

Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, los nexos de las rondas campesinas con los jueces de paz tienen una naturaleza dinámica debido a que pueden concurrir en la resolución conjunta de conflictos intra-comunales, pueden competir en la resolución de las disputas o se dividen el trabajo, correspondiendo eventualmente la sustanciación de los casos de menor entidad a los jueces de paz y el conocimiento de los casos más graves a las rondas campesinas.

Conforme al NCPP, uno de los procesos especiales es el proceso por faltas, regulado por los artículos 482 a 487 del indicado Código Adjetivo, cuya competencia primigenia corresponde a los jueces de paz letrados. Sin embargo y excepcionalmente, en los lugares donde no existan éstos, los jueces de paz conocerán del proceso especial por faltas (482, 2). En este caso, teniendo en cuenta la constatación fáctica y real mencionada líneas arriba, en que las rondas campesinas resuelven conjuntamente con los jueces de paz los conflictos intra-comunales de menor entidad en materia penal, es posible que se presente un escenario en el que las rondas campesinas lleguen a conocer, sustanciar y resolver hechos punibles considerados como faltas.

De producirse la situación descrita, surgen un par de cuestiones hipotéticas aún irresueltas. La primera se refiere a si la ronda campesina podría “dictar mandato de comparecencia sin restricciones contra el imputado” (485, 1) o hacer que éste –en caso no se presente voluntariamente a la asamblea rondera– comparezca “por medio de la fuerza pública, y si fuera necesario se ordenará la prisión preventiva hasta que se realice y culmine la audiencia” (485°, 2); ello en ejercicio

de la atribución conferida a las rondas campesinas para solicitar el apoyo de la fuerza pública mediante el artículo 9 de la Ley No. 27908. La segunda situación hipotética –en caso de no ocurrir una conciliación–, sería la de determinar si la decisión final adoptada por la organización rondera se podría asimilar a una sentencia. En caso que la respuesta sea afirmativa, sería posible sostener que dicha “resolución final” es susceptible de ser impugnada vía recurso de apelación ante el Juez Penal (486, 1).

c. El arresto ciudadano y la cadena ronderil

Conforme se ha indicado líneas arriba, la “cadena ronderil” es una costumbre muy extendida en Cajamarca que implica someter a una persona “investigada” o “culpable” a la actividad de patrullar, durante varias noches, obligándola a desplazarse por varios lugares, con diferentes turnos de ronderos, para que así todos (los miembros de los centros poblados o caseríos) lo conozcan y se vaya generando en él un escarmiento.

En época reciente, la Corte Suprema se ha pronunciado en varias sentencias⁶¹ sobre la capacidad de las comunidades campesinas y rondas campesinas para administrar justicia, la naturaleza de la “cadena ronderil” y el error de comprensión culturalmente condicionado derivado de procesos por los tipos penales de secuestro, lesiones, usurpación de funciones, desobediencia y resistencia a la autoridad, etc.

En las sentencias de la Corte Suprema se han emitido fundamentaciones disímiles en cuanto a las atribuciones de las rondas campesinas para capturar a las personas. En algunas la Corte Suprema ha afirmado

61 Recurso de nulidad No. 5622-97 (Piura/11 de mayo de 1998); Recurso de nulidad No. 4382-97 (9 de marzo de 1998); Recurso de nulidad No. 975-2004 (San Martín/9 de junio de 2004); Recurso de nulidad No. 752-2006 (Puno); Recurso de nulidad No. 4160-96 (Ancash); Recurso de nulidad No. 764-2004 (Cusco); Recurso de nulidad No. 1836-2006 (Amazonas); Recurso de nulidad No. 2174-2005 (Cajamarca); Recurso de nulidad No. 2054-2004 (Ancash); Recurso de nulidad No. 2686-2003 (Cajamarca); Recurso de nulidad No. 3156-2005 (San Martín); Recurso de nulidad No. 3285-2005 (Cajamarca); Recurso de nulidad No. 3473-2004 (Cajamarca); Recurso de nulidad No. 3520-2002 (Lambayeque); Recurso de nulidad No. 3746-2005 (Piura); Recurso de nulidad No. 4086 (Cajamarca); Recurso de nulidad No. 4742-2005 (San Martín), entre otros.

de manera inconsistente que las rondas campesinas podrían capturar a personas como parte de sus funciones de seguridad comunal (defensa y cooperación frente al delito común) y que su amparo normativo se encuentra en el artículo 149 de la Constitución –que por lo demás no las facultad expresamente para detener a personas–, razón por la cual devenía en aplicable la eximente de responsabilidad penal al obrar por disposición de la ley.

En otras sentencias la Corte Suprema ha señalado de modo singular que la cadena ronderil,

no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución Política del Perú que a la letra dice... no habiéndose advertido con ello ningún ejercicio abusivo del cargo ya que por el contrario todos los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbres⁶².

En función del marco jurisprudencial antes mencionado, en el artículo 260 del NCPP se regula el instituto del arresto ciudadano, como modalidad de la medida coercitiva procesal de detención. Con el arresto ciudadano se habilita a todas las personas para arrestar a un presunto delincuente, siempre que la comisión delictiva sea en estado de flagrancia, debiéndose entregar inmediatamente al arrestado a la autoridad policial más cercana y prohibiéndose el encierro o privación de la libertad del arrestado sea en lugar público o privado (bajo la probable excusa de mantener tal situación hasta su entrega a la autoridad policial).

Las características resaltantes del arresto ciudadano llevan *prima facie* a constatar que: 1) los miembros de las rondas campesinas –como cualquier otro ciudadano– se encuentran legitimados para aplicar el instituto procesal del arresto ciudadano, siempre que concurren los presupuestos legales para ello; 2) en sus elementos centrales la figura del arresto ciudadano es totalmente distinta a la práctica de la “cadena ronderil”, en la medida que ésta busca escarmentar y presionar físicamente al presunto delincuente para admitir su responsabilidad –real o no– en el hecho investigado; 3) la

⁶² Recurso de nulidad No. 975-2004 (San Martín/9 de junio de 2004).

“cadena ronderil” no puede encontrar su fundamento justificatorio en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú en la medida que la prescripción constitucional sólo otorga la calidad de órgano de apoyo a las rondas campesinas en el contexto del ejercicio de las facultades jurisdiccionales por las autoridades comunales, y 4) la “cadena ronderil”, al constituirse en una práctica que restringe el derecho fundamental a la libertad de las personas, para tener validez jurídica debe tener una autorización legal expresa y no sólo un sustento jurisprudencial.

Conclusiones y recomendaciones

a. Sobre el marco normativo del Convenio No. 169 de la OIT

- A partir del contraste de los convenios de la OIT sobre pueblos indígenas, se puede establecer diferencias sustanciales en materia del proceso histórico del reconocimiento de la jurisdicción indígena. Así, del artículo 7.2 del Convenio No. 107 de la OIT de 1957 a los artículos 8.2, 9, 10 y 12 del Convenio No. 169 de 1989, se puede constatar que: a) existe un “deber” por parte de los Estados para reconocer y existe una “facultad” para los pueblos indígenas de conservar las costumbres e instituciones propias, en la medida que sea compatible con el ordenamiento jurídico nacional y los derechos fundamentales; b) el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos como orden público que no puede ser contravenido por los derechos indígenas; c) el “deber” de los Estados para respetar los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los “delitos” cometidos por sus miembros; y d) la “obligación” estatal para establecer mecanismos de solución de conflictos que puedan surgir en la aplicación del principio de conservación de las costumbres, instituciones propias y métodos tradicionales de represión de “delitos” cometidos por miembros de pueblos indígenas.

b. Sobre la jurisdicción comunal

- En el Perú existen un conjunto de normas legales y constitucionales que, en forma dispersa, diferenciada, inconexa y asistemática, reconocen la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales o practicar formas tradicionales de administración de justicia a las comunidades campesinas, comunidades nativas, jueces de paz y rondas campesinas, basándose en el derecho consuetudinario.
- El artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993, que reconoce el ejercicio de funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, en aplicación de su derecho consuetudinario y con el apoyo de las rondas campesinas, lo circunscribe a su ámbito territorial y lo sujeta al respeto de los derechos fundamentales, atribuyendo competencia al Poder Legislativo para señalar las formas de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional.
- El Estado peruano debe promover la discusión y elaboración de un anteproyecto de reforma constitucional del artículo 149 de la Constitución Política de 1993, en consulta con las poblaciones interesadas, para introducir el término de pueblos indígenas como titulares de la jurisdicción especial y, de ser el caso, definir la situación de las rondas campesinas ubicadas fuera de las comunidades campesinas y nativas que ejercen funciones de resolución de conflictos, sea en el mismo artículo constitucional reformado o en uno independiente.
- El Estado peruano debe promover la discusión y aprobación de una norma legal que reglamente y desarrolle el artículo 149 de la Constitución, que permita formalizar el reconocimiento de las potestades jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas, vale decir, de la Ley de Coordinación, que esencialmente defina las competencias de la jurisdicción ordinaria y la denominada jurisdicción especial indígena, los procedimientos, materias, límites, la eficacia y validez de las

decisiones y los órganos de resolución de conflictos entre ambas jurisdicciones, entre otros aspectos.

- El diseño de un curso modelo de pluralismo jurídico por la Academia de la Magistratura para magistrados (jueces y fiscales) que realizan sus actividades en zonas en las que existe presencia significativa de comunidades campesinas y comunidades nativas que ejercen funciones jurisdiccionales, así como en los lugares en los que desarrollan sus actividades de resolución de conflictos las rondas campesinas.
- La masiva difusión ante las autoridades de la Administración Pública (policía, militares, jueces y fiscales) de la normatividad que reconoce derechos a las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas, para evitar la criminalización de sus miembros por el ejercicio de sus prácticas de resolución de conflictos y administración de justicia.

c. Sobre la jurisdicción comunal y las rondas campesinas

- El reconocimiento del innegable papel que cumplen las rondas campesinas en el ámbito de la resolución de conflictos y administración de la justicia hasta la fecha no resulta pacífico. Las posiciones doctrinales al respecto se encuentran divididas, con diversos matices, entre los que sostienen que las rondas campesinas tendrían relativas facultades de colaboración en las funciones jurisdiccionales y policiales; los que plantean que las rondas campesinas constituyen instancias informales de resolución de conflictos; y quienes afirman que las rondas campesinas tienen y deben ejercer de manera plena funciones jurisdiccionales. La multiplicidad de interpretaciones sobre el rol de las rondas campesinas en materia de justicia, entre otros factores y en gran parte se ha visto acrecentada por la existencia de un marco jurídico impreciso y contradictorio, tanto en lo que se refiere a los instrumentos internacionales vigentes en nuestro ordenamiento interno, como a nivel constitucional y en la legislación ordinaria.

- Las rondas campesinas no son instituciones equivalentes y tampoco comparten la misma naturaleza jurídica que las comunidades campesinas y nativas, en términos históricos, sociales y jurídicos.
- Jurídicamente no es posible aplicar y “transferir” derechos por mandato legal –tal como lo efectúa la Ley No. 27908– de un sujeto de derecho (comunidades campesinas y nativas) a otro sujeto de derecho (rondas campesinas), el primero de los cuales tiene un plexo de derechos reconocidos constitucionalmente y en instrumentos internacionales, y, esencialmente, en razón que el segundo responde a una realidad histórica diferente y tiene una naturaleza jurídica particular.
- A partir de la vigencia de la Ley No. 27908, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican únicamente a las rondas campesinas formadas y sostenidas al interior de las comunidades, a pesar que aquéllas no tendrán una personalidad jurídica autónoma y están subordinadas a las comunidades.
- A partir de la vigencia de la Ley N0. 27908, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas no se aplicarán a las rondas campesinas organizadas en los lugares donde no existan o no sean predominantes las comunidades, en la medida que sus miembros no se identifiquen como indígenas o pertenecientes a pueblos indígenas.
- La atribución constitucional conferida expresamente a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, no puede ser extendida a las rondas campesinas en aplicación de la fórmula legal “en lo que corresponda y favorezca”, debido sustancialmente a que la disposición constitucional sólo enuncia “con el apoyo de las Rondas Campesinas”.
- En ejercicio de las funciones jurisdiccionales y/o de la potestad de intervenir en la solución pacífica de conflictos, reconocidas a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas y a

las rondas campesinas, respectivamente, tales organizaciones sociales tendrán competencia para conocer los “hechos punibles” que surjan en su territorio (competencia territorial), sobre los “hechos punibles” esencialmente conocidos como faltas (competencia material) y respecto de sus miembros (competencia personal), siempre que sea congruente con lo dispuesto en el sistema jurídico nacional, el respeto de los derechos fundamentales y de los derechos humanos.

d. Sobre la conflictividad competencial entre la jurisdicción penal ordinaria y la justicia comunal

- El Estado peruano a través de la aprobación de la futura Ley de Coordinación, debe definir el contenido de las competencias (territoriales, materiales y personales) de la jurisdicción comunal.
- El Estado peruano a través de la aprobación de la futura Ley de Coordinación, debe determinar las competencias materiales de la jurisdicción comunal, vale decir, qué hechos punibles (delitos y faltas) serán de su conocimiento.
- Para definir los “casos previstos”, aludidos en el numeral 3 del artículo 18 del NCPP, constitutivos de “hechos punibles” y sometidos a la jurisdicción comunal, será requisito necesaria –aunque no imprescindible– la elaboración de estudios y registros etnográficos a nivel nacional sobre las formas y contenidos de los sistemas de resolución de conflictos de los grupos étnicos, pertenecientes o no a comunidades campesinas y nativas, y sobre las formas de coordinación y relacionamiento con la jurisdicción ordinaria.
- El Estado peruano debe promover la definición de mecanismos para determinar los derechos fundamentales mínimos que deben respetarse en el procesamiento de hechos punibles por la jurisdicción comunal.
- El Estado peruano debe promover la discusión y aprobación de una nueva Ley de Rondas Campesinas –la tercera–, que corrija

las incoherencias destacadas y la lógica civilista prevista para su reconocimiento e inscripción.

e. Sobre la necesidad de coordinación entre la jurisdicción penal ordinaria y la justicia comunal

- El Estado peruano a través de la aprobación de la futura Ley de Coordinación, debe establecer los lineamientos para enfrentar los posibles conflictos que podrían surgir en el ejercicio de las competencias de ambas jurisdicciones, así como definir los contenidos de las formas de coordinación y los criterios de coordinación para resolver los conflictos surgidos al interior (entre miembros o no) o al exterior de las comunidades.
- El Estado peruano a través de la aprobación de la futura Ley de Coordinación, debe prever ante la eventualidad de conflictos jurisdiccionales, los supuestos en que la coordinación se justificaría, ya sea en temas de grave conflicto intercultural, en materia penal, o si la coordinación sólo se justifica en materia civil, no siendo el ámbito penal objeto de coordinación.
- El Estado peruano debe definir si, en los distritos judiciales en los que ha entrado en vigencia en su integridad el NCPP, para aplicar el numeral 3 de su artículo 18, en el extremo referido al ejercicio de la jurisdicción comunal, resulta necesario exigir la previa aprobación por el Poder Legislativo de la Ley de Coordinación prevista en el artículo 149 de la Constitución.
- El Estado peruano debe definir si, en los distritos judiciales en los que ha entrado en vigencia en su integridad el NCPP, el numeral 3 de su artículo 18 le resultaría aplicable a las rondas campesinas, en caso que ellas existan y tengan reconocida su personalidad jurídica, conforme a la Ley de Rondas Campesinas (Ley No. 27908).
- El Estado peruano debe garantizar la exigibilidad del deber legal para que las autoridades de la jurisdicción ordinaria (jueces y fiscales) establezcan relaciones de coordinación con los dirigentes de las rondas campesinas respetando las autonomías

institucionales propias, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Rondas Campesinas.

- El Estado peruano debe establecer un mecanismo que permita dar cumplimiento a la atribución reconocida a los dirigentes de las rondas campesinas para que puedan solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado en el ejercicio de sus derechos, según lo reconoce el artículo 9 de la Ley de Rondas Campesinas.

f. Sobre el NCPP y las rondas campesinas

- Según las normas del nuevo Código Procesal Penal y la normatividad específica de las rondas campesinas, el valor de sus actas será de carácter variable, en función del estadio procesal: 1) pueden servir como actos de investigación durante la investigación preliminar y la investigación preparatoria, sea que se refieran a declaraciones o no; 2) la omisión de alguna formalidad en la confección de las actas de las rondas campesinas les privará de eficacia o tornará invalorable su contenido para la investigación preliminar y la investigación preparatoria, cuando su contenido no pueda ser reproducido con posterioridad, vale decir, cuando se trate de una prueba preconstituida, y 3) las actas de las rondas campesinas tendrán la virtualidad de prueba preconstituida para la investigación preliminar, la investigación preparatoria y el juzgamiento cuando cumplan con las formalidades para su confección y se refiera actuaciones procesales distintas a las declaraciones.
- De acuerdo a las normas del NCPP, la normatividad específica de las rondas campesinas y de los jueces de paz, es posible que se presente un escenario en el que las rondas campesinas lleguen a conocer, sustanciar y resolver hechos punibles considerados como faltas, circunstancia en la que podrían surgir algunas cuestiones hipotéticas aún irresueltas: 1) la posibilidad que la ronda campesina dicte mandato de comparecencia sin restricciones contra el imputado o hacer que éste –en caso que no se presente voluntariamente a la asamblea rondera–

comparezca por medio de la fuerza pública, y, si fuera necesario, se ordene la prisión preventiva hasta que se realice y culmine la audiencia, en ejercicio de la atribución conferida a las rondas campesinas para solicitar el apoyo de la fuerza pública, mediante el artículo 9 de la Ley No. 27908; 2) en caso de no ocurrir una conciliación, sería posible asimilar o dar valor de una sentencia a la decisión final adoptada por la organización rondera en un caso equivalente al hecho punible de falta, y en tal eventualidad sería posible sostener que dicha “resolución final” es susceptible de ser impugnada vía recurso de apelación ante el juez penal.

- Las características resaltantes del arresto ciudadano, permiten constatar que: 1) los miembros de las rondas campesinas –como cualquier otro ciudadano– se encuentran legitimados para aplicar el instituto procesal del arresto ciudadano, siempre que concurren los presupuestos legales para ello; 2) en sus elementos centrales la figura del arresto ciudadano es totalmente distinta a la práctica de la “cadena ronderil”, en la medida que ésta busca escarmentar y presionar físicamente al presunto delincuente para admitir su responsabilidad –real o no– en el hecho investigado; 3) la “cadena ronderil” no puede encontrar su fundamento justificatorio en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, en la medida que la prescripción constitucional sólo otorga la calidad de órgano de apoyo a las rondas campesinas en el contexto del ejercicio de las facultades jurisdiccionales por las autoridades comunales, y 4) para tener validez jurídica la “cadena ronderil”, al constituirse en una práctica que restringe el derecho fundamental a la libertad de las personas, debe tener una autorización legal expresa y no sólo un sustento jurisprudencial.

Bibliografía¹

- Bazán Cerdán, J. Fernando, “La jurisdicción especial indígena en la Constitución Política del Perú (1993)”, Seminario internacional: “Los pueblos indígenas en el siglo xxi: interculturalidad, derecho, justicia y desarrollo”. Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano, Buenos Aires, Argentina, 30 de agosto-03 de septiembre 1999. Ver: <http://cejamericas.org/doc/documentos/lajurisdiccionespecialindigena.pdf>
- Bazán Cerdán, J. Fernando, “La Ley de Coordinación entre la justicia estatal y comunal: retos para la efectividad del Art. 149 de la Constitución Política del Perú”. Servindi, Lima, Perú, abril de 2008. Ver: <http://www.servindi.org/actualidad/3758/3758>
- Censo Nacional de Población de 1993 (IX), INEI. Lima, Perú, 1994.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA, *Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2006-2007*. Tercera Edición, Santiago, Chile, 2007. Ver: <http://www.cejamericas.org/reporte/>
- Centro de Investigación Iuris Veritatis. Entrevista al doctor Carlos Ramos Nuñez, realizada por Jean Carlo Gonzalo Cuba Yaranga el 21 de noviembre del 2008. Ver: <http://iurisveritatis.blogspot.com/2008/12/entrevista-al-doctor-carlos-ramos-nuez.html>
- Comisión Andina de Juristas, *Gente que hace Justicia. La justicia de paz*. Lima, Perú, 1999.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 63. Washington, Estados Unidos de América, 19 de octubre de 2000.
- Defensoría del Pueblo del Perú, *Informe Defensorial, Situación de los derechos humanos en Jaén, Bagua y San Ignacio*. Serie Informes Defensoriales No. 31. Defensoría del Pueblo, Lima, Perú, diciembre de 1999.

¹ Referencias a sitios en Internet disponibles a 19 de febrero de 2010.

- Directorio de Comunidades Campesinas del Perú, PETT, Ministerio de Agricultura (Información a diciembre de 1998). Lima, Perú.
- Directorio de Comunidades Nativas del Perú, PETT, Ministerio de Agricultura (Información a diciembre de 1999). Lima, Perú.
- Gitlitz, John S., “Justicia rondera y derechos humanos, Cajamarca. Entendiendo la resolución de conflictos en la rondas del norte del Perú”, en: *Revista Ius & Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2005.
- Gitlitz, John S.,. “Rondas campesinas y violencia”, en: *Justicia y violencia en las zonas rurales. La experiencia de la Región Andina*, Seminario-Taller, Lima, 20 a 22 de noviembre del 2002. Instituto de Defensa Legal-Internationale Weiterbildung und Entwicklung gGmbH, Lima, Perú, 2003.
- Lobatón Palacios, David, y otros, *Justicia de Paz. El otro Poder Judicial*. Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú, abril de 1999.
- Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú, Ministerio de Agricultura. Instituto Indigenista Peruano, Lima, Perú, 1994.
- Márquez Calvo, Jaime, “Rondas y Comités de Autodefensa: historia y desarrollo”, en: *Ronderos: los ojos de la noche. Manual para promotores de rondas campesinas*. Segunda Edición Revisada, Instituto de Defensa Legal, Lima, Perú, febrero 1997.
- Martínez Cobo, José R., *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Informe final del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías*. Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1983.
- Pasara, Luis, “La justicia de paz no letrada. Diagnóstico”, estudio preparado por encargo del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Lima, Perú, 1979 (no publicado). Tomado de Hans Jurgen Brandt, *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú*. Fundación Friedrich Naumann, Lima, Perú, 1990.

- Pérez Mundaca, José, *Montoneras, bandoleros y rondas campesinas. Violencia política, abigeato y autodefensa en Cajamarca, 1855-1990*. Municipalidad Provincial de Cajamarca, ASODEL y CEDEPAS, Cajamarca, Perú, 1997.
- Revilla, Ana Teresa, “La administración de justicia informal en el Perú”. Organización de los Estados Americanos, Departamento de Asuntos y Servicios Jurídicos. Ver: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti8.htm>
- Rojas Vargas, Fidel, “Rondas Campesinas: entre el Derecho consuetudinario y el error de comprensión culturalmente condicionado”, en: *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Jurista Editores E.I.R.L., Lima, Perú, 2004.
- Siles Vallejos, Abraham, *La justicia de paz y su labor esencialmente conciliadora. Un análisis de actas de conciliación*. Comisión Europea-Instituto de Defensa Legal. Lima, Perú, 1999.
- Starn, Orin, *Con los llanques todo barro: Reflexiones sobre rondas campesinas, protesta rural y nuevos movimientos sociales*. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, Perú, 1991.
- Tamayo Flores, Ana María, “Balance y perspectivas de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario, a partir del contexto de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas amazónicos” (documento de trabajo), julio de 1997. En: *Nosotros y los otros. Avances en la afirmación de los pueblos indígenas amazónicos*, Serie Informes Defensoriales, Informe No. 12. Defensoría del Pueblo, Lima, Perú, agosto 1998.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel, “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”, en: *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes*, No. 59-60, Edición Especial, Vol. 1. Instituto de Pastoral Andina, Sicuani, Cusco, 2002. Ver: <http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm>

La violencia policial hacia los mapuches en Chile

*Jonas-Sébastien Beaudry**

Introducción. El caso Lemún: la punta del iceberg

Edmundo Alex Lemún Saavedra era un joven estudiante mapuche, miembro de la comunidad Requen-Lemún, ubicada en Ercilla, una comuna de la Araucanía en el norte de Chile. Tenía 17 años cuando fue asesinado por el Mayor Marco Aurelio Treuer, miembro de los Carabineros de Chile. Durante una manifestación para recuperar las tierras apropiadas por la Empresa Forestal Mininco, el oficial Aurelio Treuer disparó hacia los manifestantes con un perdigón de plomo, impactando la cabeza del joven, quien falleció después de cinco días de hospitalización, el 12 de noviembre del 2002. El proceso judicial en contra del Mayor Aurelio Treuer llegó a su última etapa en la Corte Marcial, que exculpó definitivamente al carabinero.

La imagen de Alex Lemún ha sido usada para crear una iconografía de mártir y fue el objeto de manifestaciones políticas, declaraciones ante organismos internacionales¹, eventos conmemorativos, ceremonias y homenajes, poemas y otras actividades culturales y artísticas. El enfoque sobre el incidente ha proporcionado un impulso político para la causa de la “liberación” mapuche, cristalizando la oposición entre las comunidades indígenas y la sociedad chilena.

* B.C.L., LL.B. (McGill), LL.M. (Harvard). Inscrito al Colegio de los abogados de Québec, Canadá. Actualmente doctorando en la Universidad de Oxford y becario de la Fundación Pierre Elliott Trudeau. El autor está agradecido por su apoyo financiero a la Fundación Trudeau y al FQRSC. También agradece a Marisa Urday Reynoso y a Ana María Vásquez Duplat sus comentarios juiciosos sobre una versión previa de este artículo.

¹ Véase, *inter alia*, el testimonio del padre de Alex Lemún ante la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en línea: <http://www.mapuchemation.org/espanol/html/noticias/testimonio-01.htm> (disponible al 19 de febrero de 2010).

Mediante el presente trabajo, pretendo anclar en fenómenos puntuales como fue la muerte de Alex Lemún en una realidad institucional de violencia generalizada. Estos graves incidentes son la manifestación de tensiones entre los mapuches, empresas privadas y el Estado, sobre cuestiones de propiedad territorial.

El caso Lemún está actualmente tramitando ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posiblemente, la Corte Interamericana tendrá que deliberar sobre las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos cometidas por el Estado chileno.

Tras un esbozo histórico rudimentario del patrón de violencia hacia los mapuches en Chile y una clara manifestación de violencia policial todavía ocurriendo en la Araucanía, este artículo persigue el objetivo de establecer la existencia de un patrón de violencia policial, dado que éste es un criterio clave en la consideración de la gravedad de incidentes puntuales y en la búsqueda de remedios apropiados en las decisiones tomadas en el marco del sistema interamericano de derechos humanos.

Paralelamente, este retrato de las raíces políticas de la violencia estatal, y más concretamente policial, hacia los mapuches de Chile igualmente revela las limitaciones inherentes al sistema de protección regional de protección de derechos humanos para proporcionar una solución completa a un problema de tipo institucional que necesita reformas políticas nacionales y la creación de estructuras dialogadas equitativas con los mapuches.

1. Dimensión histórica de los conflictos territoriales

Es importante anclar el contexto de violencia actual en el marco histórico del tratamiento de los mapuches en Chile, porque este marco legitima las reclamaciones actuales de los mapuches. De hecho, eclipsar las raíces históricas del conflicto fue una estrategia usada por varios actores civiles en Chile para deslegitimar las reclamaciones territoriales y manifestaciones de los Mapuches.

a. Información socio-demográfica

La población indígena constituye un 6,39% de la población chilena, entre ellos, el 5,58% pertenece al pueblo Mapuche². Un 65% de la población indígena vive en suburbios al margen de ciudades demográficamente importantes, como Santiago, Temuco y Concepción. Estos son los “mapuches urbanos” (en oposición a la población indígena rural que constituye el otro 35%) y pertenecen a la parte más pobre de la población chilena³. La mayoría de la población indígena son menores de 30 años y se concentra en tres regiones (la Araucanía, la Metropolitana y Los Lagos)⁴. En su misión a Chile, el Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los indígenas resume que los indígenas “[viven] en situación de pobreza y marginación, resultado de la discriminación histórica de la que han sido víctimas”⁵.

b. Contexto de asimilación, de usurpación de tierras y de violencia desde un punto de vista histórico

La historia de la usurpación de las tierras mapuches se puede dividir en cinco etapas.

2 Wessendorf, K. (ed.), *El mundo indígena*. International Work Group for Indigenous Affairs, 2008, pág. 223: “De acuerdo a la oficial Encuesta de Caracterización Socioeconómica (CASEN 2006), 1.060.786 personas se reconocen como miembros de pueblos indígenas, corrigiendo el subregistro del censo de 2002, que informa un total de 692.192 personas. El 87.3% pertenece al pueblo Mapuche, el 7% al Aymará y el 3% al Atacameño. Los otros pueblos (Colla, Rapanui, Quechua, Yámana y Kawaskar) representan un 2,7 % de los indígenas”. La población total de Chile es de 16,601,707, según el estimado del CIA World Book 2009, en línea: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ci.html> (disponible al 19 de febrero de 2010).

3 Aylwin, José, “Indigenous Peoples Rights in Chile: Progresses and Contradictions in a Context of Economic Globalization”, sección 3.1. Documento presentando en el XXVIII Congreso de la Canadian Association for Latin American and Caribbean Studies (CALACS), Simon Fraser University, Vancouver, B.C., marzo de 1998. Ver: <http://www.xs4all.nl/~rehue/art/ayl2.html> (disponible al 19 de febrero de 2010).

4 *Ibidem*.

5 Stavenhagen, Rodolfo, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”. Misión a Chile, Consejo Económico y Social, E/CN.4/2004/80/Add.3, 17 de noviembre de 2003 [e adelante Informe del Relator Especial], párr. 3, pág. 5.

Colonización española (final del siglo XVI hasta mitad del siglo XIX)

A finales del siglo XVI, los españoles sometieron a los incas e intentaron también subordinar a los mapuches, pero éstos defendieron su territorio al sur de Chile; aquella resistencia formó el conflicto conocido como la “Guerra de Arauco”. Los fracasados intentos españoles condujeron a la Corona española a negociar varios tratados (los “parlamentos”, el más conocido siendo el de Quilin de 1641) por los cuales reconocieron la independencia del pueblo mapuche y establecieron el río Biobío como frontera entre las dos culturas, dado que ya era la frontera militar y cultural de hecho entre las dos sociedades.

La “Pacificación de la Araucanía” y las “reducciones” (mitad del siglo XIX hasta 1970)

Este *status quo* duró hasta el final del siglo XIX. Ya desde la mitad del siglo XIX, las autoridades chilenas debatieron estrategias para integrar los terrenos mapuches a la economía agricultora nacional. Tras la guerra contra España (1865-1883) Chile fortificó su organización militar, lo que facilitó la conquista de la Araucanía (la parte Sur de Chile ocupada por los mapuches), eufemísticamente llamada la “Pacificación de la Araucanía” que resultó en el establecimiento de la autoridad legal chilena sobre los territorios mapuches. Los mapuches, al igual que los otros pueblos indígenas, perdieron su soberanía territorial tras políticas que declararon “fiscales” las tierras al sur del río Biobío, legalizando su transferencia a particulares. Al mismo tiempo, el Estado otorgó títulos sobre tierras a los mapuches, los llamados “títulos de merced” o “reducciones”, por lo que constituían unos 6,39% del territorio ancestral mapuche⁶. La usurpación de tierras siguió progresivamente, se puede decir, hasta hoy. Las mayores usurpaciones de tierra ocurrieron durante las tres primeras décadas del siglo XX, durante las cuales el Estado recuperó casi un tercio de las tierras otorgadas bajo los títulos de merced. Como lo escribe el historiador especializado en la historia de los mapuches, José Bengoa,

⁶ Aylwin, José, “Indigenous Peoples Rights in Chile: Progresses and Contradictions in a Context of Economic Globalization”..., sección 2.

y la Comisión de Verdad Histórica, estos procesos de usurpación emplearon medidas de fuerza abusiva⁷.

Período 1970-1973

Cabe notar que Salvador Allende se comprometió a restituir las tierras usurpadas a los indígenas⁸, pero estos avances, que incluían la creación de varias organizaciones Mapuches, fueron aniquilados bajo la dictadura, durante la cual los indígenas perdieron efectivamente la posibilidad de hacer reclamaciones sobre las tierras usurpadas⁹.

Período 1973-1989

Como lo describe el Relator Especial sobre la situación de los indígenas en Chile,

[el] régimen militar golpista de Augusto Pinochet revirtió estas reformas y decretó la privatización de las tierras indígenas, que fue acompañada de la represión de los movimientos sociales, incluidos los indígenas y de los mapuches en particular¹⁰.

La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación relata la muerte o desaparición de 136 mapuches durante este período¹¹, caracterizado por la legalización de la usurpación territorial y la ilegalización de movimientos indígenas, por ejemplo, con la ley antiterrorista chilena

⁷ Por ej., José Bengoa lista varios asesinatos de mapuches en diarios regionales entre 1910 y 1930 en su *Historia del Pueblo Mapuche: siglos XIX y XX*. LOM ediciones, Santiago de Chile, (1985) 1999, pág. 377.

⁸ Informe Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003, Volumen I, primera parte [en adelante Informe de la Comisión de Verdad Histórica] págs. 443-4: “El manifiesto y compromiso firmado en el cerro Ñielol el año 1964 entre el entonces candidato a la presidencia Salvador Allende y el pueblo mapuche contemplaba el dictado de una nueva ley indígena, en la que, respecto a la propiedad de las tierras, se debía abordar la... restitución y remensuramiento de todos los fundos colindantes con comunidades o propietarios indígenas, para saber a ciencia cierta las hectáreas usurpadas y la vuelta inmediata a sus dueños”.

⁹ *Ibidem*, pág. 447: “De las 40 organizaciones mapuches que existían hacia fines del año 1972 y que en diversos niveles representaban al Pueblo Mapuche, nada se supo de ellas ni de sus dirigentes después del golpe militar de 1973, desapareciendo por completo el movimiento indígena nacional, corriendo la misma suerte que el movimiento social y popular chileno en general”.

¹⁰ Stavenhagen, Rodolfo, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”..., párr. 11.

¹¹ Informe de la Comisión de Verdad Histórica, pág. 450.

(Ley No. 18.314) de 1984. Sin embargo, demandas para un derecho a la libre determinación y a la autonomía de los pueblos indígenas reaparecieron en la esfera pública a mediados de los 80¹².

c. Conclusión

Este contexto histórico de usurpación territorial muestra que el Estado chileno ha tenido una larga historia de recurrir a la violencia para usurpar tierras mapuches y mantener el *status quo* territorial establecido por convenciones políticas y tipificaciones legales, establecidas en un contexto de dominación colonial.

Las medidas de asimilación territorial no corresponden a una integración cultural sino a una “incorporación subordinada”. El Relator Especial sobre la situación de los derechos indígenas escribe que “[la] sociedad chilena en su conjunto y la clase política en particular ignoraban, cuando no negaban, la existencia de los pueblos originarios como parte de la nación chilena”. Paralelamente, escribe José Bengoa, se formó así la consciencia étnica mapuche, como víctima del robo de las tierras por el huinca, el extranjero, el hombre blanco¹³.

2. Dimensión sociopolítica de los conflictos territoriales

Los conflictos mapuches tienen dos particularidades que cabe mencionar. La primera es que los conflictos mapuches tienen una dimensión inherentemente territorial. Es decir, las reclamaciones territoriales de los mapuches son centrales a los conflictos mapuches en la actualidad, incluso los conflictos que han conducido al uso de la fuerza por parte de los mapuches y por agentes del gobierno chileno, como en el caso Lemún.

La segunda particularidad es que la territorialidad mapuche no es simplemente un tema de conflicto de propiedad, sino también un tema de conflicto cultural, dado que ellos desarrollan su cultura

¹² Toledo LLancaqueo, Víctor, *Pueblo Mapuche. Derechos colectivos y territorio. Desafíos para la sustentabilidad democrática*. Ediciones Chile Sustentable, LOM, Santiago de Chile, mayo de 2006, pág. 459. En línea: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/publicaciones.html> (disponible al 19 de febrero de 2010).

¹³ Bengoa, José, *Historia del Pueblo Mapuche...*, pág. 377.

en su territorio y que la propia noción occidental de propiedad no corresponde a la relación que tienen con la tierra, que tiene una dimensión sagrada y es un patrimonio comunitario más que una propiedad individual. Pero aun sólo como conflicto económico, la usurpación/explotación de tierras mapuches causa la disminución de los recursos naturales de los cuales ellos dependen.

Los procesos de usurpación de las tierras de los mapuches, así como de deslegitimación de sus reclamaciones, fueron normalizados dentro de un marco legal. Por ejemplo, el gobierno militar suprimió el Instituto de Desarrollo Indígena, y con ella la Ley Indígena 17.729, promulgada durante el gobierno de Allende. De esta forma, hasta 1979 no se aplicará ninguna legislación ni política pública en materia indígena. En ese año el Gobierno militar promulgó el Decreto Ley No. 2.568, que consiguió finalmente la liquidación de las comunidades mapuches. Según la Comisión de Verdad Histórica, este Decreto Ley tenía los objetivos políticos siguientes:

- Promover el pleno acceso a la propiedad individual mediante la entrega de títulos de dominio a los mapuches.
- Lograr la plena integración de la raza mapuche a la nación chilena.
- Desarrollar una política agresiva para erradicar la marginalidad del pueblo mapuche.

Igualmente, la ley antiterrorista 18.134, también introducida por el General Pinochet, ha sido utilizada para repremir las reclamaciones territoriales mapuches y es una de las herramientas para criminalizar su protesta social. Tanto el Comité de Derechos Humanos como Human Rights Watch opinan que el uso de la ley antiterrorista es inapropiado en casos de conflictos de tierras y priva a los acusados de una gama de garantías procesales. Ambos organismos están también preocupados por el hecho que la definición de terrorismo ha permitido que miembros de la comunidad Mapuche hayan sido acusados de terrorismo por actos de protesta o demanda social, relacionados con la defensa de los derechos que tienen sobre sus tierras.

Víctor Toledo Llancaqueo escribe que este marco legal saca “el conflicto social de la arena política para llevarlo al campo penal”, al

criminalizar actos de protesta social. Una parte de esta estrategia fue de “[magnificar] los efectos económicos de la protesta mapuche y la figura de las amenazas a la propiedad privada dentro de los conflictos forestales”, tal como el incendio de plantaciones forestales y de instalaciones, destrucción de equipos, maquinarias y cercados, cierre de vías de comunicación, para constituir una imagen del mapuche como delincuente¹⁴. Volvemos a la importancia, pues, de diferenciar (más) objetivamente entre los distintos grados de gravedad de la protesta social.

Finalmente, es importante notar que el ostracismo se hace no solamente por vía jurídica, sino también a través de un proceso político y mediático. Existen varios ejemplos de la cobertura mediática de los conflictos entre comunidades mapuches, empresas forestales y el Estado en los cuales los medios de comunicación desfavorecieron los mapuches al ignorar el origen del conflicto y presentarlos como violentos y pobres, asociando sus acciones con “rebelión étnica” y terrorismo, y aludiendo el discurso de derecho territorial. Aunque los políticos a veces reconocen que la protesta mapuche no es la de un pueblo armado extremista, también insinúan que es “tan peligrosa como si hubiese sectores extremistas, de tendencia terrorista”¹⁵.

Conclusión

Los mapuches han sido excluidos de la sociedad chilena, y su tratamiento histórico como “objetos” (en lugar de “sujetos”) de derecho ha permitido que sus reclamaciones sean poco escuchadas. Aunque no se puede mantener oficialmente la postura tradicional racista o colonial hacia los mapuches, otras formas de exclusión social y de deslegitimación de sus reclamaciones se han desarrollado. Varios

¹⁴ Toledo Llancaqueo, Víctor, “*Prima ratio*. Movilización mapuche y política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007”, en: Revista Observatorio Social de America Latina, No. 22. OSAL, CLACSO, Buenos Aires, Argentina, septiembre de 2007, pág. 262.

¹⁵ Vergara, Jorge Iván, y Andrea Aravena, “La visión del conflicto”, en: Jorge Iván Vergara, Andrea Aravena, Martín Correa y Raúl Molina, “Las tierras de la ira / Los sucesos de Traiguén y los conflictos entre comunidades mapuches, empresas forestales y Estado”, *Praxis, Revista de Psicología y Ciencias Humanas*, No. 1. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1999..

actores sociales han repetido y fortalecido los prejuicios en contra de los mapuches, como los medios de comunicación, sectores de derecha y agentes del gobierno. Igualmente, del mismo modo que la normalización de las usurpaciones territoriales fue legitimada por un marco legal, las protestas de los mapuches fueron deslegitimadas mediante un marco legal. A través de estos medios se los presenta como “violentos” y “pobres”, lo que permite 1) la criminalización de sus protestas, la deslegitimación de sus reclamaciones territoriales, y la legitimación de la violencia usada en contra de ellos (como en el caso Lemún), y 2) eclipsar la historia de usurpación territorial y colocar al gobierno chileno en una posición de ayudante y regulador, en lugar de una posición en que tiene que rendir cuentas por sus actos.

3. Dimensión policial de la violencia actual hacia los mapuches

a. Maltrato generalizado de los mapuches

Académicos, organismos gubernamentales, ONG nacionales e internacionales siguen denunciando la violencia policial hacia el pueblo mapuche¹⁶. El Relator Especial sobre la situación indígena notó que el incremento en el nivel de conflictividad en la zona mapuche en la última década tiene su origen en reclamaciones agrarias por parte de estos pueblos originarios. Históricamente, el Estado chileno ha hecho un uso abusivo de la fuerza a los efectos de reprimir las protestas sociales de los mapuches. Aunque la Ley Indígena No. 19.253 de 1993 reconoció la cultura indígena, planeó mecanismos de recuperación de tierras y creó la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), su accionar ha resultado limitado. Tanto el gobierno como las empresas privadas siguen desempeñando varios proyectos de explotación en los territorios mapuches, a veces en contra de la opinión de CONADI y de otras agencias estatales, lo que ha exacerbado el ambiente conflictivo¹⁷. Según varios autores, el contexto de expansión

¹⁶ Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos del Niño de la ONU, Human Rights Watch, el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

¹⁷ Ejemplos incluyen proyectos de exploración mineral, concesiones de explotación otorgadas por el Estado a empresas nacionales y transnacionales, concesiones

liberal y de globalización económica sería la causa directa de estos conflictos¹⁸. A continuación se intentará ilustrar el patrón de violencia policial desplegado durante estos conflictos.

La muerte de Alex Lemún se inscribe dentro de este patrón de violencia, siendo la consecuencia directa de la actitud de los carabineros innecesariamente violenta hacia los mapuches durante sus intervenciones policiales. Recapitulo diciendo que la caracterización histórica de los mapuches en el imaginario chileno como una etnia alienada de la sociedad chilena, y como un grupo violento y delincuente, todavía permanece y está fortalecida por el tratamiento mediático, político y legal de los mapuches, influido por intereses privados y públicos. Estos factores sociopolíticos contribuyen a justificar la institucionalización de la represión contra los mapuches y la utilización desproporcionada de la fuerza.

Los carabineros han sido conscientes de esta realidad durante varios años, sin tomar medidas concretas para prevenir la violencia sufrida (maltratos físicos e insultos de los residentes) cuando intervienen en las comunidades mapuches. Ya en 1999, el jefe de la Novena Zona de carabineros, el General Mauricio Catalán, describió la situación a la Prefectura de Cautín:

Trato grosero, ofensivo, vejatorio y altanero, tanto de los señores jefes, oficiales y personal, hacia los subversores del orden, especialmente de la etnia mapuche. Se puede apreciar con absoluta claridad que el personal de Carabineros llega al lugar de los hechos con un ánimo confrontacional predispuesto e incluso en más de algún procedimiento ha sido la actuación policial desmedida y prepotente la que ha provocado la reacción de los mapuche, situación que es inaceptable en nuestra institución¹⁹.

de acuicultura y derechos sobre el agua. Las ilustraciones más importantes de estos proyectos son la construcción de represas hidroeléctricas y de autopistas dentro del territorio mapuche, así como la expansión de la industria forestal.

18 Wessendorf, K. (ed.), *El mundo indígena...*, págs. 230-2; Aylwin, José, "Indigenous Peoples Rights in Chile: Progresses and Contradictions in a Context of Economic Globalization"..., sección 4.2.1; Stavenhagen, Rodolfo, Informe del Relator Especial..., párr. 23.

19 Palomera, Fredy (Temuco), y Pedro Lezaeta, "Documento revela mea culpa de Carabineros en maltrato a mapuches", en: *La Tercera*, 24 de noviembre de 2000.

El Programa de Derechos Indígenas del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera continúa recibiendo denuncias sobre golpizas al momento del arresto o poco después del mismo, aunque estos malos tratos no llegan a constituir tortura. Human Rights Watch también denunció el maltrato y el abuso verbal durante allanamientos policiales:

...se ha venido informado durante todo el conflicto de tierras del uso excesivo de la fuerza durante operaciones policiales para desalojar a mapuches que ocupan tierras en disputa, en particular el empleo de escopetas en circunstancias que no lo justifican²⁰.

Fue precisamente uno de estos incidentes que se saldó con la muerte de Alex Lemún Saavedra, provocada por la actuación policial durante conflictos sobre tierras.

b. Tipos de violencia policial

Se puede tipologizar tres tipos de violencia:

Violencia verbal, falta de respeto, estrategias de acoso, estereotipización de los mapuches

Algunas comunidades indígenas denunciaron este tipo de violencia, por ejemplo cuando acusaron a los Carabineros “de ingresar a escuelas para interrogar a niños por las actividades de sus padres... en violación a la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual Chile es signatario”²¹.

Según se informó, también hubo varias violaciones de domicilios de mapuches. Alguno carabineros entraron a hogares de las comunidades de Temucucui y de Juan de Dios Quidel Cordoba sin orden judicial enfrentándose con los comuneros, insultándolos, utilizando armas de fuego, sustrayendo animales y objetos personales. Este tipo de violencia psicológica también se acompaña de violencia física

²⁰ Human Rights Watch, Informe: “Indebido proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile”, 26 de octubre de 2004.

²¹ Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008* [en adelante Informe Diego Portales 2008], pág. 377. De acuerdo con los recurrentes, “existen otros casos [de abusos policiales], pero los padres se niegan a denunciarlos por temor, tanto en los padres y, sobretodo, en los menores” (ibidem, pág. 378).

(golpeando y dando culazatos a mujeres y hombres, incluso niños y ancianos, dentro de las viviendas allanadas)²².

Queda objetivamente establecido por varios organismos y también por parte de los Carabineros, que la actitud policial hacia los mapuches es ofensiva e inútilmente agresiva. Esta actitud también se refleja en las normas institucionales que rigen la conducta policial hacia los mapuches, que también obscurecen temas de derechos territoriales, de libertad de expresión, de manifestación pacífica y de integración ciudadana, y presentan a los mapuches como una etnia violenta, justificando su exclusión social y su tratamiento irrespectuoso²³.

Violencia física

Más allá de la falta de respeto y la brutalidad verbal, se reportaron casos de violencia física innecesaria durante los allanamientos y violaciones de domicilio²⁴. El Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas registra varios episodios de violencia y hostigamiento policial durante eventos públicos, como durante las celebraciones del aniversario del municipio de la comuna de Ercilla. Durante este evento, Carabineros de las Fuerzas Especiales de la prefectura de Malleco golpearon, insultaron y detuvieron a mapuches, golpeándolos

²² *Ibidem*, págs. 380-1.

²³ Baso este comentario en el Plan estratégico para abordar la problemática étnica mapuche en la prefectura Malleco, No. 21, “teniendo en consideración los conflictos que se están suscitando a nivel nacional, y el Manual de operaciones para el cumplimiento de mandatos judiciales de protección a faenas forestales... a fin de uniformar la operación y funcionalidad de dichos cuarteles y evitar situaciones que atenten contra la integridad física del personal institucional que opera en las zonas en conflictos”.

²⁴ Informe Diego Portales 2008..., pág. 380: “Carabineros habrían ingresado al hogar de Héctor Canio Quidel en reiteradas ocasiones, entre las nueve de la mañana y las ocho de la tarde, sin tener una orden escrita para ello, derribando puertas, quebrando vidrios, dando vuelta todos los objetos, incluyendo una cama en que se encontraba durmiendo un niño de 1 año de edad. En la ocasión... golpearon a su mujer Inés Tralcal Llanquinao, derribándola de un puntapié. Lo mismo sucedió a su madre, la anciana Francisca Quidel Painemil”. “Carabineros habrían allanado el hogar de José Tralcal Coche, quien informó que su vivienda fue allanada también por Carabineros, sin orden alguna, a las 9 am de ese día. Su mujer, María Lleuful, fue tomada con violencia por el brazo, recibiendo culatazos de fusil de por la espalda”.

nuevamente durante su detención, sin darles la asistencia médica necesaria para curar las lesiones causadas por los golpes y los culatazos de armas²⁵.

En el contexto de preocupación de parte de la comunidad mapuche por el reciente asesinato de Matías Catrileo por parte de Carabineros, el Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas remitió al Subsecretario del Interior y al Secretario General de la Presidencia de Chile un informe sobre los hechos de violencia policial que afectan a las comunidades mapuches. Aquel informe detalla 20 casos de violencia policial, incluyendo los siguientes sucesos²⁶:

- Detención extremadamente violenta.
- Violento desalojo de comuneros.
- Golpes y apremios ilegítimos durante arresto y detención.
- Disparos durante allanamiento hiriendo varios comuneros.
- Impedimento del libre tránsito de las personas dentro de una comunidad, al desarrollar acciones de registro y control.
- Malos tratos durante detención.
- Ingreso a fundo indígena y sustracción de animales pertenecientes a indígenas.
- Disparo contra casas de una comunidad por un grupo indeterminado que se sospecha ser personal de Carabineros.
- Un conductor acompañado de un funcionario de Carabineros intentó atropellar a un miembro de la comunidad mapuche.
- Maltratos físicos y verbales (epítetos racistas y discriminatorios) durante allanamientos.

²⁵ Informe Diego Portales 2008..., págs. 381-2; Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, “Carta a Ministerio del Interior por sucesos de Ercilla”, 8 de febrero de 2008, en línea: <http://www.alterinfos.org/spip.php?article2030> (disponible al 19 de febrero de 2010).

²⁶ Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, “En reuniones con Ministerios plantean al Gobierno principales situaciones de afectación a Pueblos Indígenas”, en línea: <http://www.albatv.org/Cronologia-y-descripcion-de.html>.

- Hostigamiento sistemático durante investigación (permanentes controles de identidad, seguimiento a los dirigentes).
- Allanamientos con personal fuertemente armado.
- Desalojo y detención de numerosas personas en la mañana, incluyendo mujeres, ancianos y niños.
- Disparos de escopetas antimotines durante allanamiento, hiriendo a un menor de 12 años, impactado con 7 perdigones.
- Golpes e insultos racistas durante detención.
- Detención y golpizas a estudiantes en el marco de una protesta pacífica.
- Allanamientos sin orden judicial y maltratos físicos (por ejemplo, una mujer recuperándose de una intervención quirúrgica fue sacada violentamente de su cama, lo que provocó una grave hemorragia y la apertura de sus heridas).

Varios organismos reportaron hechos de violencia similares en años anteriores²⁷, incluyendo el disparo de balines de goma y gases lacrimógenos, inclusive contra niños, durante intervenciones policiales para desalojar mapuches que habían ocupado fundos. José Aylwin, el codirector del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, notó que estos informes constatan “la gravedad que este actuar abusivo e impune de la policía de carabineros representa, así como la amenaza que constituye para la convivencia intercultural en el país”²⁸.

²⁷ Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007 [en adelante Informe Diego Portales 2007], citando al Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, cuyo Informe de la misión internacional de observación de la violencia institucional en contra del pueblo mapuche en Chile da cuenta de numerosos hechos de violencia y hostigamiento, producidos entre 2004 y fines de 2006. Toledo Llancaqueo, Víctor, “Cronología de los principales hechos en relación a la represión de la protesta social mapuche, Chile 2000-2007”, en: Revista Observatorio Social de América Latina, No. 22. OSAL, CLACSO, Buenos Aires, Argentina, septiembre de 2007, pág. 262; Human Rights Watch, Informe: “Indebido proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile”, 26 de octubre de 2004.

²⁸ Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, “En reuniones con Ministerios plantean al Gobierno principales situaciones...”

Dado que no se han tomado medidas concretas para modificar este patrón de violencia policial hacia los mapuches, esta espiral de hechos de violencia persiste y causa también muertes, tercer tipo de violencia.

Actos de violencia que ocasionan la muerte de mapuches

El caso de Alex Lemún no es el único. Como lo reporta el historiador especializado en la historia de los mapuches, José Bengoa, y la Comisión de Verdad Histórica, los procesos de usurpación de tierras y de represión de las protestas sociales de mapuches siempre involucraron medidas de fuerza abusiva y “hechos de sangre y de violencia”.

El 3 de enero de 2008, falleció por una bala proveniente de los carabineros otro joven mapuche, durante una intervención del Grupo de Operaciones Policiales Especiales en contra de la ocupación de un fundo en la localidad de Vilcún, al este de Temuco²⁹.

c. Falta de investigación y de sanción

Tan preocupante como estos hechos de violencia es la falta de sanción y de investigación de los crímenes victimizando a los mapuches y la exculpación de los que cometieron dichos actos. Como lo notó José Aylwin, si no se sanciona adecuadamente los numerosos hechos de violencia sin investigación, la espiral de hechos de violencia se incrementará³⁰.

El asesinato reciente de Matías Catrileo es una prueba de ello, ya que las circunstancias de violencia policial que causaron la muerte de este joven en 2008 son las mismas que causaron la muerte del joven Alex en 2002. No cambiarán estas circunstancias en tanto no se sancione adecuadamente los hechos de violencia ilegítima que siguen afectando a los mapuches, especialmente dado que ellos fueron históricamente los desaventajados³¹.

²⁹ Informe Diego Portales 2008..., pág. 375: “En la acción policial, una bala de 9 mm alcanzó por la espalda al estudiante universitario Matías Catrileo Quezada, quien falleció minutos después a causa de la perforación de su pulmón”.

³⁰ Aylwin, José, “Indigenous Peoples Rights in Chile...”.

³¹ Como hemos visto, no solamente son socialmente marginados, sino también sus protestas sociales han sido criminalizadas por varios medios políticos,

Efectivamente, en el caso reciente de Matías Catrileo, la comunidad no quería entregar el cuerpo de la víctima, “ante la eventualidad de que los Carabineros alteraran la evidencia del impacto de bala por la espalda”. El obispo de Villarrica actuó finalmente como mediador para la entrega del cuerpo, entendiendo que los mapuches “tienen presente lo que aconteció con Alex Lemún, que todavía no tiene una sentencia judicial”³². El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales nota que:

La muerte de Alex Lemún ha quedado en la impunidad: a pesar de haberse acreditado que el balín metálico que lo impactó fue disparado por el entonces mayor de Angol, Marco Aurelio Treuer, el proceso fue sobreseído en 2004 por la Corte Marcial. Más aún, la investigación por la muerte de Matías Catrileo quedó a cargo del mismo fiscal militar que tramitó el caso de Alex Lemún...

Al igual que en el caso de Alex Lemún, se determinó quién era responsable del disparo en contra de Matías Catrileo: el carabinero Walter Ramírez Espinoza, con diez años de servicio en la institución. A la fecha del cierre de este informe el fiscal militar, José Pinto Aparicio, quien realiza la investigación del crimen de Matías Catrileo, determinó el sometimiento a proceso de Walter Ramírez Espinoza por el delito de “violencia innecesaria con resultado de muerte”, y la sujeción a prisión preventiva mientras se desarrolla la investigación del delito en cuestión. Sin embargo, la Corte Marcial decretó la libertad del oficial, quien fue, posteriormente, trasladado a Coyhaique, lugar en el que siguió ejerciendo funciones³³.

Tanto en su informe 2007 como en el de 2008, el Centro de Derechos Humanos Diego Portales reportó varios casos de violencia policial que no dieron lugar a la sanción de los responsables. Así, el informe 2008 menciona que “[a]nte varios de estos hechos de violencia, se presentaron acciones legales ante los tribunales judiciales de justicia, sin que se haya obtenido condenas o sanciones en contra de los responsables”³⁴ y en el informe 2007 mencionaba que la falta de

mediáticos y legales. Consideren por ejemplo las críticas de los efectos de la Ley Antiterrorista 18.314 sobre los mapuches por varios organismos como la FIDH, la CCPR y Human Rights Watch.

³² Informe Diego Portales 2008..., págs. 375-6.

³³ *Ibidem*, págs. 376-7.

³⁴ *Ibidem*, pág. 375.

persecución judicial en estos casos no solamente violaba los estándares de protección de derechos según las normas de derecho internacional de derechos humanos, sino también los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico interno chileno³⁵.

4. ¿Qué tipo de solución se debe considerar?

He intentado presentar las dimensiones históricas y sociopolíticas de la protesta mapuche, con el fin de revelar que la violencia policial actual hacia los mapuches tiene raíces culturales importantes y no se erradicará sin reformas institucionales.

Si bien ningún político de la sociedad chilena argumentaría que los indígenas no deberían ser considerados como ciudadanos plenos, el dogma colonial que la sociedad chilena es una sociedad “racionalmente homogénea compuesta de descendientes de los Europeos”, aunque demográficamente falso, fue históricamente promovido por los gobernadores y ha dejado marcas en la psiquis popular que facilita la exclusión de los mapuches³⁶. Por lo tanto, la medida de reforma estructural más urgente es el establecimiento de un *locus* de negociación pacífica sobre temas de posesión y de restitución territoriales. No es controversial que el Estado chileno tenga la responsabilidad de integrar a los mapuches dentro de procesos de negociación equitativos. Sin embargo, la problemática es la eficacia de las medidas tomadas para cumplir con esta obligación. Este es el problema real del “conflicto mapuche” – y no el carácter violento de los mapuches – que necesitaría de la vigilancia de la comunidad chilena.

En 2007, la presidenta introdujo un proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas de Chile, que fue debatido desde entonces por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República de Chile³⁷. Dicho proyecto fue severamente criticado:

³⁵ Informe Diego Portales 2007..., pág. 408.

³⁶ Aylwin, José, “Indigenous Peoples Rights in Chile...”..., sección 4.2.1.

³⁷ La tramitación de este proyecto de reforma constitucional esta descrita en el Boletín No. 5522-07 del Congreso Nacional de Chile, en línea: http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?5522-07 (disponible al 19 de febrero de 2010).

Lo primero que reconoce el proyecto de reforma constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas no es precisamente a éstos, sino a “la Nación chilena” como “una, indivisible y multicultural”; lo segundo que reconoce tampoco es a los pueblos indígenas como sujetos políticos, sino a los mismos como mero dato de presencia en Chile sin mayor relevancia jurídica y a sus comunidades y personas como sujetos, éstos sí y sólo éstos, de derechos: “El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes”¹.

Para cumplir con el Convenio 169 de la OIT, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que requiere que los gobiernos “[consulten] a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, el Congreso consultará a los pueblos indígenas para que participen a la formación de la ley y para establecer conjuntamente con el gobierno la forma en que quieren ser reconocidos en la Constitución. Cualquiera que sea la solución, lo que constituye procesos de negociación aceptables para ambas partes es un asunto político que queda fuera del argumento de este artículo, a saber, establecer que eventos como la muerte del joven Alex Lemún hacen parte de un patrón de violencia generalizado.

El criterio fáctico de demostrar que una violación particular de derechos humanos hace parte de un patrón sistemático constituirá un factor legal clave para evaluar la gravedad del caso Lemún cuando llegue ante el sistema de protección interamericano de los derechos humanos, y también para deliberar sobre remedios que corresponden no solamente a la muerte de un joven mapuche, sino también a la represión policial institucional hacia éstos.

Sin embargo, la intervención potencial de la Comisión y de la Corte Interamericana no podrá inmiscuirse en la política interna de

¹ Clavero, Bartolomé, (Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y Catedrático de la Universidad de Sevilla), “Chile: Reforma constitucional: cancelatoria de derechos indígenas”, 8 de marzo de 2009, en línea: <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=1154> (disponible al 19 de febrero de 2010).

negociación territorial y realmente confrontar la raíz del problema, ya que los derechos territoriales de los pueblos indígenas no son tan delimitados ni ejecutables como sus derechos a un proceso equitativo, a la vida y a la seguridad personal (que constituirán motivos de apelación ante el sistema supranacional en el caso Lemún).

Chile tiene la responsabilidad democrática de solucionar el origen del problema: la exclusión de los indígenas de procesos de negociación equitativos. El Estado ha desarrollado un sistema legal y policial para reprimir a los mapuches cuando buscan modos de expresión alternativos con el fin de ser reconocidos como ciudadanos plenos de la sociedad chilena, lo que agrava las consecuencias del problema sin corregir su origen.

Seguimiento a las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en materia de justicia y reparación para las víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado en Perú*

*Tania Raico Gallardo***

El Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR), mostró que el conflicto armado tuvo rostros específicos, así el perfil de las víctimas es similar entre hombres y mujeres: quechuahablantes, de procedencia rural, analfabetos y en situación de pobreza. No obstante, el informe revela que la violencia tuvo un impacto diferenciado en las modalidades de las violaciones a los derechos humanos sufridas por mujeres, quienes fueron mayoritariamente víctimas de violencia sexual.

Es por ello que, en el 2006, se presentó el Informe Alternativo ante Comité para al Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (elaborada por diversas organizaciones de la sociedad civil), uno de cuyos puntos fundamentales fue el seguimiento de las acciones implementadas por el Estado frente a la violencia sexual perpetrada durante el conflicto armado.

El Informe Alternativo planteó que el Estado hasta el 2006 no había garantizado ni promovido la justicia para las víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado interno peruano. Luego de tres años de la presentación de casos documentados al respecto, el Ministerio

* Este documento forma parte de la consultoría desarrollada para la Asociación Pro Derechos Humanos (Aprodeh) en abril del 2009.

** Especialista en temas de género y derechos humanos. Diploma de Postítulo Mujeres y derechos humanos: teoría y práctica, por la Universidad de Chile. Diploma de Estudios de Género, Pontificia Universidad Católica del Perú. Exalumna del XXVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del IIDH. Integrante del Programa de Participación Política y Ciudadanía del Movimiento Manuela Ramos (Perú).

Público no había cumplido con denunciarlos. Asimismo, el proceso penal en casos de violencia sexual en conflicto armado presentaba diversos problemas que desalentaban a las mujeres a denunciar. Entre éstos estaban la lejanía de los juzgados y fiscalías de las zonas rurales, la aplicación de exámenes médicos a mujeres que sufrieron violaciones entre 1984 y 1992, y la aplicación de pericias psicológicas orientadas a determinar cuáles son los efectos psicológicos actuales de la víctima, sin hacer una conexión con el pasado traumático de violencia. Por otra parte, el Congreso no había aprobado la reforma del Código Penal, adecuándolo al Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, tratado ratificado por el Perú en noviembre de 2001.

Otro aspecto preocupante que el Informe Alternativo puso en evidencia, era que el Plan Integral de Reparaciones (PIR) del Estado carecía de una perspectiva de género, pues de todas las formas de violencia sexual encontradas en el Informe Final de la CVR, sólo la violación sexual estaba incluida dentro del PIR. Adicionalmente, se excluía del derecho a las reparaciones a quienes participaron voluntariamente o no en los movimientos subversivos.

El Informe además abordó la inexistencia de disposiciones específicas de género para la inscripción de las víctimas en el Registro Único de Víctimas (RUV), cómo la aplicación del principio de confidencialidad y los requisitos básicos establecidos para la inscripción en el RUV que daban cuenta de que no fueron pensados para las víctimas de violencia sexual.

En el 2007, el Comité para la Eliminación de las Discriminación contra la Mujer emitió sus Observaciones Finales al Estado Peruano, recomendando la ampliación de su definición de la violencia contra la mujer de manera que incluya, en particular, otras formas de violencia sexual.

Asimismo, recomendó proporcionar a las mujeres que fueron víctimas de la violencia, la asistencia necesaria para que no tengan que recorrer largas distancias para denunciar su caso ante un juez o un fiscal. El Comité instó además al Estado parte a que investigue todos los actos de violencia cometidos contra mujeres, enjuicie a sus autores

y conceda reparaciones a título individual a las mujeres que hayan sido víctimas de las diversas formas de violencia¹.

A dos años de que fueran remitidas estas recomendaciones al Estado peruano, ¿cuánto se ha avanzado en el proceso judicialización de casos y sus reparaciones por violencia sexual? En el presente artículo realizaremos un balance de este proceso. Para ello, consideramos importante, primero, revisar de manera sucinta los estándares internacionales en materia de justicia y reparación para las víctimas de violencia sexual durante conflictos armados. Segundo, realizar el seguimiento de cada una de las recomendaciones emitidas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al Estado peruano. Finalmente, se esbozarán algunas conclusiones y recomendaciones que esperamos contribuyan en el arduo, pero también incansable, camino hacia la justicia emprendido por las mujeres en el Perú.

1. Estándares internacionales en materia de justicia y reparación para las víctimas de violencia sexual perpetrada en conflictos armado

a. Reconocimiento de la violencia sexual como una vulneración de derechos humanos en el marco de instrumentos internacionales de derechos humanos

La violencia sexual contra las mujeres perpetrada durante conflictos armados es una manifestación de violencia basada en género y una violación a los derechos humanos, consagrada como tal en instrumentos internacionales de los sistemas regional y universal de protección de los derechos humanos ratificados por el Estado peruano. Presentamos a continuación de manera general, algunos de los aportes más importantes a nivel del derecho internacional.

En el sistema interamericano de derechos humanos se cuenta con un instrumento específico y vinculante para el Estado peruano, como es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar

¹ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Perú, 2007, párr. 21.

la Violencia contra la Mujer “Convención Belém Do Pará”², importante en tanto define la violencia contra la mujer y consagra el derecho de las mujeres a vivir sin violencia. Así, se establece que la violencia contra la mujer es “cualquier acción o conducta, basada en su género que cause muerte, daño, o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como privado”³, que incluye a la violencia física, sexual y psicológica que tiene lugar: a) dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, b) en la comunidad y perpetrada por cualquier persona, y c) perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra⁴. Asimismo, se establece el deber de los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer⁵, así como la obligación de establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces⁶.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ contempla también una protección para las mujeres frente a la violencia sexual, al establecer entre las obligaciones generales de todos los Estados partes el deber de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos consagrados en su articulado, a toda persona, sin ningún tipo de discriminación, que incluye los motivos por sexo⁸. Asimismo, establece la protección de derechos como la vida, la integridad personal y la libertad⁹ y el derecho de “toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los

2 Suscrita en el XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, Brasil, 10 de junio de 1994. Ratificada por el Estado Peruano el 2 de abril de 1996.

3 Artículo 1 de la Convención Belém Do Pará.

4 *Ibidem*, artículo 2.

5 *Ibidem*, artículo 7 b).

6 *Ibidem*, artículo 7 g).

7 Ratificada por el Estado Peruano el 12 de julio de 1978.

8 Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, artículo 1.

9 *Ibidem*, artículos 4, 5 y 7.

jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”¹⁰.

Por su parte la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹¹ establece que los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura¹², la cual debe ser entendida como

todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica¹³.

En el ámbito del sistema universal de los derechos humanos, existen diversos tratados de carácter vinculante para el Estado peruano. Así, se cuenta con la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁴, que considera por primera vez la discriminación contra las mujeres como una violación a los derechos humanos, estableciendo que ésta denotará

cualquier distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de las mujeres, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera¹⁵.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también se ha pronunciado al respecto, estableciendo en su Recomendación General No. 19 que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de

¹⁰ *Ibidem*, artículo 25.

¹¹ Ratificada por el Estado Peruano el 27 de febrero de 1990.

¹² *Ibidem*, artículo 1.

¹³ *Ibidem*, artículo 2.

¹⁴ Ratificada por el Estado Peruano el 13 Septiembre de 1982.

¹⁵ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979, artículo 1.

la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre¹⁶.

De otro lado, se cuenta con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷ que consagra la obligación general de respeto y garantía de todos los derechos reconocidos en dicho instrumento, sin ninguna distinción, entre otros, por motivos de sexo¹⁸, entre los cuales se encuentra el derecho a la igualdad, a la vida, a la integridad personal y a la libertad¹⁹. Asimismo, establece que “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”²⁰.

Asimismo, cabe resaltar a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes²¹, que la define como

todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia²².

De manera adicional, se menciona que todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole

¹⁶ Comité para la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 19. Ginebra, 11o. período de sesiones, 1992, párr. 1.

¹⁷ Fecha de ratificación del Perú, 28 de abril de 1978.

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, artículo 2.1.

¹⁹ *Ibidem*, artículos 3, 6, 7, 8 y 9.

²⁰ *Ibidem*, artículo 2.

²¹ Ratificada por el Estado Peruano el 7 de julio de 1988.

²² *Ibidem*, artículo 1.

eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción²³.

El otro instrumento jurídico internacional de carácter vinculante para el Perú que complementa este marco general es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁴, el cual entró en vigor el 1 de julio del 2002. El Estatuto de Roma es fundamental por cuanto es el primer instrumento jurídico internacional que considera como crímenes de guerra y de lesa humanidad los actos de violencia sexual. Son también importantes las reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de Roma pues establece una protección de las mujeres víctimas de violencia sexual, protegiendo los derechos de las víctimas durante la investigación de estos crímenes. El Estado peruano ha firmado y ratificado el Estatuto de Roma²⁵ el 2001, estando pendiente el proceso de implementar (o adecuar) dentro del ordenamiento nacional, los delitos contemplados en este importante tratado internacional²⁶.

Por otro lado, a nivel de compromisos asumidos por los Estados se encuentran diversas conferencias y declaraciones. Así, tenemos la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, la cual menciona que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales que impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades. Además, en esta Declaración se manifiesta la preocupación por el hecho de que algunos grupos de mujeres, como las mujeres en situaciones de conflicto armado, son particularmente vulnerables a la violencia²⁷.

23 *Ibidem*, artículo 2.1

24 Fecha de Ratificación por el Perú, 10 de noviembre de 2001. Entrada en vigor de la Convención, 1 de julio del 2002.

25 Firmado mediante Resolución Legislativa 27517, publicada el 16 de septiembre del 2001; se ratificó mediante Decreto Supremo 079-2001-RE, publicado el 9 de octubre del mismo año.

26 Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario, ¡Adecuémonos al Estatuto de Roma! en: http://www.dhperu.org/documentos/upload/0a2814_campaer.pdf (disponible al 26 de febrero de 2010).

27 Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General 48/104, 20 de diciembre de 1993, Preámbulo.

Cabe resaltar que la primera aproximación a la tipificación de los crímenes sexuales se plasmó en la Declaración y Programa de Acción de Beijing de 1995. Así, en este instrumento se menciona: “entre otros actos de violencia contra la mujer cabe señalar las violaciones de derechos de la mujer en situaciones de conflicto armado, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados. Los actos de violencia contra la mujer también incluyen la esterilización forzada, la utilización coercitiva o forzada de anticonceptivos”²⁸. Por tanto, una de las preocupaciones fundamentales en esta conferencia fue la violencia hacia las mujeres, instando a los gobiernos a tomar medidas, incluyendo las reformas legislativas para prevenir y erradicar la violencia y asistir a las mujeres afectadas por este fenómeno²⁹. La plataforma recomendó a los Estados que “realicen investigaciones completas de todos los actos de violencia cometidos contra las mujeres durante las guerras, incluidas las violaciones, en particular las violaciones sistemáticas, la prostitución forzada y otras formas de agresiones deshonestas, y la esclavitud sexual”³⁰.

De otro lado, la Resolución 1325 de Naciones Unidas (2000)³¹ “subraya la responsabilidad de todos los Estados de poner fin a la impunidad y de enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas”.

Recientemente, se debe destacar la Resolución 1820 (2008)³² también de Naciones Unidas, que señala que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir un crimen de guerra,

²⁸ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995, párrs. 114 y 115, en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf> (disponible al 26 de febrero de 2010).

²⁹ Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), *Estudio situacional de la aplicación de la legislación y reglamentación sobre la violencia contra las mujeres y ratificación del Protocolo Facultativo de la CEDAW en Guatemala, Honduras y Nicaragua*. UNIFEM, 2002.

³⁰ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995, párr. 145-e.

³¹ Aprobada por el Consejo de Seguridad en su sesión 4213, celebrada el 31 de octubre de 2000.

³² Párr. 4. Aprobada por el Consejo de Seguridad en sesión celebrada el 19 de junio de 2008.

un crimen de lesa humanidad o un acto constitutivo con respecto al genocidio; destaca la necesidad de que los crímenes de violencia sexual queden excluidos de las disposiciones de amnistía en el contexto de los procesos de solución de conflictos y, por ello, hace un llamamiento a los Estados miembros para que cumplan con su obligación de enjuiciar a las personas responsables de tales actos, garantizando que todas las víctimas de la violencia sexual, particularmente las mujeres y las niñas, disfruten en pie de igualdad de la protección de la ley y del acceso a la justicia. Asimismo, subraya la importancia de poner fin a la impunidad por esos actos como parte de un enfoque amplio para alcanzar la paz sostenible, la justicia, la verdad y la reconciliación nacional.

b. Jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado en su Informe sobre Haití de 1995, la necesidad de reconocer a la violencia sexual como una grave violación a los derechos humanos estableciendo, además, como formas de “tortura sexual” los golpes en los senos y el estómago, frecuentemente dirigidos hacia mujeres embarazadas con el objeto de provocar el aborto o afectar su capacidad reproductora, así como la introducción de objetos³³. Adicionalmente, se establece que las heridas infligidas a las mujeres que fueron abusadas sexualmente, fueron a la vez heridas físicas y psicológicas; muchas de ellas sentían vergüenza y lo que es más, no regresaron a su pueblo por temor a ser rechazadas³⁴.

La Comisión llega a la conclusión en este informe que “los hechos denunciados ante esta instancia reflejan que la violación sexual no fue ni producto del azar, ni un hecho ocasional, sino un crimen de amplia y rutinaria aplicación”. Así, menciona que si bien “esos hechos ocurrieron bajo la dirección o con la aquiescencia del régimen ilegal *de facto*, la Comisión considera que la utilización de las violaciones sexuales como

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Reporte sobre la situación de derechos humanos en Haití*. MRE/RES: 6/94, Washington, Estados Unidos de América, 1994, párr. 123.

³⁴ *Ibidem*, párr. 125.

arma de terror constituyen un crimen contra la humanidad bajo el derecho internacional consuetudinario”³⁵.

Un caso emblemático lo constituye el Informe del Caso Raquel Martín de Mejía (Perú)³⁶, donde la CIDH se pronuncia estableciendo que la violación sexual puede constituir tortura. El repetido abuso sexual del cual fue víctima Raquel Mejía a manos de miembros de las fuerzas armadas, constituyó una infracción grave a los artículos 5 y 11 de la Convención Americana, referidos a la prohibición de tortura. La Comisión estableció que la violación había causado sufrimiento físico y mental a la víctima, con el objeto de castigarla e intimidarla. La importancia de este caso reside en que la CIDH no sólo clasificó a la violación como tortura, sino también estableció una clara posición con respecto a la responsabilidad del Estado cuando la violación ocurre a manos de agentes del dicho Estado³⁷.

La sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso Penal Castro Castro del 25 de noviembre del 2006, desarrolla una serie de avances en cuestiones de género. Así, al analizar los hechos y sus consecuencias, la Corte tomó en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres. En este sentido, en su sentencia estableció que determinados actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros las afectaron en mayor proporción que a los hombres³⁸.

La Corte además, resalta que diversos órganos peruanos e internacionales han reconocido que durante los conflictos armados las mujeres enfrentan situaciones específicas de afectación a sus derechos humanos, como lo son los actos de violencia sexual, que además de

³⁵ *Ibidem*, párr. 135.

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos humanos, Informe 5/96, caso 10.970, Perú.

³⁷ “Human Rights of Woman: Where are we now in the Americas?”, publicado en A. Mangana (ed), *Essays in Honour of Alice Yotopoulos-Marangopoulos*, Vol. B. Panteion University, Nomiki Bibliothiki Group, Atenas, Grecia, 2003, págs. 907-930. Traducido por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia del 25 de noviembre del 2006, párr. 223.

afectarles a ellas de forma directa, pueden tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección³⁹. La Corte constata que diversos actos que se dieron en el caso del Penal Castro Castro en perjuicio de las mujeres, respondieron al referido contexto de violencia contra la mujer en dicho conflicto armado⁴⁰.

c. Violencia contra la mujeres y reparación

El Informe de Van Boven⁴¹, presenta entre las propuestas relativas a la reparación principios generales entre los cuales se encuentra que “en virtud del derecho internacional, la violación de un derecho humano da a la víctima el derecho a obtener reparación”⁴². La obligación de garantizar el respeto de los derechos humanos incluye el deber de prevenir las violaciones, investigarlas, tomar medidas apropiadas contra sus autores y el deber de prever reparaciones para las víctimas⁴³. La reparación debe responder a las necesidades y los deseos de las víctimas, y debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y los daños resultantes e incluir la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición⁴⁴. Asimismo, la reparación de determinadas violaciones flagrantes de los derechos humanos, que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, incluye el deber de enjuiciar y castigar a los autores⁴⁵.

En el Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, se establece que deben “hacerse esfuerzos concertados

³⁹ *Ibidem*, párr. 224.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 308.

⁴¹ Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe definitivo*, 45 período de sesiones, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993.

⁴² *Ibidem*, párr. 137-1.

⁴³ *Ibidem*, párr. 137-2.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 137-4.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 137-5.

para asegurar que las mujeres y los grupos minoritarios participen en las consultas públicas encaminadas a elaborar, aplicar y evaluar los programas de reparación⁷⁴⁶.

De otro lado, la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General (2005)⁴⁷, menciona que conforme al derecho internacional las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario tienen derecho a los siguientes recursos: a) acceso igual y efectivo a la justicia entre los recursos; b) reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido, y c) acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

El Informe de 2001 de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Radhika Coomaraswamy estableció que

los gobiernos que actualmente encaren un conflicto o una situación posterior a un conflicto deberán incluir a la mujer en todas las actividades de reconciliación y reconstrucción y cerciorarse de que cuando se formulen todos los programas de repatriación y reasentamiento, así como de rehabilitación, reintegración y reconstrucción después del conflicto, se aborden las necesidades especiales de las mujeres y se tengan en cuenta sus experiencias concretas en tiempo de guerra⁴⁸.

⁴⁶ Comisión de Derechos Humanos, *Impunidad*, Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Adición al Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. 61 período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005, Principio 32.

⁴⁷ *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de la ONU, 16 de diciembre del 2005, párr. 11.

⁴⁸ Comisión de Derechos Humanos, *La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000)*, Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la Resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos, 57º período de sesiones, E/CN.4/2001/73, 23 de enero de 2001, párr. 132.

Asimismo, la Relatora Especial apoyó las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que el Estado debe garantizar la debida diligencia para que todos los casos de violencia por motivo de género sean objeto de investigación inmediata, completa e imparcial que redunde en la condena de los perpetradores y en reparación para las víctimas⁴⁹.

En el 2006, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk⁵⁰ hizo hincapié en que existe la obligación de proporcionar reparaciones adecuadas, lo que implica garantizar a la mujer el acceso a remedios penales y civiles, así como la creación de servicios efectivos de protección y apoyo para mujeres víctimas de la violencia. Los Estados también deben garantizar que las mujeres víctimas de la violencia tengan acceso a servicios apropiados de rehabilitación y apoyo. A nivel del Estado, el enfoque es, sin duda, la normativa internacional de los derechos humanos, que establece que los Estados y sus agentes deben observar la debida diligencia para proteger, prevenir, investigar y castigar jurídicamente a los autores de violencia contra la mujer⁵¹.

Cabe resaltar que el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes también se ha referido a las víctimas de violencia sexual en su Informe del 2008, considerando que el estigma que acompaña la violencia sexual significa que a veces las víctimas, especialmente los menores, no emplean la palabra “violación” para describir lo que les ocurrió⁵².

49 Comisión de Derechos Humanos, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer*. 58° período de sesiones, E/CN.4/2002/83/Add.3, 11 de marzo de 2002, párr. 118.

50 Comisión de Derechos Humanos, *La norma de debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer*. 62° período de sesiones, E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006, párr. 84.

51 Comisión de Derechos Humanos, *Hacia una aplicación efectiva de las normas internacionales para poner fin a la violencia contra la mujer*, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk. 60° período de sesiones, E/CN.4/2004/66, 26 de diciembre de 2003, párr. 55.

52 Consejo de Derechos Humanos, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho

Para el Relator Especial, el proceso de Nairobi y la “Declaración de Nairobi sobre el derecho de las mujeres y las niñas a interponer recursos y obtener reparaciones” que resultó de él, ofrecen una panorámica de las cuestiones planteadas con respecto a las reparaciones sin especificación de género tras los conflictos armados pasados y una serie de principios rectores para las políticas de reparación futuras. En este sentido:

el decir la verdad es un elemento decisivo de la reparación y que la justicia penal es el aspecto fundamental de todo proceso de reparación y nunca debe restringirse. El hacer comparecer a los autores ante la justicia es al mismo tiempo un requisito previo de otro objetivo clave de las reparaciones: garantizar que no se repita la violencia, lo que puede significar que haya que modificar las prácticas jurídicas y consuetudinarias que posibilitan la persistencia y la tolerancia de la violencia contra la mujer⁵³.

Entre las conclusiones y recomendaciones dadas por el Relator destacamos las siguientes:

1. Por lo que respecta a la justicia para las mujeres víctimas de la tortura, el Relator Especial observó que en muchos contextos, el sistema de justicia penal y las normas de procedimiento y prueba, así como los programas y políticas de reparación y rehabilitación, no son suficientemente sensibles al género. Destacó también que nunca puede darse por supuesto el consentimiento de la víctima en una situación de impotencia de hecho⁵⁴.
2. El Relator Especial pide a los Estados que aborden la cuestión del estigma como obstáculo primordial que impide a las mujeres víctimas exigir justicia, en particular en los casos de violencia sexual, en todas las fases del proceso penal. Es preciso adoptar medidas especiales para velar por que las mujeres denuncien la tortura y los malos tratos y para que quienes reciben esas denuncias reúnan las pruebas necesarias con la debida sensibilidad al

al desarrollo, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak. Séptimo período de sesiones, A/HRC/7/3 15, de enero de 2008, párr. 66.

⁵³ *Ibidem*, párr. 67.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 72.

género. Es preciso adaptar las normas judiciales a las necesidades especiales de las víctimas de la violencia sexual y velar por que en cada caso se haga una evaluación objetiva de la impotencia de hecho de la víctima⁵⁵.

3. Como se proclama en la “Declaración de Nairobi sobre el derecho de las mujeres y las niñas a interponer recursos y obtener reparaciones”, los programas de reparación y rehabilitación deben ser inclusivos y participatorios en todas las fases. Una parte primordial de ellos deben ser el establecimiento de la verdad, la justicia penal y el velar por que no se repitan los hechos. En las categorías de delito que dan pie a la reparación deben quedar mencionadas explícitamente las formas de tortura y malos tratos por género. Es preciso prestar especial atención a las medidas destinadas a superar la estigmatización de las víctimas de la violencia sexual y a abordar el efecto socioeconómico de la violencia contra la mujer. Las víctimas también deben tener acceso a los servicios médicos y a programas de apoyo en los que se atienda el trauma psicológico causado por la violencia sexual. Lo mismo cabe decir de los procesos de rehabilitación individual⁵⁶.

2. Seguimiento a las recomendaciones del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Justicia y reparación para casos de violencia sexual

a. Proceso de reparaciones desde una perspectiva de género

El marco normativo en materia de reparaciones esta contemplado principalmente por la Ley 28592⁵⁷ que crea el Plan Integral de Reparaciones (PIR) y su Reglamento⁵⁸. Estas normas han designado a la Comisión Multisectorial de Alto Nivel (CMAN) encargada del

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 74.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 75.

⁵⁷ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de julio del 2005.

⁵⁸ Aprobado por Decreto Supremo No. 015-2006-JUS, publicado en Diario Oficial El Peruano el 6 de julio del 2006.

seguimiento de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación nacional. Esta instancia tiene como funciones principales la coordinación y supervisión de la implementación de las políticas en estas materias y el cumplimiento de los objetivos⁵⁹. En tanto, el Consejo Nacional de Reparaciones está encargado del Registro Único de Víctimas (RUV)⁶⁰, encargado de: a) dirigir el proceso de evaluación, calificación y acreditación de la calidad de víctimas y beneficiarios individuales y colectivos del PIR y la inscripción de los mismos en el RUV; b) acreditar a las víctimas y beneficiarios para su inscripción en el RUV mediante Acuerdo de Consejo, y c) aprobar y conducir la organización y el funcionamiento del RUV y de sus diversas bases de datos⁶¹.

Las reparaciones según la definición contenida en la Ley No 28592

son las acciones que realiza el Estado a favor de las víctimas del proceso de violencia, y, de acuerdo con la Ley, a los familiares de las víctimas, orientadas de manera expresa al reconocimiento de su condición de tales, y que tiene como objetivo permitir su acceso a la justicia, la restitución de sus derechos, la resolución de las secuelas derivadas de las violaciones a los derechos humanos y la reparación material y moral, específica o simbólica, por los daños sufridos⁶².

Asimismo, se establece que el PIR está compuesto por diversos programas: restitución de derechos ciudadanos, reparaciones en educación, reparaciones en salud, reparaciones colectivas, reparaciones simbólicas, un programa de promoción y facilitación del acceso habitacional y un Programa de Reparación Económica⁶³.

El proceso de reparaciones es un proceso complejo, que aún adolece de una multiplicidad de obstáculos que van desde la reducción de presupuesto con el que actualmente cuenta, la carencia de voluntad política para llevarlo a cabo, el uso que se le quiere dar al asemejarlo

⁵⁹ Artículo 8 de la Ley 28592.

⁶⁰ Artículo 62 del Reglamento de la Ley 28592.

⁶¹ *Ibidem*, artículo 64.

⁶² *Ibidem*, artículo 3.

⁶³ Desarrollados en el Reglamento de la Ley 28592, artículos 13 al 49.

a políticas sociales, entre otros⁶⁴. Aunado a este contexto más general, el desarrollar un proceso de reparaciones con perspectiva género que tome en cuenta las necesidades específicas de las mujeres que sufrieron violencia sexual y las condiciones que deben implementarse para que puedan efectivamente acceder a ellas, se torna aún más difícil.

Hasta el momento, los avances son muy pocos; así lo manifestó la Presidenta del Consejo de Reparaciones, Sofia Macher, en febrero del 2009, donde informó que hasta esta fecha se había recibido 2,021 solicitudes de inscripción que presentaban afectaciones de violación y/o violencia sexual:

...no se ha logrado que las mujeres en el campo, que sufrieron esta violación se atrevan a contar su historia. Muchas de ellas han tenido hijos producto de las violaciones y muchos de ellos desconocen esta situación, o sus esposos no conocen de este episodio y no quieren que se enteren. Esta situación hace muy difícil el registro de violencia sexual, por lo menos aplicando la metodología que actualmente se utiliza. Será necesario entonces desarrollar una estrategia particular que garantice la confidencialidad y el tiempo necesario para que estas historias puedan salir⁶⁵.

En este sentido, el Consejo de Reparaciones en su Informe Anual del 2008, sólo da cuenta de un aspecto abordado en materia de reparaciones a víctimas de violencia sexual. Así, se establece que en salud mental se ha llevado a cabo el acompañamiento psicosocial al proceso del Consejo de Reparaciones, con el objetivo de contribuir con el equipo en la identificación de los efectos y el grado de afectación de los hechos vividos durante el período de la violencia. Para ello, se han elaborado documentos breves sobre casos registrados en el RUV, de diversos temas entre los cuales se encuentra la violencia sexual⁶⁶.

64 Para mayor detalle revisar: Guillerot, Julie, "Reparaciones en la transición peruana: ¿Dónde estamos y hacia donde vamos?", en: [http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/\(httpDocuments\)/3C997A73DD685694C125751600585495/\\$file/Reparaciones_en_la_transicion_peruana.pdf](http://www.internal-displacement.org/8025708F004CE90B/(httpDocuments)/3C997A73DD685694C125751600585495/$file/Reparaciones_en_la_transicion_peruana.pdf) (disponible al 26 de febrero de 2010).

65 Macher, Sofia, "La teta asustada y la importancia de la reparación", en: http://www.ser.org.pe/index.php?option=com_content&task=view&id=759&Itemid=110, (disponible al 26 de febrero de 2010).

66 Informe Anual del Consejo de Reparaciones, octubre 2007-octubre 2008, pág. 23.

En seguida presentaremos algunos los aspectos que consideramos relevantes en este proceso de reparaciones, que requieren se abordados con una perspectiva de género.

i. Aprobación del Reglamento Interno de Inscripción en el Registro de Único de Víctimas a cargo del Consejo de Reparaciones

La Ley No 28592⁶⁷ que creó el Plan Integral de Reparaciones (artículo 3) y su Reglamento (artículo 47)⁶⁸, establecen como beneficiarios/as de las reparaciones únicamente a las víctimas de violaciones sexuales y a los hijos producto de estos hechos. No contempla como beneficiarios/as a las víctimas de otras formas de violencia sexual. Como se ha constatado, si bien se trata de una norma que protege a un determinado grupo de mujeres, lo cierto es que a la vez deja de lado a quienes fueron víctimas de otras modalidades de violencia sexual, negándoles el derecho a reparar las secuelas graves que estos hechos dejaron en sus vidas⁶⁹. Hasta el momento estas normas no han sido materia de una reforma legal, pese a que ésta fue una recomendación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al Estado peruano en el 2007.

Esta omisión sin embargo, ha sido parcialmente abordada a través de la aprobación del Reglamento Interno del Consejo de Reparaciones, encargado de la inscripción en el Registro Único de Víctimas (Reglamento del RUV) de la violencia⁷⁰. El RUV tiene como objetivo general la identificación nominal de las víctimas y beneficiarios afectados por el proceso de violencia⁷¹.

⁶⁷ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de julio del 2005.

⁶⁸ Aprobado por Decreto Supremo No. 015-2006-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 6 de julio del 2006.

⁶⁹ Loli Espinoza, Silvia, Eduardo Espinoza y José Carlos Agüero, “Violencia sexual en conflicto armado: Informe Nacional del Perú”, en: *Monitoreo sobre violencia sexual en conflicto armado*. CLADEM, Lima, Perú, 2007, pág. 300.

⁷⁰ Aprobado por Acuerdo de Consejo No. 9-08-04 el 27 de febrero de 2008.

⁷¹ Reglamento de inscripción en el Registro Único de Víctimas de la Violencia a cargo del Consejo de Reparaciones, artículo 3.2.

Este Reglamento interno del Consejo de Reparaciones sí ha contemplado dentro de la categoría de víctimas directas a las personas que sufrieron violación sexual u otras formas de violencia sexual distintas de violación sexual, tales como esclavitud sexual, unión forzada, prostitución forzada y aborto forzado⁷². Por ello, en las fichas de registro que son aplicadas a nivel nacional han incluido una parte especial para registrar la violencia sexual⁷³. Sin embargo, esta incorporación no implica una modificación de la Ley que establece el PIR ni tampoco de su Reglamento. Es decir, se establece una competencia en cuanto a registro y certificación pero no en cuanto a política de reparación. Es una tarea de la CMAN ordenar el tipo de reparación que será entregada por cada tipo de violación de derechos sufrida⁷⁴. Hasta el momento la CMAN, no se ha pronunciado al respecto, ni sobre el tipo de reparación que se dará para las víctimas de violación sexual.

Cabe resaltar también, que este Reglamento de RUV no considera a la esterilización forzada una de las modalidades de violencia sexual, que sí esta contemplada en un Proyecto de Ley presentado ante el Congreso de la República en el 2008, el cual propone modificar la Ley que crea el PIR y será materia de análisis más adelante.

De otro lado, los artículos 16 y 17 del Reglamento de RUV, además de establecer una definición de violación sexual y de otras formas de violencia sexual, establece los criterios y documentos para la calificación de víctimas de hechos de violencia sexual. Cabe destacar, dos aspectos que merecen atención en estos artículos. Primero, se establece dentro de los criterios para la evaluación que en “este tipo

⁷² Reglamento Interno del CR de inscripción en el Registro Único de Víctimas (RUV) de la violencia, artículo 17.

⁷³ Portal Farfán, Diana, “El proceso de reparaciones a las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado interno”, en: *Sin Tregua. Políticas de reparación para las mujeres víctimas de violencia sexual durante dictaduras y conflictos armados*. Corporación Humanas, Santiago, Chile, 2008, pág. 166.

⁷⁴ Informe de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, *Reparaciones para las víctimas del conflicto armado interno*, cap. 5, pág. 110. En: http://www.dhperu.org/documentos/informe/51017c_cap5.pdf, (disponible al 26 de febrero de 2010).

de violación de los derechos humanos la declaración jurada del o de la solicitante tiene un peso importante”. Este es un aspecto positivo, que esperamos sea tomado en consideración al momento de esta evaluación. En segundo lugar, se establece como documentos exigibles al DNI o partida de nacimiento o de bautizo u otro documento que acredite la existencia previa de la víctima, permitiendo su individualización. Este requisito sigue siendo un obstáculo para que las mujeres puedan acceder efectivamente a una reparación, en tanto según la RENIEC, nuestro país tiene más de un cuarto de millón de indocumentados de los cuales la mayor parte son mujeres y niños/as⁷⁵.

Otro aspecto importante de resaltar en el Reglamento del PIR, es la exclusión como beneficiarios de reparaciones a los miembros de organizaciones subversivas (artículo 54). En el Informe Alternativo presentado ante el Comité CEDAW (2006), se puso en evidencia que esta normativa desprotege a aquellas mujeres que fueron obligadas a participar en estos grupos subversivos, así como a aquellas mujeres que se enrolaron en sus filas de forma voluntaria y que fueron víctimas de esta clase de abusos, tanto por parte de los subversivos como de las fuerzas armadas y policiales durante su detención y enjuiciamiento⁷⁶. Hasta el momento este aspecto no ha sido materia de reforma legislativa.

ii. Modificación del Reglamento de la Ley que crea el Plan Integral de Reparaciones

El 21 de febrero de 2008 se publicó el D.S.003-2008-JUS que modifica el Reglamento de la Ley PIR. Tomando en consideración algunas de las recomendaciones necesarias para abordar con perspectiva de género el proceso de reparaciones, esta modificatoria ha establecido como uno de los criterios la confidencialidad, señalando que “el acceso a la información recolectada durante el proceso de elaboración del RUV quedará restringido cuando éste haya sido catalogado por el Consejo de Reparaciones como información con-

⁷⁵ Loli Espinoza, Silvia, Eduardo Espinoza y José Carlos Agüero, “Violencia sexual en conflicto armado: Informe Nacional del Perú”..., pág. 300.

⁷⁶ Informe Alternativo al Sexto Informe Periódico del Estado Peruano al Comité de la CEDAW, noviembre de 2006, pág. 92.

fidencial” (artículo 8-e). De otro lado, se establece que el Consejo de Reparaciones, en casos debidamente justificados y mediante decisión motivada, podrá flexibilizar la exigencia de algunos de los requisitos establecidos para la información para los casos de víctimas individuales (artículo 74).

Cabe resaltar que esta modificatoria debe ir acompañada de una “metodología para los registradores(as), que debería asegurar un clima de confianza y confidencialidad para que las mujeres afectadas por la violencia sexual cuenten sus historias”⁷⁷.

Sin embargo, esta modificatoria al reglamento no incluyó el reconocimiento como beneficiarias de reparación a las víctimas de otras formas de violencia sexual, además de la violación sexual, recomendación formulada por el Comité CEDAW en el 2007.

De otro lado, constituye un retroceso la modificación del artículo 18 de este Reglamento, que establece que sólo serán beneficiarios del programa de reparaciones en educación los individuos que por razón del proceso de violencia tuvieron que interrumpir sus estudios. En este sentido, “se deja por fuera de las reparaciones en educación a las y los familiares de las víctimas, afectando sobre todo a las/os hijas/os que por este mismo contexto no pudieron seguir sus estudios”⁷⁸. Esta situación “es particularmente compleja, pues justamente este es uno de los pedidos más recurrentes desde las voces de las mujeres en cuanto a reparaciones”⁷⁹.

77 Portal, Diana, “El proceso de reparaciones a las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado interno”..., pág. 166.

78 Portal, Diana, “Reparación en casos de violencia sexual durante el conflicto armado interno peruano: avances y retrocesos”, en: *Memorias del judicialización de casos y reparación a mujeres víctimas de delitos de violencia sexual en el marco del conflicto armado*. Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género, Bogotá, Colombia, 4 y 5 de febrero de 2009, pág. 77. Ver en: http://www.humanas.org.co/procesos/archivos/humanas_documento_35Memorias.pdf (disponible al 1 de marzo al 2010).

79 *Ibidem*.

iii. Aprobación del Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer

El 27 de marzo del 2009, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015⁸⁰, el cual establece acciones específicas orientadas a atender el proceso de reparaciones y judicialización de casos por violencia sexual perpetradas durante el conflicto armado, estableciendo resultados específicos desde el 2009 al 2015.

Entre sus objetivos estratégicos se contempla el garantizar el acceso de las mujeres afectadas por la violencia basada en género a los servicios públicos de calidad, incluyendo el acceso al sistema de justicia, salud, entre otros, contribuyendo a superar su condición de víctimas⁸¹.

Para ello, un primer objetivo específico está orientado a garantizar el acceso de las víctimas de violencia basada en género a la justicia, de manera eficaz y oportuna⁸². Entre las actividades previstas para este objetivo se encuentra:

- a. La inclusión de todas las formas de violencia sexual dentro del Plan Integral de Reparaciones (PIR).
- b. El diseño e implementación de un marco legal específico para la protección de las víctimas de violencia sexual, así como de sus hijos e hijas.
- c. Adecuación de la normativa interna al Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma).
- d. Ordenanzas regionales y locales asignan recursos presupuestales con metas y resultados para garantizar el acceso a la reparación individual y colectiva de las mujeres víctimas de violencia sexual.
- e. Aprobación e implementación de un protocolo para evaluación de daño psíquico.

⁸⁰ Aprobado por Decreto Supremo No. 003-2009-MIMDES.

⁸¹ Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015, objetivo estratégico 2.

⁸² *Ibidem*, objetivo específico 2.2.

- f. Incorporación de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en los Planes de Desarrollo Concertado (PDC) regionales y locales; seguimiento de cumplimiento del Plan Integral de Reparaciones y la judicialización de los casos de las mujeres que fueron víctimas de violencia sexual durante el período de violencia terrorista.

Un segundo objetivo específico planteado es mejorar el acceso y calidad de los servicios de atención integral a las mujeres víctimas de violencia basada en género a nivel nacional, regional y local⁸³. Entre las actividades previstas se encuentran:

- a. Diseñar y validar cursos sobre género y derechos de las mujeres; incluir en el currículo de formación de los/as oficiales y suboficiales de la PNP y Fuerzas Armadas un curso regular sobre género y derechos de las mujeres.
- b. Adaptación del Protocolo para la atención de la violencia basada en género, a fin de garantizar la atención de las víctimas de violencia sexual durante el período de violencia; difusión y aplicación de los protocolos de atención a nivel nacional.
- c. Diseño e implementación de un programa de salud mental comunitaria y Plan de Salud Mental para las mujeres víctimas de violencia sexual durante el período de violencia terrorista; estrategia de acompañamiento psicojurídico para las víctimas.
- d. Coordinación con los gobiernos regionales y locales para la identificación de organizaciones de mujeres que realizan vigilancia social sobre el cumplimiento al PIR.
- e. Priorización de la atención en los programas sociales a las mujeres víctimas de violencia de género durante el período de violencia terrorista.

iv. Proceso de documentación: Aprobación de la Ley No. 29312

Como se mencionada en líneas anteriores, un problema que aún persiste en el Perú es la indocumentación, que afecta especialmente

⁸³ *Ibidem*, objetivo específico 2.1.

a mujeres, niños y niñas. Entre las personas indocumentadas se encuentran aquellas que perdieron sus partidas de nacimiento a consecuencia de la destrucción de un número considerable de oficinas de registro del estado civil, que fueron destruidas o quemadas durante la violencia política.

En este sentido, un aspecto positivo es la promulgación de la Ley No. 29312⁸⁴, que regula el procedimiento de reposición de partidas de nacimiento, matrimonio y defunción destruidas o desaparecidas por negligencia, hechos fortuitos o actos delictivos, estableciendo procedimientos que contribuirán a que el trámite sea más accesible para aquellas personas afectadas por registros civiles siniestrados.

Desde un análisis de género, el problema de la indocumentación es sumamente grave en tanto limita el ejercicio de derechos y vulnera la condición de ciudadanas de las mujeres, especialmente de las mujeres rurales e indígenas. En este caso, la restitución del derecho a la identidad puede resultar un elemento estratégico de carácter transformador de la estructura de exclusión basada en el género⁸⁵.

v. Aprobación de una Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2007)

La Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, Ley No. 28983⁸⁶, establece como uno de los lineamientos para el Poder Judicial y el sistema de administración de justicia (artículo 7b) la obligación de “implementar políticas que permitan el desarrollo de procedimientos justos, efectivos y oportunos para la denuncia y sanción de todas las formas de violencia sexual; asimismo, la reparación del daño y el resarcimiento de las personas afectadas, eliminando los obstáculos para el acceso a la justicia, en particular de las mujeres rurales, indígenas, amazónicas y afroperuanas”. Por lo tanto, esta norma establece acciones particularmente importantes

⁸⁴ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de enero de 2009.

⁸⁵ Consejería de Proyectos, “Impunidad: pongámosle fin. Violencia sexual contra las mujeres en conflicto armado interno”. Consejería de Proyectos, Lima, Perú, 2006, pág. 45. Ver en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4739.pdf> (disponible al 1 de marzo del 2010).

⁸⁶ Publicada el 16 de marzo de 2007.

para el caso de la judicialización de casos de violencia sexual durante el conflicto armado.

vi. Seguimiento de la Defensoría del Pueblo al proceso de Reparaciones desde una perspectiva de género

La Defensoría del Pueblo ha emitido desde el 2007 dos informes defensoriales de seguimiento a las recomendaciones del Informe de la Comisión de la Verdad. Así, mediante Resolución Defensorial No. 060-2007/DP⁸⁷ se aprobó el Informe Defensorial No. 128, denominado “El Estado frente a las víctimas de violencia ¿Hacia dónde vamos en políticas de reparación y justicia?”. Este informe se centra en analizar la actuación de las fiscalías en los casos de presunta violación sexual, de acuerdo al seguimiento realizado por la Defensoría en dos casos emblemáticos como son Manta y Vilca y M.M.M. No obstante, no desarrolla el impacto diferenciado del proceso de reparaciones desde una perspectiva de género.

De otro lado, mediante Resolución Defensorial No. 037-2008/DP⁸⁸, se aprobó el Informe Defensorial No. 139, denominado “A cinco años de los proceso de reparación y justicia en el Perú. Balance y desafíos de una tarea pendiente”. Si bien es cierto este informe desarrolla con mayor extensión las dificultades observadas en la judicialización de casos post conflicto armado (a desarrollarse en el siguiente apartado) no se analiza el proceso de reparaciones desde un enfoque de género.

En el Informe Defensorial No. 140, “Salud mental y derechos humanos. Supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables”, aprobado por Resolución Defensorial No. 010-2009/DP⁸⁹; se establece como una las recomendaciones al Ministerio de Salud el

asegurar que los equipos especializados en salud mental, ubicados en las zonas afectadas por la violencia política, contemplen estrategias específicas para la atención de los problemas derivados de la violencia misma, de manera que permitan a las personas afectadas reconstruir

⁸⁷ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de diciembre de 2007.

⁸⁸ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2008.

⁸⁹ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de febrero de 2009.

sus proyectos de vida. Estos programas deben aplicar un enfoque intercultural y de derechos que respete las prácticas y las costumbres locales.

Asimismo, a los gobiernos regionales se recomienda

capacitar al personal médico y administrativo de los establecimientos de salud sobre la cobertura en salud mental que ofrece el SIS, así como respecto de los procedimientos de afiliación de los afectados por la violencia política. Asimismo, difundir entre la población afectada por la violencia política los alcances del SIS para el tratamiento de su salud mental.

La salud mental también debe aplicarse con enfoque de género lo cual no es mencionada en este informe.

De lo anterior se puede concluir que se hace necesario que la Defensoría del Pueblo contemple un seguimiento más cercano al proceso de reparaciones desde un enfoque de género y formule recomendaciones a las instancias correspondientes encargadas de implementarlas.

vii. Avances a nivel de los gobiernos regionales y locales

- *Ordenanza regional que crea el Consejo Regional de la Mujer en Ancash*

El Gobierno Regional de Ancash aprobó la Ordenanza Regional No. 010-2007-REGION ANCASH-CR⁹⁰ creando el Consejo Regional de la Mujer, que establece como objetivos estratégicos la promoción y vigilancia del cumplimiento de políticas orientadas a disminuir la violencia contra la mujer y la familia, y las secuelas de la violencia política (educación, salud, trabajo, etc.).

Asimismo, esta instancia se plantea la tarea de incidir y promover el Consejo Regional de Reparaciones Individuales y Colectivas para víctimas de la violencia política, especialmente para mujeres, niñas, adolescentes y jóvenes.

⁹⁰ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2007.

- *Ordenanza Municipal en Huancavelica que establece la reparación simbólica a mujeres víctimas de la violencia sexual durante del conflicto armado*

El 26 de agosto del 2008, la Municipalidad Provincial de Huancavelica, aprobó la Ordenanza Municipal No. 018-2008/MPH, estableciendo una reparación simbólica a mujeres víctimas de la violencia sexual durante del conflicto armado: solidaridad, cuidado y justicia contra el dolor, la culpa y el estigma.

Esta ordenanza tiene como objetivo establecer el 25 de agosto de cada año, en la provincia de Huancavelica, como el “Día del reconocimiento simbólico a mujeres víctimas de violencia sexual”; esto como una forma de reparación simbólica, principalmente hacia las mujeres, por los hechos vividos durante el conflicto armado entre los años 1980 y 2000.

Asimismo, se establece que la reparación simbólica, implica que en toda medida de reparación debe expresar el reconocimiento de la dignidad y derechos de las víctimas; y que todos los actos de reparación deben estar orientados a reconocer la forma en que las víctimas fueron afectadas durante el proceso de violencia y a afirmar la condición de ciudadanas de quienes sufrieron la violación de sus derechos fundamentales.

viii. Proyectos de Ley pendientes en al agenda del Congreso de la República

- *Proyecto de Ley No. 2906/2008-CR, que propone se incluya como víctimas y beneficiarias a las personas que hayan sufrido otras formas de violencia sexual durante el conflicto armado interno*

El 9 de diciembre del 2008, se presentó el Proyecto de Ley No. 2906/2008-CR, que amplía el PIR y propone se incluya como víctimas y beneficiarias a las personas que hayan sufrido otras formas de violencia sexual durante el conflicto armado interno. Este proyecto ha sido decretado a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, en donde hasta el momento no han emitido el Dictamen respectivo.

La propuesta legislativa concretamente propone modificar los artículos 3 y 6 de la Ley que crea el PIR, Ley No. 28592, para incluir también dentro de la definición de víctima a quienes han sufrido violencia sexual en el contexto de un conflicto armado, tales como esclavitud sexual, embarazo forzado, aborto forzado, prostitución forzada, esterilización forzada (art. 3). Asimismo, se plantea incluir como beneficiarios individuales a las víctimas directas que han sufrido violencia sexual (art. 6 inciso b).

- *Proyecto de Ley de Salud Mental*

El 3 de junio del 2008 se presentó el Proyecto de Ley No. 02465/2007-CR, el cual fue decretado a la Comisión de Salud, Población, Familia y Personas con Discapacidad.

Esta iniciativa contempla la atención en salud mental a poblaciones en riesgo generado por el conflicto armado interno (artículo 37), estableciendo además como uno de los enfoques la perspectiva de género (artículo 3).

Se ha mención también al tema de la judicialización de casos, mencionando que

las investigaciones judiciales derivadas de casos de violación de derechos humanos como... violencia sexual... deben ser en sí mismos procesos que permitan reparar el daño causado a las personas y comunidades afectadas, y no generar nuevos daños en la salud mental, para esto debe considerarse la salud mental de manera transversal... (artículo 39).

- *Proyecto de Ley que modifica el Código Penal para su adecuación al Estatuto de Roma*

El 11 de octubre del 2007 se presentó el Proyecto de Ley No. 01707/2007-CR, que propone la Ley de los Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, decretado a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.

Este proyecto de ley propone tipificar a la violencia sexual como un crimen de lesa humanidad y un crimen de guerra. La Comisión de Justicia emitió un predictamen en noviembre del 2008, con un

texto sustitutorio que dejaba de tipificar entre otros delitos a la violencia sexual. Luego de diversas reuniones de la Comisión, el texto sustitutorio final sí incorpora diversas modalidades de violencia sexual. El 7 de abril del 2009 se aprobó por mayoría el texto sustitutorio; sin embargo, posteriormente se aprobó una reconsideración, lo cual implica que este texto será nuevamente discutido en la Comisión de Justicia.

- *Proyecto de Ley sobre Defensa Pública*

El 20 de septiembre del 2007 se incorporó el Proyecto de Ley No. 01638/2007-CR, que propuso una Ley de Defensa Pública para las víctimas de violencia familiar y/o sexual. Esta iniciativa legislativa fue agrupada a otros proyectos de ley más generales, que proponían una Ley sobre Defensa Pública. Actualmente este proyecto ha sido aprobado en primera votación en el Pleno, y dispensado de segunda votación. Sólo quedaría pendiente su promulgación por el Presidente de la República.

El Proyecto de Ley, establece en el artículo 8 que la Dirección General de Defensa Pública, a través de los consultorios jurídicos populares, brindará asesoría y patrocinio legal a las víctimas de violencia familiar y violencia sexual.

ix. Otros aspectos relevantes dentro del Proceso de Reparaciones

- *Participación de las Mujeres en el Proceso de Reparaciones Colectivas*

El Reglamento de la Ley que crea el PIR dispone que, al ejecutar y realizar las acciones referentes a su implementación, las entidades del Estado –en todos sus niveles– deben tomar en cuenta el enfoque de equidad de género e igualdad de oportunidades, lo que “implica reconocer las situaciones de desventaja y diferencia que existen entre hombres y mujeres al acceder a recursos y tomar decisiones, por lo que estimula la creación de condiciones especiales para facilitar la participación y presencia de las mujeres en la toma de las mismas”. Además, busca generar conciencia entre los distintos miembros de la colectividad sobre las diferencias e inequidades estructurales de

género existentes en el interior de ésta⁹¹. En el seguimiento al proceso de reparaciones la Asociación Pro Derechos Humanos (Aprodeh) realizó un estudio sobre la implementación de las Reparaciones Colectivas en el Perú⁹², en las que consideró importante dar una mirada especial a la participación de las mujeres en el Programa de Reparaciones Colectivas.

En este estudio se encontró que en cuanto al conocimiento del Programa de Reparaciones Colectivas y la percepción sobre el mismo (conocimiento y participación en asambleas o reuniones sobre el programa en el Comité de Gestión local, que incluye la participación en su elección y en su conformación), las mujeres se encuentran siempre en desventaja en relación con los hombres⁹³. La mayoría de mujeres no conocen los proyectos a ejecutarse; de las que los conocen sólo el 15.4% lo reconoce como reparación colectiva por afectación por violencia política. Asimismo, sólo el 21% conoce el Comité de Gestión y el 10% ha participado en su elección en asamblea comunal⁹⁴.

Como se menciona en el estudio, los que tienen voto en una “asamblea comunal son los que están inscritos en el padrón comunal y tienen rango de comunero/a, y que es a menudo jefe de familia o tiene título de propiedad o de posesión sobre la tierra, rol que es tradicionalmente asignado y al cual las mujeres sólo tienen este derecho de manera supletoria (a falta de aquellos)”. El uso de una organización tradicional –como es la asamblea comunal– para la elección del proyecto de reparaciones colectivas, si bien es fundamental desde el punto de vista intercultural y del reconocimiento y respeto debido a las estructuras de las comunidades, puede resultar un elemento negativo desde el punto de vista de la equidad de género por ser estas organizaciones tradicionales construidas sobre modelos patriarcales⁹⁵, restringiendo la participación de las mujeres en estos espacios.

⁹¹ Artículo 7 g) del Reglamento de la Ley 28592, que crea el PIR.

⁹² Paredes, Sonia, Julie Guillerot y Cristian Correa, *Escuchando las voces de las Comunidades. Un estudio sobre la implementación de las Reparaciones Colectivas en el Perú*. Aprodeh, Lima, Perú, 2008, pág. 30.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

En este sentido, el proceso de reparaciones colectivas ha omitido dar un tratamiento preferencial a las mujeres dentro de este proceso participativo, cuando suelen ser el eslabón más vulnerable en el seno de cualquier comunidad, donde seguramente los hombres tendrán la última palabra al momento de elegir el proyecto.⁹⁶ Esto implica que las reparaciones colectivas deben prever mecanismos que incluyan una perspectiva de género en su implementación. Al respecto se han emitido algunas recomendaciones, como la “necesidad de establecer un incentivo para la presentación de proyectos que respondan a las consecuencias de la violencia política en las mujeres”⁹⁷.

- *Condiciones para el registro de víctimas de violencia sexual*

Los módulos de atención para el registro de víctima están ubicados en las zonas urbanas, lo que dificulta la atención en zonas más alejadas y que han sido más vulneradas. Por otro lado, la limitación del personal hace que muchas veces sean varones los encargados del registro, los que, adicionalmente, no manejan el quechua. Ambas condiciones generan desconfianza en las mujeres para contar sus historias⁹⁸.

- *Medidas específicas de reparación para víctimas de violencia sexual*

Hasta el momento, “los programas de reparación establecidos no contienen medidas específicas de atención en estos los casos y se dejan de lado propuestas de atención en salud mental y salud reproductiva, reparaciones simbólicas que puedan contribuir al reconocimiento de que esta afectación es tan grave como los otros tipos de violaciones, entre otras”⁹⁹.

⁹⁶ Guillerot, Julie, “Reparaciones en la transición peruana: ¿Dónde estamos y hacia donde vamos?”, en: *Reparaciones para las víctimas de la violencia política*. ICTJ, Bogotá, 2008.

⁹⁷ Paredes, Sonia, Julie Guillerot y Cristian Correa, *Escuchando las voces de las Comunidades...*, pág. 31.

⁹⁸ Portal, Diana, “Reparación en casos de violencia sexual durante el conflicto armado interno peruano: avances y retrocesos”..., pág. 78.

⁹⁹ *Ibidem*.

b. Judicialización de casos por violencia sexual

En materia de judicialización de casos, encontramos que actualmente existen ocho (8) casos que son materia de investigación. A continuación presentamos un cuadro elaborado a propósito de los cinco años de la presentación de la CVR, donde se muestra el balance de acceso a la justicia de los casos de violación sexual ocurridos durante el conflicto armado interno¹⁰⁰.

No	Casos presentados por la CVR	Casos presentados por ONG de Derechos Humanos	Etapas del proceso judicial	Institución a cargo de la defensa	Fecha de inicio del proceso
01	M.M.M		Tercera Fiscalía Penal Supra-provincial	IDL	2004
02	Violación sexual de 26 mujeres de Manta y Vilca		Juzgado Penal Supraprovincial Lima. Pendiente de Calificación.	IDL /DEMUS	Marzo del 2004
03	Desaparición, tortura y violación sexual en la base militar de totos, Ayacucho.		Con diligencias propuestas al fiscal. Se encuentra en la Primera Fiscalía Provincial de Huamanga.	Paz y Esperanza/ CEAS	2004
04		Cinco casos de violación sexual en la base militar de Capaya	Primera Fiscalía Provincial Penal de Abancay, en Investigación Preliminar.	APRODEH	2005
05		Violación de 6 mujeres en Llusita, Ayacucho	Primera Fiscalía Supra-provincial. Pendiente de formalizar denuncia	COMISEDH	13 de junio del 2004

¹⁰⁰Elaboración Diana Portal, DEMUS. En: "A 5 años de la entrega del informe de la CVR. Mujeres: víctimas aún invisibles del conflicto armado en el Perú", Lima, suplemento elaborado por Consejería de Proyectos, 2009.

06		M.E.L.T(Lima)	Tercera Sala Penal con reos libres. Caso archivado por prescripción de la acción penal.	COMISEDH	20 de diciembre del 2005
07		G.G (Ayacucho)	Segunda Fiscalía Supraprovincial de Ayacucho pendiente de formalizar la denuncia.	COMISEDH	7 de noviembre del 2005.
08		Matanza de más de un centenar de campesinos en Putis	Segunda Fiscalía Supraprovincial de Ayacucho. En investigación preliminar	PAZ Y ESPERANZA	La socilidad de ampliación se ha hecho en el 2008.

Cabe resaltar un importante avance en materia de judicialización de casos: en marzo del 2009 se abrió el proceso penal contra diez militares (EP) implicados en la violación sexual de siete mujeres de las comunidades de Manta y Vilca (Huancavelica), durante el contexto del conflicto armado peruano¹⁰¹. Esto constituye, como se menciona en una nota de prensa del Instituto de Defensa Legal,

un documento de avanzada que concuerda la normatividad nacional con la internacional para reconocer que si bien estos hechos constituyen un delito de violación sexual, dado el contexto en que se desarrollaron adoptan la categoría de crímenes de lesa humanidad y en consecuencia son imprescriptibles...

Por otro lado, es preciso mencionar que la Defensoría del Pueblo realiza el seguimiento de tres de los ocho casos mencionados en el cuadro anterior. En su Informe emitido en diciembre del 2008¹⁰², *A cinco años de los procesos de reparación y justicia en el Perú*, da cuenta de lo poco que se ha avanzado en la judicialización de casos, poniendo en evidencia las múltiples dificultades que encuentran las víctimas.

¹⁰¹ Ver en: <http://www.idl.org.pe/comunicado/NP0018%202009%20MANTA.doc> (disponible al 1 de marzo de 2010).

¹⁰² Informe Defensorial No. 139, *A cinco años de los procesos de reparación y justicia en el Perú. Balance y desafíos de una tarea pendiente*. Defensoría del Pueblo, Lima, Perú, diciembre de 2008.

La Defensoría menciona que las investigaciones por casos de violación sexual, además de las dificultades que afectan a todas las investigaciones y procesos penales por violaciones de derechos humanos, afrontan una serie de dificultades derivadas de la propia naturaleza de dichos casos¹⁰³. Así tenemos los siguientes:

i. Prescripción y tipificación penal de los casos de violación sexual

En cuanto al tema de prescripción, algunos operadores judiciales han considerado que la violencia sexual, en el contexto de los casos antes mencionados no puede ser investigada ni castigada por encontrarse –supuestamente– prescritos esos crímenes, conforme al derecho penal peruano. Al respecto, Aprodeh ha presentado un *amicus curiae* ante Primera Fiscalía Provincial en lo Penal de Abancay¹⁰⁴, que investiga el caso de cinco mujeres víctimas de violación sexual en la base militar de Capaya. El *amicus* plantea que el Estado peruano tiene no sólo la posibilidad, sino también el deber ineludible de investigar esos crímenes, amparándose en los estándares internacionales en materia de derechos humanos, desarrollados también por jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional Peruano.

Una segunda dificultad desarrollada en el último informe de la Defensoría del Pueblo es la tipificación de los casos de violencia sexual. Al respecto se menciona en este Informe que los actos de violación sexual realizados con un fin predeterminado (investigación criminal, intimidación o castigo) por un funcionario público o un particular a instigación del primero, constituyen una infracción de la prohibición de la tortura¹⁰⁵, delito previsto en el Código Penal a partir de 1998. Sin embargo, la dificultad radica en aquellos casos en donde las violaciones ocurridas en el período de violencia se realizaron con anterioridad a esta tipificación¹⁰⁶.

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 190

¹⁰⁴ *Violación sexual como crimen de lesa humanidad. Amicus Curiae presentado por la Organización No Gubernamental De Justicia (Colombia) ante la Primera Fiscalía Penal de Abancay*. Aprodeh, Lima, Perú, 2008.

¹⁰⁵ Informe Defensorial No. 139..., pág. 189.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

La Defensoría plantea que es importante tener en consideración los criterios que van adoptando los órganos de la administración de justicia, con la finalidad de evitar la impunidad de estas graves violaciones de derechos humanos, como son: i) la aplicación del tipo penal de tortura recogido en el artículo 321 del Código Penal, flexibilizando el principio de legalidad, y ii) la subsunción de estas conductas en el tipo penal vigente en la época en que ocurrieron los hechos¹⁰⁷.

Con relación a la subsunción de los casos de violencia sexual que constituyen tortura en los delitos de violación sexual, lesiones, abuso de autoridad o secuestro, en ningún modo señala la Defensoría, elimina el carácter de graves violaciones de derechos humanos de las conductas, ni impide aplicarles los principios reconocidos por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente la imprescriptibilidad, por tratarse de crímenes que implican graves violaciones a los derechos humanos¹⁰⁸.

ii. Las pericias psicológicas realizadas por el Instituto de Medicina Legal

En los casos “Violación sexual de 5 pobladoras en las bases militares de Capaya y Santa Rosa” y “Violencia sexual en Huancaavelica: Las Bases militares de Manta y Vilca”, se han advertido deficiencias en las pericias psicológicas realizadas por el Instituto de Medicina Legal (IML), en tanto analizan la situación psicológica actual de las agraviadas sin indicar si ésta guarda relación con las secuelas de la violación sexual. En este sentido, la pericia elaborada por el IML no aporta mayores datos a la investigación preliminar; en cambio, la pericia de parte fortalece la credibilidad del testimonio de la agraviada, pues ella da cuenta de las secuelas que aún perduran en la víctima a consecuencia de los graves actos denunciados¹⁰⁹.

De otro lado, cabe destacar que actualmente se viene desarrollando la elaboración de un protocolo de valoración de daño psíquico para persona víctimas de violencia, a cargo del IML e instituciones de la sociedad civil.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 191.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 192.

iii. Programación de diligencias que vulneran innecesariamente la dignidad de las víctimas

En las investigaciones relacionadas con los casos “Violencia sexual en Huancavelica: Las Bases Militares de Manta y Vilca” y “María Magdalena Monteza Benavides”, se dispuso que se lleve a cabo el reconocimiento médico legal de las víctimas con el fin de obtener una prueba que acredite las violaciones denunciadas por ellas¹¹⁰. Estas diligencias, como era de esperarse debido al tiempo transcurrido desde la fecha en que ocurrieron los hechos, no aportaron ningún dato relevante a la investigación; sin embargo, influyeron negativamente sobre el estado de salud mental de las víctimas y sobre sus expectativas en el desarrollo de las investigaciones¹¹¹. Además de estos problemas puntuales mencionados por la Defensoría, consideramos importante lo planteado por Beristain¹¹², quien desarrolla las dificultades que encuentran las víctimas de violencia sexual en materia de investigación, como lo muestra el siguiente cuadro¹¹³:

Minimización y prejuicios sobre la violencia sexual	Se refiere a las actitudes que a veces adoptan los mismos sistemas judiciales y al contexto social o cultural. Esta minimización forma parte de la normalización de la violencia contra las mujeres y de los estereotipos de género y prejuicio contra ellas.
La no declaración de la violación sexual	Debido al estigma que con frecuencia la acompaña, es muy difícil para las mujeres hacer la denuncia en contextos en que no suelen existir garantías de investigación, pueden verse expuestas a nuevas violaciones o sufrir consecuencias negativas en su propio entorno.
Falta de mecanismos de investigación específica y peritajes	Por las dificultades que conllevan la investigación y obtención de testimonios o pruebas de las violaciones sexuales, se necesitan procedimientos especializados.
Tipo de interrogatorio o investigación previa	Que invisibiliza la violación sexual en el contexto de otras violaciones de derechos humanos. Ante estas dificultades de declaración o denuncia, se necesita un acercamiento con personas de confianza y considerar estos aspectos en la toma de testimonios. La oportunidad de comprobar específicamente estos hechos puede aparecer, sin embargo, de forma indirecta en los testimonios de otras violaciones.

¹¹⁰ Ibidem, pág. 196.

¹¹¹ Ibidem, pág. 194.

¹¹² Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*. IIDH, San José, Costa Rica, 2008.

¹¹³ Cuadro resumen de lo propuesto por Carlos Beristain, ibídem.

Falta de acceso a la justicia en agresiones privadas o familiares	Los sistemas judiciales de los países cuentan, en general, con pocos instrumentos legales y/o sensibilidad frente a las manifestaciones de violencia de género contra las mujeres, aunque poco a poco, se logran avances.
Limitaciones jurídicas en la investigación	Las limitaciones jurídicas para probar los hechos junto con la ausencia de pruebas específicas, como peritajes, disminuyen la posibilidad de reconocimiento de las violaciones.
Falta de sensibilidad de operadores de justicia	En la mayor parte de los países existen serios problemas para la investigación judicial de los casos de violación sexual y violencia contra las mujeres.
Riesgo de victimización secundaria	Numerosas circunstancias, tanto sociales como del ámbito judicial o a causa del poder de los perpetradores, hacen que este riesgo -en el proceso de investigación- sea muy alto.
Impacto de las revelaciones en el medio familiar o social	Las denuncias por violación sexual suponen una visibilización de las víctimas en su medio social más cercano e inciden en sus relaciones afectivas o familiares, especialmente cuando estos hechos no habían sido conocidos o compartidos con anterioridad.

Otras dificultades encontradas son las siguientes:

- Los representantes del Ministerio Público y los jueces penales están en las capitales de provincia, muy alejadas del lugar donde viven las víctimas y donde usualmente sucedieron estos hechos de violencia sexual. Esto limita sustancialmente su posibilidad de recurrir a estas instancias¹⁴.
- Las víctimas no tiene defensa legal gratuita. Sin embargo, los inculpados cuentan con abogados de oficio¹⁵.
- Los jueces y fiscales no fundamentan sus fallos empleando el derecho internacional, por desconocimiento pero también por temor a represalias. Esto es grave porque es a nivel internacional donde existe un mayor desarrollo de un marco normativo que favorece el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual en conflicto armado¹⁶.

A manera de conclusiones y recomendaciones

El Plan Integral de Reparaciones tiene que ser aplicado con un enfoque de género que promueva una estrategia de reparación más

¹⁴ Loli Espinoza, Silvia, Eduardo Espinoza y José Carlos Agüero, “Violencia sexual en conflicto armado: Informe Nacional del Perú”..., pág. 298.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 299.

integral. Esto significa tomar en cuenta las condiciones previas al conflicto armado, dado el contexto anterior de subordinación y discriminación hacia las mujeres, que ya limitaba el ejercicio de sus derechos y vulneraba su condición de ciudadanas¹¹⁷.

Asimismo, las reparaciones deben responder a las circunstancias específicas que atravesaron las mujeres y bajo las cuales estuvieron sometidas durante el conflicto armado, como la violencia sexual¹¹⁸. Teniendo en cuenta además las consecuencias multidimensionales y a largo plazo de estos crímenes para ellas, sus familias y comunidades¹¹⁹. En este sentido, se debe analizar las características de la violación sexual y su significado social por una parte, y la situación de las mujeres en la sociedad y el medio local y familiar por otra, lo cual condiciona el enfoque de la reparación¹²⁰. De allí, la importancia de plantearse enfoques especializados, integrados y multidisciplinarios¹²¹, pues se necesita en cada caso analizar las implicaciones de las diferentes medidas, como reconocimientos públicos o privados, medidas de dignificación, atención en salud, investigación y sanción, teniendo en cuenta la perspectiva de las víctimas¹²². Las reparaciones

deben ir más allá de las razones y consecuencias inmediatas de los crímenes y las violaciones; deben apuntar también a la transformación de las desigualdades políticas y estructurales que influyen negativamente en la vida de las mujeres¹²³.

En este sentido, algunos desafíos al proceso de reparaciones son los siguientes:

- Aplicación del PIR con enfoque de género, lo cual implica que en el marco del programa de reparaciones colectivas se promueva una

117 Portal, Diana, "El proceso de reparaciones a las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado interno"..., pág. 169.

118 Consejería de Proyectos, "Impunidad: pongámosle fin..."..., pág. 46.

119 Declaración de Nairobi sobre el derecho de las mujeres y las niñas a interponer recursos y obtener reparaciones, 2007.

120 Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación...*, pág. 718.

121 *Ibidem*.

122 *Ibidem*..

123 Declaración de Nairobi...

mayor participación las mujeres en la identificación y gestión de los proyectos seleccionados a ser implementados en sus comunidades, poniendo especial énfasis en distinguir entre la atención de necesidades básicas o programas sociales típicos, y proyectos enfocados a identificar el daño colectivo sufrido para procurar responder a él y generar efectos reparadores en la población¹²⁴. Se debe tomar en cuenta que muchas mujeres también se encuentran oprimidas por las relaciones de género en el seno de sus propias comunidades, por lo tanto pueden verse invisibilizadas tras un enfoque de familia o de comunidad¹²⁵. La Declaración de Nairobi¹²⁶, destaca la importancia de garantizar la plena participación de las víctimas en cada etapa del proceso de reparación, tanto en el diseño, implementación, evaluación, así como en la toma de decisiones; esto implica por lo tanto reforzar y empoderar a las capacidades de las mujeres para que determinen por sí mismas las formas de reparación que se adecuan mejor a su situación.

- En el marco de las reparaciones individuales, la misma presidenta del Consejo de Reparaciones ha puesto de manifiesto que la metodología utilizada no ha permitido que muchos casos de violencia sexual accedan al Registro Único de Víctimas, lo que da cuenta de que tiene que formularse una metodología con perspectiva de género que garantice a las víctimas un clima de confianza y privacidad que facilite su proceso de registro. Hasta el momento no se han definido los mecanismos adecuados que faciliten el acceso de las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual a este registro.
- Un mayor presupuesto que garantice la sostenibilidad programática y presupuestal del proceso de reparaciones. Hasta el momento no existe una política clara de parte del gobierno y los sectores involucrados para la implementación del PIR en sus presupuestos y planes operativos. En el marco de reparaciones colectivas, se ha

¹²⁴ Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2008. Lima, Perú, 2008, pág. 25.

¹²⁵ Consejería de Proyectos, “Impunidad: pongámosle fin...”..., pág. 45.

¹²⁶ Declaración de Nairobi...

privilegiado su inversión sólo en infraestructura dejando de lado otras formas de reparaciones colectivas, vaciando de contenido las reparaciones para ser enmarcadas en proyectos de desarrollo¹²⁷. Al respecto la Declaración de Nairobi, advertía que

los gobiernos no deben realizar proyectos de desarrollo en vez de otorgar reparaciones. Las víctimas, en particular las mujeres y las niñas, se enfrentan con obstáculos que les impiden aprovechar las oportunidades que brinda el desarrollo, siendo continuamente excluidas. En los programas de reparación, reconstrucción y desarrollo, se necesitan medidas de acción afirmativa para responder a las necesidades y experiencias de las mujeres víctimas.

Aún más como ha puesto en evidencia Aprodeh, existe un marcado uso político en materia de reparaciones, pues lejos de consultárseles por el tipo de prioridad de la población de acuerdo a ley, se les impone dos tipos de obras: de infraestructura o productiva y de servicio básico¹²⁸.

- La judicialización de casos por los crímenes cometidos contra las mujeres, se torna un componente esencial de las políticas de reparación y una exigencia del derecho internacional¹²⁹. Las investigaciones por casos de violación sexual, además de las dificultades que afectan a la mayoría de casos de violaciones de derechos humanos, encaran problemas derivados de su propia naturaleza, tales como problemas en la tipificación penal, deficiencias en la realización de pericias psicológicas y diligencias que vulneran innecesariamente la dignidad de las víctimas. En esta medida, sería conveniente que la capacitación de los operadores de justicia en temas de derechos humanos, incluya el enfoque de género, lo cual permitirá abordar de manera adecuada estas investigaciones¹³⁰. De otro lado, se necesita implementar un

¹²⁷ Portal, Diana, “El proceso de reparaciones a las mujeres víctimas de violencia sexual durante el conflicto armado interno”..., pág. 165.

¹²⁸ Entrevista a Sonia Paredes, Diario la Primera, febrero de 2009.

¹²⁹ Declaración de Nairobi...

¹³⁰ Informe Defensorial No. 139..., pág. 422.

mecanismo de defensa legal gratuito para las víctimas y familiares de violaciones de derechos humanos.

- En el marco de reformas legislativas, se hace necesaria la modificación del PIR para que incluya a las víctimas que sufrieron otras formas de violencia sexual, además la violación sexual. Asimismo, la adecuación del Código Penal del Estatuto de Roma y la aprobación de la Ley de Salud Mental, que tornaría como política del Estado la atención de la población con problemas de este tipo. Contar con espacios especializados y con una adecuada formación y acompañamiento de los profesionales que atiendan estos servicios, incluyendo la atención a la salud mental. Un enfoque psicosocial, es fundamental para que las mujeres rompan con el silencio e inicien su propio proceso de recuperación.
- La implementación de los marcos normativas aprobadas como lo establecido en el Plan Nacional de Violencia hacia la Mujer 2009-2015, con una asignación de recursos que le den una sostenibilidad programática y presupuestal para su ejecución.

Finalmente, como menciona Beristain,

la investigación y reparación en los casos de violencia sexual representan un reto para los sistemas judiciales. Enfrentar este desafío es urgente y posible, gracias a la labor terca y cotidiana de la sociedad civil en la denuncia de las violencias públicas y privadas y en el señalamiento de la responsabilidad, no solo de los perpetradores, sino del Estado, por la falta de investigación y la ausencia de justicia¹³¹.

La reparación se ve estimulada cuando las mujeres tienen apoyo de otras mujeres, cuando son alentadas y acompañadas para ejercer sus derechos¹³².

¹³¹Beristain, Carlos Martín, *Diálogos sobre la reparación...*, pág. 719.

¹³²Ibidem, pág. 720.

Continuidad de la tortura en la democracia brasileña: percepción y discurso social

*Celma Tavares**

*Una sociedad que por su voluntad o por indiferencia
incluye entre sus miembros a víctimas y torturadores
finalmente no deja cabida conceptual o práctica para nadie
que no quiera ser una cosa ni otra.*

Edward Peters

Introducción

Desde su colonización, Brasil ha recorrido un largo camino en lo que se refiere a los principios democráticos y a los derechos fundamentales. Este camino ha estado marcado por avances y retrocesos, por conquistas y retos, por una evolución social y política que no ha venido acompañada de las garantías necesarias para la consolidación de una cultura de respeto a los derechos humanos.

Al observar lo que hicieron los gobiernos civiles post-transición política, analizando de forma articulada su práctica y discurso, encontramos incoherencias, deficiencias y grandes lagunas, especialmente en relación con la actuación del Estado como principal violador de los derechos humanos de la inmensa población marginada económica y socialmente.

Una de estas violaciones cometidas por el Estado, quizás la más brutal por la forma con la que destruye integralmente la dignidad del ser humano, es la tortura (aplicada en la mayoría de los casos contra presos y sospechosos de crímenes), una llaga abierta en la

* Doctora en Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca, España. Asesora de la ONG Espacio Feminista/Brasil. Consultora de UNICEF/Brasil para el área de educación. Integrante de la Asociación Nacional de Derechos Humanos, Investigación y Postgrado (Brasil) y del Grupo de Investigación sobre Derechos Humanos en Brasil de la Universidad de Salamanca (España).

sociedad brasileña en sus 500 años de existencia. Y lo más grave: si en períodos de esclavitud y de dictaduras ya es una práctica inaceptable e injustificada, en una democracia es algo como mínimo abominable, ignominioso, típico de un estado de barbarie.

Brasil, aún siendo signatario de la Declaración de 1948, regido por una Constitución (1988) que asegura un régimen democrático y condena la tortura, y habiendo ratificado las convenciones de la ONU y de la OEA contra la práctica de la tortura, hasta mediados de los 90 no contó con una legislación interna que definiera a ésta como un crimen. La Ley Federal 9.455 recién fue promulgada en abril de 1997, después de la conmoción nacional frente a las escenas de “Favela Naval” (São Paulo)¹.

Sin embargo, y a pesar de todos estos instrumentos, la realidad de las comisarías y prisiones permanece inalterada. La tortura continúa siendo la forma corriente y natural para la obtención de confesiones e informaciones, para la punición de sospechosos de crímenes y de condenados, o para el mantenimiento del orden y de las relaciones de poder.

Respecto a la aplicación de la Ley, existen problemas desde la denuncia de la víctima, pasando por la averiguación policial, hasta la investigación y juicio del crimen por parte del Poder Judicial. Además, parece haber un imaginario popular que no percibe la tortura institucional (la que es practicada por agentes estatales) como una grave violación de los derechos humanos, dependiendo de la naturaleza del crimen practicado por la víctima de tortura. Esto apunta a que la percepción de los actores sociales sobre esta práctica también tiene su importancia a la hora de influir en la aplicación de la Ley por parte de las instituciones.

¹ El episodio “Favela Naval” se caracterizó por cacheos policiales por parte de un grupo de policías militares que extorsionaban, pegaban y torturaban a las personas en marzo de 1997. La última vez que el grupo actuó una persona fue asesinada; la acción fue grabada y divulgada por una cadena de televisión brasileña.

El presente texto, al mostrar los resultados de una investigación² sobre el tema, a partir de la percepción social de diferentes sectores de la población, abordará las cuestiones arriba mencionadas intentando establecer una conexión entre las razones que contribuyen a la continuidad de la tortura en el país.

Todo el análisis y la articulación entre la percepción social, con sus causas y consecuencias ha sido realizado teniendo en cuenta el contexto histórico pasado del país como también el contexto actual, con el interés de propiciar un análisis crítico, apoyado en el rigor científico y con la intención de comprender las razones que contribuyen para la continuidad de una práctica abominable como la tortura en un régimen democrático.

Este artículo consta de tres partes. La primera trata, de forma breve, sobre la situación de los derechos humanos en el país, a partir de sus aspectos socio-políticos y culturales. La segunda traza un cuadro socio-político y jurídico respecto al problema de la tortura. La tercera discute la percepción de los agentes sociales sobre la práctica de la tortura, analizando los diferentes discursos y posturas: del gobierno, de las instituciones del aparato sancionador y represivo, de las organizaciones de la sociedad civil, de los medios de comunicación, de los familiares y víctimas de la tortura, y de los alumnos y profesores de escuelas secundarias.

² Dicha investigación se realizó para la obtención del título de doctorado y fue presentada a la Universidad de Salamanca en 2006. Se eligió el estado de Pernambuco, en el nordeste de Brasil, como punto de referencia que funcionaría como caso representativo, puesto que presenta los mismos problemas y la misma realidad respecto al tema que las demás y aparece en los informes nacionales e internacionales como una de las que presenta índices elevados de esta práctica. El periodo referente al estudio va desde 1997, año de sanción de la Ley 9455, hasta 2002, final del segundo gobierno de Fernando Henrique Cardoso.

1. Pasado y presente de los derechos humanos en Brasil

La conexión entre el tipo de colonización que recibió³, la diversidad social y racial que vivió y las marcas de la vergonzosa esclavitud que todavía arrastra, sólo podían condenar a este país a las inmensas dificultades que afronta para superar sus problemas y seguir su camino hacia adelante.

Estos trazos coloniales y esclavistas que se mantuvieron en el contexto socio-político brasileño, se agravaron en los periodos de represión. La última dictadura, que duró 21 años, contribuyó en mucho a la ampliación de las prácticas ilegales del Estado, así como a la seguridad de la impunidad de tales actos. Esto en especial porque la transición política en esta etapa se logró a través de un acuerdo entre los militares y las bases políticas del país, dando como resultado la imposibilidad, como en muchos otros países de Latinoamérica, de ver castigados los crímenes practicados durante la represión.

Así, la larga y pactada transición política controlada por los militares, sumada a las herencias culturales coloniales y esclavistas y a la fuerte jerarquía social, ha permitido la continuidad de las relaciones autoritarias en el seno de todos los segmentos sociales brasileños.

Además de ello, el texto constitucional de 1988 no desmontó por completo la estructura de las relaciones civiles-militares establecidas por la Constitución autoritaria de 1967 y su enmienda de 1969⁴. Es decir, se pasó de una dictadura a una democracia política sin que las instituciones del Estado se adecuaran a los propósitos y objetivos del nuevo régimen político. Por un lado, el legado autoritario que la democracia brasileña ha recibido de la dictadura militar es uno de los obstáculos centrales para su consolidación en el país. Por otro lado, la

³ Su conformación social posee un origen personalista y su conformación política fue constituida, según Faoro, por un estamento de carácter autoritario, fundamentado en el patrimonialismo. Ver: Faoro, Raimundo, *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. Editora Globo, Rio Grande do Sul, Brasil, 1997.

⁴ Zaverucha defiende la idea de que en el país sobrevive una tutela militar en lugar de un control civil completo. Ver: Zaverucha, Jorge, *Rumos de Sabres. Tutela militar ou controle civil?* Editora Ática, São Paulo, Brasil, 1994.

persistencia de las graves violaciones de derechos humanos marca la presencia de la continuidad autoritaria⁵.

A la incapacidad de los sucesivos gobiernos civiles para romper con los enclaves autoritarios que contribuyen a la poca adhesión de la población a los principios democráticos⁶, se suma la inexistencia de una depuración dentro de las fuerzas del orden. La falta de control de las fuerzas de seguridad asegura la vigencia, según ha afirmado Pinheiro⁷, de un régimen de excepción paralelo. Es en el seno de este régimen donde las mismas prácticas autoritarias de dichas fuerzas, presentes a lo largo de estos más de 500 años, siguen presentes dentro del espacio democrático. De acuerdo con el análisis de este autor, “el Estado brasileño continúa utilizando sus herramientas preferidas en lo que atañe a la violencia ilegal: desde la porra, pasando por el ‘*pau-de-arara*’⁸, hasta las descargas eléctricas”⁹.

A todo este contexto político hay que añadir dos importantes características de la sociedad brasileña: la fuerte jerarquía en la que

5 Cardia, Nancy, “Transições políticas: continuidades e rupturas, autoritarismo e democracia – os desafios para a consolidação democrática”, en: Pinheiro, Paulo Sérgio et al., *Continuidade Autoritária e Construção da Democracia. Relatório Final*. Núcleo de Estudos da Violência/USP, São Paulo, Brasil, 1999, págs. 11-39.

6 Estudio realizado por el PNUD en 18 países latinoamericanos, divulgado en 2004; colocó a Brasil en el primer lugar en la evolución del proceso electoral y en el acceso mediante el voto a los cargos públicos, pero en el decimoquinto lugar en el nivel de adhesión de su población a los principios democráticos, revelando un bajo compromiso de la sociedad brasileña con tales principios. Otro estudio, el Latinobarómetro, con datos del 2008, revela que Brasil es el octavo en una lista de 10 países donde a la población no le importaría un gobierno no democrático si resuelve los problemas económicos. Respecto al apoyo a la democracia, Brasil aparece en lugar 14 de una lista de 18 países, después de países como El Salvador, Nicaragua y República Dominicana.

7 Pinheiro, Paulo Sérgio et al., *Continuidade Autoritária e Construção da Democracia...*

8 Instrumento de tortura creado en Brasil. Consiste en una barra de hierro que es introducida entre las muñecas atadas y las corvas del torturado. Dicha barra puede ser apoyada entre dos mesas, quedando el cuerpo de la víctima sostenido a cerca de 20 o 30 centímetros del suelo. Este método suele ser utilizado con golpes, palizas, descargas eléctricas o ahogamientos. Ver: Arquidiocese de São Paulo, *Brasil: Nunca Mais*. Vozes, Petrópolis, Brasil, 1985, pág. 34.

9 Pinheiro, Paulo Sérgio et al., *Continuidade Autoritária e Construção da Democracia...*, pág. 51.

está basada y el autoritarismo que afecta a todas las clases sociales. Esto último, también de acuerdo a Pinheiro, existe y se mantiene independientemente del régimen político vigente.

Por una parte, el autoritarismo en la sociedad brasileña se reproduce a una velocidad difícil de combatir. Y lo que más sorprende es que puede encontrarse en cualquier clase social, tanto en las macro como en las micro dimensiones del poder, y es utilizado para marcar la distancia social real o teórica existente entre los individuos. Es exactamente por el hecho de que se encuentra en todas las clases sociales por lo que se trata de un autoritarismo socialmente implantado, según señala O'Donnell¹⁰.

Por otra parte, la sociedad brasileña obedece a instrumentos de una jerarquía que se percibe como algo natural, a modo de legitimar las desigualdades. Entre estos instrumentos se destacan prácticas conocidas como la típica frase “¿usted sabe con quien habla?”. Esta expresión, estudiada por Da Matta¹¹, que sobrepone las relaciones personales a las relaciones impersonales establecidas por las leyes y reglamentos, sintetiza bien la continuidad de los ritos autoritarios que traspasan la sociedad brasileña y que contribuyen sobremanera al mantenimiento del orden establecido, así como a una cierta normalización de las acciones arbitrarias del Estado.

Estos ritos autoritarios son fundamentales para legitimar la jerarquización social brasileña, donde la regla principal es “cada uno en su sitio”, dentro de un sistema de dominación que busca evitar el conflicto declarado. Lo que llama la atención es su aceptación y reproducción¹², incluso entre las clases más perjudicadas por su

¹⁰ O'Donnell, Guillermo, *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y transición*. Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1997.

¹¹ Damatta, Roberto, *Carnavais, Malandros e Heróis*. Rocco, Rio de Janeiro, Brasil, 1997.

¹² Este punto también es destacado por O'Donnell cuando dice: “no me llama tanto la atención la distancia y la clara demarcación de jerarquías sociales en Brasil cuanto la capacidad de producir esa jerarquización en casi todos los contextos”. Ver: O'Donnell, Guillermo, *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y transición*. Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1997, pág. 173.

mantenimiento¹³. Pero eso ocurre porque la jerarquía en la sociedad brasileña parece estar basada, según análisis de Da Matta, en la intimidación social. De esta forma, concluye el autor, es posible compensar y complementar diferenciaciones sociales radicales y conflictivas.

La consecuencia más grave es la dificultad que genera la reproducción de dichos valores al no percibirse el modo en que actúa el sistema, que por un lado jerarquiza y por otro iguala a través de dichas compensaciones¹⁴. Quizás por ello O'Donnell¹⁵ afirme que Brasil posee una sociedad más autoritaria (comparándola con otros países latinoamericanos) y una violencia (para mantener ese orden) mucho más institucionalizada.

Por otro lado, lo que impresiona es la continuidad de un régimen de excepción paralelo décadas después de iniciada la democratización. Su existencia tiene, a su vez, una intrínseca relación con el autoritarismo socialmente implantado que se extiende entre las relaciones sociales brasileñas. Así es que, de acuerdo con el análisis de Pinheiro¹⁶, existen en las más variadas clases sociales resistencias estructurales que contribuyen al mantenimiento de prácticas autoritarias, incluyendo las practicadas por el Estado, independientemente del régimen político vigente. Estas resistencias se mantienen en función de la propia estructura de poder e impiden que las relaciones de poder desiguales en el interior de la sociedad se modifiquen.

¹³ También aquí O'Donnell destaca, al comparar la forma de actuar de los camareros y dependientes en Brasil y en Argentina, que en Brasil “ellos mismos interponen la distancia social existente” respecto a las personas a quienes “sirven”. O'Donnell, Guillermo, *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y transición...* pág. 167.

¹⁴ Si no es posible comprender este juego que mantiene a “cada uno en su sitio”, es poco probable que haya un cambio hacia una conciencia social horizontal, y de ahí, un cambio del autoritarismo socialmente implantado hacia una democracia social.

¹⁵ O'Donnell, Guillermo, *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y transición...*, pág. 179.

¹⁶ Pinheiro, Paulo Sérgio et al., *Continuidade Autoritária e Construção da Democracia...*

Las graves violaciones a los derechos humanos existentes en el país, como Carandiru, Candelaria, Eldorado de Carajás¹ y otras menos conocidas, practicadas de forma sistemática y especialmente contra afro-descendientes, indígenas, mujeres, trabajadores/as rurales, personas privadas de libertad, niños/as y jóvenes, donde generalmente el Estado es el principal responsable, demuestran la institucionalización de la violencia a la que se refiere O'Donnell.

Seguramente los diversos ritos autoritarios que forman parte de la red que legitima las desigualdades y las violaciones de los derechos en una sociedad donde el autoritarismo está socialmente implantado, han recibido influencia también de procesos políticos mal conducidos como la última transición política, si es que no son resultado de ellos. Es posible, por lo tanto, suponer que este autoritarismo socialmente implantado, sumado a una cultura de privilegios (en lugar de derechos) y la ausencia de *accountability*, contribuyen de manera importante a que la democracia política hoy existente no evolucione a un régimen verdaderamente democrático.

De esta forma, el país no encuentra posibilidades de realizarse como una nación que presente niveles satisfactorios de civilidad y ciudadanía. Una sociedad que tiene su población acostumbrada a privilegios en lugar de derechos, donde las personas prefieren ser alguien o amigo de alguien en lugar de ser ciudadanos, con una elite que se beneficia de tales privilegios, incluido el trato servicial de las clases populares, y con estas últimas sometidas a ese orden por medio de la violencia. ¿Puede, así, realmente anhelar algún nivel de civilidad?

La postura de las fuerzas de seguridad acusadas de practicar violencia parece indicar que no, puesto que no ha cambiado de la dictadura a la democracia: siguen negando su existencia, utilizando excusas como la del caso aislado, o peor, dando versiones oficiales —como resistencia al arresto, tiroteos, suicidios— que en realidad sólo buscan encubrir la verdad de las ejecuciones sumarias, de las torturas

1 Carandiru, en São Paulo, 1992, fue la ejecución de 111 presos por la policía. Candelaria, en Rio de Janeiro, 1993, fue el asesinato, a manos de la policía, de 8 chicos que vivían por las calles. Eldorado de Carajás, en Pará, 1996, fue la masacre de 19 trabajadores sin tierra, igualmente por policías.

y prácticas similares². Es necesario puntualizar que además de las fuerzas de seguridad, los guardias de las prisiones son responsables de muchos casos de tortura practicada en las penitenciarías³.

A la vez, la postura que suele mantener la sociedad frente a la violencia del Estado nos pone frente al mismo indicio. A lo largo del periodo democrático reciente en Brasil, este tipo de violencia está acompañada generalmente por una postura de tolerancia o apatía social. Sus causas son diversas y están relacionadas con la violencia criminal, el mantenimiento del poder y su abuso, así como con la ausencia de ciudadanía y de movilización social más amplia. Pero lo que llama la atención es que esta postura se extiende a todos los sectores sociales: a los que están libres de tales prácticas y se benefician directamente de sus resultados, como también a los que son potencialmente sus víctimas, es decir, las clases populares⁴.

Esta actitud de los distintos sectores sociales frente a la violencia de las fuerzas del orden ha sido identificada en una variedad de investigaciones del área de las ciencias sociales y de las ciencias políticas, que desde los 90 han abordado tanto el perfil de los sectores favorables, como el tipo de apoyo dado a esta práctica y sus motivaciones.

2 Son altos los índices de violencia de la policía. El Informe del Observatorio de las Violencias Policiacas de São Paulo revela que la actuación de la policía es desproporcionada cuando compara la cantidad de civiles y policías muertos. Brasil está casi el 50% por encima de lo que se considera internacionalmente justificable, que es menos de diez civiles muertos para cada policía. Sin embargo, sólo en São Paulo la media de los últimos diez años es de 14,9 civiles muertos por cada policía; mientras que en Rio de Janeiro son 43 civiles muertos por cada policía. Otra característica de la policía brasileña es el registro de las muertes como resistencia a la autoridad (resistir a ser encarcelado) para encubrir las ejecuciones sumarias. Por ejemplo, en los 90 en Rio de Janeiro, el 46% de los muertos por la policía presentaban cuatro o más disparos en la cabeza, el 61% de ellos tenían al menos un disparo en la cabeza, el 65% tenían por lo menos un disparo en la espalda, un tercio de las víctimas presentaban lesiones adicionales a las provocadas por los disparos y en 40 casos los disparos fueron efectuados a quema-ropa, es decir, a corta distancia. Centro de Justiça Global, "Relatório Execuções Sumárias no Brasil (1997-2003)", 2003.

3 Es importante resaltar que hay policías y guardias de prisión que no comparten esta cultura policial autoritaria y contraria a los derechos humanos.

4 A las que pertenecen las personas que responden a los estereotipos creados para identificar a los criminales o sospechosos.

Dos ejemplos pueden demostrar el comportamiento citado. Una de las primeras investigaciones se realizó en 1990 a través de un sondeo con 1.200 entrevistados, en tres provincias, por iniciativa de la Comisión de Justicia y Paz de São Paulo. Una de las cuestiones abordadas fue la valoración de los entrevistados sobre la gravedad de las siguientes acciones: ser condenado sin culpa; el uso de la tortura por la policía para conseguir confesión; ser encarcelado sin razón; tener la casa allanada por la policía sin motivo; ser asesinado por la policía. La opción ser condenado sin culpa se consideró la violación más grave, pero la menos frecuente. La violación considerada menos grave, y sin embargo más frecuente, fue el uso de la tortura por parte de la policía.

Otra investigación, realizada en São Paulo por el Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo, entre 2000 y 2001, con 1.041 entrevistados, apuntó a que la utilización de acciones, tales como las de pegar al sospechoso, propinarle palizas, darle descargas eléctricas, dejarle sin agua y sin comida y amenazar a su familia, son menos rechazadas por aquellos más expuestos a la criminalidad violenta. En el estudio, alrededor del 36% de los entrevistados afirman aceptar algún tipo de violencia contra un sospechoso de violación. Igualmente los traficantes y secuestradores forman parte del grupo de personas a las que se supone que se puede torturar⁵.

La comparación entre los resultados de una y otra investigación, que presentan entre ellas una diferencia de diez años, indica que las percepciones sobre el uso de la tortura no han cambiado y confirman

⁵ Una cuestión importante revelada por dicha investigación es el rechazo a la palabra tortura. La responsable por el estudio resalta que “cuando fueron preguntados sobre el uso de la tortura, sobre el uso de pruebas bajo tortura por un tribunal o sobre la legitimidad de que un Gobierno use coerción para obtener confesión o para obtener informaciones o aun aclarar crímenes, contener rebeliones en las cárceles, etc., todos los grupos rechazan el uso de la tortura”. De donde concluye que: “como algunos de éstos aceptan comportamientos que se caracterizan como práctica de tortura, se puede sugerir que quizás rechacen la palabra tortura pero no necesariamente todas las acciones que se configuran como tal”. Ver: Cardia, Nancy, “Exposição à violência: seus efeitos sobre valores e crenças em relação a violência, polícia e direitos humanos”, en: *Revista Lusotopie*. Éditions Karthala, París, Francia, 2003, págs. 323-324.

un *continuum* no solamente en la práctica de la tortura por parte de las fuerzas de seguridad, sino también en el comportamiento social de tolerancia, apatía o aceptación a ella.

Así es que posiblemente la tortura en Brasil es socialmente entendida como una práctica necesaria (aunque no admitida) y por ello aceptada como natural, de lo contrario sería realmente rechazada por todos los segmentos sociales y combatida eficazmente a través de la sanción penal de los torturadores.

Pinheiro sostiene que la práctica de la tortura en Brasil sirve como instrumento de mantenimiento del *status quo* vigente. Él afirma que

...la policía y otras instituciones del sistema de justicia penal usualmente actúan como una patrulla fronteriza que protege a las elites de los pobres. Ejerciendo literalmente un papel de “cordón sanitario”, la violencia y la tortura policíacas permanecen impunes, toda vez que se ha dirigido en gran medida contra las “clases peligrosas”.

De lo que el autor concluye que “en todo país la impunidad se halla virtualmente asegurada para quienes cometen abusos contra las víctimas consideradas ‘indeseables’ o ‘subhumanas’”⁶.

Eso parece explicar cuál es la lógica principal de este marco social que no valora la tortura de forma negativa: la de la existencia de personas que pueden ser torturadas, los “torturables”, y las que no deben ser torturadas, los “intorturables”⁷. Es decir, aunque sea sistemática y generalizada, la tortura en Brasil no afecta a cualquier persona, al revés, es una práctica selectiva que está relacionada con la discriminación social y racial.

El Informe producido por la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de los Diputados en 2000, da una idea de la seriedad de esta situación al identificar que las víctimas de la tortura son “en general

⁶ Pinheiro, Paulo Sérgio, y Guilherme de Assis Almeida, “El círculo vicioso de la violencia”, en: *Revista Letras Libres*, Año III, No. 25. Madrid, España, 2003, pág. 16.

⁷ Los conceptos “torturables” e “intorturables” han sido usados por Oliveira al citar una novela de Graham Greene. Oliveira, Luciano, *Do Nunca Mais ao Eterno Retorno: uma reflexão sobre a tortura*. Editorial Brasiliense, São Paulo, Brasil, 1994.

pobres y sin influencia económica, social o política”, y que este perfil revela además “la persistencia de un componente racial en la exclusión social”. Más aún, aclara que

...estas características parecen animar a los torturadores a seguir torturando por sostenerse en tradiciones sociales y culturales discriminatorias y restrictivas de libertad, legado del periodo colonial esclavista, según el cual delincuentes y pobres no son reconocidos como titulares de derechos⁸.

Otro Informe, realizado en 2004 por el Centro de Justiça Global, ONG brasileña de derechos humanos, destaca que “los blancos de la tortura son personas excluidas de cualquier prestigio social, enemigos virtuales o en potencia, casi siempre de origen social bajo, jóvenes, de color ‘pardo’ o ‘negro’, sin acceso a la información”. Y añade que

...el torturado acaba siendo víctima de un prejuicio social que asocia pobreza y crimen. Para los que encajan en esta descripción existe permiso para el uso de la tortura como forma de investigación y castigo⁹.

Estos análisis, junto con el hecho de que las denuncias de tortura afectan prácticamente sólo a los pobres y criminales¹⁰, atestiguan la existencia de una especie de norma implícita que guía la acción de las fuerzas policiales a la hora de practicar la tortura, sabiendo exactamente quién debe o merece ser torturado y quién no¹¹.

Para comprender la influencia de los factores sociales en la continuidad de la tortura, una última cuestión es relevante: el crecimiento de la criminalidad violenta y el miedo de todos los segmentos de la sociedad de ser su víctima. Brasil es un país con una tasa de

⁸ Comissão Nacional de Direitos Humanos, Relatório A Tortura no Brasil, 2000, págs. 2-4.

⁹ Centro de Justiça Global, “Relatório Execuções Sumárias no Brasil (1997-2003)”..., pág. 14.

¹⁰ Son una excepción a la regla los casos que han afectado a personas de la clase media.

¹¹ Oliveira afirma que “por causa de la persistencia del orden social esclavista, la opinión pública dominante acepta con cierta naturalidad el hecho de que las clases populares sean ‘torturables’, al contrario de lo que ocurre con los bien nacidos”. Oliveira, Luciano, *Do Nunca Mais ao Eterno Retorno: uma reflexão sobre a tortura...*, pág. 75.

homicidios de 25,2 por cada cien mil habitantes¹². Algunos países de Europa occidental, por ejemplo, tienen tasas inferiores a tres muertes intencionadas por cien mil habitantes. Por otro lado, la impunidad suele marcar el desenlace de gran parte de los crímenes. De acuerdo con el Informe de 2008 sobre Ejecuciones Sumarias, Arbitrarias y Extrajudiciales de las Naciones Unidas, el número de homicidios que son enviados al Poder Judicial para ser juzgados después de la averiguación policial, es muy bajo: en Rio de Janeiro y São Paulo, por ejemplo, sólo el 10% de los homicidios llegan a la justicia. Ese número es aún menor en los casos en que están involucrados policías.

Los diversos estudios realizados sobre el comportamiento social ante la violencia de la policía, antes citados, también revelan cómo la exposición a la criminalidad violenta o el temor a ser su víctima ejerce algún tipo de influencia a la hora de presentar una postura tolerante ante la violencia del Estado contra criminales o sospechosos de crímenes.

En este sentido, aparecen dos procesos en curso en la sociedad que permiten la existencia de un imaginario social que tolera la tortura y otras violaciones de derechos humanos: la exclusión moral y el concepto de cuerpo “incircunscrito”¹³.

Según Cardia, la exclusión moral¹⁴, es el proceso por el cual existe la creencia de que un determinado grupo de personas no pertenece al

12 Dato del informe “Mapa da Violência: os jovens na América Latina”, coordinado por la ONG Rede de Informação Tecnológica Latino-Americana y divulgado en 2008. La investigación se efectuó en 83 países con base en las informaciones de la Organización Mundial de la Salud. Los datos de Brasil corresponden al 2005.

13 El significado literal de la palabra “incircunscrito” es “sin límites”. Sin embargo, ante la ausencia de una palabra idéntica en castellano y para representar un concepto/expresión creado por Caldeira que haga referencia a la idea de que el cuerpo en la sociedad brasileña es visto como algo manipulable, donde no hay límites para dicha manipulación, se ha considerado más adecuado mantener la palabra en su idioma original. Ver: Caldeira, Teresa Pires, *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Editora Edusp, São Paulo, Brasil, 2000.

14 De acuerdo con la autora, “la manifestación del potencial para la exclusión moral dependería de la presencia de una serie de factores sociales y estructurales: de la naturaleza de los mitos predominantes, de la naturaleza de las relaciones

mundo en el que se aplican reglas, valores y consideraciones de justicia. Esto establece una diferenciación entre las personas en cuanto a acceso a los derechos y a la justicia, y acaba por posibilitar la existencia de dos categorías de personas ante la tortura.

El concepto de cuerpo “incircunscrito”, por otra parte, permite presentar la tesis de que la aceptación del cuerpo como el lugar adecuado para el castigo y la aceptación del uso del dolor como práctica disciplinaria, están relacionadas con la deslegitimación de los derechos civiles en el país. Caldeira sostiene con esta idea que “el cuerpo es concebido como un locus de castigo, justicia y ejemplo en Brasil”, siendo comprendido “por la mayoría como el lugar apropiado para que la autoridad se afirme a través del dolor”¹⁵.

Con esto, los aspectos socio-políticos y culturales y las demás trabas a la lucha contra la tortura¹⁶ relacionadas con cuestiones estructurales e institucionales del aparato sancionador y represivo, acaban por afianzar la connivencia de la sociedad y del Estado con la práctica de la tortura, aunque ésta no sea una práctica oficial, y por garantizar su continuidad a través de la impunidad de los torturadores.

Por último, cabe señalar que la ausencia de políticas públicas efectivas en el combate a la tortura y de mayores inversiones en esta área, así como de una política de seguridad pública que logre la disminución de los índices de violencia criminal respetando a los derechos humanos, además de contribuir al agravamiento de la situación de la tortura en el país, apunta a la postura de apatía del

entre grupos, de las creencias que arbitran estas relaciones, además de factores tales como el contexto económico, político, la naturaleza de las instituciones sociales, el papel de la violencia dentro de la sociedad y la reacción de los grupos dominantes y grupos externos”. Ver: Cardia, Nancy, “O medo da polícia e as graves violações dos direitos humanos”, en: *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, Vol. 9, No. 1, São Paulo, Brasil, mayo de 1997, págs. 20-21 y 28.

15 Caldeira, Teresa Pires, *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo...*, págs. 369-370.

16 Como, por ejemplo, los problemas en la investigación, en la elaboración de la prueba, en la postura de los jueces de desacreditar las alegaciones de tortura o de descalificar el crimen de tortura, reclasificándolo como abuso de poder o malos tratos, y la existencia de una justicia militar en un régimen democrático, entre otras.

Estado brasileño frente a un problema tan grave como de urgente resolución.

2. La tortura en Brasil

La historia de la práctica de la tortura en Brasil se confunde con la historia del propio país desde su colonización. Ésta nunca ha dejado de ser utilizada, en ningún momento de su historia, aunque fue retirada de las leyes ya en el Imperio.

La prohibición expresa de la tortura en Brasil se hizo presente por primera vez en un texto constitucional republicano en 1988. Sin embargo, el artículo 5 de la Constitución no era suficiente para condenar por crimen de tortura, siendo necesaria una ley ordinaria que reglamentara este crimen, definiendo su práctica, especificando sus finalidades y estableciendo la pena¹⁷.

A pesar de que la Convención contra la Tortura de la ONU¹⁸, ratificada en 1989, ya obligaba al país, a través de su artículo 4, a tener legislación específica para el crimen de tortura, recién en 1997 la Ley 9.455, tramitada en el Congreso Nacional desde 1994, se aprobó en régimen de urgencia después de que las imágenes de policías torturando y extorsionando a personas que paraban en el control

¹⁷ Ante la ausencia de tal legislación, cuando la tortura era denunciada se establecía la aplicación de las disposiciones del Código Penal referentes a la coacción ilegal (art. 146), a los malos tratos (art. 136), a la lesión corporal (art. 129) y a la violencia arbitraria en el ejercicio de la función/abuso de autoridad (art. 322). Estas disposiciones, por un lado, resultaban insuficientes porque no se equiparaban a la gravedad del crimen de tortura y, por otro, como son susceptibles de fianza, de gracia y amnistía, violaban el precepto constitucional del artículo 5, inciso XLIII, que no prevé tales beneficios a los torturadores.

¹⁸ Merecen relieve cuatro aspectos sumamente importantes respecto a la CT y a otras convenciones prohibitivas de la tortura: primero, tienen carácter vinculante, lo que significa que los países que las ratifiquen están obligados a cumplirlas; segundo, poseen naturaleza de norma imperativa (*ius cogens*), limitadora de la soberanía del Estado en esta materia, por otorgar protección a un derecho derivado directamente de la dignidad humana (puesto que el bien jurídico protegido es la integridad física y mental de las personas); tercero, niegan a los Estados, por su naturaleza imperativa, la posibilidad de restringir el derecho a no ser torturado; cuarto, son normas que traen en su seno la inderogabilidad de la prohibición de la práctica de la tortura.

policial en las calles de “Favela Naval”, en la ciudad de Diadema, São Paulo, se divulgaran por la mayor cadena de televisión del país.

El caso indignó a la sociedad, por lo menos durante algunas semanas, y le hizo recordar la existencia de la tortura, hiriendo, quizás, algún trazo de sensibilidad aún presente. Por ello, la Ley 9.455/97, que tipifica la tortura física y mental y la caracteriza como crimen común, con penas que pueden llegar a 21 años, fue sancionada por el Presidente de la República algunos días después de lo sucedido en “Favela Naval”.

No obstante, hay que puntualizar que el texto legal interno no obedece al concepto de tortura que le confiere la Convención de la ONU, como crimen propio de funcionario público, habiendo ampliado así el concepto también a la tortura privada¹⁹.

La Ley brasileña establece como conductas del crimen de tortura:

I – Coaccionar a alguien con empleo de violencia o grave amenaza, causándole sufrimiento físico o mental:

- a) con el fin de obtener información, declaración o confesión de la víctima o tercera persona;
- b) para provocar acción u omisión de naturaleza criminal;
- c) en razón de discriminación racial o religiosa.

II – Someter a alguien, bajo su guardia, poder o autoridad, con empleo de violencia o grave amenaza, a intenso sufrimiento físico o mental, como forma de aplicar castigo personal o medida de carácter preventivo²⁰.

¹⁹ La principal crítica que la doctrina brasileña hizo a la Ley 9455/97 fue la de haber ampliado la comprensión sobre el crimen de tortura. Mientras la Convención de la ONU restringe la práctica de la tortura a funcionarios públicos, la legislación brasileña, al no calificarla de dicha manera, genera algunos problemas, contribuyendo a la difícil aplicabilidad de la Ley con relación a los agentes públicos. En su informe publicado en 2004 el Centro de Justiça Global hace la siguiente reflexión respecto al tema: “teniéndose en cuenta la realidad nacional, tal opción (de hacer el concepto de tortura más amplio) acaba por desvirtuar el objeto de la Ley, en la medida en que desvía el foco de atención del Estado hacia el ciudadano común”. Centro de Justiça Global, “Relatório Execuções Sumárias no Brasil (1997-2003)”..., págs. 36-37.

²⁰ Brasil, Ley No. 9.455 de 7 de abril de 1997, (tipifica el crimen de tortura), artículo 1, incisos I y II.

Algún tiempo duró la reacción social y la gran repercusión en los medios de comunicación del país. Distantes ya de la ola de sensibilización, el orden vigente ha vuelto a su cauce y lo que vino a partir de entonces fue la continuidad de la práctica de tortura, la poca o casi inexistente aplicación de la ley, y la escasa información acerca del tema. Además, se mantuvo el patrón de la víctima de tortura.

Algunas iniciativas tuvieron lugar a partir del año siguiente. En 1998 el Movimiento Nacional de Derechos Humanos (MNDH) determinó como una de sus acciones la puesta en marcha de una Campaña Nacional Permanente en contra de la Tortura y la Impunidad, presentando entre sus objetivos el de apuntar la necesidad de hacer más eficaz la Ley contra la Tortura dentro del aparato sancionador y represivo. Entre 1999 y 2000 se realizaron varias iniciativas como, por ejemplo, la intervención en el ámbito internacional, que tuvo como uno de los resultados la visita al país del Relator Especial sobre Tortura de la ONU.

En diciembre de 2000 se instituyó el Pacto Nacional contra la Tortura, documento sin carácter vinculante, elaborado por un conjunto de entidades gubernamentales y no gubernamentales, con el objetivo de contribuir, entre otras cuestiones, a la extinción del uso de la tortura. También fue el año en que el gobierno brasileño entregó a Naciones Unidas, con un retraso de diez años, el primer informe sobre la aplicación de la Convención en el país.

A partir del 2001, con las recomendaciones del Relator Especial y del Comité contra la Tortura de la ONU, el Gobierno instituyó en julio de 2001 un Plan Nacional de Combate a la Tortura²¹, y posteriormente una Campaña Nacional contra la Tortura²². Sin embargo dichas

²¹ El Plan contaba con diecisiete acciones, entre ellas la destinación prioritaria de recursos para el desarrollo de las actividades de la comisión de combate a la tortura; el estímulo a los gobiernos estatales para la creación de programas de derechos humanos que priorizaran el combate a la tortura; la adopción de requisitos condicionantes relacionados a la promoción y protección de los derechos humanos para la liberación de recursos económicos a los Estados.

²² La idea inicial del gobierno era la creación de un *disk* denuncia, pero al ser invitado a participar el MNDH hizo una contra-propuesta donde establecía la creación de una central nacional que recibiría todas las denuncias de tortura, y

acciones no tuvieron como resultado la disminución de tal práctica y tampoco tuvieron la continuidad necesaria para ser efectivas en los siguientes años, principalmente después del cambio de gobierno²³.

Por otro lado, desde 1997 algunas instituciones divulgaron datos sobre la situación de esta práctica y sobre la aplicación de la Ley 9.455/97. Pero lo que hay es poco, ante la realidad y ante la necesidad de más información para conocer mejor los problemas de su aplicación en los casos que son denunciados al Poder Judicial.

De acuerdo con el Consejo Nacional de Procuradores de Justicia, entre 1997 y 2001 la Fiscalía envió 524 denuncias al Poder Judicial; de éstas 15 casos fueron juzgados, con la obtención de sólo 9 condenas. A su vez, el Informe de la Campaña Nacional contra la Tortura, realizada entre octubre de 2001 y octubre de 2003, identificó que sólo el 4% de las denuncias remitidas al Poder Judicial resultaron en condena. El 2004 la Secretaría de Derechos Humanos (SEDDH) informaba que en todo el país habían 240 condenas por crimen de tortura, todas juzgadas en primera instancia.

Sin embargo, las cifras reales superan las denuncias oficiales. Por ejemplo, según datos de dos organizaciones que actúan en esta área, la *Ação dos Cristãos para Abolição da Tortura* y la *Pastoral Carcerária*, obtenidos durante visitas diarias a prisiones entre junio de 2000 y

de centrales estatales que realizarían el seguimiento de los casos enviados por la central nacional. La primera funcionaba en Brasilia bajo la coordinación del MNDH y las demás funcionaban en 24 Estados bajo la supervisión de entidades de derechos humanos relacionadas al MNDH. Además, había un Comité Nacional de Combate a la Tortura, responsable de movilizar la creación de comités estatales que tenían la finalidad de establecer contactos con organizaciones locales y presionar a las instituciones públicas en la investigación y juicio de los casos. La campaña contaba también con una propuesta de capacitación de los operadores jurídicos, con divulgación en los medios y con distribución de carteles y cartillas sobre el tema.

²³ Una de las principales medidas del Plan de Combate a la Tortura, la central de denuncias creada en 2001, no fue mantenida por el gobierno de Lula. Aunque no forme parte del análisis de este trabajo, es importante mencionar que las acciones de combate a la tortura de su gobierno empezaron a realizarse prácticamente en el último año del primer mandato y siguieron en el segundo. Se destacan la institución de un Comité Nacional para la Prevención y Control de la Tortura y la creación de un Plan de Acciones para la prevención y control de la tortura.

junio de 2002, revelan que sólo en São Paulo existían 1.651 casos documentados de tortura.

Estos datos señalan tres graves problemas: primero, que entre el número de denuncias iniciales, es decir, previas al sistema judicial (realizadas a una ONG, central de denuncias u otra entidad) y el número de denuncias reales (que son llevadas por la Fiscalía al Poder Judicial) se aprecia un enorme desnivel, por las exigencias para pasar de una etapa a la otra. Esto ocurre, por un lado, porque la policía archiva muchas denuncias alegando falta de datos²⁴, y por otro, porque la Fiscalía también suele descartar las denuncias que no tienen algunas informaciones que dificultan la investigación (nombre de la víctima, circunstancias de la tortura, lugar de la tortura, identificación o características del torturador, etc). Informaciones éstas que en gran parte de los casos las víctimas desconocen o temen indicar.

Segundo, que el Poder Judicial es moroso y parcial, y, en consecuencia, otra vez disminuye sensiblemente el número de denuncias reales que llegan a juicio por tortura, sea porque pasan años sin merecer atención o porque acaban recalificadas como malos tratos o abuso de autoridad²⁵, práctica frecuente, aunque casi no aparezca en las estadísticas.

24 El MNDH alerta que “existen casos cuyo relato se presenta de manera detallada, con información suficiente para el desarrollo de la investigación”, pero que aún así la policía alega falta de datos con el fin de archivar la denuncia. Cita, por ejemplo, casos en que hay datos completos sobre el supuesto torturador, como dirección y local de trabajo, pero no se sigue con la investigación alegando falta de datos del denunciante. Sin embargo, la propia policía permite que la denuncia de tortura sea anónima. MNDH, “Relatório Final da Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade”, 2003, págs. 89-90.

25 Sucedió un caso en Pernambuco en 2000 que representa a la perfección la actuación del Poder Judicial respecto a esta cuestión. El 21 de julio, en la prisión de la ciudad de Barreiros, noreste de Brasil, 29 detenidos, entre ellos dos mujeres, fueron torturados (brutalmente golpeados y después obligados a aguantar la sal que se les echaba en las heridas, entre otras vejaciones). El fiscal del municipio estuvo en la prisión y constató las torturas, solicitando el examen de los médicos forenses que tuvieron que ser llevados desde Recife (la capital). Pero al llegar a la prisión los policías les impidieron acceder a su interior, siendo necesaria la intervención de la Fiscalía, del Comando de la Policía Militar y del Secretario de Defensa Social para que el examen fuera realizado. A la vuelta, los forenses tuvieron que ser escoltados porque los policías acusados de tortura amenazaban con matarlos. Todo el caso fue bien documentado y las pruebas de la tortura eran evidentes, pero al ser denunciado a la justicia fue recalificado por el juez.

Tercero, que el número de condenas es muy bajo respecto al número de procesos que llegan a juicio.

Sobre el patrón de las víctimas de tortura, el mismo Informe de la Campaña contra la Tortura registró que las víctimas de la tortura son ...en su gran mayoría sospechosos de crímenes, que viven en condiciones socioeconómicas precarias, con bajo nivel de escolaridad y que en general provienen de grupos particularmente vulnerables, cuyos derechos vienen siendo tradicionalmente ignorados en el país.

Después de los sospechosos de crímenes, aún de acuerdo con el Informe, las principales víctimas de tortura son los presos.

Este análisis, junto con el hecho de que las denuncias de tortura prácticamente afectan a los pobres y criminales (algún caso que ha afectado a personas de la clase media es una excepción a la regla), atestiguan la existencia de una especie de norma implícita que guía la acción de las fuerzas policiales a la hora de practicar la tortura²⁶. En otras palabras, es posible identificarla como una práctica selectiva y motivada por la discriminación social y racial²⁷.

Por todo lo descrito anteriormente, resultó tan importante la visita del Relator Especial de la ONU, Nigel Rodley, realizada en 2000, a cinco estados brasileños y al Distrito Federal, para comprobar *in situ* la situación de esta práctica²⁸. Una de las principales conclusiones a

²⁶ Recuérdese que, en palabras de Oliveira, “por causa de la persistencia del orden social esclavista, la opinión pública dominante acepta con cierta naturalidad el hecho de que las clases populares sean ‘torturables’, al contrario de lo que ocurre con los bien nacidos”. Oliveira, Luciano, *Do Nunca Mais ao Eterno Retorno: uma reflexão sobre a tortura...*, pág. 75.

²⁷ Es importante plantear la peculiar situación del racismo en el país. Según Ribeiro, “la característica del racismo brasileño es la de que él no incide sobre el origen racial de las personas, sino sobre el color de su piel. En esta escala, es considerado negro el negro con la piel muy oscura, el mulato ya es considerado ‘pardo’ y como tal medio blanco, y si la piel es un poco más clara ya pasa a incorporar la comunidad blanca. Además aquí se registra un blanqueamiento puramente social o cultural. Es el caso de los negros que, ascendiendo socialmente, con éxito notorio, pasan a integrar grupos de convivencia de los blancos, a casarse entre ellos y, al final, a ser considerados como blancos”. Ribeiro, Darcy, *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. Companhia das Letras, São Paulo, Brasil, 1995, pág. 225.

²⁸ El relator estuvo en decenas de comisarías, prisiones, penitenciarías y casas de detención juvenil, y se reunió con autoridades estatales, víctimas y sus familiares y representantes de la sociedad civil.

que llegó Rodley es que “la tortura en Brasil es sistemática y generalizada”.

Además, su informe divulgado en 2001 y que incluye un anexo que resume 348 casos de tortura en dieciocho estados y en el Distrito Federal, evidencia que la tortura se practica en cada fase de la detención²⁹. Un año antes el gobierno brasileño había entregado al Comité contra la Tortura (CAT) el primer informe sobre el cumplimiento de la Convención y, aunque en este documento admitía la existencia de la tortura en el país, apenas consideraba “significativa”³⁰ su práctica; evaluación, por cierto, muy distinta en grado respecto a la del Relator Especial.

El Relator llegó a otras conclusiones, entre ellas la de que la Ley contra la Tortura es virtualmente ignorada porque fiscales y jueces que prefieren utilizar las tradicionales e inadecuadas nociones de abuso de autoridad. Este informe detalla los numerosos ejemplos de tortura, las malas condiciones de las prisiones, además de la falta de esfuerzo de las autoridades de investigación para enfrentarse al problema. A partir de este análisis el Relator hizo 29 recomendaciones al gobierno brasileño, que afectan a todos los ámbitos del aparato sancionador y represivo.

Igualmente el CAT, después de haber examinado el informe del gobierno brasileño entregado un año antes, llegó a algunas conclusiones y aportó nueve recomendaciones sobre el problema, entre ellas la de que “el Estado Parte debería velar por que la interpretación de la Ley sobre el delito de tortura se efectúe en conformidad con el artículo 1 de la Convención”.

²⁹ Durante las investigaciones iniciales en la policía, contra detenidos temporales en comisarías y en detenciones de mayor duración

³⁰ En el Informe del gobierno brasileño se puede leer: “son, aún, significativos los números de confesiones bajo tortura, y altos los índices de denuncias, principalmente de presos en comisarías, del uso de palizas, descargas eléctricas, extorsión y otras amenazas con objetivo de obtener informaciones para la instrucción de los averiguaciones policiales”. Además la diferencia entre el número de casos de tortura presentados en el Informe del gobierno (160) y del Relator (348) es otro indicador de la distinción en el grado de gravedad de dicha práctica.

Pasados algunos años desde la visita del Relator Especial es posible verificar lo poco que ha sido realizado y que los cambios necesarios para erradicar o por lo menos disminuir la práctica de tortura, no se han alcanzado. Un informe elaborado sobre este tema y coordinado por CEJIL³¹, que ha tratado de evaluar qué ha cambiado en el país respecto a la práctica de la tortura a partir de las recomendaciones del Relator Especial, refuerza la idea de que hasta ahora hubo muy pocos avances en el área. De las 29 recomendaciones de responsabilidad directa del Estado brasileño, la mayoría no han sido cumplidas, y pocas se cumplieron parcialmente o de forma insuficiente. Igualmente, el informe sobre el cumplimiento de las recomendaciones del Comité contra la Tortura³² apunta a que las principales recomendaciones tampoco se cumplieron.

La realidad del país continúa siendo prácticamente la misma y la Ley contra la Tortura sigue sin la aplicabilidad debida. Por ello, no es motivo de sorpresa que un informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU divulgado en noviembre de 2007 siga apuntando a la “existencia de tortura sistemática” en el país³³. Asimismo, en mayo de 2009, el informe de Amnistía Internacional sobre la situación de los derechos humanos en el mundo señaló que en Brasil la tortura practicada por la fuerzas de seguridad, que serían responsables por el cumplimiento de la ley, sigue siendo un fenómeno habitual en el momento de la detención, en los interrogatorios y en las prisiones.

3. Percepción sobre la práctica de la tortura: sus causas y consecuencias

La forma cómo la sociedad orienta sus posturas y reacciona frente a determinados hechos tienen relación directa con su percepción sobre

³¹ CEJIL, “Tortura no Brasil: implementação das recomendações do relator da ONU”, 2004.

³² GAJOP/MNDH, “Análise do cumprimento pelo Brasil das recomendações do Comitê da ONU contra a tortura”, 2005.

³³ El informe es resultado de una visita secreta realizada en 2005 por peritos a prisiones de São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, Brasília y Pará.

los mismos³⁴. Por ello, conocer la percepción social es importante a la hora de comprender las razones de una u otra reacción social. Especialmente porque esta percepción puede estar ejerciendo en muchas ocasiones, alguna influencia sobre la respuesta de las instituciones respecto a dichos hechos.

En el área de los derechos humanos, es sobradamente conocido que en la sociedad brasileña conviven posturas bien distintas: aquellas que se implican en su defensa y aquellas que desconocen su significado y los relacionan con la “defensa de criminales”. Más específicamente, sobre la práctica de la tortura parece haber un imaginario popular que no la percibe como una grave violación de los derechos humanos dependiendo de la naturaleza del crimen practicado por la víctima de tortura. Desgraciadamente, a pesar de los esfuerzos en revertir dicho escenario, las representaciones sociales que responsabilizan los derechos humanos de todos los males relacionados con la criminalidad violenta se resisten a cambiar.

Ante todo el contexto expuesto, este estudio buscó aprehender la percepción sobre la práctica de la tortura a partir de diferentes actores sociales relevantes, implicados directa o indirectamente en el tema propuesto³⁵.

Tomando la hipótesis de que la forma en que los agentes sociales perciben la práctica de la tortura ejercida por la policía puede influir en la aplicación de la Ley y en su combate por parte de las instituciones, y

³⁴ Un ejemplo claro de esta distinción fue la reacción frente a dos casos de graves violaciones de los derechos humanos, que fueron apreciadas de manera diferente: Carandiru y Favela Naval. Mientras en Carandiru gran parte de la sociedad apoyó la matanza de 111 presos, en Favela Naval esta misma sociedad condenó la acción (por el hecho de que las víctimas no eran criminales) y exigió un castigo ejemplar para los policías.

³⁵ Estos actores sociales fueron: las organizaciones profesionales e instituciones del aparato sancionador y represivo, y las organizaciones mixtas y de la sociedad civil, los medios de comunicación, los familiares y víctimas de tortura y los centros de enseñanza. Con estos actores se abarca distintas áreas de la sociedad brasileña, la de las instituciones públicas, la de las organizaciones de la sociedad civil, la de la comunicación, la de la educación, que tiene un papel importante en la socialización de valores, y la de los afectados más directamente por esta práctica. Vale destacar la ausencia, en el país, de trabajos científicos con este enfoque.

que esta percepción podría estar basada en la creencia de que la tortura es un problema de menor importancia, se realizó un trabajo de campo a través de entrevistas, grupos de discusión, relatos de vida, además de análisis de prensa, de discursos gubernamentales, y de informes y otros documentos oficiales³⁶.

a. Discurso y acciones gubernamentales

Un balance general sobre la política de derechos humanos del mandato de Cardoso revela que hubo efectivamente avances (especialmente si se compara con los periodos democráticos anteriores)³⁷, pero que igualmente se mantuvieron muchas de las trabas para la consolidación de estos derechos en el país. Por otro lado, organizaciones de defensa de los derechos humanos, tales como Amnistía Internacional, han evaluado que tal gestión fue más formal que eficaz.

³⁶ El estudio requería la combinación de una metodología cuantitativa y una cualitativa, adaptadas a los diferentes aspectos de la problemática. Las fuentes trabajadas, por lo tanto, fueron los datos cuantitativos aportados por los gráficos, estadísticas, informes, y los cualitativos, resultado de las entrevistas, los relatos de vida, los grupos de discusión, el análisis de prensa y el análisis de los discursos gubernamentales. Además de la legislación pertinente al tema, los informes de organizaciones nacionales e internacionales de defensa de los derechos humanos y los documentos de Naciones Unidas. La discusión teórica está basada en la historia, sociología, comunicación social y ciencia política, dado el carácter interdisciplinar tanto del tema propuesto como del propio doctorado donde se presentó esta investigación.

³⁷ La primera gran medida que se tomó, ya en 1995, desde la perspectiva de la visibilidad política que tuvo, fue la Ley 9.140, que trató sobre la cuestión de los muertos y desaparecidos de la dictadura militar; la segunda, adoptada el año siguiente, fue el Programa Nacional de Derechos Humanos (reformulado en 2002); la tercera, la creación de la Secretaría de Derechos Humanos, en 1997. Además de las acciones citadas, cabe subrayar: la creación del Premio Nacional de Derechos Humanos en 1995; la Campaña Nacional de Combate a la Tortura en 2001; la creación, en 1999, del Programa Federal de Asistencia a las Víctimas y Testigos Amenazados; la invitación abierta (*standing invitation*), a partir de diciembre de 2001, a todos los relatores de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU para que visiten el país siempre que deseen; la aprobación de la Ley 10.446, en mayo de 2002, que confirió a la policía federal la atribución de averiguar algunos casos de violaciones de los derechos humanos (definidos en la propia Ley).

Respecto a la cuestión del combate a la tortura, el punto de partida fue el análisis del discurso y de las acciones gubernamentales³⁸. A través de la actuación del gobierno durante el periodo investigado, y con el análisis de los discursos gubernamentales y de los mensajes presidenciales al Congreso contrastados con los datos oficiales y las acciones gubernamentales en las áreas económica, social, de seguridad pública y de derechos humanos, fue posible verificar que el discurso del gobierno era a favor de los derechos humanos y en contra de la tortura, sin embargo hubo pocas y discontinuas acciones de combate a la tortura, lo que sugiere que el discurso y la praxis no estaban articulados.

También a través del abordaje de la política económica adoptada³⁹ se alcanzó a articular cómo las condiciones económicas del país pasaron a restringir las inversiones en políticas sociales. Lo que apunta a que el gobierno priorizó la política económica en detrimento de las demás⁴⁰ y posiblemente por ello hubo una baja inversión económica en el área de derechos humanos, especialmente respecto a la tortura. El porcentaje del presupuesto de la Secretaría de Derechos Humanos

³⁸ Para ello se analizaron 22 discursos del ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, ocho mensajes enviados al Congreso y diversos informes y documentos oficiales sobre las políticas gubernamentales.

³⁹ La política económica durante ocho años tuvo como resultados: control de la inflación, ajuste fiscal, bajo crecimiento del país, dependencia de capitales internacionales, tipos de intereses elevados, cumplimiento de las metas de superávit primario a cualquier coste, una carga tributaria del 36% y una deuda pública que en 2002 consumía el 55% del PIB. Claro que un ambiente de austeridad fiscal, con poco crecimiento, afectado por crisis económicas externas, y que por encima de cualquier otra prioridad cumplía las metas del FMI, no era el más propicio para las inversiones en el área social.

⁴⁰ Los datos del SIAF/SIDOR y del IPEA/DISOC para el periodo 1995-1999 indican, de acuerdo con Vázquez y otros, que “el gasto financiero de la Unión con el pago de los intereses de la deuda pública hizo que el gasto social federal quedara estancado respecto al gasto total del Gobierno Federal”. Vázquez, Daniel, et al., “Política econômica e política social no Brasil dos anos 1990: possibilidades, limites e perspectivas”, en: *Revista Economia e Sociedade*, Vol. 13, No. 2 (23). Campinas/SP, Brasil, julio/diciembre 2004, pág. 160.

invertido en el combate y prevención de la tortura entre 1996 y 2002 fue muy bajo, sólo 1,25% del presupuesto total⁴¹.

b. Discurso de las instituciones

El paso siguiente fue un análisis de los discursos⁴² de representantes de las organizaciones profesionales e instituciones del aparato sancionador y represivo, por un lado, y por otro, de las organizaciones mixtas y de la sociedad civil⁴³. Las consonancias y disonancias entre los discursos quedaron claras: las primeras presentan varios discursos fundamentados en sus distintos intereses, y estos presentan distintas intencionalidades de acuerdo con el perfil del emisor. Mientras las segundas presentan un bloque más homogéneo en sus opiniones y su discurso es más combativo, crítico y demuestra más indignación respecto al problema. Quizás lo que confiere más unidad a sus discursos es el hecho de que las organizaciones mixtas y de la sociedad civil se fundamentaron en la protección de los derechos humanos y estuvieron dedicadas a combatir la tortura. Ocurre lo contrario con los representantes de las organizaciones del Estado, que a pesar de ser responsables de la investigación y sanción del crimen de tortura, no se basan en sólo esta perspectiva de los derechos ni poseen un perfil semejante entre ellas, presentando así varios discursos y distintos intereses.

41 Un poco más alto fue el presupuesto total de los convenios de cooperación internacional, un 8,66% en el mismo periodo; no obstante, el valor continúa siendo bajo cuando se compara con lo destinado a otras acciones y cuando se tiene en cuenta la gravedad del problema. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, “Direitos Humanos 1995-2002: políticas públicas de promoção e proteção”, 2002.

42 Se realizaron 22 entrevistas con distintas instituciones y organizaciones sociales. El análisis partió de los siguientes temas abordados durante las entrevistas: percepción de la tortura; cambios posteriores a la Ley 9.455/97; resistencia a la aplicación de dicha ley; razones del desequilibrio entre denuncias y condenas; dificultades para la erradicación de la tortura; posibles acciones para romper con la continuidad de la tortura; perfil de la víctima; postura de la sociedad ante la práctica de la tortura; interés de la sociedad por el fin de la tortura; puntos débiles de la gestión de Cardoso en el combate a la tortura.

43 Entre ellas la Fiscalía, los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, las instituciones policiales, las asociaciones de policías, las ONG de defensa de los derechos humanos, entre otras.

Las alocuciones de representantes de las organizaciones profesionales e instituciones del aparato sancionador y represivo no fueron homogéneas, por un lado niegan/minimizan la existencia de la tortura y por otro la reconocen e indican su constancia; por una parte creen que las víctimas son pobres, afro-descendientes y presos, y por otra parte que no hay un perfil específico para la víctima. Además de ello, valoran de forma positiva su trabajo.

Los discursos de representantes de las organizaciones mixtas y de la sociedad civil tomaron la dirección opuesta. La tortura, en su opinión, está generalizada en la policía y en las prisiones, a la vez que no existe consenso en la sociedad sobre el concepto de tortura. Por otro lado valoran de forma negativa el trabajo de las instituciones de combate a esta práctica y creen que las víctimas son las personas pobres, afro-descendientes y que están presas.

No obstante, entre los dos grupos fue posible identificar un discurso común, relacionado a las siguientes cuestiones: ambos destacan la dificultad en probar la tortura así como de erradicarla; no creen que haya resistencia en la aplicación de la Ley; evalúan la sociedad como pasiva, apática y tolerante con el tema; critican las acciones del gobierno federal en el combate de esta práctica, y apuestan por la educación y por cambios en el sistema para romper con la continuidad de la tortura.

A partir de un análisis comparativo entre los discursos de los dos grupos se puede concluir que: existen consonancias y disonancias entre los discursos; las organizaciones mixtas y de la sociedad civil presentan un bloque más homogéneo en sus opiniones, su discurso es más combativo y crítico, y demuestra más indignación respecto al problema; las organizaciones profesionales e instituciones del aparato sancionador y represivo presentan varios discursos fundamentados en sus distintos intereses, y estos discursos presentan distintas intencionalidades de acuerdo con el perfil del emisor. Asimismo, en su discurso es posible identificar un intento de minimizar el problema, de negar en parte su existencia como práctica habitual, aunque sea utilizado el discurso “políticamente correcto” sin el recurso a estereotipos, juicios

de valor o cuestiones similares, ni tampoco el de un posicionamiento de defensa de la aplicación de dicha práctica.

Por su relevancia, ciertas cuestiones apuntadas por algunos de los entrevistados merecen ser abordadas, aunque no hayan aparecido en la totalidad de los discursos.

La primera trata de la falta de entendimiento, por gran número de personas, del contenido del concepto de tortura. Esta deficiencia puede ser responsable en muchos casos de la inhibición de la víctima en denunciar o en la inaplicación de la Ley por una equivocada interpretación de dicho acto.

La segunda se refiere al cuestionamiento de si es necesaria la existencia de una legislación específica para prohibir la aceptación en los procesos de pruebas y/o confesiones obtenidas bajo tortura. Aunque el Comité contra la Tortura de la ONU haya recomendado al país “prohibir explícitamente el uso de pruebas en los procedimientos judiciales, de cualquier declaración obtenida bajo tortura”, algunos abogados entrevistados creen que lo único que falta es que los jueces actúen de acuerdo con la norma vigente. Es decir, el problema es más bien resultado de la postura de los jueces –que siguen cerrando los ojos a las situaciones en que se obtuvieron las pruebas ilícitamente–, que de la ausencia de legislación específica, puesto que la Constitución Federal no permite dicha situación.

La tercera cuestión se relaciona con la permisividad con la que las instituciones del Estado tratan a sus agentes, que en cierto sentido pasa por una postura de negligencia del propio Estado y de la falta de una política definida en el combate al problema. Según algunos de los entrevistados, cuando la denuncia de tortura es contra un funcionario público los caminos legales generalmente son interferidos por mecanismos corporativos para frenar el proceso.

La cuarta cuestión concierne a la percepción de la tortura como un fenómeno institucionalizado, aunque no entendido como práctica oficial del Estado. Además las instituciones del aparato sancionador y represivo son vistas como comprometidas dentro de esta institucionalización de la tortura. Esta situación es posible, de acuerdo con la

opinión de algunos entrevistados, por la coexistencia de facto de un Estado de Derecho y un “no Estado de Derecho”.

Por último, se subraya un intento de legitimar la violencia utilizada por los agentes del Estado en su trabajo a través del argumento de que ésta es necesaria en el combate a la criminalidad. Ese argumento tiene relación con la concepción de seguridad vigente, que no es la de proteger y prevenir, sino la de investigar y reprimir. El resultado final es, por un lado, la delegación de poder por parte de la sociedad, que no se moviliza para que haya cambios, y por otro, la negligencia del Estado en controlar dicha situación.

c. Postura de la prensa

Complementando el estudio de percepción, se sumaron los discursos y la postura de la prensa. Un estudio que incluya el análisis de los medios de comunicación debe tener una primera e importante preocupación, que es la de saber la forma más adecuada para tratar tales medios. Así, en dicho estudio se considera el periódico como un actor político⁴⁴, que además de informar y ejercer de mediador social⁴⁵, posee un espacio de actuaciones políticas en la medida en que influencia y es influenciado en tales contextos.

A través del análisis de 560 noticias sobre la práctica de la tortura, divulgadas entre 1997 y 2002 en los dos periódicos de mayor

⁴⁴ Borrat advierte que “percibir el periódico como actor del sistema político es considerarlo como un actor social puesto en relaciones de conflicto con otros actores y especializado en la producción y la comunicación masiva de relatos y comentarios acerca de los conflictos existentes entre actores de ese y de otros sistemas”. Borrat, Hector, *El periódico, actor político*. Editora Gustavo Gili, Barcelona, España, 1989, pág. 14.

⁴⁵ La idea de los medios de comunicación como mediadores sociales es abordada por Martín Serrano, Gomis, Rodrigo, entre otros. De acuerdo con Martín Serrano, “la participación de los MCM en la mediación se inicia cuando la institución mediadora u otros Actores sociales seleccionan determinados aconteceres para hacerlos públicos. La mediación específicamente comunicativa comienza cuando los Emisores eligen, en el marco de tales aconteceres públicos, determinados objetos de referencia. Los Emisores ofrecen a sus audiencias un producto comunicativo que incluye un repertorio de datos de referencia a propósito de esos objetos”. Ver: Martín Serrano, Manuel, *La producción social de comunicación*. Alianza Editorial, Madrid, España, 1993, pág. 133.

circulación en Pernambuco, se constató que los respectivos medios actúan de acuerdo con los criterios de mercado. Es decir, cuando es un caso de tortura que cumple con los requisitos periodísticos será noticia, de lo contrario no.

Asimismo fue posible verificar que dichos medios actúan como correa de transmisión, reproduciendo parte del imaginario social vigente respecto al tema. Eso confiere baja divulgación a las noticias sobre tortura, reducida valoración de su contenido –lo que demuestra el poco interés de los medios por el asunto– y un sutil intento de influenciar negativamente el debate público.

El análisis hemerográfico⁴⁶ apuntó que, primero, el número de noticias sobre tortura es bajo y significativamente decreciente desde 1997⁴⁷, así como el número de páginas y el espacio redaccional dedicados al tema.

Segundo, que es bajo el porcentaje de noticias en portada (aún más reducido el que viene acompañado por fotografías o ilustraciones) y hay una concentración de noticias en páginas menos valoradas. Tercero, que es igualmente bajo el número de noticias con fotografías o ilustraciones en el interior de los periódicos.

El análisis del discurso periodístico reveló aspectos interesantes:

- la estructura del texto es legible y adecuada;
- la palabra tortura es con cierta frecuencia sustituida por otros términos (malos tratos, abusos, agresión, entre otras);
- el periódico no hace uso de estereotipos, sin embargo, si son reproducidos los estereotipos emitidos por los entrevistados. Por

⁴⁶ Con los datos ya disponibles se buscó identificar la cantidad de noticias sobre el tema de la tortura por año y su evolución a lo largo de los seis años; las secciones donde habían sido publicadas; el total de páginas publicadas y el espacio impreso con noticias sobre tortura; la localización de las noticias (si estaban en páginas pares o impares, en la parte superior o inferior); si traían ilustraciones o fotos, y si habían sido o no portada del periódico. Estas informaciones permiten trazar el grado de valoración dado por cada periódico a la temática estudiada.

⁴⁷ El año 1997 tuvo un mayor número de noticias, posiblemente por haber ocurrido dos casos emblemáticos en la esfera nacional y un caso en Pernambuco.

ejemplo: “quien roba mango es capaz de robar cualquier cosa, por lo tanto es un ladrón, un menor marginal”⁴⁸;

- hay juicios de valor en las declaraciones de los entrevistados y en el texto periodístico, esto último en menor medida. Por ejemplo: “ninguna de las víctimas poseía ficha criminal en la policía y son conocidas por ser personas de orden”⁴⁹;
- no se presenta en las noticias la relación entre tortura y crimen;
- hay diferencias en el discurso periodístico en función del perfil de la víctima de la tortura.

Sobre este último punto, es posible notar una mayor implicación en las noticias sobre tortura que no están relacionadas con detenidos o sospechosos, mientras que, por el contrario, las que si están relacionadas se caracterizan por un mayor distanciamiento por parte del emisor, como si quisiera establecer una distinción entre los casos. Se pone de manifiesto en los sucesos como “Favela Naval” y “Cidade de Deus” (caso similar al anterior) y otros que trataron sobre la tortura contra personas sin ficha criminal, un elemento mucho más emotivo que en las demás noticias. También se pone énfasis en culpabilizar a los policías y resaltar el hecho de que las víctimas eran ciudadanos o trabajadores y por lo tanto hombres de bien⁵⁰. Son posturas sutiles, que a lo mejor no son directamente detectadas o que se presentan de manera que generen en el lector esta distinción. Es similar a un mensaje subliminal, pero que está presente en este tipo de discurso.

Por fin, la diferenciación, aunque sutil, entre el tratamiento de las noticias sobre tortura de acuerdo con la condición de la víctima,

48 Frase declarada a los medios de comunicación por el abogado de defensa de los policías acusados de tortura.

49 La noticia trataba de la tortura de trabajadores rurales por la policía y el autor de la frase fue un periodista. Lo que se deduce de esta información es un juicio de valor que lleva a relacionar la idea de que aquellos que no son personas de orden y poseen ficha criminal, merecen una actuación violenta de la policía.

50 Es importante destacar que la idea de la defensa del hombre de bien no es por el hecho de que la tortura sea entendida como un crimen y por ello no deba ser admitida en ninguna circunstancia, sino que no debe ser admitida contra el hombre de bien. En este caso se cree que la policía no tiene el derecho a torturarlo.

corresponde a una intencionalidad del discurso que obedece a los patrones vigentes en la sociedad: poco interés por el tema, poco relieve en los casos que no son considerados especiales, y un comportamiento variable ante la práctica de la tortura – que la mayoría de las veces es tolerante o legitimador de la actuación policial y algunas pocas, cuando se trata de “trabajadores”, es de indignación.

d. Percepción ciudadana

Por último, esta parte del trabajo de campo se refiere a los grupos de discusión en los centros de enseñanza⁵¹ y a los relatos de vida de familiares y víctimas. El objetivo fue el de verificar cuáles son las concepciones que traspasan el imaginario popular de un sector fundamental para cualquier tipo de cambio social, como es el sector de la enseñanza; así como también conocer las ideas y vivencias de los directamente afectados por dicha práctica. Para los primeros, las discusiones se orientaron por un guión⁵² que englobó cuatro grandes áreas: percepción de la tortura; percepción sobre el país y la sociedad brasileña; postura social frente la tortura; postura propia ante la práctica de la tortura. Cuestiones similares han sido abordadas en los relatos⁵³.

⁵¹ Se organizaron en dos institutos diez grupos de discusión, tres con alumnos y dos con profesores, con seis personas en cada grupo, totalizando sesenta personas. Se eligió trabajar con un instituto público y otro privado con el objetivo de verificar si las diferencias de clase podrían interferir en sus discursos y posturas ante la práctica de la tortura. Los institutos presentan algunas distinciones en cuanto a su contenido programático, aunque las asignaturas que forman parte del currículo de bachillerato son casi todas comunes a ambos. Entre estas distinciones se puede señalar una considerada de lo más relevante: en el instituto público el contenido de la asignatura de sociología incluye entre sus temas la educación en derechos humanos; mientras que en la misma asignatura en el instituto privado ésta no aparece. Es importante aclarar que en Brasil la enseñanza pública en las escuelas e institutos es valorada como de baja calidad y destinada únicamente a las clases desfavorecidas, que no pueden permitirse al lujo de pagar por una mejor educación.

⁵² Cabe aclarar que aún existiendo un guión general, las discusiones en grupo deben ser conducidas con un mínimo de interferencia a fin de que se pueda llegar a un consenso intra-grupo, por ello, algunas cuestiones aparecen de forma espontánea en unos grupos y en otros no.

⁵³ Esta parte también trató sobre cuestiones como la vida antes y después de la prisión, la posibilidad de olvido, el sentimiento frente a la tortura, las razones para

d.1 Centros de enseñanza

Inicialmente es posible identificar los puntos comunes presentes en los discursos producidos en los grupos de ambos institutos, el privado y el público: se relaciona la tortura con la violencia física y psíquica (dar descargas eléctricas, palizas, amenazar, maltratar); se reconoce su existencia y se destaca que es empleada para conseguir confesiones o como forma de castigo; sin embargo, se desconoce la ley contra la tortura y las acciones gubernamentales para combatirla. Al mismo tiempo se cree que las víctimas son los pobres y detenidos; se percibe la sociedad como apática y poco movilizada respecto al problema; se piensa que la sociedad es tolerante y sin interés por el tema, y se evalúa a la policía como violenta y corrupta.

Las diferencias en el discurso aparecen cuando se pasa a abordar la propia postura frente a la tortura. Todos los grupos del instituto público (docentes y alumnado) se declararon en contra de esta práctica y la conciben como “inhumana” y “contraria a la Ley”.

No está bien torturar, la tortura generará más violencia y no se puede pagar violencia con violencia, hay que actuar adecuadamente. Para ello existe la cárcel, para que la persona que cometió un crimen repare lo que hizo dentro de la Ley” (alumna del instituto público).

Mientras la mayoría de los grupos del instituto privado se muestran favorables dependiendo de quién sea la víctima (si es un criminal o un trabajador) y en los casos de crímenes graves (violación, secuestro, asesinato).

Yo pienso que se debería torturar a quien es realmente culpable. Aunque esté contra la Ley yo creo que debería ser lo adecuado (alumno del instituto privado).

¿Y la persona que estuvo en manos del criminal, no sufrió? Creo que el criminal merece la tortura en los crímenes brutales” (profesora del instituto privado).

que la policía torture y para que esta práctica siga utilizándose, las dificultades que afrontan las personas que quieren denunciar, la asistencia médica o jurídica dispensada a la víctima, entre otras.

Es posible suponer, a partir del análisis de algunos argumentos⁵⁴ presentados por los grupos del instituto privado, que aunque tengan la conciencia de que la tortura no sirve para invertir la situación de violencia, el miedo a ser víctima de un criminal les conduce a tener una postura favorable a la aplicación de la tortura en los casos de crímenes considerados más graves como forma de satisfacer, quizás, un sentimiento de venganza personal; que a lo mejor ellos entienden como justicia.

Sin embargo, hubo en el instituto privado aquellos que no estuvieron de acuerdo con dicha práctica, aunque fue una opinión minoritaria.

¿Torturar para qué? ¿Para sacar supuestas verdades? No se debe torturar, es completamente ilegal (profesor del instituto privado).

Hay un punto de especial interés, particularmente por su relación directa con la postura favorable en algunos casos al uso de la tortura: la idea que los alumnos y alumnas del instituto privado tienen de los derechos humanos. Queda claro que no saben qué significan en realidad. Hablan sobre ellos de una forma general y personificada; los vinculan con la defensa de criminales y les atribuyen la culpa de que no se sancione a éstos como se debería. El discurso es el común sobre el tema, sigue existiendo en el imaginario de gran parte de la población, de igual manera que para los temas anteriormente tratados, como la aplicación de la tortura y el trato a los presos.

Muchas veces la policía quiere trabajar y los derechos humanos no se lo permiten. Los derechos humanos se les echan encima y no les dejan trabajar, por ello también ocurre tanta violencia (alumno del instituto privado).

Los derechos humanos están a favor de los criminales y quien está sufriendo es la sociedad (alumna del instituto privado).

Al contrario de la comprensión que tienen los grupos del instituto público, que los perciben como derechos que deben ser respetados y que son necesarios en el país, especialmente en la lucha contra la

⁵⁴ Por ejemplo, en sus discursos se identifican palabras como “pagar” y “sufrir” como sinónimos. Igualmente, se identifica la descalificación de la persona y el no reconocimiento de su dignidad al no considerar a los criminales como seres humanos.

tortura. En otras palabras, no los vinculan a “privilegios de criminales” y tienen claro que son importantes para todos.

A partir del análisis comparativo de los discursos es posible indicar que entre los grupos favorables a la tortura parece prevalecer el miedo a la violencia, la sensación de impunidad y la falta de confianza en la justicia. Como analizó Cardia en sus estudios, la exclusión moral y el apoyo a las violaciones de derechos humanos se hacen presentes entre los grupos que se sienten amenazados por la violencia criminal y no creen en la existencia de castigo y recuperación para aquellos que cometieron crímenes.

Por otro lado, entre los grupos contrarios a la tortura, aunque exista el temor de ser víctima de la violencia, éste no se transforma en amenaza quizá porque sigue existiendo confianza en los medios legales de resolución de conflictos o por lo menos, la conciencia de la necesidad de que éstos estén vigentes y cumplan con su papel para evitar problemas más graves a largo plazo. Los discursos de estos grupos señalan la necesidad de respeto a las leyes y al mantenimiento del Estado de Derecho. En este sentido, lo que prevalece son los sentimientos de justicia (no de venganza) y el no apoyo a las violaciones de derechos humanos.

Hay que destacar que los grupos de alumnos y alumnas del instituto público, todos opuestos a la tortura y con un discurso legitimador del respeto al Estado de Derecho, poseen en su formación una educación en derechos humanos. Este es un diferencial que quizás pueda estar influenciando positivamente la percepción, aunque no se pueda afirmar que es lo que pauta su postura sin ampliar la muestra estudiada⁵⁵.

⁵⁵ Por ello se considera conveniente que se hagan nuevos estudios en escuelas o centros educativos que se preocupan por formar a sus educandos en el respeto a los derechos humanos, para establecer la operatividad democratizadora de este modelo. Por último, aún cuando la muestra elegida sigue los parámetros metodológicos considerados exigibles para que los resultados obtenidos a través de la organización de grupos de discusión sean considerados representativos o significativos, antes de extrapolarlos parece necesario su cotejo con estudios similares. Dicho esto, parece que el estudio efectuado proporciona cuanto menos indicios de que en lo concerniente a la tortura, la sociedad brasileña muestra aún ambigüedades impropias de un país democrático.

d.2 Familiares y víctimas

Este es el sector directamente afectado por la tortura, que siente no sólo la crueldad de dicha acción sino que arrastra sus secuelas. También es el segmento más difícil de abordar por la desconfianza que alimenta y por la dificultad que tiene para hablar sobre sus experiencias⁵⁶. Sin embargo, su percepción sobre el problema es indicativa del grado de importancia dada a la cuestión a partir de lo que viven en su día a día.

En los relatos de vida de los familiares y víctimas de tortura entrevistados se pudo identificar que para ellos, la tortura no es solamente física sino también psicológica. La definieron como: “la peor forma de agredir al ser humano”, “lo que los presos viven dentro de las prisiones”, “la forma de acabar con el ser humano” y “la forma de tratar a los presos en las comisarías y prisiones”. Además, reconocen que es utilizada para conseguir confesión o para castigar. Entre los tipos de tortura fueron citados el “pau de arara”, las descargas eléctricas, palizas, amenazas, humillaciones y maltratos.

No obstante, no es sólo contra el preso contra quien se practica la violencia, los familiares igualmente se ven afectados. Por lo general, son víctimas de amenazas, malos tratos y humillaciones. En este sentido se identificó entre los malos tratos o tratos degradantes a los que son sometidos los familiares los siguientes: “tratar mal”, “insultar”, “ofender”, “no dejar entrar en la cárcel”, “mandar quitar la ropa para inspeccionar”, “descalificar al familiar”.

Lo interesante es que aunque la mayor parte de las personas entrevistadas no dispongan de un elevado nivel de escolarización o gocen de una buena formación cultural, ni conozcan la legislación existente sobre el tema, todas, sin excepción, consideran la tortura un

⁵⁶ Por la dificultad en acceder a sus testimonios, el grupo de familiares y víctimas estuvo formado por los pocos que se dispusieron a hablar, en total diez personas. Una vez más es preciso advertir que este es un trabajo local y que la muestra elegida tiene un carácter indicativo no extrapolable al conjunto de la realidad nacional, al menos en principio. Sin embargo, tomado Pernambuco como banco de pruebas de los supuestos sobre las actividades sociales establecidas por otros estudios locales, o referentes al marco nacional, cumple su función de confirmar las hipótesis generales sobre las causas de la persistencia de la tortura en muchos aspectos.

crimen, demostrando que son conscientes de que ésta es una práctica ilegal y que la policía no tiene el derecho a utilizar estos métodos.

Por otro lado, los encuestados relacionan el perfil de las víctimas de tortura con los pobres y afro-descendientes que están presos o que son sospechosos de haber cometido un delito, incluso algunos subrayaron que los ricos no son torturados.

Los familiares y víctimas afirmaron que hay distintas razones para que las fuerzas del orden usen la tortura durante la detención o en comisarías y prisiones. Sin embargo, la mayor parte piensa que la policía usa la tortura por abuso de poder o porque se siente con poder para hacerlo. Lo más importante es que creen que no hay justificaciones para la utilización de la tortura, es decir, no admiten ninguna situación donde se pueda torturar a alguien.

La continuidad de la tortura es, según su percepción, respaldada por la postura que la sociedad brasileña presenta frente a esta práctica. Piensan que no hay interés de la sociedad por el tema y creen que no hay voluntad de las instituciones en acabar con la tortura. Además, puntualizaron que el hecho de que existan más denuncias de tortura que condenas de torturadores se debe a la lentitud de la justicia y a su falta de voluntad a la hora de castigar a los torturadores, así como a la connivencia de las autoridades, a la dificultad en probar el crimen de tortura, y a la falta de interés por el problema al tratarlo como algo banal.

De forma general, sus discursos revelan mucho dolor al mismo tiempo que desvelan desánimo y desesperanza. Igualmente es posible identificar sentimientos de indignación, miedo, impotencia y rabia. Respecto a lo que se esconde detrás del discurso de cada relato, es posible encontrar historias de personas a las que violaron sus derechos. Gran parte demuestra esa conciencia (sobre todo los familiares que hicieron cursos de derechos humanos), especialmente cuando se manifiestan en desacuerdo con la posibilidad de que la policía tenga el poder de tratar de esa forma a los presos y a los sospechosos de crímenes.

Detrás de sus historias es posible verificar también hasta dónde el Estado puede llegar en su capacidad de hacer daño, no sólo a las

víctimas, sino a familias enteras, porque éstas acaban cumpliendo la pena (y sufriendo los castigos ilegales) junto con sus parientes.

Son discursos que parecen buscar el reconocimiento de lo que ha ocurrido, es decir, que el Estado reconozca que es el responsable y que lo practicado es una acción ilegal. Estas personas demuestran el rechazo en seguir siendo mal tratadas, así como en ser víctimas de represalias o del descrédito del poder público a través de la descalificación de su discurso. Esta descalificación acaba siendo el recurso más utilizado por las instituciones del aparato sancionador y represivo para los casos denunciados.

La denuncia verbal en esta situación parece ser el único recurso que les queda a las víctimas y sus familiares, y la negación de este derecho es más una medida en la estrategia de negar la tortura, de minimizar su gravedad, de restringirla a casos aislados.

Las víctimas son, de esta forma, no sólo privadas de ser tratadas como seres humanos sino también del derecho a la verdad, pues su negación distorsiona los hechos y transforma en banal dicha práctica. Lo que se intenta con las dos actitudes es negar el hecho o desacreditar el discurso, lo que a fin de cuentas produce el mismo resultado: la impunidad del crimen, la no reparación a la víctima y sus familiares, y la no erradicación de la práctica.

d.3. Entre el miedo y la indiferencia: dos de los aspectos que alimentan la práctica de la tortura

Lo más importante en las valoraciones de los segmentos abordados en este apartado, además de las propias posturas manifestadas, son las percepciones sobre el comportamiento de la sociedad brasileña frente al uso de la tortura en el país. Dos elementos son comunes a la postura de la sociedad brasileña: el miedo y la indiferencia. Esto se considera como lo más importante, porque estos sentimientos existen tanto en el discurso de los grupos de los centros de enseñanza como en el de los familiares y víctimas.

El miedo se presenta en dos situaciones distintas, pero ambas aportan sus contribuciones en la continuidad de la práctica de la

tortura. Por un lado, existe el miedo a la criminalidad violenta, a su crecimiento y a ser su víctima, por parte de la mayoría de la población, y éste abre el espacio, junto con la desconfianza en la justicia, a que procesos antes mencionados, como la exclusión moral, por ejemplo, actúen cambiando sus percepciones, sus posturas, sus valores y creencias. Éstas pasan a ser (o, si ya existían, pasan a consolidarse) las de aceptar las violaciones de los derechos humanos y de defender el empleo de castigos violentos contra los criminales o sospechosos de crímenes, incluso manifestándose favorables a la utilización de la tortura en algunos casos, cuando los crímenes son considerados graves.

Por otro, existe el miedo de la víctima de la tortura así como de sus familiares a denunciar esta práctica. Éste aparece tanto por la falta de protección del Estado a las personas que denuncian como por el hecho de que muchas veces las víctimas siguen en manos de sus torturadores. Se suma también a las posibles causas que generan este miedo la falta de credibilidad que los jueces atribuyen a las denuncias, especialmente cuando las víctimas son criminales. Ante la ausencia de denuncias, no hay siquiera la posibilidad de investigar las responsabilidades de los agentes estatales. Este escenario genera la impunidad que a su vez estimula la persistencia de la práctica.

Estas dos situaciones, cada una por su lado, alimentan la continuidad del uso de la tortura por parte de las fuerzas de seguridad; una por el posible apoyo que produce, la otra por la impunidad que genera. Ambas forman parte de un mismo fenómeno: la violencia. Igualmente ambas siguen alimentando este fenómeno por posibilitar la existencia de más violencia.

La indiferencia, en este caso de la mayoría de los no afectados por la tortura, revela que el problema es ignorado o en el mejor de los casos, es tratado como un problema menor. Esta actitud de indiferencia ante la existencia de la tortura en el país puede estar relacionada con tres cuestiones: la primera, y más obvia, porque como no afecta a todos (por la conocida división social entre “torturables” e “intorturables”), a los no afectados no parece preocuparles que esta práctica ocurra por

sentirse inmunes al problema; la segunda, porque como las víctimas habitualmente son los criminales, puede existir el recelo de que una actitud crítica sea entendida como la “defensa de criminales”; la tercera, porque como existen problemas sociales que son considerados muy graves por la población (el desempleo, el hambre, los servicios de salud y de educación de mala calidad, entre otros), el no respeto a la integridad física parece no merecer la misma atención que los derechos sociales.

Independientemente de lo que motive la indiferencia, ésta, de la misma forma que el miedo, alimenta la práctica de la tortura, ya que la sociedad no se implica en el problema y en muchos casos, no lo ve como tal. En este contexto deja de existir la presión social necesaria para que el Estado combata esta práctica, y para que se exija que el aparato sancionador y represivo investigue las responsabilidades y condene a los culpables, aplicando la Ley existente. En otras palabras, en un país donde el Estado se muestra poco dispuesto a castigar las prácticas ilegales de sus fuerzas de seguridad y guardias de las prisiones, y donde la justicia tampoco actúa en este sentido, la ausencia de la presión social contribuye a esta situación de cierta connivencia. Sólo la movilización social, en el sentido de exigir que el Estado cumpla su papel de rechazar la tortura en el país y de trabajar para su erradicación, podría sacarlo de su inercia habitual.

Además de alimentar la continuidad de la tortura, estos dos elementos contribuyen a mantener el “carácter disyuntivo”⁵⁷ de la democracia brasileña, impidiendo su posible consolidación; puesto que esta característica, de la que la violencia y el desprecio a los derechos civiles son sus principales ejemplos, sólo podría deshacerse si la sociedad se volviera consciente de sus responsabilidades y se movilizara para exigir el respeto a todos los derechos por igual. El carácter incompleto de la democracia en el país es lo que posibilita la paradoja

⁵⁷ El carácter disyuntivo de la democracia brasileña es un concepto creado por Caldeira para designar “los procesos contradictorios de simultánea expansión y no respeto a los derechos de ciudadanía”. En otras palabras, es este el carácter que permite la convivencia de instituciones democráticas y de violaciones de derechos cada vez más graves. Caldeira, Teresa Pires, *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo...*, pág. 343.

de que coexistan en la sociedad brasileña instituciones democráticas (por lo menos desde el punto de vista formal) y prácticas represivas violentas por parte de las fuerzas del orden del Estado.

Conclusiones

Las percepciones de todos y cada uno de los segmentos abordados en esta investigación⁵⁸ remiten a amplias problemáticas sectoriales que desbordan la amplitud e implicaciones del mero problema socio-político de la continuidad de la tortura. Son factores sociales, políticos, culturales, económicos y estructurales que interconectados, influyen en el posicionamiento ideológico, en la praxis de la tortura y en la forma en que se aplica la Ley. La interrelación de estas variables, en el escenario y periodo histórico estudiados, parece indicar la necesidad de intervenir en diversos frentes al mismo tiempo, si el objetivo que se debe lograr es la erradicación de esta práctica inhumana.

Puede resultar obvio. Sin embargo, muchas veces la obviedad aparece ante los ojos del poder público y de la sociedad sin que se le dé la importancia que se merece. Desgraciadamente, la gravedad del problema y la urgencia con la que debe ser afrontado se contraponen a la larga lista de omisiones, connivencias, persistencias y negligencias presentes en la historia de las violaciones de los derechos humanos en Brasil.

Un primer aspecto apuntado en este estudio, es que las percepciones de los diferentes actores sociales indican el grado en que la tortura es valorada como un problema relevante o como una cuestión menor. Parte importante de las percepciones se acercan a la creencia de que la tortura es un problema de menor importancia.

⁵⁸ A pesar de que esta investigación se refiere más específicamente al Estado de Pernambuco, los resultados obtenidos aquí probablemente no se diferencien de forma acentuada de la realidad socio-política de las demás regiones del país, a tenor de lo que se sabe por otros estudios. Puesto que el deterioro de las condiciones sociales, la situación económica, el aumento de la criminalidad violenta, la desconfianza hacia la justicia, la impunidad, la ausencia de sanción al crimen de tortura, entre otros, son elementos que están presentes en todos los Estados, es presumible que las percepciones sociales en éstos también estén influenciadas por estos aspectos.

Independientemente de lo que motive la indiferencia, ésta alimenta, de la misma forma que el miedo, la práctica de la tortura, ya que la sociedad no se implica en el problema y en muchos casos, no lo ve como tal. En este contexto, deja de existir la presión social necesaria para que el Estado combata esta práctica y para que se exija que el aparato sancionador y represivo investigue las responsabilidades y condene a los culpables, aplicando la Ley existente.

Un segundo aspecto relevante es el de que las percepciones se muestran divididas y actores sociales importantes, como los integrantes del poder público o los medios de comunicación, tienen un peso en esta fragmentación. Es posible sugerir que la fragmentación entre las percepciones, incluso dentro de los mismos segmentos, hace más complicada la tarea de sancionar la tortura.

Otro punto importante es que los problemas socio-culturales siguen influyendo muchas de estas percepciones, y que los aspectos económicos aportan su contribución para que no se le dé la importancia necesaria.

Por último, es posible sospechar que las percepciones que se acercan a una valoración legitimadora de dicha práctica pueden llegar a influir en el combate y en la sanción del uso de la tortura, puesto que ejemplifican la indiferencia con el problema y la ausencia de movilización social para exigir el respeto a la Ley. Igualmente es posible sospechar que las instituciones del sistema pueden llegar a ser menos estrictas en su sanción si consideran que la población ve dicha práctica como necesaria.

De esta forma, y mientras la integridad física de todas y cada una de las personas sea entendida –por la sociedad así como por el Estado– como un privilegio reservado a los “intorturables”, y mientras esta comprensión se sostenga y se justifique, por una parte, a través del miedo y por otra, a través de la indiferencia social (cuando no del apoyo directo), el país se mantendrá dividido entre torturadores y torturados, el Estado de Derecho será vulnerado por la escasa aplicación de la Ley, y la democracia seguirá conviviendo con la barbarie.

A dignidade da mulher no direito internacional: o Brasil face à Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Marcelo D. Varella

*Natália Paes Leme Machado**

O presente artigo tem por escopo fazer breves considerações sobre o tratamento jurídico da dignidade mulher e os mecanismos utilizados pelas organizações internacionais, em especial a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para efetivar dentro do Brasil esses conceitos e suas decisões. Esse estudo tem sua origem no impulso que o caso Maria da Penha deu para o surgimento do conceito da dignidade da mulher e ajudou a demonstrar o comprometimento do Brasil perante um dos mais importantes tratados que versam sobre a observância e defesa dos Direitos Humanos – a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui papel fundamental na proteção dos Direitos Humanos visando garantir maior efetividade dos direitos contemplados no pacto. O Brasil reconheceu a competência obrigatória da Corte para julgar os casos a partir de 1998. Além desse julgamento a Corte verifica o cumprimento das obrigações tratadas.

O Estado-parte deve dar prioridade ao que é acordado por tratados, principalmente quando se trata de Direitos Humanos, que se firmam como uma espécie de direito obrigatório (*jus cogens*) a todas as nações. Pode-se dizer que o principal problema não é mais normatizar direitos

* Marcelo Dias Varella é professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Uniceub. Bolsista de Produtividade e Pesquisa do CNPq. Natália Paes Leme Machado é estudante do 6º semestre da mesma instituição e bolsista do CNPq, sob a orientação do Prof. Marcelo Dias Varella e membro do grupo de pesquisa do Uniceub: A internacionalização do direito.

humanos e sim garantir que eles não sejam violados¹. Esses Direitos existem para que se tutelem as garantias mínimas para a vida. Em relação à proteção da dignidade da mulher, eles foram construídos em anos de luta e discriminação. A dívida histórica com as mulheres por anos de subordinação em relação aos homens ainda não foi saciada e, sem esse respeito torna-se mais difícil a participação da mulher na sociedade².

Para combater o descumprimento de obrigações internacionais foram criados mecanismos jurisdicionais. Os Estados já não podem mais ratificar o tratado e não efetivarem suas normas, deixando os cidadãos desprotegidos. Aqueles são responsabilizados internacionalmente pelos compromissos violados, devendo reparar os danos causados às vítimas ou sofrer sanções³.

O capítulo 1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece os deveres de cada Estado-parte. Dentre eles, está o de garantir o livre exercício dos direitos consagrados no pacto a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, inclusive por sexo. Além disso, o Estado deve adotar medidas e fazer leis, para garantir esses direitos. No artigo 11⁴ protege-se a honra e a dignidade da pessoa humana e a proteção da lei contra essas

¹ O problema central dos direitos humanos “não está em saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”, in: Bobbio, Norberto, “A era dos direitos”. Campus, Rio de Janeiro, Brasil, 1992, p.30.

² “A violência contra as mulheres causa enorme sofrimento, deixa marcas nas famílias, afetando várias gerações, e empobrece as comunidades. Impede que as mulheres realizem as suas potencialidades, limita o crescimento econômico e compromete o desenvolvimento... No que se refere à violência contra as mulheres, não há sociedades civilizadas” (Kofi Annan), in: de Souza, Sérgio Ricardo, *Comentários à Lei de Combate à violência contra a mulher*. Editora Juruá, Curitiba, Brasil, 2007.

³ Ramos, André de Carvalho, “Responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos humanos”, in: *Revista CEJ* No. 29, Brasília, Brasil, abr/jun 2005, p. 54.

⁴ Art. 11: 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. [...] 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

atrocidades. Sabe-se que, ao ratificar ou aderir a um tratado, o Estado deve dar pleno desenvolvimento ao que foi acordado, e neste caso o Brasil foi, por muito tempo, tolerante com a discriminação da mulher, sofrendo sanções por isso.

Usando uma abordagem construtivista, as instituições, nesse caso a dignidade da pessoa humana, são constituídas de acordo com a identidade dos atores. No caso do Brasil, esse conceito foi passado pelas organizações internacionais para que fosse adotado dentro do país e foi absorvido porque, nacionalmente, é um conceito consolidado. Essa abordagem nos remete à observância do impacto das instituições “soft”, como é o caso da Comissão IDH. Ela constrói o direito através de mecanismos que dependem de legitimidade para fazer valer as suas decisões, conceituados em nosso direito como “soft norm”, um instrumento jurídico não vinculativo, e mesmo assim a Corte consegue regular o comportamento dos Estados, mostrando a sua identidade e como ela pensa sobre determinado assunto.

Além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Brasil ratificou outros tratados que versam sobre o assunto da dignidade da mulher, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, expedida na cidade de Belém do Pará no Brasil, em 09 de junho de 1994; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres de 1979; e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que deu origem a todas as outras convenções.

O direito é luta. Todos os direitos da Humanidade foram conquistados através da luta. A luta pelo direito subjetivo é provocada pela violação ou negação desse direito. Dessa maneira, resulta que a luta se repete em todas as áreas do Direito, tanto no Direito Privado, Público e Internacional⁵.

Os fatos mencionados mostram uma preocupação global com a proteção dos Direitos Humanos. Contudo, faltava ação para que uma causa tão importante fosse realizada no âmbito nacional. O Direito é um

⁵ Ihering, Rudolf von, “A luta pelo direito” (1872), in: *Revista dos Tribunais*, ed. 2, trad. Cretella, Júnior J. & Agnes Cretella. São Paulo, Brasil, 2001, p. 35.

poder político e, internacionalmente, esse poder é imposto através dos tratados que dão a oportunidade de uma reavaliação dos julgamentos feitos nas instâncias internas. Esses organismos internacionais não possuem soberania perante os Estados, mas possuem uma força coercitiva que os levam a cumprir o que estabelecem.

Neste sentido, propõe-se ao leitor o estudo de um caso específico envolvendo o Brasil e que teve grande repercussão nacional: o caso Maria da Penha. Para tanto, efetuar-se-á uma breve análise dos conceitos jurídicos, examinando o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e quais são os instrumentos utilizados pela Corte e, por fim, estabelecerá qual a responsabilidade internacional do Estado em casos de violação de Direitos Fundamentais.

Com relação a este tema surgem algumas questões:

1. O caso Maria da Penha deu um impulso para a formação do conceito de dignidade da mulher e ajudou a afirmar o poder das organizações internacionais?
2. A Corte utiliza mecanismos para fazer efetivar suas decisões perante os Estados membros?
3. Há uma análise processual utilizada para dar efetividade no país a uma decisão internacional?
4. As cortes internacionais podem ser consideradas outra instância superior à nacional?
5. As mudanças legislativas e políticas públicas brasileiras decorrem do processo internacional?
6. A decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é efetiva?

1. Conceitos jurídicos sobre Direitos Humanos e dignidade da mulher. O Caso Maria da Penha

Os Direitos Fundamentais da pessoa humana estão presentes, em grande parte das Constituições e prevêem a sua proteção, mesmo havendo variações culturais. Eles ultrapassam as concepções

tradicionais de interesses de soberania, pois dizem respeito à questão da legitimidade. Esse processo de erosão da soberania é uma convivência de valores e costumes. A mundialização é um fenômeno humano, com tendência de valorização dos Direitos Humanos. As organizações internacionais começam a ter mecanismos de força, mas também de cidadania global, métodos de reforçar a efetividade dos direitos humanos, base da convivência social. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos rompe em definitivo com o legado da cultura autoritária ditatorial e contribui para consolidar regimes democráticos na América Latina. Como observa a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, há uma estreita relação entre democracia, direitos humanos e desenvolvimento.

O movimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações.

Só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos forem respeitados. A dignidade da mulher está inclusa, pois é um tema de legítimo interesse internacional. A efetiva proteção dos direitos humanos demanda políticas específicas a grupos vulneráveis, como as mulheres. Trata-se de colocá-las em pé de igualdade com os homens. A impunidade diante de certas condutas só tem contribuído para o crescimento da violência contra a mulher. É necessário que se construa novas identidades sociais, que cada um perceba o seu papel na sociedade, e que tenha mecanismos eficientes para que se garanta uma existência digna para as mulheres. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres no seu artigo 1º, estabelece que a discriminação contra a mulher é

...a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, o gozo ou exercício pela mulher, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

O artigo anterior leva em consideração o estabelecido em outros instrumentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, no que diz respeito à não discriminação, afirma que todos os seres humanos nascem livres, e também a Carta das Nações Unidas, que reafirma a fé nos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Nessa Convenção, os Estados-membros não só condenam as diversas formas de discriminação, mas também concordam em implementar políticas públicas com objetivo de erradicar esse problema. Comprometem-se a adotar medidas legislativas com sanções cabíveis como derrogarem leis desfavoráveis; zelar para que as autoridades públicas não tolerem esse tipo de discriminação e tomar recursos apropriados para que o particular também não o viole.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher é mais específica ao assunto abordado na Lei Maria da Penha. Nela entende-se por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher⁶, tanto no âmbito familiar quanto na sociedade, e que o Estado o tenha tolerado⁷.

Constata-se nessa Convenção que foi observado o impacto que a violência contra a mulher causa na sociedade. Independente de classe social ou raça, essa violência afeta negativamente as bases estatais. No entanto, se for combatida, a mulher terá como progredir igualmente levando a um desenvolvimento pessoal e a um desenvolvimento econômico e social do Estado.

Percebe-se que todas essas convenções e outras diversas que tratam sobre Direitos Humanos querem a igualdade da mulher perante o homem e, como resultado, previnem a violência, garantem as liberdades fundamentais da pessoa humana e punem os que transgridem esses dispositivos. Essa dignidade deveria estar garantida em todos os Estados pactuantes, mesmo com as diferenças culturais de cada país, mas não é o que acontece.

⁶ Artigo 1 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

⁷ *Ibidem*, artigo 2.

A violência contra a mulher faz parte de um contexto socioeconômico e cultural que historicamente discrimina o sexo feminino. A manutenção dessas discriminações tem como consequência um conjunto de situações desvantajosas para as mulheres, que são reforçadas por práticas de violência. Nesse sentido, a violência contra a mulher tem fundamentos estruturais⁸. Os Direitos Humanos dizem respeito à integridade física e psíquica de qualquer ser humano. Como exposto nos artigos I e II da Declaração Universal dos Direitos Humanos, todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer espécie, inclusive de sexo. É esse direito que deve ser protegido: estabelecer a igualdade. Foi para isso que Maria da Penha lutou.

É uma preocupação universal com a inaceitável tentativa de subjugar a mulher através de violência física, psíquica e sexual. Maria da Penha Maia Fernandes, virou símbolo do país pela luta ao respeito das mulheres e conseguiu fazer o Brasil dar uma resposta à sociedade internacional pelos compromissos firmados nos tratados que versam sobre esse assunto.

O Brasil sofre desse mal há séculos. Um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no final da década de 1980 revelou que 63% das mulheres que sofreram agressões estavam em casa e estas foram cometidas por pessoas próximas às vítimas. Uma pesquisa feita em 2001 indicou que pelo menos 6,8 milhões das brasileiras vivas tinham sido espancadas. Pelo menos 11% de todas as mulheres maiores de 15 anos já foram espancadas e em 56% desses casos as agressões foram cometidas pelos maridos ou companheiros (dados do Portal da Secretaria Especial de Política para Mulheres). Depois que a lei foi instituída, somente no Distrito Federal, mais de 14 mil mulheres já denunciaram seus parceiros, proibindo-se o contato entre eles, e em 6 mil desses processos, os quais foram acolhidos, encontram-se vítimas das mais diversas classes sociais.

⁸ Zemuner, Adolar Franco, *Direito Internacional dos direitos humanos – estudos em homenagem a Flávia Piovesan*. Editora Juruá, Curitiba, Brasil, 2007, p. 19.

Entretanto, o exemplo da luta dessa cidadã brasileira tornou-se especial. Maria é uma sobrevivente, seu marido tentou matá-la duas vezes. Foi lutando pela própria vida que ela ajudou a salvar várias outras com a aprovação da lei. Ela tinha 38 anos quando, na madrugada de 29 de maio de 1983, seu marido, Marco Antonio Heredia Viveros, tentou assassiná-la com um tiro nas costas. Para que não fosse pego, forjou um assalto rasgando suas próprias roupas e amarrando uma corda no pescoço. Maria sobreviveu, porém ficou paraplégica.

Seu relacionamento não estava indo bem muito antes disso. Marco tinha crises de ciúmes por causa das filhas, chegando a maltratá-las. Em outra ocasião, ele chegou a jogar um prato em cima de Penha, simplesmente porque não tinha gostado da comida. Ela tentava uma separação, mas ele não consentia. Suas amigas diziam que era assim mesmo, que ela tinha apenas que aceitar as coisas que o marido fazia. Então, como a maioria das mulheres que passam por essa experiência, Penha lutava para manter o relacionamento.

Para se recuperar, Maria foi encaminhada para um hospital em Brasília. Infelizmente, seu diagnóstico foi de paralisia nos membros inferiores. Marco a visitava, mas a tratava muito mal, tinham sempre que manter alguém por perto, por segurança. Quando ela voltou para Fortaleza, outra tentativa. Marco tentou eletrocutá-la, com a desculpa de ajudá-la a tomar banho, colocou uma corrente elétrica na água e a cadeira onde Maria se apoiava era toda de ferro. Então, ela gritou por socorro e a ajudante foi acudi-la.

Tudo indica que esses atos foram premeditados, pois semanas antes da agressão, Marco tentou fazer Maria assinar um seguro de vida e cinco dias antes tentou fazê-la assinar, contra sua vontade, um documento transferindo o carro de sua propriedade para um comprador anônimo. Além disso, mais tarde, descobriram que Marco era bígamo e tinha filhos na Colômbia.

Como suas tentativas não obtiveram resultado, Marco decidiu abandonar Maria e foi para o Rio Grande do Norte, onde mantinha uma amante. A partir disso, Maria foi à polícia para dar seu depoimento. Então, começou sua luta de mais de 19 anos.

Na Justiça Brasileira, o caso demorou 8 anos para chegar a uma decisão no Júri, que, em 4 de maio de 1991, estipulou a pena de 15 anos pela tentativa de homicídio, sendo diminuída posteriormente para 10 anos por não haver reincidência. No mesmo dia, a defesa interpôs recurso, mas deveria ter feito durante a tramitação do juízo e não depois (recurso extemporâneo) e por isso o caso foi estendido por mais 3 anos para decisão da apelação. Em 15 de março de 1996, ocorreu outro júri proferindo a sentença de 10 anos e seis meses. Entretanto a defesa entrou novamente com recurso alegando a não observância das provas. Então, desde 22 de abril de 1997 até o recebimento da denúncia pela Comissão, o caso ficou sem solução. Isso demonstra a inobservância do Estado, a qual deixou margem para o risco da prescrição que nesse caso era de 20 anos.

Diante dessa morosidade, Maria da Penha levou seu caso, juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em 2001, o Brasil foi penalizado por omissão e negligência ao que diz respeito à violência doméstica e, como cumprimento da sanção, na qual o Brasil deveria, entre outras medidas, criar políticas públicas para a prevenção, editou-se em 2006 a Lei 11.340 – a Lei Maria da Penha.

2. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos entrou em vigência em 1978. Tem como função oferecer uma proteção internacional dos Direitos Fundamentais da pessoa humana e complementar a oferecida pelo direito interno. Entretanto, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidades não governamentais (reconhecidas em um ou mais Estados-membros) podem apresentar à Comissão denúncias referentes a uma tolerância do Estado membro sobre proteção dos Direitos Humanos.

Para isso, o Estado deve declarar quando ratifica o Pacto de San José da Costa Rica que reconhece a competência da Comissão para

receber e examinar as comunicações enviadas contra ele⁹. Além desse reconhecimento, o autor da petição deve antes esgotar as instâncias internas, ou seja, o Estado tem que antes ter julgado aquele incidente, o ter tolerado e não atribuído nenhuma medida para assegurar o direito¹⁰.

A apresentação tem que ser feita seis meses depois da decisão definitiva dada pelo Estado acusado de violação dos direitos humanos. E não pode haver litispendência internacional (outro processo com a matéria objeto da petição pendente entre outro processo internacional). Essas atribuições, entretanto, são relativas. Se, o Estado não oferecer o devido processo legal, não houver permitido, a quem possa ter sofrido o dano, o acesso a justiça, impedir o esgotamento dos recursos internos ou existir demora injustificada no julgamento da ação, o fato de ter que esgotar primeiro as instâncias internas não é mais necessário para a aceitação da petição.

Depois que a Comissão aceita a petição, ela pede ao Estado-parte informações sobre o acontecimento, sendo que essas informações devem ser fornecidas num prazo razoável.

Maria da Penha formulou sua denúncia¹¹ em 20 de agosto de 1998, alegando a tolerância do Estado Brasileiro com a violência cometida pelo seu marido, não tendo dado a devida proteção e nem promovido

⁹ Artigo 45° 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.

¹⁰ Artigo 46° 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44° ou 45° seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos.

¹¹ “Denuncia-se a violação dos artigos 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias judiciais); 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação aos artigos II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “a Declaração”), bem como dos artigos 3, 4,a,b,c,d,e,f,g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará”. CIDH, Relatório No. 54/01, Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001 (<<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>).

o devido processo para a punição do autor. A proteção judicial está expressa no artigo 25 da Convenção e, em síntese, diz que toda pessoa tem direito a um recurso simples, rápido e efetivo para assim haver a proteção dos direitos fundamentais. Neste caso, o processo tramitava por 17 anos e ainda não possuía uma sentença definitiva e nem reparação dos danos sofridos.

Além disso, alegou que o Brasil não respeitou o que havia acordado no Tratado, contrariando seu artigo 1, com base no qual se comprometeu a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e a dar seu pleno desenvolvimento. As garantias judiciais (artigo 8) são um direito material garantido tanto no tratado como na nossa Constituição Brasileira e também foram descumpridas. Esse artigo visa a observância de garantias como um processo com prazo razoável, ser ouvido por um juiz competente, independente e imparcial e não ser submetido a um juízo de exceção. Não é suficiente que o Estado só observe o tratado e o promulgue internamente, mas é necessário que promova mecanismos internos para que seja eficaz o estabelecido.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que o prazo razoável estabelecido nesse artigo não é um conceito simples e que devem ser avaliados os seguintes elementos para determinar a razoabilidade do prazo em que se desenvolve o processo: a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado, a conduta das autoridades judiciais e o efeito gerado na situação jurídica da pessoa envolvida no processo¹². No caso em foco, a Comissão concluiu que desde a investigação policial em 1984, havia no processo elementos probatórios claros para concluir o julgamento e que a atividade processual foi às vezes retardada por longos adiamentos das decisões, pela aceitação de recursos extemporâneos e por demoras injustificadas.

A denúncia foi recebida pela Comissão, a qual recomendou ao Brasil

¹² Corte IDH, Caso Genie Lacayo, Sentença de 29 de janeiro de 1997, parágrafo 77; Corte IDH, Caso Garibaldi vs. Brasil, Sentença de 23 de setembro de 2009.

...que procedesse a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres¹³.

Já em outubro, o Brasil foi solicitado a dar informações sobre o assunto.

Se o Estado não se manifestar, como foi o caso do Brasil neste processo, a Comissão age sozinha: faz pesquisas para saber a procedência do caso e, se necessário, procede com uma investigação no local (nos casos mais urgentes, com a permissão do Estado). A Comissão pode ainda presumir como verdadeiro os fatos acusados devido ao silêncio do Estado e aplicar o artigo 42 do seu Regulamento¹⁴. A denúncia foi recebida em 20 de agosto. No dia 1º de setembro, a Comissão já havia enviado aos petionários a notificação do recebimento da denúncia e solicitado ao Estado informações sobre o ocorrido. Então, em 1º de agosto de 1999, a Comissão diante da inércia do Brasil presumiu como verdadeiros os fatos descritos na inicial.

A Comissão se colocará a disposição para uma solução amistosa e, se acontecer, redigirá um relatório e mandará a solução para o petionário. No caso relatado, o Brasil permaneceu inerte, logo não houve essa solução. Com isso, a Comissão confecciona um relatório no qual colocará os fatos e sua conclusão e enviará ao Estado com suas recomendações sobre o assunto¹⁵.

¹³ CIDH, Relatório No. 54/01, Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes, Brasil.

¹⁴ Ver, em especial, o art. 38 do novo Regulamento.

¹⁵ “A Comissão recomenda ao Estado que proceda a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito de tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Fernandes e para determinar se há outros fatos ou ações de agentes estatais que tenham impedido o processamento rápido e efetivo do responsável; também recomenda a reparação efetiva e pronta da vítima e a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra mulheres”. CIDH, Relatório No. 54/01, Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes, Brasil.

Se no prazo de três meses o Estado não se manifestar nem tomar atitudes para realizar o que a Comissão propôs, ela pode mandar o caso para a Corte Interamericana resolver. Se não o fizer, pode continuar sobre sua competência e, assim, estabelecerá mais um prazo dando recomendações ao Estado para que não haja mais a violação do direito. Transcorrido esse tempo e o Estado ainda não aderir à suas propostas, a Comissão votará por maioria absoluta para a publicação do relatório de mérito¹⁶.

A Comissão publicou o relatório de admissibilidade e mérito do caso em comento, em abril de 2001, indicando as providências que o Estado brasileiro deveria tomar para efetivar o tratado dentro do país e combater a violência contra a mulher. E então, em março de 2002, houve uma nova audiência sobre o caso na Organização dos Estados Americanos quando o Brasil se comprometeu a cumprir as recomendações da Comissão. Finalmente em setembro de 2002, Marco Antonio Heredia Viveros foi preso, no Rio Grande do Norte.

3. Mecanismos utilizados pela Comissão para efetivar as suas decisões

Apesar dos Direitos Humanos serem considerados obrigações *erga omnes* e serem reconhecidos por certos autores como *jus cogens*¹⁷, ainda há muitas violações. Alguns países sustentavam a idéia que podiam assinar um tratado, não cumprir com o estabelecido, mas sustentar internamente e externamente que as cumprem. Esses mecanismos foram criados para que não haja mais os descumprimentos e os Estados sejam responsabilizados pelas suas tolerâncias, como o que aconteceu com o Brasil no caso em questão.

¹⁶ Art. 51 Se, no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

¹⁷ É “uma norma aceita e reconhecida pela Comunidade de Estados Internacionais em sua totalidade, como uma norma da qual não é permitida nenhuma derrogação e que só poderá ser modificada por uma subseqüente norma de lei internacional que tem o mesmo caráter legal”, Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados.

Para combater o descumprimento de obrigações internacionais foram criados mecanismos jurisdicionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde juízes neutros e imparciais julgam os casos. Além de mecanismos feitos pela própria Comissão IDH em casos mais amenos, ela atribui sanções morais (*soft Law*) aos Estados que descumprirem o estabelecido.

A Comissão Interamericana utiliza-se de uma abordagem construtivista. Percebe-se que ela possui identidade, com seu próprio modo de regular os comportamentos e objetivo próprio. Se há mudança de valor, ocorre um grande impacto. Seus atores –os Estados-membros– são de extrema importância, pois são eles que executarão o que a Comissão propõe.

Ela reage de acordo com seus ideais e valores. No caso são os Direitos Humanos aos quais ela protege internacionalmente. Não é somente um nacional de determinado Estado que merece respeito, mas a pessoa humana. Por isso, a Comissão serve como um complemento do que é estabelecido no Estado.

Ela utiliza mecanismos “soft”, ou seja, suas medidas não são vinculativas. Esses mecanismos têm conteúdo apenas político, uma sanção moral que pode afetar a confiabilidade daquele país, por isso o leva a cumprir a determinação. Os Estados se comprometem a cooperar e a respeitar os acordos realizados, sem submeterem-se a obrigações jurídicas. Apesar de essas normas não terem um caráter obrigatório e carecerem de elementos para garantir a sua execução, elas têm um alto grau de aceitabilidade e desempenham papel significativo na evolução do direito internacional¹⁸.

Entretanto, a *soft Law* pode evoluir para uma *hard Law*. O Brasil, por exemplo, teve de pagar à Maria da Penha uma indenização de 60 mil reais por não ter cumprido os seus deveres de proteção aos Direitos Fundamentais. O cumprimento da sentença deriva do valor político dado pelo país às decisões Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerando suas normas e suas decisões como obrigatórias.

¹⁸ Varella, Marcelo Dias, “A crescente complexidade do sistema jurídico internacional”, in: *Revista de Informação Legislativa*, a. 42 No. 167. Brasília, Brasil, 2005, p. 153.

Além disso, a Comissão tem diversas maneiras de controlar as ações de cada Estado e ter um balanço do que ele está fazendo para preservar os Direitos Humanos. Os principais mecanismos de controle dos acordos internacionais, funcionando em cooperação, são a criação de controle dos relatórios, das inspeções, das instituições, assim como o controle público, garantido pelas Organizações não governamentais¹⁹.

O artigo 41 da Convenção estabelece o funcionamento da Comissão IDH. Sua principal função é promover os Direitos Humanos. Para isso, ela pode utilizar instrumentos, que são exigências aos Estados-membros para o controle do que foi estabelecido. Na alínea “d” deste artigo, vê-se que a Comissão pode solicitar que os Estados façam relatórios periódicos sobre como está procedendo dentro de seu território. Estas informações são necessárias para que ela controle se cada Estado está incorporando devidamente o que foi estabelecido pela Convenção, bem como para que elabore suas recomendações baseada nesses relatórios.

Essas recomendações estão previstas na alínea “b”, um modo que a Comissão encontrou de fazer o Estado alterar a sua legislação em observação ao que foi acordado e uma promoção dos direitos humanos nas leis internas e nos preceitos constitucionais. Além disso, o artigo 43²⁰ dispõe que os Estados são obrigados a prestar essas informações precisamente relacionadas ao que ele está elaborando nacionalmente para efetivar as normas que a Convenção dispõe.

Art. 41 - A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: [...]

b) formular recomendações aos governos dos Estados-Membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; [...]

¹⁹ Ibidem, p. 146.

²⁰ Art 43: Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

d) solicitar aos governos dos Estados-Membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos...

Buscando a efetiva promoção do estabelecido na Convenção, no artigo 28²¹, encontra-se a Cláusula Federal, que dispõe como proceder no caso do Estado ser um ente federativo, como no caso do Brasil. Com isso, temos que o governo nacional –no Brasil, a União que tem esse papel– deve tomar todas as medidas necessárias para aplicar a Convenção em matérias de sua competência e ainda intervir politicamente nos entes federados para que estes entrem em conformidade.

Outro modo de interferência da Convenção no Estado é através do exame de petições advindas de outros Estados, referentes à violação de Direitos Humanos. Entretanto, o Estado tem que assinar um termo de ratificação consciente de que a Comissão poderá fazer esse exame. Serão essas petições que conterão denúncias de violações. Além disso, é estabelecido um rol de opções de como aquele órgão poderá proceder, inclusive através de investigação *in loco*, publicação de relatórios, envio do caso para o exame da Corte IDH.

A Comissão possui a faculdade de, dependendo do caso, enviá-lo à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não é uma decisão discricionária; visa à observância dos direitos tutelados pela Convenção.

A Corte IDH é um órgão jurisdicional autônomo, com função consultiva além de função jurisdicional. Na função consultiva, os Estados poderão consultar sobre a interpretação da Convenção e outros

²¹ **Art. 28: 1.** Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

tratados americanos sobre a proteção de Direitos Humanos. Além disso, o Estado poderá pedir pareceres referentes à compatibilidade da suas leis com o disposto na convenção²².

Na função jurisdicional, somente o Estado e a Comissão poderão levar um caso para ser julgado pela Corte. Quando a Corte observar que houve algum dispositivo da Convenção violado, determinará que se tomem as medidas necessárias para que o prejudicado não sofra mais tais violações, que sejam reparadas as conseqüências e que o Estado pague uma indenização à parte lesada. Se for um caso de extrema urgência, ela adotará as medidas provisórias a pedido da partes ou de ofício e, se o caso ainda não tiver sobre sua competência, agirá mediante requerimento da Comissão.

A sentença dada pela Corte é inapelável e o Estado é obrigado a cumpri-la em todo caso em que for parte. O Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte em 1998.

4. Responsabilidade internacional do Estado por violação dos Direitos Humanos e instâncias internacionais superiores

A jurisprudência internacional determinou que a responsabilidade do Estado é um princípio geral do Direito Internacional, pois protege-se os direitos humanos e tal responsabilização é essencial para reafirmar a juridicidade das normas internacionais dos direitos da pessoa humana. O não cumprimento dessa norma é uma negação a uma norma internacional.

São justamente os mecanismos de responsabilização do Estado que conferem uma carga de ineditismo e relevância aos diplomas normativos internacionais de direitos humanos²³. Demonstra o desenvolvimento histórico da proteção desses direitos e compreende-se que essa proteção não se esgota somente com a competência nacional.

²² Artigo 64 da Convenção.

²³ Ramos, André de Carvalho, *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Renovar, Rio de Janeiro, Brasil, 2004, p. 20.

Os atos que acarretam a responsabilização do Estado podem vir do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

No caso do Poder Executivo, responsabiliza-se o Poder Público pelo ato omissivo ou comissivo, tanto no momento em que um agente não se manifesta para proteger o direito tutelado ou nos atos de particulares, quando o Estado não cumpre o dever de prevenção ou de punição. O Estado não é responsabilizado pelo ato em si do particular, mas por não ter tomado a devida providência anteriormente.

No caso em tela, os delitos incluídos no conceito de violência contra a mulher constituem uma violação dos direitos humanos. Quando são cometidos por agentes do Estado, o uso da violência contra a integridade física ou mental de uma mulher é responsabilidade direta do Estado. Ademais, o Estado tem a obrigação, de acordo com o artigo 1 da Convenção Americana e o artigo 7,b da Convenção de Belém do Pará, de atuar com a devida diligência a fim de prevenir as violações dos direitos humanos. Isso significa que, embora a conduta não seja originalmente imputável ao Estado (por exemplo, porque o agressor é anônimo ou não é um agente do Estado), um ato de violação pode acarretar responsabilidade estatal “não pelo ato em si, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou a ela responder conforme requer a Convenção”²⁴.

No Poder Legislativo, ele é responsabilizado no caso de editar leis que confrontam as normas internacionais. Forma-se então o controle de convencionalidade – igualdade de idéias entre a norma nacional e a internacional. Ele é responsável por ter editado uma norma contra, ou por ter deixado outra, já existente, ser aplicada em discordância com os Direitos Humanos.

Entretanto, somente a edição de lei não é o suficiente. O legislador tem que garantir que ela seja aplicada na prática e que seja efetiva a proteção desses direitos. No caso Maria da Penha, a lei 11.340/06 trouxe inovações processuais que causaram a celeridade do processo, propiciando que as vítimas não corram mais determinados riscos.

²⁴ CIDH, Relatório No. 54/01, Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes, Brasil.

Dentre essas inovações tem-se a criação dos juizados especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher com competência penal e cível para que a vítima não tenha que depois de resolvido o dano criminal, ainda ter que passar pelo transtorno de entrar com outra ação cível para perdas e danos ou até mesmo separação. A mulher tem um atendimento especial feito pela autoridade policial; pode haver a prisão em flagrante ou prisão preventiva; e é obrigatória a presença de um advogado. A pena para esse tipo foi aumentada para três meses a três anos e o juiz ainda designará o réu para programas de recuperação e reeducação.

No âmbito da responsabilização pelo Poder Judiciário, vê-se que a sua decisão pode ser tardia ou inexistente, o que compreende a demora para o julgamento do processo causada por diversos motivos, denominada pela doutrina de “denegação de justiça”²⁵ que abrange tanto a falta de acesso ao judiciário quanto às deficiências deste. A preocupação com o processo prestado em tempo hábil surgiu com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em consoante com esse Tratado, a Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe, em seu artigo 8, que: “Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável”. Além disso, a Constituição Federal Brasileira no seu artigo 5º diz que “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Percebe-se, então, que o Brasil internalizou essa norma, devendo possuir um sistema jurídico eficiente, com acessibilidade a todos e resultados justos.

Com isso, temos que denegação de justiça é a falta de acesso à prestação jurisdicional, sua omissão ou recusa ao processo. O caso analisado mostra que o Brasil não proporcionou o devido processo legal à Maria da Penha, seu recurso não foi um “instrumento jurídico adequado à defesa de um direito”²⁶. Além disso, os remédios judiciais, os quais fornecem a devida proteção dos Direitos Fundamentais

25 Outros exemplos de casos de denegação de justiça na Corte IDH: Caso Velásquez Rodríguez, Caso Godínez Cruz, caso Genie Lacayo.

26 Gomes, Luiz Flávio, “As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório”, in: Piovesan, Flávia, *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. RT, São Paulo, Brasil, 2000, p. 182.

contemplados na Carta Magna, não foram observados. Exemplos dessa denegação são: a aceitação de recursos extemporâneos, falta de celeridade processual, inobservância de provas que poderiam levar a uma decisão justa e rápida.

Outro caso de responsabilização por ato judicial é a sentença que vai contra o direito internacionalmente protegido. Todavia, o Estado violador exime-se dessa responsabilidade alegando a coisa julgada, ou seja, o caráter imutável dessa sentença que não pode ser modificada devido o princípio da segurança judicial.

Entretanto, em casos como esse, que está em jogo garantias fundamentais da pessoa humana, um Estado que não aplica em suas decisões judiciais tais conceitos sofrerá coações diretas e será obrigado a promover medidas para não prejudicar ninguém. Todavia, quando um Organismo Internacional recebe a denúncia de violação e reexamina o caso já julgado, ele não está agindo como um tribunal de apelação ou cassação, visto que as partes e o conteúdo da ação são distintos da ação interna; discute-se somente se o Estado julgou conforme a proteção dos Direitos Humanos ou não.

As instâncias internacionais não reformam a decisão interna, mas condenam o Estado infrator a reparar o dano causado. No processo Maria da Penha, a responsabilidade do Poder Judiciário deu-se no plano da falta de celeridade processual, proteção judicial e direito à justiça. O artigo 25 da Convenção²⁷ estabelece essa proteção, que na sua falta pode dar ensejo a danos irreparáveis às vítimas.

Maria da Penha ficou mais de 17 anos esperando uma resposta judicial e sem reparação dos danos sofridos. De acordo com relatório da Comissão, o prazo razoável a que se refere o artigo 8 não foi cumprido, ou seja, o Poder Judiciário não cumpriu com o princípio de segurança judicial, que deu causa a uma violação dos Direitos fundamentais.

²⁷ Art. 25: Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Diante de todas essas violações, o Estado tem que reparar a vítima. Por reparação entende-se toda e qualquer conduta do Estado infrator para eliminar as consequências do fato internacionalmente ilícito, o que compreende uma série de atos, inclusive as garantias de não repetição.

Para isso é necessário que o Estado cumpra as recomendações feitas pela Comissão. Ele tem ainda que eliminar todos os efeitos da violação, reparar os danos e voltar a um *status quo ante*, ou seja, retorno à situação internacional anterior à violação. Como se trata de direitos relacionados à dignidade humana não tem como restituir pecuniariamente, por ser um dano moral.

O Estado pode reparar também os danos emergentes e os lucros cessantes, o que a pessoa teria de ganho pecuniário se não tivesse ocorrido a tolerância e o prejuízo imediato e mensurável, pois foi interrompido o previsível desenvolvimento do indivíduo. Somado a isso, o Estado pode reparar através do dinheiro se não tiver como retornar ao *status quo ante*. O que aconteceu com Maria da Penha – o Estado brasileiro pagou a ela uma indenização de 60 mil reais pela sua violação.

5. Mudanças legislativas e políticas públicas implantadas no Brasil referentes à proteção da mulher

A idéia de soberania estatal absoluta, que levou à irresponsabilidade e à pretensa onipotência do Estado, vê-se, hoje, totalmente descabida. O Estado é responsável pelos seus atos de gestão e império, assim como por todas as suas omissões. Em caso de violação aos direitos humanos, justifica-se plenamente o acesso direto do indivíduo à jurisdição internacional, contra o próprio Estado, para a busca de seus direitos.

O Estado Brasileiro, no que tange à proteção do direito da mulher, nos casos de violência doméstica, se compromete, desde 1988 com a promulgação da Constituição Federal, à total proteção da família. Esta há muito tempo já abandonou o modelo hierarquizado da família romana, em que o homem era o “chefe” da casa, e seus poderes se

estendiam sob a mulher e os filhos. Hoje, firmou-se no direito um modelo de atuação participativa e solidária dos membros da família. A mulher está tomando lugar e se inserindo cada vez mais no mercado econômico, podendo assim, não ser mais submissa ao seu marido. A Constituição Federal no artigo 226, §8º, diz que:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Apesar disso, o Brasil ainda não promoveu medidas públicas suficientes para a resolução desse problema. Alguns fatores contribuem para o aumento da impunidade. Por exemplo, por ocorrer no seio familiar, trata-se de um tipo de violência difícil de ser diagnosticado, por isso não existem estatísticas oficiais precisas para demonstrar as causas do problema. Além disso, o sistema brasileiro ainda se preocupa com o réu em detrimento da vítima²⁸.

Entretanto, antes disso, o Brasil já tinha tomado algumas medidas nesse sentido. Entre os anos 70 e 80, com o apoio de instituições feministas houve a criação, especialmente no estado de São Paulo, de Delegacias da Mulher, feitas para receber queixas específicas de violência de gênero. Essa idéia surgiu depois da criação de Centros de acolhida para mulheres maltratadas na Holanda em 1974. Contudo, depois da criação desses tipos de delegacia, percebeu-se como era grande a demanda de proteção das vítimas de crimes desse tipo, o que conduziu a uma “publicização-penalização”²⁹ do privado. Isso significa que problemas antes tidos como privados se converteram, mediante campanhas mobilizadas pelas mulheres, em problemas públicos e alguns deles se converteram e estão se convertendo em problemas penais, ou seja, em crimes.

28 Cavalcanti, Stela Valéria Soares de Faria, “A violência doméstica como violação dos direitos humanos”, in: *Jus Navigandi* (<http://jus.uol.com.br/>), ano 10, n. 901. Brasil, 21 dez. 2005.

29 “Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?”, in: Dora, Denise Dourado (org.), *Feminino Masculino: igualdade e diferença na justiça*. Sulina, Porto Alegre, Brasil, 1997, pp. 105-130.

A primeira Delegacia de Polícia da Mulher foi criada pelo Decreto n. 23.769, de 6 de agosto de 1985. São espaços institucionalizados de atendimento policial, cujo objetivo era reprimir a violência, onde as mulheres podiam, sem sofrer nenhum tipo de discriminação, denunciar seus agressores por atos referentes a lesões corporais, crimes contra a liberdade pessoal e crimes contra os costumes. Seus quadros são compostos apenas por policiais mulheres, apoiadas por uma equipe de assistentes sociais e psicólogas. A atuação interdisciplinar das áreas jurídica, social e psicológica busca a reestruturação moral, psíquica e social da vítima. O acesso à justiça leva ao restabelecimento da ordem social individual e familiar, o que implica no controle da violência e o resgate dos direitos humanos³⁰.

Acontece que, mesmo assim, essas delegacias ainda não se tornaram suficientes para o cumprimento dos direitos fundamentais da mulher, pois as mulheres, ao procurarem esse aparato público, vão para desabafar, contam suas histórias, mas não querem que nada fique registrado. Elas vão para buscar orientação ou até mesmo para assustar seus parceiros. Nesse primeiro momento, as policiais dão todo o apoio e orientam as mulheres para que voltem, caso seja necessário, tranquilizando-as. Entretanto, quando a vítima volta, são repreendidas pela suspensão anterior. Os agentes da polícia consideram que essas mulheres não estão levando a sério o sistema e são coniventes com a situação de violência em que vivem. Vemos com isso, que mesmo com todo o apoio psicológico e social dado pela delegacia da mulher, ainda falta instrução para os agentes públicos dessas delegacias. Eles não sabem lidar com esse tipo de problema e deixam a percepção de que como é um crime cometido no âmbito doméstico, deveria ser resolvido privativamente.

Outra política pública, criada antes da lei Maria da Penha, foi a Casa Abrigo. Até 2002, ela era tida como uma das políticas prioritárias no enfrentamento à violência contra a mulher em alguns municípios. Entretanto, a Secretaria de Políticas Públicas avaliou que a implementação dessa política tem pouca sustentabilidade e baixa

³⁰ Cavalcanti, Stela Valéria Soares de Faria, “A violência doméstica como violação dos direitos humanos”..., p. 24.

efetividade se desarticulada de outros equipamentos. Então, não é uma medida muito difundida, configurando uma rede mínima de atendimento.

A lei 9099/95, que criou e regulamentou os Juizados Especiais, teve o sentido de agilizar a atuação judicial e orientar os procedimentos conciliatórios, reproduzindo as hierarquias e os conflitos próprios da família. Acontece que esses juizados mudaram a dinâmica das Delegacias da Mulher ao se transformarem no lócus para onde são encaminhadas as denúncias de violência doméstica³¹. São essas delegacias que permitem que esse tipo de criminalidade alcance os juizados. Contudo, mesmo que nas delegacias haja a publicização dessa violência, quando o caso chega no juizado, propõe-se a conciliação e o problema se torna novamente privado.

O maior índice de violência doméstica é lesão leve e ameaça. Esses tipos de crime eram encaminhados para os Juizados Especiais, por isso, havia o momento conciliatório, em que a vítima tinha que se encontrar com o seu agressor e muitas vezes o que acontecia é que como pena, ele teria apenas que pagar uma cesta básica para uma entidade carente. Essa transação penal só poderia ocorrer uma única vez no período de cinco anos. No entanto, como esse um tipo de violência tem muita incidência, o agressor conseguia esse benefício várias vezes num período muito curto. Isso levava, cada vez mais, à desistência da representação feita pela vítima, ainda mais considerando a oportunidade do momento conciliatório, em que os próprios agentes induzem a essa desistência. Isso porque o juiz do Juizado Especial Criminal, apesar de ter um poder simbólico maior do que o das delegadas, não foi formado, não está preparado para lidar com o problema específico da violência doméstica, levando à desistência da vítima. Assim, a violência doméstica se tornava cada vez mais um crime invisível.

Questiona-se, então, se o critério adotado pela lei para aplicar a justiça penal consensual é adequado. Entende-se que um conceito

³¹ Debert, Guita Grin e Marcella Beraldo de Oliveira, “Modelos conciliatórios e violência doméstica” in: *Cadernos Pagu* (29). Campinas, São Paulo, Brasil, julho-dezembro de 2007, p. 310.

de direito material, como é o de infração de menor potencial ofensivo, deveria ter atendido a critérios definidos na criminologia e pela vitimologia, a fim de, conforme o objetivo da lei, tutelar os direitos da vítima e viabilizar a justiça consensuada, para que esta seja realmente eficaz. Além disso, é necessário que as Delegacias de Polícia cumpram os prazos estabelecidos e dêem um atendimento certo à vítima, brindando-lhes o encaminhamento devido. No caso dos Juízes e promotores de justiça, é necessário que cumpram também o estabelecido em lei e não apliquem a transação penal. Se não houver essas mudanças, o resultado será que o próprio Poder Judicial irá jogar na vala comum o conflito doméstico, cuja potencialidade lesiva é alta, por ocorrer no âmbito privado, e por ser um crime que só tende a aumentar de intensidade. Com isso, a vítima cada vez mais exposta a risco de vida.

O processo de universalização dos direitos humanos propiciou a formação de um sistema normativo internacional de proteção. Fundado no valor da primazia da pessoa humana, esse sistema interage com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e proteção de direitos humanos³². Na denúncia formulada por Maria da Penha à Comissão, ela sustentou que seu caso não era único, e com razão, pois a maioria das condutas não chega a converter-se em processos criminais. Recordam os termos da própria Comissão quando defendeu em seu relatório sobre o Brasil o seguinte:

Os delitos incluídos no conceito de violência contra a mulher constituem uma violação dos direitos humanos, de acordo com a Convenção Americana e os termos mais específicos da Convenção de Belém do Pará. Quando os delitos são perpetrados por agentes do Estado, o uso da violência contra a integridade física e/ou mental de uma mulher ou de um homem é responsabilidade direta do Estado. Ademais, o Estado tem a obrigação, de acordo com o artigo 1(1) da Convenção Americana e o artigo 7b da Convenção de Belém do Pará, de atuar com a devida diligência a fim de prevenir as violações dos direitos humanos. Isso significa que, embora a conduta não seja originalmente imputável ao Estado (por exemplo, porque o agressor é anônimo ou não é um agente do Estado), um ato de violação pode

32 Cavalcanti, Stela Valéria Soares de Faria, “A violência doméstica como violação dos direitos humanos”..., p. 5.

acarretar responsabilidade estatal “não pelo ato em si, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou a ela responder conforme requer a Convenção³³.

O Artigo 7 da Convenção de Belém do Pará dita essa obrigação estatal de proteção da mulher, entretanto, o Estado Brasileiro admitia essas violações, como por exemplo, na alínea “a” está exposto que os Estados pactuantes devem velar para que suas autoridades e os agentes estatais cumpram o que está estabelecido no Tratado, isto porque eles são a exteriorização do Estado, é por meio deles que a administração pública coloca seus atos em prática. Mas, mesmo assim, como foi visto anteriormente, autoridades policiais coagem as mulheres na representação, ou até mesmo na conciliação, para que esses problemas de violência fossem resolvidos privativamente. Outro exemplo é o que está exposto na alínea “d”, na qual o Estado se obrigou a adotar medidas jurídicas para que o agressor se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher de qualquer forma. Ora, a respeito das medidas antes aplicadas, como pagamento de cestas básicas para instituições carentes, vimos que por mais que estivesse estabelecido que só poderiam ser aplicadas uma vez, não era isso que acontecia. Da situação anterior decorriam casos como o de outra “Maria da Penha” – M.P.M.N³⁴, que levou o seu processo e em três ocasiões distintas registrou na delegacia de polícia de Aracruz, Espírito Santo, agressões praticadas por seu companheiro: i) uma no dia 03/10/2000, a qual, antes de ser marcada a audiência preliminar, já tinha alcançado a prescrição; ii) outra no dia 07/07/2001, que consistiu uma lesão corporal leve, com relação à qual houve renúncia da vítima manifestada em juízo; e iii) o terceiro fato de ameaça, o qual não alcançou uma decisão, pois a vítima acabou sendo assassinada pelo seu companheiro. Este caso só nos leva a observar a ineficiência do sistema da Lei 9.099/95, e como o Estado não tinha medidas necessárias para assegurar total proteção às vítimas desse tipo de violência. Uma pesquisa feita pela ONU, com o título Estudo a fundo sobre todas as formas de violência familiar,

³³ CIDH, Relatório No. 54/01, Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes, Brasil.

³⁴ Souza, Sérgio Ricardo de, *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. Editora Juruá, Curitiba, Brasil, 2007, p. 31.

conclui que “não se poderá erradicar a violência contra a mulher se nos mais altos níveis não existirem a vontade política e o compromisso necessário para que essa tarefa tenha caráter prioritário nos níveis local, nacional, regional e internacional.”

Diante todas essas observações, a Comissão concluiu que:

Dado que essa violação contra Maria da Penha é parte de um padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado para processar e condenar os agressores, a Comissão considera que não só é violada a obrigação de processar e condenar, como também a de prevenir essas práticas degradantes. Essa falta de efetividade judicial geral e discriminatória cria o ambiente propício à violência doméstica, não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado como representante da sociedade, para punir esses atos³⁵.

A Comissão também considera que o Estado Brasileiro já tinha tomado algumas providências para prevenir essa violência. Entretanto, estas não foram efetivas, ou seja, “não conseguiram reduzir consideravelmente o padrão de tolerância estatal, particularmente em virtude da falta de efetividade da ação policial e judicial no Brasil, com respeito à violência contra a mulher”³⁶. Tendo em vista todas essas conclusões, a Comissão estabeleceu algumas recomendações para que a dignidade da mulher seja preservada no Estado Brasileiro. Para isso, o Presidente Lula sancionou uma lei em 07 de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha –11.340. Em seu preâmbulo, essa norma diz que se destina a criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, baseando-se no parágrafo 8 do art. 226 da Constituição Federal e nas Convenções referentes à proteção feminina, as quais o Brasil já havia ratificado ou aderido anteriormente. Além disso, a lei cria Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher e altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

Graças a essa lei, muitas das irregularidades que antes aconteciam foram saciadas, como expresso no art. 41, que dispõe que aos crimes cometidos com violência doméstica, independente da pena prevista,

³⁵ CIDH, Relatório No. 54/01, Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes, Brasil.

³⁶ *Ibidem*.

não se aplica mais a Lei 9099/95, dos Juizados Criminais, que antes banalizava a violência doméstica, que tinha como pena, serviços à comunidade, por exemplo, pagamento de cestas básicas a entidades filantrópicas. Agora não poderá mais ter a transação penal, nem o conflito será resolvido através da conciliação.

Antes disso, em 2002, outra lei já tinha tomado algumas providências para coibir a violência doméstica. A lei 10455 acrescentou o parágrafo único ao art. 69 da lei 9099, determinando uma medida cautelar, de natureza penal, que proibia o cônjuge agressor de aproximar-se da vítima na hipótese de violência doméstica. E em 2004, a lei 10886 adicionou no art. 129 do Código Penal o subtipo de lesão corporal leve, praticada no âmbito doméstico, determinando a pena privativa de liberdade de três a seis meses. Porém essas alterações ainda não foram suficientes, tirando da competência dos juizados criminais esse tipo de crime. É importante salientar que essa determinação do art. 41 não se aplica aos crimes culposos nem às contravenções penais.

Outro problema saciado pela lei foi abordado pelo art. 16, o qual deixou uma dúvida ao intérprete ao dispor que:

Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

O legislador visou proteger a mulher de ser pressionada pelo seu agressor e, então, determinou que se ela desejar se retratar somente poderá exercer esse direito em audiência especialmente designada para este fim, o que dificultaria esse processo e permitiria que não houvesse coação. Acontece que interpretações errôneas desse enunciado levariam ao intérprete pensar que, mesmo em caso de prisão em flagrante, por exemplo, em que a vítima já se manifestasse desde logo que não deseja representar, a máquina estatal seria movimentada. Em consequência, o agressor seria preso e somente depois a vítima pediria uma audiência especial para falar diretamente ao juiz que não deseja representar. Assim, o agressor teria sido preso sem necessidade e o Estado então teria se mobilizado sem justa causa.

A renúncia é um instituto que cabe somente às ações privadas. Quando alguém manifesta o desejo de não representar contra algum suspeito, não se opera a “renúncia”. Simplesmente, a vítima deixou de exercitar seu direito de representação naquele momento, podendo exercê-lo a qualquer tempo dentro do prazo decadencial³⁷. A única exceção se dá na situação prevista no parágrafo único do art. 74 da lei dos Juizados Especiais, que dispõe que: “Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”. Nesse caso, há essa possibilidade de renúncia da representação, mas o art. 16 não apresenta tal intenção. Mesmo se o intérprete entender a renúncia como uma retratação, os problemas desse enunciado não se saciarão, pois a vítima, para operar essa retratação, deve fazê-la entre o oferecimento e o recebimento da denúncia. Porém, nesse caso, a peça acusatória já foi ofertada, inviabilizando a retratação de acordo com o artigo 25 do CPP, que só a permite a renúncia até o oferecimento da denúncia³⁸. Então, ao interpretar esse artigo, deveremos perceber que o legislador, adiantou o período de recebimento da retratação para até o recebimento da denúncia. O legislador teria criado uma nova formalidade processual antes do recebimento da denúncia, qual seja, a oitiva da vítima para que se manifeste quanto a eventual retratação da representação anteriormente ofertada. Então, essa audiência somente é designada a requerimento da vítima, para confirmar sua retratação e anteriormente operada no curso do Inquérito Policial. Apesar dessas discordâncias em relação à interpretação desse artigo, constata-se que ele somente visa proteger a mulher de qualquer repressão que possa ser impetrada contra ela, por parte do agressor, seja ele um particular ou até mesmo um agente estatal. O anterior mostra o cumprimento por parte do Estado brasileiro de mais um requisito recomendado pela Comissão.

³⁷ Cabette, Eduardo Luiz Santos, “Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher”, in: *Jus Navigandi* (<http://jus.uol.com.br/>), ano 10, n. 1146, 21 ago. 2006, p. 3.

³⁸ *Ibidem*, p. 5.

Outro mecanismo inovado pela Lei para melhor proteção da mulher foi o dado pelo art. 20³⁹ e se trata da prisão preventiva do agressor, uma medida cautelar. Entretanto, deve levar em consideração princípios dispostos na Constituição como presunção de inocência até que se prove o contrário e a liberdade da pessoa humana. Fundada em outros princípios, como da segurança social e do devido processo legal, pode ser decretada a prisão preventiva, observando-se os requisitos *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Estes significam a existência de elementos de prova que demonstrem, de forma segura, os indícios suficientes que apontem para o agente passivo da prisão ser o autor do crime e, ademais, que se houver demora e esse agente permanecer em liberdade, haverá um risco à paz social, à ordem econômica, ao certo desenvolvimento da ação penal e à efetividade do processo⁴⁰.

Essa alteração acrescentou o inciso IV no art. 313 do Código de Processo Penal⁴¹. Portanto, desde a entrada em vigência desta lei, mesmo diante daqueles crimes punidos com detenção, como a ameaça e a lesão corporal, se forem preenchidos os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, esta poderá ser decretada. Frise-se, todavia, que essa decretação está vinculada à demonstração da necessidade da medida de exceção, ou seja, deve-se comprovar que o agressor está descumprindo as medidas protetivas que visam garantir a integridade da vítima ou das testemunhas (ordem pública) e demonstrar que outras medidas constritivas são insuficientes (art. 312 e 313 do CPP).

³⁹ Art. 20: Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único: O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

⁴⁰ Art. 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

⁴¹ Art. 313 do Código de Processo Penal: Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos: IV: se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Essas medidas protetivas referem-se ao art. 22 da Lei 11.340, situado na Seção II – Das Medidas Protetivas de Urgência que obrigam o agressor. São medidas cautelares que objetivam garantir a integridade física, psíquica e patrimonial. Entre essas medidas, estão a de suspensão da posse ou restrição do porte de armas; o afastamento do lar, do domicílio ou de qualquer outro lugar de convivência com a ofendida; e a proibição de se aproximar da ofendida ou de testemunhas. Porém, essas medidas não impedem que o juiz fixe outras contidas na legislação e que também requisite força policial a qualquer momento.

Essas vedações de condutas, como a do agressor se aproximar da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, estabelecendo-se um limite pelo juiz, tratam-se de medidas de tradicional aplicação em outros sistemas jurídicos (protection order) e que podem ter uma considerável eficácia⁴². No entanto, dependem da criação de uma estrutura, para que a ação policial, caso haja descumprimento, seja totalmente eficaz. Do mesmo modo, faz-se necessário implantar uma tecnologia capaz de monitorar essas pessoas, como uso de chips. Esse recurso tecnológico não é disponível no Brasil, o que o torna mais uma vez ineficiente, ou seja, mesmo disposto na Lei, não será capaz de surtir o efeito desejado que é a proteção da mulher, vítima da violência, pois por mais que o juiz tenha determinado que o agressor deverá ficar longe da vítima, ele não terá como controlá-lo, colocando-a em risco novamente. A segunda vedação imposta na alínea b do artigo é a proibição de o agressor manter contato, por qualquer meio de comunicação, com a vítima, seus familiares ou com as testemunhas, com a intenção de causar constrangimentos. Esse tipo de conduta, aliás, já é considerado um crime pelo Código Penal, que estabelece em seu artigo 327: “usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral”. Essas medidas, portanto, demonstram a boa vontade do legislador de proteger a vítima, mas são ineficientes no nosso sistema penal, pois

⁴² Souza, Sérgio Ricardo de, *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher...*

carecem de tecnologias ainda não disponíveis em todos os casos. Mesmo assim, ainda são válidas e servem como mais um modo de coação.

Entretanto, se essas medidas não forem suficientes o juiz ainda poderá, de acordo com o art. 23 da Lei, encaminhar a ofendida e seus dependentes ao programa de proteção de atendimento; afastar o agressor primeiramente e, depois, reconduzir a vítima de volta ao seu lar ou determinar a separação de corpos.

Como suporte a essas medidas, o legislador estabeleceu no art. 8 as “medidas integradas de prevenção”, estabelecendo políticas públicas como: integração operacional do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação; promoção de estudos e pesquisas relacionadas às consequências e às frequências da violência doméstica; o respeito nos meios de comunicação de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exarcebem a violência doméstica; promoção de campanhas informativas de prevenção, voltadas ao público escolar e a sociedade em geral; capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, Guarda Municipal, Corpo de Bombeiros; a promoção de programas educacionais de valores éticos de irrestrito respeito à dignidade humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia; e o ensino de conteúdos relativos aos direitos humanos e equidade de gênero em todos os currículos escolares. Esse dispositivo mostra a observância do legislador em políticas através de um conjunto articulado de ações, e não apenas sob os auspícios de um único órgão estatal, mas de toda a Administração Pública, para assegurar a continuidade e para que sejam mais abrangentes, tendo assim efetividade.

Por fim, uma das novidades trazidas pela Lei, no Título V –Da Equipe de Atendimento Multidisciplinar– vem disposta no art. 29: “Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde”. Essa equipe tem como incumbência a humanização do ambiente judiciário, de forma a

propiciar um atendimento voltado à preservação da dignidade das pessoas envolvidas na violência doméstica. Além desse atendimento, essa equipe também fornecerá subsídios para o juiz quando requisitada e desenvolverá trabalho de orientação, encaminhamento e prevenção, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares⁴³. Entretanto, é mais um dispositivo que requer a atenção do Estado, pois exige uma mobilização e até mesmo uma previsão orçamentária para a criação e manutenção dessa equipe⁴⁴. Esses Juizados poderão ser acompanhados de curadorias desenvolvidas pelo MP e serviços de assistência judiciária. Um desses serviços designados pela Lei é de implantação de centros de educação e de reabilitação para os agressores, providência necessária para que não haja reincidência e mostra a preocupação do Estado na recuperação total da pessoa e não só em uma ação punitiva.

Com isso, temos que o Brasil, através da edição dessa Lei, internalizou dispositivos recomendados pela Comissão Interamericana e está caminhando para uma efetiva promoção de Direitos concernentes à proteção feminina e de todo o instituto familiar. Entretanto, não deveria ser necessário mais uma luta e muitas outras mulheres serem violentadas para que o Estado promova essas ações. Pesquisas apontam que 68% da população brasileira conhece a lei, dos quais 83% reconhecem sua eficácia no enfrentamento à violência doméstica. O Ministério da Justiça por meio do PRONASCI (programa nacional de segurança pública com cidadania) instituiu a efetivação da Lei Maria da Penha e está promovendo o apoio financeiro dos Tribunais de Justiça dos Estados para a criação de mais Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: até março de 2008 havia 18 Juizados, depois da intervenção do Ministério da Justiça, no final de 2008 já havia 35 juizados⁴⁵.

⁴³ Art. 30 da Lei 11.340/06.

⁴⁴ *Ibidem*, art. 32.

⁴⁵ Efetivação da Lei Maria da Penha, Rogério Favreto, Folha de São Paulo 17/08/08.

Conclusão

A Comissão Interamericana foi um fator crucial para o processo de democratização da América Latina. Ela estabeleceu conceitos e, de forma suplementar e subsidiária, protege os Direitos Humanos tendo no Estado seu principal instrumento. No caso da dignidade da mulher, a Comissão teve papel fundamental, consolidou esse direito em um tratado de total relevância. Dentro do Brasil, já era um conceito idealizado, por isso se tornou mais fácil ser aplicado. A luta pelo direito das mulheres teve seu auge na ação de Maria da Penha. Sua luta demonstrou à sociedade internacional que o Brasil estava sendo omissos na observância de direitos fundamentais da pessoa humana.

Por ser a Corte um órgão jurisdicional, somente um Estado ou a Comissão podem levar um caso para ser julgado. A Comissão ao observar que o caso é de extrema relevância, o encaminha para a Corte, mas em outros casos ela resolve através de seus próprios mecanismos. No caso da Maria da Penha, não foi levado à Corte, pois na época que ocorreram os fatos, o Brasil ainda não tinha reconhecido a competência dela para julgar esses fatos. Está estabelecido na Convenção como será este processo, no qual após o recebimento da petição enviada por um particular ou por uma Organização não governamental, irá observar os requisitos fundamentais para aceitação do caso, a Comissão comunicará ao Estado sobre a situação, poderá proceder investigações *in loco*, exigir relatórios e até aplicar sanções morais que irão coagir o Estado, fazendo-o cumprir o estabelecido no Tratado.

O Estado possui uma responsabilidade frente ao que se propõe a cumprir ao ratificar ou aderir a um tratado. Essa responsabilidade internacional é um princípio geral do Direito Internacional e tem que ser observada. Pode advir do âmbito Executivo (o poder público não protegeu o particular), Legislativo (elaborar normas em confronto com o acordado no tratado ou deixar de implementar as políticas públicas estabelecidas no tratado) e Judiciário (denegação de justiça, demora no julgamento ou sentença injusta que vai contra o direito protegido no tratado). No caso da Corte reexaminar uma decisão judicial estatal expedida contra um particular que vai contra a um direito tutelado,

ela não estará julgando novamente em nome do Estado, mas será um processo diferente, com objetivos distintos, que responsabilizará o Estado por omissão ou comissão. Com isso, nota-se que uma ação internacional, feita através de diversos tipos de pressões e mecanismos, transformou uma prática governamental e ocasionou reformas internas. O sistema interamericano justifica-se por proteger os direitos humanos quando as instituições nacionais são falhas, firmando, dessa forma o poder das Organizações internacionais frente aos Estados.

O Estado Brasileiro se compromete a proteger a mulher desde a Constituição de 1988, quando se empenha em proteger a família e todos os seus membros, mas as políticas públicas implantadas antes da Lei Maria da Penha não eram eficazes. Através de lutas feministas, nos anos 70 e 80, foram criadas as Delegacias da Mulher, nas quais as mulheres tinham um tratamento especial, mas mesmo assim, como é um tipo de violência difícil de ser tratado, por ser uma violência privada, dentro do âmbito doméstico, as policiais ainda não tinham a devida instrução para tratar sobre o assunto.

Depois com a Lei 9099/95, a justiça consensual acabou por prejudicar ainda mais, pois a vítima era coagida pelo seu agressor, e muitas vezes, ele saía impune, pois teria que pagar apenas uma cesta básica para uma entidade carente, além de outras medidas.

Então, com a denúncia feita por Maria da Penha à Comissão foram estabelecidas algumas recomendações ao Estado Brasileiro. Para cumpri-las, o Presidente Lula sancionou a Lei 11.340/06, mostrando que muitas das políticas públicas implantadas no Estado Brasileiro vieram de um processo internacional, ou seja, foi necessário que um órgão internacional determinasse certas medidas para que o Brasil protegesse a dignidade da mulher. Entretanto, sabe-se que o Brasil já caminhava para essa proteção, mas suas medidas ainda não eram efetivas.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General (2007-2010)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Antônio A. Cançado Trindade
Gisèle Côté-Harper
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
María Elena Martínez
Juan E. Méndez
Sandra Morelli Rico
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco Gómez
Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh
Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Luz Patricia Mejía
Víctor E. Abramovich
Felipe González
Paolo G. Carozza
Florentín Meléndez
Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cecilia Medina Quiroga
Diego García Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Sergio García Ramírez
Leonardo Franco
Margarette May Macaulay
Rhady Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos