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

55

Enero-Junio 2012

DANIDA

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

© 2012 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 Segura Hermanos.

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, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US $40,00. El precio del número suelto es de US$ 25,00. 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: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación 7
Roberto Cuéllar M.

Doctrina

Los espacios invisibles en América Latina:
análisis del hacinamiento penitenciario en Costa Rica,
para la inversión estructural de la pirámide kelsiana
como modelo de tutela efectiva de los derechos humanos 13
Norberto E. Garay Boza

In Search of the Standards of Proof Applied by the
Inter-American Court of Human Rights 57
Álvaro Paúl

Human Rights as an Essential Element of Contemporary
International Community 103
Renato Zerbini Ribeiro Leão

Temas en Derechos Humanos

El Banco Mundial entre el apoyo a grandes inversiones
y la protección de los derechos humanos: estudio
sobre el *Ombudsman* y Asesor en Materia de Observancia
de la Corporación Financiera Internacional 123
Björn Arp

The Necessity for Establishing a Truth Commission
in Colombia within its Disarmament, Demobilization
and Reintegration Process 165
Paula S. Cuéllar

Efectos de la sentencias de la Corte Interamericana
y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,
con especial referencia a Uruguay y España 207
Nils Helander Capalbo

El derecho a satisfacción de las víctimas de violaciones
de derechos humanos en la jurisprudencia
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
y su ejecución por parte del Estado colombiano..... 233
Gina Kalach

Principales desafíos respecto de la protección internacional
de los refugiados 271
Juan Manuel Medina Amador

Retos y avances de la educación en derechos humanos
en la educación básica: el camino recorrido en Brasil..... 295
Aida Maria Monteiro Silva y Celma Tavares

Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos ... 319
Paola Pelletier Quiñones

El anencefálico como donante de órganos y el bioderecho
constitucional 351
Adriano Sant'Ana Pedra

Recensión

*Contribuciones regionales para una Declaración Universal
del Derecho Humano a la Paz*, Carlos Villán Durán
y Carmelo Faleh Pérez (editores) 369
Juan Manuel de Faramiñán Gilbert

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 55 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2012, que en esta ocasión ofrece artículos de variados temas en la materia. 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 se comprendan los factores históricos y se conozcan los nuevos elementos en el panorama de los derechos humanos de las Américas.

En ese sentido, la Revista IIDH ha recibido en esta ocasión los aportes de once autores y autoras que, desde diferentes ámbitos, se relacionan con el tema de los derechos humanos: algunos desde la academia, otros desde la práctica cotidiana de su quehacer profesional. Rescata así la importancia de dar voz y espacio a los distintos actores que construyen día a día el significado y alcances de los derechos humanos.

La presente edición de la Revista IIDH está dividida en dos secciones: *Doctrina* y *Temas en derechos humanos*. En la primera sección se han incluido tres artículos. El primero, de Norberto E. Garay Boza (Costa Rica), titulado *Los espacios invisibles en América Latina: análisis del hacinamiento penitenciario en Costa Rica para la inversión estructural de la pirámide kelsiana como modelo de tutela efectiva de los derechos humanos*, presenta un interesante y novedoso análisis, dirigido a propiciar una mejor garantía de los derechos humanos mediante la superación de las incompatibilidades de las legislaciones internas con el derecho internacional y constitucional. En el segundo, Álvaro Paúl (Chile), *In search of the Inter-American Court of Human Rights Standards of Proof*, revisa exhaustivamente la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto al aspecto probatorio o normas de la prueba en los casos

ante este tribunal. La sección se cierra con el artículo *Human Rights as an Essential Element of Contemporary International Community*, de Renato Zerbini Ribeiro Leão (Brasil).

La segunda sección contiene nueve artículos, presentados de acuerdo al orden alfabético. Björn Arp (Alemania) analiza la práctica del CAO (Compliance Advisor Ombudsman), de la CIF (Corporación Financiera Internacional, siglas en inglés) y de la MIGA (Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, siglas en inglés), cuando se producen violaciones a la normas internacionales de protección de los derechos humanos en el marco de las grandes inversiones del Banco Mundial (*El Banco Mundial entre el apoyo a grandes inversiones y la protección de los derechos humanos: estudio del Ombudsman y Asesor en materia de observancia de la corporación financiera internacional*). Paula S. Cuéllar (El Salvador), propone un repaso del proceso de desarme, desmovilización y reintegración en Colombia, a modo de argumentar a favor de la necesidad de una comisión de la verdad en ese país sudamericano (*The Necessity of a Truth Commission in Colombia within its Disarmament, Demobilization and Reintegration Process*). En su artículo *Efectos de la sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con especial referencia a Uruguay y España*, Nils Helander Capalbo (Uruguay) presenta una reseña de los rasgos relevantes de las sentencias de estos tribunales internacionales con el objeto de responder a una pregunta central: ¿pueden aplicarse esas sentencias en los ordenamientos internos de dichos Estados? En su artículo *El derecho a satisfacción de las víctimas de violaciones de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su ejecución por parte del Estado colombiano*, Gina Kalach (Colombia) describe y analiza el alcance de cuatro tipos de órdenes de satisfacción efectuadas por la Corte Interamericana: las medidas tradicionalmente ordenadas en casi todas las sentencias de reparación de la Corte al Estado colombiano, las que tienen una importancia capital en materia de repercusión pública y del deber de memoria, las que ostentan un vínculo estrecho con los derechos a la justicia y la verdad, y aquellas que tienen particularidades en lo que

respecta a la ejecución efectuada por el Estado. Juan Manuel Medina Amador (Costa Rica), reflexiona acerca de la importancia de llevar a cabo una revisión del andamiaje jurídico sobre el que se sustenta la protección de las y los refugiados, con la intención de mejorar su implementación en el terreno (*Principales desafíos respecto a la protección internacional de los refugiados*). Aida Maria Monteiro Silva y Celma Tavares (Brasil) presentan en su artículo, titulado *Retos y avances de la educación en derechos humanos en la educación básica: el camino recorrido en Brasil*, los avances, limitaciones y retos de la educación en derechos humanos en ese país, en consideración que ésta es necesaria para el desarrollo de una formación humanista y el fortalecimiento de las estructuras democráticas de la sociedad. Paula Pelletier Quiñones (República Dominicana) propone propiciar un cambio en la forma de pensar de las personas profesionales en derecho en la República Dominicana, y en otros países y contextos similares, para honrar la profesión como un servicio social, mediante el diseño de estrategias propias de la naturaleza del litigio de interés público (*Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos*). Adriano Sant'Ana Pedra (Brasil) se refiere al progreso que la medicina viene desarrollando, y que ha ampliado las oportunidades de éxito en la realización de trasplantes de órganos, tejidos y otras partes del cuerpo humano, lo que lleva inevitablemente a una serie de cuestiones ético-jurídicas respecto al tema. El autor analiza una de ellas, relativa a la posibilidad de que una persona anencefálica sea la donante (*El anencefálico como donante de órganos y el bioderecho constitucional*).

Por último, esta edición de la Revista IIDH presenta la recensión del libro *Contribuciones regionales para una Declaración Universal del Derecho Humano a la Paz*, editado por Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez, a cargo de Juan Manuel de Faramiñán Gilbert (España).

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas; dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH, y aprovechamos la oportunidad para

agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo, IIDH

Doctrina

Los espacios invisibles en América Latina: análisis del hacinamiento penitenciario en Costa Rica para la inversión estructural de la pirámide kelseniana como modelo de tutela efectiva de los derechos humanos

*Norberto E. Garay Boza**

Las cárceles, como espacio en el que se concentra la represión, suelen ser invisibilizadas tanto institucional, social como jurídicamente, legitimando así prácticas crueles como el hacinamiento penitenciario, problema regional en Latinoamérica, detectado tanto por el sistema de las Naciones Unidas como por el Interamericano. En Costa Rica la saturación penitenciaria es una realidad. Esta situación es alimentada por varios factores, entre ellos el monto máximo de reclusión que es de 50 años de prisión, tope máximo estimado concomitante a la Constitución Política, según la valoración de la Sala Constitucional. Sin embargo, existe normativa reglamentaria que permite la posibilidad de egreso previo del sistema penitenciario, eventualidad afín a la normativa internacional en derechos humanos, pero que podría ser contraria a la lógica del sistema escalonado y de la pirámide kelseniana, resultando necesario replantearla en procura de una mejor tutela de los derechos humanos de las personas privadas de libertad mediante el predominio y el control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos, propuesto acá mediante la inversión estructural de la pirámide kelseniana y la inclusión del control del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Introducción

Hans Kelsen basó su teoría pura en un sistema lógico, pero no tomó en cuenta que, aun en el seno de la creación de la norma jurídica, no

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR), M.Sc. en Criminología por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, doctorando del Doctorado en Estudios de la Sociedad y la Cultura, UCR. Actualmente cursa la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Ha sido letrado de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, y Defensor Público del Poder Judicial.

hay lógica dura, sino ambiciones, emociones oscuras que la atraviesan. Como decía Foucault,

> La ley no nace de la naturaleza, junto a los manantiales que frecuentan los primeros pastores; la ley nace de las batallas reales, de las victorias, las masacres, las conquistas que tienen su fecha y sus héroes de honor; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; surge con los famosos inocentes que agonizan mientras nace el día[1].

Así, la teoría pura es al derecho lo que un marco a una pintura, le da sustento e inclusive elegancia, pero en definitiva no es el cuadro. Este último es el derecho y a diferencia del marco, está lleno de colores elegidos por el artista, a veces con talento, en ocasiones carente de él; pero, sin importar esto, el cuadro siempre estará atravesado, primero, por la intención de quien lo pintó y, luego, por la de quienes lo interpretan o, para el derecho, por quienes lo apliquen. En este punto, y sólo en este punto, la teoría pura del derecho nació muerta y su cadáver legitima sistemas de opresión.

La aceptación de que las normas jurídicas –tanto en su creación como en su aplicación– están llenas de intereses construidos desde el poder, permite ver de otra forma el funcionamiento de los sistemas jurídicos, especialmente en aquellos supuestos en que los órganos jurídicos nacionales pronuncian la inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales, aun cuando estas últimas sean más afines al DIDH que las constituciones respectivas, posibilidad que, al considerarla tan solo como uno de los "casos especiales de oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior"[2], en algunas oportunidades podría reducir y hasta eliminar el afán protector de los derechos humanos que ciertas normas infraconstitucionales e infralegales brindan sobre aquellas que le son superiores. Se trata de una particularidad jerárquica que podría implicar la declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos normativos.

---

1 Foucault, M., *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008 (1976), págs. 55-56.

2 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*. Eudeba, Buenos Aires, 2010 (1954), pág. 168.

Esta posibilidad será expuesta acá desde el tema del hacinamiento penitenciario en Latinoamérica, inicialmente con relación a las instancias internacionales. No obstante, primero es necesario responder a la siguiente pregunta: las instancias internacionales, ¿han reportado hacinamiento penitenciario en Latinoamérica? La respuesta a esta incipiente pregunta servirá de plataforma temática para el desarrollo del texto. Se ha elegido plantear una interrogante de tal amplitud por dos motivos:

1. Para saber si el hacinamiento penitenciario constituye un problema regional en Latinoamérica detectado por las instancias internacionales.

2. Para delimitarlo a un país específico, cuyas particularidades normativas y de control de constitucionalidad servirán tanto como premisa de realidad para repensar la pirámide kelseniana en procura de una mejor tutela de los derechos humanos, como para que si algún lector o lectora lo desea, pueda realizar el mismo ejercicio con respecto a algún otro país cuyo problema de hacinamiento penitenciario fuera detectado por las instancias internacionales.

En caso de que la pregunta anterior tuviese una respuesta afirmativa, en aras de delimitarla política y geonormativamente, se estima pertinente formular la siguiente interrogante: ¿actualmente existe hacinamiento penitenciario en Costa Rica? De ser así, ¿cuáles factores incidirían en dicho hacinamiento? El monto máximo de 50 años de encierro carcelario, ¿podría ser uno de esos factores? En caso de serlo, ¿tal monto punitivo sería compatible con el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional? De no ser compatible, ¿qué se podría implementar para superar tal incompatibilidad? Será propósito de este texto responder a estas preguntas, y la propuesta que en él se plantee podrá ser considerada progresista por algunos, descabellada por otros, pero en ninguno de los dos casos podrá negarse su carácter innovador.

El artículo se dividirá en tres apartados principales. En el primero se analizará si el hacinamiento penitenciario ha sido considerado un problema regional para Latinoamérica, empleando para ello datos emanados tanto del Sistema Universal –Comité de Derechos Humanos y Comité contra la Tortura– como del Interamericano. En el segundo

apartado se analizará el tema de la sobrepoblación penitenciaria en Costa Rica, su situación actual, su relación con el tope máximo legal de reclusión, las normas internas relacionadas y su compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho Internacional, en particular con el Estatuto de Roma. Por último, se analizará el problema de la saturación penitenciaria costarricense desde la óptica de la pirámide kelseniana, buscando repensarla en procura de una mejor tutela de los derechos humanos.

1. Los espacios invisibles en América Latina: acerca de su detección por las instancias internacionales y de la resistencia estatal

Los espacios invisibles se caracterizan por ser de suma utilidad política. En tanto discurso, son empleados para marcar las vidas, para construir ciudadanos y ciudadanas que, aunque no sean vistos por las personas, éstas les temen y, con tal de no ser sujetos de su misma invisibilidad, evaden conductas o la detección de comportamientos que les puedan llevar a tales espacios. Pese a esto, no importa cuál sea la conducta de los sujetos ajenos a los espacios invisibles, estos últimos permanecerán invariables, no vistos, abandonados y correrán la misma suerte que Godot, personaje del teatro del absurdo y obra de Samuel Beckett, quien, pese a que marcó las vidas de Vladimir y Estragón, siempre mantuvo su invisibilidad intacta. Nada indicaba que las vidas que afectaba de alguna manera marcaran a Godot, el cual estaba condenado a no ser visto. Igualmente, los espacios son invisibles cuando, pese a marcar a las personas, ellas mismas no son vistas, son políticamente indetectables, se sumen en el abandono institucional y de tutela efectiva de los derechos de quienes, por formar parte de ellos, también se han convertido en invisibles.

El carácter prácticamente etéreo de los sujetos de los espacios invisibles es una manera extrema de exclusión por medio de la cual se les margina intensamente y, en consecuencia, se maximizan las situaciones en las cuales se pueden vulnerar sus derechos fundamentales. En este sentido, lo etéreo suele aliarse a la pobreza, tal y como lo indicó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas al adoptar la Declaración sobre la Pobreza, y el

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, calificando "a la pobreza como una negación de derechos humanos y propon[iendo] atacar el fenómeno desde los derechos humanos para reforzar estrategias contra la pobreza y consolidar la política de eliminación de la exclusión social"[3]. De ahí que lugares como orfanatos, manicomios, cárceles, entre otras instituciones, formen parte de ese bloque de anulación subjetiva que constituyen los espacios invisibles. Este texto se avoca al estudio de las prisiones en Latinoamérica y al hacinamiento penitenciario como manera sistemática de invisibilización de las personas privadas de libertad.

En el Sistema Universal se han desarrollado esfuerzos para reducir la saturación penitenciaria. Así, se han llevado adelante observaciones finales a Estados miembros para alcanzar ese propósito, en particular las dadas especialmente por el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, el primero en tutela del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, Pacto) y el segundo, en resguardo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (en adelante, Convención), observaciones finales respectivas que aquí serán objeto de estudio con relación a Latinoamérica, para determinar si el problema apuntado constituye efectivamente una situación regional.

Los datos base de este apartado han sido tomados de todos los informes anuales realizados por las entidades respectivas desde 1988 –año en el que se emitió el primer informe anual del Comité contra la Tortura– a los Estados parte latinoamericanos. De esta forma, la información se apega únicamente a lo que consta en dichos documentos, otorgándoseles carácter de verdad formal en aras de una delimitación metodológica. Así mismo, el motivo del estudio conjunto de los comités en cuestión se debe no solamente a que ambos, en virtud de distintos textos normativos, procuran erradicar el hacinamiento carcelario, sino también para realizar un estudio cruzado de los datos derivados de las observaciones finales de cada uno.

3 Pinto, M., "Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza", en: *Revista IIDH* 48. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2008, pág. 58.

El Comité de Derechos Humanos ha realizado recomendaciones contra el hacinamiento penitenciario a trece de los dieciocho Estados parte latinoamericanos que han ratificado el Pacto (ver Cuadro 1), lo que implica que poco más del 72% de los países latinoamericanos miembros han tenido en alguna oportunidad problemas de sobrepoblación carcelaria, comprobando así que dicha saturación es un problema regional.

El problema ha persistido de manera tal, que las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos no han podido eliminarlo. Así, de los trece Estados parte latinoamericanos en que se ha detectado saturación carcelaria, ninguno ha reportado de manera satisfactoria la erradicación del problema. Por ejemplo, en el caso de Argentina, en las observaciones finales de 1990 y 1995 no se reportó sobrepoblación penitenciaria; no obstante, el problema comenzó a constar desde los informes correspondientes a 2001 y 2010, sin que las recomendaciones dadas por el Comité lograran eliminarlo, demostrando no solo su falta de efectividad, sino también el abordaje inadecuado por parte del Estado. Esta situación, que desde los datos se repetirá en el resto de Estados en los que se detectó la contrariedad en estudio, se constituye así en una resistencia estatal contra las recomendaciones, acción que refuerza la sobrepoblación carcelaria revelada.

El hacinamiento penitenciario también ha sido objeto de preocupación del Comité contra la Tortura. De los dieciocho Estados latinoamericanos que se han obligado por la Convención, en trece se han detectado problemas de hacinamiento carcelario (ver Cuadro 2), un 72,2% del total de países latinoamericanos miembros, evidenciando también a este conflicto como un problema regional que debe ser enfrentado.

En el caso del Comité contra la Tortura, se detectó hacinamiento penitenciario en Latinoamérica en quince oportunidades, de las cuales en once recomendó tomar medidas para erradicarla. En los casos en los que se realizaron las recomendaciones respectivas, en la mayoría de esas ocasiones no se constató que la sobrepoblación penitenciaria fuera eliminada.

Al realizar un análisis conjunto acerca del hacinamiento penitenciario reportado al Comité de Derechos Humanos y al Comité contra la

Cuadro 1*.
Comité de Derechos Humanos.
Hacinamiento penitenciario en Latinoamérica

País	Año del informe	Hacinamiento penitenciario	Solicitud de nuevo informe	Recomendación
Argentina	1990	No	N.A.	No
	1995	No	N.A.	No
	2001	Sí	Sí	Sí
	2010	Sí	Sí	Sí
Brasil	1996	Sí	No	Sí
	2006	Sí	Sí	Sí
Colombia	1988	No	N.A.	No
	1992	No	N.A.	No
	1997	Sí	No	Sí
	2004	No	N.A.	No
	2010	Sí	No	Sí
Costa Rica	1990	Sí	No	No
	1994	No	N.A.	No
	1999	No	N.A.	No
	2008	Sí	Sí	Sí
Ecuador	1988	No	N.A.	No
	1992	No	N.A.	No
	1998	No	N.A.	No
	2010	Sí	No	Sí
El Salvador	1994	No	N.A.	No
	2003	Sí	No	Sí
Honduras	2007	Sí	No	Sí
México	1989	No	N.A.	No
	1994	No	N.A.	No
	1999	No	N.A.	No
	2010	Sí	No	Sí
Nicaragua	1990	No	N.A.	No
	2009	Sí	Sí	Sí
Panamá	1991	No	N.A.	No
	2008	Sí	Sí	Sí
Perú	1992	No	N.A.	No
	1996	No	N.A.	No
	1997	No	N.A.	No
	2001	Sí	Sí	Sí
República Dominicana	1990	Sí	No	No
	1993	No	N.A.	No
	2001	Sí	Sí	Sí
Venezuela	1993	No	N.A.	No
	2001	Sí	Sí	Sí

* Tanto para el Cuadro 1 como para el 2, en la cuarta columna las siglas N.A. significan “No aplica”.

Cuadro 2.
Comité contra la Tortura.
Hacinamiento penitenciario en Latinoamérica

País	Año de informe	Hacinamiento penitenciario	Solicitud de nuevo informe	Recomendación
Argentina	1990	No	N.A.	No
	1993	No	N.A.	No
	1998	No	N.A.	No
	2005	Sí	No	Sí
Bolivia	2001	Sí	No	No
Brasil	2001	Sí	Sí	Sí
Chile	1990	No	N.A.	No
	1991	No	N.A.	No
	1995	No	N.A.	No
	2004	Sí	Sí	Sí
	2009	Sí	No	Sí
Colombia	1990	No	N.A.	No
	1996	No	N.A.	No
	2004	Sí	No	Sí
	2010	Sí	No	Sí
Costa Rica	2001	Sí	No	No
	2008	No	N.A.	No
Ecuador	1991	N.A.*	N.A.	No
	1992	No	N.A.	No
	1994	No	N.A.	No
	2006	Sí	Sí	Sí
El Salvador	2000	No	N.A.	No
	2010	Sí	No	Sí
Honduras	2009	Sí	No	Sí
Nicaragua	2009	Sí	No	Sí
Panamá	1991	Sí	Sí	No
	1993	No	N.A.	No
Perú	1995	No	N.A.	No
	1998	No	N.A.	No
	2000	No	N.A.	No
	2006	Sí	No	Sí
Venezuela	1999	Sí	No	No
	2003	No	N.A.	No

* El Estado no presentó informe, por lo que no se tuvo información de relevancia para el estudio.

Tortura, en especial de los países que en éste último pasaron de reportar dicho problema en un informe a no mencionar su existencia en el siguiente –tal y como quedó consignado en el reporte anual respectivo–, derivan datos interesantes. Venezuela reportó al Comité de Derechos Humanos en el año 2001 que sí había problemas de hacinamiento en las prisiones, pero en el 2003 éste no fue reportado al Comité contra la Tortura. En su último informe al Comité contra la Tortura (1993), Panamá no reportó sobrepoblación carcelaria; no obstante, en el 2008 sí lo reportó al Comité de Derechos Humanos, por lo que podría considerarse al hacinamiento carcelario como un problema existente en la actualidad en dicho Estado. Por último, la situación de Costa Rica evidencia otro comportamiento; en el informe anual de 2008 al Comité contra la Tortura no se indica el problema en estudio, pero en el informe de ese mismo año al Comité de Derechos Humanos sí se reporta, lo que evidencia claramente un contradicción o al menos una omisión. En el caso del Comité contra la Tortura, persiste una falta de información importante que invisibiliza la existencia de tratos crueles contra una gran cantidad de personas constituida por el total de la población afectada por la saturación penitenciaria, esquivando así los controles atinentes a este Comité y no acatando la recomendación el Comité de Derechos Humanos, en el tanto la dificultad señalada no se ha superado[4].

De lo indicado hasta este punto del estudio, se puede concluir que en los países latinoamericanos obligados tanto por el Pacto como por la Convención, ha imperado una tendencia al hacinamiento penitenciario, sin que la misma haya sido efectivamente eliminada.

El problema de hacinamiento penitenciario en Latinoamérica también ha sido detectado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la cual, mediante la Resolución 1/08, adoptó los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. En el preámbulo de esta Resolucón, la CIDH resaltó "la crítica situación de violencia, hacinamiento y la falta de

4 Para setiembre de 2011, la población penitenciaria reportada fue de 11.355 personas, excediendo en 2.900 la capacidad máxima del sistema penitenciario costarricense. La Nación, "Proyectos libertarios generan temor por saturación de cárceles", San José, Costa Rica, 2 de setiembre de 2011.

condiciones dignas de vida en distintos lugares de detención en las Américas"[5], poniendo así en evidencia el problema de sobrepoblación carcelaria detectado en la cuna del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo que, entre otros extremos, le motivó a implementar el Principio XVII, en el cual dispone medidas contra el hacinamiento tales como las siguientes:

- Definición de las plazas disponibles en cada lugar de detención acorde con estándares vigentes en materia habitacional, así como la debida publicación de estos datos.
- Existencia de procedimientos legales para que las personas privadas de libertad, sus abogados y/u organizaciones no gubernamentales puedan impugnar los datos de plazas de un establecimiento, tasas de ocupación, individual o colectivamente.
- Prohibición legal de la ocupación de un establecimiento por encima del número de plazas establecido. Cuando de esta sobrepoblación se siga la violación de derechos humanos, se considerará pena o trato cruel, inhumano o degradante.
- Establecimiento de mecanismos legales para remediar inmediatamente el hacinamiento del centro de privación de libertad.
- Obligación de los jueces de adoptar remedios adecuados en ausencia de regulación legal efectiva.
- Verificado el hacinamiento, el Estado deberá investigar las causas de tal situación y deslindar las responsabilidades individuales del funcionariado que autorizó las medidas respectivas, debiendo permitirse la participación de las personas privadas de libertad, sus abogados y/u organizaciones no gubernamentales[6].

Tal y como los datos derivados del Sistema Universal lo evidencian, en ninguno de los Estados latinoamericanos en los que se detectó hacinamiento penitenciario se han implementado integralmente los aspectos recién indicados y adoptados por la CIDH, más allá de que estas medidas sean de reciente data, toda vez que el problema persiste.

---

5 CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas., Resolución 1/08, 131 Período de Sesiones, Washington, pág. 2.

6 *Ibídem*, Principio XVII.

La trayectoria de sobrepoblación carcelaria mantenida en la mayoría de países de Latinoamérica, también permite inferir que no ha sido prioridad de los Estados erradicar esa situación y, aún más, el mantenerla durante tantos años –al menos 21 años en el caso de Costa Rica, por tan solo dar un ejemplo– hace que la hipótesis de la invisibilidad de este espacio adquiera sentido, en tanto las prisiones progresivamente se convierten en instituciones de las que suele hablarse a diario, pero pese a ello dentro de sus muros se mantienen problemas como el aquí señalado, sin que el paso del tiempo evada la resistencia estatal que ha logrado la violación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

Si bien el hacinamiento penitenciario es terreno fértil para la violación de derechos humanos, también es síntoma de una sociedad punitiva o donde la prevención ha sido insuficiente. Ambas posibilidades no se excluyen y, en todo caso, se trata de un problema complejo. Para enfrentarlo debe ser delimitado espacial, temporal y factorialmente, delimitaciones aquí concretadas a la realidad costarricense, en particular a sus últimas dos décadas y a la posible relación entre la sobrepoblación carcelaria y el monto máximo de encierro penitenciario de 50 años de prisión.

2. Hacinamiento penitenciario en Costa Rica: la incompatibilidad del artículo 51 del Código Penal costarricense con el Estatuto de Roma

El 3 de diciembre de 2007 más de 400 personas privadas de libertad de La Reforma, la cárcel más grande de Costa Rica, realizaron una huelga de hambre por recibir mala alimentación. Este hecho no sólo fue olvidado por la prensa prontamente, sino que sucedió una semana después de que el máximo Tribunal Constitucional del país resolviera un amparo ordenando a esa institución dar jabones a los privados de libertad para su limpieza personal[7]. Ambos problemas están profundamente relacionados con la sobrepoblación carcelaria, que ha persistido durante los años posteriores y ha llegado al conocimiento de

7 La Nación, "Reos de La Reforma en huelga de hambre", San José, Costa Rica, 4 de diciembre de 2007.

la Sala Constitucional[8]. Esta continuidad dota de actualidad institucional a la saturación carcelaria, siendo necesario, y objetivo de este apartado, analizar la situación contemporánea de este problema en Costa Rica, así como su posible relación con realidades asociadas, como el tope máximo punitivo. Así, se desarrollará primero la situación actual de la contrariedad apuntada y luego, desde el DIDH, la posible incidencia que sobre ella tiene el límite máximo de encierro carcelario normativo de 50 años.

a. La furia del hacinamiento o acerca de la situación actual de las cárceles costarricenses

El hacinamiento penitenciario en Costa Rica es un problema que atenta hace unos años contra los derechos humanos de las personas privadas de libertad. En ese sentido, en 1977 habían 2.134 personas detenidas, mientras que en 2008 –año que coincide con uno de los informes anuales del Comité de Derechos Humanos en el que se evidencia dicha saturación– habían 13.034, es decir, se dio un incremento del 511% de la población presa[9].

A la luz de estos datos podría pensarse que ese aumento de la población penitenciaria respondió al aumento de la criminalidad. No obstante, tal apreciación sería reduccionista y dejaría de lado factores capitales, como la particularidad de que en el mismo periodo se implementaron más de 55 reformas parciales al Código Penal[10]. Es más, no sólo no se disminuyó la tasa de delincuencia, sino que cada vez más

8 Lo que se constata en los votos 12832-2008, 2785-2009, 8384-2010 y 2118-2011, entre otros tantos todos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

9 Al respecto, se ha indicado lo siguiente: "la población en general pasó de 2.134 personas en 1977 a 13.034 en el 2008, para un crecimiento absoluto de 10.900 personas y un incremento relativo de 511% y en las tasas de población, estas pasaron de 104 por cien mil habitantes en 1977, a 286 en el 2008, para un crecimiento de 182 puntos por cien mil habitantes (porcentuales), lo que muestra un crecimiento acelerado de la población penitenciaria, especialmente durante los últimos diez años, posterior a las últimas reformas penales (procesales penales)". Ulate Barrantes, J., *Evolución y tasas de población penitenciaria 1977-2008*. Ministerio de Justicia y Gracia, Dirección General de Adaptación Social, San José, Costa Rica, 2008, pág. 20.

10 Semanario Universidad, "Expertos advierten: gana terreno visión simplista y fácil sobre seguridad ciudadana", San José, Costa Rica, 7 al 13 de julio de 2010.

personas han sido presas por conductas que antes no eran consideradas delitos, lo que ha contribuido precisamente a la saturación del sistema penitenciario. Esta situación ha sido denunciada recientemente por la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (ANEP); no obstante, el problema no se ha solucionado y la comunidad penitenciaria sigue en aumento[11].

En este contexto es que se da la recomendación del Comité de Derechos Humanos al Estado de Costa Rica en la que le indica específicamente la preocupación por "el hacinamiento y las malas condiciones de los centros de detención del Estado parte"[12], le recomienda ponerle fin y, en particular, la aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Éstas no han sido eficientemente empleadas por el Estado costarricense, especialmente en situaciones criticables asociadas a la sobrepoblación carcelaria. Por ejemplo, en ese instrumento internacional, en el artículo 6.1, se dispone como principio fundamental que las Reglas deben ser aplicadas imparcialmente, sin establecer diferencias basadas en prejuicios. No obstante, el mismo sistema de encarcelamiento costarricense evidencia una selectividad prejuiciosa. Así, la población penitenciaria total en 1993 era de 2.767 personas condenadas; en 2003 ésta se incrementó a 6.537[13], es decir, poco más de un 136%. Mientras tanto, en 1993 habían 91 nicaragüenses privados de libertad y para 2003 las personas de esa nacionalidad eran 452[14], es decir, un incremento de 396,7%, casi tres veces el aumento porcentual de la población general. En suma, la promoción estatal de otredades y la maximización de su posterior encierro.

El anterior ejemplo, al ser previo a la recomendación del Comité de Derechos Humanos, podría ser un factor que colaboró al hacinamiento

11 La Extra, "Sistema penitenciario enfrenta grave crisis", San José, Costa Rica, 19 de junio de 2010.

12 Comité de Derechos Humanos, "Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto", Naciones Unidas, CCPR/C/CRI/CO/5, 2009, pág. 2.

13 Instituto Nacional de Criminología, *Estudio de población extranjera atendida en el sistema penitenciario nacional*. Departamento de Investigación y Estadística, Costa Rica.

14 Instituto Nacional de Criminología, *Evolución y tasas de población penitenciaria, 1977-2008*, Departamento de Investigación y Estadística, Costa Rica.

penitenciario pero que, por su naturaleza, no fue abarcado por la recomendación. Esto evidencia un punto débil y, por lo tanto, un asunto por mejorar no sólo en el control que este Comité ejerce mediante la revisión de los informes que los Estados presentan con ocasión del artículo 40 del Pacto, sino también –y de manera más directa y preocupante– un punto de resistencia estatal, toda vez que, pese a la detección interna e internacional del problema señalado, el mismo se mantiene sin que existan esfuerzos estructuralmente efectivos para erradicarlo.

El persistente problema de saturación carcelaria no se agota en la violación constante de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, sino que culturalmente acarrea otra serie de vicisitudes institucionales, entre ellas la creación de burocracias corruptas, tal y como recientemente se ha reportado respecto a dos casos, uno relativo a la cárcel de San Rafael[15] y el otro a la prisión de Pérez Zeledón[16] –centros llamados de esa manera por el lugar donde se encuentran. Ahí las autoridades máximas cobraban dinero por dar facilidades –como la ocupación de celdas más amplias–, entre otras concesiones ilegítimas, "beneficios" que si no existiera hacinamiento penitenciario no podrían ser objeto de corrupción y esas condiciones se verían satisfechas pues el Estado cumpliría con sus deberes internacionales. No obstante, mientras esto último no suceda, se seguirá fortaleciendo la plataforma apta para estas prácticas.

El actual hacinamiento penitenciario en Costa Rica se podría tornar aún más problemático ante la aprobación del proyecto de Ley 17490, el cual pretende reformar el instituto de la libertad condicional, dando mayor rigurosidad a los requisitos para su otorgamiento[17] e, inclusive,

15 La Nación, "Justicia despidió a jefe de cárcel de San Rafael", San José, Costa Rica, 5 de octubre de 2011.

16 La Prensa Libre, "Cae directora de cárcel por dar beneficios a reos", San José, Costa Rica, 5 de octubre de 2011.

17 La reforma al art. 64 del Código Penal plantea que el beneficio se pueda solicitar cuando el condenado cumpla tres cuartas partes de la pena y no la mitad, tal y como está regulado actualmente. Asamblea Legislativa, "Modificación de los artículos No. 64, No. 65 y No. 67 del Código Penal, Ley No. 4573, modificar requisitos por los cuales se puede otorgar la libertad condicional", San José, Costa Rica, 2009, Expediente legislativo No. 17490, art. 1.

realizando una lista de los delitos que implicarían la negación inmediata del beneficio[18]. Este proyecto de Ley recibió el aval de la mayoría de Corte Plena, integrada precisamente por las y los magistrados de las respectivas salas de Casación y de Control de Constitucionalidad. El informe que apoyó esta postura fue redactado por el magistrado Carlos Chinchilla[19], quien en declaraciones dadas poco más de un año antes de la redacción del mismo expresó:

> La ciudadanía debe saber que yo no estoy, ni nunca estaré de acuerdo, en que un juez no imponga una sanción penal o una prisión preventiva sólo porque el Ministerio de Justicia no tiene los medios para albergar a personas. No puede ser posible […] Cuidado el Ministerio de Justicia me va a decir que no va a recibir personas condenadas […] Le molesta al Poder Ejecutivo porque le mandamos más presos, más personas que tienen que estar sometidas al sistema penitenciario[20].

El criterio de Corte Plena fue remitido a la Asamblea Legislativa, dando así apoyo institucional a políticas que de manera necesaria incrementarían estructuralmente la violación masiva de los derechos humanos de los presos, debido al hacinamiento penitenciario.

Lo referido en los párrafos precedentes no sólo da cuenta de la actualidad y persistencia de la sobrepoblación carcelaria en Costa Rica, sino que también brinda apoyo suficiente para considerar que ésta posee implicaciones político-ideológicas, donde los agentes no se limitan a las autoridades inmediatamente encargadas de las prisiones, sino que van más allá. Así, se ingresa en saberes de otras instituciones que legitiman la prisionalización en condiciones de hacinamiento en detrimento de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, no acatando

18 En la reforma al art. 65, inc. 3), se dispone que la libertad condicional, entre otros requerimientos, se podrá otorgar cuando "el solicitante no haya sido condenado por la comisión de delitos dolosos contra la vida e integridad física de la personas; relacionados con la explotación sexual y corrupción de menores; secuestro extorsivo; contra la propiedad; contra cualquier cuerpo de policía establecido en la Ley General de Policía y la Policía Judicial y delitos relacionados de forma principal o conexa con cualquier actividad de crimen organizado". *Ibídem,* art. 2.

19 La Nación, "Proyectos libertarios generan temor por saturación de cárceles", San José, Costa Rica, 11 de agosto de 2011.

20 La Nación, "Estamos bajo un sistema penal permisivo y alcahueta", San José, Costa Rica, 14 de diciembre de 2009.

los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, emanados desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ni tampoco las recomendaciones realizadas en el seno del Sistema Universal.

La determinación de las causas del hacinamiento penitenciario en Costa Rica es una labor multifactorial. Su abordaje integral implicaría abarcar extremos que ameritarían un trabajo más extenso que el acá propuesto, en primer lugar, y además, conllevaría el estudio de objetos distintos a los que se han elegido en este texto, para poder dar respuesta a los problemas planteados inicialmente. Hecha esta salvedad, para delimitar un factor pertinente asociado al encierro penitenciario, se ha considerado un motivo de preocupación expuesto por el Comité contra la Tortura al Estado costarricense en la observación final de 2001:

> d) La sobrepoblación de las prisiones, con su consecuencia de hacinamiento, originada tanto por la insuficiencia de inversión en infraestructura como por el recurso a la privación de libertad *y al aumento de la duración de las penas como reacción casi exclusiva ante el incremento de la criminalidad*[21]. (El subrayado es del autor.)

El aumento de las penas es uno de los motivos de preocupación del Comité contra la Tortura y en la realidad normativa costarricense, existe un cambio de paradigma punitivo a ese respecto, la duplicación legal del tope superior punitivo realizada en 1994[22], con la cual, mediante la reforma del artículo 51 del Código Penal, se pasó de 25 a 50 años como tope máximo de encierro con ocasión de una sentencia penal. En suma, la duplicación punitiva en un contexto de hacinamiento carcelario, cuya compatibilidad con el DIDH será el objeto de estudio de la siguiente parte de este texto.

---

21 OACNUDH/IIDH/ASDI, *Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe (1988-2005)*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Santiago, Chile, 2005, pág. 130. Disponible al 9 de noviembre de 2001 en: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cat/>.

22 Asamblea Legislativa, *Reforma al Código Penal*. San José, Costa Rica, Ley No. 7389 del 22 de abril de 1994, artículo 1.

b. La resistencia estatal ante el hacinamiento penitenciario: la incompatibilidad del encierro máximo de 50 años de prisión con el Estatuto de Roma

En la Comisión Redactora del Código Penal actual de Costa Rica, al discutirse el tema del tope máximo de prisionalización estipulado en el artículo 51, se consideró que su monto debía ser 25 años, estimando que esto se ajustaba

> [A] las exigencias actuales en materia rehabilitadora. La posibilidad de una pena que exceda de ese límite de tiempo es negativa para el interno y funesta, por lo mismo, para sus perspectivas futuras. Penas de cuarenta y cinco años son como una muerte en vida y son pocos, por no decir ninguno, el que las ha podido soportar[23].

Poco más de veinte años después, en 1994, se reformó tal numeral duplicando el monto máximo de castigo penal[24], enterrando así los razonamientos que justificaron el texto primigenio.

Acorde con las estadísticas judiciales costarricenses, desde 1994 hasta 2010, 1.244 personas han sido condenadas a penas de cárcel cuyo monto oscila entre los 25 y 50 años[25] (ver Cuadro 3). Si bien ha variado respecto a su momento de aprehensión y permanencia en el sistema penitenciario, esta cantidad de personas innegablemente ha confluido en las cárceles nacionales durante el periodo señalado, representando un 42,89% de los niveles de sobrepoblación penitenciaria actual[26], y por lo tanto debe considerarse una cifra significativa. No obstante, el incremento punitivo recién apuntado coincide con otra tendencia que podría ser denominada de tipo cultural-legislativa, en tanto que, al contrastar el Código Penal actual con su versión original, deriva que en los cinco años posteriores a la modificación del artículo 51 se realizaron reformas y adiciones a diferentes numerales de la parte especial que en total sumaron unos 26 cambios, cifra que representa un poco más de los

23 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 10543-2001 de las 14:56 horas del 17 de octubre de 2001.

24 Asamblea Legislativa, *Reforma al Código Penal*...

25 Datos derivados de las estadísticas judiciales anuales, de 1994 a 2010.

26 Véase nota al pie 4.

25 cambios que se le habían efectuado a esa ley en los más de veinte años que tenía de existencia. Por ende, es viable asociar temporalmente una explosión inédita en Costa Rica del derecho penal con la duplicación del tope máximo punitivo, particularidad que a su vez acompañó e incidió en el hacinamiento penitenciario ya indicado.

Cuadro 3.
Cantidad de personas sentenciadas entre 25 y 50 años de prisión, de 1994 a 2010

Año	Cantidad de personas condenas a penas entre 25 y 50 años de prisión	Diferencia porcentual aproximada respecto al año anterior
1994	1	------
1995	29	2800%
1996	57	96,55%
1997	60	5,26%
1998	42	-30%
1999	44	4,76%
2000	60	36,36%
2001	101	68,33%
2002	83	-17,82%
2003	98	18,07%
2004	94	-4,08%
2005	57	-39,36%
2006	73	28,07%
2007	66	-9,58%
2008	76	15,15%
2009	132	73,68%
2010	171	29,54%
Total	1.244	---

La relación entre el hacinamiento penitenciario y la citada reforma del artículo 51 del Código Penal costarricense, se ha erigido así desde dos frentes complementarios. El primero de ellos puede denominarse de implicación directa, en tanto la cantidad de personas presas por penas asociadas a esa modificación normativa incidió directamente en el total de sobrepoblación carcelaria. El segundo frente, como se refirió en el parágrafo precedente, es de tipo cultural-legislativo, siendo esa reforma

un hito histórico que marca la hipertrofia de un Estado punitivo, donde el acceso al derecho penal como reacción ante problemas diversos sería la regla, siendo inclusive medular en las campañas presidenciales de 2009[27], año en el que casualmente el número de personas condenadas a más de 25 años de prisión se elevó hasta 132, cifra superada solamente por los 171 individuos que condenados a tales montos punitivos en 2010.

La duplicación del incremento punitivo en cuestión ha sido sometida, en tanto norma legal, a control de constitucionalidad ante la Sala Constitucional. Este órgano ostenta el control concentrado de constitucionalidad en Costa Rica y sus fallos son vinculantes *erga omnes*. En varias oportunidades esa Cámara se ha pronunciado a favor de tal disposición. En el año 2001, por un voto de mayoría, resolvió la constitucionalidad de la norma, considerando que

> [L]a determinación de los montos de las penas privativas de libertad constituye un asunto de política criminal, que por la propia definición del sistema político y de organización del Estado costarricense (artículos 1, 2, 9 y 121 de la Constitución Política) corresponde en exclusiva definir a los legisladores[28].

Así, en aplicación "del principio de legalidad y de reserva de ley en la definición del derecho penal y procesal penal"[29], la Sala Constitucional se consideró incompetente para valorar el tope máximo punitivo. En sentido similar, y respondiendo a lo planteado en la acción de inconstitucionalidad respecto al tema de la rehabilitación que ejerce el sistema carcelario, se indicó que ese propósito era objeto del régimen penitenciario, no de la pena en sí, por lo cual la relación establecida por la accionante entre pena y resocialización no podría ser considerada para un análisis de constitucionalidad[30]. En suma, el monopolio legislativo de la determinación de la política criminal y, a su vez, el desplazamiento del objetivo resocializador al sistema penitenciario y no a la pena de prisión, hicieron que el tope máximo punitivo se mantuviera vigente.

---

27 La Nación, "La 'mano dura' en los programas de gobierno", San José, Costa Rica, 28 de diciembre de 2009.

28 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 10543-2001 de las 14:56 horas del 17 de octubre de 2001.

29 *Ibídem.*

30 *Ibídem.*

De manera más reciente, en el año 2009 y nuevamente por voto de mayoría, la Sala Constitucional se pronunció a favor de la constitucionalidad de la norma en cuestión. En este fallo se consideró primeramente que la tramitación legislativa del proyecto de Ley que culminó con la reforma del monto máximo punitivo, estaba apegada a derecho, pero además, al referirse al tope de 50 años de encierro y, en particular, a su relación con el derecho al trabajo y al deterioro familiar, la Cámara Constitucional estimó, primeramente, que la posibilidad de estudiar otorgada en las cárceles debía analizarse desde la limitación de desplazamiento propia de los presos y, en segundo lugar, además de que el monto de 50 años de prisión es un monto máximo razonable, "una condena a un año o meses, conlleva una serie de efectos secundarios inevitables, principalmente en los entornos social, laboral y familiar que no pueden ser achacados al sistema, sino como resultado de la acción cometida por el sujeto"[31].

Los dos fallos recién referidos analizaron la constitucionalidad del monto punitivo acá controvertido. Inclusive, desde la amplitud conceptual, estimaron que el mismo no contravenía la resocialización perseguida por la pena de prisión. No obstante, hubo un punto esencial no analizado, atinente a la disposición del numeral 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma[32], aunque no fue debatido en las acciones de constitucionalidad y que, por tratarse de una norma internacional concerniente a los derechos humanos, en al menos el voto del año 2009[33] debió ser considerada aún de oficio por la Sala Constitucional[34].

---

31 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 04522-2009 de las 15:50 horas del 18 de marzo de 2009.

32 Tal y como consta en la página oficial de la Corte Penal Internacional, Costa Rica firmó el Estatuto de Roma el 7 de octubre de 1998, ratificándolo el 7 de junio de 2001. Ver, <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/Latin+American+and+Caribbean+States/Costa+Rica.htm>, disponible a noviembre de 2011.

33 Dado que el Estatuto de Roma entró en vigencia el 1 de julio 2002, no sería exigible un control de compatibilidad con el mismo con respecto a fallos anteriores a esa fecha.

34 Con relación al control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha referido lo siguiente: "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' *ex officio* entre las normas locales y la Convención

El artículo 77 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, referente a las penas aplicables, en lo pertinente, dispone lo siguiente:

> 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las siguientes:
>   a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
>   b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado[35].

Por disposición constitucional, en Costa Rica existe una prohibición explícita de penas perpetuas[36], lo que conllevó a que la Sala Constitucional resolviera que, al concordar tal disposición constitucional con el numeral 80 del Estatuto de Roma, no sería posible la aplicación del inciso 1.b)[37], de ahí que esa estipulación no fuera considerada inconstitucional. Sin embargo, el contenido del inciso 1.a) no ha sido analizado, ni su constitucionalidad ni las implicaciones que el mismo debería tener para la normativa nacional, en particular para el tope máximo punitivo de 50 años de prisión establecido en el artículo 51 del Código Penal.

Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que esa revisión deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones". Será parte de la propuesta acá desarrollada extender el control de convencionalidad al control del DIDH. Corte IDH, *Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

35 Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, 17 de julio de 1998.

36 Asamblea Constituyente, *Constitución Política*. San José, Costa Rica, 1949, art. 40.

37 El artículo 80 del Estatuto de Roma dispone que: "Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presenta parte". Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*...

Al considerar que en Costa Rica, acorde con lo dispuesto por la Sala Constitucional, se ha reconocido que "los instrumentos de Derechos Humanos vigentes [...], tienen no solamente valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución"[38], el tope máximo de encierro penitenciario establecido en el inciso 1.a) del artículo 77 del Estatuto de Roma debería ser de aplicación obligatoria, desplazando así al monto máximo de 50 años de prisión dispuesto en la normativa nacional, toda vez que el límite indicado en tal instrumento internacional es más garante para los derechos humanos del preso que la normativa interna, punto que amerita ser tratado con más detenimiento.

Tal y como deriva de la lectura de los párrafos precedentes, el hacinamiento penitenciario es un problema que aqueja en gran medida a Latinoamérica como región. Este problema a conllevado a una serie de recomendaciones por parte de entidades internacionales, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura. Costa Rica es uno de los países acreedores de dichas observaciones (Cuadro 1). Es en este contexto de sobrepoblación carcelaria, alimentado por tendencias ultrapunitivas –como la duplicación del monto máximo punitivo en Costa Rica mantenido estatalmente por más de dos décadas–, donde las medidas judiciales no encuentran un terreno fértil para erradicar o reducir la saturación, entre otras tantas particularidades, donde una disposición como la dispuesta en el inciso 1.a) del artículo 77 del Estatuto

38 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 2313-1995 de las 16:18 horas del 9 de mayo de 1995. En igual sentido, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 3435-1992 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992 y su aclaración, 5759-1993 de las 14:15 horas del 10 de noviembre de 1993. Posteriormente, la misma Cámara Constitucional ha ampliado de manera progresiva los alcances internos de la tutela de los derechos humanos ejercida desde el Derecho Internacional, indicando lo siguiente: "En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los 'instrumentos internacionales', significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, fallo 9685-2000 de las 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000.

de Roma debe ser entendida ante todo como una norma protectora de los derechos humanos de las personas privadas de libertad y, por ende, con primacía sobre la Constitución Política y demás normativa nacional. Al tratarse de una disposición emanada del Derecho Internacional, más garante que las normas patrias, de acuerdo al fallo constitucional vinculante *erga omnes* destacado en el parágrafo precedente, debería prevalecer sobre el ordenamiento jurídico patrio.

La posibilidad de que el tope máximo punitivo establecido en el Estatuto de Roma sea de aplicación interna en Costa Rica deriva no solamente del razonamiento jurídico recién señalado, sino que inclusive guarda lógica interna, toda vez que al estimar como proporcional una pena de 30 años de prisión para autores de delitos tan lesivos a los que se aplicaría tal instrumento –tales como el genocidio o delitos de lesa humanidad[39]–, con mucho mayor razón debe considerarse desproporcional una pena superior a la referida por infracciones que poseen una lesividad inclusive menor, aún cuando se trate de concurso de delitos, ya que crímenes como el genocidio igualmente poseen multiplicidad de víctimas y, probablemente, de acciones[40]. En este sentido, la implementación nacional de ese límite sancionatorio dotaría de contenido práctico parcial al Principio XVII de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en tanto se orientaría como política pública a una disminución considerable de la población penitenciaria, en una realidad carcelaria caracterizada por la sobrepoblación.

En detrimento de los razonamientos precedentes, el extremo máximo de 50 años de prisión continua en vigencia y su aplicación nacional, tal y como lo confirman los datos aportados, es de consideración sustancial

39 Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional...* art. 5.

40 Esta salvedad se hace a raíz de que la Sala Constitucional, en el fallo 4522-2009, señaló que "el límite de cincuenta años establecido en la normativa que ahora se impugna, analizado desde otra óptica diferente a la del accionante, es un beneficio final para la persona que en concurso ideal o material de delitos, fue en su oportunidad condenado a más de cincuenta años de prisión por todos los ilícitos cometidos, pero que, la normativa penal, estableció un límite máximo razonable". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, voto 04522-2009 de las 15:50 horas del 18 de marzo de 2009.

para la situación en torno al hacinamiento penitenciario. Sin embargo, existe otra normativa infralegal que en su lógica posee un germen de tutela efectiva de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, que es el Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario. Este permite una suerte de libertad semi-institucional (egreso parcial) de la prisión cuando se cumple el tercio de la pena –además de otros requerimientos[41]–, pese a que la libertad condicional (egreso total condicionado) solamente se consiente al cumplir con la mitad de la pena –además de otros requisitos– y, por estar consagrada en el Código Penal, es una figura de rango legal[42].

Pese a la diferente naturaleza de los institutos, pareciera que existe una verdad difícil de negar y es que la norma reglamentaria permite al preso ver el mundo fuera de los muros de la cárcel antes que la norma legal y, en este sentido, esta disposición es más garante de los derechos humanos que su superior jerárquica, pues le brinda la posibilidad de salir de un lugar caracterizado por el hacinamiento. Además, esto conlleva a que en ese punto también sea su negación, planteando una serie de dificultades: ¿cómo una norma inferior jerárquicamente puede negar a la norma superior y, al mismo tiempo, ser más tutelar de los derechos humanos de la población a la que ambas se dirigen? ¿Se tratará de uno de los "casos especiales de oposición que puede existir entre una norma superior y una norma inferior"[43] indicados por Kelsen? O, ¿podría tratarse de un supuesto de compatibilidad sustancial entre normativa infralegal con instrumentos internacionales de derechos humanos? Además, ¿cómo se explica que normas que en principio no mantienen una relación de determinación entre sí, regulen un mismo objeto? Será sobre estas dudas que se desarrolle el siguiente apartado de este texto.

41 Presidencia de la República y Ministra de Justicia y Gracia, *Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario*. San José, Costa Rica, 11 de julio de 2007.

42 Asamblea Legislativa, *Código Penal*. San José, Costa Rica, 15 de noviembre de 1970, art. 64.

43 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*... pág. 168.

3. La inversión estructural de la pirámide kelseniana y el hacinamiento penitenciario en Costa Rica: hacia el predominio y el control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos (control DIDH)

El sistema escalonado kelseniano considera que "una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema"[44], toda vez que "la validez de una norma aislada se determina con relación a la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también"[45]. Esa concepción originó precisamente lo que se denomina como la pirámide kelseniana, la cual, desde una lógica escalonada heredada de Merkl[46], esquematiza el orden jurídico-normativo basado originalmente en la norma fundamental, que "se encuentra solamente en la base del derecho internacional"[47]. En materia de DIDH, esta noción describe la jerarquía normativa costarricense, tal y como lo ha dispuesto la misma Sala Constitucional[48].

La lógica de la pirámide kelseniana, tal y como se infiere de la estructuración dada en la teoría pura del derecho, armoniza a los sistemas jurídicos, permitiendo que las normas superiores condicionen a las inferiores[49], esquivando así contradicciones insalvables en procura de un sistema lógico. No obstante, en esa búsqueda de un saber duro, preciso, distante, positivo, se pasó por alto una eventualidad real, quizá no tan positiva, pero no por ello menos importante: la posible

44 *Ibídem,* pág. 126.

45 *Ibídem,* pág. 117.

46 Merkl, A., "Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)", en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 3, 2005 (1931), págs. 301-324.

47 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* pág. 117. Con relación a este punto, resulta útil la aclaración realizada por Kelsen en el sentido de que "la circunstancia de que la formación del derecho internacional general sea seguramente posterior a diversos órdenes jurídicos nacionales no impide que aquél sea considerado fundamento de la validez de estos últimos [...] Es importante, pues, no confundir el punto de vista histórico con el normativo". *Ibídem,* pág. 160.

48 Véase nota al pie 39.

49 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho...* págs. 123-126.

contradicción entre normas, pero donde la norma inferior controvertida de alguna manera fuera conforme a la norma fundamental, tal como fue referido de previo al inicio de este apartado. Esta posibilidad y sus implicaciones serán el objeto de esta parte del texto, expuestas especialmente desde la situación del hacinamiento penitenciario en Costa Rica. Así, primero se analizarán las implicaciones de la compatibilidad entre una norma inferior controvertida con las normas supraconstitucionales de derechos humanos y, luego, se examinará la posibilidad de crear un modelo de control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos (control DIDH).

a. La inversión estructural de la pirámide kelseniana para el predominio supraconstitucional de las normas infraconstitucionales más garantes de los derechos humanos: análisis de la libertad semi-institucional, la libertad condicional y el tope máximo punitivo en Costa Rica

La controversia entre normas inferiores y superiores suele ser evaluada desde el prisma kelseniano, donde la anulación de la norma inferior significa el imperio de aquella que la ha determinado, la norma superior[50]. Sin embargo, no se han analizado formas de falsear esta solución en procura de una mayor promoción de los derechos humanos, opción que acá se plantea primeramente desde la proposición del modelo de inversión estructural de la pirámide kelseniana, y luego mediante su implementación al problema del tope máximo penitenciario en Costa Rica.

i. La inversión estructural de la pirámide kelseniana o acerca del predominio supraconstitucional de las normas infraconstitucionales más garantes de los derechos humanos

En su obra Teoría General del Estado, Kelsen desarrolló la noción básica que serviría de base a lo que actualmente se denomina como la pirámide kelseniana, apoyándose para ello en la propuesta de Merkl, de la siguiente manera:

> Todo el proceso de creación jurídica constituye una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho

50 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*... págs. 123-126.

> [...] La "ley" no es ni el grado único ni siquiera el grado supremo del orden jurídico, como ha demostrado con vigor extraordinario una reciente teoría, la cual, además, ha prestado a la ciencia del Derecho el valioso servicio de mostrar la estructura graduada, jerárquica del orden jurídico[51].

La colaboración teórica atribuida a Merkl implica que cualquier replanteamiento de la pirámide kelseniana debe considerar los insumos teóricos adeudados a éste. Siendo propósito de este texto repensar ese extremo de la Teoría Pura del Derecho, también será necesario avocarse al estudio de la propuesta merkliana.

Adolf Merkl consideró que existen proposiciones jurídicas que condicionan el contenido y forma de otras, las primeras denominadas **determinantes** y las segundas **determinadas**[52]. De esa manera establece la lógica del sistema escalonado, estimando así que la

> relación entre el acto determinante y el determinado trae consigo la expresión introducida por Kelsen "regla sobre la producción", bajo la que se han de entender la suma de actos determinantes. Así, la Constitución aparece como la regla sobre la producción de la legislación, la Constitución y la ley son las reglas sobre la producción del reglamento, las leyes formales y materiales relativas al Poder Judicial y la Administración son las reglas sobre la producción de los actos administrativos y judiciales, así como de los llamados actos de los negocios privados[53].

---

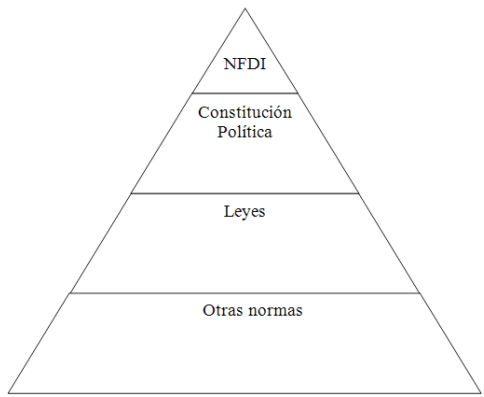
51 Kelsen, H., *Teoría general del Estado*. Editora Nacional Edial, México, 1957, pág. 305.

52 Al respecto, Merkl se pronunció de la siguiente manera: "Aquellas proposiciones jurídicas cuyo contenido y forma son prefiguradas de acuerdo con otras proposiciones jurídicas, que no pueden o no deben existir en un modo distinto al prefigurado y que en todo caso su existencia está condicionada por otras proposiciones jurídicas a las cuales deben su validez, las llamamos proposiciones jurídicas determinadas, y aquellas que sirven a su validez, proposiciones jurídicas determinantes [...] De acuerdo con lo dicho anteriormente, apenas se necesita concluir, que la existencia de una proposición jurídica caracterizada como determinante no requiere ser la única condición de existencia de la proposición jurídica por ella condicionada, sino que para el reconocimiento de una proposición jurídica como determinante basta que la preceda dentro de la cadena de actos". Merkl, A., "Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)"... pág. 304.

53 *Ibídem,* pág. 309.

Las nociones merklianas recién indicadas sirvieron así de plataforma teórica para que Kelsen desarrollara sistemáticamente la estructura jerárquica del orden jurídico en la Teoría Pura del Derecho, dándole a la norma fundamental un valor de significación elemental[54] y, al identificarla con las normas emanadas desde el Derecho Internacional, también jerárquicamente superior, considerando que la norma fundamental "se encuentra solamente en la base del derecho internacional [...] En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales"[55]. Así mismo, la estructura jurídica nacional derivada del Derecho Internacional se ordena de tal manera que "[i]nmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo"[56], normas superiores a otras, como decretos, reglamentos, ordenanzas, sentencias[57], manteniendo entre ellas la relación de determinación desarrollada por Merkl. Esa estructura jerárquica, para los efectos aquí pretendidos, se puede figurar de la siguiente manera:

Pirámide kelseniana*



54 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*... pág. 113.

55 *Ibídem,* pág. 117.

56 *Ibídem,* pág. 117.

57 *Ibídem,* págs. 119-122.

* Las siglas NFDI en el área superior de la pirámide significan Norma Fundamental del Derecho Internacional.

En la pirámide kelseniana, tal y como refiere Walter,

> [N]o son las formas de derecho las que constituyen el objeto del sistema escalonado según el condicionamiento jurídico; en cuanto respecta a ese sistema de supraordinación y subordinación, lo que importa no es la forma, sino el contenido. El contenido de la disposición jurídica supraordinada se resume en la reglamentación del proceso generador de la disposición jurídica subordinada[58].

De esta manera, conforme se descienda en la jerarquía del orden jurídico las normas serán subordinadas y determinadas por las superiores, de tal suerte que la creación de la norma inferior se podrá realizar conforme a la superior o contraria a ella, pero si se elige la segunda opción, la norma creada "es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada"[59].

La elaboración de la pirámide kelseniana y del sistema escalonado merkliano se basó en una idea armónica, derivada desde el derecho mismo como si se tratara de una estrategia de autogeneración, dotando de una racionalidad inédita al ordenamiento normativo que sería instrumentalizado para aprender, aplicar y reproducir el saber jurídico. La pureza y fluidez de estas teorías les permitieron atravesar sutilmente el tiempo y las personas que durante él se relacionaron de alguna manera con el derecho – no sólo como abogadas o abogados, ni siquiera como funcionarias o funcionarios del sector público o privado, o como individuos que aprovechando el poder se escudaron detrás de la pirámide kelseniana para tutelar intereses particulares, sino también como ciudadanos y ciudadanas que ejercieron el voto para elegir a sus gobernantes, como habitantes que pagaron sus impuestos para colaborar con sus Estados, como personas que no querían guerras, o de manera quizá más sensible, como seres sujetos de alguna institución disciplinaria, como los hospitales, los manicomios, los orfanatos, los campos de concentración y exterminio, las cárceles y demás. La versatilidad de ambas teorías y, de alguna manera, también su

58 Walter, R., *La estructura del orden jurídico. Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 119.

59 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*... pág. 125.

interiorización pétrea en el pensamiento jurídico, impidieron analizar otras opciones que, además de ser jurídicamente correctas, estarían llenas de inclusión, de igualdad estructural[60], de posibilidades de acción y demás particularidades que en suma representan una mejor tutela y promoción de los derechos humanos. De estas posibilidades acá solamente se dará cuenta de una: la inversión estructural de la pirámide kelseniana.

La inversión estructural de la pirámide kelseniana mantiene una relación genealógica con el principio de progresividad de Nikken[61] y, así como las nuevas generaciones suben sobre los hombros de las anteriores para mejorar su mundo, ésta da paso a nuevas posibilidades para concebir los derechos humanos, los cuales serán su exclusivo objeto, delimitando así su campo de acción. En este sentido, el modelo propuesto solamente puede aplicarse en materia de derechos humanos, en consideración de que "los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento del Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma"[62]. Esta particularidad se manifiesta en una disposición contenida en diversos órdenes constitucionales cuya implicación es que la enunciación constitucional de los derechos, por su inherencia a las personas, no constituye la negación de otros que no consten en la Constitución respectiva[63], circunstancia que a su vez conlleva a que "los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben tener

60 Respecto a la igualdad estructural, Saba ha indicado lo siguiente: "De acuerdo con esta perspectiva, resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que dé cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad. Esta segunda concepción del principio de igualdad ante la ley, relativamente ausente de la discusión constitucional local [...] se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente 'ciego' a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas". Saba, R., "(Des) igualdad estructural", en: Alegre, M. y R. Gargarella, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2007, pág. 166.

61 Nikken, P., "El concepto de derechos humanos", en: *Estudios básicos de derechos humanos I*. IIDH, San José, Costa Rica, 1994, págs. 25-27.

62 *Ibídem,* pág. 24.

63 *Ibídem,* pág. 24.

supremacía jerárquica de los derechos constitucionales y estar bajo la cobertura constitucional"[64] y, en caso de que sean más garantes que los reconocidos por la misma carta magna, por su progresividad, deberán ser jerárquicamente superiores a ella.

Es precisamente la progresividad tan propia de los derechos humanos la que posibilita que la inversión estructural de la pirámide kelseniana les tenga como objeto y propósito para replantear la concepción positivista del orden jurídico. Al partir de la premisa de que las regulaciones provenientes del DIDH deben tener la misma cobertura constitucional, o bien, superior en caso de ser más garantista que el orden interno, no solamente se les otorga un lugar superior respecto de las normas nacionales –lo cual ya había sido previsto por el mismo Kelsen[65]–, sino que también deben erigirse como parámetro de control interno para su misma normativa[66].

En la estructura desarrollada por Kelsen, la determinación sustancial ejercida por la norma superior implica que la norma inferior está circunscripta, delimitada, por el espectro de acción requerido por su superior jerárquica, siendo que si excede de tales determinismos, podría correr la suerte de ser anulada y cerrar los ojos ante la realidad

64 *Ibídem,* pág. 26.

65 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*... pág. 117.

66 Acerca de este punto se profundizará en el siguiente apartado. Así mismo, este tipo de control, a propósito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya ha sido avalado por la Corte IDH mediante la creación del control de convencionalidad, refiriendo lo siguiente: "124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. San José, Costa Rica, 2006, párr. 124.

que regula. Esta noción heredada del positivismo, busca la descripción armoniosa de un sistema jurídico que dista mucho de ser imparcial o apolítico, donde la producción normativa está regida –tal y como es en la actualidad– por una innumerable cantidad de intereses, circunstancias y demás fuerzas que nos hacen recordar la inversión que del principio de Clausewitz realizaba Foucault, afirmando que "la política es la continuación de la guerra por otros medios"[67]. De ahí que la Teoría Pura del Derecho diese la espalda a otras posibilidades quizá más asociadas a esa realidad conflictiva en la producción del derecho, posibilidades que sirven de plataforma para plantear las siguientes preguntas: ¿qué pasaría si esa norma inferior, pese a contrariar a aquella que le determina, fuese compatible con otra norma superior de la que buscaba originarla? Aún más, ¿qué sucedería si esa norma inferior fuese de orden infralegal y, pese a su carácter refractario contra todo el orden nacional, en ella yaciera la compatibilidad con una norma del DIDH[68]? ¿Cuáles serían sus implicaciones para la producción normativa? ¿Cómo afectaría tal posibilidad a nuestra concepción del orden jurídico respecto al DIDH? La respuesta a estas preguntas es acá planteada desde la inversión estructural de la pirámide kelseniana.

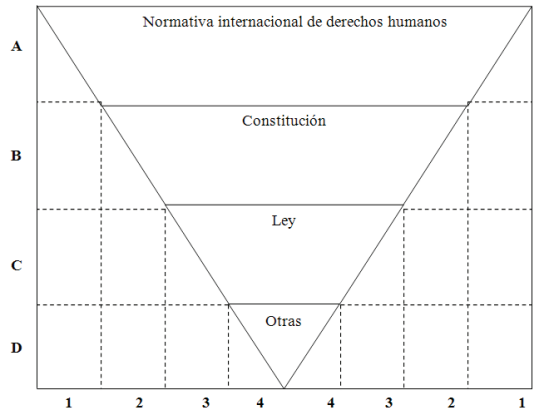
La inversión estructural de la pirámide kelseniana, además de ser un modelo de aplicación sólo en materia de derechos humanos, no altera el orden jerárquico de la pirámide kelseniana, sino que replantea su manera de aplicación con relación a la determinación de las normas que deberán prevalecer, ya no por su rango piramidal –como lo propone el modelo positivista–, sino por su contenido y compatibilidad con el DIDH. Se considera no solamente que de la norma superior deriva la inferior, sino que la primera por definición abarca y supera los contenidos de la segunda, por lo cual, si bien el contenido de la norma inferior podrá delimitarse exclusivamente a la determinación de su antecesora, también

67 Foucault, M., *Defender la sociedad*... pág. 28.

68 Respecto a las posibles disonancias entre normas internas –constitucionales– e internacionales, Neuman propone que tal divergencia puede ser producto de inconsistencias entre los aspectos consensuales, suprapositivos e institucionales relacionados tanto con los derechos humanos como con los constitucionales. Neuman, G., "Human Rights and Constitucional Rights: Harmony and Dissonance", *Stanford Law Review* 55, 2003, págs. 1863-1900.

podrá alcanzar los límites de las otras normas superiores que regulen el mismo objeto – noción sustancial no sistemática. De ahí que puedan poseer disposiciones no consideradas por su norma superior inmediata, pero compatibles con las proposiciones jurídicas superiores previas. El modelo propuesto puede figurarse de la siguiente manera:

Inversión estructural de la pirámide kelseniana



El modelo de inversión estructural de la pirámide kelseniana no sólo esquematiza la determinación sustancial de la norma superior sobre la inferior –trazada en el contenido normativo yacente dentro de la sucesión piramidal–, sino que además vislumbra posibles alcances de compatibilidad entre la norma inferior y cualquier norma superior relacionada con el DIDH. Así, dentro de la categoría indicada como **Otras**, podrán estar reglamentos o estatutos que, por definición, están subordinados al rango legal, pero que en este modelo pueden tener alcances más protectores de los derechos humanos si regulan disposiciones que, pese a no estar establecidas en la norma superior inmediata, resultan compatibles con las normas superiores a esta última. Por ende, la norma de rango inferior deberá prevalecer sobre su superior inmediata por un criterio de compatibilidad sustancial con normas superiores en materia de derechos humanos. Por ejemplo, acorde con el esquema planteado, el cuadrante **A1** puede no estar regulado constitucionalmente –esto al suponer que la Constitución consagró derechos hasta **B2**–, pero si un reglamento lo regula dándole

a su contenido propio un alcance hasta el cuadrante **D1** –que según el modelo concordaría plenamente con el **A1**, dado que ambos pertenecen a la columna 1–, la disposición reglamentaria, por ser aún más compatible con el DIDH, deberá prevalecer aun sobre las disposiciones constitucionales y demás normas internas. La columna 1 estructura el espectro de tutela de la normativa internacional de derechos humanos.

El modelo adeuda su calificativo estructural precisamente a las consecuencias de su aplicación, ya que al permitir que órganos o sujetos no legislativos dicten normas que puedan ser superiores y obligatorias a nivel interno respecto del resto del orden jurídico, con el exclusivo requisito de que tales disposiciones logren adecuarse más al DIDH que el resto del ordenamiento jurídico, definitivamente brinda una herramienta que contribuiría a la erradicación del "fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad"[69].

Para esquematizar lo recién indicado, supóngase que a un pueblo originario, entendido como un grupo desaventajado[70], sus tierras le fueron sistemáticamente quitadas y nunca le fueron devueltas. Así, con el objetivo de recuperarlas, ha realizado durante años litigios internos infructuosos y luego, con algo de suerte, ha llevado el caso a instancias internacionales, las cuales, por su volumen de trabajo, no han resuelto el problema, contribuyendo así al sometimiento estructural del grupo. Si se aplicase la inversión estructural de la pirámide kelseniana, el grupo, en tanto organización, podría haber dictado alguna norma con el propósito de la restitución de las tierras, norma que, sin importar su rango jerárquico, al ser más compatible con el DIDH –como podría ser el Convenio No. 169 de la OIT o, inclusive, la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, debería prevalecer sobre el resto del

69 Saba, R., "(Des)igualdad estructural"… pág. 166.

70 Fiss ha caracterizado a estos grupos de la siguiente forma: "Por un lado, el grupo constituye una entidad (aunque no implique un cuerpo físico). Esto significa que el grupo tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tiene una identidad propia. Es posible, así, hablar del grupo sin referirse a los miembros particulares que lo componen. Por otro lado, el grupo se distingue por la condición de la interdependencia. Esto es, la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y el bienestar del grupo se encuentran interrelacionados". Fiss, O., "Grupos y la cláusula de la igual protección" (1976), en: Gargarella, R., *Derecho y grupos desaventajados*. Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 138.

ordenamiento normativo nacional. De esta manera, la norma dictada por el pueblo originario debería tener un contenido que abarcara hasta el cuadrante **D1** –identificado con **A1** y que significaría la restitución de las tierras originarias–, así se superarían los límites nacionales estancados en **B2** –identificado con **D2** y que configura la negativa de titularizar las tierras a favor del pueblo originario–, alcanzando la meta que sería **A1**, es decir, el espectro de tutela del DIDH.

Para la efectividad del modelo propuesto se deberían considerar al menos dos cuestiones: primero la población destinataria de la tutela y, en segundo lugar, un sistema de control de supraconstitucionalidad de la norma inferior dictada. En términos efectivos, la población destinataria estaría constituida por las personas que presenten una relación de interdependencia con el grupo desaventajado, tal y como lo ha expuesto Owen Fiss[71]. Así mismo, debe existir institucionalmente un sistema de control de supraconstitucionalidad, orientado precisamente a legitimar de manera directa la compatibilidad entre la norma inferior con normativa proveniente del DIDH, labor que podría ejercerse por un tribunal cuyas particularidades se adapten al sistema judicial o de control normativo correspondiente al país respectivo.

El contenido de la norma inferior compatible con la normativa internacional de derechos humanos, deberá mantener una relación sustancial con las normas superiores no necesariamente sistemática. Es decir, la norma inferior podrá o no derivar directamente de la norma superior, pues lo que importa para la aplicación del modelo es que ambas normas compartan el objeto de regulación y no que pertenezcan al mismo sistema –escalonado– de determinación normativa. De tal manera, cuando normas de diferente rango y sistema de determinación regulan de forma diferente un mismo objeto, ya no aplicará el criterio de especialidad, sino que prevalecerá un criterio de compatibilidad con la norma del DIDH, independientemente del rango de la norma que deba predominar. Situación similar ocurriría cuando, ante la inexistencia de una ley específica, otras normas regulen lo que debería ser el objeto de aquella norma, una de rango legal y otra infralegal. Así, la que debería prevalecer ante un conflicto normativo sería precisamente aquella que mejor supla los requerimientos determinados desde el DIDH.

71 Véase nota al pie 70.

La inversión estructural de la pirámide kelseniana es, entonces, un modelo que permite explicar la creación y prevalencia de normas estructurales, orientadas por el DIDH, aplicable para cualquier situación donde precisamente se menoscaben derechos fundamentales bajo el auspicio ya sea del silencio o de la acción del manejo normativo nacional. Además, cabe indicar que la concepción positivista kelseniana, desde la perspectiva del modelo aquí propuesto, no podría solucionar plenamente los conflictos entre normas estimando que la norma superior podría ser anulable por no disponer los extremos normativos del DIDH, pues existe la posibilidad de que esa omisión no signifique una contradicción con tal norma internacional, sino quizá que no alcanzó su espectro de tutela de los derechos humanos. Por último, si se quisiera desarrollar alguna visión reduccionista de la inversión estructural de la pirámide kelseniana desde el lente propio del positivismo, se dejaría de lado uno de los puntos medulares del modelo: la pronta y versátil capacidad de agencia normativa que ofrece directamente a grupos desaventajados.

Corresponde ahora aplicar la inversión estructural de la pirámide kelseniana al problema bajo estudio, el hacinamiento penitenciario en Costa Rica, especialmente la situación de la normativa nacional referente al tope máximo punitivo con relación a lo regulado en el Estatuto de Roma.

ii. Aplicación de la inversión estructural de la pirámide kelseniana al tema del tope máximo punitivo en Costa Rica

Tal y como se ha referido anteriormente, existe una contradicción entre la disposición del artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma y el numeral 51 del Código Penal costarricense, toda vez que el primero, para delitos de extrema gravedad, estipula como tope máximo punitivo un monto de 30 años de prisión, mientras que el segundo regula tal tope en 50 años de cárcel, aun para delitos de lesividad menor. En este sentido, la ley penal mantendría una relación de negación de su superior jerárquica. No obstante, a nivel nacional ha sido considerada respetuosa de los derechos humanos de las personas privadas de libertad[72].

72 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 10543-2001 de las 14:56 horas del 17 de octubre de 2001 y, en igual sentido, voto 04522-2009 de las 15:50 horas del 18 de marzo de 2009.

Desde la perspectiva del modelo propuesto, el Estatuto de Roma efectivamente regula hasta **A1** –y, por ende, a toda la columna 1 que constituye la negación de cualquier pena superior a 30 años de prisión–, no obstante, el artículo 51 del Código Penal, primeramente, no trasciende de **B2** y, en segundo lugar, sus alcances niegan los alcances posibles a la columna 1, toda vez que permite un tope máximo punitivo de 50 años de prisión. En este contexto, para coordinar al orden jurídico nacional con el internacional de derechos humanos, sería necesaria alguna norma que bien podría ser infralegal, que prohíba cualquier pena de prisión superior a 30 años, pero una norma de este tipo actualmente no existe en Costa Rica. Pese a ello, sí consta otra cuya aplicación podría ser analizada desde el modelo de inversión piramidal.

En Costa Rica, no existe una ley de ejecución penal, de ahí que lo que deberían ser sus disposiciones se encuentran reguladas en diferentes cuerpos normativos, entre ellos el Código Penal y el Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario. En el artículo 64 del Código Penal se consagran los requerimientos para conceder la libertad condicional, dentro de los que destaca que se haya cumplido la mitad de la pena[73], de tal forma, que en caso de que se aplicase para alguien que estuviera descontando una condena de 50 años de cárcel, en caso de cumplir con los requerimientos podría acceder a tal beneficio a los 25 años de haber ingresado a la prisión. Este beneficio penitenciario, por estar regulado en el Código Penal, posee el mismo rango normativo que lo dispuesto en el numeral 51 del mismo cuerpo legal. Su coexistencia en gran parte se debe a que responden a naturalezas distintas, en el tanto los alcances del citado artículo 51 pretenden que la pena máxima de 50 años de prisión sea un límite al cumplimiento penitenciario sin ningún tipo de beneficios, mientras que la libertad condicional es un beneficio propiamente dicho y, como tal, puede ser revocado[74]. Sin embargo, existe otra norma que de alguna manera es más garantista que las anteriores, el artículo 25 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, cuya aplicación permite que cuando se cumpla el tercio de la pena, se pueda optar por un cambio de modalidad a un sistema semi-institucional, lo

73 Asamblea Legislativa, *Código Penal...* art. 64.

74 *Ibídem,* art. 67.

que implica que solamente habría que pernoctar algunas noches por semana en la prisión[75].

La inversión estructural de la pirámide kelseniana, por tratarse de un modelo orientado a la promoción y tutela de los derechos humanos consagrados en el derecho internacional, no puede considerar al derecho como un universo en sí mismo, desligándolo de aquello que regula, por ende, considera las situaciones que apremian a los derechos de grupos desaventajados. Para el caso de la situación penitenciaria en Costa Rica esto implica analizar el tema carcelario a la luz de un contexto de hacinamiento y de todos los problemas que el mismo conlleva para las garantías de las personas privadas de libertad. En este sentido, la regulación derivada del artículo 25 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario que permite a la persona egresar previamente de los límites que imponen los muros de la cárcel, podría contravenir al instituto de la libertad condicional, regulado en una norma sustancialmente superior. No obstante, dado un contexto de sobrepoblación penitenciaria, esta norma reglamentaria sería más compatible con otras superiores del orden del DIDH[76] que la disposición que norma la libertad condicional, consecuentemente, la norma reglamentaria debería prevalecer sobre la legal. En este sentido, acorde con el modelo de inversión piramidal, los alcances de la norma reglamentaria llegan hasta **D1**, mientras que los de la legal no trascienden de **C2**.

Si bien la disposición recién referida del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario es más afín con la tutela de los derechos humanos de las personas presas, no se debe a su compatibilidad con

75 Este artículo, en lo pertinente estipula que "[l]a valoración técnica podrá incluir recomendaciones ante el Instituto Nacional de Criminología para el cambio de modalidad de custodia y pernoctación, una vez que la persona privada de libertad haya cumplido al menos el primer tercio de la pena total. Si la persona privada de libertad tiene varias sentencias por descontar, el cambio de programa se podrá recomendar hasta que haya cumplido el tercio de la pena total de la última sentencia". Presidencia de la República y Ministra de Justicia y Gracia, *Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario...* art. 25.

76 Tal es el caso del artículo 10 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o del numeral 5 inciso 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dado que ambos tutelan la readaptación social como objetivo de las penas privativas de libertad.

el artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma, pues por ser un egreso parcial condicionado de la prisión, no puede implicar la libertad total del privado o privada de libertad. En este sentido, desde la inversión estructural de la pirámide kelseniana, será necesario que alguna organización legitimada dicte una norma que disponga como tope máximo punitivo 30 años de prisión, logrando así alcanzar el espectro de tutela de dicha norma internacional, debiendo luego de ello pasar por un control de supraconstitucionalidad, labor cuyo objetivo será dotar de legitimidad pronta y efectiva a las normas estructurales respectivas, punto último que será analizado en la siguiente sección de este estudio.

b. El control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos (control DIDH)

Para su efectividad, la inversión estructural de la pirámide kelseniana requiere de un órgano de control que, de manera pronta y sin mayor requerimiento de formalidades, vele por la compatibilidad entre las normas estructurales y el DIDH, dotando de legitimidad a tales disposiciones. Este engranaje institucional será abordado en este apartado.

El control de supraconstitucionalidad o control DIDH, encuentra su más próximo antecedente en el control de convencionalidad desarrollado en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, donde la Corte IDH consideró lo siguiente:

> 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que

> del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[77].

En el párrafo recién destacado, la Corte IDH dispuso precisamente un control de compatibilidad de la normativa interna efectuado desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de lo cual, tal y como lo ha indicado Néstor Sagüés, derivan importantes implicaciones, no solamente que "el Pacto está jurídicamente por encima de la Constitución"[78], sino que además

> [...] la norma subconstitucional que efectivice un derecho emergente del Pacto, es jurídicamente válida, aunque colisione con una regla constitucional que impida la vigencia del derecho emergente del Pacto [...] el "control de convencionalidad" se perfila a la postre, en los veredictos que citamos, como un "control de supraconstitucionalidad"[79].

El enfoque dado al control de convencionalidad, tanto por parte de la Corte IDH como de Sagüés, se centra en el análisis de la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de las interpretaciones que de la misma haya realizado tal tribunal internacional. No obstante, no lleva más allá a las circunstancias que ello plantea, a sus implicaciones para el control de los derechos humanos, lo cual acá se propone desde el control DIDH.

El control DIDH, así como el control de convencionalidad, también implicaría que los tribunales nacionales velasen por la compatibilidad de las normas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las interpretaciones que la Corte IDH realice acerca de tal instrumento. No obstante, esta sería una tarea específica de una más amplia, que sería el control de supraconstitucionalidad en sentido estricto, examen realizado únicamente con relación a los derechos humanos por los mismos motivos que la inversión estructural de la pirámide kelseniana solamente se avoca a tal materia. De tal forma, el control DIDH será ejercido igualmente en los sistemas nacionales, pero

---

77 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile...* párr. 124. En igual sentido, Corte IDH, *Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú...* párr. 128.

78 Sagüés, N., "El 'control de convencionalidad', en particular sobre las constituciones nacionales", *La Ley*, Año LXXIII, No. 35, 2009, pág. 3.

79 *Ibídem,* pág. 3.

con relación a los instrumentos internacionales respectivos[80], teniendo como uno de los parámetros rectores el principio de progresividad, de tal suerte que siempre deberá optar por aplicar como criterio de compatibilidad la norma internacional que más tutele los derechos humanos para la situación sometida a su conocimiento.

Además del control de supraconstitucionalidad en sentido estricto, el control DIDH deberá cumplir otra función medular, la cual no ha sido considerada por el control de convencionalidad: la legitimación de las normas estructurales que pretendan su valor supraconstitucional mediante la aplicación de la inversión estructural de la pirámide kelseniana. Esta labor comprenderá como mínimo la resolución respecto a la compatibilidad de la norma estructural con la norma del derecho internacional. Determinada la compatibilidad, podrá suceder una de las siguientes posibilidades:

1. Que las normas superiores a la norma estructural no sean contrarias a lo dispuesto en la normativa internacional respectiva, sino solamente omisas, es decir, no alcanzaron el espectro de tutela de la norma internacional –columna 1 del modelo de la inversión piramidal–, pero sus disposiciones no vulneran lo dispuesto en ella. En este supuesto, el control DIDH no tendría la obligación de pronunciarse acerca de la compatibilidad del resto del orden jurídico nacional con la normativa internacional correspondiente.

2. Que las normas superiores a la norma estructural sí sean contrarias a lo dispuesto en la normativa internacional respectiva. En este supuesto, el órgano encargado del control DIDH deberá declarar la incompatibilidad de las normas nacionales correspondientes con la normativa internacional del caso, teniendo como consecuencia la anulabilidad de las normas refractarias. Estas normas deberán

80 Tales instrumentos internacionales deberán ser determinados según el ordenamiento interno, de tal manera, el control DIDH mínimo deberá realizarse con base en los instrumentos internacionales en derechos humanos ratificados por el Estado, o bien, como en el caso de Costa Rica, se realizará no solamente con relación a tales normativas, sino también con aquellas que sin haber tenido el trámite de incorporación nacional, fuesen más tutelares de los derechos fundamentales. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, fallo 9685-2000 de las 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000.

declararse nulas para evitar no sólo la posibilidad de coexistencia de resoluciones contradictorias en caso de que otro tribunal conozca el análisis de compatibilidad supraconstitucional de tal disposición, sino también para impedir que tales disposiciones internas legitimen alguna posible violación de derechos humanos.

La consecuencia más importante de la declaración de compatibilidad DIDH, además de la anulación de las normas controvertidas, es la legitimación de la norma estructural, otorgándole así la validez necesaria para exigir su acatamiento.

La organización, vinculación institucional y conformación del órgano que ejerza el control DIDH, deberá determinarse con base en las particularidades normativas y políticas de cada país. No obstante, se intuye que para que su funcionamiento sea lo más transparente posible, quienes le integren deberán ser personas con una imparcialidad intachable, mitigando así que interfieran intereses ajenos al objetivo de tal control.

El control DIDH, podrá ser criticado desde concepciones democráticas que consideren al poder legislativo como detentador de un monopolio en la creación de leyes como ejercicio de una asumida representatividad. También podrá ser censurado por quienes estimen que podría representar un peligro para un orden constitucional o inclusive para la soberanía estatal. No obstante, estas críticas deberán considerar que si la norma estructural deriva directamente de grupos desaventajados, es decir, de grupos integrantes de ese *demos* de la democracia, quizá no representen un peligro para esta última. Así mismo, si la disposición creada cubre ese espectro de tutela de los derechos humanos que el orden jurídico nacional no alcanza o niega, entonces no será enemiga de la Constitución ni de la soberanía estatal, sino colaboradora de uno de los objetivos más nobles de éstas, la protección de los derechos humanos sus destinatarios.

Conclusiones

Analizados los informes anuales del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura desde 1988 hasta la actualidad, se ha determinado que el hacinamiento penitenciario es un problema para la

mayoría de los Estados parte latinoamericanos, apreciación compartida desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el caso de Costa Rica también se ha detectado el problema de sobrepoblación carcelaria, dificultad que posee más de dos décadas de persistencia, pese a lo cual no solamente no se ha erradicado, sino que se ha maximizado por particularidades como la duplicación del tope máximo punitivo a 50 años de prisión, disposición que contraviene lo normado en el artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma.

Para mitigar situaciones con la recién indicada, debería de existir algún sistema que procure la prevalencia supraconstitucional de normas que, sin importar su rango, sean afines al DIDH, sistema que podría ser logrado mediante la inversión estructural de la pirámide kelseniana y legitimado por un control de supraconstitucionalidad de los derechos humanos o control DIDH. En Costa Rica, pese a existir normativa reglamentaria que permite un egreso parcial previo de las cárceles y, dado un contexto de hacinamiento penitenciario, más compatible con los derechos de las personas presas, aún no existe alguna norma que compatibilice al orden jurídico patrio con lo establecido en el artículo 77 inciso 1.a) del Estatuto de Roma, resultando imperativo realizar tal disposición. La inversión piramidal constituye una propuesta para la creación de esa norma estructural.

In Search of the Standards of Proof Applied by the Inter-American Court of Human Rights

*Álvaro Paúl**

Domestic courts, especially in the common law system, explicitly use different standards of proof, which will guide them when determining whether some hypothesis of a case is proven. These standards also exist in international adjudication, even if not as clear-cut as in domestic jurisdictions. In the case of the inter-American tribunal, it has neither been given a standard of proof nor has it set one on its own accord. Nevertheless, the practice of the Court reveals some trends in this matter, despite not yet being very systematic. This paper will endeavor to analyze different cases of the inter-American tribunal and describe the way in which this court proceeds. When doing so it will also make reference to a misunderstanding caused by an incorrect translation of the Court's case law, and to a probabilistic reasoning for proving human rights violations. This paper will conclude that the Court applies different standards of proof for different matters, but that it generally utilizes a standard of preponderance of evidence.

Introduction

Standards of proof are important not only because of their practical effect, but also because of their symbolic meaning.[1] Indeed, a Court's explicit reference to standards of proof reveals its priorities when adjudicating. This is also true when it comes to international adjudication, where the symbolic meaning of a standard of proof may

* Chilean Lawyer, graduate from Universidad de los Andes (Chile), Master in Law (MJur) from the University of Oxford, Philosophy Doctor candidate (PhD) at Trinity College Dublin, and was a Visiting Professional at the Inter-American Court of Human Rights (2010). I am most grateful to Prof. William Binchy and to Oswaldo Ruiz Chiriboga for their helpful suggestions and comments.

1 Addington v. Texas, 441 US 418 (1979), 60 L Ed. 2d 323, 99 S Ct 1804, pp. 424, 426.

reflect issues such as whether courts grant States a presumption of good faith. Some international courts explicitly assert the different standards of proof they use, but others do not. The latter describes the case of the Inter-American Court of Human Rights, whose practice in this regard is not particularly clear. This is unfortunate, since procedural rules of evidence are of paramount importance for the inter-American tribunal, a court which accepts and assesses evidence in most of the cases it analyzes. It does so not only for proving domestic laws and proceedings, but also for assessing directly the facts of a case. This approach is in contrast to that of the European Court, which tends to respect the fact-finding process undertaken by domestic courts, unless there are "cogent elements" for doing the opposite.[2]

The European Court assumes that ordinarily national adjudicators have a better chance to reach appropriate conclusions as a result of their investigatory activities. On the contrary, the Inter-American Court has no major issue with revising domestic fact-finding, despite the reality that national tribunals have higher compulsory powers for obliging the involved parties to cooperate with the procedures than the Inter-American Court, and that, in general, will be able to access evidence sooner after the facts occurred.[3] Different hypotheses may explain this stance towards domestic fact-finding, but it is not necessary to explain them in this paper. It is enough just to give, as an example of these reasons, the cases that often reach the Court due to an exception to the

2 Leach, P., C. Paraskeva and G. Uzelac, *International Human Rights & Fact-Finding. An Analysis of the Fact-Finding Missions Conducted by the European Commission and Court of Human Rights*. Human Rights & Social Justice Research Institute, London, 2009, p. 13. This latter tribunal has even stated that "it is not within the province of the European Court to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for these courts to assess the evidence before them." Edwards v. The United Kingdom (App. no. 13071/87) ECHR 16 December 1992, para. 34. According to Murray, the African Commission on Human and Peoples' Rights would adopt a stance similar to that of the European Court. Murray, R., "Evidence and Fact-finding by the African Commission", at *The African Charter on Human Rights and People's Rights*, 2. Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 163-164.

3 Certain types of evidence are potentially more accurate when gathered immediately after the facts, e.g. testimonial evidence or personal inspections undertaken by the judge.

rule of exhaustion of local remedies, in which the facts would not be settled by a domestic court.[4]

When assessing evidence, the European Court affirms that it "has generally applied the standard of proof 'beyond reasonable doubt'."[5] This international tribunal declares to apply this standard since Ireland v. the United Kingdom.[6] However, the European Court has made the caveat that this statement "should not be seen as referring to the Anglo-Saxon standard for criminal cases combined with the special rules of evidence prevailing there."[7] Indeed, this court states that "it has never been its purpose to borrow the approach of the national legal systems that use that standard. Its role is not to rule on criminal guilt or civil liability but on Contracting States' responsibility under the Convention."[8]

---

4 This would be in contrast to what used to be the case in the European system, where "[o]nly rarely has the requirement of exhaustion of domestic remedies been waived on the grounds of futility or lack of availability." Fitzpatrick, J., "Human Rights Fact-Finding", at Anne F. Bayefsky (ed.), *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*. Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, p. 69.

5 Enukidze and Girgvliani v. Georgia (App. No. 25091/07) Eur. Ct. H.R. (Apr. 26, 2011) para. 285.

6 Ireland v. The United Kingdom, 25 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) para. 161 (1978). The use of this standard was originally stated by the European Commission in the Greek case (applications presented by the Governments of Denmark, Norway, Sweden, and The Netherlands against the Government of Greece). In it, the Commission defined that "[a] reasonable doubt means not a doubt based on a merely theoretical possibility or raised in order to avoid a disagreeable conclusion, but a doubt for which reasons can be given drawn from the facts presented." Greek case, 1969 Y.B. Eur. Convention on H.R. 196.

7 Frowein, J. A., "Fact-Finding by the European Commission of Human Rights", at Richard B. Lillich (ed.) *Fact-Finding Before International Tribunals*. Transnational Publishers, Inc., Ardsley-on-Hudson, New York, 1992 (Eleventh Sokol Colloquium), p. 248. See also Leach, P., C. Paraskeva and G. Uzelac, *International Human Rights & Fact-Finding...* p. 15.

8 Nachova and others v. Bulgaria (App. nos. 43577/98 & 43579/98) Eur. Ct. H.R. para. 147 (July 6, 2005). This judgment set an end to the criticisms arising from the use of a standard that in the Anglo-Saxon tradition is used for criminal proceedings, a fact which could have several readings. Kinsch, P., "On the Uncertainties Surrounding the Standard of Proof in Proceedings Before International Courts and Tribunals", at *Liber Fausto Pocar*, vol. I-Individual Rights and International Justice. Giuffrè Editore, Milan, 2009, pp. 435-436, last visited 19 July 2011, at http://ssrn.com/abstract=1777093. This approach of the Court was previously adopted by the late European Commission, despite its strict

In contrast to the European Court, the only explicit references of the inter-American tribunal to the standards of proof are due to a mistranslation in the English version of its jurisprudence.[9] This lack of reference to the standards of proof may occur because the Inter-American Court's case law is strongly influenced by the civil law tradition, where this notion is largely absent.[10] In fact, it is surprising that, despite the presence of an overwhelming majority of civil law judges, the European Court of Human Rights has a clearer standard of proof than that of the inter-American tribunal, where usually one of its seven permanent judges belongs to a common law country. However, it is probably no coincidence that the first case in which the European Court referred to its standard of proof was one in which two common law countries were involved.[11]

The object of this article will be to define whether the Inter-American Court implicitly utilizes any particular standard of proof. To do so, this paper will begin by clarifying this concept and explaining what is the general situation in civil law systems. However, before beginning this

---

definition of the standard of beyond reasonable doubt. Indeed, the Commission "felt not bound by any formal standards of proof. It rather inferred from what had been stated by witnesses in the light of all the circumstances." Frowein, J. A., "Fact-Finding by the European Commission of Human Rights"... p. 247. The European Court stated in the case Jalloh v. Germany that it applied the standard of proof beyond reasonable doubt for proving violations of Article 3, but also asserted that it may use not only direct evidence for achieving this standard. It would also use evidence coming from the "coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact." Jalloh v. Germany, 2006-IX Eur. Ct. H.R. para. 67.

9 This issue will be analyzed in the next section of this paper. Not only do the founding documents of the Inter-American System state nothing regarding the standard of proof, but there are also no general principles of law recognized by civilized nations stating a particular rule in non-criminal standards of proof. Kinsch, P., "On the Uncertainties Surrounding the Standard of Proof in Proceedings Before International Courts and Tribunals"... pp. 428-432.

10 The relation between Civil Law systems and standards of proof will be dealt with in more detail later on this paper.

11 And therefore, in a court composed of seventeen judges there were two judges with a Common Law background - Mr. P. O'Donoghue and Sir Gerald Fitzmaurice. The first case in which this standard was set in the European system, the Greek case, there were also two judges of a Common Law background among the fifteen members of the Commission, Mr. P. O'Donoghue and J. E. S. Fawcett. Greek case, 1969 Y.B. Eur. Convention on H.R. 6.

analysis, it is important to give a brief overview of the Inter-American System of Human Rights, which was created within the context of the Organization of American States (OAS).[12] Its main human rights instruments are the 1948 American Declaration of the Rights and Duties of Man, and the 1969 American Convention on Human Rights.[13] The structure of the Inter-American System resembles to some extent the European System in its early years of existence, since there is a joint operation of a Commission and a Court of Human Rights.[14] The Inter-American Court was established by the American Convention as the competent organ for the protection of this treaty's wide catalogue of human rights. In its more than thirty year of existence it has issued around 140 final judgments dealing with an extensive range of matters. The fact that there is no direct individual access to the Court may explain this small number of final decisions.[15] People can only present their petitions to the Inter-American Commission, which after a quasi-judicial procedure will decide whether to present a case to the Court. Once a matter reaches the inter-American tribunal, the Commission will always "appear as a party before the Court."[16] Nevertheless, the alleged victim will have many powers in the presentation of pleadings, motions and evidence.[17]

---

12 For a description of this system see Faúndez Ledesma, H., *The Inter-American System for the Protection of Human Rights: Institutional and Procedural Aspects*, Charles Moyer trans. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2008, http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_125911109/interamerican_protection_hr.pdf (last visited Feb 25, 2011).

13 American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948), and American Convention of Human Rights [American Convention], 22 November, 1969, OAS T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, both reprinted in Inter-American Court of Human Rights, *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System* (Updated to February 2011). Secretariat of the Inter-American Court of Human Rights, San José, 2011, pp. 19 and 29, respectively, last visited 30 Aug. 2001, at http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/eng_docs2011.pdf. There are also other OAS documents and treaties referring to human rights. See *ibidem* at 77 ff.

14 The former is located in Washington D.C, and the latter in San José, Costa Rica.

15 Art. 44 of the American Convention.

16 Statute of the Inter-American Court of Human Rights, Art. 28.

17 Art. 24 of the Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights (San José, Costa Rica, approved Nov. 24, 2009, entered into force Jan. 1, 2010), reprinted in Inter-American Court of Human Rights, *Basic Documents*

1. Preliminary Issues

a. The Standard of Proof

i. The Standard of Proof in Common and Civil Law Systems

A standard of proof is a benchmark that specifies a minimum threshold of cogency that the evidence must reach in order to consider some hypothesis as proven.[18] Once this degree of cogency is reached, the – legal – burden of proof is discharged, and the party who bore this burden will be successful in his or her attempt to prove a particular fact.[19] "How much more cogent or convincing the evidence is required to be is determined by rules of law relating to the standard of proof."[20] These benchmarks will vary according to the nature of the dispute and to the jurisdiction in which they are applied.

The notion of a standard of proof is not frequently utilized by international adjudicators. This could be explained by this concept's common law origins, which is the reason why civil law systems do not, generally, make an explicit use of it either.[21] However, even though not explicitly stated, judges of both systems will apply a standard of proof. This is so because all judges will be faced at some point with evidence which is neither meagre nor conclusive, facing doubts when adjudicating. In this case judges will have to decide, according to the strength of their doubts, which party of the case they will favour. In other words, even if not explicitly announced, judges will always apply a standard of proof when addressing their doubts regarding the facts of

Pertaining to Human Rights in the Inter-American System... p. 196. Available at http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm (last visited Feb. 25, 2011) [hereinafter IACtHR's Rules of Procedure].

18 Laudan, L., *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press, New York, 2006, p. 64, and Keane, A., *The Modern Law of Evidence*, fifth editioon. Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 2000, p. 90.

19 *Ibidem*, p. 73. When utilizing the expression "burden of proof", this work will refer to the obligation imposed on a party to prove a fact in issue.

20 *Ibidem*, p. 90.

21 Nevertheless, there are some exceptions to this rule, as it happens with some domestic statutes establishing a standard of proof, especially in criminal cases. E.g., a beyond reasonable doubt standard is established in *Código Procesal Penal* [Cód. Proc. Pen.] [Criminal Procedure Code] art. 9 (Costa Rica), and *Cód. Proc. Pen.* [Criminal Procedure Code] art. 340 (Chile).

a case (this assertion does not apply equally in cases where judges are not faced with a true-or-false case, such as in territorial disputes, where they may decide on a medium way).

Beyond reasonable doubt is the highest standard of proof in common law systems and is utilized in criminal cases.[22] This standard requires the evidence to be so strong against a party "as to leave only a remote possibility in his favour, which can be dismissed with the sentence 'of course it is possible but not in the least probable'."[23] In civil cases, courts will use a lower standard of proof called preponderance of evidence or proof in a balance of probabilities. This standard will just require evidence to show that it is more likely than not that a past event happened. In the United States there is also a standard between that of civil and of criminal cases. The name of this intermediate standard is not fixed, but it has been called the standard of clear and convincing evidence.[24]

The notion of the standard of proof is not equally developed in civil law systems.[25] Generally speaking, they have no clearly defined standard of proof. In these systems, "for criminal as well as civil cases, it is the conviction of the judge, based on the evidence submitted, which is decisive."[26] Some authors assert that this need for the inner conviction of the judge sets a uniquely high standard, closer to that of beyond

22 However, the civil law standard of preponderance of evidence will be used "where the accused bears a legal burden in criminal proceedings." McGrath, D., *Evidence*. Thomson Round Hall, Dublin, 2005, p. 16.

23 Keane, A., *The Modern Law of Evidence*... p. 92.

24 Addington v. Texas, 441 US 418 (1979), 60 L Ed. 2d 323, 99 S Ct 1804, p. 424, 431-433. This standard of proof was used in proceedings before the Eritrea-Ethiopia Claims Commission "where allegations of systematic and widespread violations of international law" were involved. Kinsch, P., "On the Uncertainties Surrounding the Standard of Proof in Proceedings Before International Courts and Tribunals"... p. 441.

25 At least in the law, since this issue has been addressed by continental legal scholarship. Taruffo, M., "Rethinking the Standards of Proof", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 51, 2003, pp. 662-663.

26 Frowein, J. A., "Fact-Finding by the European Commission of Human Rights"... p. 248. Amerasinghe states that "[i]n civil law systems what matters in both civil and criminal cases seems to be the conviction of the judge, based on the evidence submitted." Amerasinghe, C. F., *Evidence in International Litigation*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, The Netherlands, 2005, p. 233.

reasonable doubt.[27] However, Michele Taruffo contradicted this assertion and, assuming *gratia argumentandi* that civil law courts were to apply only one standard of proof, affirmed that their standard would be more similar to the lower standard of the preponderance of evidence.[28] If continental judges would expect to have a degree of conviction similar to that of beyond reasonable doubt when deciding civil matters, plaintiffs of complex matters would seldom dare to issue a lawsuit.

Ultimately, the main difference between Common and civil law judges regarding the standard of proof is that, while the former are given an explicit order to issue a judgment according to a previously determined standard of proof, the latter are allowed to set themselves the standard by which they will acquire an inner conviction. However, this leeway granted to civil law judges does not exist in criminal matters, where the principle *in dubio pro reo* ("when in doubt, favour the accused") has a similar effect as imposing the beyond reasonable doubt standard.[29] The existence of this principle also reflects that continental judges who are in reasonable doubt are allowed to decide civil cases in favour of the applicants, as long as the evidence shows that they are probably correct.[30] This counters the thesis that civil law judges adjudicate with a unique standard of beyond reasonable doubt.

ii. Provisional Measures and Lower Standards of Proof

Finally, it should be noted that the Inter-American Court's standard of proof may be different when considering provisional measures than when dealing with the merits of a case. This is so because the rationale that underlies both forms of adjudication are dissimilar. Preliminary measures are characterized by the requirement of immediacy. This

---

27 See also Kokott, J., *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems*. Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1998, p. 201. She considers that Civil Law lawyers are "accustomed to a high standard of proof."

28 For the rebuttal see Taruffo, M., "Rethinking the Standards of Proof"... pp. 664-673. For Taruffo's assertion regarding the application of the lower standard of proof, *ibidem*, p. 666.

29 Damaška, M., "Evidentiary Barriers to Conviction", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 121, 1973, p. 541. An example of a Code where this principle is explicitly enshrined is in *Cód. Proc. Pen. de la Nación*, art. 3 (Argentina).

30 If they adjudicate against the evidence, their judgment could be arbitrary.

prevents the Court from analyzing in detail the merits of the issue presented before it, obliging it to adjudicate with a lower degree of certainty.[31] This is why the Inter-American Court asserts that the events which motivate the request for provisional measures "do not have to be fully proven," but that "a minimum degree of detail and information is necessary so as to allow the Court to assess *prima facie* a situation of extreme gravity and urgency."[32] This article will not deal with the Court's standard of proof when issuing provisional measures, even though it may incidentally refer to them as a way of illustrating some issue.

At this point it is important to note that there is no negative connotation whatsoever in asserting that a Court has a low standard of proof. Whether this is desirable depends on the nature of the decision at hand. For instance, it would be objectionable for a Court to have a low standard of proof when issuing a criminal conviction, but it would not be so if a Court is dealing with civil matters. Indeed, it should remembered that

> Raising a standard of proof will not reduce the number of erroneous decisions that fact finders will make, but it will allocate those erroneous decisions differently. For instance, if we believe that errors against the plaintiff are equal in societal cost to errors against the defendant, then we would set our standard of proof at 51 percent or a preponderance of evidence. [...] Thus, as Laudan and other scholars have observed, the only reason to set a legal standard of proof higher than a preponderance of the evidence is that we believe one sort of mistake is a worse, or more costly, mistake than another sort of mistake.[33]

---

31 *Cf.*, Erdal, U., "Burden and Standard of Proof in Proceedings Under the European Convention", *European Law Review*, vol. 26 Supp. (Human Rights Survey 2001), 2001, p. 76. This author refers to the standard of proof applied by the European Court "to the establishment of future facts, such as the ones the Court has to establish within the context of interim measures under Rule 39 of the Rules of Court."

32 Matter of Children Deprived of Liberty in the "Complexo do Tatuapé" of FEBEM regarding Brazil, Order of the Inter-Am. Ct. H. Rts. (July 4, 2006) para. 23, and also in Four Ngöbe Indigenous Communities and Their Members regarding the Republic of Panama, Order of the Inter-Am. Ct. H.R., (May 28, 2010) para. 11.

33 Combs, N. A., *Fact-Finding Without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*. Cambridge University Press, New York, 2010, p. 345 (footnote omitted).

b. Misleading Translation

The Inter-American Court's first decision on the merits of a contentious case was that of Velásquez-Rodríguez v. Honduras. According to the official English version of this case, the tribunal of the Americas referred several times to the notion of the standard of proof.[34] This early statement has even been quoted in recent cases such as Vélez-Loor v. Panama,[35] and has influenced many authors who refer to the standards of proof of the Inter-American Court.[36] "However, the phraseology used in the English version should not be overevaluated."[37] Indeed, these references to the standard of proof in the Court's case law seem to be due to a mistranslation of the original Spanish version of the Velásquez-Rodríguez decision.[38] There are many reasons which could explain this inaccuracy, one of which is the inherent complexity

34 Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4 (July 29, 1988) paras.126-129.

35 Vélez-Loor v. Panama, Preliminary Objections, Merits, Reparations & Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser C) No. 218 (Nov. 23, 2010) para. 249.

36 E.g.: Shelton, D. L. "Judicial Review of State Actions by International Courts", *Fordham International Law Journal*, vol. 12, 1989, pp. 386-387.; Grossman,C., "Disappearances in Honduras: The Need for Direct Victim Representation in Human Rights Litigation", *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 15, 1992, p. 372, note 47.; Erdal, U., "Burden and Standard of Proof in Proceedings Under the European Convention"... p. 74.; and Murray, R., "Evidence and Fact-finding by the African Commission"... p. 162.

37 Kokott, J., *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems*... p. 201.

38 The following is a comparative table of both texts (emphases do not match the original):

Original Spanish Version (paras. 126-129)	Official English Version (paras. 126-129)
"126. [...] Si se puede demostrar que existió una práctica gubernamental de desapariciones en Honduras llevada a cabo por el Gobierno o al menos tolerada por él, y si la desaparición de Manfredo Velásquez se puede vincular con ella, las denuncias hechas por la Comisión habrían sido probadas ante la Corte, siempre y cuando los elementos de prueba aducidos en ambos puntos cumplan con los **criterios de valoración** requeridos en casos de este tipo.	"126. [...] If it can be shown that there was an official practice of disappearances in Honduras, carried out by the Government or at least tolerated by it, and if the disappearance of Manfredo Velásquez can be linked to that practice, the Commission's allegations will have been proven to the Court's satisfaction, so long as the evidence presented on both points meets the **standard of proof** required in cases such as this.

of translating legal concepts that have no clear and direct counterpart in a different judicial tradition.[39]

The official English version of the Velásquez-Rodríguez case uses the concept standard of proof for translating the Spanish phrase *criterios de valoración de la prueba*, which means criteria for evaluating evidence.[40]

"127. La Corte debe determinar cuáles han de ser los **criterios de valoración de las pruebas** aplicables en este caso. Ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento tratan esta materia. Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para **evaluar libremente las pruebas**, aunque ha evitado siempre suministrar una rígida determinación del ***quantum*** **de prueba necesario para fundar el fallo** (cfr. Corfu Channel, Merits, Judgment I.C.J. Reports 1949; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, párrs. 29-30 y 59-60).	"127. The Court must determine what the **standards of proof** should be in the instant case. Neither the Convention, the Statute of the Court nor its Rules of Procedure speak to this matter. Nevertheless, international jurisprudence has recognized the power of the courts to **weigh the evidence freely**, although it has always avoided a rigid rule regarding the **amount of proof necessary to support the judgment** (Cfr. Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, paras. 29-30 and 59-60).
"128. Para un tribunal internacional, los **criterios de valoración de la prueba** son menos formales que en los sistemas legales internos. En cuanto al **requerimiento de prueba**, esos mismos sistemas reconocen gradaciones diferentes que dependen de la naturaleza, carácter y gravedad del litigio.	"128. The **standards of proof** are less formal in an international legal proceeding that in a domestic one. The latter recognize different **burdens of proof**, depending upon the nature, character and seriousness of the case.
"129. La Corte no puede ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado Parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de desapariciones. Ello obliga a la Corte a aplicar una **valoración de la prueba** que tenga en cuenta este extremo y que, sin perjuicio de lo ya dicho, sea capaz de crear la **convicción de la verdad de los hechos alegados**."	"129. The Court cannot ignore the special seriousness of finding that a State Party to the Convention has carried out or has tolerated a practice of disappearances in its territory. This requires the Court to apply a **standard of proof** which considers the seriousness of the charge and which, notwithstanding what has already been said, is capable of **establishing the truth of the allegations in a convincing manner**."

39 Another reason could be that twenty five years ago the comparative analyses of concepts such as the standard of proof were not as developed as they are now, so there may have been no widely accepted Spanish term for referring to this notion.

40 The three first paragraphs (126-128) use this exact expression, whereas the fourth (129) refers to *valoración de la prueba*, which means evaluation of evidence. The real meaning of this concept can be noticed in the translation of the separate opinion of Judges García-Ramírez and García-Sayán in the Kawas case, where the expression *"criterios de admisión y valoración de pruebas"* is translated as "criteria for the admission and assessing of evidence." Separate opinion of Judge García-Ramírez in the case Kawas Fernández v. Honduras, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 196 (Apr. 3, 2009) para. 5.

This latter expression seems to refer to the broader notion of evidence assessment, which would include concepts such as the "weight of the evidence,"[41] the "burdens of proof,"[42] and the "amount of proof necessary to support the judgment."[43] If the decision's reference to the "standard of proof" is read in this light, some of the Court's assertions are easier to understand or will be more accurate. For instance, it will be the criteria for evaluating evidence in general, not the standards of proof, which are "less formal in an international legal proceeding that [sic] in a domestic one."[44]

The paragraphs referring to the criteria for evaluating evidence are the Court's response to the Commission's proposal of using "circumstantial or indirect evidence" or "logical inference" for proving a case of forced disappearance.[45] The answer contained in these paragraphs is related with the standard of proof, since a broad understanding of the concept of evaluation of evidence would encompass several evidentiary notions, including the standard of proof. Thus, the expression criteria for evaluating evidence cannot be understood as referring straightforwardly to the standard of proof, but cannot be dismissed as unrelated to it.

The abovementioned paragraphs are relevant to the study of the standard of proof because they contain two other expressions that could be understood to refer to this concept, even though they are not translated as such. The first is "amount of proof necessary to support the judgment."[46] The second is "*requerimiento de prueba*," which is

41 This concept is referred to in Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4 (July 29, 1988) para. 127.

42 Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4 (July 29, 1988) para. 128. However, this also seems to be an improper translation, since the Spanish version refers to *requerimiento de prueba* (requirements of evidence), whereas the Spanish for burden of proof is *carga de la prueba* or *onus probandi*.

43 This latter concept is probably the most similar to the actual standard of proof. Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4 (July 29, 1988) para. 127.

44 *Ibidem*, para. 128.

45 *Ibidem*, para. 124.

46 *Ibidem*, para. 127. This expression seems to refer to the material quantity of evidence that is required for deciding a case, not to the judge's level of

mistranslated as "burdens of proof," but literally means "the evidence that is required."[47] If these two concepts are translated as "standards of proof," the resulting wording would seem very fitting, since the Court would be affirming that international tribunals have "always avoided a rigid rule regarding" the standard of proof, and that in domestic proceedings there are different standards of proof "depending upon the nature, character and seriousness of the case."

2. Absence of a Unique Standard in the Inter-American Court's Case Law

There are many issues related to the standard of proof, but this paper can only address those that appear to be particularly relevant, as the varying standards of proof applied by the Court; some practices of the Inter-American Court that may be confused with a low standard of proof; the standard for determining certain generalized violations; and the standard for proving irrelevant facts. Since the Inter-American Court of human rights has no general and explicit standard of proof, much of this analysis needs to be carried out on a case-by-case basis.

The Court's description of most of the evidence used for proving facts provides the reader with a very important tool for performing this case-by-case study.[48] Thus, this descriptive practice of the Inter-

conviction. However, it could be understood as an imperfect way of referring to the Anglo-Saxon concept of the standard of proof.

47 Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4 (July 29, 1988) para. 128. As was already said, Hispanic scholars use the expressions *carga de la prueba* or *onus probandi* to refer to the burden of proof. The Spanish expression *requerimiento de prueba* usually refers to a court's request to one of the parties to present a particular evidence (e.g., see the Spanish version of Miguel Castro-Castro Prison v. Peru (the), Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 160 (Nov. 25, 2006) para. 81). However, this concept can also mean "evidence that is required," that is, the "amount of proof necessary to support the judgment." For an example of an author who uses this Spanish concept to refer to the standard of proof see: Borja Niño, M. A., *La prueba en el derecho colombiano*, second edition. Editorial UNAB, Bucaramanga, Colombia, 2003, p. 51. The fact that the "requirement of evidence" would allow different *gradaciones* (degrees) is another argument for showing that this concept refers of the standard of proof.

48 This is particularly the case when the webpage of the Inter-American Court provides the reader with copies of the relevant documents of the file. This

American tribunal is worthy of much praise. However, regardless of how exhaustive this account may be, it will never be possible to disclose all the subtleties of the evidence in a single judgment; but this does not prevent evidentiary analyses of the Court's proceedings from being accurate when recognizing general trends.

a. No Clear and Explicitly Stated Standard of Proof

As has been stated previously, the Inter-American Court makes no explicit statement about following a particular standard of proof. However, the Court implicitly rejects the beyond reasonable doubt standard[49] and understands that it can arrive at decisions which "would not hold under criminal law."[50] The reason for doing so is related to the ends of the procedures brought before the Inter-American System, since "[t]he objective of international human rights law is not to punish those individuals who are guilty of violations, but rather to protect the victims and to provide for the reparation of damages resulting from the acts of the States responsible."[51] The foregoing does not mean that the

information appears in the majority of cases, but only until the year 2008. See: <http://corteidh.or.cr/casos.cfm>. Similarly, the Court's practice of uploading the videos of its public hearings is an important act of transparency.

49 Buergenthal, T., "Judicial Fact-finding: Inter-American Human Rights Court", at Lillich, Richard B. (ed.), *Fact-Finding Before International Tribunals*. Transnational Publishers, Inc., Ardsley-on-Hudson, New York, 1992 (Eleventh Sokol Colloquium), pp. 271-272. *Cf.* with Kokott, who considers that "the Inter-American Court's failure to expressly require 'evidence beyond reasonable doubt' may be caused by the influence of civil lawyers who are accustomed to a high standard of proof." Kokott, J., *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems*... p. 201.

50 Godínez-Cruz v. Honduras (Merits) Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 5 (20 January 1989) para. 144.

51 Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4 (July 29, 1988) para. 134. Godínez-Cruz v. Honduras (Merits) Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 5 (Jan. 20, 1989) para. 140. "The international protection of human rights should not be confused with criminal justice. States do not appear before the Court as defendants in a criminal action." *Ibidem*. "It is important to bear in mind that the standard of proof 'beyond reasonable doubt' has its origin in the context of common law criminal procedure. There the object is to punish an individual for a criminal offence, using an adversarial procedure in which the liberty of the accused must be protected by applying rigid standards of proof." Loucaides, L. G., *Essays on the Developing Law of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers*. Dordrecht / London / Boston, 1995,

inter-American tribunal has never applied the beyond reasonable doubt standard, as will be shown regarding the Gangaram-Panday case. The non-criminal nature of the Court also explains that the Court is not obliged to apply the principle *in dubio pro reo*.[52]

The Court asserts its freedom for determining the "amount" or "quantum" of evidence necessary for deciding an issue.[53] Apparently the Court makes this statement following international case law, which "has always avoided a rigid rule regarding the amount of proof necessary to support the judgment."[54] Indeed, international tribunals "have usually not discussed in detail the matter or the standard of proof to be applied to the evaluated evidence and have not clearly explained the underlying standard they have applied in their decisions."[55] The explicit statement made by the European Court of Human rights – besides being less straightforward than what it appears to be at a first glance – is an exception among international tribunals.

The lack of a clear, explicit and previously stated standard of proof does not mean that judges do not use one when adjudicating. First, this concept of standard of proof will be in the mindset of the judges who come from a common law background – in the Inter-American Court there is usually one of them. Secondly, even adjudicators from a civil law background will apply a standard of proof, at least tacitly. This is so because these judges will have to determine how to decide a case in which there is more evidence supporting one of the parties, but in

p. 160. Nevertheless, the standard of proof beyond reasonable doubt is not used only by criminal tribunals. See, for instance, Gattini, A., "Evidentiary Issues in the ICJ's Genocide Judgment", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, p. 903.

52 Fix-Zamudio, H., "Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", at *Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, vol. I. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003, p. 211.

53 E.g.: Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay (the), Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 146 (Mar. 29, 2006) para. 32.

54 Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4 (July 29, 1988) para. 127.

55 Amerasinghe, C. F., *Evidence in International Litigation*... p. 232.

which there are nevertheless reasonable doubts about the veracity of its position. Judges will have to decide whether these reasonable doubts will make them adjudicate against the party who presents a probable case. Indeed, there are a few separate opinions referring to the standard of proof, even though not using this nomenclature.[56]

Likewise, it should be elucidated whether the Court of the Americas, a collegiate body, has a general requirement of persuasion or whether each judge operates according to his or her own mindset. Part of this issue can be grasped in Judge García-Ramirez's separate opinion in Kawas-Fernández v. Honduras, to which Judge García-Sayán adhered. They seem to state there – following the civil law tradition – that judges adjudicate according to their inner conviction, which is "a strictly personal matter."[57] These judges' opinion also addresses other issues related to the standard of proof. They affirm that adjudicators "find it necessary to address the doubts, which will naturally arise in the course of the examination,"[58] by analyzing the evidence.[59] When doing so it is enough for the evidence to be "sufficient," because the Court does not adjudicate on criminal matters.[60] When speaking about "sufficient" evidence, Judges García-Ramírez and García-Sayán seem to allude to a standard of proof, a threshold (an "– often imprecise and elusive

56 See, Dissenting opinion of Judge Montiel Argüello in Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 120 (March 1, 2005) para. 7, and Dissenting opinion of Judge A. A. Cançado Trindade in "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 112 (Sept. 2, 2004) para. 20. Judge Nieto-Navia implicitly refers to the standard of proof utilized by the Court in a particular decision. Dissenting opinion of Judge Nieto Navia in Caballero-Delgado and Santana v. Colombia, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 22 (Dec. 8, 1995), paras. 1-3 (these paras. are not enumerated).

57 Separate opinion of Judge García-Ramírez in the case Kawas Fernández v. Honduras, Merits, Reparations & Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 196 (Apr. 3, 2009) para. 9.

58 *Ibidem*, para. 7.

59 *Ibidem*, para. 8.

60 *Ibidem*. The English version of this paragraph 8 is particularly difficult to understand. This is so because the Spanish words *convicción* (conviction or persuasion) and *condena* (conviction or guilty verdict) are translated by the word *conviction*.

– line") which evidence or data must reach.[61] However, this statement says nothing about the degree of cogency required for evidence to be "sufficient" for proving an issue, which seems to leave the whole matter in the realm of the judges' inner conviction, considered as a "strictly personal matter."

Since the Inter-American Court has no explicit standard of proof, each judge may adjudicate according to the personal standard of proof that he or she has set according to his or her conscience. Nevertheless, the individual standard of proof applied by each judge for reaching his or her conviction of the facts may be shared by the majority of judges, revealing some explicit or tacit agreement of the Court's members. Thus, it may be possible to find an implicit degree of certainty required by the inter-American tribunal as a whole for considering certain facts as proved. This article will try to find out whether the Court has or has had such a tacit or explicit agreement.

In the search for the Inter-American Court of Human Rights' standard of proof it is useful to quote Ramcharan, who considers that, in the absence of explicit rules in their constitutive instruments, fact-finding bodies usually use the balance of probability standard. He defines this standard as "an evaluation of the likelihood of a past event having happened, given the facts and assumptions expected or adopted for the purposes of the evaluation."[62] This standard is the same that common law courts apply for most of the civil matters, and it is considered to be a low standard of proof. Ramcharan also states that "in adversarial contexts, the standard 'beyond all reasonable doubt' may be applied."[63] This latter assertion is not applicable to the Inter-American System, since the Court rejects the use of such a strict standard.

Some scholars have dealt with the standard of proof of the Inter-American Court in particular. For example, referring to the Honduran

61 *Ibidem*.

62 Ramcharan, B. G., "Evidence", at *International Law and Fact Finding in the Field of Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-London, 1982, p. 80.

63 *Ibidem*.

Disappearance cases,[64] Buergenthal affirms that "[a]lthough stricter than a test that looks for a preponderance of evidence, the Court's test is weaker than one which requires that the evidence establish the facts beyond a reasonable doubt."[65] Amerasinghe points out that the Velásquez-Rodríguez case would reflect a standard of proof as that of the International Court of Justice (ICJ), in which "evidence need not point to absolute certainty as such but must be convincing."[66] He calls this standard "proof in a convincing manner."[67] Shelton considers that the standard utilized by the Court in the Velásquez-Rodríguez case is the "clear and convincing" standard, this middle ground utilized in some cases by courts of the United States.[68] Murray asserts that the inter-American bodies – the Commission and the Court – "have referred to standards of 'convincing proof', a 'tend[ency] to show', or even 'absolute certainty'."[69] Bovino considers that "[t]he litigious

64 That is: Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4 (July 29, 1988) para. 134, Fairén-Garbi & Solís-Corrales v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 6 (15 March 1989), and Godínez-Cruz v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 5 (Jan. 20, 1989).

65 T. Buergenthal, "Judicial Fact-finding: Inter-American Human Rights Court"... pp. 271-272.

66 Amerasinghe, C. F., *Evidence in International Litigation*... p. 241.

67 *Ibidem*, p. 239. This name is taken out of the mistranslation of the Velásquez-Rodríguez case. Kinsch also refers to a standard of "convincing evidence," but, following Kokott, considers that this standard is less clear if the Spanish version is taken into consideration. Kinsch, P., "On the Uncertainties Surrounding the Standard of Proof in Proceedings Before International Courts and Tribunals"... pp. 437-438.

68 Shelton, D. L., "Judicial Review of State Actions by International Courts"... p. 386. This is also stated by Gattini, A., "Evidentiary Issues in the ICJ's Genocide Judgment"... p. 895. Kokkot casts out doubts on the Inter-American Court's application of the clear and convincing evidence standard. Kokott, J., *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems*... pp. 201-202.

69 Murray, R., "Evidence and Fact-finding by the African Commission"... p. 161. Murray quotes the following cases supporting each of the expressions quoted: Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4 (July 29, 1988) para. 10, referring to the standard applied by the Commission; Godínez-Cruz v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 5 (Jan. 20, 1989) para. 125; and *ibidem* para. 11. However, the latter is not really an assertion of the Court or the Commission, but of the Government involved in the case.

procedure before the Inter-American Court is characterized by an evidence standard that is not very demanding when it comes to showing the international responsibility of the state petitioned."[70] Some of these authors have concluded, based on the Velásquez-Rodríguez case, that the inter-American tribunal's standard may vary depending on the right allegedly violated, but it is not clear whether the Court really intended to assert this explicitly.[71]

This paper agrees with many of the foregoing assertions. However, since the Court has no explicit rules regarding a standard of proof, its decisions will probably depend on what the different judges consider an appropriate threshold. Therefore, what the Court decides in a given moment will depend not only on the issue being analyzed, but also on the specific conformation of the inter-American tribunal. This means that the Court will be almost bound to utilize different standards of proof – which may raise questions about the value of precedents in the Inter-American System. Thus, the best way of analyzing this matter will be on a case-by-case basis, which can lead to due identification of a general trend in the jurisprudence of the Inter-American Court.

b. First Approach to the Court's Standard of Proof

i. Factors that Blur the Standard of Proof

The inherent difference between cases is not the only factor which makes daunting the task of analyzing the inter-American tribunal's standard of proof in conditions of all-things-being-equal. The Court's high use of strong presumptions against the State and its differing understandings of the content of certain rights are other factors affecting this analysis. At times, these issues have the effect of making the standard of proof of the Court seem lower.

Presumptions are an evidentiary concept distinct from that of standards of proof. However, they can have similar effects on a case,

70 Bovino, A., "Evidential Issues Before the Inter-American Court of Human Rights", *Sur - International Journal on Human Rights*, vol. 2, 3, 2005, p. 79.

71 Shelton, D. L., "Judicial Review of State Actions by International Courts"... p. 386.; Buergenthal, T., "Judicial Fact-finding: Inter-American Human Rights Court"... p. 272.; and Murray, R., "Evidence and Fact-finding by the African Commission"... p. 162.

since they may relieve a party from having to prove an issue requiring a high standard of proof. This happens because the facts on which presumptions are based may be proven easily or with a low standard of proof, but they may, nevertheless, make the court presume the existence of a situation which otherwise would have required a high standard of proof. Consequently, it could be said that presumptions have the indirect effect of lowering the standard of proof or of circumventing in practice the standard of proof set by the judges themselves. Therefore, international courts should be wary when utilizing them, so as to avoid giving the impression of lack of impartiality.

The application of presumptions is justified when, in practice, only one of the parties can shed light on certain issues, but will improbably do so.[72] Presumptions in the Inter-American Court are almost always applied against the State, and are usually difficult to rebut. This use of strong presumptions against the State, which are often justified, may wrongly create in the reader the impression that the Court applies a standard of possibility for proving certain facts.[73] However, this impression would not be accurate, since the Court would be establishing presumptions, not setting a lower standard of proof, even though they may have a similar effect in practice.

Another fact that makes it difficult to analyze the standard of proof of the Court in an all-things-being-equal situation is the changing or unclear content of certain rights. At times this may be due to the Court's evolutive interpretation of the Convention, or to an expression of the Court's freedom to depart from what was established in previous decisions. An example of an unclear delimitation of the content of a right can be found in the early years of the Court with regard to the right to humane treatment. In the Velásquez-Rodríguez v. Honduras

72 There are also other reasons justifying the use of presumptions, e.g., concerns of public policy.

73 This could happen, for instance, if the Court asserts that a person who has been for one hour under the custody of his or her kidnappers has presumably been subject to cruel, inhuman and degrading treatment, holding the State responsible for that violation. Likewise, it could also happen when the Court applies Article 41(3) of the Rules of the Court, which establishes the presumption of the State's acceptance of the facts which have not been expressly denied or contested.

case, about the forced disappearance of a student, the Court asserted that "prolonged isolation and deprivation of communication are in themselves cruel and inhuman treatment," a violation of Article 5 of the Convention.[74] This statement reveals that the Court considered forced disappearances to entail a violation of the right to humane treatment. However, in Caballero-Delgado and Santana v. Colombia, a case in which the victims had been disappeared for more than six years, the inter-American tribunal considered that torture or inhuman or degrading treatment had not been proven.[75]

In these two cases it could seem that the Inter-American Court modified its standard of proof. However, this is not so, since no inhuman treatment was directly proven in the Velásquez case. Likewise, the wording of the final decision of this case does not reveal the application of presumptions either. It simply appears that the Inter-American Court considered in the first case that forced disappearances involved several violations of the Convention, among which were acts of inhuman treatment, but that it subsequently changed its understanding temporarily.

ii. Differing Standards of Proof

As a result of the Inter-American Court's lack of a defined standard of proof, this tribunal applies dissimilar thresholds in different cases. They range from low standards to what could be considered a beyond reasonable doubt standard in some isolated cases, despite the Court's explicit rejection of this latter threshold. The Court generally applies a standard of preponderance of evidence, as will be set forth later in this

74 Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4 (July 29, 1988) para. 156. See also *ibidem* para. 187.

75 Caballero-Delgado and Santana v. Colombia, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 22 (Dec. 8, 1995) para. 53 f. Similarly, in the Castillo-Páez v. Peru case, also about forced disappearance, the Court found a violation of Article 5 only because, "even if no other physical or other maltreatment occurred, [the action of placing the victim in the trunk of an official vehicle] alone must be clearly considered to contravene the respect due to the inherent dignity of the human person." This reveals that the Court did not consider forced disappearance to constitute a cruel, inhuman or degrading treatment on its own. Castillo-Páez v. Peru, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 44 (Nov. 3, 1997) para. 66.

article. Thus, this section will show the Court's changing standard of proof by referring only to a case where the Court departed from the standard of preponderance of evidence, applying a threshold of beyond reasonable doubt. This section will also refer to the Court's minimal standard for referring to facts which are accessory to the main issue, and irrelevant as a whole.

In Gangaram-Panday v. Suriname[76] the victim was a Surinamese national who was deported from Holland and sent back to his country of origin. At the airport he "was detained by members of the Military Police, on the grounds that the reasons for his expulsion from Holland warranted further investigation, and […] he was then placed in a cell within a shelter for deportees located in the Military Brigade at Zanderij."[77] Mr. Gangaram-Panday died in detention in uncertain circumstances, allegedly by hanging himself.

In this case the Commission alleged many violations, among which were State obligations regarding the rights to life, to humane treatment and personal freedom. The Court declared as proven the State's violation of the latter obligation, but not of the previous ones. The Inter-American Commission furnished the Court with different evidence regarding the alleged torture during the victim's detention.[78] Among this evidence was a forensic autopsy report referring to the existence of a simple contusion in the pre-pubic tissue and extravasations of the left and right parts of the scrotum of the victim, whose hemorrhage occurred shortly before death, and could have been occasioned by blows in the pubic area.[79] The Court was also presented with an analysis of photographical material showing a small flayed area in the scapular region, which could have been related with the process of committing suicide.[80]

The Inter-American Court explicitly accepts circumstantial evidence for proving human rights violations. However, despite this kind of

76 Gangaram-Panday v. Suriname, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 16 (Jan. 21, 1994).

77 *Ibidem*, para. 43 b.

78 *Ibidem*, para. 42 b.

79 *Ibidem*, paras. 53, 54 and 55.

80 *Ibidem*, para. 55 c.

evidence presented in the Gangaram case, the Court considered that "no conclusive or convincing indications result from the evaluation thereof that would enable it to establish the truth of the charge that Mr. Asok Gangaram Panday was subjected to torture during his detention by the Military Police of Suriname."[81] It also asserted that, contrary to what the Commission requested, in this case there was no presumption stating that the right to humane treatment was violated.[82]

This decision of the Court reflects a high standard of proof, probably of beyond reasonable doubt as applied in domestic forums. Indeed, the evidence suggested that a man under the custody of the State – and apparently in solitary confinement –[83] received blows to his testicles. This would seem enough for proving under a standard of probability, or even of clear and convincing evidence, that this detainee was subject to inhuman treatment of which the State should be held responsible. The high standard of proof used in Gangaram may be explained because this was a case of an isolated human rights violation, so the Court was not able to apply a form of probabilistic reasoning – which will be explained later in this paper. Interestingly enough, no judicial presumptions were used in order to evade this high standard of proof, and none of the three dissenting opinions say anything in relation to a violation of the right to humane treatment.

The Inter-American Court has also utilized a particularly low threshold for asserting some facts which are often irrelevant to the main dispute of a case. This minimal standard of proof could even be called a standard of possibility.[84] This standard was usually applied to

81 *Ibidem*, para. 56.

82 *Ibidem*.

83 The Court stated that one of the things that had to be proven was "[t]he alleged illegal and arbitrary detention of the victim by the Military Police of Suriname upon his arrival from Holland at the Zanderij Airport on Saturday, November 5, 1988, where he was reportedly held in **solitary** confinement in a special area reserved for deportees" (emphasis added). *Ibidem*, para. 56. However, when referring to the proven facts, the Court only stated that Mr. Gangaram Panday was placed in a cell, without mentioning whether he was alone in it. *Ibidem,* para. 43 b.

84 Amerasinghe asserts that when evidence shows that a claim is only possible, this would always result in a conclusion that "the actor has not discharged his burden of proof." Amerasinghe, C. F., *Evidence in International Litigation*... p. 245.

facts which were anecdotal or had only a slight relevance to the case. Therefore, the statement of these facts could have well been omitted in the judgment. This does not mean that the facts proved with this minimal standard were irrelevant in absolute terms, since they will be related to important issues – e.g., whether the alleged victim was involved in drug trafficking. However, they were not relevant for the determination of a violation.

The Court's use of a minimal standard could be explained by this tribunal's attempt to settle as many facts as possible – probably for giving a more colourful account of the facts. Indeed, a court cannot prove every one of a vast amount of facts with the same standard of proof as the main issue of a controversy. Often the facts asserted with this minimal standard were proven by unsuitable evidence,[85] or were due to giving excessive weight to the account of some witnesses or victims whose view of the facts may be distorted. The inaccuracy of these accounts may have been either voluntary, as would happen when the witness had an interest in the case or wishes to maintain his or her honour,[86] or involuntary, due to the frailty of human memory or because

85 E.g., in Palamara-Iribarne v. Chile the Court asserted under the heading "proven facts" that "there is a Navy member in most families living in Viña del Mar," one of the main cities in Chile. Palamara-Iribarne v. Chile, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 135 (Nov. 22, 2005) para. 63(111). The author of this paper considers the Court's assertion to be doubtful. However, this article does not intend to analyze the accuracy of the Court's statement, but merely to assert that it was not proven by the adequate means. An assertion like this should be based on statistics or data, but in this case it was supported only by witness evidence – and most probably only on the declaration of the alleged victim (the whole paragraph where this assertion is stated is based on the testimonies of several witnesses, but the assertion about Viña del Mar appears to be solely in the declaration of Humberto Palamara). *Ibidem*, para. 54 a) 1.

86 E.g., in Tibi v. Ecuador the Court stated that the petitioner met a man called Eduardo García – who was involved in a drug dealing operation – because of a business of exporting leather jackets (Tibi v. Ecuador, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 114 (Sept. 7, 2004) paras. 90.8 and 90.15). This paper only wishes to point out that there was not enough evidence for asserting that Tibi met García because of a leather jackets business, an issue which was not even relevant for deciding the case. In fact, were the Court to omit the manner in which the petitioner and García met, it could have still found the exact same violations it actually declared against the State. Even more so, the whole issue of evidence could have

of the effect that strong emotions may have in the witnesses' perception of reality.[87]

The main problem arising from the use of this minimal standard for proving irrelevant facts is that the Court may end up asserting inaccurate facts, undermining its own credibility. Every court is bound to make mistakes when deciding a case, even when dealing with important facts. However, if an adjudicator makes assertions based on weak evidence, about issues which do not need to be addressed, it would be this very court which freely and unnecessarily places itself in a position that threatens its own credibility. However, the Court has improved greatly in this matter, making less irrelevant statements based on a minimal standard of proof. Probably this progress is related with the Court's departure from the practice of devoting a separate chapter of its judgments for giving an account of the proven facts. Currently the relevant proven facts are referred to in the chapters where the Court analyzes the alleged violations to the Convention. This may help to focus on the facts which are relevant for proving a particular violation.

iii. The General Rule: A Standard of Preponderance of Evidence

As it was previously stated, there is nothing intrinsically wrong in a Court deciding to use a low standard of proof. This only reflects the adjudicator's beliefs regarding the cost of errors when judging. Thus,

---

been circumvented by just saying that "according to the petitioner," Tibi and García met because of a business of exporting leather jackets.

87 E.g., in the Rochela Massacre case the Court stated that, after the members of a Colombian judicial commission were left by their captors in some vehicles, the paramilitaries "began to shoot indiscriminately and continuously at the members of the Judicial Commission for **several minutes**." Rochela Massacre v. Colombia (the), Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 163 (May 11, 2007) para. 112 (no emphasis in the original). The core of this sentence is undoubtedly true, but the accessory "proven fact" of the length of the shooting was neither necessary for the determination of the Convention's violation, nor conveniently proven. It was not necessary because what was relevant for the case was the existence of the massacre, not the length of the shooting. It was not adequately proven because – even though the shooting may have lasted for several minutes – the Court's assertion was based only on the declaration of a surviving victim, for whom the terrible anguish of being under fire could have seemed endless.

if a court considers that errors against either party are equally costly, it will set a low threshold, that is a "standard of proof at 51 percent or a preponderance of the evidence."[88] On the contrary, a high standard is set in criminal proceedings because it is usually considered that the societal cost of a wrong acquittal is lower than the cost of a wrong conviction for the accused. In the case of the Inter-American Court, there are important grounds for endorsing both a standard on a preponderance of evidence or a higher one.

On this point, there are two interesting separate opinions to the Court's judgments. They refer to the standard of proof beyond reasonable doubt. One is of Judge Alejandro Montiel Argüello, who stated in the Serrano case that

> [t]he Court has never ruled on the precise degree of certainty needed to declare that the State is responsible for a human rights violation. Nevertheless, in all the Court's case law there is not one single case in which it has made this declaration when there has been a reasonable doubt about such responsibility and, in my opinion, there is more than a reasonable doubt in the instant case.[89]

Another one is from Judge Antônio A. Cançado Trindade in the "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay case, who considers that some points "were proven beyond any reasonable doubt," notwithstanding which the Court demanded more information from the petitioners.[90]

These opinions make it seem as if the Court usually requires a high standard of proof. However, this paper considers that the Inter-American Court generally adopts a low standard of proof, one of preponderance

88 Combs, N. A., *Fact-Finding Without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*... p. 345.

89 Dissenting opinion of Judge Montiel Argüello in Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 120 (Mar. 1, 2005) para. 7.

90 Dissenting opinion of Judge A. A. Cançado Trindade in "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 112 (Sept. 2, 2004) para. 20. In this paragraph Judge Cançado also refers to the burden of proof, which he considers that is incorrectly placed, constituting an obstacle too difficult to surpass.

of evidence.[91] This standard, when applied together with other juridical concepts utilized by the Court – e.g. presumptions, probabilistic reasoning, burden of proof –, may at times seem even lower. On occasions, the standard required will seem to be in the outer edges of the threshold required by the standard of preponderance of evidence.

The general rule regarding standard of proof of the Inter-American Court can be exemplified with that used for proving cruel, inhuman and degrading treatment in 19 Tradesmen v. Colombia. This case dealt with nineteen men who were intercepted and killed by the so-called paramilitaries. After the victims' deaths, their captors dismembered their bodies and threw them into a river.[92] When the Court analyzed the issue of cruel, inhuman or degrading treatment, it considered it

> […] reasonable to infer that the treatment the alleged victims received during the hours before their death was extremely violent, particularly if it is considered that the "paramilitary" group believed that the tradesmen collaborated with the guerrilla groups. The brutality with which the bodies of the tradesmen were treated after their execution permits us to infer that the way in which they were treated while they were alive was also extremely violent, so that they could fear and foresee that they would be deprived of their lives arbitrarily and violently, which constituted cruel, inhuman and degrading treatment.[93]

In this case the Court used the low standard of preponderance of evidence, since it infers from the particularly vicious way in which the bodies were disposed that the 19 tradesmen were treated in a similar way when they were alive. This inference is weak, since the motives for disposing of the bodies in such a brutal fashion could be due to the criminals attempt to conceal their heinous act, not necessarily as a reflection of the treatment they gave their victims while still alive. Probably the Court used a low standard of proof because this case was framed in the context of gross and systematic human rights violations,

91 Bovino asserts that "[t]he litigious procedure before the Inter-American Court is characterized by an evidence standard that is not very demanding when it comes to showing the international responsibility of the state petitioned." Bovino, A., "Evidential Issues Before the Inter-American Court of Human Rights"... p. 79.

92 19 Tradesmen v. Colombia, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 109 (July 5, 2004) paras. 85 f. and 85 h.

93 *Ibidem*, para. 150.

and perhaps these cruel, inhuman and degrading treatments were usual. The Court may have used its probabilistic reasoning based on presumptions. However, it makes no declaration in this regard.

3. Probabilistic Reasoning and Standards for Proving Widespread Violations

a. Probabilistic Reasoning for Proving Human Rights Violations

i. General Issues

In some cases of widespread human rights abuses the Inter-American Court utilizes what could be called a probabilistic reasoning for proving human rights violations. This method involves the use of presumptions for declaring individual violations of the Convention in cases where it is practically impossible to obtain evidence. Probabilistic reasoning is especially useful when there is an attempt of the State to cover or destroy the relevant evidence. This reasoning requires proving two basic facts: a) the existence of a widespread violation of human rights, which is proven through a process akin to induction,[94] and b) a link between this generalized practice and the case of an alleged victim of a human rights violation.[95] If these two evidentiary requirements are provided, the Court

94 When dealing with a violation that allegedly occurred within the context of widespread human rights abuses, the Court will first determine whether there was such a practice. For doing so, it will analyze some cases of human rights violations that occurred at a particular time and place. For instance, the Court may consider to be proven that many people who were politically active were made disappear by a given regime (finding, thus, a tendency). Hence, the Court may conclude that "most politically involved people who disappeared were abducted by the State." The Court cannot, however, reach a general conclusion of the kind of "all politically involved people who disappeared were abducted by the State," because there are other imaginable ways in which these persons could have disappeared. Ruiz Chiriboga considers that this reasoning involves a process of induction. He also gives the example of two cases where induction was apparently argued by the parties, one successfully (Velásquez-Rodríguez v. Honduras) and one unsuccessfully (Apitz-Barbiera et al. v. Venezuela). Ruiz Chiriboga, O., "La valoración de la prueba de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, 2010, pp. 157-159.

95 These two basic facts are implied in a statement of the Court in "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay, Preliminary Objections, Merits, Reparations

will engage in an analysis similar to deductive reasoning.[96] As a result, the Court will shift the *onus probandi*, requiring the State to prove that there was no human rights violation.[97] This procedure will only establish a rebuttable presumption regarding the alleged human rights violation.[98]

The Court's probabilistic reasoning has been useful in cases where the very nature of a violation reveals an intention to hide evidence, as happens in allegations of forced disappearances. This can be exemplified with the first decisions on the merits issued by the inter-American tribunal: the cases of Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Godínez-Cruz v. Honduras, and Fairén-Garbi and Solís-Corrales v. Honduras. In these three cases the Commission provided evidence to convince the Court that there had been a systematic practice of forced disappearances in Honduras.[99] Thus, the first element was established. However, the

---

and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 112 (Sept. 2, 2004) paras. 217 and 233. Buergenthal refers to this way of reasoning in the matter of forced disappearances. He states that "in the absence of direct evidence, the Commission or any other claimant would have to demonstrate (a) the existence of a governmental practice of disappearances and (b) that the disappearance of the specific individual was linked to that practice." Buergenthal makes this analysis under the heading "The Burden of Proof." Buergenthal, T., "Judicial Fact-finding: Inter-American Human Rights Court"... p. 269.

96 Probabilistic reasoning is not based on a universal statement. Thus, it is not, strictly speaking, deductive reasoning. A valid deductive reasoning would say something like "all 'politically involved persons who disappeared' were abducted by the State; John is a 'politically involved person who disappeared'; therefore, John was abducted by the State." In contrast, the Court's reasoning does not refer to everyone in the category "politically involved persons who disappeared," but only to a majority. Thus, the Court's reasoning has the following structure: "most 'politically involved persons who disappeared' were abducted by the State; John is a 'politically involved person who disappeared'; therefore, John was probably abducted by the State."

97 Bovino considers that in this kind of reasoning the object which had to be demonstrated (a violation of human rights against the claimant) is replaced by the need to prove two different circumstances. Bovino, A., "Evidential Issues Before the Inter-American Court of Human Rights"... pp. 69-70.

98 *Cf.*, Buergenthal, T., "Judicial Fact-finding: Inter-American Human Rights Court"... p. 269.

99 Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4 (July 29, 1988) paras. 82-106 and 119, Godínez-Cruz v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 5 (Jan. 20, 1989) paras. 89-113 and 125, and Fairén-Garbi & Solís-Corrales v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 6 (Mar. 15, 1989) paras. 112 and 121.

second requirement – proving a link between the widespread situation and the particular case – was fulfilled only in the cases of Velásquez-Rodríguez and Godínez-Cruz, where the Commission established that the victims had been involved in the kind of activities persecuted by the Government, and that they had been detained by militaries.[100] In contrast, in Fairén-Garbi and Solís-Corrales the Commission only proved the disappearance of the alleged victims, but was unable to establish any political or other relevant activities of Fairén and Solís or their abduction by Government agents. Thus, the State was acquitted.

In some other cases the Court has refused to apply probabilistic reasoning.[101] This is appropriate, since it shows that there are cases where the probabilistic method for proving human rights violations should be applied when the evidence of a particular violation is extremely burdensome to obtain without the cooperation of the State. If a violation can be proved otherwise, the Commission or the representatives should have to do so, even if a widespread violation of human rights is proven. It is sensible to ask for this requirement, since the application of probabilistic reasoning is an extraordinary way of proving a human rights violation, and it is less reliable than the use of evidence pointing to the actual fact which has to be proven. The Court should avoid the use of these presumptions when the party is in the position of providing evidence, even if it is not easy to obtain it.

---

100 Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4 (July 29, 1988) paras. 107-116, and Godínez-Cruz v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 5 (Jan. 20, 1989) paras. 114-122.

101 *Cf.*, "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 112 (Sept. 2, 2004) paras. 228-234. It is interesting to consider the following paragraph of the case: "189. In the case *sub judice* there is irrefutable evidence that the State failed to comply with the provisions of subparagraphs 4 and 5 of Article 5 of the Convention (supra para. 134.20 and 134.21). However, the Court is not in a position to find a violation in respect of the victims named, because the information in the body of evidence in the instant case is incomplete. Having said this, the Court is troubled by this noncompliance and urges the State to correct the situation immediately." *Ibidem*, para. 189. These decisions accord with the State's claim that "[t]here is sufficient documentary evidence from official sources detailing the inadequacies of the State prison system. What has to be proved, however, are the human rights allegedly violated in each individual case; the alleged victim must be identified clearly and conclusively, not in some general and ambiguous way." *Ibidem*, para. 143 (f).

ii. Standard of Proof Applied to Probabilistic Reasoning

The Court's probabilistic reasoning presents some interesting features in the matter of the standard of proof, since there are two separate issues that must be proven, each of them with a different threshold. The standard required for proving the existence of widespread human rights violations will be analyzed in the next section, but it is, generally speaking, relatively high. On the other hand, the standard of proof that has to be met for linking a particular person with that widespread pattern of human rights violations is lower. In the Honduran cases this standard was probably that of preponderance of evidence, even though the link was shown to be highly probable in the Velásquez-Rodríguez case.[102] In other cases it has been lower, as in the one which will be now analyzed regarding a particular act of inhuman treatment.

The Loayza-Tamayo v. Peru case[103] concerned a university professor who was arrested by the police as an alleged collaborator of the "Shining Path" terrorist organization. The Court stated that "during the period when Ms. María Elena Loayza-Tamayo was detained there was a widespread practice in Peru of cruel, inhuman and degrading treatment during criminal investigations into the crimes of treason and terrorism."[104] Among other human rights violations, María Elena Loayza-Tamayo claimed being forcefully immersed in the sea, a fact which the Court deemed to be proven.[105] The evidence for proving this

102 See Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4 (July 29, 1988) paras. 107, 108, 113 and 115. In the Godínez-Cruz case the Commission presented mainly hearsay evidence for proving this link. See Godínez-Cruz v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 5 (Jan. 20, 1989) paras. 114-118 and 120. It is not clear whether the newspaper clippings presented in the Godínez case referred to the disappearance of the victim. However, they are not decisive evidence, since the Court has stated that "they do not have the status of documentary evidence," but "are important in that they are the expression of public and well-known facts, and they corroborate the testimony received in the case with regard to the circumstances of the [illicit acts]." Paniagua-Morales et al. v. Guatemala (White Van), Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 37 (Mar. 8, 1998) para. 75.

103 Loayza-Tamayo v. Peru, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 33 (Sept. 17, 1997).

104 *Ibidem*, para. 46(l).

105 *Ibidem*, para. 58.

particular act were four witnesses who referred to their own immersions in the sea, none of whom saw Loayza-Tamayo being subject to this treatment, and one witness's declaration of being taken with her to the beach, were prisoners were usually subject to different kinds of inhuman treatment. The four witnesses gave evidence that immersion was a widespread violation of human rights back then in Peru, and Loayza-Tamayo's link to that practice was her taking to the beach, proved by one direct witness.[106]

Proving a particular inhuman act through the declaration of a sole witness exemplifies the degree in which the existence of a generalized practice may lower down the ordinary standard required for proving a violation, especially if other inhuman treatments have been proved against the victim.[107] In general, the Court does not establish a high standard for proving a link between a particular case and a pattern of widespread human rights violations. Indeed, this connection between a particular case and a broader pattern of human rights violations may be deemed as proven based solely on a few witness statements. This practice ignores "that lies are easy to pull off at the international tribunals because basic facts that would serve to reveal those lies are difficult to conclusively establish."[108] A Court must be especially aware of this when witnesses are related to the victims. This also applies to the Inter-American Court, which has not been free from false declarations.[109]

106 Without taking into account Loayza-Tamayo's own declaration, the taking of the alleged victim to the beach was proven only by an eyewitness and a hearsay declaration. There was no direct evidence of her immersion in the sea. *Ibidem*, paras. 45(a) and (c).

107 In the Loayza-Tamayo case there are also examples of cruel, inhuman or degrading treatments proved with stronger evidence. For instance, some violations were proven via witness declarations. The victim's exhibition through the media wearing a degrading garment was proven by video tapes. Loayza-Tamayo v. Peru, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 33 (Sept. 17, 1997) para. 46 d.

108 Combs, N. A., *Fact-Finding Without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*... p. 149. This work has an interesting chapter about perjury in international criminal courts. *Ibidem*, pp. 130-166.

109 Some witnesses have rendered false declarations or statements before the Inter-American Court. False testimonies can be noticed once certain events come to light (e.g., in the recently revealed news of the case of the Mapiripán Massacre,

In cases where there is the risk of having insufficient evidence for proving a particular violation, it could be a better approach to use this lowered standard for proving a link between a particular case and a situation of generalized human rights violations. Thus, a claimant may prefer to prove a generalized violation and then, with a lower standard of proof, the link of this situation with a particular claim. This may be what the Commission and the victims tried to do in the Apitz-Barbera et al. v. Venezuela case, but the Court did not consider the widespread violation to be proven.[110]

Once the widespread practice of human rights violations and the link to a particular situation are established, the State will be asked to achieve a particularly high standard for proving that the alleged victim was not subject to such a violation. This will happen regardless of the standard required for proving the link between a particular case and a situation of widespread human rights violations. The high standard required for the State to prove that it committed no particular violation resembles a *probatio diabolica* – a requirement of evidence which would be impossible to satisfy. This is so because the State could only disprove this probabilistic reasoning by having anticipated this judgment, surrounding all of its activities with a protective process of video recording – which is, of course, quite impractical. For example, in a country where there is a widespread practice of abusive use of force when apprehending crime suspects, probably one of the few ways for a State to prove that there was no excessive use of force in a particular case would be through a video recording of the apprehension. This would

see "Mapiripán Massacre" v. Colombia, Order of the President, Inter-Am. Ct. H.R. (Oct. 31, 2011) (available only in Spanish)), and also when witnesses presented by opposing parties state opposite facts, since either one side or the other will be giving false statements. Some examples of this are found in: Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4 (July 29, 1988), *cf.*, para. 103 with paras. 104 and 105; and in Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 120 (Mar. 1, 2005), where there were declarations stating both that the victims had and had not existed (cf., paras. 35 Nos. 4, 5, 6 and 7, and 36 No. 6, with the declarations of some next of kin entitled to compensations). It also must be noted that the IACtHR's Rules of Procedure state in Article 51(5) that "alleged victims shall not take an oath."

110 *Cf.*, Ruiz Chiriboga, O., "La valoración de la prueba de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela"... pp. 158-159.

require the State to have a much more elaborate police system, which may be difficult in countries with little economic resources. This almost-*probatio diabolica* is one of the reasons why the use of probabilistic reasoning should be restricted to exceptional cases, as when the very nature of the State's abuse reveals the intention of hiding evidence.

The inter-American tribunal is an organ created for adjudicating in particular cases – even though its rulings will have a much wider impact. Thus, its main aim should be to assert what actually happened in a particular case, not what is a common situation in a given country. Hence, to fulfill its task of reaching the truth of individual events, the Court should pay special attention in applying probabilistic reasoning only when strictly necessary. This will happen in those cases where the nature of the violation presupposes an intention of the current Government – not of a particular official – to hide the evidence and not to cooperate with the Court. Indeed, it seems that even when a widespread violation of human rights was a generalized practice in a given State, subsequent governments of different political tendencies will be willing to help the Court in its search for the truth, even by means of accepting international responsibility.[111] Furthermore, the Court may not require conclusive evidence when a case is given within a context of widespread human rights abuses, but it must always require compelling evidence of the violation in the particular case of the victim. The Court may use presumptions, but their conclusions must have a clear link with the facts on which they are based.

b. Standard for Proving Widespread Human Rights Violations

i. General Issues

In domestic proceedings the standard of proof "depend[s] upon the nature, character and seriousness of the case."[112] Thus, the graver the

111 E.g., compare paras. 25 and 32 with paras. 49 and 51 in Ivcher-Bronstein v. Peru, Merits, Reparations & Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 74 (Feb. 6, 2001), and para. 25 with paras. 28 and 31 in Chumbipuma-Aguirre et al. v. Peru (Barrios Altos Case), Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 75 (Mar. 14, 2001). However, in the immediately following cases against Peru the State did not keep this position of acknowledging responsibility.

112 Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4 (July 29, 1988) para. 128.

consequences to the party, the higher will be the standard of proof. In international proceedings, "finding that a State Party to the convention has carried out or has tolerated" a practice of widespread and gross violations of human rights is an act of a "special seriousness."[113] Hence, the Court should utilize criteria for evaluating evidence which accord with this particular gravity.[114] Among these criteria, the standard of proof should accord the utmost seriousness of a charge of widespread violations of human rights against the State. Thus, the standard for proving it should be the highest one applied by the inter-American tribunal.[115]

In cases where the Court deals with governments of a different political tendency than those which committed or allowed widespread violations of human rights, it will probably find it easier to prove the existence of these violations. This may happen either because new governments will not conceal the evidence proving these violations, or because they will accept before the Court the responsibility of their predecessors. This can be exemplified with the case of Peru, where, once the government of Alberto Fujimori came to an abrupt end, the State took a starkly different approach to its cases before the Inter-American Court. In these situations the State will often acknowledge its responsibility because of a real commitment to human rights. Nevertheless, there may also be an element of game theory behind the recognition of gross violations, which the Court must bear in mind. Thus, the Court should also take into account the possibility of a political tactic against previous governments in these kinds of acknowledgments of responsibility. Since the inter-American tribunal never accept States'

113 *Ibidem*, para. 129.

114 *Ibidem*.

115 On the contrary, Kokott seems to consider that the tendency is the opposite, that is, that when deciding serious violations of human rights the Courts would be willing to use lower standards of proof. She states: "at least in cases concerning the most serious violations of human rights – such as disappearances and torture – international courts are willing to accept a standard of proof lower than the rule of 'conviction beyond a reasonable doubt'." Kokott, J., *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems*... p. 202.

acknowledgement of responsibilities without determining by itself what actually happened, it should maintain a high standard for proving widespread human rights violations.

The Inter-American Court has asserted that "**in principle**, the confirmation of a single case of violation of human rights by the authorities of a State is not in itself sufficient ground to presume or infer the existence in that State of widespread, large-scale practices to the detriment of the rights of other citizens."[116] It may be wondered whether the Court's use of the expression "in principle" was appropriate. However, apparently the inter-American tribunal has never used a single case of human rights violations to consider as proven a situation of widespread abuses. The Court's standard for proving widespread human rights violations has not been uniform, and in recent years there seems to be a tendency to raise it.

ii. Example of a Probability Standard for Proving Widespread Violations

The Loayza-Tamayo was the first case against Peru dealing clearly with widespread human rights violations.[117] Subsequently the Court decided several other cases regarding these sorts of violations in Peru. In Loayza-Tamayo v. Peru the Inter-American Court gives an account of the evidence supporting the Court's determination of a "widespread practice in Peru of cruel, inhuman and degrading treatment during criminal investigations into the crimes of treason and terrorism."[118] The referred evidence is the following:

a. The statement of four witnesses who declared having been subject to cruel, inhuman and degrading treatment, none of whom appeared

116 Gangaram-Panday v. Suriname, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 16 (Jan. 21, 1994) para. 64.

117 The first case against Peru, Neira-Alegría et al., dealt with the particular action of quenching a mutiny. The alleged victims in this case were only three, even though the people who died after Peru's disproportionate use of force were more than a hundred. Neira-Alegría et al. v. Peru, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 20 (Jan. 19, 1995).

118 Loayza-Tamayo v. Peru, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 33 (Sept. 17, 1997) para. 46 (l).

before the Court,[119] and one of whom had a case pending before the inter-American tribunal;[120]

b. The declaration of the victim herself;[121]

c. The declaration of the defence attorneys of two of the previously referred witnesses, one of whom had a case pending before the Court;

d. The opinion of an expert witness who, according to the Court's description of his declaration, did not refer to cruel, inhuman or degrading treatments, but to the harassment, intimidation and threats used against the attorneys defending the human rights of persons accused of terrorism;[122]

e. A newspaper article;[123] and

f. A report of the National Coordinator of Human Rights on the Situation of Torture, whose accuracy was not explicitly assessed by the Court.[124]

Without taking into account the declaration of the victim, the expert opinion, which did not strictly refer to the widespread violation, or the newspaper articles, which the Court consider not to be documentary evidence, the existence of a widespread practice of cruel treatment would have been proven only by a report and six statements or declarations. The judgment of the Court did not analyze the conformation, independence or decision making process of the body which elaborated it, so it is difficult to know its evidentiary weight. Regarding the declarations,

119 *Ibidem*, paras. 13, 15 and 16.

120 *Ibidem*, para. 45 (a), (b), (c) and (d).

121 *Ibidem*, para. 45 (e). Regarding the weight of her declaration, the Court had previously stated: "The Court considers that the statement given by Ms. María Elena Loayza-Tamayo, as the alleged victim in this case with a possible direct interest, should be evaluated in the context of the evidence as a whole." *Ibidem,* para. 44.

122 *Ibidem*, para. 45 (j).

123 The Court has stated that newspaper clippings "do not have the status of documentary evidence. However, they are important in that they are the expression of public and well-known facts, and they corroborate the testimony received in the case with regard to the circumstances of the [illicit acts]." Paniagua-Morales et al. v. Guatemala (White Van), Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 37 (Mar. 8, 1998) para. 75.

124 Loayza-Tamayo v. Peru, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 33 (Sept. 17, 1997) para. 46(l).

six do not seem enough for determining the existence of a general rule, especially considering that two witnesses had a vested interest in the case. It should also be remembered that witnesses usually face no actual danger of punishment for bearing false testimony before international tribunals, where perjury is more difficult to find out about than in the domestic forum.[125]

In any event, the standard for proving a widespread violation of human rights in the Loayza-Tamayo case was not high, reaching only a standard of probability. This assertion makes no evaluative judgment of the factual human rights situation in Peru under the Government of President Alberto Fujimori, which is not renowned for being human rights-friendly. The previously stated conclusion is only aimed at showing the threshold that the Inter-American Court required for proving a widespread violation of human rights. The Loayza-Tamayo case was particularly important, since its conclusion regarding the existence of a widespread use of cruel, inhuman and degrading treatment in Peru was adduced in a subsequent case.[126]

The Huilca-Tecse v. Peru case, of 2005, shows that the Court may not require a high standard of proof for declaring that there was a widespread violation of human rights in cases where the government itself recognizes this fact.[127] This practice would be easily understandable in a system

125 Art. 54 of the Rules of Procedure of the Court state that when, in the opinion of the Inter-American Court, a person summoned to declare "has violated his or her oath or solemn declaration, the Court shall inform the State with jurisdiction over that witness so that appropriate action may be taken under the relevant domestic legislation." However, the effectiveness of this rule is debatable. IACtHR's Rules of Procedure. See, Combs, N. A., *Fact-Finding Without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*... pp. 130-166.

126 Cantoral-Benavides v. Peru, Merits, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 69 (Aug. 18, 2000) para. 94.

127 Huilca-Tecse v. Peru, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 121 (Mar. 3, 2005). In para. 60 the Court affirms: "Since the State has signified its acquiescence in this case, the Court considers that the facts described in the application filed by the Commission have been established; nothing in the case file before the Court contradicts the facts. They were accepted by the State in its acquiescence, so the Court considers they are 'proven facts.'" Based on this, the Court makes general statements of the situation of Peru in paras. 60(8), (9) and (10). Paragraph 60(8) will be later cited in Miguel Castro Prison, when stating that the Government "intervened the Judicial Power and the

where a Court accepts without question the State's acknowledgments of facts. However, in the Inter-American System of Human Rights the Court is used not to accept these acknowledgments without questioning them.[128] It rather tries to elucidate for itself the facts of a case, behavior which can be explained by different reasons, e.g., for having the chance to develop its case law, or to give publicity to its own findings.[129] Not all of these reasons are applicable to a State's recognition of widespread violations, but a requirement of consistency in the Court's behavior should dissuade it from accepting these acknowledgements without questioning them. Thus, the Court should require evidence of their existence, especially because it may use judgments of previous cases as proof of a widespread violation in future cases.

It could be argued that there would be no need for the Court to require a high standard of proof when there is a general perception of widespread human rights violations in a given country. However, common beliefs may be wrong. Thus, when determining the existence of a widespread violation of human rights, the Court should not be satisfied with the international community's general perception about the situation in a given country. An even stronger reason why the Inter-American Court should require evidence of a widespread violation of human rights is that the cases analyzed by the Court will seldom be settled in history, there being conflicting versions of the facts. Thus, the inter-American tribunal cannot take an *a priori* stance without the risk of being considered partial. Courts cannot take judicial notice of facts which could be reasonably disputed. Of course some historical facts are more easily proved than others, but they require evidence nevertheless, especially if they relate to widespread human rights

Public Prosecutors' Office." Miguel Castro-Castro Prison v. Peru (the), Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 160 (Nov. 25, 2006) para. 197(2).

128 E.g., see Kimel v. Argentina, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 177 (May 2, 2008). This practice of the Court may result in some practical difficulties when applying acknowledgments of facts.

129 For some reasons stating the pros and cons of State acknowledgments of responsibility see: Cavallaro, J. L., and S. E. Brewer, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court", *The American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, pp. 808-816.

violations. The complexities involved in the exercise of judicial notice by some international tribunals may be exemplified by the extreme case of the International Criminal Tribunal for Rwanda, which had been in operation for eleven years before taking judicial notice of the fact that genocide occurred in Rwanda.[130]

iii. Example of a Higher Standard for Proving Widespread Violations

On the contrary, a much higher requirement of evidence can be seen in some other cases, where the standard is at least one of clear and convincing evidence. It is preferable to use a high rather than a low standard for proving widespread violations of human rights. This is so for two reasons. First, a declaration of this kind may establish the basis for a strong presumption against the State, having a paramount effect when proving human rights violations in particular cases. Secondly, declaring that a Government promoted a policy of widespread violations of human rights can stigmatize the relevant authorities of a State, constituting also a basis for future cases against them as individuals.

The first case that this paper will refer to is that of Apitz-Barbera et al. v. Venezuela,[131] whose evaluation of evidence was rigorously examined in an article by Ruiz-Chiriboga.[132] This case deals with a complex situation – which is probably the main reason why the standard set by the Court was a high one – so it requires this paper to give a brief account of the historical facts that occurred in Venezuela during the relevant years. This article will base this description on what was stated by the Inter-American Court.

In 1999 the "National Constitutional Assembly" of Venezuela was elected for proposing a new Constitution. After its appointment, this body declared that it was necessary to reorganize all governmental

130 For an analysis of the process by which the ICTR reached this decision see: Jørgensen, N. H. B., "Judicial Notice", at *Principles of Evidence in International Criminal Justice*. Oxford University Press, New York, 2010, pp. 710-715.

131 Apitz-Barbera et al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 182 (Aug. 5, 2008).

132 Ruiz Chiriboga, O., "La valoración de la prueba de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela"...

bodies.[133] Subsequently, on December 15, 1999, the new Venezuelan Constitution was adopted, which stated that the necessary legislation regarding the judiciary should be enacted within a year. After two weeks of adopting the Constitution, a new body, the Commission for Operating and Restructuring the Judicial System (CORJS), was provisionally granted with the powers of "the judicial disciplinary jurisdiction" until the disciplinary tribunals were created.[134] At the moment when the Inter-American Court issued its judgment, in 2008, these tribunals still had not been created.[135]

In particular, the Apitz-Barbera case concerns three judges of the "First Court." This tribunal was in charge of, among other tasks, hearing "cases regarding the control of all administrative acts issued by all branches of government, except those issued by the President of the Republic and the Ministers thereof."[136] In 2000, the five members of the First Court were appointed to hold office "provisionally." Among these five judges were the three applicants of this case.[137] In June, 2002 this First Court issued a unanimous judgment against a public office.[138] Because of this, the person in charge of this public office filed a remedy before the relevant chamber of the Supreme Tribunal of Justice (STJ), which declared the judgment of the First Court to be null and void, and that the judges incurred in a "serious legal error of an inexcusable character."[139]

133 Apitz-Barbera et al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 182 (Aug. 5, 2008) para. 26.

134 *Ibidem*, paras. 27 and 29.

135 *Ibidem,* para. 29. Even by the time when the Reverón-Trujillo case was issued, there was still no evidence of the creation of disciplinary tribunals (also called disciplinary courts). Reverón-Trujillo v. Venezuela, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 197 (June 30, 2009) para. 99.

136 Apitz-Barbera et al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 182 (Aug. 5, 2008) para. 30.

137 *Ibidem*, para. 31.

138 The "Recording Office Junior Registrar." *Ibidem*, para. 32.

139 *Ibidem*, para. 33.

In this case, besides the individual violations of human rights, the applicants also claimed an "'ideological cleansing' of the courts of Venezuela." They asserted that this alleged purge sought to get rid of judges who "were not aligned with the political project devised by the President of Venezuela," interfering with the independence of the Judiciary as a whole.[140] If true, these acts would have constituted a widespread violation of human rights. In deciding this issue the Court was faced with evidence addressed partly to the issue of independence as a whole, and partly to specific cases which would reveal a lack of independence, as could happen with arbitrary dismissals. The account of this evidence is found in different parts of the judgment of the Apitz-Barbera et al. case, not only in the section where the Court specifically dealt with the independence of the judiciary as a whole. The relevant evidence – that is, not including that referring to an alleged lack of independence in the dismissal of the three applicants – was the following:

a. A statement in which President Chávez – besides criticizing strongly and in inappropriate terms a decision of the First Court, the Court itself, and in particular the three justices who delivered the Court's opinion – stated that "there is a lot of excess fabric to be trimmed in the judicial branch;"[141]

b. Two opinions stating that the increase from 20 to 32 members in the Supreme Tribunal was motivated by political reasons and aimed at obtaining an absolute control of the highest court;[142]

c. A speech in which a judge of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal stated that some other issue was solved "in line with the **axiological project** of the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela and with the rule of Law and Justice that enshrines such project;"[143]

d. The statement of a reporter who alleged that three justices belonging to the Electoral Chamber "were removed from their offices by the

140 *Ibidem*, para. 96.

141 *Ibidem*, para. 115. This statement was considered by the Court when analyzing some other violation, not when analyzing the independence of the judiciary.

142 *Ibidem*, para. 101.

143 *Ibidem*, para. 99 (emphasis added).

National Assembly" because of issuing a judgment against the interests of the President;[144]

e. The opinion of two experts who stated that the appointment of a judge of the Supreme Tribunal was annulled because he was the rapporteur of a judgment describing the "events of April 2002" as a "power vacuum;"[145]

f. An "informative statement" saying that there were judges who "voiced political remarks" before the President, apparently in favor of him;[146]

g. Evidence showing that the then Chief Justice of the Supreme Tribunal stated that 164 recently sworn judges were "Bolivarian." However, in this statement the Chief Justice also stated that they should be politically impartial and should "respect and guarantee the enforcement of the Constitution;"[147]

h. A statement of a former judge of the First Court, which the representatives considered to reflect the context of intervention of the Government in the judiciary, but which the Court considered to be ambiguous;[148]

i. An expert opinion referring "to a pattern of instances of dismissal or removal of judges for political reasons;"[149]

j. A statement of the rapporteur of the CORJS's decision ordering the applicants' removal, in which he stated: "we have achieved acceptable levels of cleansing [of the judiciary] over the past three years," and "[w]e currently need judges who are committed to the ethical and social values of the new reality rather than to legal concepts exclusively;"[150]

---

144 *Ibidem*, para. 101 and note 108 of this judgment.

145 *Ibidem*, para. 101. In April, 2002 there was a *coup d'état* by which President Chávez was briefly deposed.

146 This statement did not specify what these expressions were or who made them. *Ibidem*, para. 102.

147 *Ibidem*, para. 103.

148 *Ibidem*, paras. 105 and 106. The representatives also claimed the existence of another statement showing an interference with the judiciary. However, the Court did not consider it to be proven.

149 *Ibidem*, para. 107.

150 *Ibidem*, para. 133. In para. 134 the Court focused on the rest of the decision, where this rapporteur stressed that the judges of the First Court "were removed

k. Statements of several public officials calling to disobey a ruling of the First Court;[151]

l. Several newspaper clippings.[152]

After analyzing this evidence, the Court considered that "the lack of independence of the Judiciary, in general, has not been proven."[153] Probably one of the reasons for not considering this claim as proven is that it is not easy to distinguish between changes in the judiciary for the sake of its own integrity, from modifications intended to gain some control over it. Hence, it may be much more difficult to prove interventions on the judiciary than to prove acts of torture.[154] In this case the Court is clearly using a higher standard than that of probability. This decision reveals either a standard of clear and convincing evidence or one of beyond reasonable doubt. A high standard seems to be appropriate for proving widespread violations of human rights, especially because of the consequences it may have for the relevant State. Probably the best standard would be one of clear and convincing evidence, since the standard of beyond reasonable doubt, at least in the way in which it is understood in domestic proceedings, is not necessarily suitable for international proceedings. When saying this, this paper is not referring to the standard of beyond reasonable doubt as it is understood by the European Court of Human Rights, since its standard seems to be, in practice, closer to that of clear and convincing evidence than to that of

due to the serious inexcusable judicial error that had been previously held to be such by the [CPAM] of the [STJ], […]. We did not act arbitrarily or in the spirit of political retaliation. We have no political affiliation and the operative section of our ruling is limited to the penalty of removal only." This statement was not considered by the Court when analyzing the independence of the judiciary, but when analyzing some other violation.

151 *Ibidem*, para. 117. This statement was not considered by the Court when analyzing the independence of the judiciary, but when analyzing some other violation.

152 E.g., *ibidem*, paras. 113 and 114, and footnotes 115 and 116.

153 *Ibidem*, para. 108.

154 The outcome of this case might have been different if the Court had also considered evidence like that received in the Reverón case, where it was proven that "the percentage of provisional judges in the country reached approximately 80%." Reverón-Trujillo v. Venezuela, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 197 (June 30, 2009) para. 106.

beyond reasonable doubt, as they are understood domestically.[155] If the Court decided to use the standard of clear and convincing evidence, it would not be the first international tribunal in doing so, since the Eritrea-Ethiopia Claims Commission used this standard for proving systematic and widespread violations of international law.[156]

Conclusions

It has been asserted that "– all things being equal – higher standards of proof result in more erroneous acquittals and fewer erroneous convictions."[157] Thus, "[t]he more we wish to prevent wrongful acquittals, the lower the standards of proof should go."[158] This conveys the idea that the standard of proof set by a Court will depend on the ends that a Court is given, which may vary according to the object with which the Court is dealing. The inter-American tribunal has neither been given a standard of proof nor has it set one for itself. However, the practice of this court reveals some trends in this matter, despite not being yet very systematic. For instance, in cases of widespread human rights violations, the Court has used – especially in its recent case law – a high standard of proof, probably one of clear and convincing evidence. In the great majority of cases it seems that the Court has used a standard of probability, which, in principle, would distribute errors equally in judgments between the alleged victims and the State. However,

155 For the sake of clarity, this article will make use of the different kinds of standard of proof as they are understood domestically. It has been said that, in practice, "the difference between the approaches of both Courts [European and Inter-American] should perhaps not be overestimated. The European Court has developed a number of doctrines that allow it to find 'beyond reasonable doubt' a violation even in the absence of direct evidence of the events: shifting the burden of proof where injury or death occur in police custody; 'procedural violation' of Articles 2 and 3 that will be held to have existed where the direct State responsibility is not proven, but where the State has failed effectively to investigate the events; failure by the Government to submit a convincing explanation on the basis of information to which only it could have access. Similar techniques have been used by other international human rights bodies – without reference, it is true, to a definite standard of proof." Kinsch, P., "On the Uncertainties Surrounding the Standard of Proof in Proceedings Before International Courts and Tribunals"... p. 438 (footnotes omitted).

156 *Ibidem*, p. 441.

157 Combs, N. A., *Fact-Finding Without Facts: The Uncertain Evidentiary Foundations of International Criminal Convictions*... p. 346.

158 *Ibidem*.

the application of presumptions and other judicial devices, such as probabilistic reasoning, make this standard seem lower, increasing the chances of finding the State guilty.

The Inter-American Court makes no explicit reference to its standard of proof, and its practice in this regard is not consistent when faced with different evidence. In a concern for legal certainty it would be advisable for the Court to make some reference to the different standards it applies, because "[t]he standard of proof is, in last analysis, part of the institutional ethics of adjudicating bodies – and as such, it should be governed by predictable legal rules."[159] Thus, "[t]here may be, in order to do justice, a need to have a more concrete standard."[160] Indeed, it is desirable for an international tribunal to define as much as possible its own standards of proof. This may be the reason why the ICJ has, in recent years, tried to define its own more clearly.[161]

The inter-American tribunal's definition of its own standards of proof would make its system of adjudication more understandable to the practitioners of common law countries, which could be an interesting tool for attracting non-Latin State's under the Court's jurisdiction. Of course that the inter-American tribunal's jurisdiction over almost exclusively Latin American countries has deeper and more complex causes. However, incorporating concepts pertaining to the common law heritage would make the Inter-American System less of an outsider to the States pertaining to an Anglo-Saxon legal tradition. This is particularly relevant in the case of the Inter-American Court, where almost one third of the State members to the OAS belong to the common law tradition.

159 Kinsch, P., "On the Uncertainties Surrounding the Standard of Proof in Proceedings Before International Courts and Tribunals"... p. 428.

160 Amerasinghe, C. F., *Evidence in International Litigation*... p. 233.

161 Kinsch, P., "On the Uncertainties Surrounding the Standard of Proof in Proceedings Before International Courts and Tribunals"... p. 442.

Human Rights as an Essential Element of Contemporary International Community

*Renato Zerbini Ribeiro Leão**

The preamble of the Universal Declaration of Human Rights reflects the spirit of the contemporary international community:

> WE THE PEOPLES OF THE UNITED NATIONS DETERMINED
> to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and
> to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, and
> to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, and
> to promote social progress and better standards of life in larger freedom,
> AND FOR THESE ENDS
> to practice tolerance and live together in peace with one another as good neighbours, and
> to unite our strength to maintain international peace and security, and
> to ensure, by the acceptance of principles and the institution of methods, that armed force shall not be used, save in the common interest, and
> to employ international machinery for the promotion of the economic and social advancement of all peoples,
> HAVE RESOLVED TO COMBINE OUR EFFORTS TO ACCOMPLISH THESE AIMS
> Accordingly, our respective Governments, through representatives assembled in the city of San Francisco, who have exhibited their full powers found to be in good and due form, have agreed to the present Charter of the United Nations and do hereby establish an international organization to be known as the United Nations.[1]

---

* Ph.D. in International Law and International Relations. University Professor of Public International Law, International Politics and the Three Pillars of the International Protection of the Human Person in Brasília. General Coordinator of the National Committee for Refugees (CONARE). Member of the United Nations Committee for Economic, Social and Cultural Rights.

1 Charter of the United Nations: Preamble.

1. The Spirit of the Contemporary International Community

The preambles of international treaties are ethical, historical, moral, political and social justifications of these international normative documents' need for existence. They are the source of civilizational inspiration of the constituent norms of a Public International Law juridical document. As a consequence, they humanize the cold letter of an international norm and show, succinctly, to the international society of that time the way of understanding the subject on the agenda for a treaty.

The preamble of the Universal Declaration of Human Rights is characterized by existential logic. From the proclamation of the Universal Declaration of Human Rights, on 10 December 1948, all the countries of the world, including those that have not undergone the long historical process of formation of the modern democratic and liberal State, have at their disposal an international code to decide how to proceed and how to judge one another. This code is not only universally applicable but also encloses precepts that have value in areas previously not taken into account in the Constitutions of Western States.[2] Unlike other periods, currently the international norms forbid any type of "inhuman or degrading treatment." There was a time in which any indictment was limited to citing particular governments that were careless of the interests of its population, nowadays these governments can be indicted for violation of international norms which state, for instance, the right to food, to a dignified dwelling, to a healthy environment, etc.[3] At the beginning of the twenty-first century the principle of affirmation of human dignity prevails.

---

2 de Albuquerque Mello, C. D., *Curso de Direito Internacional Público*. Renovar, RJ/SP, 2000, p. 823. ("The Universal Declaration of Human Rights has no mandatory value for the nation States. It is not a treaty, but rather a simple declaration as its name indicates. Its value is simply a moral one. It indicates the directives to be followed by the nation States on this matter. […] Anyhow, it can be affirmed that currently there is a kind of consensus about considering it an international system, and therefore mandatory.") [As per free translation.]

3 Cassese, Antônio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Ariel, Barcelona, 1993, pp. 7-57.

Recognition of Human Rights in the world scene developed discreetly at times, effusively at others, along with the development of International Relations. Between the seventeenth century and the beginning of the twentieth century, international relations were substantially kept among the entities of the sovereign governments in a relatively wide territory and upon the population established therein. Cassese points out what were the three main characteristics of the international community at the time:[4]

> The States lived in a state of nature.
>
> A setting moved by a principle that constituted the necessary consequence of the individualistic relations existing among members of that anarchic society: the principle of reciprocity. Said principle means fundamentally that norms among associates were governed mainly by bilateral agreements or, in particular cases, multilateral ones; nevertheless all were based on mutual advantages for the contractors.
>
> The peoples and the individuals lack influence. Individuals appear as passive subjects of international law, meaning they were only subjects of international obligations whom sovereigns could and should fight against with all their power.[5]

At that time, Human Rights were confined within the borders of the States by the principle of State sovereignty; nevertheless, when they are no longer considered matters of exclusive jurisdiction of sovereign States and "become inserted among the prerogatives of the international community, [human rights'] defense begins to take place independently of territorial limitations imposed by the States."[6] The characteristics aforementioned were basically kept without great transformations until the middle of the nineteenth century, when a small flame would cast a new perspective upon the political and juridical setting of the time: the

4 Ibid., pp. 17-21.

5 de Albuquerque Mello, C. D., *Curso de Direito Internacional Público*... pp. 766-767. ("A reaction against the individual's subjectivity began since the twentieth century. Currently, the absolute sovereignty of the State prevails. What was previously called an aristocracy of the nation States appears in International Law. The individual affects the juridical international world only if he acts through the State.") [As per free translation.]

6 Rodrigues, Simone Martins, *Segurança Internacional e Direitos Humanos – a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria*. Renovar, RJ/SP, 2000, p. 61.

theory of nationalities passionately advocated by Pasquale Stanislao Mancini. This theory expressed the importance of the various nations, "human clusters united by a common language and culture, by common traditions and costumes."[7] It impersonated, moreover, the ideals of the leading classes of particular European countries and remitted its consequences to a metajuridical sphere as an ideal of political action.[8]

The rights of man are based not only on "invariable natural law theory-formulated values," for "its connection with social-historical configurations is patently obvious." Canotilho teaches that "all theorists of rationalist natural law concerned themselves with the State's justification and with dominion legislation," forgetful that "the bourgeoisie's lack of political freedom would constitute one of the main incentives to the fight for the rights of man." He remembers, moreover, that a careful historical and juridical study connecting those two threads of analysis is capable of showing that "Locke's doctrine, along with Rousseau's, saw freedom as freedom within the State-society – these combined as undifferentiated political bodies – contrary to physiocratic doctrines of the natural order, conducive to the exclusive understanding of a freedom before the State" and it was the evolution of "this doctrine that would end in a sort of "Statuslehre" of G. Jellinek, in which freedom rights practically were no longer the ones of Rousseau or Locke, but juridical self-ties of the State now seen as a juridical person."[9]

2. Positivation of Human Rights in the Post Second World War

Human Rights, as currently conceived, meet a true turn of historical direction at the setting staged first in 1917 and, later on, in 1945, with the end of the First World War and the conclusion of the Second, respectively. During the post Second World War period another phenomenon of the international community is apparent: a natural

7 Cassese, Antônio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*... p. 21.

8 Mancini saw a few European States rule over various nationalities, whereas other nationalities were dispersed among various States. A few examples are the Austrian Empire, on the one hand, and on the other, Germany and Italy.

9 Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Renovar, Coimbra, 1999, pp. 359-361.

law theory of human rights is launched, its content aiming to take into account the relations between each State and its citizens.[10]

The origin of the United Nations Organization[11] is strongly intertwined with and influenced by the ending of the Second World War and by its winners' ideologies. As a consequence, the Security Council, UN's supreme body of decisions, had been under the influence of the winners of the aforementioned global armed conflict's ideals since its creation. The Council, represented by the five countries who won the Second World War – the United States, the United Kingdom, France, China and the former USSR –[12] mirrored the political, social, economic and military ideals of each one of those powers. Fundamentally, it was the arena for a duel among the great Western democracies and the countries of Socialist Europe.

The five great countries, that represented clearly two opposing ideological chains diametrically rooted at the core of the UNO, would mark the precipitated and imprudent division of human rights into civil and political rights, on the one hand, and economic, social and cultural rights, on the other hand. One applauded freedom of expression, thought and religion, and individual rights in general but worshipped liberalism as the unquestionable path of the world economic scene; the other, though contrary to human rights at first, as it defended Socialist pillars, proposed extremely important rights, as are the cases of the principle of equality (that is, the prohibition of prejudice based on race, color, gender, language, religion, political opinion, nationality, property, etc.), the right to association, the right of self-determination of the colonial peoples, among others.

10 To Guido Fassò "natural law dawned again after the Second World War as a reaction to the stillness of the totalitarian regimes. Majorly, this phenomenon was verified in the scope of catholic culture, but also in the German protestant environments and, at an extraordinary measure, in the secular world, the idea of Natural Law was once again present, above all as an embankment and limit to State power." [As per free translation.] In: Bobbio, N. et alii, *Dicionário de Política*. Edunb, Brasília, 1992, p. 659.

11 The United Nations Organization was established on 26 April 1945, at the Conference of San Francisco.

12 At the time the USSR was the Union of Soviet Socialist Republics. The USSR came apart with the Perestroika in 1982 and its assigned seat at the Security Council has belonged, since then, to Russia.

The Soviet Union was contrary to the discussion on human rights not only because of the Stalinist government's authoritarianism, but also due to the weight of Marxist thought. The traditional concept of human rights based on natural law tradition is founded on three pillars:[13]

1. These rights are inherent to the human person and spare any positive recognition (they exist even when negotiated by the State).
2. The natural order sustaining them is wholly valid and immutable, sparing the individual's social context.
3. These rights are intrinsic to the individual as such, not of social groups.

According to Cassese, Marx simply rejects these three principles and supports that the human rights acclaimed by the Capitalist society were a mere manifestation of the bourgeoisie, a mere expression of the demands of said class.[14] In this sense, rights and freedoms have only instrumental value and are useful to more swiftly subvert the existing order. Contrarily, these values are no longer useful in a Communist society because it carries out integration between the individual and society. Marx proclaimed that social justice and human dignity brought elements that transcended the States' borders, such as the social conscience of being part of a working class wherever one may be,[15] meaning that the Human Rights doctrine was in conflict with the going ideology and practice in the USSR.[16]

13 Cassese, Antônio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*... p. 39.

14 Ibidem, p. 39. Nevertheless, the early Marx particularly emphasizes the notion of "human emancipation," compatible in itself with the philosophical notion of human freedom encompassed by the philosophy of Natural Law. The following passage of "The Jewish Question" is an example of it: "Human emancipation will only be complete when the real, individual man has absorbed into himself the abstract citizen; when as an individual man, in his everyday life, in his work, and in his relations, he has become a species-being." In: Tucker, Robert C. (coord.), *The Jewish Question. The Marx-Engels Reader.* W. W. Norton, New York, 1978, p. 46.

15 Rodrigues, Simone Martins, *Segurança Internacional e Direitos Humanos – a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria*... p. 63.

16 Cassese sustains that, despite the ideological debate of the powers of that time, the enormous freeing contribution of Marx's thought in the field of economic and social rights cannot be forgotten, as well as the general contribution lent by Marxist "revisionism" to the theory of human rights.

Therefore, the international setting in 1945, time of the establishment of the United Nations Organization, showed the USA's domination in the West, both in the military and economic fields, as well as on the confirmation of a vigorous cultural model that gained impressive world diffusion. In Eastern Europe, Stalin in harvesting the fruits of victory makes the USSR the second power on the planet, expanding the Soviet regime to the countries on that region.[17] On the other hand, decadence of colonial empires and the emergence of new superpowers established the roots of decolonization and the appearance of the then called Third World.[18]

In this context, the setting of the diplomatic-political discussions at the heart of the UN was being formed, as was the path for the development, the coming into being and the approval of the Universal Declaration of Human Rights, and of the International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights, which altogether comprise the International Bill of Human Rights.

This historical reality causes the preamble of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) to defend the affirmation of the individual as a subject of Public International Law (PIL). Therefore, it is a factual and jusphilosophical structure consolidated on an idea

17 Kennedy, Paul, *The Rise and Fall of the Great Powers – Economic Change and Military Conflict from 1500 to 2000*. First Vintage Books Edition, United States of America, 1989, p. 372. "Thus, the foreign and domestic requirements of the Cold War could feed off each other, mutually covered by an appeal to ideological principles. Liberalism and Communism, being both universal ideas, were "mutually exclusive"; this permitted each side to understand, and to portray, the whole world as an arena in which the ideological quarrel could not be separated from power-political advantage. One was either in the American-led bloc of the Soviet one. There was no middle way; in an age of Stalin and Joe McCarthy, it was imprudent to think there could be. This was the new strategical reality, to which not merely the peoples of a divided Europe but also those in Asia, the Middle East, Africa, Latin America, and elsewhere would have to adjust."

18 Kennedy thus explained the third world: "The shattering of those empires in the Far East after 1941, the mobilization of the economies and the recruitment of the manpower of the other dependent territories as the war developed, the ideological influences of the Atlantic Charter, and the decline of Europe all combined release the forces for change in what by the 1950s was being called the Third World. […] But it was described as a "third" precisely because it insisted on its distinction both from the American- and the Russian-dominated blocs."

sprung from sequential logic sustained on the contemporary subjects of PIL: the States, the international organizations and the individuals. That is, through the celebration of an international treaty, States create international organizations that under their sponsorship, and in whose bosom, do facilitate the dawning of international treaties on human rights, which the individual emerge from as a subject of PIL, being entitled to arraign his country for violating one of the norms of an international treaty on human rights. This is also a self-feeding process. Therefore, one can state that the Preamble of the UDHR is the political consecration of the passage of an international community, especially under the standpoint of PIL – State-centered – into an international community that replaces the individual at the epicenter of its discussions.[19]

The great documents and international treaties on human rights emerge with this replacement. Moreover, starting from the consolidation of the UNO and of the International Bill of Human Rights, all national Constitutions promulgated since then contained the norms, principles and values included in these international instruments for the safeguarding of human dignity. Thus the great majority of human rights were being materialized. Is it important to say that a large measure of human rights were consolidated into fundamental rights, for, in the light of the voluntarism-based rigor of Public International Law, fundamental rights are no more than human rights molded into the norms of international treaties and the Constitutions of the nation States.[20]

3. The Affirmation of Human Rights in the United Nations Organization

The United Nations Organization was brought into being during the San Francisco Conference, held from April 25 to June 26, 1945, in the

19 See: Cançado Trindade, Antônio Augusto, *"A Recta Ratio nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade". Inaugural speech at the Juridical Brazilian Academy of Letters, Cadeira No. 47*. Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

20 Leão, Renato Zerbini Ribeiro, *La construcción jurisprudencial de los Sistemas Europeo e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Núria Fabris, Porto Alegre, 2009, pp. 37-39.

USA. The treaty that comprises the statement referred to as the Charter of the United Nations (or UN Charter of San Francisco) was signed on June 26, 1945, and came into force of October 24 of that same year, at the moment that it was ratified by the USSR, the USA, China, the United Kingdom and France – the Five Big Powers – and by the majority of the founder-States of the international organization, which attended the Conference.[21]

The formation of four sharply defined clusters that maintained a strong influence in the discussions, development and shaping of the human rights doctrine at the core of the UNO[22] was noted since its foundation. A group of Western countries – that swiftly took over the political lead of the Institution and had the United States, France and England as its political and ideological mentors – followed by various other countries of the political West, among which was Australia. A second group constituted by the Latin American countries that, from the beginning, seized the human rights cause, frequently making significantly more advanced decisions in this field than the more developed countries of that hemisphere themselves. The bloc of Socialist countries – in conformity with their principles and ideas – endowed with extreme political caution and generalized mistrust accepted to cooperate in the advancement of human rights. And the Asian countries, except for those Moslem nations ruled by Saudi Arabia and Pakistan, had little to do with the initial conversations on the subject.[23]

In spite of the four above-mentioned clusters, the majority of the political and ideological confrontation took place between the West and Socialist Europe. Such fact can be verified through the conversations held throughout the years under study (1945-1966) and confirmed by the composition in charge of reconciling and elaborating the different

21 Those nation States that signed and ratified the Charter of the United Nations soon after attending the San Francisco Conference, or at least signed the Declaration by United Nations, of 1942, are considered originating members of the UNO.

22 At that moments there were 58 members of the UN: 14 Western, 20 Latin American, six Socialists, four Africans and 14 Asians.

23 About this subject, read Cassese, Antônio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*... pp. 40-46.

proposals and thesis that emerged from the discussions. The Drafting Committee was consisted mainly of members of the Western chain and by the USSR, as follows: Australia, Chile, the USA, France, Great Britain, Lebanon and the USSR.

The conversations then held at the United Nations embodied the political and diplomatic context of the Cold War.[24] The Charter of the United Nations, in regards to human rights, contemplated norms far removed from the expectations and hopes stirred by President Roosevelt's declaration, in 1941. In fact, each one of the Big Powers victorious from the Second World War was bringing problems to the moment of the Charter's drafting in the human rights field: racial discrimination in the USA, and lack of freedom and political expression in the USSR.

The articles of the UN Charter of San Francisco do not allow for a clear and accurate definition of human rights. The document is limited to mentioning the promotion and development of those rights, which were considered one of UN's goals, alongside with its other main goal: the maintenance of international peace and security.[25]

The paramount and historical relevance of the Charter of San Francisco – from the perspective of Public International Law – stands out in the positivation of the general principles that direct friendly relations among States. These are enlightened throughout its Articles 1 and 2: sovereign equality of the States; autonomy, non-intervention in matters within domestic jurisdiction of any State; refrainment from the threat or use of force; peaceful settlement of international disputes; international cooperation; respect for human rights; and good faith in fulfilling international obligations.[26] The United Nations Charter is the first great universal international document that registers those

24 Political-ideological atmosphere instituted by the two greatest Powers of the time – the USA and the USSR – in the world scene immediately after the end of the Second World War.

25 See Article 1 of the Charter of the United Nations.

26 For these subjects please consult: Cançado Trindade, A. A., *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pp. 91-140.

principles in such explicit fashion. Those are the seven general principles of contemporary Public International Law.

The International Bill of Human Rights is formed by a set of documents consisting of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), and its two Optional Protocols. In 1945, the world was distinctly split in two political-ideological threads that directed the international system towards spinning around a bipolar nature led by the USA, on the one hand, and the USSR on the other.

The USA were leading the Western Capitalist countries that defended liberal democracy as the only political regime capable of promoting respect towards the fundamental freedoms and rights, and the full development of individuals, under both economic and political viewpoints. The USSR commanded the Socialist bloc that held – in social or real democracy –[27] the key to the elimination of social inequalities and the means for the establishment of universal peace, as Socialist countries did not engage in war against one another.[28]

4. UDHR Preamble contrasted with current International Relations

In this context, the Preamble of the UDHR registers the ethical, historical, moral, political, social and juridical realities that culminated in its proclamation. Thus it consummates the general principles of Public International Law[29] clearly stipulated in articles 1 and 2 of the Charter of San Francisco. The conjunction of the latter with records of the former consolidates the Preamble as the source of enlightenment of the international community's contemporary law. The Preamble

27 Regarding the discussion on "democracy and socialism" read the heading "Democracy," in: Bobbio, N. et alii, *Dicionário de Política*... pp. 324-325.

28 For the themes discussed in this paragraph read Wight, Martin, *Power Politics*. Continuum, London, 1978, pp. 175-192.

29 They are: sovereign equality of States; autonomy, non-intervention in matters within the domestic jurisdiction of any State; refrainment from the threat or use of force; peaceful settlement of international disputes; international cooperation; respect for human rights, and good faith in fulfilling international obligations.

was constituted, then, as a cogent consideration of historical, political, social and juridical developments that characterize contemporary human civilization.

As taught by Cançado Trindade:

> […] the principles of International Law shed light on the interpretation and application of International Law as a whole, pertain to the very substratum of this latter, and are identified with the very foundations of the international legal system. They permeate every legal system. Their continuing validity is beyond question. Principles of International Law are essential to humankind's quest for justice, and of key importance to the endeavours of construction of a truly universal International Law.[30]

In view of a brief but not careless historical review, at the beginning of the twenty-first century the ideological pressure of the past – expressed by the political-economic thinking and the military power of the Big Powers that won the Second World War during the period promptly after the outcome of that sad episode in the history of humankind – no longer exists. For this reason the catalyzing phenomenon for the inconsequent division of the two threads of human rights vanished. Nowadays, the global and harmonious character of human rights takes the center of discussions of the international agenda. However, in spite of so much being spoken about a supposedly globalized world, we are found precisely in the middle of the fight of the reason of humanity's primacy over the reason of State. The indisputable fact that knowledge is perhaps the most effective form of human emancipation, and that comprehension of the world we inhabit – so complex and dissimulated – is intimately connected to human knowledge abounds. The limits of said human knowledge will foster the sense of human solidarity, of careful attention to someone else's condition, for ultimately we are all interdependent and one's fortune is inexorably connected to other's.

Sublimely, contemporary democracies lack an urgent updating before current society's characteristics: more informed, educated and closer. Winning back the representational legitimacy of its political classes is

30 Cançado Trindade, A. A., *International Law for Humankind: towards a new Jus Gentium (I). General Course on Public International Law,* vol. 316. Hague Academy of International Law, The Hague, 2005, p. 110.

urged to the States. It is a social clamor: people are "politically full" and give off dangerous signs in this regard, including in countries were threats to democracy appeared to be out of the question. For instance, if in Latina America people once lived under coup d'états sponsored by dictatorships, currently they experience coups perpetuated by civil institutions, theoretically democratic (for example, the case of Honduras), and the virus of possible indefinite reelections. In the human rights association it is impossible to speak of democracy where fundamental rights are crushed, the State of Law is despised, and politics and citizenship are deprecated. Contemporary States, rooted in the principles of human rights, are dependent on ethics, moral and social justice to, apart from the principles of contemporary history (freedom, equality and fraternity), be consecrated as legitimate in front of its citizenship. The previous affirmation is an indisputable condition of the contemporary State.

As a consequence, moving these ideas into the set of States or into the international scene, and confronting as well the affirmation of various theorists and jurists guardians of the status quo, I count myself among those who, like Ash[31], defend the fact that we are immerged in a new order, or better said, a global multipolar disorder in which is noted the end of the unipolar moment where supremacy of the hegemon – that puts effort into diminishing the precepts of international law and of international relations' multilateralism – had seemed invincible. This new multi-polarity is a product of, at least, four tendencies:

1. The ascension or reappearance of series of States that prosper or are re-born and whose energy resources compete against that of the traditional powers of the West.

2. The growing power of non-State actors. These can be very distinct. They include from NGOs, to pharmaceutical and energy companies, from the so-called "autonomous" regions and religious groups, and land on movements such as the Hamas, Hezbollah and the Al-Qaeda. They are actors who, despite still lacking official appointment or

31 Ash, Timothy Garton, "El mundo, siete años después," Section Crónica: Opinión, *El País Newspaper Sunday edition*, 14 September 2008.

capacity, are perfectly capable of changing or transforming the agenda of one or many States, as well as that of other subjects of International Law.

3. The transformations on power's exchange currency. Advancements in technologies that can be used for violence offer small groups of people the capacity of defying powerful States. It is a fact that progress in information technology and in globalized mass media cause the most powerful army in the history of mankind to lose a war, if not on the battle field – it being full of blood and lies –then on the field of public opinion. This fact can also be proven by researches carried out in those countries traditionally in favor of the recent deceptive wars.

4. The challenges of International Law themselves. Those perhaps come from the human mind, clothed in the interests of the more powerful States. Who knows? However, we accurately observe three great challenges of the International Law:

   a. Its fragmentation in light of its frenetic growth and division into sectors;

   b. The proliferation of international jurisdictions as a consequence of the previous challenge;

   c. The creation of specific international regimes, such as the environment, human rights, law of the sea, international commerce, and more currently, as it all points towards, action to counter terrorism.

In summary, what all these tendencies so distinctly combined produce is a reduction of the relative power of Western States. And, if we add the terrible environmental destruction at global scale and the waste of natural resources to these tendencies, the setting becomes even more despairing; and, at the center of it all, immersed in the widest dimension of its diversity, is the human being: lost, delusional, mislead, yet endowed with a reasoning that has allowed him to survive for thousands of years. Hope resides in this: the human reason; in the fact that man and woman will, at last, find that human eternity can only be achieved through human beings themselves.

Nevertheless, the important role that the individual begins to perform in the international community starting from the second half of the twentieth century has to be pointed out. He becomes not only a subject of Public International Law, but also an indisputable actor transformer of the international community. Organized civil society takes on a hegemonic role in the international agenda. The World Social Forum can be cited as an example. When it began, the status quo made all effort to discredit it, labeling it with various adjectives – rabble of utopians, hippies' legacy movement, heirs to an outdated Socialism, etc. – among many other denominations they came up with. Fundamentally, all this was due to the Porto Alegre meeting's motto, which self-fed off a romantic and necessary ideal: "Another world is possible!" Such perspective echoed from Guaíba's riverside – reverberating through Bamako, Caracas, Karachi, Nairobi and Belém – and reached a significant portion of the planet.

Concomitantly, at icy Switzerland, the status quo discussed the world's economy or, at least, that which they said to be the real one, at the Davos World Economy Forum. For them it was very appropriate that those gathered at the Porto Alegre forum, the expounders of the organized civil society and potential contestants of the hegemonic situation, chose to carry forth such conspiring, contextual extension in the Tropics: a nook that exudes sin, lust, but also creativity. From the Davosian viewpoint that would be a more appropriate extension for those carnivalesque ideas and hence lacked any scientific, political and social seriousness.

What is interesting in this parallel is that, for this current financial crisis's root, the elegantly-dressed attending Davos are considering to take the remedies prescribed by those poorly-dressed from Porto Alegre, or, at least, the costumes from Porto Alegre enlightened the runways of Davos. This is the understanding grasped from the manifestation carried out by the main European Union leaders, dated February 22, 2009. On that day, a plan exalting immediate combat to tax havens through the creation of direct sanctions to the States who shelter them was celebrated. The problem of tax havens, frequently believed to be postponable, is now vitally considered in facing the financial component

of the crisis. Furthermore, the IMF will need to move faster and more efficiently when aiding economies facing difficulties in order to consolidate possible assistance. Even so, regulation of financial markets and supervision of its functioning in a truly global manner is urgently necessary. And all that heartily tied to the strict control of credit rating agencies. Protectionism was also strongly condemned. The European Union as a whole claims for solidarity and coordination. Porto Alegre had often said all of this numerous times, which means that, if from the beginning Davos had given ear to the thunders reverberating from the Guaíba, we would have spared nearly a decade in developing strategies to fight and bypass the current financial crisis.

When globalizing this analysis, the fact the human being (or the great majority of the world's political and financial elite), despite so much economic, scientific and technological progress achieved, still despises education as a necessary tool for social inclusion, for combating poverty and for wealth generation. A high-quality universal education is the fastest and most efficient way to combat any economic and humane crisis. In this sense, our generation is already capable of leaving the legacy of a more harmonious and sustainable future for our children and grandchildren. To persist on intentionally allowing the possibility of a socially fair, environmentally-safe and harmoniously-civilized future for all humankind to go unnoticed is a flawed act in human reasoning that this and the previous generations insist upon perpetrating.

That the current world scares us is a fact. Societies seem lost in regards to their values and habits. Human solidarity is punctual and occasional. Families disintegrate with an easiness never seen before. States give off more and more signs of their incapacity to answer the chief demands of the majority of their citizens. More laws are proposed each day to close frontiers between States and keep people from different races and social standing apart; and the States, the richest ones above all, toughen their existing norms of the kind regularly. From a multilateral point of view, the positive agenda of the second half of the past century has been going out of breath at the beginning of the twenty first century, as all the room given to more humble States shrink daily. All this does not happen simply because international relations nowadays are

becoming more complex than at other times because each period has its own specific complexity. The big theme is that international relations at this beginning of century are covered up with contemporaneous reality – a reality the political, economic, social, juridical, strategic and military symptoms of which reveal their chief characteristics of individual and little-sympathetic interest. In the contemporary global disruptive multilateralism, ethics and common moral fade in the midst of exacerbated individualism. The pillars of this observation contribute to the strength of the current crisis. A strong and present State, rooted in the principles of ethics, social justice, moral, indivisible and universal human rights is, thus, the only possible perspective.

As to the current crisis that corrodes us, it all indicates that in the diagnostics and in the proposition of possible solutions to defeat it, Porto Alegre superposed Davos. It does not matter: may them both commune and conspire in favor of a better world! The sum of efforts and ideas turns out to be fundamental to overcome this fragile moment of humankind. At last, when it comes to the human being, the fortune of each and every one of us is inextricably linked to the other. Defeating this crisis is a task bestowed upon all the actors of the world community (above all, civil society, States and the international organizations), who will have to work in unison to overcome it, building a more positive setting (just, sympathetic and sustainable) as legacy for the coming generations.

These are the main challenges to be faced by Law and, above all, by human rights at this beginning of century. It is due to this reality and to the challenges resulted from it that we believe in the prevalence of reason of humanity over the reason of State. If there is a universal crisis, it is not only one of the State or its values, but a crisis of the human being himself and one that we alone can conquer, because though many may have forgotten, we have created the State as a form of social organization, not the other way around. To seek for new times and new directions means to find ourselves, human beings, at the time and atmosphere of the affirmation of human dignity by the universal, the indivisible, and the complementary Human Rights.

As a consequence, Human Rights will not vanish for making themselves be respected by their principles originated from Public International Law and multilateralism. The risk of deprecating the principles of International Protection of the Human Person[32] resides exactly at the opposite end of the previous affirmation, that is, it will be the softening of the precept coming from Public International Law and from the rules of harmonious and peaceful living among States in front of the armed and unilateral false rhetoric – the latter being deposed of any human reasonability – the fact that will be capable of making Human Rights to retrocede.

32 Comprises the Rule of Law in Armed Conflicts (Humanitarian Law), Human Rights and Refugee Law.

Temas en Derechos Humanos

El Banco Mundial entre el apoyo a grandes inversiones y la protección de los derechos humanos: estudio sobre el *Ombudsman* y Asesor en Materia de Observancia de la Corporación Financiera Internacional*

*Björn Arp***

Introducción

El presente estudio analiza la práctica del *Ombudsman* y Asesor en Materia de Observancia (CAO)[1] de la Corporación Financiera Internacional (CFI)[2] y de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)[3], cuando se producen violaciones a las normas internacionales de protección de los derechos humanos. El CAO es uno de los mecanismos de más reciente creación, de entre los establecidos a

* El presente trabajo es el resultado del proyecto de investigación sobre "La protección de las inversiones exteriores españolas en materia de energía" (Ref. DER2008/04174/JURI) del Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

** Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Alcalá (Madrid); Investigador Visitante del American University Washington College of Law (Washington, D.C.); Socio de la firma Aparicio, Arp, Schamis & Associates LLC, especializada en litigación en Derecho Internacional, con sede en Washington, D.C. Se ruega enviar cualquier comentario a Bjorn.Arp@uah.es.

1 Utilizamos la abreviatura CAO en este trabajo porque también la propia institución la emplea en sus documentos adoptados en lengua española. La abreviatura CAO se compone de las letras con las que comienza el nombre inglés de la institución (*Compliance Advisor/Ombudsman*).

2 La CFI forma parte del Grupo del Banco Mundial; su función es prestar dinero a empresas que realizan proyectos de inversión extranjera dirigidos hacia el desarrollo económico. El tratado constitutivo de la CFI fue adoptado el 5 de diciembre de 1955, publicado en los Estados Unidos en 7 U.S.T. 2197. La versión consolidada es de 28 de abril de 1993, y está disponible en <http://www.ifc.org>.

3 MIGA forma parte del Grupo del Banco Mundial y su función es garantizar inversiones extranjeras de proyectos dirigidos hacia el desarrollo económico y realizados por empresas privadas. El tratado constitutivo de MIGA fue adoptado el 11 de octubre de 1985 y entró en vigor el 12 de abril de 1988. Se utilizará aquí la abreviatura inglesa MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*) por conveniencia, puesto que generalmente se le denomina así también en español.

partir de 1993 por los bancos multilaterales de desarrollo (BMD) para solucionar conflictos entre las poblaciones beneficiarias de los proyectos financiados por estos bancos y las personas afectadas adversamente por dichos proyectos[4]. Al crear estos mecanismos, los BMD se hicieron eco de las fuertes críticas de la sociedad civil, que alegaban que los proyectos apoyados por las instituciones financieras internacionales sólo beneficiaban a la gran industria, pero perjudicaban al desarrollo sostenible de las comunidades en los Estados en vías de desarrollo. Los mecanismos de reclamación directa debían servir de canal de comunicación entre estas comunidades, para dirigir sus preocupaciones directamente a los BMD.

El análisis de la práctica del CAO con relación a la CFI y la MIGA puede aclarar cómo dichas instituciones cumplen sus reglas sociales y medioambientales, y si la existencia de un mecanismo de control de esta naturaleza contribuye a mejorar el rendimiento de estas instituciones[5]. A partir de este planteamiento surge también la pregunta de si la aplicación de las reglas propias de la CFI y la MIGA sobre sostenibilidad social y medioambiental conduce a resultados compatibles con las normas internacionales generales en estas mismas materias. La perspectiva del Derecho Internacional Público, desde la que se plantea el presente estudio, es innovadora, puesto que la doctrina ha dedicado poca atención a este mecanismo de recurso internacional[6].

---

4 Sobre la evolución general de estos mecanismos a partir de 1993, ver, Suzuki, E. y S. Nanwani, "Responsibility of International Organizations: the Accountability Mechanisms of Multilateral Development Banks", *Mich. J. Int'l L.* 27, 2005, págs. 177-225, en particular, pág. 187.

5 Debe tenerse en cuenta que la propia CFI reconoce que, en el año 2008, el 25% de sus proyectos no han alcanzado objetivos de desarrollo económico en los Estados en los que se ha invertido. Cfr., Independent Evaluation Group, "Independent Evaluation of IFC's Development Results 2008: IFC's Additionality in Supporting Private Sector Development", IFC, Washington, D.C., 2008, pág. xiii. Sigue siendo, por tanto, un alto porcentaje de casos que no sólo no avanzan los objetivos de las instituciones financieras, sino que potencialmente pueden causar perjuicio a las personas afectadas por estos proyectos.

6 Son escasas las fuentes bibliográficas que estudian el CAO desde la perspectiva del Derecho Internacional Público. Ver, Reif, L.C., *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2004, en particular, págs. 351-352; McBeth, A., "Transnational Corporate Responsibility for the 21st Century: A Right by Any

El estudio se articula en dos partes analíticas. La primera se ocupa del CAO como mecanismo institucionalizado que aplica reglas internacionales. En ella, por tanto, se identifican las reglas que el CAO aplica en el cumplimiento de sus funciones y se exponen las características esenciales de los procedimientos de solución de las controversias que persiguen determinar en qué aspectos la CFI o la MIGA no han aplicado sus reglas con la debida diligencia.

La segunda estudia la práctica del CAO en el ámbito social y medioambiental, poniendo especial atención a los derechos humanos protegidos por este mecanismo. Se pretende responder a la cuestión de cómo éstos se integran en la labor del Banco Mundial a través del CAO. Sólo se analizan las cuestiones relacionadas con el medio ambiente allí donde se presenta una conexión directa con los derechos humanos.

1. El asesor en materia de observancia: un nuevo mecanismo de promoción y protección de los derechos humanos

a. La cuestión de la competencia normativa de los órganos del Grupo del Banco Mundial en materia social y medioambiental

En los tratados constitutivos de la CFI y la MIGA no existe ninguna referencia a cuestiones sociales o medioambientales. Es más, el tratado constitutivo de la CFI contiene una cláusula que en principio, le prohibiría tomar en consideración cualquier aspecto que no sea económico:

Other Name: The Evasive Engagement of International Financial Institutional with Human Rights", *Geo. Wash. Int'l L. Rev.,* 40, 2009, págs. 1150-1152; Bradlow, D., "Private Complainants and International Organizations: A Comparative Study of the Independent Inspection Mechanisms in International Financial Institutions", *Geo. J. Int'l L.,* 36, 2005, pág. 403; Ghazi, B. y Sh. Panahi, *The IMF, the World Bank Group and the Question of Human Rights, Ardsley*. Nueva York, 2005, en particular, págs. 223-231; y Malone, L.A. y S. Pasternack, *Defending the Environment. Civil Society Strategies to Enforce International Environmental Law*. Ardsley, Nueva York, 2005, págs. 138-143. El estudio no publicado de Dysart, B., T. Murphy y A. Chayes, "Beyond Compliance? An External Review Team Report on the Compliance Advisor/ Ombudsman Office of the IFC and MIGA", escrito en 2003, también merece ser citado en este contexto.

> Sección 9. Prohibición de actividad política. La Corporación y sus funcionarios no podrán intervenir en los asuntos políticos de ningún miembro, y la índole política del miembro o miembros en cuestión no deberá influir en sus decisiones. Al tomar sus decisiones, la Corporación sólo tendrá en cuenta consideraciones de orden económico, y estas consideraciones se pesarán imparcialmente a los efectos de lograr los objetivos establecidos en este Convenio[7].

Esta cláusula es muy similar a la del art. IV, sección 10, del tratado constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF)[8], que también veda cualquier ingerencia en los asuntos políticos de sus miembros.

En el caso de la MIGA, las condiciones para conceder garantías están delimitadas en su tratado constitutivo de la siguiente manera:

> Al garantizar una inversión, el Organismo deberá estar satisfecho de lo siguiente:
> i) La solvencia económica de la inversión y su contribución al desarrollo del país receptor.
> ii) La juridicidad de la inversión conforme a las leyes y reglamentos del país receptor.
> iii) La armonía de la inversión con los objetivos y prioridades declarados por el país receptor, y
> iv) Las condiciones para las inversiones en el país receptor, con inclusión de la disponibilidad de trato justo y equitativo y protección legal para la inversión[9].

Como, aparentemente, los tratados constitutivos de estas instituciones financieras no les atribuían competencia para tomar en cuenta los derechos humanos y el medio ambiente, se generó una amplia discusión sobre la forma de expandir este tenor restrictivo. En sus inicios, el Banco Mundial interpretaba literalmente su tratado constitutivo, con el resultado de considerar que no tenía competencia para aplicar normas de

---

7 Sección 9 del tratado constitutivo de la CFI.

8 Acuerdo constitutivo del BIRF, entrado en vigor el 27 de diciembre de 1945, publicado en TIAS No. 1502, 2 UNTS 134. Modificado el 17 de diciembre de 1945, publicado en TIAS No. 5929, 16 UNTS 1942. Las ampliaciones de capital del Banco decididas en 1987 y 2010, no tienen relevancia para el presente estudio porque no afectaron las obligaciones jurídicas internacionales de la institución.

9 Art. 12.d del Tratado constitutivo de la MIGA.

derechos humanos[10]. Con el paso de los años, su posición se flexibilizó y comenzó a integrar los derechos humanos en su trabajo[11]. Esta evolución coincidió con el momento en que el "Consenso de Washington"[12] sobre el liberalismo económico adquiría vigencia universal, como consecuencia de la desaparición del enfrentamiento bipolar a nivel global. No puede dejar de reconocerse el importante papel que han jugado las ONG de desarrollo,ante el propio Banco y ante el Congreso de los Estados Unidos, para presionar por un cambio de política del Grupo del Banco Mundial. Fue en el Congreso estadounidense donde se logró la adopción de una ley que condiciona la actuación del representante norteamericano en la Junta de Gobernadores del Banco, y donde se logró que las aportaciones de fondos de este país viraran hacia medidas

10 A principios de los años cincuenta del siglo XX, cuando se estaba elaborando el texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto el BIRF como el FMI rechazaron la invitación para participar en las sesiones porque consideraban que la materia de los derechos económicos, sociales y culturales no formaba parte de sus competencias; cfr., Gianviti, F., "Economic, Social and Cultural Human Rights and the International Monetary Fund", en: Alston, Ph. (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2005, pág. 115.

11 A partir de los años ochenta esta estricta posición comenzó a abrirse, admitiéndose que puede haber consideraciones "relevantes" que lleven a tomar en cuenta aspectos de naturaleza política. Ver, Shihata, I.F.I., "Environment, Economic Development,and Human Rights: A Triangular Relationship?", *Am. Soc'y Int'l L. Proc*, vol. 82, 1988, págs. 42-43. Ver, además, el comentario de Shihata, I.F.I., "The World Bank and Human Rights", International Commission of Jurists. Report on Regional Seminar on Economics, Social and Cultural Rights, Abidjan 1998, publicado en 1999, en particular, pág. 145. Ahí, Shihata, que entonces era vicepresidente y consejero general del Banco Mundial, afirma que la Carta de las Naciones Unidas no obligaba al Banco, en tanto institución financiera, a adoptar el rol de reformador político o ético de sus miembros, lo que sí sería posible si fuera activo en materia de derechos humanos.

12 El Consenso de Washington se refiere a las recomendaciones mínimas que las instituciones financieras establecidas en Washington, D.C., dirigían a los Estados latinoamericanos. Estas recomendaciones consistían en la disciplina fiscal, la reordenación de los gastos públicos en consideración de efectos redistributivos hacia otros sectores (educación, salud, etc.), reforma fiscal (para reducir las tasas marginales y aumentar la base fiscal), liberalización de los tipos de interés, un tipo de cambio competitivo, liberalización comercial y de flujos de inversión extranjera, privatización, reducción de barreras regulatorias y garantías para la propiedad privada; cfr. Tausch, A., *From the "Washington" Towards a "Vienna Consensus"?* Nova Publishers, Hauppauge, Nueva York, 2007, pág. 1.

que respetan los derechos humanos y el medio ambiente[13]. A partir de entonces, en 1987, el Banco paralizó algunos proyectos que financiaba y, en 1989, comenzó a exigir a los Estados prestatarios que elaborasen planes nacionales ambientales[14].

Fuera de los Estados Unidos, esta iniciativa fue al menos consentida, y a veces seguida expresamente, por otros Estados miembros con participación relevante en el capital del Banco Mundial[15].

13 22 U.S.C. paras. 262d y 262p.

14 Sanahuja, J. A., "Cambio de rumbo: propuestas para la transformación del Banco Mundial y el FMI", Informe del Centro de Investigación para la Paz (Madrid) y del Seminario de Investigación para la Paz (Zaragoza), No. 9, 1994, pág. 59.

15 En concreto, puede mencionarse el caso de Alemania. Su Ministra de Cooperación Económica y Desarrollo subrayó en un discurso ante el Parlamento alemán que, "En ello inciden también los medios económicos, por ejemplo, para poner en marcha un programa de protección del clima. – Sí, esto es necesario y correctamente decidido. En ello también es importante fomentar la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. […] Pero nosotros también queremos que la política estructural del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial siga pautas de compatibilidad social y sostenibilidad medioambiental". Cfr. trad. del discurso en alemán pronunciado por la Ministra Heidemarie Wieczorek-Zeul, publicado en Deutscher Bundestag, 14 Wahlperiode, 3 Sitzung, Bonn, Dienstag, den 10, noviembre de 1998, pág. 121. Esto se puede observar también a partir de las propuestas positivas que se han elaborado en algunos Estados, en que se insiste en la conveniencia de que los órganos del Grupo del Banco Mundial desarrollen normas sociales y medioambientales. Sirve de ejemplo el llamamiento a una regulación rigurosa de las normas de los pueblos indígenas en las normas revisadas en 2006 por la CFI, realizado en Alemania. Ver, "Antrag der Abgeordneten Ute Koczy, Thilo Hoppe, Undine Kurth (Quedlinburg), Dr. Reinhard Loske, Hans-Christian Ströbele, Hans Josef Fell, Ulrike Höfken, Bärbel Höhn, Dr. Anton Hofreiter, Sylvia Kotting-Uhl, Claudia Roth (Augsburg), Christine Scheel, Dr. Gerhard Schick, Margareta Wolf (Frankfurt) und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen für starke soziale und ökologische Standards in der Internationalen Finanz-Corporation (IFC) der Weltbank", Deutscher Bundestag Drucksache 16/374, de 17 de enero de 2006. Otro ejemplo para ilustrar esta aquiescencia es el hecho de que el gobierno alemán contribuyó activamente, con dos millones de euros, al Fondo de Educación Gitana (Roma Education Fund), que fue creado en 2003 y que está coordinado por el propio Banco Mundial. Su objetivo es contribuir a la realización del derecho humano a la educación, facilitando el acceso de los niños gitanos a la educación en el Sudeste de Europa. Ver, "Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Burkhardt Müller-Sönksen, Florian Toncar, Dr. Werner Hoyer, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP –Drucksache 16/10630–", Deutscher Bundestag Drucksache 16/10778, de 3 de noviembre de 2008, pág. 18. También en relación con la promoción de la igualdad de la mujer, se pueden aducir muestras de una colaboración con el Banco Mundial a favor de la plena realización de las correspondientes normas. Es ejemplo de

A partir de 1998, el Grupo del Banco Mundial comenzó a reconocer expresamente sus obligaciones internacionales respecto a algunos derechos humanos y a tener consideraciones medioambientales. A los inicios de este proceso de reconocimiento se adoptó una posición según la cual, aunque la acción directa del Grupo del Banco Mundial sobre estas materias excedía a su competencia como institución de desarrollo, podía contribuir indirectamente a mejorar la situación de los derechos humanos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales[16]. Esta posición, que toma en cuenta los derechos humanos como factor relevante para sus políticas, se fue extendiendo a cada vez más ámbitos de acción, hasta que los derechos humanos fueron plenamente integrados a la agenda de trabajo del Grupo del Banco Mundial. A través de la labor del consejero general Roberto Dañino, en su mandado de 2003 a 2006, esta posición se extendió y consolidó. Desde entonces, el Banco Mundial sostiene que está vinculado jurídicamente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque el consejero jurídico mantuvo que no se pueden aplicar con absoluto rigor las reglas sobre atribución de la responsabilidad internacional, puesto que la complejidad de cada caso exige ponderar los distintos valores jurídicos en juego. La consecuencia de esta interpretación es que el

esto el caso de la contribución alemana al plan de acción sobre género del Banco Mundial. Ver, "Bericht der Bundesregierung zur Zusammenarbeit zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinten Nationen und einzelnen, global agierenden, internationalen Organisationen und Institutionen im Rahmen des VN-Systems in den Jahren 2006 und 2007", Deutscher Bundestag Drucksache 16/10036, de 16 de julio de 2008, págs. 32 y 54.

16 Cfr. World Bank, *Development and Human Rights: the Role of the World Bank*. Washington, D.C., 1998, en particular, pág. 3. El consejero general I.H.I. Shihata señaló en su informe sobre las actividades políticas del Banco Mundial de 1995, que éste debe considerar los derechos económicos, aunque manteniendo una postura más estricta frente a los derechos políticos. Estos últimos sólo serían directamente aplicables por el Banco si estuviera obligado a ello, por ejemplo, a través de una resolución del Consejo de Seguridad. Ver, "Prohibition of Political Activities in the Bank's Work. Legal Opinion of the General Counsel, 11 July 1995, SecM95-707, de 12.07.1995", en Shihata, I.F.I., *The World Bank Legal Papers*. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2000, pág. 234. Ver también ,"International Financial Institutions and Human Rights Law. Legal Analysis by the Center for International Environmental Law", Organization of American States, Inter-American Commission of Human Rights, 127th Regular Period of Sessions, March 1, 2007, Public Hearing: Human rights violations and responsibility of international financial institutions, pág. 3.

Banco Mundial se debe desvincular de proyectos en cuyo marco se hayan producido violaciones de derechos humanos muy flagrantes y de grandes proporciones[17]. Esto incluye tanto derechos económicos, sociales y culturales, como derechos civiles y políticos.

En 2006, la entonces consejera general del Banco Mundial, Ana Palacio, confirmó esta posición al decir que el tratado constitutivo del BIRF debe interpretarse de conformidad con las demandas y valores de los tiempos actuales[18]. Explicó la función de los derechos humanos en la labor del Banco Mundial de la siguiente manera:

> Human rights now constitute defined legal standards of the international constitutional order. Seven core international human rights treaties have been ratified by the majority of the world's countries. A significant body of international legal obligations and jurisprudence now exists with respect to a core of civil and political as well as economic, social ad cultural rights. How this body of law and principles relates to the World Bank is an issue ripe for analysis, in light of the evolving connection between human rights and development in the international context, in international law, and in the World Bank[19].

A pesar de estas afirmaciones, la consejera general precisó que los derechos humanos no pueden ser una razón para incrementar las condiciones del Banco Mundial, ni tampoco para justificar la denegación de financiamiento o para aumentar los costos para hacer negocios[20].

Este enfoque relativamente amplio del Grupo del Banco Mundial en la actualidad, reafirma el carácter universal e indivisible de los

17 Cfr. el informe del consejero jurídico del Grupo del Banco Mundial, Dañino, R., "Legal Opinion on Human Rights and the Work of the World Bank. Senior Vice President and General Counsel", informe de 27 de enero de 2006, pág. 8. Esta concepción de los derechos humanos se evidencia también en la actual revisión de las políticas de sostenibilidad de la CFI. En la introducción a las políticas de sostenibilidad se incluye el siguiente párrafo: "IFC recognizes the responsibility of the private sector to respect human rights. [...] IFC demonstrates its commitment to respect human rights through its due diligence of the level and quality of the risks and impacts identification process carried out by its clients against the requirements of the Performance Standards, informed by country, sector, and sponsor knowledge". Cfr., "Policy on Social and Environmental Sustainability, V2", de 1 de diciembre de 2010, para. 11.

18 Cfr. Palacio, A., "The Way Forward: Human Rights and the World Bank", Development Outreach, *Special Report: Human Rights*. World Bank, Washington, D.C., 2006, págs. 35-36.

19 *Ibídem*, pág. 35.

20 *Ibídem*, pág. 37.

derechos humanos, por lo que no es conveniente restringir el estudio de los mecanismos establecidos por el Banco Mundial a un único sector de los mismos. A la amplia atención que el Banco Mundial presta hoy en día a los derechos humanos en los proyectos que financia se añade que, en ejecución de su competencia en materias diferentes a las relaciones financieras, ha creado un régimen autónomo de Derecho Internacional, que exponemos a continuación.

b. Evolución de las reglas sociales y medioambientales

Los orígenes remotos de las normas de desempeño en materia social y medioambiental se encuentran en las reglas sobre condicionalidad política que fueron adoptadas en el desarrollo de los indicadores de gobernabilidad (*governance indicators*) del Instituto del Banco Mundial[21]. El Banco Mundial adoptó dichos indicadores tras observar que no se podía luchar contra la pobreza aplicando solamente variables macroeconómicas, pues una lucha efectiva contra la pobreza abarca necesariamente el pleno goce de los derechos humanos, tanto civiles como económicos[22].

Con el fin de desarrollar estos indicadores, la CFI y la MIGA adoptaron normas sociales y medioambientales para regular su actividad, denominados generalmente "políticas de salvaguardia". Al principio, cada una de las instituciones adoptó sus propias normas, por lo que ambas tenían un contenido diferente[23]. Esto cambió a partir de

21 Cfr. Kaufmann, D., A. Kraay y M. Mastruzzi, "Governance Matters VI: Governance Indicators for 1996-2006", World Bank Institute, Washington, D.C., julio de 2007. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=999979#>, a agosto de 2011.

22 Cfr. Shihata, I. F. I., "The Dynamic Evolution of International Organizations: The Case of the World Bank", *Journal of the History of International Law*, vol. 2, 2000, pág. 249. Sin embargo, también hay quien piensa que el Banco Mundial no puede directamente considerarse vinculado por las normas generales de derechos humanos debido a las dificultades para establecer el nexo jurídico entre el Banco Mundial y este sector del Derecho Internacional, y para concretar su contenido. Ver, McInerney-Lankford, S., "International Finance Institutions and Human Rights: Select Perspectives on Legal Obligations", en: Hunter/Bradlow (eds.), *International Financial Institutions and International Law*. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, págs. 255-259 (la autora habla aquí de las normas consuetudinarias, los principios generales del derecho, las normas *erga omnes* y de *jus cogens*).

23 El nombre en inglés de estos documentos varía. En el caso de la CFI, se hablaba de Safeguard Policies, adoptadas en setiembre de 1998, y en el caso

2006, cuando las dos instituciones adoptaron textos homogéneos con el título genérico Políticas y Procedimientos de Sostenibilidad Social y Medioambiental, compuestos por varios documentos que regulan la actividad de ambas instituciones financieras. Entre ellos se encuentran las Políticas de Sostenibilidad Social y Medioambiental, que fijan las funciones y responsabilidades de la CFI y la MIGA cuando financian o garantizan proyectos propuestos por empresas privadas[24].

En sus relaciones con el sector privado, la CFI y la MIGA adoptaron en 2006 y 2007, respectivamente, las Políticas y Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Social y Ambiental, que en su versión abreviada se denominan Normas de Desempeño (ND)[25] y que han sido actualizadas regularmente y desarrolladas progresivamente. Lo más reciente relativo a esta actualización se dio en mayo de 2011, cuando la CFI aprobó una reforma amplia a las reglas sobre sostenibilidad social y medioambiental[26], reconociendo expresamente la importancia de los derechos humanos, tanto para la propia CFI como para las empresas clientes[27].

---

de la MIGA se denominaban Environmental Policy and Procedures, adoptadas en julio de 1999. Ver, CAO, "Extracting sustainable advantage? A review of recent experience with IFC and MIGA extractive industries projects", Final Report, October 2002, págs. iv-v. Ver, más en general sobre los documentos adoptados por la CFI en esta materia, IFC, "Consultation Advisory No. 14: New IFC Sustainability Policy, Performance Standards and Disclosure Policy Now in Force", de 30 de abril de 2006, págs. 1-2.

24 Estos documentos son: "IFC's Policy on Social and Environmental Sustainability", adoptado el 30 de abril de 2006, disponible en: <http://www.ifc.org>, y "Política del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) sobre sostenibilidad social y ambiental", adoptado el 1 de octubre de 2007, disponible en: <http://www.miga.org>.

25 "Performance Standards on Social and Environmental Sustainability", de la CFI, en su versión del 30 de abril de 2006; y "Performance Standards on Social and Environmental Sustainability", de la MIGA, en su versión de 1 de octubre de 2007. La versión revisada entró en vigor el 1 de enero de 2012. Al igual que las respectivas políticas, las normas se pueden encontrar en las páginas de Internet de ambas instituciones.

26 Durante el año 2010 se produjo una amplia consulta internacional, que tuvo en consideración a la sociedad civil, con el fin de modificar la Política de Sostenbilidad y las ND. La nueva política y las ND fueron adoptados por el Consejo de Gobernadores de la CFI el 12 de mayo de 2011, y entraron en vigor el 1 de enero de 2012.

27 IFC, "International Finance Corporation's Policy on Environmental and Social Sustainability", 1 de enero de 2012, para. 12. En este apartado, la CFI reconoce tanto la "responsabilidad" directa de las empresas en el campo de los derechos

Las ND son objeto de explicación detallada en las notas de orientación[28]. Además, existen las Guías Generales sobre Medio Ambiente, Sanidad y Seguridad[29], que se ocupan de los aspectos técnicos de carácter medioambiental, sanitario y de seguridad referidos en las ND.

Una característica de las ND especialmente notable es que tienen la doble función de determinar las obligaciones de las empresas clientes, y el nivel de diligencia que las instituciones financieras deben observar a la hora de conceder créditos u otorgar garantías. En este contexto, el CAO tiene una doble función, en tanto órgano de aplicación de las ND. Cuando la labor del CAO se refiere a la fase en que las instituciones financieras aplican las ND entre la empresa cliente y la población afectada por un proyecto, el CAO actúa como *ombudsman*. Cuando su actuación se refiere a la relación de supervisión entre las instituciones financieras y la empresa cliente, a la hora de valorar la situación de las personas afectadas por un proyecto, el CAO actúa en ejercicio de su función de cumplimiento. Por el contrario, las ND no se aplican entre la empresa y el Estado donde se produce la inversión, ni entre las instituciones financieras y el Estado, relaciones sobre las que el CAO no tiene competencia de supervisión. En estos casos pueden emplearse otras normas y otros mecanismos para solucionar las controversias (ver Gráfico 1).

La primera de las ocho normas de que se componen las ND se titula Sistemas de Evaluación y Gestión Social y Medioambiental, y en ella se hace énfasis a: i) realizar una evaluación integrada para identificar los impactos, riesgos y oportunidades sociales y medioambientales de los proyectos; ii) permitir una participación efectiva de las comunidades afectadas a través de la publicación de información relacionada con los proyectos, así como de la consulta a las comunidades locales sobre

humanos, como la necesidad interna de "debida diligencia" para supervisar a las empresas en la aplicación de los derechos humanos.

28 La versión más reciente de las Notas de Orientación, conocidas en inglés como Guidance Notes, es: CFI, "Notas de Orientación: Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Social y Ambiental" de 1 de enero de 2012, disponible en el sitio web del Sustainability Framework, <http://www1.ifc.org>.

29 MIGA, "Environmental, Health and Safety Guidelines", en la versión de 30 de julio de 2007.

cuestiones que les afectan directamente; y iii) la mejora de la gestión por parte del cliente, de los aspectos sociales y medioambientales durante la ejecución del proyecto[30].

Las siguientes normas, del dos a ocho, se centran en impactos sociales y medioambientales que requieren particular atención en los mercados emergentes. Estas son las condiciones laborales y de trabajo (Norma 2); la prevención y lucha contra la polución (Norma 3); la sanidad y seguridad de las comunidades (Norma 4); la adquisición de tierras y el reasentamiento (Norma 5); la conservación de la biodiversidad y la gestión sostenible de los recursos naturales (Norma 6); los pueblos indígenas (Norma 7), y el patrimonio cultural (Norma 8)[31].

Además de estos documentos, la CFI y la MIGA tienen otras reglas relativas a temas concretos. Se trata de las políticas sobre la promoción de la información, que definen sus obligaciones de permitir al público acceder a los datos de sus proyectos y otras actividades. Los estándares para la industria de extracción minera se ocupan de la protección de la persona y del medio ambiente, en particular, del derecho a la seguridad de las personas ante las fuerzas de seguridad privadas empleadas por las mineras[32]. Existen también orientaciones sobre el derecho al medio ambiente que van más allá de la ND 3 (prevención y lucha contra la polución)[33].

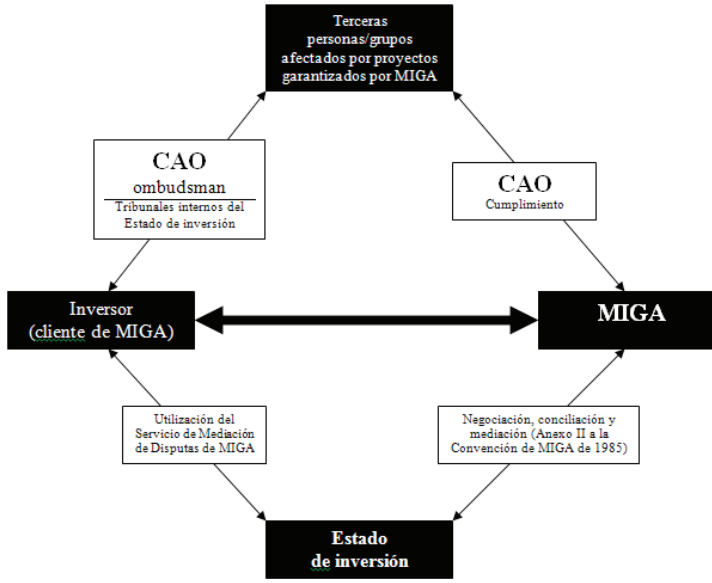
30 Para acceder a los textos actualizados de estas normas, a 1 de enero de 2012, revisar al sitio web del Sustainability Framework, en; <http://www1.ifc.org>.

31 *Ibídem*.

32 Este catálogo de estándares es la respuesta a un informe sobre la revisión del sector minero, y expone los resultados de unas encuestas hechas a los representantes de ese sector industrial. El 17 de setiembre de 2004, el Grupo del Banco Mundial publicó su respuesta al informe de la Extractive Industries Review, titulado "Striking a Better Balance – The World Bank Group and Extractive Industries: The Final Report of the Extractive Industries Review, World Bank Group Management Response", disponible en: <http://www.ifc.org/ifcext/eir.nsf/AttachmentsByTitle/FinalMgtResponseExecSum/$FILE/finaleirmanagementresponseexecsum.pdf>, a agosto de 2012. En este documento el Banco Mundial se compromete a exigir a sus clientes que, en el uso de fuerzas de seguridad públicas o privadas, cumplan con lo establecido en los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos. Ver, Voluntary Principles on Security and Human Rights. El texto completo de estos principios pueden verse en: <http://www.voluntaryprinciples.org/principles/introduction>, disponible a enero de 2012.

33 Se trata del Manual de Prevención y Reducción de Polución, de 1998. El Banco Mundial ha publicado este manual en inglés con el título de Pollution

Gráfico 1. Los mecanismos de solución de diferencias a disposición de las distintas partes afectadas por una garantía de inversiones concedida por MIGA



c. Del reconocimiento normativo de los aspectos sociales y medioambientales a la consagración institucional de su protección

Como ya se ha señalado, el CAO fue creado como consecuencia de las críticas de la sociedad civil sobre el modo de funcionamiento del Grupo del Banco Mundial. En concreto, se debió a la controversia entre la empresa Pangue S.A. y los grupos indígenas establecidos en la zona donde la empresa quería construir la presa hidroeléctrica de Pangue/Ralco en el río Biobío, en el sur de Chile. La CFI apoyaba el proyecto con un crédito de 170 millones de dólares. En 1995 se presentó un reclamo ante el presidente del Banco Mundial por este proyecto; en él se alegaba que la CFI había violado sus propias directrices relativas a los pueblos indígenas y al medio ambiente[34]. El Panel de Inspección

Prevention and Abatement Handbook, disponible en: <http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/Content/Publications_Handbook_PPAH>, a enero de 2012.

34 Ver al respecto, Opaso, Ch., "The Biobio Hydroelectric Project: a lesson not fully learned", documento de trabajo presentado a la Regional Consultation of

del Banco Mundial, recientemente creado, no era competente porque el reclamo no estaba dirigido contra el BIRF o la Asociación Internacional de Fomento. Ante la insistencia de los reclamantes, los directores ejecutivos del Banco Mundial iniciaron una investigación interna y estudiaron cómo extender la competencia del Panel para abarcar la CFI. Además, decidieron nombrar un investigador independiente para evaluar el proyecto Pangue[35]. En marzo de 1997, Endesa, la principal accionista de Pangue S.A., devolvió el préstamo recibido de la CFI para evitar que le fuera exigida alguna responsabilidad. En todo caso, se había puesto en marcha el proceso que desembocaría el año siguiente en la creación del CAO.

El estatuto del CAO fue adoptado en 1998 y comenzó a funcionar en julio del año siguiente, con el mandato de dirigir la atención de la CFI y de la MIGA a los impactos sociales y medioambientales de los proyectos que financian o garantizan. El fin era que ambas instituciones financieras contribuyeran al desarrollo sostenible y que los reclamos de las personas afectadas por los proyectos financiados fueran tratados de manera justa, constructiva y objetiva[36].

Los objetivos fueron articulados de acuerdo a las seis funciones recogidas en el estatuto del CAO:

- To advise and assist IFC and MIGA in dealing with sensitive or controversial projects, either at the request of the President or IFC's

---

the World Commission on Dams, "Large Dams and their Alternatives in Latin America: Experiences and Lessons Learned", 12-13 de agosto de 1999, São Paulo, Brasil, pág. 1.

35 El informe relacionado con esta evaluación, adoptado en julio de 1997, nunca fue hecho enteramente público. Una versión reducida y censurada del informe de Jay Hair fue hecho pública el 15 de julio de 1997, titulada "IFC Releases Outside Review of Chilean Hydroelectric Project", IFC Press Release No. 98/06.

36 Ver el documento "CAO Terms and Reference", disponible en: <http://www.cao-ombudsman.org>. El hecho de que el CAO sea un órgano perteneciente a la CFI y a la MIGA lo priva de plena independencia, lo que se muestra como un obstáculo para la realización de sus objetivos en casos complejos. Así, en el asunto de la mina de Yanacocha en la región de Cajamarca (Perú), las comunidades de indígenas y campesinos llamados a formar parte de una mesa redonda para el diálogo, solicitaron la disolución de dicha mesa debido a que consideraban que el CAO estaba favoreciendo a la empresa. Ver al respecto la nota de prensa "CAO fails to reduce conflict in Peru", Bretton Woods Project, de 15 de diciembre de 2006, pág. 1.

or MIGA's management or on the suggestion of the Ombudsman. […]

- To assist in dealing with complaints from external parties affected by IFC or MIGA projects. Outside complaints received by the Office of the President, IFC, MIGA, or the Ombudsman would be investigated by the Ombudsman, as appropriate, in consultation with affected parties, project sponsors, and IFC's or MIGA's management, following a flexible process aimed primarily at correcting project failures and achieving better results on the ground. […]
- To supervise reviews of IFC's and MIGA's overall environmental and social performance and sensitive projects, in order to ensure ex-post compliance with policies, guidelines, and procedures. […]
- To provide advice to management on environmental and social policies, procedures, guidelines, resources and systems established to ensure adequate review and monitoring of IFC and MIGA projects. […].
- To provide advice at the request of IFC's or MIGA's environmental and social staff on specific project issues.
- To maintain close ties with the World Bank's ESSD Council[37] to ensure consistency and harmonization of policies, guidelines, and procedures[38].

El presidente del Grupo del Banco Mundial nombra el CAO, que depende directamente de él. Su mandato no tiene una duración claramente delimitada y el presidente del Grupo del Banco Mundial en todo momento tiene la facultad de cambiar a la persona que dirige la oficina del CAO, si estima que ya no puede ejercer adecuadamente sus funciones.

d. La triple función del CAO

La jurista Meg Taylor, originaria de Papua-Nueva Guinea, ha ocupado el puesto de CAO desde su creación en 1998[39]. Meg Taylor ha

37 En la actualidad, el Consejo de Desarrollo Sostenible (ESSD Council) es la Red de Desarrollo Sostenible Social y Medioambiental.

38 "CAO Terms and Reference", disponible en: <http://www.cao-ombudsman.org>.

39 En este trabajo se hace referencia al CAO en masculino, en tanto que se ocupa de la institución del CAO en general y no de la persona de Meg Taylor, en cuyo caso se utilizaría el femenino.

dado su impronta a la institución del CAO en el entendido de que no se trata de un "mecanismo de control judicial"[40], sino que tiene la función de responsabilidad/rendición de cuentas y de solución de diferencias[41]. Estas funciones se ven reflejadas en las tres actividades que mencionan sus directrices operativas: la función de *ombudsman,* para conocer reclamos individuales; la función de consultoría de cumplimiento, para apoyar el proceso de control interno de la CFI y la MIGA, y la función de asesoramiento al personal de estas instituciones y al presidente del Banco Mundial[42]. Se analizan en lo que sigue cada una de estas funciones.

i. *Ombudsman*

El CAO está principalmente dedicado a la solución de los reclamos de las personas afectadas por proyectos de la CFI y la MIGA. Esta función se denomina *ombudsman*, en alusión a la institución que en muchas jurisdicciones internas sirve para dirimir controversias entre la administración y los particulares, sin la intervención de los tribunales de justicia.

De este modo se explica que la función de *ombudsman* consista en una labor conciliadora para mitigar los impactos sociales y medioambientales adversos que podrían conllevar los proyectos de la CFI y la MIGA[43]. Esta función no le permite al CAO sancionar a la CFI o miga,

---

40 Ella interpreta su mandato señalando que "The CAO has no authority with respect to judicial process. The CAO is not an appeals court or a legal enforcement mechanism, nor is the CAO a substitute for international courts systems or court systems in host countries". Cfr. la información general sobre las funciones del CAO, y en particular la función de cumplimiento, al justificarse el inicio de una auditoría del Karachaganak Project, "Case of Residents of the Village of Berezovka", CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, C-I-R7-Y06-F079, abril de 2007, pág. 3. El CAO reiteró esta idea en otros casos, *v. gr.* en el "Case of Green Salvation/Residents in the Village of Berezovka II", CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance 0-I-R7-Y06-F086, de 15 de enero de 2008, pág. 3.

41 CAO, "Informe Anual 2006-2007", pág. 2.

42 Ver las Directrices Operativas (Operational Guidelines) de abril de 2007, disponibles en: <http://www.cao-ombudsman.org>.

43 Esto incluye la revisión de la práctica de la CFI y la MIGA en lo que se refiere a la calificación de los proyectos en función de su impacto social y medioambiental. Esto se produjo en el caso del proyecto de ampliación de las plantaciones de soya en Mato Grosso (Brasil), por parte del Grupo André Maggi Participaçoes

ni de declarar su eventual responsabilidad internacional. Tampoco tiene la facultad de prohibir a las instituciones que desembolsen las cantidades acordadas con las empresas clientes. El cao se limita a trabajar junto con las personas afectadas, es decir, los reclamantes, y la empresa que ejecuta el proyecto, para llegar voluntariamente a acuerdos que satisfagan los intereses de ambas partes[44]. El procedimiento ante el CAO es voluntario para las partes, por lo que únicamente avanzará con el común consentimiento del denunciante y la empresa[45].

a) Presentación del reclamo y admisibilidad

El procedimiento en la función de *ombudsman* consiste de dos fases: la admisibilidad y el fondo. La primera fase es la admisibilidad del reclamo (Appraisal Report). Según las reglas de procedimiento, los reclamos deben cumplir con tres requisitos:

1. debe versar sobre un proyecto en el que participe la CFI o la MIGA, o sobre un proyecto que dichas instituciones estén considerando seriamente financiar;

Limitada, presentado el 1 de noviembre de 2004. Este proyecto había sido calificado como proyecto de categoría B, pero las poblaciones afectadas reclamaron que fuera calificado como de categoría A. El presidente del Banco Mundial exigió una Evaluación de Cumplimiento, en la que el CAO señaló que la CFI debía asegurarse de que todos los riesgos medioambientales y sociales estuviesen mitigados. Ver sobre este asunto la información disponible en: <http://www.cao-ombudsman.org>. El asunto fue concluido en junio de 2005. El CAO criticó una situación parecida en el asunto de la actividad de producción y refinamiento de aceite de palma por el Grupo Wilmar, en Indonesia. La empresa había logrado que sus proyectos fueran clasificados en las categorías B y C, y no A, pero las actividades resultaban tener un impacto negativo muy significativo entre las poblaciones locales y sobre el medio ambiente. La razón que había llevado a esta baja clasificación fueron las presiones financieras por la competencia en los mercados internacionales. Cfr. CAO, "Audit of IFC's investments in: Wilmar Trading (IFC No. 20348), Delta-Wilmar CIS (IFC No. 24644), Wilmar WCap (IFC No. 25532) and Delta-Wilmar CIS Expansion (IFC No. 26271)", C-I-R6-Y08-F098, de 19 de junio de 2009, pág. 2.

44 CAO, "Informe Anual 2006-2007", pág. 10. Sobre la importancia de la buena voluntad de ambas partes ver, CAO, "Informe de evaluación *Ombudsman* para las partes interesadas, referente a preocupaciones de miembros de comunidades vecinas con respecto a las granjas de PRONACA, Santo Domingo-Ecuador", de junio de 2011, pág. 9.

45 Ver, entre otros, CAO, "Ombudsman Assessment Report, regarding concerns from community members about the Chad-Cameroon Petroleum Development and Pipeline project (#11124) in Cameroon," de enero de 2012, párr. 3, pág. 14.

2. su contenido debe ser acorde al mandato del CAO, es decir, referirse a impactos sociales o medioambientales de las inversiones apoyadas por la CFI o la MIGA;
3. la parte reclamante debe ser una persona física, ya sea un individuo o un grupo de personas, que está siendo o puede verse afectado por los impactos medioambientales o sociales del proyecto[46].

A pesar de estos estrictos criterios de admisibilidad, hay que señalar que aunque un reclamo concreto no cumpla con alguna o todas ellas, el CAO no toma necesariamente la decisión de archivarlo. El CAO siempre puede iniciar de oficio su función de cumplimiento.

A lo largo de su práctica, el CAO ha interpretado estas condiciones de admisibilidad. En primer lugar, no tramita un reclamo sometido al mismo tiempo a varios mecanismos de solución de controversias, sean nacionales o internacionales. Por ejemplo, no se consideró competente para conocer de una reclamación contra un proyecto en Georgia en la que ya estaba trabajando la Asociación de Jóvenes Abogados de Georgia (GYLA), aunque se ofreció para facilitar conversaciones entre la compañía afectada y GYLA, quienes finalmente lograron un acuerdo sobre el fondo[47]. Por la misma razón, no admitió un caso que

46 El CAO no encontró ninguna relación relevante entre el reclamante y el proyecto en el caso "Ramky-02/Mumbai", concluido en octubre de 2005. Se consideró que la organización india Corporate Accountability Desk no se veía directamente afectada por el proyecto Ramky. Tampoco encontraron ninguna relación entre la organización Fondo Mundial para la Naturaleza (World Wildlife Fund - WWF) y las personas o el grupo afectado por un oleoducto. Ver los casos "Oleoducto BTC-04/Suiza", concluido en mayo de 2004; "Oleoducto BTC-03/Suiza", concluido en abril de 2004; "Oleoducto BTC-02/Rustavi", concluido en abril de 2004, y "Oleoducto BTC-01/Suiza", concluido en diciembre de 2003. Conviene señalar que en el caso de la tercera reclamación del Fondo Mundial para la Naturaleza, el CAO sí admitió las tres reclamaciones individuales de las personas Tba, Tsemi y Sadgeri, mientras que volvió a rechazar el reclamo general de la ONG. Por la misma razón, el CAO no admitió un reclamo de la asociación Amigos de la Tierra por el proyecto Gateway en el Río Jordán. Ver el caso "Proyecto Jordán Gateway Co.-01/Valle de Bet Shean", concluido en diciembre de 2000. Ver también, CAO, "Stakeholder Assessment Regarding Labor Rights Concerns at Standard Profil, Turkey", de 2 de febrero de 2009, pág. 2.

47 Ver casos "Oleoducto BTC-25/Vale" y "Oleoducto BTC-24/Vale", concluidos en setiembre de 2005, a los cuales se hace referencia en CAO, "Informe Anual 2006-2007", pág. 20.

se encontraba pendiente ante los tribunales internos de Pakistán[48], uno de Georgia[49] y otro donde el reclamante ya venía trabajando en estrecha relación con la propia CFI para aclarar el contenido de los informes medioambientales relativo al impacto de un proyecto[50].

En segundo lugar, el CAO no acepta reclamaciones cuando son en sustancia iguales a las presentadas por otras personas o grupos, y que ya se encuentran en fase de investigación. Esto lo aplicó con las reclamaciones sobre una central hidroeléctrica en la localidad india de Jagat Sukh[51] y por la construcción, por la empresa BTC Co., de un oleoducto que atravesaba Georgia[52]. El hecho de que el CAO haya desarrollado este criterio confirma que no es un órgano de indemnización o resarcimiento de daños personales, sino un mecanismo para aumentar la eficacia de la labor financiera y de fomento del desarrollo, llevado a cabo por la CFI y la MIGA en conformidad con las reglas adoptadas por dichas instituciones financieras.

b) La fase de evaluación y solución del problema

Cuando una queja es aceptada para evaluación, el CAO, en su función de *ombudsman*, tiene un plazo de 120 días para evaluar el conflicto e identificar las opciones de las partes interesadas por resolver el asunto

48 Se trata del caso "Pakistan, DJ Khan-01/Kahoon", concluido en enero de 2006, sobre el emplazamiento de varias plantas de cemento y los informes de impacto ambiental relativos. No obstante, conviene señalar que la sociedad civil criticó esta decisión del CAO.

49 Ver el caso "Georgia, Oleoducto BTC-05/Ciudad de Rustavi", concluido en junio de 2004, relativo a las indemnizaciones por tierras en Rustavi, un caso todavía abierto ante los tribunales de Georgia cuando la reclamación fue presentada al CAO.

50 Ver el caso, "Belize, NOVA Companies (Belize) Ltd. and Ambergris Aquaculture Ltd.-01/Ladyville", concluido en enero de 2005.

51 Caso "AD Hydro Power Limited-02/Jagat Sukh", concluido en setiembre de 2005. Un grupo de 35 personas presentó un caso idéntico a otro ya sometido al CAO por otras personas, con anterioridad.

52 Ver las reclamaciones: "Tetriskaro (individual)/Georgia", recibida el 1 de diciembre de 2004; "Residents of Parnavazi Street, Tetriskaro/Georgia", recibida el 15 de diciembre de 2004; "Residents of Stalin Street, Tetriskaro/Georgia", recibida en diciembre de 2004, y "Residents of Tadzrisi, Borjomi Region/ Georgia", recibida el 10 de diciembre de 2004. Ninguna de ellas fue admitida, aunque su contenido fundamental fue presentado a la British Petroleum, el socio mayoritario de BTC Co., en conversaciones directas sostenidas por el CAO.

o asuntos expuestos por el denunciante. En esta etapa, el CAO realiza las típicas tareas de un conciliador, aclara los datos recibidos, recopila la información acerca de cómo otras partes interesadas ven la situación, y ayuda a las partes a determinar la situación puede resolverse[53]. Esta etapa del procedimiento se llama período de evaluación; el CAO compila los resultados de este procedimiento en el Informe de Evaluación. Durante el procedimiento, el CAO, en su función de *ombudsman*, trabaja intensamente con los actores locales, en coordinación con la CFI y la MIGA, así como con terceras personas independientes que posean los conocimientos adecuados, culturales y lingüísticos, para que puedan actuar como facilitadores[54].

Si en el período de evaluación el CAO observa que no se puede llegar a una solución colaborativa de la controversia, refiere la queja a su función de cumplimiento. Si, por el contrario, observa que es posible hallar una solución de mutuo acuerdo, permanece a disposición de las partes para contribuir a la solución de la controversia[55]. El CAO puede solucionar la controversia con técnicas de facilitación y transmisión de información, determinación conjunta de los hechos, diálogo y negociación. También puede usar la conciliación y la mediación, de acuerdo a cada caso[56].

Dado el carácter voluntario del procedimiento, en cualquier momento los reclamantes pueden desistir de su reclamación[57], caso en que se daría por terminada. Si durante una investigación en curso se detectaran nuevas violaciones diferentes a las alegadas por el reclamante, el CAO ha afirmado que su investigación no se extendería a ellas, con el fin de ser equitativo con ambas partes. Por tanto, la investigación solo se ocuparía

53 En 2007, el CAO desarrolló una herramienta de monitoreo y evaluación para medir la eficacia de su trabajo en el estudio y procesamiento de las reclamaciones individuales. Ver al respecto, CAO, "Informe Anual 2006-2007", pág. 12.

54 Ver la información en el sitio web <http://www.cao-ombudsman.org/howwework/ombudsman/>, disponible a mayo de 2012.

55 CAO, "Operational Guidelines", abril de 2007, págs. 16-17.

56 *Ibídem*, pág. 17.

57 Incluso antes de que el propio CAO decida sobre la admisibilidad, los reclamantes pueden retirar su reclamación, como ocurrió en el caso "Turquía, Oleoducto BTC-21/Posof", concluido en julio de 2005.

de las cuestiones suscitadas por parte del reclamante al principio del procedimiento[58].

En su labor de conciliador o mediador, el CAO tiene el mandato de no adoptar soluciones que sean coercitivas para alguna de las partes, contrarias a las políticas de la CFI y la MIGA, o que violen el derecho interno del respectivo Estado o el Derecho Internacional Público[59].

c) Terminación del procedimiento

Si la labor mediadora del CAO tiene éxito y se alcanza un acuerdo, el CAO considera cerrado el asunto y publica un informe de salida. Este informe de salida contiene una valoración de los hechos a la luz de las ND, a partir de la cual ofrece también una serie de conclusiones y recomendaciones dirigidas a la CFI o la MIGA, que no tienen carácter vinculante. Por el contrario, si el CAO no puede contribuir a encontrar una solución de común acuerdo, puede remitir el asunto a la función de cumplimiento[60].

ii. Cumplimiento

En su función de cumplimiento, el CAO puede llevar a cabo una auditoría interna sobre un proyecto financiado por la CFI o garantizado por la MIGA, determinando si estas instituciones han violado o no sus ND. Mientras la función de *ombudsman* persigue encontrar soluciones pragmáticas para los conflictos entre las empresas y las personas afectadas por los proyectos, en la función de cumplimiento el CAO trata de indagar sobre los aspectos en que las instituciones financieras no han supervisado la ejecución del proyecto por parte de la empresa.

58 Cfr. la afirmación del CAO reflejada en la transcripción de una entrevista dirigida al personal de la CFI y de la MIGA, "CSO discussion with IFC/MIGA Compliance Advisor Ombudsman", Bretton Woods Project, de 21 de setiembre de 2005, pág. 2: "Alexi Knizhnikov from Crude Accountability asked what would happen if during the course of a CAO investigation, another wrong-doing external to the complaint was uncovered, as occurred in the case of Karachaganak. The CAO responded that in order to be fair to all parties in the process, they stick to the questions asked of them in the complaint".

59 CAO, "Operational Guidelines", abril de 2007, párr. 2.4.2., pág. 18.

60 *Ibídem*, párr. 3.3.1., pág. 21.

Se puede iniciar una auditoría de cumplimiento por tres vías. Por un lado, la puede iniciar el presidente del Grupo del Banco Mundial o los directores de la CFI o la MIGA. También es posible iniciarla cuando el CAO no logra encontrar una solución a una reclamación individual a través de la función de *ombudsman*. Finalmente, el CAO puede decidir iniciar la auditoría *motu proprio*. En todo caso, una condición necesaria es que la CFI o la MIGA, haya estado activamente involucrada en el proyecto en el momento de producirse los hechos que son objeto de la auditoría. Si dichos hechos se produjeron después de la salida de la CFI o la MIGA, el CAO ya no entraría a conocer del asunto[61].

La información sobre la que se basan las instancias del Banco Mundial para solicitar una auditoría, puede ser diversa. No existen reglas concretas al respecto, y se pueden dar casos en los que un reportaje difundido por la televisión que denuncie ciertas violaciones de derechos humanos sea suficiente para iniciar una investigación[62]. En todo caso, sólo se inician auditorías si la información disponible suscita preocupaciones sustantivas sobre los aspectos sociales y medioambientales[63]. En estos casos, el CAO empieza por elaborar un informe de evaluación de cumplimiento (*compliance appraisal report*) para determinar si debe realizar una auditoría de cumplimiento. La finalidad de la auditoría es mejorar el nivel de desempeño social y medioambiental de las instituciones financieras[64]. Para ello, el CAO únicamente puede recomendar que dichos organismos tomen determinados pasos para

61 Ver el asunto del proyecto Ramky, "Ramky Enviro Engieneers Ltd. (REEL) hazardous waste management facilities", CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, CI-R6-Y08-F097, de 16 de junio de 2008, pág. 7, en el que el CAO emplea este argumento para no admitir el asunto.

62 Así, en el caso del "CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo"; el presidente del Banco Mundial pidió una auditoría por un reportaje emitido el 6 de junio de 2006 por el programa Four Corners, que pertenece a la Australian Broadcasting Corporation (ABC), sobre una masacre ocurrida en Anvil, una localidad en la República Democrática del Congo, en la noche del 16 de abril de 2004. Ver el "Final Report", de noviembre de 2005, pág. 1.

63 Cfr. CAO, "Case of IFC's Involvement Linked to hte Jubilee Oil Field, Ghana", CAO Appraisal for Audito of IFC / CAO Compliance, C-I-R4-Y11-F137, de 20 de mayo de 2011, pág. 3.

64 CAO, "Informe Anual 2006-2007", pág. 15.

mejorar su labor, no tiene la competencia para pedir la suspensión de una garantía concedida por la CFI o la MIGA. Por tanto, no tiene poderes ejecutivos ni de sanción sobre las instituciones financieras, sino que debe ofrecer datos y directrices independientes para poner públicamente de manifiesto un incumplimiento de la CFI o la MIGA de sus propias normas, así como una guía para que corrijan las deficiencias de su actuación[65].

iii. Asesoramiento

El CAO realiza también una función de asesoramiento independiente para el presidente del Grupo del Banco Mundial y las gerencias de la CFI y de la MIGA. El asesoramiento versa en principio sólo sobre directrices, políticas o tendencias de carácter general que tengan que ver con cuestiones sociales o medioambientales. Así, por ejemplo, esta función le ha permitido contribuir a la revisión de las políticas de salvaguardia de la CFI, que llevaron a la adopción de la Política de Sostenibilidad Social y Medioambiental y a las ND en febrero de 2006[66], y a la enmienda de las ND en 2011. Con el fin de preservar su propia independencia institucional, el CAO no considera conveniente asesorar al personal de la CFI o de la MIGA sobre proyectos concretos; especialmente, evita tal ingerencia en la fase previa a la aprobación del proyecto por parte de estos organismos, para evitar los conflictos de intereses que se producirían si en el futuro recibiera una reclamación individual que exigiera su intervención en calidad de *ombudsman*[67].

---

65 Esto se puede deducir, entre otras, de las recomendaciones del CAO en la auditoría de la mina de Dikulushi. Cfr. "CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo", Final Report, de noviembre de 2005, pág. 23: "It is not appropriate for CAO to opine on whether MIGA should continue to provide political risk insurance to the Dikulushi Mine or on whether there are grounds to cancelling the contract".

66 Particular mención merece aquí la publicación por parte del CAO del informe "A Review of IFC's Safeguard Policies. Core Business: Achieving Consistent and Excellent Environmental and Social Outcomes", de enero de 2003, donde se recogen las recomendaciones para mejorar los instrumentos jurídicos de la CFI; en particular, sobre los efectos relativos a derechos humanos, ver págs. 30-35.

67 En efecto, en principio se había concebido la función de asesoramiento del CAO de tal modo que también podía asesorar sobre proyectos concretos. Sin embargo, el propio CAO descartó poco después esta posición porque quería

2. La incipiente práctica del CAO en materia social y medioambiental

a. Consideraciones generales del CAO sobre derechos humanos

A lo largo de sus diez años de funcionamiento, el CAO ha acumulado una incipiente práctica en que va precisando el alcance de las obligaciones relativas a derechos humanos de las instituciones financieras a las que sirve. Esta práctica refleja tanto algunas observaciones generales sobre los derechos humanos, como interpretaciones de las ND en aspectos concretos de esta rama del Derecho. Tres de las consideraciones generales del CAO sobre derechos humanos merecen una mención especial: la conveniencia de incluir una referencia al CAO en los contratos de la CFI y de la MIGA; el impulso del CAO para el desarrollo progresivo de las normas sociales y medioambientales, y la consolidación del principio democrático de consulta a las personas afectadas por un proyecto.

En primer lugar, el CAO reitera regularmente la conveniencia de incluir ciertos estándares de derechos humanos, que pueden ser particularmente relevantes para un determinado proyecto, dentro de las cláusulas del contrato de financiación o de garantía[68]. Según el CAO, la ventaja de esta inclusión en el contrato sería un incremento en la seguridad jurídica para ambas partes. Las instituciones financieras dispondrían de pautas de conducta suficientemente específicas para evaluar la actuación de sus clientes, y los clientes tendrían pleno conocimiento sobre el alcance de las obligaciones asumidas frente a esas instituciones. Sin embargo, en la práctica, la CFI y la MIGA no incorporan sistemáticamente estas cláusulas en sus contratos de financiación.

---

evitar conflictos de intereses. Esto se confirmó en diciembre de 2002, cuando el presidente del Banco Mundial indicó que la función de asesoramiento del CAO adquiriría un carácter más formal y que se emplearía con objetivos más estratégicos. Ver al respecto, Dysart, B., Murphey, T. y Chayes, A., "Beyond Compliance? An External Review Team Report on the Compliance Advisor/ Ombudsman Office of IFC and MIGA", de 24 de julio de 2003, pág. vii.

68 Esto fue afirmado por el CAO en el asunto de la mina de Dikulushi, "CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo", Final Report, de noviembre de 2005, pág. 24.

En segundo lugar, el CAO puede tomar parte en el desarrollo progresivo de nuevas reglas de la CFI y de la MIGA. Esto puede tener lugar a través de varias vías. Una es la participación en los procesos de adopción de normas de la CFI y de la MIGA; otra es la recomendación de medidas normativas cuando el estudio de una reclamación individual haya permitido detectar la necesidad de una nueva regulación.

El CAO ha participado activamente en la labor normativa de la CFI. De hecho, las políticas y normas de desempeño fueron el resultado de su revisión de las políticas de salvaguardia en 2003[69]. También ha formulado recomendaciones al proceso de revisión de las ND de 2010 y 2011[70]. Como consecuencia del análisis de las reclamaciones individuales, el CAO ha pedido a la CFI que mejore o adopte nuevas reglas sobre el reparto de responsabilidad en materia de derechos humanos en las cadenas de producción[71].

En tercer lugar, el CAO pone particular énfasis en los procesos de consulta a la población afectada antes de realizar cualquier proyecto grande en un Estado. En la actualidad, esta exigencia de la consulta constituye un elemento transversal de todo proyecto. En cierto modo, la consulta a las personas afectadas incluso complementa la función de *ombudsman* del CAO, puesto que éste interviene sólo si la consulta entre la empresa y los afectados fracasa, y se ofrece a mediar entre ambas partes. En estos casos, su tarea consiste en recuperar la confianza de los afectados por un proyecto, es decir, restituir el proceso de consulta y diálogo entre todas las partes afectadas.

Dependiendo de la naturaleza del proyecto, la consulta puede involucrar a las personas afectadas o a las ONG que las representan[72].

---

69 CAO, "A Review of IFC's Safeguard Policies – Core Business: Achieving Consistent and Excellent Environmental and Social Outcomes", 2003.

70 CAO, "Review of IFC's Policy and Performance Standards on Social and Environmental Sustainability and Policy on Disclosure of Information", de mayo de 2010.

71 Ver, *v.gr.,* "Case of Forest Peoples Programme", CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, C-I-R6-Y08-F096, de septiembre de 2008, pág. 10.

72 Esta necesidad de consulta puede observarse, por ejemplo, en el proyecto Pando y Monte Lirio, de construcción de dos presas hidroeléctricas. La CFI reconoció la necesidad de consultar con todas las comunidades afectadas, tanto si se

Las ONG pueden tomar parte en los procesos de aplicación y monitoreo de los derechos humanos en todo lo relacionado con los proyectos. Así, en el caso del proyecto de la mina de Dikulushi, en la República Democrática del Congo, el CAO celebró la decisión de la MIGA de recurrir directamente a ciertas ONG para supervisar el proyecto. La MIGA había incluido una cláusula en el contrato de garantía que daba lugar a la presencia de las ONG, lo que reforzó las probabilidades de un resultado positivo del proyecto[73]. También en un asunto admitido en relación con Perú, el CAO condicionó la admisibilidad de la reclamación de recepción de información a la consulta previa a las comunidades afectadas por la ampliación de una mina de cobre sobre nuevos terrenos concesionarios[74]. Aunque esta admisibilidad no prejuzga sobre el fondo del asunto, es al menos una señal de la relevancia que el CAO otorga a la consulta previa a todas las comunidades afectadas.

b. La protección de los pueblos indígenas

i. El alcance de la regla sobre la consulta libre, previa e informada

Cuando en 2005 el BIRF adoptó una nueva directriz sobre pueblos indígenas, comenzó un debate acerca de si el Banco podía imponer a los Estados miembros la obligación de llevar a cabo una consulta pública en la que los indígenas afectados por un proyecto apoyado por el Banco dieran su consentimiento[75]. Los directores ejecutivos

trataba de pueblos indígenas o no. Ver, "Response to Ombudsman Assessment Report: Complaint regarding the Electron Investment S.A. Pando y Monte Lirio Hydroelectric Project (#27975)", The World Bank/IFC/MIGA Office Memorandum, de 1 de setiembre de 2010.

73 "CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo", Final Report, de noviembre de 2005, págs. 22 y 24.

74 Cfr. el asunto "Peru/Quellaveco-01/Moquegua", sometido al CAO el 26 de noviembre de 2011, disponible en. <http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=185>, a mayo de 2012.

75 Este fue un punto central de las reivindicaciones de la sociedad civil. Numerosos representantes de los intereses de los pueblos indígenas presionaron a favor de su inclusión en la política de operaciones. Ver, entre otros, la Comisión Mundial de Represas, "Represas y desarrollo: Un nuevo marco para la toma de decisiones", 2000, págs. 225-226, disponible en: <http://www.dams.org/docs/report/other/wcd_sp.pdf>, a febrero de 2012. Esta reclamación se encuentra igualmente

cerraron el debate al formular la política de operaciones en el sentido de exigir una "consulta previa, libre e informada con un amplio apoyo de la comunidad"[76]. Esta redacción amplia y genérica permite dejar en manos de los Estados las medidas concretas para alcanzar el "amplio apoyo"[77]. La misma redacción se encuentra en las ND de la CFI y la MIGA[78]. No obstante, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, señala el derecho de estos pueblos a resarcimiento en caso de que se les haya privado de sus tierras sin consentimiento previo, libre e informado[79]. Por tanto, existe una diferencia apreciable con respecto a la posición del Banco Mundial[80].

---

recogida en el documento elaborado por el International Council on Mining and Metals, en el que aporta sus comentarios al Extractive Industries Review, titulado "Striking a Better Balance: The World Bank Group and Extractive Industries, The Final Report of the Extractive Industries Review", 2004, pág. 3. Disponible en: <http://www.icmm.com/indres/372ICMMCommentsonWBManagementDraftResponse.pdf>, a febrero de 2012.

76 En inglés: *free prior and informed consultation with broad community support*. Ver el punto 6.c) de la política de operaciones 4.10 del Banco Mundial.

77 La única aclaración que ofrece la política de operaciones es que el grado de consulta dependerá de la complejidad del proyecto propuesto y que ha de ser proporcional a la naturaleza y dimensión de los posibles efectos del proyecto sobre los pueblos indígenas, tanto si son negativos como positivos. Determinar el amplio apoyo de la comunidad exigirá tomar en cuenta las circunstancias concretas del caso, en particular la representatividad de los líderes de los pueblos indígenas. Para llegar a la presente redacción de la obligación de consulta, los Estados que defendían esta posición presentaron un informe elaborado por la Asesoría Legal del Banco Mundial. No se ha publicado el informe, pero de él habla Fergus MacKay en su artículo "Symposium-Panel of the American Association of Law Schools Section International Human Rights Law, AALS Annual Meeting, January 8, 2005, San Francisco: The Draft World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples: Progress or More of the Same", *Ariz. J. Int'l & Comp. Law*, vol. 22, 2005, págs 65-97, en particular, págs. 78-79.

78 Cfr. párr. 9 de la Norma 7 (Pueblos Indígenas) de la CFI, de 30 de abril de 2006; igualmente, en las ND de la MIGA de 1 de octubre de 2007, y las revisadas en 2011.

79 Arts. 19 (consentimiento), 26 (tierras) y 28.1 (derecho de reparación) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada mediante Res. de la AG de NU A/RES/61/295, de 13 de setiembre de 2007. Esta misma regla se aplica a la explotación comercial de recursos y conocimientos tradicionales de pueblos indígenas. Ver párr. 15 de la Norma 7 (Pueblos Indígenas) de la CFI, de 30 de abril de 2006.

80 Este es un problema típico de la pluralidad de regímenes autónomos de Derecho Internacional (los denominados *self-contained regimes*). Sin pretender

ii. La interpretación del CAO sobre la consulta libre, previa e informada

La práctica confirma que un proyecto apoyado por la CFI o por la MIGA, no siempre se concilia con los intereses de los pueblos indígenas, lo que dificulta la aplicación estricta del concepto de "consentimiento" empleado por la Declaración de las Naciones Unidas. Especialmente problemáticos son los proyectos mineros, porque la población local no valora igualmente la dimensión de desarrollo económico, la degradación medioambiental y la reducción del territorio.

El aspecto litigioso se observa, por ejemplo, en el caso de la Minera Yanacocha en Perú. En este caso, la ONG Project Underground asistió a la Federación de Rondas Campesinas Femeninas del Norte del Perú para presentar una reclamación ante el CAO porque la empresa Newmont, compañía de extracción de oro, no les había consultado durante la elaboración del estudio de impacto medioambiental preparatorio para la implantación de esta mina de oro, la más grande de Latinoamérica. Además, la empresa no había reconocido a la comunidad de campesinos como pueblos indígenas, por lo que carecían de la protección de las ND[81]. Ante la oposición de los campesinos y la inercia de la compañía minera, el CAO sólo logró establecer una "mesa de diálogo" que empleó técnicas de negociación inapropiadas[82].

---

entrar en la valoración de si la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas de 2007 constituye realmente una norma general de Derecho Internacional, es cierto que a partir de las normativas de las Naciones Unidas y del Banco Mundial se ponen en marcha diferentes dinámicas en la producción de normas, que tienen difícil solución jurídica. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas propuso algunas soluciones a los conflictos entre el Derecho International general y el de un régimen autónomo. Ver, "Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law", *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, segunda parte, párrs. 13-16.

81 Ver la nota de prensa "US NGO challenges Peru mine inspection process", Bretton Woods Project, de 17 de setiembre de 2002, pág. 1.

82 En su informe en capacidad de *ombudsman*, el CAO se esforzó por crear un ambiente favorable a la negociación, aunque sin profundizar en el fondo del caso. No profundizó en las alegaciones de las partes relativas a su no reconocimiento como pueblo indígena, sino que se centró en el derecho al medio ambiente sano. CAO, "Informe de salida con respuesta a las dos reclamaciones

En el asunto de la mina Marlin en Guatemala, el CAO también se refirió a una serie de derechos de los pueblos indígenas cuyo cumplimiento debería haber exigido la CFI a la empresa Montana Exploradora de Guatemala S.A., así como al propio Estado guatemalteco. En particular, se exigía al Estado una mayor transparencia sobre la distribución de los beneficios de impuestos generados por el proyecto[83]. Sin embargo, ni el CAO ni el presidente del Grupo del Banco Mundial obligaron a la empresa a reconocer un referéndum realizado por los indígenas en el que expresaron su rechazo a la mina[84]. Este conflicto ha continuado, a pesar de que el CAO cerró la reclamación en mayo de 2006 y de la salida de la CFI del proyecto[85].

En otro caso reciente se confirma que el CAO no pide más que una consulta amplia. En el asunto de la terminal de contenedores de la empresa TCBuen S.A. en el puerto de Buenaventura, Colombia, el CAO observó que la empresa había realizado un amplio proceso de consulta a los habitantes afrodescendientes de la zona donde se realizaba el proyecto. En sus conclusiones eludió pronunciarse sobre el alcance del derecho de consulta/consentimiento previo, libre e informado señalando que:

---

presentadas a la CAO en relación a Minera Yanacocha, Cajamarca, Perú", de febrero de 2006, pág. 3. También conviene tener en cuenta que se trataba del tercer asunto admitido a trámite por el CAO, y que por tanto este órgano no tenía la experiencia que tiene en la actualidad para administrar casos complejos.

83 Cfr. CAO, "Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala", de 7 de setiembre de 2005, pág. 27.

84 En su informe sobre la reclamación de la Mina Marlin, el CAO indicó meramente que las partes deberían "[e]stablish a framework for on-going dialogue and consultation which moves the agenda beyond the legal dispute over the popular consultation and referendum that occurred in June 2005". Cfr. CAO, "Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala", de 7 de setiembre 2005, pág. 38.

85 Después de 2006, los pueblos indígenas afectados por la mina establecieron un mecanismo de solución de controversias *ad hoc*, el Comité Internacional Independiente, para realizar un estudio de impacto de derechos humanos sobre las operaciones de minería de oro en la mina de Marlin en San Marcos (Guatemala), a iniciativa del arzobispo de la localidad de San Marcos. Información sobre este comité en: <http://law.nd.edu/features/featured-stories/nd-law-faculty-staff-conduct-human-rights-assessment-in-guatemala>, disponible a enero de 2010.

> El Gobierno de Colombia ha manifestado que no era necesario llevar a cabo un proceso de consulta previa conforme lo estipulado en la Ley 70. El PCN [parte reclamante] considera que correspondería aplicar la Ley 70 y el Convenio 169 de la OIT a los contextos urbanos y no está de acuerdo con esta decisión. Con todo, se trata de una discusión pública que el PCN debería mantener directamente con las autoridades gubernamentales competentes, y la CAO no tiene jurisdicción en esta cuestión[86].

El CAO llegó a una conclusión similar en el informe de evaluación sobre las preocupaciones de los indígenas relativas al proyecto de oleoducto y extracción de petróleo entre Chad y Camerún[87].

iii. La protección de la cultura indígena

Los reclamantes también reivindican ante el CAO otros derechos relevantes para los pueblos indígenas, especialmente los relacionados con la cultura. Derechos de esta naturaleza son el uso de la lengua originaria y el apego a sus costumbres. El CAO se ocupó de este tipo de reclamaciones en la solución del caso de las poblaciones indígenas ubicadas en la localidad de Sipacapa, distintas a las de San Miguel, dos localidades guatemaltecas que están en la zona de operación de la mina Marlin[88]. En este caso, reconoció el derecho a utilizar el idioma indígena[89].

En un asunto que tuvo como objeto la construcción de una planta hidroeléctrica en Uganda, el CAO se ocupó de las reclamaciones de pobladores indígenas cuyos antepasados se encontraban enterrados en una isla del Nilo, que se vería inundada por la presa. El CAO no pidió que el proyecto fuera modificado para evitar la inundación de la isla; sin embargo, buscó vías para desenterrar los restos y trasladar las fosas a

---

86 Cfr. CAO, "Informe de Evaluación del *Ombudsman*. Reclamación relacionada a TCBuen S.A., Buenaventura-Colombia", de agosto de 2010, pág. 12.

87 CAO, "Ombudsman Assessment Report, regarding concerns from community members about the Chad-Cameroon Petroleum Development and Pipeline project (#11124) in Cameroon", de enero de 2012, párr. 3.2.2., pág. 13.

88 Cfr. CAO, "Assessment of a complaint submitted to CAO in relation to the Marlin Mining Project in Guatemala", de 7 de setiembre de 2005, pág. 26.

89 *Ibídem*.

lugares que podían usarse como cementerios[90]. Este enfoque, orientado hacia la realización del proyecto de la presa hidroeléctrica de modo compatible con la dignidad de los lugares de entierro de los indígenas, fue distinto al empleado en otro caso muy similar, resuelto por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que involucraba a un grupo de indígenas tahitianos cuyo cementerio se veía afectado por la construcción de un complejo hotelero[91]. En su dictamen, el Comité de Derechos Humanos exigió la paralización del proyecto, lo que demuestra que existen diferentes estándares entre los mecanismos internacionales. A fin de ofrecer una mayor seguridad jurídica tanto a los Estados como a las comunidades afectadas, sería conveniente que se homogeneizaran los criterios[92].

---

90 Un problema particularmente difícil para el CAO fue concordar con los descendientes afectados un método para llevarse de la isla también a los "espíritus" de los muertos. Cfr. CAO, "Assessment Report. Complaint filed to the CAO regarding the Uganda Bujagali Hydropower Project", de setiembre de 2001, en particular, págs. 5 y 6.

91 En concreto, este caso ante el CAO recuerda al asunto Hopu, en el que el Comité de Derechos Humanos respaldó las pretensiones de un grupo de indígenas tahitianos de ver respetado un cementerio muy antiguo de sus antepasados. El complejo hotelero que debía ser construido en el lugar del cementerio tuvo que trasladarse a otro lugar. Ver, asunto Hopu and Bessert v. France, Comunicación No. 549/1993, Dictamen sobre el fondo del 29.12.1997, UN Doc. CCPR/C/51/D/549/1993, en particular, párr. 10.3.

92 Se ha presentado recientemente una nueva reclamación ante el CAO, que igualmente afirma que la creación de una empresa minera en el territorio tradicional de los pueblos indígenas tiene un impacto en sus lugares sagrados. Ver el asunto "Philippines/Mindoro Resources-01/Jabonga", presentado el 16 de setiembre de 2011 (información disponible en: <http://www.cao-ombudsman.org>). El caso se refiere a un proyecto liderado por la empresa canadiense Mindoro Resources Ltd. (MRL). Esta empresa minera está planificando la instalación de una mina de níquel, cobre y oro en las Filipinas, y para ello tiene la participación del 75% en el depósito de níquel laterita Agata en la isla norte de Mindanao en las Filipinas. La CFI apoya a la compañía en la perforación para localizar los recursos, estudios de viabilidad y otros, y las actividades de exploración en caso de extraerse níquel, cobre y oro, con una inversión en acciones de aprox. 9,5 millones de dólares. En setiembre de 2011, dos pueblos indígenas, contando con el consentimiento de sus líderes tradicionales y el apoyo de ONG locales e internacionales, interpusieron una reclamación ante el CAO. Las dos comunidades pertenecen al grupo étnico y lingüístico de mamanwas y viven en el área de Jabonga. Los reclamantes están preocupados porque la compañía minera realiza las perforaciones en su territorio tradicional y ancestral, lo que podría conllevar la destrucción de recursos naturales de los que

c. La protección de los derechos sociales y económicos de las personas afectadas por grandes proyectos de inversión

i. Propiedad

Determinados proyectos apoyados por la CFI o la MIGA, como presas hidroeléctricas o explotaciones mineras, pueden perjudicar el derecho a la propiedad de las personas que habitan en los territorios afectados por los proyectos. El CAO ha respondido a las reclamaciones de personas que piden la protección de este derecho sobre sus tierras. Dado que bajo ciertas circunstancias los Estados están facultados a expropiar terrenos, el CAO se suele centrar en supervisar la aplicación de las reglas sobre el reasentamiento de poblaciones. Dichas reglas pretenden garantizar que todo propietario de tierras y viviendas que tenga que abandonarlas para la ejecución de un proyecto cuente con una vivienda y territorio alternativo, de similares características.

La interpretación que ha hecho el CAO sobre las reglas relativas al reasentamiento puede resumirse en una serie de requisitos de necesario cumplimiento para su validez. En primer lugar, esta instancia sólo se ocupa de los reasentamientos ocasionados por proyectos apoyados por la CFI y o la MIGA. No forman parte de su competencia los casos en que los Estados deciden desplazar a la población de un lugar por razones distintas, como por ejemplo, para protegerla de posibles impactos medioambientales[93]. Por tanto, el CAO tiene que establecer el vínculo de causalidad entre el reasentamiento de la población y la implantación del proyecto apoyado por la CFI o la MIGA[94].

---

ellos dependen, tales como los bosques, la tierra y las aguas, así como lugares de interés cultural que son sagrados. Los reclamantes también sostienen que la empresa MRL no proporcionó suficiente información ni facilitó la participación de las comunidades en una consulta adecuada para operar en la zona. La evaluación del CAO está en curso.

93 En estos casos, la responsabilidad recae sobre los Estados y no hay falta de debida diligencia por parte de la CFI o la MIGA, según afirmó el CAO en el marco del proyecto de Karachaganak, "Case of Green Salvation/Residents in the Village of Berezovka II", CAO Appraisal for Audit of IFC, CAO Compliance, O-I-R7-Y06-F086, de 15 de enero de 2008, pág. 8.

94 El CAO se ocupó de la prueba de la relación entre el reasentamiento y la realización de un proyecto en el asunto del pueblo indígena de los san en

En segundo lugar, la aplicación de las normas sobre reasentamiento de poblaciones plantea dificultades prácticas, porque en muchos proyectos la empresa privada beneficiaria del apoyo financiero de la CFI o la MIGA no es quien realiza ese reasentamiento. En ocasiones son las administraciones públicas quienes lo llevan a cabo, aunque no formen parte de la relación jurídica de financiación entre la empresa y la CFI o la MIGA. En otros casos, los contratos de concesión fueron negociados y adoptados entre la empresa y el gobierno del Estado de inversión antes de que la CFI o la MIGA estuviera involucrada en la financiación del proyecto, con lo que el reasentamiento se sitúa al margen del régimen jurídico vigente en virtud del contrato de concesión entre la empresa y el Estado[95].

En tercer lugar, existe el problema de la excesiva duración de la mayoría de los procesos de reasentamiento. Ésta puede obstaculizar la eficacia de la labor del CAO, sobre todo cuando en el transcurso del proceso, la CFI o la MIGA se retiran del proyecto. Esta situación se produjo en el proyecto de las minas de cobre de Konkola en Zambia. Aunque la CFI había exigido un plan de reasentamiento de población, cuando se retiró de la empresa Konkola Copper Mines, no continuó su supervisión de la ejecución de ese plan. El CAO aprovechó la oportunidad que le dio el caso para señalar que la CFI tiene la obligación

Botswana. Este pueblo vivía en una reserva natural llamada Central Kalahari Game Reserve, hasta que en 2001 fue forzosamente reasentado y establecido en zonas residenciales fuera de la reserva, donde recibían una serie de servicios sociales. Poco después, el gobierno de Botswana autorizó concesiones a distintas compañías mineras de diamantes, entre las que se encontraba Kalahari Diamonds Ltd., que contaba con apoyo financiero de la CFI. Esta empresa ocupó el territorio previamente habitado por la comunidad indígena de los san e inició la búsqueda de diamantes. Los san, en consecuencia, alegaron que el gobierno los había reasentado porque preveía el uso de la tierra de la reserva para la búsqueda de diamantes. El CAO, no obstante, no observó ninguna relación directa de causalidad que pudiera justificar exigir a la CFI una mayor diligencia en la administración de su crédito a Kalahari Diamonds Ltd. Aún así, recomendó a las partes, y al gobierno de Botswana, una mayor transparencia en todas las actividades que se realizasen en el marco del proyecto. CAO, "Assessment Report. Complaint Regarding IFC's investment in Kalahari Diamonds Ltd, Botswana", de junio de 2005, págs. 10-11.

95 El CAO advirtió sobre estos problemas en el documento "Review of IFC's Safeguard Policies", Draft for Comment, de 25 de setiembre de 2002, pág. 31.

de seguir supervisando la aplicación correcta del plan de reasentamiento aún después de su salida, y de poner a disposición al menos los medios necesarios para facilitar o dar asistencia técnica a la empresa para que tenga el conocimiento necesario que permita ejecutar correctamente el reasentamiento[96].

A pesar de su aparente perspectiva colectiva, el CAO parece interpretar el reasentamiento como un derecho individual, que una sola persona puede reclamar. Es así como se ocupó del caso de un indígena penuenche al que Pangue había indemnizado en el contexto del reasentamiento necesario para la construcción de la presa del mismo nombre en el sur de Chile; posteriormente, el indígena se quejó de la mala situación personal resultante de su cambio de domicilio, y había recibido promesas del vicepresidente ejecutivo de la CFI indicando que sería compensado complementariamente por la pérdida de su casa y de su tierra de pastoreo. Después de años de espera, seguía sin compensación, por lo cual acudió al CAO. Éste admitió el caso y negoció un arreglo con la CFI y la empresa Endesa, S.A., a favor del reclamante[97].

ii. Trabajo

Los derechos laborales enumerados en las ND de la CFI y la MIGA contienen numerosas referencias a los tratados internacionales en materia laboral, por lo que el CAO puede actuar como órgano de control sobre la aplicación de dichos tratados[98]. No obstante, las primeras

96 Cfr. CAO, "Assessment Report: Complaint filed to the CAO regarding the Zambia Konkola Copper Mine (KCM) Project", de noviembre de 2003, pág. 17.

97 Cfr. el asunto "Chile/Empresa Eléctrica Pangue S.A.-01/Upper Bio-Bio Watershed", reclamación de 1 de agosto de 2000, con acuerdo entre las partes de junio de 2001. El procedimiento concluyó en 2005, al relaizarse los pagos correspondientes. Ver: <http://www.cao-ombudsman.org>.

98 En cuanto a las normas aplicables a la CFI, resalta la Norma 2 (Trabajo y codiciones de trabajo), en cuya introducción se menciona que "the requirements set out in this Performance Standard have been in part guided by a number of international conventions negotiated through the International Labour Organization (ILO) and the United Nations (UN)". Esta norma incorpora las siguientes convenciones internacionales (OIT): Convenio 87 sobre la libertad de asociación y protección del derecho a organizarse; Convenio 98 sobre el derecho a organizarse y de negociación colectiva; Convenio 29 sobre trabajo forzoso; Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio 138 sobre la edad mínima para trabajar; Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo

reclamaciones sobre la materia son muy recientes. La Confederación de Sindicatos Turcos Türk-Iş, es responsable de dos de estas reclamaciones. La primera se dirige contra la empresa de componentes sellantes para automóviles, Standard Profil; la segunda contra el productor de láminas de aluminio Assan Aluminyum. Una tercera reclamación fue presentada contra la empresa azucarera nicaragüense NSEL por un brote de enfermedades del riñón entre sus trabajadores, y recientemente fue presentada una reclamación contra un instituto de enseñanza del idioma inglés en México.

En el asunto relacionado con Standard Profil, así como en el asunto contra NSEL[99], el CAO analizó la normativa aplicable. En el caso contra Standard Profil, la instancia empleó exclusivamente las normas propias de la CFI para determinar los estándares laborales que la empresa estaba obligada a cumplir[100]. En primer lugar, el CAO indicó que la empresa debe promover el conocimiento de las ND y otras normas aplicables a las personas trabajadoras[101]. Además, exigió que estas personas fueran capacitadas con el fin de garantizar la correcta aplicación de la normas. El CAO también pidió a Standard Profil que realizara una auditoría independiente sobre la aplicación de las normas[102].

El caso de la empresa Assan Aluminyum fue presentado en momentos en que la CFI aún no había terminado su propio análisis de debida diligencia para decidir si financiaría el proyecto. El CAO se comunicó con la CFI para pedirle que prestara especial atención a los aspectos del proyecto que tuvieran consecuencias para el derecho laboral, por lo

infantil; Convenio 100 sobre remuneración igualitaria; Convenio 111 sobre discriminación en el empleo y trabajo, así como el art. 32.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (sobre prohibición de trabajo infantil).

99 Ver *infra*, en el apartado iii (salud).

100 Cfr. CAO, "Stakeholder Assessment Regarding Labor Rights Concerns at Standard Profil, Turkey", de 2 de febrero de 2009, pág. 5, párr. 5 (Recommended Actions).

101 *Ibídem*, págs. 5-6, y CAO, "Stakeholder Assessment Report Regarding Community and Civil Society concerns in relation to activities of the Nicaraguan Sugar Estates Limited (NSEL), Nicaragua", de diciembre de 2008, pág. 12.

102 Cfr. CAO, "Stakeholder Assessment Regarding Labor Rights Concerns at Standard Profil, Turkey", de 2 de febrero de 2009, págs. 5-6.

que la CFI exigió a la empresa que protegiera la libertad de asociación, adoptara políticas de igualdad de oportunidades y no discriminación, confirmara la aplicabilidad de los estándares laborales más importantes, y capacitara sobre los derechos y obligaciones de las y los empleados[103].

En enero de 2012, el CAO admitió una queja contra Harmon Hall y, mediante su función de *ombudsman*, inició una evaluación para explorar las opciones para una solución colaborativa de las cuestiones planteadas por las partes. Harmon Hall es una gran cadena de escuelas de idiomas en México[104]. La CFI facilitó a Harmon Hall financiamiento por 7,9 millones de dólares. En diciembre de 2011, el CAO recibió la reclamación sobre las preocupaciones relativas a derechos laborales, salud, compensación y el tratamiento equitativo de las y los trabajadores de Harmon Hall. En concreto, las personas reclamantes sostienen que las malas condiciones laborales, los salarios insuficientes y las extensas horas de trabajo son contrarias a las normas legales mexicanas y la legislación laboral. Los reclamantes solicitaron confidencialidad. El caso continúa pendiente[105].

iii. Salud

La salud de las personas está íntimamente relacionada con la preservación del medio ambiente; por esta razón, en casi toda reclamación que se hace ante el CAO, y que versa sobre la protección del medio ambiente, están presentes indirectamente elementos del derecho a la salud[106]. A esto se añade que se han dado algunos casos específicamente orientados hacia la salud de las personas afectadas por un proyecto. A

103 Cfr. CAO, "Assan Aluminyum Project-Complaint Conclusion Report", de agosto de 2010.

104 Descripción de este caso disponible en: <http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=183>, a mayo de 2012.

105 *Ibídem*.

106 Así, entre otros, el asunto sobre las papeleras en Uruguay trató del derecho a la salud, aunque lo hizo en el contexto de sus consideraciones sobre el medio ambiente. Entre otras cosas, el CAO logró que la CFI presionara para lograr la reducción de la dioxina en el proceso de blanqueamiento de la masa papelera. Ver, sobre la evaluación de los resultados de la acción del CAO en este caso, Granger, C. L., "The Role of International Tribunals in Natural Resource Disputes in Latin America", *Ecology L. Q.,* vol. 34, 2007, págs. 1297-1347, en particular, pág. 1340.

continuación vamos a ocuparnos de los dos casos más relacionados con el derecho a la salud.

En el proyecto de Lukoil Overseas en Kazajstán, el CAO realizó un informe de evaluación en el que señaló una serie de obligaciones de la empresa y del gobierno de Kazajstán sobre la publicación de los resultados de los estudios medioambientales, para garantizar que la población de Berezovka tuviera pleno conocimiento de las razones del empeoramiento de su situación sanitaria. Según la población afectada, la falta de información hacía que la empresa Karachaganak Petroleum Operation b.v. perjudicara impunemente la salud de la población por llamear el exceso de gas en la perforación petrolífera. El llameo es un proceso habitual en todas las perforaciones y debe llevarse a cabo bajo estricto control medioambiental. La publicación de los informes hubiera permitido saber que la mala situación sanitaria de la población no era atribuible a la empresa, y por tanto tampoco a la CFI, que había financiado dicho proyecto[107]. El empeoramiento se debía, en realidad, a la reducción generalizada del nivel de vida de la población en Kazajstán en aquel período de tiempo. El CAO señaló que era conveniente emplear revisores independientes con la calidad de expertos, que tuvieran la posibilidad de participar en los estudios ambientales. Esto podría reducir drásticamente el riesgo de que los estudios fueran parciales[108].

Otro caso se refiere a un préstamo de 55 millones de dólares de la CFI, aprobado en octubre de 2006, a favor de la compañía Nicaragua Sugar Estates Limited (NSEL) para aumentar e intensificar el cultivo y procesamiento de la caña de azúcar. NSEL está establecida en los Departamentos de León y Chinandega de Nicaragua. El proyecto incluyó la construcción de una planta para producir y exportar etanol; el préstamo de la CFI se estructuraba en una aportación de 25 millones de dólares desembolsados como préstamo de categoría A, y otro préstamo sindicado de categoría B para un máximo de 30 millones de dólares.

107 Cfr. CAO, "Assessment Report. Complaint Regarding the Lukoil Overseas Project (Karachaganak Oil and Gas Field). Burlinsky District, Western Kazakhstan Oblast, Kazakhstan", de 15 de abril de 2005, pág. 10 (recom. 3).

108 *Ibídem*, pág. 10 (recom. 2).

Entre los más de mil empleados de NSEL se había extendido una grave enfermedad al riñón, llamada insuficiencia renal crónica, que en la mayoría de los casos causa una muerte muy dolorosa. En su informe de evaluación, el CAO exigió que la empresa apoyara la investigación de las causas de la enfermedad, y que asistiera a las personas enfermas y a las viudas[109]. Este caso fue una oportunidad para medir la eficacia de la intervención del CAO en la manera en que se ofrecen los servicios sanitarios, puesto que un consultor independiente realizó un estudio sobre las opciones disponibles para el cuidado a corto y largo plazo de las personas con insuficiencia renal crónica. Dicho consultor explicó en su informe, con cierta sorpresa, que "después de la visita del Banco Mundial la clínica había mejorado"[110]. Se refería a una visita del CAO al centro de salud de Chichigalpa.

Con el fin de solucionar la reclamación, a lo largo del año 2009 el CAO ha contribuido a la puesta en funcionamiento de una mesa de diálogo para la discusión de asuntos relacionados con la insuficiencia renal crónica. Además, se realizó un estudio sobre las necesidades a corto y largo plazo para mejorar la sanidad y el apoyo a personas afectadas por la enfermedad y a sus familiares. A partir de allí, se alcanzó un acuerdo para prestar ayuda a las familias afectadas, que incluye ayuda alimentaria durante dos años y asistencia para los servicios sanitarios. Finalmente, se decidió que la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Boston realizara un estudio epidemiológico independiente sobre la enfermedad en Nicaragua[111]. Este estudio se realizó en dos fases, arrojando los primeros resultados en 2010; en esa ocasión señaló que no se pueden encontrar correlaciones entre los químicos utilizados en las plantaciones de azúcar y el brote de la enfermedad renal. Este resultado

109 Cfr. CAO, "Stakeholder Assessment Report Regarding Community and Civil Society concerns in relation to activities of the Nicaragua Sugar Estates Limited (NSEL), Nicaragua", de diciembre de 2008, págs. 10-11.

110 Cfr. el informe "Needs Assessment: Options to improve immediate and long-term care for people suffering from Chronic Renal Insufficiency. Independent Consultant report to the Office of the Compliance Advisor/Ombudsman of the International Finance Corporation and the Multilateral Investment Guarantee Agency", Departamento de Chinandega, Nicaragua, de octubre de 2009, pág. 19.

111 Cfr. CAO, "Progress Report. NSEL-Nicaragua", de 15 de mayo de 2009, pág. 1.

negativo fue confirmado también al término de la segunda fase de la investigación, en que no se pudo demostrar la responsabilidad de la empresa por el brote de la enfermedad[112]. Además, existen indicios que apuntan a que esta enfermedad es un problema también en otras regiones de Nicaragua y en otros Estados de América Central[113].

Conclusiones

Aunque los tratados constitutivos de la CFI y la MIGA no prevean su competencia en cuanto a cuestiones que no sean consideraciones económicas al emitir préstamos o al garantizar inversiones extranjeras, en la práctica estas instituciones financieras las han ido asumiendo a partir de los años noventa. Esto se ha producido de acuerdo con la teoría de las competencias implícitas de las organizaciones internacionales y ha sido factible gracias a una interpretación más amplia del concepto de desarrollo económico, que incorporó los derechos humanos y la protección del medio ambiente. La creación del CAO, en 1998, de modo similar a lo que ocurrió con el BIRF cuando se creó el Panel de Inspección, puede considerarse un hito fundamental en la consolidación de un régimen autónomo de aplicación de los derechos humanos y de protección medioambiental en el Banco Mundial. Como en tantas otras materias reguladas por el Derecho Internacional, la existencia de una norma presupone algún procedimiento a través del cual esta norma se manifieste y un mecanismo que pueda aplicarla, por poco institucionalizado que éste sea. Así, se entiende que se haya creado el CAO para aplicar las normas de la CFI y la MIGA. No obstante, al tiempo que se resuelve en alguna medida el problema de la aplicación de las reglas propias de las instituciones financieras, se ha abierto una nueva brecha debida a la sectorialización del Derecho Internacional, al crearse un nuevo marco normativo que entra en relación y competencia con otros similares. La tensión resultante se percibe tanto en las normas

112 Cfr. McClean, M. et al., "Informe de muestreo biológico: marcadores biológicos de daño renal e insuficiencia renal crónica en trabajadores del Occidente de Nicaragua", Escuela de Salud Pública de la Universidad de Boston, Boston, Ma., 26 de abril de 2012, en particular, págs. 50-54.

113 Cfr. CAO, "Construyendo las bases para la confianza y sanación: NSEL, ASOCHIVIDA y la salud comunitaria", abril de 2011, pág. 2.

procesales del CAO como en el contenido dado a varias disposiciones de las ND.

Desde 2006 y 2007, respectivamente, la CFI y la MIGA aplican normas de desempeño homogéneas para regular las obligaciones de las empresas clientes, así como las obligaciones de debida diligencia que ambas instituciones financieras deben ejercer en la supervisión de las empresas clientes cuando les conceden préstamos o garantías de inversión. Nos encontramos en un campo normativo en el que confluyen obligaciones internacionales de empresas (privadas) con obligaciones internacionales complementarias de las organizaciones internacionales (CFI y MIGA). En esta ecuación, las obligaciones de las instituciones financieras se articulan en torno a la debida diligencia en la supervisión de los proyectos apoyados por estas organizaciones. Estas obligaciones se rigen por el Derecho Internacional Público.

Como hemos señalado, las reclamaciones jurídicas que supervisa el CAO se dan esencialmente entre las empresas clientes y las instituciones financieras. No obstante, se observa que el CAO se refiere a veces a las obligaciones de los Estados donde se desarrollan los proyectos. Así se ha constatado en la consulta previa a los pueblos indígenas cuando un proyecto afecta su hábitat tradicional y en los reasentamientos por la construcción de un gran proyecto de infraestructura. No obstante, el CAO aún no se ha planteado un tratamiento sistemático del papel de los Estados en las relaciones entre empresa e institución financiera.

El CAO ha desarrollado un procedimiento relativamente sofisticado para conocer las reclamaciones individuales, que tramita a través de su función de *ombudsman*. El estudio de su tratamiento a estas reclamaciones arroja una imagen que se asemeja a otros mecanismos de control internacional. Se observa así el uso de la regla del previo agotamiento de los recursos internos, aunque no de forma sistemática. El CAO pondera críticamente si merece la pena intervenir en situaciones en las que todavía están en trámite procedimientos internos, judiciales y no judiciales, que tengan expectativas de solucionar efectivamente la reclamación.

También se han consolidado algunas particularidades en el procedimiento. Por ejemplo, el CAO sólo admite una reclamación contra una

empresa por la misma violación a las ND, aunque hayan múltiples víctimas por esta violación. Esto se explica porque el CAO no se considera un mecanismo de resarcimiento o indemnización, sino que entiende que su función es garantizar la eficacia de los proyectos apoyados por la CFI y la MIGA, en beneficio de las personas afectadas por ellos. Por tanto, es un mecanismo internacional de control y aplicación de normas que carece de funciones judiciales, pero que goza de un elevado grado de institucionalización, y que consolida la vigencia de un régimen autónomo de reglas sociales y medioambientales vinculantes para la CFI y la MIGA, en el ámbito del Derecho Internacional Económico.

Específicamente en lo que toca a los pueblos indígenas, se observa cómo la labor normativa de la CFI y la MIGA ha intensificado la discusión sobre si los pueblos indígenas deben dar su consentimiento a un proyecto establecido sobre su territorio, o basta con que sean consultados. Tanto la redacción de las ND como la práctica del CAO se inclinan por la consulta, mientras que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas de 2007, exige el consentimiento. Sin entrar en el debate de si dicha Declaración cristaliza el Derecho Internacional Consuetudinario en la materia, ello supone un buen ejemplo del riesgo de fragmentación que se corre en este ámbito.

Finalmente, el presente estudio invita a reflexionar sobre la eficacia del CAO, que es medible sobre todo en la tramitación de las reclamaciones individuales. En general, se puede apreciar que esta instancia ha contribuido de manera significativa a la protección de derechos humanos en los proyectos en los que las partes (sobre todo los reclamantes) están abiertas a la negociación con la empresa inversora. Cuando el CAO ha aplicado su función de *ombudsman*, se han podido observar algunas mejoras. Parece que sólo en algunos casos, no ha logrado resultados satisfactorios. En casos como la mina de Yanacocha en Perú, las papeleras en Uruguay y la mina Marlin en Guatemala, los conflictos fueron muy complejos y multidimensionales, y una oficina relativamente pequeña, como es el CAO, no logró avanzar en su solución. La mejora de la eficacia del CAO en situaciones complejas pasaría por un sustancial refuerzo de su presupuesto anual, con cargo a los Estados miembros

del Banco Mundial. En todo caso, aún a pesar de sus limitaciones, el CAO constituye un elemento de presión relevante, que en conjunto con otros mecanismos internacionales (e incluso nacionales) de control y aplicación de normas, puede contribuir a una mayor flexibilización de las posturas de las partes para lograr alguna clase de acomodo o transacción.

The Necessity for Establishing a Truth Commission in Colombia within its Disarmament, Demobilization and Reintegration Process

*Paula S. Cuéllar**

"And you will know the truth,
and the truth will set you free."
John 8:32

Introduction

Transitional justice processes and disarmament, demobilization, and reintegration (DDR) processes emerged in Latin America under similar circumstances. Both were instituted to deal with situations that arose from postconflict societies, particularly in cases of transition from an authoritarian regime to a democratically elected government or, on the other hand, from an armed conflict to a negotiated peace.

Although achieved through different means, both methodologies have the same objectives: their purpose is to achieve peace-making, peace-keeping and peace-building, in a cohesive, goal-oriented manner. A case in point is Colombia, which is a country in which transitional justice measures are being implemented while an armed conflict is still present.

However, despite the connection between these two processes, this close relationship has tended to be overlooked by most policymakers

* Salvadoreña, licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Máster en Derechos Humanos y Educación para la Paz por la Universidad de El Salvador. Máster en Derecho con especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame du Lac, por la que obtuvo la distinción de Magna Cum Laude. Tiene un Diploma de Postgrado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización por la Universidad de Chile y el Centro Internacional para la Justicia Transicional. Se desempeña desde setiembre de 2011 como Coordinadora Interina de la Unidad de Asistencia Técnica Internacional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Desde 2006 es catedrática, investigadora y asesora de tesis de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.

in times of political transition. That absence of a holistic approach has undermined, in some cases, the efforts that have been adopted by some to accomplish peace and democracy in a country, as is the case in Sudan and Somalia.

Currently, the necessity to establish a link between transitional justice processes and disarmament, demobilization and reintegration processes has been taken into account more seriously, both in times of negotiations, and in transitions to peace and democracy. Therefore, guidelines to connect these processes have been drafted by international organizations and committed governments, such as the United Nations and Sweden.

One of the most important measures that must be adopted in both processes is the disclosure of truth, both at an individual and collective level. The truth, although difficult to hear at the beginning of the process, can help the victims of heinous crimes to continue with their lives after a period of acceptance, and to turn a page in their personal history filled with pain and suffering. At the same time, it can help the perpetrators unload the heavy burden that they have been carrying for a long time, and aid reintegration into society after expiating their sins.

To disclose the truth about gross violations of international human rights and serious violations of international humanitarian laws committed during an authoritarian regime, or during an armed conflict, independent bodies of experts have been established throughout the world. These bodies are currently known as "truth commissions" and their mission is to uncover systematic and widespread violations of human rights that were committed in the recent past by the parties involved in the conflict, including their modus operandi, among other things. These bodies are usually created for those cases in which the judicial system of a country is not prepared to deal with those kinds of violations or, perhaps more importantly, for those cases in which it is necessary to establish a global truth (which may otherwise be ignored), that can help to bring together a divided society.

With this in mind, this paper will focus first on the indispensable connection that must be established between the transitional justice process and disarmament, demobilization and reintegration processes in

order to achieve sustainable peace in a general perspective, rather than in a particular country in which several attempts of this nature may have been made in order to move toward democracy.

Second, it will focus on the relevance that the right to truth represents in transitional justice efforts for those cases in which systematic and widespread violations of human rights have been part of the history of a country, and the obligation to approach it both at an individual and a collective level to prevent the recurrence of those violations.

Third, it will focus on ways to address the truth through non-judicial mechanisms, such as truth commissions, which are able to give a broader perspective of the conflict and are more centered on the victims. In clarification, this does not mean that these bodies substitute in any way for the pursuit of truth through the judicial process, either simultaneously, or at a later date as additional new facts may arise pertaining to human rights violations or abuse.

Finally, it will address the necessity of establishing a truth commission in Colombia as an intrinsic part of its disarmament, demobilization and reintegration process, particularly in the case of paramilitaries. This, due to the fact that this structure has close links to the economic and political power in that country, which is not easily disclosed through the judicial process in which individual responsibility is sought.

1. Transitional Justice and Disarmament, Demobilization and Reintegration: An Obligatory Connection

a. Transitional Justice

As some scholars have mentioned, transitional justice processes are designed to implement a radical transformation of the political and social structures of a country, whether to replace a state of civil war for a state of peace, or whether to move from a dictatorial regime to a democracy.[1] Transitional justice processes usually find their origins in the political turmoil that most countries of the Southern hemisphere

1 Cfr. Uprimny Yepes, Rodrigo, et. al., *¿Justicia transicional sin transición?, Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, p.1.

had to endure for many decades during the last century, and the painful transitions that they had to undergo to achieve peace and democracy. The former is an example of the absence of armed conflicts, and the latter as free elections.

However, it is important to mention that these changes usually do not occur overnight and, in most cases, take many years for a society to "move from a divided past to a shared future."[2] Nevertheless, this is precisely the moment in which transitional justice standards must step up and when the term "(re)conciliation"[3] has to become part of the everyday language, always taking into account that the latter must not be the result of impunity based on "forgive and forget" formulas and "blanket amnesties", but as an outcome of a process which includes truth, justice, and reparations, both individually and collectively.

In that sense, to deal with a past plagued with gross human rights violations and to find a balance between two values frequently in conflict with each other during transitional periods, such as justice and peace, several measures have been adopted over the last few decades. Central to this issue is the adoption of truth commissions to reveal the patterns of violence in the country, the establishment of trials to bring to justice the perpetrators of heinous crimes, and the recognition of reparations to the victims and their families, as well as to the society in the form of institutional reforms.

These measures were later translated into what we know now as the rights to truth, justice and reparations, through several decisions adopted by regional judicial bodies, such as the Inter-American Court

---

2 Cfr. Bloomfield, David, "Reconciliation: An Introduction," in: Bloomfield David et al, *Reconciliation after a Violent Conflict: A Handbook*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Sweden, 2003, p. 12.

3 According to Carlos Martín Beristain, it is preferable to use the term (re) conciliation to point out that although in several occasions the main purpose of transitional justice processes is to reconstruct relationships that were destroyed because of war or political violence; in several others the aim is to build relationships that have never existed before the conflict. In Beristain, Carlos Martín, "Reconciliación y democratización en América Latina: un análisis regional. Papel de las políticas de verdad justicia y reparación," in *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2005, p. 53.

of Human Rights. In its rulings, this particular judicial body extensively interpreted the norms contained in the American Convention on Human Rights through a pro homine approach, in order to develop the rights mentioned above through its jurisprudence.[4]

The international community has also codified these rights in the Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity,[5] as a reflection of its aspirations to hold accountable individuals who have committed gross violations of international human rights laws or serious violations of international humanitarian laws, as well as States which are not willing to fulfill their duties to respect and to ensure these rights of the people under their jurisdictions.

In addition, although in a more concealed way, the international community has also codified these rights as part of the right to an effective remedy in the resolution adopted by the General Assembly of the United Nations called 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.[6]

---

4 An example of one historic verdict released by the Inter-American Court of Human Rights related to transitional justice is the case of Barrios Altos v. Peru. In that verdict, the Court decided "that the State of Peru should investigate the facts to determine the identities of those responsible for the human rights violations referred to in this judgment, and also publish the results of this investigation and punish those responsible." Inter-American Court of Human Rights, Case of Barrios Altos v. Peru, Reparations (Art. 63.1 American Convention on Human Rights), Judgment of March 14, 2001.

5 Cfr. Commission on Human Rights, *Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity*. Economic and Social Council of the United Nations, sixty-first session, Geneva, 2005.

6 Principle VII of the 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 states that remedies for "gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law include the victim's right to the following as provided for under international law: (a) Equal and effective access to justice; (b) Adequate, effective and prompt reparation for harm suffered; and (c) Access to relevant information concerning violations and reparation mechanisms." United Nations' General Assembly, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International*

With respect to the codification of the right to truth, justice and reparations as principles in non-binding resolutions adopted by the United Nations and not in binding treaties adopted directly by the States, it is necessary to mention that this situation should not overshadow the milestone that these measures have constituted for the human rights movement around the world, particularly for those countries which have undergone or are undergoing transitional justice processes.

In fact, it is now possible to say that the international community has arrived at the conclusion that, in order to achieve successful transitions to democracy, certain parameters must be met. As examples, but not in order of importance, it is viable to mention first the right to truth or the right to know what happened, respecting, on one hand, the right to mourn that the relatives of the victims have and, on the other, the necessity of the society to have a holistic account of past abuses. Second, the right to justice, involving the imprescriptibly of atrocious crimes and the duty to sanction them. Third, the right to reparation, which entails the obligation to compensate the victims and their relatives for the damage suffered. Finally, the necessity of institutional reforms in order to modify the structures that allowed the perpetration of gross violations of international human rights law, and serious violations of international humanitarian laws.[7]

b. Disarmament, Demobilization and Reintegration

When two opposing forces decide to engage in peace negotiations during an on-going armed conflict, one of the first issues to be put on the table is the ceasing of hostilities between the two parties involved. Subsequently, discussions about disarmament, demobilization and reintegration of combatants into society will follow.

Just as in transitional justice processes, disarmament, demobilization and reintegration processes have resulted from situations of political

Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Resolution 60/147, UN Doc. A/RES/60/147, 2005.

7 Cfr. Filippini, Leonardo and Lisa Magarrell, "Instituciones de la *Justicia de Transición y Contexto Político,*" in *Entre el perdón y el paredón, preguntas y dilemas de la justicia transicional*. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política, Colombia.

unrest suffered mostly by developing countries in the Southern hemisphere. As a matter of fact, according to the Stockholm Initiative on Disarmament, Demobilization and Reintegration, since the end of the Cold War, 34 DDR processes have taken place and 22 of them have taken place within the African continent.[8]

DDR processes have been described as "processes where a specific number of combatants, [in] a collective or individual way, and belonging to an Armed Force or an opposition armed group, agree to deliver their arms, demilitarize and reintegrate to a civilian life or to the security bodies of the country."[9] Its main goals are to accomplish security among the population, political stability in the country and reconciliation within society, in order to avoid future outbreaks of violence.[10]

These processes are not a product of an act of magic and, therefore, their results do not suddenly appear when the leaders of the opposing forces decide to sit together and engage in negotiations to achieve peace. Just like the transitional justice process, these processes take time and, sometimes, even many years may have to pass in order to see the results accomplished by former combatants that have abandoned their arms and that have returned to a civilian life. Hence, to achieve their main objectives, these processes are divided into several phases that must be followed to consider it successful, i.e. disarmament, demobilization and reintegration.

Disarmament consists of "the collection, control and disposal of small arms, ammunition, explosives and light and heavy weapons from combatants, as well as from the civilian population, in many cases."[11]

---

8 Swedish Ministry of Foreign Affairs, *Stockholm Initiative on Disarmament, Demobilization, Reintegration*. Swedish Government Office, Stockholm, 2006, p. 9.

9 Caramés, Albert, et al., *Analysis of the Disarmament, Demobilization and Reintegration (DDR) Programs existing in the World during 2006*. Escola de Cultura de Pau, Barcelona, 2007, p. 8.

10 *Ibidem*.

11 Gleichmann, Colin, et al., *Disarmament, Demobilisation and Reintegration: A Practical Field and Classroom Guide*. GTZ, NODEFIC, PPC, SNDC, Frankfurt, 2004, p. 29.

Demobilization is "the formal, usually controlled discharge of active combatants from the armed forces or from an armed group."[12]

Finally, reintegration is the process by which former combatants "acquire civilian status and gain access to civilian forms of work and income."[13] In that sense, reintegration programs might include "cash assistance or compensation in kind, as well as vocational training and income-generating activities."[14]

Due to the increasing necessity to turn to disarmament, demobilization and reintegration processes in the recent past, the international community has set up some principles and guidelines that should be followed by States that have decided to implement them under their jurisdictions. Hence, these principles and guidelines have been drafted by the United Nations under the title of Disarmament, Demobilization and Reintegration of Ex-Combatants in a Peacekeeping Environment.

However, as the Stockholm Initiative on Disarmament, Demobilization and Reintegration accurately points out, despite the completion of these phases, there are no measures that can actually guarantee that former combatants will never again use their arms and, therefore, return to violence as a means of subsistence. This statement is particularly valid in those countries which have been through a prolonged armed conflict and in which a large number of their population have never known another way to earn a living. Nevertheless, what is true is that unless former combatants "have a real opportunity to acquire functional skills or resume or recreate sustainable livelihoods, they will not return to normal civilian life."[15]

c. Colombia: The Obligatory Connection

Transitional justice processes and disarmament, demobilization and reintegration processes have one aspect in common: their main goal

12 *Ibidem*, p. 45.

13 *Ibidem*, p. 65.

14 Department of Peacekeeping Operations Lessons Learned Unit, *Disarmament, Demobilization and Reintegration of Ex-Combatants in a Peacekeeping Environment*. United Nations, New York, 1999, p. 15.

15 Swedish Ministry of Foreign Affairs, *Stockholm Initiative on Disarmament, Demobilization, Reintegration...* p. 24.

is to achieve a peaceful environment within a country plagued with violence. However, after a past full of gross human rights violations, the foundations of the new society that would emerge as the phoenix from its ashes, must lie in a general understanding of common good and in the recognition of others as part of the same community whose differences must not lead people to consider them as enemies that have to be eliminated, but as adversaries with whom agreements are possible to be reached through non-violent means. In other words, the central objective of both processes is the (re)conciliation of the society as a whole, that has been torn apart by brutality.

However, (re)conciliation is not an easy concept to describe, mainly because it can be understood both as a goal as well as a process.[16] As a goal, (re)conciliation can be understood as an aspiration "to live alongside former enemies, not necessarily to love them, or forgive them, or forget the past in any way, but to coexist with them, to develop the degree of cooperation necessary to share our society with them, so that we all have better lives together than we have had separately."[17] On the other hand, (re)conciliation as a process can be understood as the measures that need to be implemented in order to achieve that goal or, in other words, the steps that must be undertaken to allow people within a society to coexist peacefully with each other.

Based on the fact that (re)conciliation is a process and that, therefore, it is not susceptible to be imposed by a decree,[18] it is necessary to adopt transitional justice measures, such as truth, justice and reparations, as well as disarmament, demobilization and reintegration measures. This is due to the fact that (re)conciliation must never be used to justify blatant impunity.[19] On the contrary, (re)conciliation must serve to promote a mutual cooperation among the inhabitants of a territory to (re)build the society under the ideas of solidarity and tolerance.

---

16 Bloomfield, David, "Reconciliation: An Introduction"... p. 12.

17 *Ibidem*.

18 Cfr. Juan E., Méndez, "La justicia penal internacional, la paz y la reconciliación nacional" in *Verdad y Justicia, Homenaje a Emilio F. Mignone*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2001, p. 307.

19 *Ibidem*.

As some scholars have pointed out, the lack of coordination between these processes can lead to

> […] odd results and missed opportunities. In terms of odd results […] victims [can] receive markedly less attention and resources than ex-combatants. The inequity is most stark when comparing benefits for ex-combatants with reparations for victims. […] In terms of missed opportunities, information is rarely shared between DDR and transitional justice processes. While sharing information about ex-combatants with a prosecution process may be problematic, certain kinds of information could be shared with truth seeking initiatives to contribute to the creation of a historical record of the conflict.[20]

As an example of the former situation, a study revealed that in Colombia, although a specific amount of money is being granted to former combatants that demobilize both collectively and individually, the victims of their crimes are not receiving this same benefit because that sum "depends largely on the property and money that the authorities are able to amass from recovering assets legally or illegally obtained by the perpetrators of human rights abuses."[21]

Despite the fact that there are several reasons for the lack of coordination between these two processes,[22] the international community has become more and more aware of the necessity to include transitional justice measures during the development of disarmament, demobilization and reintegration processes.

According to the Stockholm Initiative on Disarmament, Demobilization and Reintegration, the reasons for arriving at this conclusion are several. First, is the importance of dealing with certain moral and legal

20 Second International Conference on DDR and Stability in Africa, *DDR and Transitional Justice*. Office of the Special Adviser on Africa and Government of the Democratic Republic of Congo, United Nations, Kinshasa, 2007, p. 5.

21 Torres, Paula, et al., *Transitional Justice and DDR: The Case of Colombia*. International Center for Transitional Justice, New York, 2009, p. 4.

22 "DDR processes and transitional justice initiatives have different constituencies: DDR programs primarily benefit ex-combatants while transitional justice initiatives focus more on victims. In addition, these constituencies themselves have different objectives: victims seek accountability, while ex-combatants for the most part seek to minimize or reduce accountability." Second International Conference on DDR and Stability in Africa, *DDR and Transitional Justice*... p. 5.

obligations that cannot simply be overlooked. Second, due to the fact that disarmament, demobilization and reintegration processes pretend to achieve sustainable peace, blatant impunity is not an option. Finally, as an unexplored area, valuable outcomes might result from the linkage of both processes.[23]

As a consequence, a shift in the development of processes of disarmament, demobilization and reintegration has emerged. Hence, from focusing the latter "exclusively on military and security objectives,"[24] now principles such as truth, justice, reparations and institutional reforms are introduced more and more frequently when trying to overcome the aftermath of an armed conflict.

At this point, it is important to mention that an issue that must not be overlooked in order to achieve (re)conciliation among a society is the "return of former 'pariahs' to the community."[25] However, due to the reticence that this issue might arise among the members of the community in which the former combatants aspire to return, "close consultation must take place within all levels of the local community about the possible implications of the DDR programme for these communities."[26]

This type of approach could lead to a generation of empathy[27] within the community and, therefore, to a successful (re)conciliation

---

23 Swedish Ministry of Foreign Affairs, *Stockholm Initiative on Disarmament, Demobilization, Reintegration...* p. 30.

24 Theidon, Kimberly, "Transitional Subjects: The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia" in *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, (66-90) p. 69.

25 Laplante, Lisa J., and Kimberly Theidon, "Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia's Ley de Justicia y Paz," *Mich. J. Int'l L.* 28, (49-108) p. 70.

26 Department of Peacekeeping Operations, "Integrated DDR Planning: Processes and Structures," in *Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards*. United Nations, New York, 2006, p. 17.

27 "Empathy comes with the victims' willingness to listen to the reasons for the hatred of those who caused their pain and with the offenders' understanding of the anger and bitterness of those who suffered." Huyse, Luc, "The Process of Reconciliation," in Bloomfield, David, et. al., *Reconciliation after a Violent Conflict: A Handbook*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Sweden, 2003, p. 21.

of a society that was destroyed by the brutality of war. This is due to the fact that social "reintegration, by definition, requires that trust be reestablished between ex-combatants and other members of society."[28]

However, in the building of empathy it is necessary to remember that war and its aftermath affect the population in different ways. Thus, special attention must be given to women and children because, in their case, there is a thin line between their role as victims or as perpetrators in the conflict that it is not easy to distinguish at first glance.

For example, as has been stated by the United Nations in the Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards, due to the fact that girls and women are "more vulnerable to sexual or gender-based violence,"[29] they "face great difficulties during the process of being accepted back into their families and communities, with girl mothers and their children experiencing the highest levels of rejection and abuse upon return."[30] Besides, in some instances, "girls associated with armed forces and groups may have had the same responsibilities as boys"[31] and therefore, their reintegration to their traditional roles in the community might seem disappointing to them. Moreover, in general, boys and girls "in armed forces and groups are exposed to extreme physical and emotional risks, are often neglected, can be abused and mistreated, and can witness or become involved in killings, rapes,"[32] among other things.

Towards building empathy among the victims and the perpetrators, it also must be considered that the truth ought to be revealed and the

---

28 Duthie, Roger, "Transitional Justice and Social Reintegration," Paper Prepared for the Stockholm Initiative on Disarmament, Demobilisation Reintegration, 1, Working Group 3: Reintegration and Peace Building Meeting, April 4-5, 2005.

29 Department of Peacekeeping Operations, "Post-Conflict Stabilization, Peace-Building and Recovery Frameworks" in *Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards*. United Nations, New York, 2006, p. 3.

30 Department of Peacekeeping Operations, "Children and DDR" in *Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards*. United Nations, New York, 2006, p. 11.

31 *Ibidem*.

32 *Ibidem*, p. 4.

wrongdoing has to be acknowledged. When the "victim 'comprehends' the perpetrator, exchanges feelings, speaks with him, understands him,"[33] empathy has emerged and, therefore, (re)conciliation "has started."[34]

2. Theoretical Approach to the Right to Truth and Truth Telling Mechanisms

a. The Right to Truth

Through the 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, the General Assembly of the United Nations declared that victims have the right of "access to relevant information concerning violations and reparation mechanisms"[35] as part of an effective remedy.

Throughout its development over time, the right to truth has achieved both an individual and a collective dimension. According to the Commission on Human Rights of the United Nations, at an individual level, the "victims and their families have the imprescriptible right to know the truth about the circumstances in which violations took place and, in the event of death or disappearance, the victims' fate."[36]

On the other hand, at a collective level, the Commission has affirmed that every "people have the inalienable right to know the truth about past events concerning the perpetration of heinous crimes and about

33 Derrida, Jacques, "El siglo y el perdón" in *Entrevista con Michel Wieviorka*. Ediciones de la Flor, Buenos Aires, 2003. See webpage: <http://www.universitaties.net/elsigloyelperdon_derrida>.

34 *Ibidem*.

35 Principle VII of the 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 in United Nations' General Assembly, *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*, Resolution 60/147, UN Doc. A/RES/60/147, 2005.

36 Principle 4 of the Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity, Commission on Human Rights, Economic and Social Council of the United Nations, sixty-first session, Geneva, 2005.

the circumstances and reasons that led, through massive or systematic violations, to the perpetration of those crimes."[37]

One of the first occasions in which the right to know the truth was addressed by an international body at an universal level occurred in the case submitted to the Human Rights Committee by María del Carmen Almeida de Quinteros, due to the forced disappearance of her daughter by the State of Uruguay.

In that case, the Committee declared that María del Carmen Almeida de Quinteros had "the right to know what ha[d] happened to her daughter."[38] Moreover, it linked the right to truth to article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights because it stated that the denial of information and the numerous lies provided by the correspondent authorities constituted a cruel, inhuman and degrading treatment.

At a regional level, particularly in the Americas, the right to truth has been addressed on several occasions both by the Inter-American Commission on Human Rights and by the Inter-American Court of Human Rights through different resolutions and reports, with both binding and non-binding effects to the States parties. Through their extensive jurisprudence, these bodies have come to the conclusion that the victims and their relatives have an individual right to know the truth and, as a consequence, the States have the obligation to conduct thorough investigations to reveal the conditions in which crimes were committed as well as the names of the perpetrators.

Furthermore, in cases where crimes of forced disappearances have been submitted into this particular regional system, the Commission has stated on several occasions that "duty to investigate the facts extends for as long as the uncertainty over the final fate of the disappeared person exists."[39]

---

37 Principle 2 of the Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity.

38 Human Rights Committee, María del Carmen Almeida de Quinteros et al. v. Uruguay, Communication No. 107/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 138 (1990).

39 Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 25/98, Cases 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 and 11.705, Chile, April 7, 1998, para. 87.

In addition, the Commission has concluded that, even

> […] in the hypothetical case that those individually responsible for crimes of this type cannot be legally punished under certain circumstances, the State is obligated to use the means at its disposal to inform the relatives of the fate of the victims and, if they have been killed, the location of their remains.[40]

Moreover, in those cases in which an amnesty law constitutes an obstacle to conduct thorough investigations about gross violations of international human rights laws and serious violations of international humanitarian laws, the Court has repeatedly expressed that they are incompatible with the spirit of the American Convention on Human Rights and that, as a consequence, a control of conventionality must be made by the States parties to that corpus of law.

In the case of Almonacid Arellano et al. v. Chile, recalling its past jurisprudence in the case of Barrios Altos v. Peru, the Court reaffirmed that a law of that type

> […] precludes the identification of the individuals who are responsible for human rights violations, because it obstructs the investigation and access to justice and prevents the victims and their next of kin from knowing the truth and receiving the corresponding reparation.[41]

Specifically about the right to know the truth, the Court declared in that same case that it

> […] is included in the right of victims or their next of kin to have the harmful acts and the corresponding responsibilities elucidated by competent State bodies, through the investigation and prosecution provided for in Articles 8 and 25 of the Convention.[42]

Subsequently, both the Commission and the Court have declared that the right to know the truth is subsumed not only in articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights, but also in articles 1.1 and 13 of that corpus of law. As an example of that situation, in an

---

40 Inter-American Court of Human Rights, *Case of Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Judgment of July 29, 1988, para. 181.

41 Inter-American Court of Human Rights, *Case of Almonacid Arellano et al v. Peru*, Judgment of September 26, 2006, para. 127.

42 *Ibidem*, para.148.

individual report released by the Commission in the case of Monsignor Óscar Arnulfo Romero y Galdámez against the State of El Salvador, that entity established that

> […] the right to know the truth with respect to grave violations of human rights, as well as the right to know the identity of those who participated in them, is a duty that all States Parties to the American Convention must carry out, in respect of both the victims' next-of-kin and society in general. These obligations arise fundamentally from the provisions of Articles 1(1), 8(1), 25, and 13 of the American Convention.[43]

Finally, the Commission has recognized the right to truth not only on an individual, but also on a collective level. For example, in the annual report released by the Commission in 1986, that entity expressed that every member of a "society has the inalienable right to know the truth about past events, as well as the motives and circumstances in which aberrant crimes came to be committed."[44]

On the other hand, the Court has not yet expressly acknowledged the collective dimension of that right in any of its judgments. On the contrary, the Court has affirmed that "there is no societal right to truth, only a right of victims and families that is 'subsumed' in their right to access to justice."[45]

However, there are some clues that might lead to a change of jurisprudence in the future about this issue. For example, the Court has said that as a consequence of the right of freedom of thought and expression included in article 13 of the American Convention on Human Rights, the information

---

43 Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 37/00, Case 11.481, Monsignor Óscar Arnulfo Romero y Galdámez, El Salvador, April 13, 2000, para. 142.

44 Inter-American Commission on Human Rights, "Areas in Which Steps Need to be Taken Towards Full Observance of the Human Rights Set Forth in the American Declaration of the Rights and Duties of Man and the American Convention on Human Rights" in *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1985-1986*, Chapter 5. See: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86eng/chap.5.htm>.

45 Cassel, Douglas, "The Inter-American Court of Human Rights" in *Victims Unsilenced: The Inter-American Human Rights System and Transitional Justice in América Latina*. Due Process of Law Foundation, Washington D.C., 2007, p. 161.

> […] should be provided without the need to prove direct interest or personal involvement in order to obtain it, except in cases in which a legitimate restriction is applied. The delivery of information to an individual can, in turn, permit it to circulate in society, so that the latter can become acquainted with it, have access to it, and assess it.[46]

Moreover, concerning the right of freedom of thought and expression which has been linked to the right to truth, the Court has expressed that it "clearly includes the two dimensions, individual and social."[47] As Douglass Cassel has pointed out, without

> […] articulating a general right of society to know the truth, then the Court has nonetheless in practice, if not entirely in doctrine, gone far to require states both to find and to make known the truth, not only to victims and families in the case at hand, but to society as well.[48]

The importance of a societal right to know the extent and degree of crimes committed, as well as the circumstances and the perpetrators involved, cannot be understated with respect to the right to truth and transitional justice.

b. Truth Commissions

It can be stated that since transitional justice processes aim to (re) construct a society torn apart by brutality, and, along with disarmament, demobilization and reintegration processes, intent to reinsert former combatants into society, a "global truth"[49] about past human rights abuses must be constructed. This would allow people in the country to speak in a common language about the atrocities endured by several sectors of the population through many years and, moreover, it would avoid contradictory versions of the past that could lead to the resurgence of violence or to the propagation and perpetuation of resentments.

---

46 Inter-American Court on Human Rights, *Case of Claude-Reyes et al. v. Chile*, Judgment of September 19, 2006, para. 77.

47 *Ibidem*.

48 Cassel, Douglas, "The Inter-American Court of Human Rights"... p. 61.

49 A "global truth" refers to a history shared by all the members of a society within a country, which enables them to speak a common language about the events that occurred in a recent past plagued with gross human rights violations. In Zalaquett, José, "La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos" in *Perspectivas*, 1999. See: <http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Zalaquett/Reconstr_Unidad_Nacional_Perspectivas_.pdf>.

As Robert Rotberg has pointed out, societies emerging from authoritarian regimes or from armed conflicts, "in order to come fully to terms with their brutal pasts, must uncover, in precise detail, who did what to whom, and why, and under whose orders."[50] Furthermore, "how and where truth is delivered matters."[51] As Juan Méndez has stated, knowledge "that it is officially sanctioned and thereby made 'part of the public cognitive scene', acquires a mysterious quality that is not there when it is merely 'truth'. Official acknowledgment at least begins to heal the wound."[52]

Since the last two decades of the past century, in order to achieve that goal, States have frequently resorted to the truth commission. In the words of the Human Rights Commission of the United Nations, truth commissions are "official, temporary, non-judicial fact-finding bodies that investigate a pattern of abuses of human rights or humanitarian law, usually committed over a number of years."[53]

Throughout the years, these instruments have been more and more accepted by the international community. This has been due to their ability not only to disclose the patterns of violence in a country and to signal individual responsibilities, but because usually their findings help to design broader reparation policies and, moreover, in some occasions, represent the best way for transitional governments to deal with past human rights abuses, particularly in those cases where perpetrators still retain some power.

As an example of this situation, the Fifth Principle of the Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through

50 Rotberg, Robert I., "Truth Commissions and the Provision of Truth, Justice and Reconciliation" in Rotberg, Robert I., and Dennis Thompson, *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*. Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 3.

51 Argentine Forensic Anthropology Team, 2002 Annual Report, Special Section: Right to Truth, p. 130. See: <http://eaaf.typepad.com/pdf/2002/17RightToTruth.pdf>.

52 *Ibidem*.

53 Definitions in the Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity in Commission on Human Rights...

Action to Combat Impunity has established that societies

> […] that have experienced heinous crimes perpetrated on a massive or systematic basis may benefit in particular from the creation of a truth commission or other commission of inquiry to establish the facts surrounding those violations so that the truth may be ascertained and to prevent the disappearance of evidence.[54]

It is important to note that the latter principle has just recently been introduced in the corpus of international law and, although the passing of time is not a requirement to become customary international law, it has not yet acquired that status. Moreover, it is also important to note that that principle is not yet binding for States, since the instrument that contains it is not included in the sources established by article 38[55] of the Statute of the International Court of Justice.

Therefore, as Juan Méndez has pointed out, that emerging rule "does not mandate the establishment of a truth commission."[56] However, it "obliges states with a legacy of crimes against humanity or war crimes to reckon with this legacy by investigating the facts and disclosing them to the relatives of the victims and to society. In this respect, a truth commission is one instrument through which to fulfill that obligation."[57]

Specifically, according to Priscilla Hayner, truth commissions might be useful to discover, clarify and formally acknowledge past abuses, to respond to specific needs of the victims, to contribute to justice and accountability, to outline institutional responsibility and recommend reforms and to promote reconciliation and reduce conflict over the past.[58]

---

54 Principle 5, Commission on Human Rights, Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity...

55 General Assembly of the United Nations, Statute of the International Court of Justice, Article 38, 1945.

56 Méndez, Juan E., "The Human Right to Truth. Lessons Learned from Latin American Experiences with Truth Telling" in Borer, Tristan Anne, *Telling the Truths: Truth Telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*. University of Notre Dame, Notre Dame, 2006, p. 119.

57 *Ibidem*.

58 Cfr. Hayner, Priscilla B., *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*. Routledge, New York and London, 2001, p. 24.

i. Why discover, clarify and formally acknowledge past abuses?

As Martha Minow has stated, documenting

> […] the past to overcome communal and official denial of the atrocities, violence, or abuses and getting official and public acknowledgement thereof are also seen as essential components of the reform process necessary to establish or strengthen the foundations of a society that respects the rule of law and protects human rights.[59]

In an incipient democracy that has just emerged from a past plagued with gross violations of human rights, the whole society must know what their fellow countrymen had to endure for a long time and public acknowledgment might help to remove the web of lies woven by the military, political and economic structures to justify their actions.

To the victims and their relatives, although they may already know most of the facts that surround their anguish, and although a truth commission may not reveal much additional new information pertaining to their case, the fact that their stories are brought before the authorities that in the past systematically denied them, might help to start heal their wounds.

In the "process of collecting testimony and publishing an official report, a commission offers an official acknowledgement of long silenced facts."[60] Therefore, no more secrecy surrounding the agony of the victims, no more tergiversation of the facts by public authorities, no more indolence from society. In other words, "never again" an official history intended to deny the inherent dignity of human beings through purposeful evasion of the truth.

---

59 Minow, Martha, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Beacon Press, Boston, 1998. Cited by Chapman, Audrey R., "Truth Finding in the Transitional Justice Process" in Van Der Merwe, Hugo et al., *Assesing the Impact of Transitional Justice: Challenges for Empirical Research*. United States Institute of Peace Press, Washington D.C., 2009, p. 92.

60 Hayner, Priscilla B., *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*... p. 26.

ii. Why respond to specific needs of the victims?

The main purpose of a judicial system is to investigate, to prosecute and to punish those persons who have been indicted with a crime by an authority previously instituted by the law. In a judicial system, the investigation, prosecution and punishment of a perpetrator is usually preceded by a process which mandates the following of certain rules established previously by a corpus of law and to focus solely on the evidence provided by the parties involved.

During the development of a judicial process,

> […] victims are invited to testify only as needed to back up the specific claims of a case, usually comprising a very narrow scope of events which constitutes the crime charged. Usually very few victims are called to testify, and their testimony is likely to be directly and perhaps even aggressively challenged by the defense attorneys in court.[61]

Moreover, in the context of transitional periods in which systematic and gross human rights violations have been committed and in which the victims and their relatives have faced the most heinous crimes, sometimes the ability to express the pain and the anguish suffered at the mercy of the perpetrators is lost.

As Theresa Godwin Phelps has stated, several "qualities involving the use and misuse of language characterize the activities of an oppressive regime."[62] First, "such regimes tend to operate in secret, concealing the truth about what they are doing."[63] Second, "they construct their own narratives about their activities, thereby creating a 'master narrative' about the country and its citizens."[64] Third, "they operate in ways that fragment social bodies, such as families, that might challenge the master narrative."[65]

---

61 *Ibidem*, p. 28.

62 Godwin Phelps, Theresa, *Shattered Voices: Language, Violence and the Work of Truth Commissions*. University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2004, p. 46.

63 *Ibidem*.

64 *Ibidem*.

65 *Ibidem*.

Truth commissions, as Desmond Tutu declared in his opening statement of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa, are not "a court of law, [but] a forum in which especially the so called little people, those who's stories have not generally been told to a wide audience, are given the opportunity of telling their stories."[66]

In other words, truth commissions are entities that are conceived to focus mainly on the victims and not on the perpetrators, as the judicial system does. Therefore, these bodies allow the victims and their relatives to tell their stories to those public authorities who, for years, denied them a voice. "If one of the significant things that victims lose in oppression is the ability to use language, then language as retribution begins to make sense."[67]

Moreover, due to the fact that reparations must be provided directly to the victims and to their relatives in the form of restitution, compensation and rehabilitation, it is indispensable to know the severity of the harm caused to them, and their capacity to access basic services in an ample way, especially in those cases in which the number of victims represents a large number of the population.

Therefore, "depending on the scope of its mandate and the duration of its existence, a truth commission may contribute to compensation."[68] This is especially important in disarmament, demobilization and reintegration processes, in which, as stated before, victims might receive less attention and resources than former combatants.

iii. Why contribute to justice and accountability?

First and foremost it is necessary to say that truth commissions are not intended to replace trials, but to contribute to them in gathering information that might be useful for the institution of prosecutions against those responsible for the commission of gross violations of

66 Tutu, Desmond, "Truth and Reconciliation Commission: Opening Statement," 18 June 1996. See: <http://www.doj.gov.za/trc/hrvtrans/george/opening.htm>.

67 Godwin Phelps, Theresa, *Shattered Voices: Language, Violence and the Work of Truth Commissions*... p. 39.

68 Crocker, David A., "Truth Commissions, Transitional Justice, and Civil Society" in Rotberg, Robert I., and Dennis Thompson, *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*. Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 106.

international human rights laws or serious violations of international humanitarian laws.

As the Inter-American Commission on Human Rights has declared, despite the important and enormous contributions that truth commissions can make to transitional processes and to incipient democracies, their intrinsic value "is that they are created, not with the presumption that there will be no trials, but to constitute a step towards knowing the truth and, ultimately, making justice prevail."[69]

This is due to the fact that, as the Commission has stated, under article 1.1 of the American Convention on Human Rights, the duty "to investigate violations committed within its jurisdiction, and to identify those responsible, punish them, and ensure adequate compensation for the victim"[70] belongs to the State and, primarily, to its judicial system. Therefore, because that power cannot be delegated, truth commissions cannot be understood as substitutes for prosecutions.

About this issue, one might argue that countries emerging from conflictive pasts are not likely to conduct trials following the due process of law for several reasons, such as the weakness of its institutions, the corruption underlying the system, the links to pervasive authorities, among others.

Hence, in these contexts, the task of transitional justice "is to find the right balance of justice and the other values required for a successful transition, which might include truth, stability and reconciliation."[71] This, however, does not imply at any moment the selection of one of those elements and not the others, or the prevalence of one over the others.

Paraphrasing the words of Juan Méndez in one of his essays: truth is incomplete if those responsible for gross human rights violations remain in total impunity. Along with the effort of uncovering and revealing the

69 Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 136/99, Case 10.488, El Salvador, December 22, 1999, para. 229.

70 *Ibidem*, para. 230.

71 Llewellyn, Jennifer J., "Restorative Justice in Transitions and Beyond: The Justice Potential of Truth-Telling Mechanisms for Post Peace Accord Societies" in Borer, Tristan Anne, *Telling the Truths: Truth Telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*. University of Notre Dame, Notre Dame, 2006, p. 86.

truth, it is indispensable to restore justice according to the standards established by international law, which requires the institution of trials for the commission of certain crimes, such as crimes against humanity, war crimes and genocide.[72]

iv. Why outline institutional responsibility and recommend reforms?

In order to carry out gross violations of international human rights and serious violations of international humanitarian laws in a massive and systematic manner and, moreover, in an environment of total impunity, the State must act as an accomplice and, therefore, provide the indispensable conditions to make that situation possible.

In that sense, as part of the foundational moral and structural values of the new society that it is intended to be conformed during transitional periods to democracy, the apparatus of the State must be envisaged and designed in a certain way to avoid and to prevent those heinous crimes from being repeated in the future.

Truth commissions, as part of their mandate, have a tendency to reveal a holistic portrait of the State during periods of authoritarian regimes and of armed conflicts and, as a consequence, tend to disclose the most relevant flaws within its institutions, such as the judiciary, the military, the police, the land tenure system, the economic model, among others. For that particular reason, truth commissions are "well positioned to make recommendations for institutional reforms."[73]

In other words, because of its public prominence, an official investigative body is likely to provoke public debate and encourage national and international efforts to ensure *nunca más* (never again),[74] particularly in those countries which suffered gross violations of international human rights and serious violations of international humanitarian laws with the acquiescence of, or at the very least, the tolerance of the State.

---

72 Méndez, Juan, "La justicia penal internacional, la paz y la reconciliación nacional" in *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*,. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2005, p. 53.

73 Crocker, David A., "Truth Commissions, Transitional Justice, and Civil Society"... p. 107.

74 *Ibidem*.

Moreover, despite argument to the contrary, truth commissions and truth telling mechanisms can contribute to the establishment and to the enhancement of the rule of law. This is due to the fact that one of the institutions of the State that is particularly addressed by a truth commission is the judiciary system.

As Pablo De Greiff has pointed out, truth commissions can provide help both to the institution and also to the improvement of the rule of law in a country in several ways: through the exposure of compromised personnel, through the recommendations intended to improve the efficiency and independence of the judiciary, through the promotion of a richer understanding of the Rule of Law, through the stimulation of societal debate about the "good society" and, finally, through the promotion of trust in institutions.[75]

v. Why promote reconciliation and reduce conflict over the past?

As mentioned at the beginning of this paper, the most important purpose of transitional justice processes and of disarmament, demobilization and reintegration processes is the (re)conciliation of a society torn apart by the brutality of a war or of an authoritarian regime. Truth commissions, throughout the development of their work, can contribute in a very important way to achieve this goal.

As pointed out by Mark Freeman and Priscilla Hayner, truth commissions can "promote tolerance and understanding"[76] among the victims, the perpetrators and the bystanders, by allowing each other to listen to their grievances and their suffering. In other words, "stories can communicate the experience of pain and suffering between people who normally cannot understand each other."[77]

---

75 Cfr. De Greiff, Pablo, "Truth Telling and the Rule of Law" in Borer, Tristan Anne, *Telling the Truths: Truth Telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*. University of Notre Dame, Notre Dame, 2006.

76 Freeman, Mark, and Priscilla Hayner, "Truth Telling" in Bloomfield, David, et al., *Reconciliation after a Violent Conflict: A Handbook*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Sweden, 2003, p. 126.

77 Godwin Phelps, Theresa, *Shattered Voices: Language, Violence and the Work of Truth Commissions*... p. 55.

Moreover, the process of truth telling throughout an officially sanctioned body that is not controlled directly by the government, may help to build empathy among the parties in conflict "thereby deterring acts of vengeance and countering the rivalries and hatreds arising from past events."[78]

If "a new government turns its back on the victims, the victims, will, in time, get their own [revenge] back, becoming the perpetrators in the next stage of the cycle, the cycle of revenge that has no appropriate stopping place."[79] According to Theresa Godwin Phelps, history has proved that "revenge cycles end when the victims cede the right to take revenge to the state and the state properly fulfills this duty."[80]

Finally, truth commissions "can cut through myths, rumors, and false pictures of the past even if it cannot erect one picture that will be full and true for all the time."[81] As it has been said since biblical times, know the truth and it will set you free. In other words, "expose the terrible secrets of a sick society and heal that society."[82]

Forgiveness, although a personal and private decision, must derive from knowledge and acknowledgment.[83] In order to forgive, people must know what to forgive, whom to forgive and why to forgive. However, it is important to repeat that forgiveness is not equivalent to forgetting, and that is why a truth commission and its findings are deeply important: because they force a society to remember.

---

78 Freeman, Mark, and Priscilla Hayner, "Truth Telling"... p. 126.

79 Godwin Phelps, Theresa, *Shattered Voices: Language, Violence and the Work of Truth Commissions*... p. 5.

80 *Ibidem*.

81 Minow, Martha, "The Hope for Healing: What can Truth Commissions do?" in Rotberg, Robert I., and Dennis Thompson, *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*. Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 250.

82 *Ibidem*, p. 243.

83 There is a distinction between knowledge and acknowledgment that is often addressed by truth commissions. "Acknowledgment 'implies that the state has admitted its misdeeds and recognized that it was wrong', writes Aryeh Neier." In Hayner, Priscilla B., *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*... p. 26.

3. A Case for Establishing a Truth Commission in Colombia within its Disarmament, Demobilization and Reintegration Process

a. Historical Background

Colombia has been at war now for more than sixty years and, thus, it has become the country with the lengthiest internal armed conflict in the history of Latin America. Its origins can be traced to a period denominated "La Violencia," in which a struggle between the main political parties arose and led to armed confrontations.

According to Lisa Laplante and Kimberly Theidon, during that period of time "the Conservative Party launched a violent offensive against supporters of the Liberal and Communist parties, who were demanding socioeconomic and political changes."[84] Hence, at least in its beginning, the armed conflict was apparently connected to the struggle for structural changes in its society.

In order to confront the offensive launched by the Conservative Party, self-defense groups became part of the landscape in Colombia. This occurred even though "democracy" was restored "when the Liberals and Conservatives issued the Declaration of Sitges, in which they proposed a 'National Front' of joint governance."[85]

In fact, the decision adopted by the Liberals and the Conservatives to take turns in government did not put an end to the conflict in Colombia. Furthermore, the country is still currently at war and its population has had to endure, for many years, systematic and widespread violations of international human rights laws and of international humanitarian laws. As a result, to date, this conflict has left 200,000 victims, 3,000,000 internally displaced people and 9,000,000 acres of land abandoned.[86]

At least in the beginning, this was due to the fact that the structural causes that gave birth to the original conflict were never seriously addressed by the parties involved and thus, problems such as the absence

84 Laplante, Lisa J., and Kimberly Theidon, "Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia's Ley de Justicia y Paz"... p. 53.

85 *Ibidem*.

86 For more information about these statistics, see: <http://www.laht.com/article.asp?CategoryId=12393&ArticleId=332464>.

of the State in certain parts of the territory, the inequitable distribution of land and wealth, and, finally, the exclusion of important sectors of the society in the political sphere persisted. Moreover, although the interests for the continuance of the conflict have changed over the years, the inequalities within the Colombian society still persist.

Among the armed groups that have been responsible for the commission of the larger number of atrocities towards civil society in Colombia are the *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* (FARC), the *Ejército de Liberación Nacional* (ELN) and the *Auto Defensas Unidas de Colombia* (AUC).

In opposition, FARC is the largest rural *guerrilla* group in Colombia. It was created in 1966 and "it has its roots in the rural self defense groups that were organized during La Violencia."[87] The ELN is the second largest *guerrilla* movement in that country. It was established in 1964 and its support comes mostly from urban areas as an "outgrowth of university unrest."[88] These two groups were later consolidated with the creation of the AUC.

In their beginnings, both structures demanded political, economic and social changes in the country and, therefore, apparently represented the widespread demands of certain sectors of the population. However, with the passing of time, "discourse and action diverged"[89] and both groups began to engage in illegal activities to finance their own interests.

To confront the *guerrilla* groups that appeared during that period, the Colombian government resorted to self-defense committees that initially were born within the rural communities to protect their own interests, due to the absence of a military presence in those regions.

These paramilitary structures had, since their beginnings, the support of the regional elites of the country and of the government.[90]

87 Theidon, Kimberly, "Transitional Subjects: The Disarmament, Demobilization and Reintegration of Former Combatants in Colombia"... p. 68.

88 *Ibidem*, p. 69.

89 *Ibidem*.

90 "The legal sponsorship for these groups was emergency decree 3398 in 1965, subsequently transformed into Law 48 and approved by the Colombian

This situation led to the positioning of these structures as an important ally to the regional elites of the country, as they were "called upon to sweep through desirable lands and forcibly displace hundreds of thousands of peasants."[91] Moreover, they soon also became an important ally to the government in the development of its counterinsurgency plan.

In other words, as Human Rights Watch has pointed out, paramilitaries have "historically enjoyed the collaboration, support and toleration of units of the Colombian security forces, a fact that has led many to refer to the paramilitaries as a 'sixth division' of the army."[92] Furthermore, although legally outlawed, in recent years "they have succeeded in expelling left wing *guerrillas* and strengthening their own control of many parts of the country. And thanks to this power, they now exert a very high degree of political influence, both locally and nationally."[93] Indeed, many of the paramilitary leaders have become prominent landowners and drug traffickers and, as a consequence, have increased their powers in the economic, political and social spheres.

b. The Process of Disarmament, Demobilization and Reintegration of Paramilitary Forces in Colombia

Throughout many years, the paramilitaries conducted heinous crimes with the tolerance and acquiescence of the Colombian State. However, due to their public excesses and to the condemnation of their actions by international organizations, the paramilitaries were finally outlawed in the final decades of the past century.

The crimes that finally led to the banning of these organizations in Colombia were, first, the massacre of nineteen merchants who were travelling within its territory in a caravan of vehicles and, second, the

Congress in 1968. This law allowed the government to 'mobilize the population in activities and tasks to restore public order and contain the insurgent threat'. In 1989, the paramilitaries were made illegal by President Barco who suspended decree 3398 and outlawed the use of armed civilians in army operations." *Ibidem*, p. 69.

91 *Ibidem*, p. 70.

92 Human Rights Watch, "Smoke and Mirrors: Colombia's Demobilization of Paramilitary Groups," August 2005, Volume 17, No. 3, p. 1.

93 *Ibidem*.

massacre of the members of the judicial commission who conducted a visit in loco to investigate the fate and the whereabouts of the nineteen merchants.

Subsequent to the massacre of the members of the judicial commission by paramilitary forces with the aid of the official forces in the area, the "State began to adopt measures, including legislative measures, to counter the armed control exercised by paramilitary groups in several parts of Colombia."[94]

On April 19, 1989, the government passed a decree in which it was stated that "bands of paid assassins, death squads, self defense or private justice groups, mistakenly called paramilitaries, are responsible for acts that disturb public order."[95] In addition, it established that the restoration and maintenance of public order was the sole responsibility of the Army, the National Police and the state security forces.[96]

Furthermore, on June 8, 1989, the State issued another decree regarding paramilitary structures in Colombia. In it, it was declared that

> […] the events unfolding in the country have shown that there is a new form of crime entailing the commission of atrocious acts by armed groups, ill-named "paramilitary," constituted in death squads, bands of paid assassins, self defense or private justice groups, whose existence and activities has a serious detrimental impact on the country's social stability, which should be repressed as to reestablish public order and peace.[97]

Moreover, it added as crimes the actions of "promoting, financing, organizing, directing, fostering and carrying out acts 'aimed at obtaining the formation or entry of persons to armed groups of the sort commonly

---

94 Inter-American Commission on Human Rights, *Follow-up on the Demobilization Process of the AUC in Colombia*, para. 39, General Secretariat, Organization of American States, Washington, D.C., 2007.

95 Decree 0815 issued by the Colombian government on April 19, 1989. Cited by the Inter-American Commission on Human Rights in its *Follow-up on the Demobilization Process of the AUC in Colombia*...

96 *Ibidem*.

97 Decree 1194, issued by the Colombian government on June 8, 1989. Cited by the Inter-American Commission on Human Rights in its *Follow-up on the Demobilization Process of the AUC in Colombia*...

known as death squads, bands of paid assassins or private justice groups, mistakenly called 'paramilitary' groups."[98]

As a consequence of those decrees, the law that allowed the government to resort to civilians to conduct its counterinsurgency plans was derogated. Therefore, the question that remained was how to deal with individuals that have been involved for many years in those structures for whom, in the blink of an eye, their status has changed from government allies to legal criminals.

That question became more important when, despite laws to the contrary, the paramilitary structures continued to operate in the country and became responsible for several political killings. Indeed, after these structures were legally banned, they were able to consolidate nationwide through the creation of the AUC, and publicly stated that their mission was to dismantle the *guerrilla* movement in Colombia.

It was not until the beginning of this century, with the election of President Álvaro Uribe Vélez in Colombia, that "some leaders of the AUC made public their intent to negotiate terms for the demobilization of their forces and, on December 1, 2002, they declared a unilateral ceasefire."[99] On July 15, 2003, President Uribe Vélez reached an agreement with the leaders of the AUC to demobilize their forces, which came to be known as the "Agreement of Santa Fe de Ralito."

To conduct the process of disarmament, demobilization and reintegration of those persons belonging to paramilitary structures, several laws were passed in Colombia. Moreover, in order to comply with international standards, the State introduced different elements of transitional justice, such as measures of truth, justice and reparations for the victims of their crimes.

However, these laws have been subject to serious expressions of disapproval both at the national and international level. These criticisms have been raised mainly due to the reduced scope given to the transitional justice measures adopted by these laws. In short, these

98 *Ibidem*.

99 *Ibidem*, para. 61.

laws have been considered, above all, as means to avoid petitions of extradition pending against some prominent leaders of the AUC and, furthermore, to evade the jurisdiction of the International Criminal Court.

As stated by the Inter-American Commission on Human Rights, the "current legal framework for individual and collective demobilization rested and continues to rest on Law 418 of 1997, which was extended by Congress by Law 782 in December 2002."[100] In addition, on June 21, 2005, the National Congress approved Law 975 and this law came into force on July 22, 2005.

The first two laws establish that a series of benefits may be "granted on behalf of those who confess and have been or were accused of or tried for political crimes, and have not been convicted by a firm judgment, provided that they choose to participate in an individual or collective demobilization."[101]

Those first two laws also "echo the limitation of benefits for those who have been involved in conduct constituting atrocious acts of ferocity or barbarism, terrorism, kidnapping, genocide, and homicide committed when the victim does not participate in combat."[102] Thus, as can be seen, these laws do not provide an extinction of criminal liability for several crimes and, as a consequence, not so many paramilitaries were encouraged to demobilize.

As a consequence, basically in order to "facilitate peace processes and the reintegration into civilian life of groups or individuals who are members of illegal armed groups," the Justice and Peace Law was passed in 2005. This law is intended to create an alternative system for those persons who do not benefit from Law 782. As a result, the

> […] bill establishes an alternative criminal system of justice, which entails the suspension of a criminal sentence and its replacement with an alternative punishment. Benefits are granted commensurate with the

100 *Ibidem*, para. 62.

101 *Ibidem*.

102 *Ibidem*.

individual's contribution to attaining peace, justice, and reparation to the victims, as well as her or his own re-socialization.[103]

Although it has been claimed that the legal framework designed for the disarmament, demobilization and reintegration of paramilitaries into society complies with the international standards established for transitional processes, particularly in the case of the right to truth, this has not been entirely the case. Therefore, in the following pages, this paper will try to explain why this is affirmed.

c. The National Commission on Reparations and Reconciliation: A Truth Commission in Colombia?

The Justice and Peace Law establishes the creation of several institutions whose mission and vision is to carry out the process of disarmament, demobilization and reintegration of the paramilitary structures in Colombia. These institutions are the National Commission on Reparations and Reconciliation, the Victims and Reparation Fund and Regional Commissions for the Restitution of Property.[104]

The Justice and Peace Law in Colombia does not contemplate the establishment of a truth commission as such, in order to address gross violations of international human rights and serious violations of international humanitarian laws committed by paramilitaries, as would a more holistic approach.

The lack of such an institution within its disarmament, demobilization and reintegration process could hamper efforts to dismantle the paramilitary structures. This is due mainly to the inability of the existing institutions to determine the patterns of violence followed by those organizations, the circumstances surrounding the crimes perpetrated by them, the persons involved in their planning and commission and,

---

103 Guembe, María José and Helena Olea, "No Justice, No Peace: Discusssion of a Legal Framework Regarding the Demobilization of Non-State Armed Groups in Colombia" in Roth-Arriaza, Naomi and Javier Mariezcurrena, *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth Versus Justice*. Cambridge University Press, United Kingdom, 2006, p. 127.

104 Cfr. articles 50, 51, 52, 53 and 54 of Law No. 975/05 of July 22, 2005, O.G. 45.980, July 25, 2005, Colombia. See: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/web/justicia_paz/documentos/Ley1_975.pdf>.

finally, their connection with the political and the economic powers in the country.

To overcome criticisms in this area, the Colombian government has stated that the Justice and Peace Law does contemplate an institution to vindicate the right to truth, both at an individual and at a collective level. This institution is the National Commission on Reparations and Reconciliation.

Indeed, the Justice and Peace Law attributes a wide range of responsibilities to the National Commission on Reparations and Reconciliation, and some of them are directly related to the right to truth. Specifically, that law declares that the National Commission on Reparations and Reconciliation must "guarantee that victims participate in judicial investigation procedures"[105] and must "present a public report on the reasons for the emergence and development of illegal armed groups."[106]

To support the arguments of the government, the president of the National Commission on Reparations and Reconciliation has stated that that institution "holds the dear conviction that without the truth, neither reparations nor reconciliation are possible. Consequently, reconstruction of the truth, both factual and historical, will be one of the main tasks of our Commission."[107]

So, as Lisa Laplante and Kimberly Theidon have affirmed, the National Commission on Reparations and Reconciliation created in Colombia "assumes the function of a truth commission without technically being one."[108] In other words, although authorities have argued that that entity would be able to satisfy the demands for truth of the victims and their relatives, on paper that policy is not entirely clear.

---

105 Article 51.1 of Law No. 975/05 of July 22, 2005, O.G. 45.980, July 25, 2005, Colombia.

106 Article 51.2 of Law No. 975/05 of July 22, 2005, O.G. 45.980, July 25, 2005, Colombia.

107 Laplante, Lisa J., and Kimberly Theidon, "Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia's Ley de Justicia y Paz"... p. 93.

108 *Ibidem*.

The ambiguity of its approach to the demands for truth in Colombia has undermined the legitimacy of the National Commission on Reparations and Reconciliation. The victims and their relatives have not supported this initiative and, therefore, still demand the creation of a truth commission as such.

To overcome the criticisms made by the victims and their relatives, the president of the National Commission on Reparations and Reconciliation has declared that that entity is "not itself a truth commission even though many of its functions […] will be those that create conditions that promote the creation of a truth commission in the future."[109] This policy has been confirmed by the Inter-American Commission on Human Rights when it stated that among the primary functions of the National Commission on Reparations and Reconciliation is the establishment of "favorable conditions to promote a Truth Commission in the future."[110]

d. Why is it Necessary to Establish a Truth Commission in Colombia?

The reasons for adopting a truth commission in Colombia are several. As observed above, the National Commission on Reparations and Reconciliation is not a truth commission as such and, therefore, among its functions is the creation of the conditions for the establishment of a truth commission in the future.

Thus, although there is not an international obligation to establish truth commissions as part of a peace process and, moreover, even though transitional justice formulas are unique in every country, depending mostly upon its particular context, there seems to be at least an aspiration from the Colombian government to conduct itself in that direction.

Furthermore, to achieve lasting peace and true reconciliation, the voices and the claims of the victims and their relatives have to be heard. They are the ones who have suffered, in their own flesh, the

109 *Ibidem*.

110 Inter-American Commission on Human Rights, *Statement by the Inter-American Commission on Human Rights on the Application and Scope of the Justice and Peace Law in Colombia*, General Secretariat, Organization of American States, Washington, D.C., 2006, p. 9.

consequences of the never-ending armed conflict in Colombia. They are the ones who continue, despite the National Commission on Reparations and Reconciliation, to demand the institution of a truth commission in the country, as redress for their grievances.

Particularly, there are several reasons why scholars have proclaimed establishment of truth commissions in countries in transition to democracy. Following those arguments stated by Priscilla Hayner, this paper will now describe some examples in Colombia that might support the creation of such an institution in that country.

i. To Discover, Clarify and Formally Acknowledge Past Abuses

According to the Inter-American Commission on Human Rights, the "Justice and Peace Law envisages lighter sentencing as a result of a series of actions designed to arrive at the truth and provide redress for the victims."[111] However, through its text, this law opens the possibility for perpetrators to receive reduced sentences without disclosing the whole truth about their crimes, specifically: other people who may be involved, the structure of their organizations and the circumstances that enabled them to carry out the atrocities.[112]

In order to justify the voluntary character of confessions under the Justice and Peace Law, the Colombian government has argued that "the individuals cannot be forced to incriminate themselves, much less when the result of a confession is a conviction."[113] Through this approach, apparently, the government seems to bend the rules of due process of law in favor of the perpetrators, to the detriment of the victims.

About this particular issue, the Constitutional Court of Colombia has held that the Justice and Peace Law does not

> […] clearly establish the judicial mechanisms needed to uncover the overall criminal enterprise in question. Nor does it establish judicial

111 *Ibidem*, p. 8.

112 Cfr. Articles 17, 18, 19 and 25 of Law No. 975/05 of July 22, 2005, O.G. 45.980, July 25, 2005, Colombia.

113 Guembe, María José and Helena Olea, "No Justice, No Peace: Discusssion of a Legal Framework Regarding the Demobilization of Non-State Armed Groups in Colombia"... p. 133.

> means to ensure disclosure of the truth about specific crimes committed by members of specific groups that may demobilize. In fact, persons applying for benefits under the law have as their sole obligation to acknowledge the offenses that the State is able to charge them with.[114]

In, conclusion, that entity has declared that the strategy adopted in the Justice and Peace Law to address the truth "is entirely insufficient to guarantee the minimum constitutional content of the right to the truth."[115] Therefore, it has stated that the confessions provided by those persons who intend to "apply for benefits under the law will only achieve its purpose, which is to serve as a means of arriving at the truth, if it is full and truthful."[116]

This is an example of the lack of political will by the Colombian government to discover the whole truth about the facts that enabled the commission of atrocities by paramilitary forces and, therefore, its unwillingness to comply with public acknowledgment; which, as stated above, is a very important step towards healing the wounds brought about through conflict, exacerbated by gross violations of international human rights laws and serious violations of international humanitarian laws.

ii. To Respond to Specific Needs of the Victims

Under the Justice and Peace Law, the "victims have no voice during the process: they are only to be heard during the reparations motion and if the Prosecution calls them as witness during the trial."[117] This process does not allow the victims to tell their own story and, therefore, the cathartic effect that could help the victims to introduce their own narrative in the collective imaginary is hampered by this law.

Moreover, under the Justice and Peace Law, the victims have only one procedural opportunity to request reparations. However, without

---

114 Inter-American Commission on Human Rights, *Statement by the Inter-American Commission on Human Rights on the Application and Scope of the Justice and Peace Law in Colombia*... p. 8.

115 *Ibidem*.

116 *Ibidem*.

117 Guembe, María José and Helena Olea, "No Justice, No Peace: Discusssion of a Legal Framework Regarding the Demobilization of Non-State Armed Groups in Colombia"... p. 134.

enough information pertaining to those involved in the crimes, the victims do not have the best opportunity to succeed in their claims. On the other hand, with the information gathered by a truth commission, that outcome might be different, since their reports tend to give a broader approach to the conflict that can aid in supporting the claims of victims based only upon individual facts.

Finally, the victims and their relatives do not have the power to initiate a criminal investigation. This decision is at the hands of the Prosecution. As a consequence, if the "Prosecutor decides to ask the Judge to close an investigation or a case, they will not have an opportunity to find out what happened."[118]

iii. To Contribute to Justice and Accountability

Under the proceedings established by the Justice and Peace Law, the Prosecution has only sixty days "to carry out the criminal investigation resulting in charges against an individual."[119] This restricted period of time might help an individual involved in paramilitary activities to avoid justice, particularly due to the fact of the absence of sufficient time to gather the necessary evidence to press charges against the accused.

Furthermore, due to the diminished probability of an investigation based on the lack of information about the structure of the organization; the persons involved, the patterns of violence followed by them, among other facts, paramilitaries "will feel less compulsion to confess the truth and resort to the alternative presented"[120] by the Justice and Peace Law.

Therefore, the information collected previously by a truth commission might contribute to overcoming this situation by providing general findings of the conflict. Moreover, in those cases where truth commissions have the possibility to name names, this might help to construct individual cases and to address direct responsibility for crimes committed.

---

118 *Ibidem*.

119 *Ibidem*, p. 132.

120 Laplante, Lisa J., and Kimberly Theidon, "Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia's Ley de Justicia y Paz"... p. 90.

iv. To Outline Institutional Responsibility and Recommend Reforms

According to María José Guembe and Helena Olea, this

> […] seems particularly relevant for a society in which the links between illegal armed groups, state agents and private actors merits disclosure and debate in order to facilitate dismantling these organizations and resolving the conflict.[121]

This has led the Colombian Supreme Court of Justice to call for the establishment of a truth commission in the country, particularly to disclose the links between paramilitaries and prominent figures in the political spectrum. Moreover, this entity has claimed for a truth commission in order not to leave in oblivion those crimes committed by the paramilitaries due to the ineffectiveness of the Justice and Peace Law.[122] According to the members of the Colombian Supreme Court of Justice, this could be an alternative for encouraging paramilitaries to reveal the whole truth about the atrocities committed by them.

v. To Promote Reconciliation and Reduce Conflict over the Past

The "Justice and Peace Law mandates a 'duty of memory' and requires the preservation of archives, yet constructs this memory by using judicial proceedings to establish the facts of individual cases and individual criminal responsibility. Individualizing the process, weakens efforts to dismantle the paramilitary infrastructure and undermines the overall goal"[123] of the disarmament, demobilization and reintegration processes.

Moreover, the Justice and Peace Law has a limited mandate and, as a consequence, the "victims of most serious crimes committed during the armed conflict will not have a procedural opportunity to seek

---

121 Guembe, María José and Helena Olea, "No Justice, No Peace: Discusssion of a Legal Framework Regarding the Demobilization of Non-State Armed Groups in Colombia"... p. 133.

122 For more information about this issue, see: <http://www.publico.es/internacional/271582/supremo/colombiano/pide/comision>.

123 Laplante, Lisa J., and Kimberly Theidon, "Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia's Ley de Justicia y Paz"... p. 90.

reparations."[124] Thus, "most crimes committed during the armed conflict will not be investigated or punished."[125]

As stated previously, this policy could lead to personal revenge by the victims and their relatives, since the State has failed in fulfilling their reasonable expectations of truth, justice and reparations. The lack of investigation might lead also to a re-victimization of the victims and their relatives since they are being asked, one more time, to carry a burden for which they are not responsible.

Conclusion

As has been observed throughout this paper, in order to achieve a successful and longstanding peace process during ongoing conflicts, the international community has delineated several standards that States must fulfill. These standards have been established throughout various sources of international law with both binding and non-binding effect and, far from being completely developed, they are just starting to emerge as evolutionary concepts.

Among these standards, this discussion outlined the necessary connection that should exist between transitional justice processes and disarmament, demobilization and reintegration processes in order to achieve a sustainable transition to democracy. This is supported by the odd results (mentioned earlier) that can be found in history due to the lack of coordination between these two processes.

Among the transitional justice measures that must be introduced into the disarmament, demobilization and reintegration processes a key element is the protection and insurance of the right to truth for the victims and their relatives, due to the importance that this right represents for their dignity and their full recognition as human beings.

To this end, throughout this paper, several arguments for the protection and insurance of the right to truth in Colombia have been

124 Guembe, María José and Helena Olea, "No Justice, No Peace: Discusssion of a Legal Framework Regarding the Demobilization of Non-State Armed Groups in Colombia"... p. 133.

125 *Ibidem*.

introduced. Central to this topic is the establishment of a truth commission in that country. This is due to the fact that, as stated above, for a diversity of reasons, these bodies can help to

> […] discover, clarify and formally acknowledge past abuses, to respond to specific needs of the victims, to contribute to justice and accountability, to outline institutional responsibility and recommend reforms and to promote reconciliation and reduce conflict over the past.[126]

126 Hayner, Priscilla B., *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*... p. 24.

Efectos de la sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con especial referencia a Uruguay y España

*Nils Helander Capalbo**

Introducción

Este estudio presenta una reseña de los rasgos relevantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con especial referencia a sus efectos en los ordenamientos jurídicos de Uruguay y España. Su objetivo procura responder a una pregunta o problema central: ¿pueden aplicarse esas sentencias en los ordenamientos internos de dichos Estados?

No se pretende un estudio comparativo de las relaciones de esos tribunales entre sí, sino de los efectos de sus sentencias, en particular sobre su cumplimiento en el orden jurídico interno de España y Uruguay. Se ha seleccionado un sector de dos sistemas de protección regional de los derechos humanos: el de los tribunales y sus sentencias. Se trata de un sector porque, tanto en el ámbito americano como en el europeo, el estudio completo de los sistemas de protección de derechos (entendidos como el conjunto de elementos interrelacionados que componen un todo), excede el ámbito de análisis aquí elegido.

Actualmente es posible hablar de sistemas multinivel de protección de los derechos. El sistema interno es el que se configura a partir del ordenamiento jurídico de los Estados, con especial respaldo en la

* Abogado uruguayo, profesor de Derechos Humanos en las universidades de la República y Católica de Uruguay y del Diplomado en Derechos Humanos IIDH-AUSJAL. Posgrado en Garantías de los Derechos Humanos por la Universidad Pompeu Fabra, España; especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Católica, Uruguay. Ha sido asesor parlamentario, ha publicado varios trabajos en revistas jurídicas y ha expuesto en diversos eventos sobre derechos humanos.

Constitución, su norma suprema. Puede contener a su vez, diferentes niveles de protección, por ejemplo en casos de Estados compuestos. A su lado se encuentra el sistema internacional, integrado por diversas fuentes, entendidas como conjunto de actos o hechos generadores de obligaciones internacionales que contraen los Estados. Entre éstas tienen singular relevancia los tratados o pactos, generalmente multilaterales, que celebran entre sí los Estados. En este ámbito de protección compartido, sin embargo, los sistemas de protección no están en posiciones simétricas, sino que por el contrario, el internacional es complementario y subsidiario del interno. Las piezas fundacionales de este último, como es conocido, son la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Cuando aquí se habla de tribunales se alude a órganos jurisdiccionales de protección de derechos instituidos en tratados internacionales celebrados entre Estados. Estos les confieren competencia para conocer en litigios en que se ventilan demandas promovidas por particulares que –actuando individualmente, en grupos u organizaciones no gubernamentales– alegan incumplimientos de las obligaciones contraídas por los Estados, que se traducen en vulneraciones de derechos. Por definición y en principio, estos tribunales están dotados de potestades para conocer en dichos asuntos, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Como es sabido, los tribunales internacionales carecen de poder coercitivo, por lo que su potestad de hacer ejecutar lo juzgado es débil. Sin embargo, se las han ingeniado para que sus sentencias no queden en retórica vacía. También se hace referencia a algunos tribunales internos (Tribunal Constitucional de España y Suprema Corte de Justicia de Uruguay, por ejemplo).

En cuanto a las sentencias, éstas se entienden como actos jurídicos consistentes en decisiones de tribunales que luego de un proceso, ponen fin a un litigio entre partes, adquieren el carácter definitivo e inmutable de la cosa juzgada y son de cumplimiento obligatorio. Conocer el alcance de las sentencias como decisiones finales de los tribunales es una forma de análisis institucional que conduce al conocimiento de la extensión de las obligaciones de los Estados y de los derechos de las personas.

Esa longitud viene determinada por lo estipulado en los documentos jurídicos que reconocen derechos y además, por la interpretación que de ellos hacen los tribunales. Igualmente, se considerará de manera básica la normativa interna de España y Uruguay y su interpretación.

Quedan fuera de este estudio otros ámbitos de protección de derechos, como por ejemplo, los catálogos de derechos específicos que los tratados instituyentes de los tribunales reconocen. En el ámbito regional americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros tratados específicos, así como la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el "circuito europeo" de protección[1], la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otros. Otras decisiones de los tribunales y las resoluciones de otros organismos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados, respecto de los derechos, también quedan fuera. Por ejemplo, en el sistema universal de la Organización de Naciones Unidas, las decisiones del Consejo de Derechos Humanos o las observaciones de los comités de los tratados.

En otras palabras, el marco teórico de este estudio refiere a un tipo de garantías procesales de los derechos, entendidas como técnicas de tutela o aseguramiento de los mismos, ya sea que operen en el orden normativo o institucional, interno o internacional. Como ha expresado el profesor italiano Luigi Ferrajoli, autor de una teoría garantista del derecho, las garantías de los derechos no están dadas de un día para el otro, ni de una vez, sino que responden a un proceso gradual. El proceso histórico de gestación de los sistemas de garantía internacional para la efectividad de los derechos confirma lo anterior, y revela que uno de los aspectos más controversiales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es el cumplimiento de las decisiones de

1 Expresión del Prof. Alejandro Saiz Arnaiz. Ver sus trabajos: "El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la cultura común de los derechos fundamentales en Europa" y "El Protocolo XIV y los nuevos requisitos de admisión de las demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", materiales distribuidos en el Curso de Posgrado "La garantía de los derechos fundamentales y dimensión multinivel", Universidad Pompeu Fabra, junio-julio 2011.

los órganos de contralor creados por los tratados. Cuando esos órganos de contralor son tribunales y quienes resultan sujetos de ese contralor son Estados, se ingresa en un campo de estudio complejo, en el cual las decisiones obligatorias de aquellos deben coexistir con el accionar de los Estados, los que ejerciendo su soberanía (entendida como poder de autogobierno e independencia) suelen no coincidir con la calificación que de su conducta aquellas decisiones efectúan. De allí proviene el interés en este tema. Un análisis pretendidamente riguroso, por cierto, no excluye un examen crítico de la jurisprudencia, imposible de eludir en un estudio de esta índole.

Este trabajo persigue un segundo objetivo que consiste en aportar elementos para un acercamiento académico entre personas de continentes diversos, como el americano y europeo, cuyo intercambio de experiencias ayude a la comprensión y mejoramiento de los sistemas de protección regionales de los derechos humanos.

1. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978. La CADH tiene un preámbulo, 82 artículos distribuidos en tres partes, once capítulos y dos protocolos adicionales. A los efectos de este trabajo, importa especialmente el capítulo octavo, denominado "Corte Interamericana de Derechos Humanos" (arts. 52 a 69), dedicado a su organización, competencias, funciones y procedimiento.

En el sistema de protección de derechos delineado por la CADH, importa destacar el art. 33 que dispone:

> Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:
>
> a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
>
> b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

Uno de los rasgos relevantes del Sistema Interamericano es la existencia de dos órganos para intervenir en asuntos en que se demande a los Estados. Por un lado está la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos a través de diferentes atribuciones, entre las que destaca la de formular recomendaciones a los Estados para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos (art.41). Por otro lado, la CADH instituye a la Corte IDH, órgano judicial (integrado por siete jueces, art. 52) autónomo e internacional, con competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta convención que le sea sometido, siempre que los Estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial (art. 62.3). Por tanto, otra de las características saltantes del Sistema es la competencia facultativa (por ende no obligatoria) de la Corte IDH.

La Corte IDH, además, tiene competencia contenciosa (arts. 61 y 63) y consultiva (art. 64) "acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales". Esta última competencia le confiere facultades interpretativas abstractas.

En cuanto a la legitimación para presentar quejas o demandas por vulneración de derechos, importa destacar que no existe acceso directo de las víctimas a la Corte IDH. Dispone el art. 44: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte". Ante la Comisión (a la que también pueden dirigirse los Estados si aceptaron competencia, art. 45) se desarrolla un procedimiento que puede culminar con la remisión del asunto a la Corte. A su vez, establece el art. 61: "Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte". A través de modificaciones en el Reglamento de la Corte, se autoriza en su art. 25 a las presuntas víctimas, después de notificado el

escrito de sometimiento del caso, la presentación de forma autónoma durante todo el proceso ante la Corte.

Al margen de las características centrales del Sistema que se han expuesto, y en cuanto a lo específico de este trabajo dedicado a las sentencias, se previene en la CADH que el fallo será definitivo, inapelable y motivado (arts. 67 y 66).

Por tanto, las sentencias pasan en autoridad de cosa juzgada entre las partes y son de cumplimiento obligatorio por los Estados, siendo ambos los efectos inmediatos de las mismas. Dispone el art. 68.1: "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

Cuando las sentencias son estimatorias, son así mismo declaratorias y condenatorias. Dispone el art. 63.1:

> Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Este texto ha permitido a la Corte considerar que la Convención opta por un sistema de reparación integral del daño, debiéndose ante todo, y si ello es posible, restablecer al lesionado en el goce de su derecho por el Estado, reparar las consecuencias de la violación e indemnizar en su caso, tratándose de obligaciones que debe cumplir el Estado, si así se lo impone la sentencia.

Para el caso de incumplimiento de las sentencias por los Estados, la CADH contiene dos disposiciones expresas: el art. 68.2, que establece que "[l]a parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado", y el art. 65, que prescribe: "La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos".

Con base en este conjunto de normas convencionales (y de otras a las que luego se hará referencia) la propia Corte IDH ha determinado a través de su jurisprudencia, los contenidos de sus sentencias dictadas en el ejercicio de su competencia contenciosa y el alcance que entiende posee la obligatoriedad para los Estados de las sentencias. La doctrina en general, aunque con algunas voces críticas[2], ha compartido las posturas de la Corte. Así se han ido configurando los parámetros que en el presente dan marco al cumplimiento efectivo de las sentencias y las modalidades de su ejecución.

Destacamos a continuación, siguiendo al Prof. Ayala Corao[3], algunos rasgos centrales de las sentencias y de la etapa de su cumplimiento y ejecución, según el entendimiento que de ellas hace la Corte IDH:

1. Las sentencias de la Corte IDH pasan en autoridad de cosa juzgada formal y material y tienen efectos inmediatos entre las partes y efectos indirectos para todos los Estados partes en la CADH, las víctimas y la CIDH. Se llaman también efectos generales o *erga omnes*. La cosa juzgada opera no sólo frente al caso concreto sino también frente a futuros casos. La Corte es el intérprete supremo de la CADH (art. 62). Esto se fundamenta en la norma que ordena transmitir el fallo a los Estados parte en la CADH (art. 69) y en el derecho al trato judicial igualitario (art. 24).
2. Esos efectos indirectos se han notado en la jurisprudencia de varios Estados, que a pesar de no haber sido parte en el proceso ante la Corte IDH, han decidido incorporar los estándares de esas sentencias internacionales. Como ejemplo de ese seguimiento, se menciona a la Corte Suprema Argentina, la que cuando declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, se fundó en la sentencia del caso Barrios Altos vs. Perú.
3. Los contenidos básicos de las sentencias de fondo y reparaciones (también las hay sobre excepciones preliminares, interpretativas y las

2 Ver el trabajo de Ezequiel Malarino en la publicación: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010.

3 Ayala Corao, Carlos, "La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, Año 5. No. 1, Universidad de Talca, Chile, 2007, pág. 129 y ss.

medidas provisionales) son la declaración de los derechos violados y las obligaciones incumplidas por el Estado, el establecimiento de la responsabilidad internacional del mismo y las reparaciones, disponiéndose muchas veces que la sentencia en sí misma constituye una forma de reparación. Algunas de estas medidas reparadoras son específicas para las víctimas, como brindarle un tratamiento médico o reponerla en un cargo, y otras son generales, sobre la base de los deberes del Estado de prevención y no repetición, como por ejemplo: revisión de planes de seguridad, cursos de formación para funcionarios públicos, entre otras.

4. Una de las medidas reparatorias más comunes ordenadas por la Corte IDH en sus sentencias, es el mandato a los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos –en especial las que la Corte califica de graves–, que subsiste a cargo del Estado hasta su total cumplimiento y, aunque es obligación de medios, no es una mera formalidad y debe ser asumida con seriedad.
5. Otra de las medidas reparatorias más comunes es la condena a los Estados al pago a las víctimas de sumas de dinero por concepto de indemnización compensatoria por daños materiales, morales, costas y gastos judiciales.
6. Es variada la gama de otras medidas reparatorias ordenadas en sus sentencias por la Corte IDH a los Estados. Para justificarlas se funda en su facultad innominada, otorgada por la CADH, de disponer se garantice a la víctima el goce de su derecho violado y se reparen las consecuencias de la medida o situación de vulneración. Entre ellas se destacan: la modificación de la Constitución para adaptarla a la CADH; la adopción, modificación o declaración de ineficacia de leyes; la adopción de actos de gobierno o administrativos por parte del Poder Ejecutivo, como por ejemplo, poner en libertad a una persona.
7. El cumplimiento y la ejecución de las sentencias emanadas de la Corte IDH, es potestad de ésta y obligación de los Estados que han ratificado la CADH y aceptado su jurisdicción. Además, las víctimas tienen derecho a que se cumplan y ejecuten esas sentencias. Se fundamenta en:

a. las potestades propias de la función jurisdiccional que ejerce y que emanan del art. 63 de la CADH, las que no son taxativas ni restrictivas. Permiten a la Corte desarrollar ampliamente sus facultades tutelares y reparadoras respecto de víctimas actuales y potenciales, ordenando a los Estados en sus sentencias de fondo y reparación, las más variadas medidas legislativas, de políticas públicas, administrativas, judiciales, educativas y de otra naturaleza similar;

b. las víctimas poseen el derecho a la tutela judicial efectiva internacional que comprende el derecho a que la sentencia sea cumplida y ejecutada. Ese derecho debe ser interpretado como el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido que exige que los Estados parte se comprometan a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso (art. 25 CADH).

8. Las sentencias de la Corte IDH emanan de un tribunal internacional o transnacional y son de obligatorio cumplimiento o acatamiento por los Estados parte, debiéndose ejecutar directa y voluntariamente por el Estado demandado sin que haga falta para ello ningún procedimiento de pase en el derecho interno o *exequatur* (art. 68.2 de la CADH) por los tribunales nacionales para ser ejecutadas por los Estados.

9. Los Estados deben proceder de buena fe en la ejecución de las sentencias. Deben notificar las sentencias de la Corte IDH a los órganos competentes, que deben cumplir y ejecutar la sentencia dentro de su ámbito de jurisdicción. Los tribunales nacionales no deben ser ajenos a la solución, ya que deben adoptar medidas judiciales (sentencias) desaplicando normas o interpretarlas de manera restrictiva, para permitir embargos, órdenes de pago contra partidas presupuestarias, etc. Lo mismo en lo que refiere a otros poderes u organismos del Estado.

10. La falta de adopción por parte de un Estado de los mecanismos apropiados para la ejecución de las condenas, configura una violación del art. 2 de la CADH, en tanto el Estado deja de cumplir con su obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter.

11. Hay Estados que, al margen del cumplimiento específico de lo ordenado por las sentencias de la CADH, han adoptado medidas constitucionales y legislativas en el orden interno para facilitar el cumplimiento. Es el caso del art. 31 de la Constitución de Venezuela de 1999, la ley colombiana No. 288 de 1996 y de la ley peruana 27.775 de 2002.

12. La Corte IDH ha dispuesto que la supervisión del cumplimiento de sus sentencias le pertenece, pese al silencio convencional al respecto[4], tratando el tema en varios casos, como el caso Baena, Ricardo contra Panamá. La CADH asigna esa competencia a la Asamblea General de la OEA (art. 65), que en el tema no ha tenido una actuación destacada. La Corte funda su posición, entre otros argumentos, en que se trata de una facultad inherente a sus funciones jurisdiccionales y al deber de los Estados de acatar las obligaciones establecidas por ella (caso El Amparo contra Venezela). Basada en el art. 69 de su Reglamento, aplica un procedimiento contradictorio, solicita informes a las partes sobre el cumplimiento de sus fallos y en algunos casos, las convoca a audiencia en su sede, antes de dictar resolución al respecto. En varias de estas resoluciones, la Corte IDH ha mantenido abierta la supervisión, refiriéndose a la falta de cumplimiento en que los Estados incurren con respecto a la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar a los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (casos Baldeón García y Barrios Altos contra Perú). La Corte IDH ha dicho que ninguna ley de derecho interno, incluyendo las de amnistía y los plazos de prescripción, así como la cosa juzgada fraudulenta, pueden ser invocadas como obstáculos válidos en esos casos para cumplir los mandatos, dado que dichas violaciones contravienen derechos inderogables reconocidos por el DIDH. Así, en el caso Mauricio Herrera contra Costa Rica, dispuso se dejara sin efecto la sentencia de condena penal, argumentando que las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.

4 Burgorgue-Larsen, Laurence y Amaya Úbeda de Torres, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*. Civitas, Thomson Reuters, España, 2009, pág. 41.

2. La ejecucion de las sentencias de la Corte IDH en Uruguay

La sentencia de la Corte IDH, dictada el 24 de febrero de 2011, en el caso Gelman contra Uruguay, fue la primera emitida en contra del Estado uruguayo, por lo que la cuestión de la ejecución de estas sentencias en el orden interno es de reciente data.

En los puntos resolutivos se declara que el Estado es responsable por la desaparición forzada de María Claudia García, por la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman y por la violación de los derechos a la integridad personal y protección a la familia en perjuicio de Juan Gelman, entre otros, identificándose un conjunto de normas aplicables pertenecientes a la CADH y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Asimismo la sentencia dispone sintéticamente:

1. Que en un plazo razonable el Estado debe investigar los hechos del caso, determinar responsabilidades y aplicar las sanciones que la ley prevea.
2. Que el Estado debe acelerar la búsqueda de María Claudia García o de sus restos mortales.
3. Que el Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la CADH y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la sentencia.
4. Otras medidas que el Estado debe realizar e implementar, como ser: la realización de un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional por los hechos del caso, la colocación de una placa, la realización de publicaciones, la implementación de un programa permanente de derechos humanos dirigido a fiscales y jueces, garantizar el acceso técnico y sistematizado a información acerca de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas

durante la dictadura, que reposa en archivos estatales, y pagar, dentro del plazo de un año, determinadas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por reintegro de costas y gastos.

5. Que la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia, debiendo el Estado rendir, dentro del plazo de un año, un informe sobre las medidas adoptadas para tal efecto.

Importa destacar especialmente lo referido al punto 11 del párrafo 312 de la sentencia (punto 3 de la lista precedente). La ley mencionada de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado es la No. 15.848 de 22 de diciembre de 1986, cuyos artículos 1o.,3o., y 4o. fueron declarados inconstitucionales por sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay No. 365 de 19 de octubre de 2009 y otras sentencias posteriores.

En Uruguay la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene efectos para el caso concreto (art. 259 de la Constitución). Aunque técnicamente la Suprema Corte de Justicia determinó que la ley antedicha no es una ley de amnistía, su aplicación benefició a policías y militares que presuntamente intervinieron en hechos delictivos, archivándose las causas penales en las que estaban imputados de la comisión de diversos delitos.

La aplicación y eficacia en el orden jurídico uruguayo de esta sentencia de la Corte IDH genera complejos problemas jurídicos. Coexistió durante un breve lapso con la Ley 15.848, que no fue derogada explícitamente aunque sí en forma tácita, como lo veremos luego. Ésta fue aprobada por un Parlamento legítimo en un Estado de Derecho y ratificada por la ciudadanía en dos ocasiones, habiendo fracasado un intento de impugnación mediante el recurso de referéndum (1989) y un proyecto de reforma constitucional en el que se la declaraba nula (2009).

La Corte IDH realiza una ponderación que desarrolla en el párrafo 239 de la sentencia, donde se expresa que

> […] la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados [...] por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas

> del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías […] [y citando a la Suprema Corte uruguaya en el caso antes mencionado aquí, dice que] no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados [los derechos].

En Uruguay se ha valorado críticamente la sentencia por un sector de la doctrina, señalándose que la propia CADH, en su art. 27, establece una nómina de derechos y las garantías judiciales indispensables para la protección de los mismos, que no pueden ser suspendidos en ningún caso, por lo que habrían adquirido el rango de normas de *jus cogens*. También se ha invocado la cosa juzgada y la regla del *non bis in idem*, prevista en el art. 8.4 de la CADH, como normas que la Corte no toma en cuenta en estos casos. Por otro lado, se dice que aplica la noción de "graves violaciones a los derechos humanos" para excepcionar normas expresas de la CADH. También se ha argumentado que la ley de caducidad no ha impedido las investigaciones judiciales en sedes civiles y que varias sentencias civiles otorgaron reparaciones económicas a las víctimas. Por otro lado, se afirma que las víctimas no tienen un "derecho a la represión penal" y que la acción penal en Uruguay está sujeta al principio de oficialidad, por lo que el Estado puede renunciarla. Por tanto, para algunos autores, esta sentencia de la Corte IDH no sólo contraviene el orden jurídico uruguayo, sino la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana ha interpretado la Convención en forma evolutiva y ha desarrollado en muchos aspectos una labor pretoriana. En su primera y célebre sentencia sobre el fondo, dictada el 29 de julio de 1988 en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, en que se ventilaba una desaparición forzada, la Corte, sobre la base del art. 1 de la CADH, desarrolla los contenidos de las obligaciones de los Estados parte de "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella" y la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Dice en el párrafo 166: "Como consecuencia de esta obligación (la de garantizar) los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el

restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos". Pero también dice el párrafo 181 de aquella sentencia:

> El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. **Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza**, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance. (Subrayado del autor.)

Sin dudas que si bien se admite por la Corte en el presente que la obligación de prevenir, investigar y sancionar es una obligación de medios y no de resultado, una frase como la destacada anteriormente no se incluye en la sentencia contra el Estado uruguayo, ni es la posición seguida desde hace muchos años.

El centro de la argumentación de la Corte está, a nuestro juicio, en esta sentencia y otras similares, en el alcance que asigna a los arts.1 y 2 de la Convención, que establecen obligaciones de cargo de Estado, especialmente de respeto y garantía de los derechos, de la que se deriva la obligación de prevenir, investigar y sancionar. Estas obligaciones coexisten con derechos de las víctimas, como los previstos en los arts. 8 y 25 de la Convención, que prevalecen sobre otros derechos, como la prescripción del delito o la cosa juzgada, o las amnistías que pueden invocar las personas a quienes se acusa de delitos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos.

Por nuestra parte entendemos, en concordancia con el Prof. Risso Ferrand[5], que habiendo el Estado uruguayo aceptado la jurisdicción de la Corte IDH debe dar cumplimiento integral a la sentencia a través de sus poderes y organismos públicos competentes, en especial el Poder Judicial.

---

5 Risso Ferrand, Martín, "El derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia", *Estudios Jurídicos*, No. 8, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, 2010.

El Estado uruguayo, pretendiendo dar cumplimiento a la sentencia del caso Gelman, adoptó en 2011 medidas de orden legislativo y administrativo. La primera fue la aprobación de la Ley 18.831, el 27 de octubre. Por la misma se restablece el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado, que se había declarado caduca por la antes mencionada Ley 15.848. También se establece que no se computará plazo alguno de caducidad o prescripción respecto de estos delitos desde la vigencia de la Ley de Caducidad del 22 de diciembre de 1986 al presente. Por último (art. 3), se declara que los delitos antes aludidos son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte. La segunda medida es de orden administrativo y consiste en la revocación de los actos administrativos por los que el Estado declaró que determinados casos estaban incluidos en la Ley de Caducidad, bloqueando la posibilidad de que continuaran las indagatorias penales relativas a delitos antes aludidos.

La principal objeción aplicable a la Ley 18.831 y al acto administrativo indicado en el párrafo anterior, a la luz del ordenamiento interno, es su efecto retroactivo, que afecta derechos y garantías de quienes se beneficiaron en sede penal con la aplicación de la Ley de Caducidad. Esta ley ya ha sido tachada de inconstitucional, por lo que nuevamente, será la Suprema Corte de Justicia, la que tendrá la última palabra.

3. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH fue instituido por el originalmente denominado Convenio para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de setiembre de 1953. Es el más antiguo de los tribunales internacionales con competencia específica para determinar violaciones de derechos humanos por los Estados.

El CEDH contiene un preámbulo, 59 artículos distribuidos en tres títulos y catorce protocolos adicionales facultativos. A los efectos de este trabajo, nos interesa el Título II, denominado Tribunal Europeo de Derechos Humanos (arts. 19 a 51), que trata básicamente del estatuto de los jueces, integración en diversas formaciones del Tribunal y

competencias, procedimiento de las demandas y sentencias. También revisten importancia para este trabajo los protocolos 11 y 14, que modificaron diversos aspectos procesales del sistema de garantías de los derechos.

El CEDH fue concebido por sus redactores como un tratado clásico de derecho internacional entre Estados miembros del Consejo de Europa, aunque con las características de los tratados de derechos humanos, por cuanto los Estados no se limitan a establecer obligaciones recíprocas entre ellos, sino especialmente obligaciones objetivas frente a las personas que estén en su jurisdicción y sin perjuicio del sistema de garantía colectiva que se anuncia en el Preámbulo. Dice su art. 1: "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio".

El art. 19 establece: "Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado 'el Tribunal'. Funcionará de manera permanente".

Así mismo, el art. 32 dispone:

> 1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47.2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma.

Originalmente, se estipuló un sistema con reparto de competencias entre una Comisión, el Tribunal y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Luego de la aprobación del Protocolo 11, que entró en vigencia en 1998, se suprimió la Comisión, aunque se estableció en cambio un sistema de doble jurisdicción que comprende salas que pueden remitir los asuntos a la Gran Sala. Otra modificación importante consistió en que el Tribunal pasó de ser de jurisdicción facultativa a tener jurisdicción obligatoria para los Estados parte del CEDH.

Un rasgo saliente del sistema del CEDH es que, además de los Estados, cualquier persona física, organización no gubernamental o

grupo de particulares que se considere víctima de una violación por un Estado parte de los derechos protegidos por el Convenio o sus protocolos, tienen legitimación directa para acudir al Tribunal (art. 34), A su vez, entre las condiciones de admisibilidad más importantes está el agotamiento previo de los recursos internos, el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva y la existencia de un "perjuicio importante" (art. 35). El TEDH también tiene competencia para emitir opiniones consultivas, pero sólo a petición del Comité de Ministros (arts. 47 a 49 del CEDH).

En cuanto a la naturaleza de las sentencias del Tribunal, se dispone que son definitivas y deben ser motivadas (arts. 42, 44 y 45 del CEDH). Son además declarativas y obligatorias. Estas características surgen de la lectura de los artículos 46 y 41 del CEDH. El 46 dice en su inciso 1: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes". En el 2: "La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Consejo de Ministros, que velará por su ejecución".

A su vez, el art. 41 reza: "Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa".

Estas sentencias, cuando son estimatorias, declaran, ponen de manifiesto o comprueban la vulneración de derechos y establecen la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. En principio el Tribunal sólo verifica la eventual violación del CEDH. No es un organismo supranacional. No tiene potestad para ordenar medidas a los Estados, ni puede anular ni corregir decisiones de las autoridades o anular normas de derecho interno. No es, por consiguiente, un tribunal de última instancia o de casación. Esto significa que las sentencias no son condenatorias ni tienen efecto ejecutorio directo.

Las sentencias, no obstante lo dicho, son obligatorias para el Estado demandado (art. 46) y tienen el efecto directo de la cosa juzgada entre partes. Aunque el TEDH no lo ha explicitado, despliegan también un efecto indirecto llamado de "cosa interpretada". Es la que desborda los

límites del caso, según Argelia Queralt[6] y supone que las interpretaciones del TEDH tienen alcance general o *erga omnes*, es decir ,vinculante respecto de todos los Estados y autoridades nacionales, incluidas las judiciales, que deben adecuar sus decisiones al entendimiento del alcance de los derechos del CEDH efectuado por el TEDH, según Carrillo Salcedo[7]. Esto por cuanto el TEDH es el intérprete supremo del CEDH, según su art. 32.

En los primeros tiempos de vigencia del CEDH, con base en la admisión de que los Estados no dispusieran de mecanismos adecuados en el derecho interno para cumplir efectivamente una sentencia (art. 41), se entendía que los Estados no quedaban obligados a dar efectividad en el derecho interno a la misma. Se aceptaba que los Estados disponían de un amplio margen de discrecionalidad en la elección de los medios y métodos para ejecutar las sentencias. En esos primeros años, el cumplimiento efectivo de éstas no fue satisfactorio. Si se emitía una sentencia que declaraba la vulneración de derechos y el Estado no la cumplía, se establecía una "satisfacción equitativa" (indemnización mediante suma de dinero para daños materiales, morales y gastos y costas procesales), que prevé el art. 41 del CEDH. Los Estados entendían que cumplían o "acataban" mediante el pago de la indemnización, aunque la restitución de derechos de la víctima no se cumpliera. La obligatoriedad quedaba reducida a eso.

En los últimos años hubo una evolución en la doctrina, en la jurisprudencia del TEDH y en la actitud del Comité de Ministros. Los Estados, por su parte, aprobaron el Protocolo XIV del CEDH y también algunos aprobaron normas para dar cumplimiento a las sentencias del TEDH.

Según la doctrina mayoritaria, los Estados están obligados jurídicamente por el fallo. Se entiende que la obligación de acatar (cumplir) es de resultado, real y efectivo, y su contenido es la *restitutio in integrum* de la víctima. Se fundamenta en el art. 46.2 del CEDH. El Estado tiene

6 Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, cap. I, págs. 7 a 69.

7 Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

la obligación de dar cumplimiento a la sentencia de acuerdo a su derecho interno, aunque el Convenio no prevea mecanismo alguno para ello.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha tomado un rol más protagónico en la supervisión a los Estados en el cumplimiento de las sentencias. La libertad de los Estados para cumplir no se concibe como ilimitada.

En cuanto a los cambios en la jurisprudencia del TEDH, éste ha adoptado decisiones que importan un mayor activismo. Las sentencias pasaron a incluir conjuntamente la declaratoria de la violación de derechos y la satisfacción equitativa. Se armonizan de otra manera los arts. 46 y 41 junto con el art. 1 del CEDH, que adjudica a los Estados la función de garante de los derechos. Se entiende que la obligación primera de los Estados es restituir íntegramente a la víctima sus derechos. Esto supone poner fin a la violación, restablecer la situación original, evitar que se repita y en su caso, compensar.

El CEDH se ha interpretado por el TEDH como un instrumento vivo, que evoluciona en el tiempo. También ha dicho que debe interpretarse según su objeto y fin (efecto útil) de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). El TEDH, en varios casos, no se ha limitado al "control concreto" de compatibilidad de la actuación del Estado respecto del estándar mínimo fijado por los parámetros del CEDH, sino que ha incursionado en un "control abstracto". Señala las causas de la violación de derechos, y ha indicado (no ordenado) a los Estados (a veces a petición del Comité de Ministros) no sólo medidas individuales para el caso concreto, sino otras, de carácter general, cuando la vulneración asume un carácter estructural. En diversas sentencias se han impuesto obligaciones positivas a los Estados, que suponen una actuación que va más allá del respeto de los derechos.

Las modificaciones introducidas por el Protocolo XIV del CEDH entraron en vigencia el 1 de junio de 2010, por lo que resulta prematuro establecer una evaluación de su rendimiento. De ellas importan los numerales 3, 4 y 5 que se agregaron al artículo 46 del CEDH y que ahora contemplan la participación del TEDH en etapa de ejecución, cometido que antes le era ajeno. El Comité de Ministros, cuando en etapa de supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva reúna

ciertas mayorías, puede remitir el asunto a resolución del TEDH, tanto para interpretar la sentencia como si un Estado incumple su obligación de acatar una sentencia definitiva. En caso de que el Tribunal entienda que hay violación, remite el asunto nuevamente al Comité para que examine las medidas a adoptar, que se presume son sanciones aunque no se especifica cuáles son.

Por último, varios Estados, en algunos casos recogiendo recomendaciones del Comité de Ministros –aunque aún no son mayoría–, han aprobado normas para dar cauce procesal interno a la ejecución de sentencias del TEDH, cuyo cumplimiento implica reabrir procesos judiciales alcanzados por la cosa juzgada.

4. La ejecución de sentencias del TEDH en España

En cuanto a la ejecución de las sentencias del TEDH en el orden jurídico español, es ineludible la cita al caso Barberá, Messegué y Jabardo. Por sentencia del 6 de octubre de 1988, el TEDH declaró que hubo violación del apartado 1 del artículo 6 del CEDH, por estimar que "el procedimiento en causa, considerado en su conjunto, no ha respondido a las exigencias de un proceso justo y público" (párrafo 89 de la sentencia). Invocando la misma, dichas personas se presentaron a la Audiencia Nacional solicitando la nulidad de la sentencia condenatoria, a la que no hizo lugar, al igual que el Tribunal Supremo, al que acudieron luego. Finalmente, incoaron la demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional español, que la admitió y decretó la nulidad de las sentencias condenatorias.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 245/1991 de 16 de diciembre de 1991, argumentó que

> […] el hecho de que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no tengan carácter ejecutorio directo no implica la carencia de todo efecto interno de dichas sentencias, [pues] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado. (Fundamento Jurídico 3.)

Como en dicho caso, la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías supuso la pérdida de la libertad de los afectados, el Tribunal Constitucional admitió el recurso de amparo para el restablecimiento

de los derechos, pero sólo lo hizo *ad hoc*, para ese caso, apoyándose en la noción de "lesión actual del derecho", e instando a los poderes públicos a establecer cauces procesales adecuados en orden a ejecutar las sentencias del TEDH.

En oportunidad de la ejecución de la sentencia del TEDH del 23 de junio de 1993 dictada en el caso Ruiz Mateos contra España, el Tribunal Constitucional no admitió el recurso de amparo y se apartó de los criterios de la anterior sentencia.

El problema en el orden jurídico español se presenta, según la Prof. Ana Salado[8] (2006), cuando la violación declarada por el TEDH tiene su origen en una decisión judicial interna, por efecto de la cosa juzgada. Cumplir con la sentencia del TEDH en ese caso, implica remover una sentencia firme del Poder Judicial, el que tiene asignado la competencia jurisdiccional en el Estado, y se sabe que el TEDH no es un organismo supranacional.

En cuanto a la normativa aplicable, según la mencionada profesora, la Constitución de España dispone que los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce, se interpretarán "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (art. 10.2). Entre dichos tratados ocupa un lugar primordial el CEDH, cuyo intérprete es el TEDH y sus decisiones son obligatorias. Dicho instrumento, de conformidad con el art. 96 de la Constitución, forma "parte del ordenamiento jurídico" español. Otra norma constitucional aplicable al caso es el art. 9.2, que exige "a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud". Además, en el art. 53.1, se dispone que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos".

Según sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de noviembre de 2000, la sentencia del TEDH puede ser considerada un "hecho nuevo"

8 Salado Osuna, Ana, "Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo", en: *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Tomo I. Thompson/ Aranzadi, 2006, págs. 1833-1850.

a los efectos de promover el recurso extraordinario de revisión, por lo que ese sería el mecanismo interno de ejecución de aquellas sentencias en el marco del procedimiento penal.

No obstante la existencia de los artículos constitucionales mencionados, su consideración conjunta no ha sido convincente –hasta donde sabemos–, para unificar a la doctrina y disipar las dudas del Tribunal Constitucional –que en otros casos no ha sido claro–, mientras en el ordenamiento jurídico español no exista previsión legal que permita anular las sentencias firmes de los órganos jurisdiccionales internos[9].

Conclusiones

1. Las sentencias definitivas de la Corte IDH y del TEDH son actos jurídicos de tribunales internacionales a quienes los Estados parte en la CADH y el CEDH, les otorgaron facultades jurisdiccionales a su respecto en lo relativo a demandas por vulneración de derechos protegidos por dichos tratados.
2. En consecuencia, esas sentencias son obligatorias para los Estados parte en la CADH y el CEDH, los que, sin perjuicio de lo que a continuación se dirá, deben implementar su cumplimiento en el orden jurídico interno a través de los organismos públicos competentes.
3. En el sistema del CEDH, las sentencias mencionadas son declarativas del derecho violado y no establecen condenas u órdenes a los Estados parte.
4. El TEDH interpreta evolutivamente el Convenio Europeo (art. 32) en el sentido de que los Estados parte cumplen las sentencias con la *restitutio in integrum* o el restablecimiento en sus derechos a quienes fueron lesionados por los Estados (por quienes aquel responde) si ello es posible, sin perjuicio de la fijación de una satisfacción equitativa o indemnización, si así procede.
5. El CEDH admite que el derecho interno no permite (o permite de manera imperfecta) reparar las consecuencias de la violación de derechos (art. 41).

9 *Ibídem*.

6. El TEDH no puede anular ni modificar normas o actos jurídicos válidos según el derecho interno de los Estados parte.
7. En consecuencia, en la sistemática del CEDH, se acepta que por ejemplo sentencias emanadas del Poder Judicial con autoridad de cosa juzgada, se mantengan incólumes e imposibiliten la reapertura de procesos, pese a lo que dispongan las sentencias del TEDH.
8. Cuando se alega el incumplimiento de los Estados parte a dichas sentencias, da comienzo una etapa de supervisión de la ejecución de las mismas a cargo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que es un órgano político y el propio TEDH (art. 46 con agregados del Protocolo XIV). En este ámbito, se han emitido recomendaciones a los Estados parte, a fin de orientarlos en el cumplimiento pendiente de las sentencias, de que adecuen sus legislaciones al CEDH o de que establezcan cauces procesales para la ejecución de las sentencias del TEDH, lo que varios Estados han hecho.
9. En España, no obstante la existencia de normas constitucionales que se citan en el Capítulo V, el Tribunal Constitucional no ha sido contundente en cuanto a la vía procesal adecuada para ejecutar las sentencias del TEDH, en especial cuando la cosa juzgada impide la reapertura de procesos, por lo que, desde diferentes ámbitos, se ha reclamado la intervención legislativa.
10. En el sistema de la CADH, interpretada por la Corte IDH, las sentencias son de cumplimiento obligatorio aunque estén en contradicción con el derecho interno, instándose a los Estados a que lo modifiquen para hacerlo compatible con la Convención (art. 2). No hay normas en la CADH que admitan la posibilidad de que el derecho interno no permita (o permita de manera imperfecta) reparar las violaciones de los derechos humanos (como el art. 41 del CEDH).
11. Las sentencias de la Corte IDH, cuando son estimatorias, son declarativas del o los derechos violados y además condenatorias, e imponen órdenes que los Estados deben cumplir.
12. La Corte IDH no puede anular ni modificar normas o actos jurídicos válidos según el derecho interno de los Estados parte. Sin embargo, dispone qué normas internas carecen de efectos y no pueden ser aplicadas por los Estados parte.

13. Las sentencias de la Corte IDH deben cumplirse por los Estados parte en la CADH sin pase o *exequatur* alguno[10], aunque ello implique desconocer la cosa juzgada o vulnere derechos o garantías de terceros que no fueron parte en el juicio internacional contra el Estado. Para ello ha desarrollado y aplicado la noción de "graves violaciones a los derechos humanos", cercana a los delitos de lesa humanidad, concebidos como normas inderogables de *jus cogens*.
14. Hay Estados parte en la CADH que han aprobado normas en su derecho interno que facilitan o establecen cauces procesales para el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH.
15. La Corte, en forma pretoriana, ha desarrollado un mecanismo de supervisión del cumplimiento de sus sentencias por ella misma que no tiene base convencional (art. 65 CADH).
16. El Estado Uruguayo debe cumplir con las sentencias de la Corte IDH, aunque ello pueda estar en contradicción con su orden jurídico interno, en virtud de que aceptó la jurisdicción de ésta a su respecto y en los términos de la CADH, de la cual aquella es su intérprete (art. 62.3 de la CADH).

Otras referencias

Alfonso, César, "La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur", en: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010.

García Ramírez, Sergio, "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 14. Fundación Konrad Adenauer, 2008, pág. 353 y ss.

García Roca, Javier y Pablo Fernández Sanchez (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, Cap. II, págs. 169 a 323.

10 Ayala Corao, Carlos, "La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"...

García-Sayán, Diego, "Justicia interamericana y tribunales nacionales", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Año 14. Fundación Konrad Adenauer, 2008, pág. 377 y ss.

León Bastos, Carolina, L*a interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*. Editorial Reus S.A., Madrid, 2010.

Ruiz Miguel, Carlos, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: su ejecución desde la perspectiva del derecho constitucional comparado y español*. Madrid, 1997.

El derecho a satisfacción de las víctimas de violaciones de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su ejecución por parte del Estado colombiano*

*Gina Kalach***

Introducción

El derecho a satisfacción de las víctimas de violaciones a los derechos humanos ha gozado de una evolución gradual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte, Tribunal, Corte IDH) hasta llegar a ser en la actualidad una de las medidas de reparación más rica, innovadora y variada. Estas medidas de reparación tienen un alcance individual, pero también uno colectivo por su función en lo concerniente al deber de memoria y por su contenido de repercusión pública hacia la sociedad en general. Las medidas de satisfacción resultan muy problemáticas en los países que sufren conflictos armados y violaciones graves y masivas de derechos humanos; esto se debe al hecho que en estos contextos, puede establecerse una tendencia a la instauración de la impunidad y al olvido de las violaciones[1]. Es por esta

---

* Este artículo es una adaptación de una sección de mi tesis doctoral "Le droit à réparation des victimes de violations graves et massives des droits de l'homme en Colombie", sustentada en París el 10 de diciembre de 2011.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Paris I Panthéon, Sorbonne. Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, justicia transicional y derecho a la reparación de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, derecho a la verdad y a la justicia, indemnización, memoria histórica, rehabilitación, satisfacción y garantías de no-repetición, restitución de tierras, posconflicto, violencia, actores de conflictos armados, estudios de derecho público y de sociedades latinoamericanas.

1 Kalach Gina, "Les disparitions forcées d'enfants au Salvador, les suites de l'arrêt Erlinda et Ernestina Cruz c/ Le Salvador", en: *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: la Cour Interaméricaine pionnière et modèle?,* vol 20. CNRS, UMRS de Derecho Comparado de la Universidad Paris I Panthéon, Sorbonne, 2010, págs. 168 y 169.

razón que los aspectos vinculados al restablecimiento de la dignidad y de la memoria tienen una importancia capital en la esfera subjetiva y colectiva de la reparación integral. Las víctimas suelen desear que sus sufrimientos se reconozcan, que los responsables sean condenados y que su dignidad sea restaurada.

La Corte IDH suele ordenar a los Estados que han sido declarados internacionalmente responsables, la ejecución de diversas acciones que tienen el objetivo de restablecer la dignidad humana y la memoria de las víctimas. En lo que respecta al Estado colombiano, este país ha efectuado un cumplimiento diferenciado, a veces conforme y otras veces incompleto o insatisfactorio, de estas acciones de satisfacción.

Aunque las órdenes de satisfacción efectuadas por la Corte IDH son variadas, para este artículo se ha seleccionado sólo algunas conforme a cuatro criterios: se trata de las medidas que han sido tradicionalmente ordenadas en casi todas las sentencias de reparación de la Corte IDH al Estado colombiano; tienen una importancia capital en materia de repercusión pública y del deber de memoria; ostentan un vínculo estrecho con los derechos a la justicia y la verdad, y tienen particularidades en lo que respecta a la ejecución efectuada por el Estado. Las medidas seleccionadas son:

1. obligación de buscar e identificar a las víctimas o de devolver sus restos a las familias;
2. acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y solicitud de perdón;
3. realización de monumentos e instalación de placas conmemorativas como homenaje a las víctimas, y
4. publicación de la sentencia.

Para desarrollar esta temática, en este texto se analiza la evolución del derecho a satisfacción en el Derecho Internacional; el nexo existente entre el deber de la memoria y el derecho a satisfacción; la evolución del derecho a la satisfacción en la jurisprudencia interamericana, y las órdenes de satisfacción y el nivel de ejecución por parte del Estado colombiano.

1. El derecho a satisfacción y su evolución en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El derecho a satisfacción puede entenderse como una forma de reparación que incluye el conjunto de acciones de carácter simbólico destinadas a compensar los daños morales de las víctimas de violaciones de derechos humanos. En 1953, la Comisión de Derecho Internacional concibió el derecho a satisfacción como una forma de reparación en el marco de la responsabilidad internacional de los Estados. Así, al considerar el problema de la responsabilidad internacional de los Estados, creó una subcomisión encargada de la elaboración de los criterios generales para un proyecto de codificación de las normas de responsabilidad internacional de los Estados[2]. En 1963, la Comisión produjo su primer informe enunciando la obligación de reparar y la satisfacción, como un concepto incluido entre las formas de reparación, sin explicar su contenido ni su naturaleza[3]. Esta es la primera norma de Derecho Internacional que enuncia el derecho a satisfacción, aplicado, por supuesto, en el ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados. En 1969, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial expuso la garantía del derecho de toda persona a pedir "satisfacción" o reparación justa y adecuada por todo daño del que puediera ser víctima[4].

Los trabajos y proyectos de responsabilidad de los Estados fueron decisivos para la construcción de un concepto del derecho a la reparación y del derecho a satisfacción. Así, el Relator Especial Theo Van Boven, efectuó el primer estudio consolidado sobre las medidas de reparación y sobre el derecho a satisfacción en 1993[5]. Este estudio estableció que la

2 Comisión de Derecho Internacional, "La responsabilidad de los Estados", Documento No. A/CN.4/196 (Nota de Roberto Ago, Relator Especial), 15 de junio 1967, pág. 361.

3 Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Informe A/CN.4/152, Vol II, anexo I, 1963, pág. 237.

4 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

5 Según este informe, aunque los proyectos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional se especializan en las consecuencias jurídicas de las

"satisfacción" por daño, en particular, moral, debe concederse para que la reparación sea integral. Ésta puede tomar la forma de una apología; indemnización por daños nominales; en caso de violaciones flagrantes de los derechos, una indemnización por daños que refleje la gravedad de la violación; en los casos de mala conducta grave o de conducta delictiva, una acción disciplinaria o el castigo de los responsables[6]. El estudio de Theo Van Boven, de 1996, agrupó los elementos considerados como medidas de satisfacción, a saber:

a) cese de las violaciones existentes;

b) verificación de los hechos y difusión pública amplia, de la verdad;

c) declaración oficial o decisión judicial restableciendo la dignidad, reputación y derechos de la víctima y de las personas que tengan vínculos con ella;

d) disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades;

e) aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;

f) conmemoraciones y homenajes a las víctimas;

g) inclusión en los manuales de enseñanza sobre derechos humanos, así como en los manuales de historia, de una versión fiel de las violaciones cometidas contra los derechos humanos y el derecho humanitario[7].

---

relaciones interestatales, son de interés para los trabajos sobre la responsabilidad de los Estados en materia de derecho los derechos humanos y de reparación de los derechos de los individuos. Así, el estudio destacó que la reparación integral puede revestir la forma de una restitución en especie, de una indemnización, de una satisfacción y de garantías de no-repetición. Los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados redactados por la Comisión de Derecho Internacional contribuyeron a e inspiraron los informes y estudios especializados en la materia. Véase, "Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales", E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993, párr. 48.

6 *Ibídem*.

7 "La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos", serie revisada de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación, preparada por el Sr. Theo van Boven de conformidad con la decisión

A este conjunto de elementos, el informe de Chérif Bassiouni, del 2000, añadió como otra forma de satisfacción "la búsqueda de los cadáveres de las personas muertas o desaparecidas y la ayuda para identificarlos y volverlos a inhumar según las tradiciones familiares y comunitarias"[8]. Estos elementos, que integran el derecho a satisfacción, se adoptaron finalmente en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2006, la cual establece los principios fundamentales y directivas relativas al derecho a un recurso y a la reparación de las víctimas[9]. Así mismo, en 2010, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas estableció el derecho a satisfacción de las víctimas, el cual incluye "el restablecimiento de su dignidad y su reputación"[10].

En definitiva, el Derecho Internacional ha realizado una contribución indispensable al desarrollo de esta medida de reparación, articulando y precisando los elementos y las acciones que los Estados deben establecer para garantizar la reparación de los daños morales o no pecuniarios que generan un grave ataque a la dignidad de las víctimas y a la humanidad. También ha previsto la noción del deber de memoria como concepto central y sustancial del derecho a satisfacción.

2. El deber de la memoria y su nexo con el derecho a satisfacción

En su informe de 1997, M. L. Joinet enuncia que el derecho a reparación implica tanto medidas individuales como medidas de

1995/117 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1996/17, 24 de mayo de 1996, anexo, párr. 15.

8 "El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales", Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la Resolución 1999/33 de la Comisión, E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000, párr. 25, c).

9 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, A/RES/60/147, Distr. General, 21 de marzo de 2006, párr. IX.

10 Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada el 20 de diciembre de 2006, entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, art. 24.

alcance general y colectivo. Las medidas individuales deben cubrir la integralidad de los perjuicios sufridos por la víctima e implican los derechos judiciales, la restitución, la indemnización y la readaptación de las víctimas. El informe enuncia que, a escala colectiva, la reparación implica medidas de alcance simbólico, de reparación moral, como el reconocimiento público y solemne de responsabilidad por parte del Estado, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas en su dignidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, la construcción de monumentos. Estas medidas permiten asumir mejor "el deber de memoria"[11]. Así, el deber de memoria es la compensación de una deuda individual y social con las víctimas y un imperativo de justicia y dignidad que se proyecta sobre la sociedad en general[12]. De esta manera, parece evidente que la memoria es una obligación y desempeña un papel central en la razón de ser del derecho a la satisfacción. Pero también es importante destacar que el deber de memoria es un deber del Estado. Según este informe, "el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y, como tal, debe ser preservado por medidas apropiadas en el nombre del deber a la memoria que incumbe al Estado"[13].

Varios autores han definido y explicado el concepto de memoria. Según G. Sánchez, la memoria y el olvido no son acontecimientos o estados mentales sino procesos y, sobre todo, estrategias de carácter social[14]. P. Ricoeur afirma que la memoria se define como una lucha contra el olvido, de modo que cada persona tiene un patrimonio espiritual y una identidad que preservar tanto a escala individual como social puesto que el olvido acentúa más aún la vulnerabilidad de la

11 "La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)", Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión, Distr. General E/CN. 4/ Sub. 2/1997/20/Rev.1, 2 octubre de 1997, anexo 1, principio 2.

12 Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de setiembre de 2005, Serie C No. 132, párr. 14.

13 "La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)"... anexo 1, principio 2.

14 Sánchez, Gonzalo, "Tiempos de memoria, tiempos de víctimas", *Revista Análisis Político* 63, Bogotá, mayo-agosto 2008, págs. 19-20.

condición humana[15]. Según T. Todorov, en el ámbito individual el restablecimiento integral del pasado es imposible, ya que la memoria pasa inevitablemente por un proceso de selección a través del cual algunas características del acontecimiento se conservarán y otras serán inmediata o progresivamente descartadas[16]. Sin embargo, este proceso de selección no puede ser impuesto a las víctimas por los Estados o por los poderes responsables de las violaciones. Por eso, este autor afirma que ninguna institución superior del Estado debería impedir a los individuos buscar la verdad de los hechos ni obligarlos a atenerse a la versión oficial del pasado. Los individuos y los grupos tienen el derecho a saber y, por lo tanto, de conocer y dar a conocer sus propias historias[17].

En algunos regímenes o gobiernos se puede optar por el establecimiento de una clase de "guerra contra la memoria"[18], de modo que los rastros del pasado puedan suprimirse, maquillarse o transformarse, las mentiras y las invenciones puedan ocupar un lugar en la realidad y la difusión de la verdad pueda estar incluso prohibida[19]. Por esta razón, los Estados se ven obligados a evitar la imposición del olvido.

Ahora bien, en lo que concierne al Estado colombiano, según un documento elaborado por la organización AVRE, los gobiernos colombianos han desarrollado la imposición de una memoria oficial que disimula las graves violaciones a los derechos humanos, y que conlleva a la impunidad o a un revisionismo del pasado. Esta versión oficial reduce el carácter político y social del conflicto, estima que el Estado ha sido víctima del conflicto y no uno de sus protagonistas centrales y matiza la existencia de las víctimas de crímenes de Estado[20]. Las

15 Ricoeur, Paul, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Ed. du Seuil, Paris, 2003, págs. 537, 374-375.

16 Todorov, Tzvetan, *Les abus de la mémoire*. Arléa, París, abril de 1998, pág.14.

17 *Ibídem*, págs. 14, 15 y 24.

18 Levi, Primo, *Les Naufragés et les rescapés*. Ed. Gallimard, París,1989, pág. 31.

19 Todorov, Tzvetan, *Les abus de la mémoire...* pág. 10.

20 AVRE, "La memoria como dignificación. Verdad y justicia: verdad jurídica y verdad procesal como parte de la verdad histórica", documento elaborado por la Corporación AVRE como parte de la Mesa de Víctimas Pertenecientes a Organizaciones Sociales, para el Seminario "Fortalecimiento de la justicia", versión 2, noviembre de 2009.

medidas para la memoria del pueblo deben tener por objeto preservar del olvido la memoria colectiva, principalmente para prevenir el desarrollo de tesis revisionistas y negacionistas[21]. El negacionismo del pasado es más perceptible en las dictaduras o regímenes totalitarios que en las sociedades donde la democracia se instala formalmente por medio de un constitucionalismo progresista, de una gobernabilidad y de un institucionalismo estructurados y más o menos funcionales como en el caso de Colombia. Sin embargo, en este país democrático, la participación y la responsabilidad de los agentes del Estado en las violaciones de los derechos humanos son hoy innegables. Es quizá por esta razón que algunas características de la historia del conflicto y de las violaciones son aún propensas a explicaciones oficiales apoyadas por la impunidad y por un olvido impuesto, dando como resultado una memoria y una verdad selectiva. El trabajo de selección de la memoria debe ser un proceso individual de la víctima y no una decisión de los responsables o poderes oficiales implicados en los acontecimientos traumáticos del pasado. El olvido debe ser un derecho de la víctima y no una consecuencia de la impunidad o de la ausencia de verdad pública.

Algunos análisis reivindican la importancia de la memoria desde su ángulo colectivo. La memoria colectiva puede definirse como "el conjunto de recuerdos, conscientes o no, sobre la experiencia vivida y/o mitificada por una colectividad viva, de la identidad a la cual el sentimiento del pasado forma parte integrante"[22]. Así, la memoria colectiva se refiere a las acciones que van dirigidas a las víctimas, a las familias y a las comunidades afectadas por la violencia, y también a la sociedad en general. Esta memoria colectiva está vinculada al reconocimiento de la verdad; para ello, deben reconocerse públicamente los daños causados y la responsabilidad de los culpables con el fin de garantizar que los hechos no se repitan. En Colombia, la propensión al olvido y a la impunidad no puede entenderse como una clase de "cultura del olvido", ya que eso implicaría la ausencia de reconocimiento del

21 "La administración de la justicia y los derechos humanos de los detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)"... anexo 1, principio 2.

22 Nora, Pierre, "Mémoire collective", en: Le Goff, Jacques, *La nouvelle histoire*. Ed. Retz, París, 1978, pág. 398.

contexto de violencia y de terror vividas por las víctimas. En efecto, muchas personas creen que el olvido es el mejor recurso para tratar las heridas del pasado. No obstante, el olvido puede ser utilizado por instituciones, grupos armados y personas interesadas, como un mecanismo para conducir a la impunidad y para disimular, justificar o negar los crímenes del pasado preservando al mismo tiempo las causas históricas de la violencia y de la injusticia. En situaciones de violencia sociopolítica y de conflicto armado, las víctimas tienden a olvidar, no por elección o por cultura del olvido, sino porque se ven obligadas a hacerlo debido al miedo impuesto, al dolor o a las circunstancias concretas que rodearon los hechos. Toda la sociedad tiende también a olvidar los hechos violentos como consecuencia del disimulo de la verdad, impidiendo que la ciudadanía comprenda y reconozca sus propias historias. Esta situación interpone un obstáculo a la posibilidad de organización de las víctimas en torno a la búsqueda de la verdad, la justicia, la reparación y la exigencia de sus derechos. De esta manera, puesto que el olvido es contrario a la búsqueda de la verdad, se convierte en una nueva forma de agresión contra la dignidad de las víctimas[23].

La memoria, como forma de reparación simbólica, contribuye al debate democrático sobre los hechos del pasado y enseña a las nuevas generaciones la historia de la colectividad[24]. Generalmente, la memoria puede construirse y manifestarse por medio de actos simbólicos públicos que deben contribuir a recordar a las sociedades, anestesiadas o inconscientes a causa de una ausencia o a una mala revelación de la verdad, la existencia de un contexto de extrema violencia y de graves violaciones que a veces son cometidas o permitidas por los Estados. Por esta razón, la memoria requiere también de una repercusión e implicación pública. Así, prioritariamente por medio de la idea de conmemoración, es decir, de actos específicos de rememoración de

23 Grupo de Trabajo Pro Reparación Integral, *La dimensión simbólica y cultural de la reparación integral. Material pedagógico sobre reparación integral*. Ed. ARFO, Bogotá, abril de 2006, págs. 17-18.

24 Díaz, Catalina, y Camilo Bernal, "La aplicación institucional de las reparaciones en la Ley de Justicia y Paz, una evaluación preliminar", en: Center of Transitional Justice (ICTJ) y Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), *Reparar en Colombia, los dilemas en contextos de conflicto; pobreza y exclusión*. Ed. International, agosto de 2009, pág. 615.

personas o acontecimientos, con rituales o situaciones de convocatoria colectiva[25], es posible activar los sentimientos y la interrogación social sobre el pasado[26], a veces tergiversado, desconocido o matizado en detrimento de los derechos de las víctimas.

En conclusión, la memoria, como valor central de la satisfacción, tiene indiscutiblemente una repercusión individual y colectiva. El olvido, la negación de la verdad y la ausencia de memoria y actos de conmemoración son formas de negación de los derechos de los individuos y de la sociedad. El deber de la memoria es no sólo una obligación del Estado hacia las víctimas sino también una deuda y una obligación hacia la sociedad que tiene la prerrogativa inalienable de conocer y preguntarse sobre la violencia y sus consecuencias humanas, y sobre el pasado y su impacto en el presente.

3. La evolución del derecho a la satisfacción en la jurisprudencia interamericana

Según K. Bonneau, la Corte IDH ha establecido una definición profunda e integral de la reparación como resultado de la responsabilidad internacional de los Estados, centrada en la necesidad de un reproche a la impunidad y de la primacía de la verdad y de la justicia. La jurisprudencia de este tribunal ha influenciado a la sociedad civil en cuanto al rechazo de la compensación pecuniaria como el único medio de reparación de las graves violaciones de los derechos humanos para dar importancia a las formas no pecuniarias de reparación[27].

En un sentido amplio, la satisfacción podría incluir distintas medidas que tienden a restablecer los daños de carácter no patrimonial. En un sentido estricto, la satisfacción implica medidas específicas para

25 Reátegui, Félix, "Las víctimas recuerdan. Notas sobre la práctica social de la memoria", en: *Recordar en conflicto: iniciativas no oficiales de memoria en Colombia*. Ed. International Center of Transional Justice, ICTJ, Bogotá, agosto de 2009, pág. 28.

26 Jelin, Elizabeth, *Las conmemoraciones: las disputas en las fechas 'in-felices'*. Serie Memorias de la Represión, Siglo Veintiuno/Social Science Research Council, Buenos Aires, 2002, pág. 1.

27 Bonneau, Karine, "Le droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme: le rôle pionner de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *Revista Droits fondamentaux* 6, enero-diciembre, 2006, págs. 31-32.

restablecer públicamente el nombre y el honor de las víctimas ante la sociedad y la comunidad a la cual pertenecen[28]. Así, además de las compensaciones económicas, la Corte IDH determina las medidas de satisfacción y de garantías de no-repetición como los medios de reparar estos daños de carácter no patrimonial. Con la expresión "otras formas de reparaciones", el Tribunal, en sus sentencias, prescribe medidas para remediar los daños que han infringido la dignidad y la reputación de la víctima. Según la Corte IDH, las medidas de satisfacción tienen por objeto reparar el daño inmaterial que no tiene alcance pecuniario y tiene un alcance o repercusión pública[29]. Cuando asigna a estas formas de reparación un alcance *erga omnes* (repercusión pública), no sugiere que todos los individuos de la sociedad sean víctimas de violaciones a los derechos humanos. El alcance *erga omnes* implica el interés y reacción general de la sociedad ante un acto internacionalmente ilícito. La sociedad en su conjunto es una entidad sociológica a quien van dirigidas algunas medidas de reparación[30]. En efecto, la sociedad se beneficia también de las órdenes de la Corte IDH, en particular, de aquellas relativas a la solicitud pública de perdón, la elaboración de monumentos o placas conmemorativas, o la nominación de las calles o escuelas con los nombres de las víctimas de los hechos que han marcado a la sociedad[31].

El derecho a la satisfacción como elemento de la reparación ha tenido un tratamiento y una evolución progresiva en la jurisprudencia de la Corte IDH. Desde sus primeras sentencias, este tribunal concedía prioritariamente indemnizaciones por daños materiales e inmateriales

28 García Ramírez, Sergio, "La jurisprudencia de la Corta Interamericana en materia de reparaciones", en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, un cuarto de siglo: 1979-2004*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, pág. 80.

29 Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párr. 165.

30 Schonsteiner, Judith, "Dissuasive measures and the 'Society as a Whole', a working theory of reparations in the Inter-American Court of Human Rights", en: *Articles and Essays Analyzing Reparations in International Human Rights Law, American University International Law Review*. Academy on Human Rights and Humanitarian Law, 2007, pág. 144.

31 *Ibídem*, pág. 153.

además de medidas para garantizar y hacer respetar los derechos judiciales de las víctimas (órdenes de investigación, juzgamiento y sanción de los responsables)[32]. Otras medidas, como la búsqueda de las personas desaparecidas y la entrega de los restos mortales a la familia de las víctimas, aparecieron también desde las primeras sentencias de este tribunal[33].

En cambio, otras formas simbólicas de satisfacción, como la publicación de la sentencia, el reconocimiento público de responsabilidad o la construcción de monumentos o placas conmemorativas, aparecieron más tardíamente en la jurisprudencia del Tribunal. Así, la primera sentencia que hizo referencia a estas formas de reparación fue la del caso Godínez Cruz contra Honduras, en 1989, donde las víctimas y sus representantes pidieron una solicitud pública de perdón y la reivindicación de la memoria de la víctima[34]. De esta manera, es posible afirmar que las medidas de satisfacción tienen sus primeras formulaciones en las solicitudes y pretensiones de las víctimas y de sus representantes y que éstos tuvieron una posición vanguardista y contribuyeron decisivamente a la construcción, a la evolución y a la

32 Corte IDH, *Caso el Amparo vs. Venezuela*, reparaciones y costas, sentencia de 14 de setiembre de 1996, Serie C No. 28, párr. XIV.

33 Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, reparaciones y costas, sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 31, párr. XIX, y *Caso "Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, reparaciones y costas, sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C No. 76, párr. 204

34 Los representantes de las víctimas en este asunto solicitaron la aplicación de algunas medidas de "reparación moral" como: la declaración pública para condenar las desapariciones forzadas de personas que tuvieron lugar entre 1981 y 1984 en este país; la expresión de solidaridad con las víctimas y con Saúl Godínez; un homenaje público a las víctimas por la atribución de sus nombres a una calle, una avenida, una escuela o a otro lugar público; la pretensión de la memoria de la víctima, y una investigación exhaustiva del fenómeno de desaparición forzada de personas en este país y, en particular, en los casos de las víctimas de este asunto cuyos resultados deben comunicarse a las familias y ponerse a disposición del público. Estas medidas fueron respaldadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano que se mostró favorable a ellas a partir de los primeros asuntos contenciosos ante la Corte IDH. En este caso, la Corte pidió al Estado hondureño la investigación, el juicio y la sanción de los responsables, así como la búsqueda de la víctima desaparecida, pero no se pronunció sobre las otras formas de satisfacción solicitadas por los demandantes. Véase, Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, 21 de julio de 1989, Serie C, No. 8, párrs. 8, 30-33

aplicación de este aspecto de la reparación. Hay que señalar que estas solicitudes de satisfacción no eran en inicio concedidas por la Corte, que consideraba que el juicio condenatorio constituía en sí una forma de reparación y de "satisfacción moral"[35]. Por otra parte, el término "satisfacción" no se aplicó en los primeros juicios de la Corte IDH, sino que otras expresiones fueron utilizadas para referirse a las medidas de satisfacción, como los términos "reparación moral", "reparación no pecuniaria" o "satisfacción moral". En el caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia[36], la Comisión Interamericana solicitó, entre otras medidas, la aceptación pública de la responsabilidad internacional y la solicitud pública de perdón a las familias de las víctimas y a la sociedad colombiana en general. Sin embargo, el Tribunal declaró que estas medidas no pecuniarias no se aplicaban y concedió únicamente la orden al Estado de buscar los restos mortales de las víctimas[37].

En otros casos, los representantes habían pedido a la Corte el reconocimiento de medidas de satisfacción como, por ejemplo, las solicitudes de perdón, la publicación de estas solicitudes de perdón en los diarios, el restablecimiento del honor de las víctimas y la instauración de las placas para la memoria de las víctimas. Pero la Corte IDH se abstuvo de ordenar estas medidas de reparación[38]. En 1998, los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli presentaron sus

35 Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*, sentencia del 19 de setiembre de 1996, Serie C, No. 29, párr. 56; *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia del 20 de enero de 1999, Serie C, No. 44, párr. 72; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 225; *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C, No. 73, párr. 99.

36 En 1989, en el municipio de San Alberto del departamento de César, Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana fueron detenidos por un grupo de militares acompañados de civiles. Según la Comisión Interamericana, la detención se habría producido como consecuencia de la participación activa de Isidro Delgado como dirigente sindical del Magisterio y de la pertenencia de María del Carmen Santana al movimiento guerrillero M-19. Las dos víctimas participaban en la organización de seminarios, foros y debates para la promoción de una negociación política del conflicto armado. Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*... párrs. 3-5.

37 *Ibídem*, párrs. 21, XIX.

38 Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*, sentencia del 27 de agosto de 1998, Serie C, No. 39, párr. 36.

opiniones sobre el estancamiento del derecho a la satisfacción en la jurisprudencia interamericana. Hicieron hincapié en que el derecho a la reparación incluía también la *restitutio in integrum*, la indemnización, la satisfacción, las garantías de no-repetición y la rehabilitación, y que este derecho debía responder a las perspectivas, a las necesidades, a las aspiraciones y a las reivindicaciones de las víctimas[39]. Según los jueces, el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos abría a la Corte IDH un horizonte bastante extenso en materia de reparaciones; no obstante, el contenido y el alcance del derecho a la reparación tenía un cierto grado de imprecisión. Los jueces afirmaron que esto se debía al hecho de que la jurisprudencia internacional se había desarrollado a partir de las analogías con las soluciones patrimoniales otorgadas por el derecho privado civil en los sistemas jurídicos nacionales. No obstante, la transposición pura y simple del derecho civil al Derecho Internacional de los Derechos Humanos no era completamente adecuada o suficiente, ya que no se pueden determinar las reparaciones únicamente sobre la base de la relación del ser humano con sus bienes o su patrimonio[40]. Puesto que el ser humano no se reduce a un simple agente de producción económica, la determinación de las reparaciones debe producirse en beneficio de la integralidad de la personalidad de la víctima y del impacto de la violación. Por último, los jueces afirmaron que las reparaciones no pecuniarias son mucho más importantes de lo que se puede suponer *prima facie* y que por esta razón se hacía necesario reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en la materia[41].

Como consecuencia de la necesidad de una evolución en la materia, el Tribunal comenzó a ordenar medidas de satisfacción a cargo de los Estados responsables y a favor de las victimas.

39 Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, 27 de noviembre de 1998, Serie C, No. 42, párr. 85; *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia del 20 de enero de 1999, Serie C, No. 44, párr. 41; *Caso Blake vs. Guatemala*, sentencia del 22 de enero de 1999, Serie C, No. 48, párr. 31. Véase también, "Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales", informe final presentado por Theo van Boven, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993, párr. 137.

40 Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*... voto motivado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párrs. 5-9.

41 *Ibídem*. párrs. 10-12.

4. Las órdenes de satisfacción y de garantías de no-repetición y la ejecución por parte del Estado colombiano

Las medidas no pecuniarias tienen una importancia irrefutable para el derecho de reparación, ya que permiten a la Corte IDH analizar las raíces de las violaciones y así prevenir la "compra" de las violaciones de los derechos humanos[42]. Este tribunal ordena formas de reparación no-pecuniaria muy variadas. En esta sección se analizan las medidas de reparación más comunes en sus sentencias.

a. La obligación de buscar e identificar a las víctimas o de devolver sus restos a los familiares

Esta medida de satisfacción tiene una importancia capital ya que constituye una prolongación de las obligaciones del Estado de investigar y juzgar las violaciones. El Tribunal interamericano ha hecho hincapié en la obligación del Estado "de proceder de manera inmediata a la investigación y a la localización de las personas desaparecidas, de identificar los restos encontrados, de devolverlos a sus familias, de facilitar una digna inhumación de acuerdo con los ritos y a los hábitos de las víctimas en un lugar elegido por ellas"[43]. La restitución de los restos de las víctimas a las familias es un acto de reparación de gran importancia en los casos de desaparición forzada cuando, debido al tiempo pasado o a las circunstancias de la desaparición, se supone que la víctima probablemente ha muerto. Según el Tribunal, el hecho de no conocer el lugar donde se encuentran los restos mortales de la víctima produce humillación y un sufrimiento intenso para la familia, razón por la cual los familiares de las víctimas tienen el derecho a conocer el lugar donde se encuentran los restos. Del mismo modo, ha indicado que los restos de una persona merecen ser tratados con respeto debido al significado que esto tiene para la familia. De esta manera, devolver los restos a las familias constituye un acto de justicia y verdad que permite valorizar la dignidad y la memoria de las víctimas, y, por el contrario, no conocer la verdad sobre la localización de las personas desaparecidas constituye

42 Schonsteiner, Judith, "Dissuasive measures and the 'Society as a Whole', a working theory of reparations in the Inter-American Court of Human Rights"... págs. 163-164.

43 *Ibídem*, pág. 25.

una forma de tratamiento cruel e inhumano[44]. El Tribunal considera que la restitución de los restos mortales constituye un acto de reparación en sí, porque permite restablecer la dignidad de las víctimas, de honrar su memoria y les da una digna sepultura[45].

Las familias de las víctimas desaparecidas están de acuerdo con esta medida de reparación, pues consideran que encontrar los cuerpos de las víctimas es un alivio en medio de su sufrimiento[46]. En el caso de la masacre de los 19 comerciantes[47], los familiares manifestaron a la Corte la necesidad de saber dónde se encontraban los restos de las víctimas para conocer la verdad y honrarlos según sus creencias y hábitos. A este respecto, uno de los parientes de las víctimas indicó que recuperar los restos era la mejor forma de reparación que podría concedérsele[48]. El Tribunal constató y declaró que puesto que los cuerpos de los 19 comerciantes fueron mutilados y lanzados al Río Magdalena en el año de 1987, era muy probable que ya no pudieran ser encontrados como consecuencia de la inacción del Estado colombiano, que no efectuó investigaciones serias en el momento en que las familias presentaron la denuncia correspondiente a estos hechos. Estas omisiones oficiales en el momento en que aún era posible encontrar los restos de las víctimas, hacen que actualmente sus localizaciones sean una tarea muy difícil y poco realizable. Igualmente, el Tribunal ordenó al Estado efectuar una búsqueda seria de los restos y devolverlos a las familias[49].

---

44 Corte IDH, *Caso de la masacre de 19 comerciantes*, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párrs. 266-267, y *Caso de la masacre de Las Palmeras*, reparaciones y costas, sentencia de 26 noviembre de 2002, Serie C No. 96, párr. 77.

45 Bonneau, Karine, "Le droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme: le rôle pionner de la Cour interaméricaine des droits de l'homme"... pág. 26.

46 Según un pariente "habría sido más duro no haberlo encontrado, como es el caso de muchas familias, esto es triste para ellos ya que lanzaron los cuerpos al agua y es por eso que nos los encuentran. Al menos, yo lo encontré; al lado de ellos que no han encontrado nada, yo soy más feliz". Véase, Grupo de Memoria Histórica, Comisión Nacional de Reparación y de Reconciliación, *Memorias en tiempos de guerra, repertorio de iniciativas*. Ed. Puntoapartae, octubre de 2009, pág. 96.

47 En este caso, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado por la masacre de 19 comerciantes cometida por un grupo de paramilitares en colaboración con agentes estatales. Véase, Corte IDH, *Caso de la masacre de 19 comerciantes*...

48 *Ibídem*, párr. 268.

49 *Ibídem*, párrs. 269-271.

Por otra parte, en el caso de la masacre de las Palmeras[50], el Tribunal ordenó medidas similares. En efecto, puesto que N. N. Moisés, una de las seis víctimas ejecutadas por agentes del Estado, no pudo ser identificada durante en el proceso interamericano, el Tribunal dio la orden al Estado de encontrar los restos de la víctima en un plazo razonable, exhumarlos y devolverlos a su familia[51]. Del mismo modo, en el caso de la masacre de Pueblo Bello[52], la Corte IDH decidió que el Estado debía adoptar inmediatamente las medidas pertinentes para buscar e identificar a las víctimas desaparecidas, devolver los restos a las familias y cubrir los gastos de inhumación. Para ello, el país debía emplear todos los medios técnicos y científicos posibles, teniendo en cuenta las normas internacionales en la materia[53]. En el caso de la masacre de Mapiripán[54], la Corte IDH condenó al Estado a difundir regularmente en la prensa local y nacional anuncios para identificar a las víctimas que no habían podido ser identificadas a la fecha de la sentencia, y para poder recuperar los restos mortales y devolverlos a las familias[55].

50 La Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la ejecución extrajudicial de seis personas, perpetrada por miembros de la policía y del ejército en el municipio de las Palmeras, y por la violación de los derechos judiciales de las familias de las víctimas. Las víctimas fueron asesinadas tras ser acusadas injustamente de pertenecer a grupos de guerrillas. Véase, Corte IDH, *Caso de la masacre de Las Palmeras...*

51 *Ibídem*, párr. 71.

52 La Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano por la desaparición forzada de 43 personas en el municipio de Pueblo Bello, perpetrada por grupos paramilitares en colaboración con agentes del Estado. Véase, Corte IDH, *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrs. 95.32-95.41.

53 *Ibídem*, párr. 270-273, 287.

54 En 1997, 49 civiles, tras ser señalados como colaboradores o partidarios de las guerrillas, fueron víctimas de torturas y tratamientos inhumanos por grupos paramilitares en el municipio de Mapiripán. Las violaciones en este asunto se cometieron con una extrema atrocidad y crueldad: se desmembraron y mutilaron los cuerpos de las víctimas y algunos fueron lanzados al Río Guaviare. Muchas familias de las víctimas se vieron forzadas a desplazarse hacia otras localidades debido a estos hechos. La Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado colombiano ya que las violaciones fueron cometidas con la colaboración de agentes del Estado. Véase, Corte IDH, *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de setiembre de 2005, Serie C No. 134, párr.s 96.21-96.67.

55 *Ibídem*, párrs. 306 y 310.

Del análisis de las resoluciones de seguimiento a la ejecución de las órdenes de reparación dadas por el Tribunal, se constata que el Estado colombiano no ha cumplido satisfactoriamente con estas obligaciones. En el caso Pueblo Bello, el Estado informó haber efectuado investigaciones permanentes, como pruebas de ADN, tomas de declaraciones, elaboración de álbumes fotográficos, inspecciones judiciales, realizaciones de planes y la exhumación de restos óseos de seis personas enterradas en el cementerio de Pueblo Bello, y reiteró su voluntad de seguir efectuando todas las acciones "a su alcance" para la búsqueda de los restos de las víctimas[56]. Los representantes de las víctimas indicaron que la Fiscalía General de la Nación no había incorporado en el proceso de investigación e identificación de las personas desaparecidas, el Plan Nacional de Búsqueda de las personas desaparecidas[57], y que esta institución se negaba a aplicar mecanismos científicos y técnicos para una búsqueda seria y eficaz de los desaparecidos. Aunque los representantes reconocieron que el Estado había efectuado algunas excavaciones en una propiedad rural, éstas no habían podido efectuarse convenientemente debido a las desfavorables condiciones climáticas, al escaso personal, a la falta de instrumentos y a la ausencia de coordinación entre las autoridades, entre otros problemas técnicos. Los representantes también informaron que el Estado había hecho un anuncio en un diario para obtener información

56 Corte IDH, *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, resolución de seguimiento de ejecución, 9 julio 2009, párr. 19.

57 Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas, *Plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas*. Bogotá, setiembre de 2006, págs 3-11. La Ley 589 del 6 de julio de 2000, creó la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas y el Registro Nacional de las Personas Desaparecidas, el cual es coordinado por el Instituto de Medicina Legal (arts. 8 y 9). Las funciones de la Comisión se regularon por medio del Decreto 929 del 23 de marzo de 2007. La Comisión está formada por varias instituciones: el Programa Presidencial de Derechos Humanos y de DIH, la Vicepresidencia de la República, la Fiscalía General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Instituto de Medicina Legal, el Ministerio de Defensa, la Asociación de Familias de Presos y Desaparecidos (ASFADDES), Fondelibertad y de la Comisión Colombiana de Juristas. El Plan cuenta con cuatro fases: 1. recolecta de información, 2. investigación y análisis de información, 3. búsqueda de personas desaparecidas, y 4. análisis e identificación de las personas o restos encontrados. Esta última fase incluye el aporte de pruebas científicas y la entrega de los restos identificados a las familias para los actos de conmemoración y para las actuaciones judiciales.

sobre los desaparecidos, pero que no conocían los resultados de esta medida[58]. La Corte IDH recordó que es importante aplicar el Manual para la Prevención Eficaz de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias, así como establecer los medios de investigación sobre estas ejecuciones[59]. Observó que, a pesar de algunas actividades establecidas para la búsqueda de los desaparecidos, éstas dieron muy pocos resultados. En ese sentido, destacó la relación íntima entre esta obligación y el deber de investigar y juzgar los hechos de este caso, deber que no había sido cumplido por el Estado[60].

En el seguimiento de la ejecución de las órdenes impartidas por la Corte IDH en el caso de la masacre de los 19 comerciantes, el Estado hizo hincapié en el hecho de que la búsqueda de los restos era difícil debido a complicaciones consustanciales a la investigación, al tiempo que había pasado, a las distintas versiones que existían sobre el lugar donde se ubicarían los restos, a las condiciones *in situ* y a la falta de recursos especializados, humanos y técnicos, que exige esta investigación[61]. Los representantes declararon que en noviembre de 2005, un año después de la sentencia y dieciocho años después de la masacre, se había efectuado una sola investigación. La Corte hizo hincapié en el hecho de que desde la fecha de la sentencia se había efectuado una sola acción para la búsqueda de los restos de las víctimas y consideró importante la elaboración de un plan de investigación de acuerdo con los parámetros técnicos especializados. Este plan debería contar con los recursos económicos suficientes, de modo que el Estado no pudiera argumentar la falta de recursos como justificación para no ejecutar debidamente la medida[62].

En el seguimiento de la ejecución del caso Mapiripán, el Estado afirmó haber hecho difundir los anuncios en la radio, en la prensa escrita

58 Corte IDH, *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 9 de julio de 2009, párrs. 20-21.

59 Comisión de Derechos Humanos, "Los derechos humanos y medicina legal", 1998/36, 51 sesión, 17 de abril de 1998.

60 Corte IDH, *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, resolución de cumplimiento... párrs. 23-24.

61 Corte IDH, *Caso masacre de 19 comerciantes vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 8 de julio de 2009, párr. 21.

62 *Ibídem*, párrs. 22-24.

y en la televisión. Como consecuencia de estos anuncios, diez personas se presentaron como parientes cercanos de las víctimas desaparecidas y seis ya habían presentado prueba en el caso. El Estado también informó que algunas exhumaciones tuvieron lugar en el marco de los procesos de Justicia y Paz[63], pero con resultados negativos. Los representantes, por su parte, manifestaron que los resultados obtenidos eran insuficientes con relación a la dimensión de la masacre y de las víctimas. El Tribunal constató que las exhumaciones aportaron pocos resultados y que existía una relación íntima entre la ejecución de esta obligación y la falta de investigación y juzgamiento efectivos de los hechos[64].

Por último, en el seguimiento de la ejecución de los órdenes del asunto Palmeras, los representantes de las víctimas declararon que a pesar del hecho de que no hay duda sobre la inhumación de N. N. Moisés en el cementerio del municipio de Mocoa por parte de la población, ninguna investigación se había efectuado en este lugar por el Estado. El Tribunal solicitó una investigación efectiva y real, así como la definición precisa y la restitución de los restos de N. N. Moisés a su familia[65].

b. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y solicitud de perdón

Las víctimas y las comunidades siempre han interpretado el remordimiento y las solicitudes de perdón como un elemento esencial para restablecer la justicia. En general, en el marco de una justicia restauradora, los responsables deben pedir perdón no sólo a la víctima directa sino también a todas las personas que han sufrido las consecuencias de los actos, como los miembros de la familia de la víctima y la comunidad. El remordimiento y las disculpas son importantes para las víctimas, dan lecciones a los responsables y sirven para su reinserción social. Puesto que el acto criminal crea un vínculo entre el delincuente

63 Procesos judiciales adelantados contra los paramilitares desmovilizados en el marco de la Ley 975 de 2005, denominada Ley de Justicia y Paz. En estos procesos, los paramilitares pueden acceder a una reducción de la pena de entre cinco y ocho años a cambio de confesar los crímenes y dar información sobre las víctimas y desaparecidos. Ley 975 del 25 de julio de 2005, Diario Oficial 45.980.

64 *Ibídem*. párrs. 47-49.

65 Corte IDH, *Caso de la masacre de Las Palmeras vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 3 de febrero de 2010, párrs. 24-27.

y la víctima, este lazo no se disuelve hasta que el responsable efectúe actos constructivos de reparación para la víctima y su familia. A veces las víctimas desean que los responsables de las violaciones se vean obligados a hacer actos para restablecer los perjuicios causados, y esto comienza por un reconocimiento de la ofensa y por una solicitud de perdón como formas de restitución moral[66].

Este acto puede significar mucho para las víctimas aunque la aceptación del perdón es una decisión íntima que no supone necesariamente una reconciliación entre la persona que sufrió una ofensa y el responsable de la ofensa. Las disculpas facilitan el restablecimiento del desamparo psicológico de la víctima, restaurando su dignidad a través de una transferencia simbólica de la humillación al responsable. En ese orden de ideas, a través de estos actos se coloca al responsable en la posición de conceder a la víctima la opción de absolver el mal o de no hacerlo[67]. Además, las disculpas pueden ser eficaces para tranquilizar a la víctima en el sentimiento de culpa que pueda sentir por la búsqueda de una explicación sobre las causas de las violaciones[68]. Ahora bien, para que las solicitudes de perdón sean efectivas, deben lograr restablecer el respeto y la dignidad, garantizando que la ofensa grave no se repetirá en el futuro[69]. Por otra parte, éstas deben ser públicas. Tal como ocurre con las solicitudes de perdón hechas en una esfera privada, las solicitudes públicas de perdón tienen el poder de sanar las relaciones y envían mensajes y lecciones[70] para el futuro. Las solicitudes de perdón desempeñan también un papel esencial en la posible curación de las heridas psicológicas, refuerzan las normas y restablecen el equilibrio social, evitando al mismo tiempo, la reproducción de los hechos perjudiciales[71].

66 Danieli, Yael, "Justice and Reparation: Steps in the Process of Healing", en: *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*. Ed. Christopher C. Joyner & M. Cherif Bassiouni, 1998, págs. 305-306.

67 Kalach Gina, "Les disparitions forcées d'enfants au Salvador, les suites de l'arrêt Erlinda et Ernestina Cruz c/ Le Salvador"... pág. 178.

68 White, Brent, "Say You're Sorry: Court Ordered Apologies as a Civil Rights Remedy", *Cornell Law Review*, Vol. 91, setiembre 2006, pag. 1275.

69 Lazare, Aaron, *On apology*. Oxford University Press, 2004, pág. 44.

70 White, Brent, "Say You're Sorry: Court Ordered Apologies as a Civil Rights Remedy"... pág. 1267.

71 Lazare, Aaron, *On apology...*

La Corte IIDH ha considerado que el acto de reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado y la solicitud pública de perdón a las víctimas es una medida simbólica indispensable para restablecer la memoria, reparar los daños a la reputación y al honor de las víctimas y evitar que los hechos se repitan. Cuando la Corte imputa esta obligación al Estado responsable, establece la manera, el lugar, los medios y las personas que deben presidir y estar presentes en el acto de reconocimiento de responsabilidad, teniendo en cuenta las particularidades y las circunstancias de cada caso. Así, en el caso de la ejecución sumaria del indígena Escué Zapata[72], la Corte ordenó la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad que debía ser efectuado en el Resguardo[73] de Jambaló, con la participación de los jefes de la comunidad indígena a la cual pertenecía Escué Zapata y de su familia. Según la Corte, el acto debía pronunciarse en español y en lengua nasa yute, teniendo en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de la comunidad[74].

En otros casos, los actos de reconocimiento de responsabilidad y solicitud de perdón pueden tener lugar antes o durante los procesos interamericanos. Así, en el caso de la masacre de la Rochela[75], el acto se efectuó dos años antes de la sentencia del Tribunal interamericano, en el marco de las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana en 2005[76], y en el caso de las torturas infligidas a

72 Germán Escué Zapata fue un Cabildo Gobernador del Resguardo Indígena de Jambaló que fue torturado y ejecutado por militares. Corte IDH, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 165, párrs. 1-3.

73 Territorio colectivo indígena.

74 Corte IDH, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*... párr. 177.

75 En 1989, en el corregimiento La Rochela, un grupo paramilitar, con la cooperación y aquiescencia de agentes estatales, ejecutó extrajudicialmente a un grupo de funcionarios judiciales que estaban investigando diferentes hechos de violaciones a derechos humanos. Véase, Corte IDH, *Caso de la masacre de la Rochela vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párrs. 1-3.

76 Comisión IDH, Informe de admisibilidad No. 42/02 del 9 de octubre de 2002 e Informe de fondo No. 29/05 del 7 marzo de 2005, de conformidad al artículo 50 de la Convención americana.

Wilson Gutiérrez Soler[77], el acto tuvo lugar durante una audiencia pública del proceso[78]. Sin embargo, en el caso de las masacres de Ituango[79], el Tribunal no aceptó la solicitud de perdón hecha por el Estado colombiano en el curso del proceso. En efecto, los representantes del Estado afirmaron que "[el Estado colombiano] expresa su respeto y su consideración para las víctimas y sus familias y pide perdón por el comportamiento erróneo e ilegítimo de algunos de sus agentes en relación con los hechos de este caso"[80]. No obstante, la Corte decidió que el Estado debía reconocer su responsabilidad internacional en las masacres y pedir perdón a las familias de las personas desaparecidas o muertas, de manera pública y en presencia de las altas autoridades, como una medida de satisfacción para las víctimas y como garantía de no-repetición de las violaciones. Así, el Estado debía también destacar que estos hechos se produjeron como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones internacionales de garantía de los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad personal, y también al acceso a la justicia de las víctimas[81].

En el caso del asesinato del senador Manuel Cepeda Vargas[82], los representantes solicitaron a la Corte IDH ordenar un acto de reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado por la ejecución extrajudicial del senador y por los obstáculos puestos a la justicia. Según

77 Wilson Gutiérrez Soler fue víctima de torturas perpetradas por un agente del Estado y un particular (exagente del Estado), quienes emplearon los medios a disposición de la Fuerza Pública para detenerlo y extraerle una confesión. Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler vs.Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de setiembre de 2005, Serie C, No. 132.

78 *Ibídem*, párr. 104.

79 En el municipio del Aro y de Ituango, paramilitares en connivencia con agentes del Estado perpetraron varias masacres contra civiles señalados como partícipes o colaboradores de la guerrilla. Corte IDH, *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148.

80 *Ibídem*, párrs. 405 y 406.

81 *Ibídem*.

82 Manuel Cepeda Vargas era un senador por el partido comunista y de la Unión Patriótica asesinado en 1994 por paramilitares y agentes del Estado. Véase, Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213, párr. 2.

los representantes, el Estado debía reconocer su responsabilidad por la acción y la omisión de sus agentes, declarar que la violación constituía un crimen de lesa humanidad y pedir perdón a los familiares de la víctima y a los miembros del partido al cual pertenecía. Además, consideraron necesario que el acto tuviera lugar durante una sesión de las dos cámaras del Congreso de la República, el día del aniversario del asesinato del senador, que fuera conducido por el Presidente de la República y difundido por las cadenas de radio y de televisión oficiales. La Corte ordenó la realización del acto de reconocimiento de responsabilidad y destacó que en él, el Estado debía hacer referencia a las violaciones y, en particular, al hecho de que la ejecución del senador Cepeda Vargas fue cometida por la acción y por la omisión de los agentes del Estado en un contexto de violencia generalizada contra los miembros de la Unión Patriótica. Esta ceremonia pública debía ser efectuada con el acuerdo y la participación de las víctimas y en presencia de los miembros de las dos cámaras del Congreso de la República y de las más altas autoridades del Estado. Como de costumbre en sus sentencias, el Tribunal fijó un plazo de un año para la realización de este acto a partir de la notificación de la sentencia[83].

Del análisis de la ejecución de las órdenes de reparación impartidas por el Tribunal interamericano, es posible identificar que a veces el Estado y las víctimas llegan a acuerdos sobre la forma de realización del acto sin ningún contratiempo. Así, en el caso Escué Zapata se constató una ejecución conveniente de la medida. En efecto, el acto fue efectuado en agosto de 2009 en el Resguardo indígena de Jambaló y fue presidido por el Viceministro del Interior y el Viceministro de Relaciones Multilaterales. La realización del acto se coordinó con las víctimas, sus representantes y el jefe del Resguardo de Jambaló. Tres mil personas asistieron al acto, que se tradujo a lengua nasa yute. En él, el Estado reconoció, delante de la familia de las víctimas, del pueblo Páez y de la comunidad nacional e internacional, su responsabilidad por las violaciones de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal de Germán Escué Zapata y a las garantías judiciales de su familia. Los delegados gubernamentales manifestaron

83 *Ibídem*, párrs. 221-225.

> Rechazamos estos actos y nos avergonzamos de que se produjeran contra personas inocentes. Les pedimos perdón por el sufrimiento causado. Somos conscientes de que nada podrá remplazar a Germán o reparar el dolor que causó su muerte a su familia y a su comunidad. No obstante, esperamos que esta declaración y las otras acciones que se han tomado contribuyan a la reparación del dolor sufrido. Manifestamos nuestra solidaridad con las familias y la comunidad y esperamos que este gesto permitirá seguir avanzando en el restablecimiento de la confianza en las instituciones y en la sociedad.

Los representantes declararon que este acto de reconocimiento de responsabilidad fue concebido por la familia Escué y por la comunidad, no solamente como un acto de restablecimiento y perdón público de las autoridades del Estado, sino como un espacio de evocación de la memoria de Germán Escué Zapata. Por esta razón, el Tribunal consideró que esta medida se realizó completamente[84]. Del mismo modo, en el caso Valle Jaramillo, el Estado y los representantes de las víctimas se pusieron de acuerdo sobre la forma de ejecución de esta medida, el lugar de su realización (la Universidad de Antioquia)[85] y sobre la elección del alto funcionario oficial que lo presidiría[86].

En otros casos, las partes tienen dificultades para ponerse de acuerdo sobre aspectos fundamentales, como por ejemplo, la elección del funcionario que debe presidir el acto. En efecto, en el caso de las masacres de Ituango, los representantes pidieron que el acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional estuviera presidido por el Presidente de la República, teniendo en cuenta que éste era gobernador del departamento de Antioquia en la época de los hechos[87]. Según los representantes, si el Presidente no podía estar presente, el

84 Corte IHD, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 18 de mayo de 2010, párrs. 23-29.

85 El Estado celebró un acuerdo con los representantes y se comprometió a realizar esta medida de reparación en la Universidad de Antioquia ya que la víctima era profesor de este establecimiento educativo en la época de los hechos. Véase, Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia del 27 de setiembre de 2008, párrs. 227, 252 y 16.

86 Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 28 de febrero de 2011, párrs. 25, 26 y 28.

87 Los representantes se referían al expresidente Álvaro Uribe Vélez, quien fue gobernador del departamento de Antioquia en la época de los hechos.

Vicepresidente podía presidir el acto. Por su parte, el Estado informó que esto no era posible debido a las ocupaciones del mandatario y que, además, la jurisprudencia de la Corte no exigía que el acto de reconocimiento público estuviera presidido por el Presidente de la República. La Comisión Interamericana consideró que era necesario tener en cuenta los deseos y las esperanzas de la parte lesionada para que el acto sea reconocido como una forma de reparación. No obstante, La Corte IDH decidió que la sentencia exigía que el acto estuviera presidido por las "altas autoridades" del Estado y no necesariamente por el Presidente o el Vicepresidente de la República[88].

Otro ejemplo de desacuerdo sobre la elección del funcionario que debe presidir los actos de perdón a las víctimas es el caso de la masacre de Pueblo Bello, aunque este desacuerdo fue superado al final. En efecto, el Estado quiso nombrar al Ministro del Interior y de la Justicia para presidir el acto de perdón, pero los representantes consideraron que este ministro no era una persona idónea ya que anteriormente había declarado en el diario El Espectador que las actuaciones interamericanas contra el Estado colombiano eran "un negocio", y esta declaración ilegitimaba la decisión de la Corte IDH y los derechos de las víctimas a reclamar reparación. Al final, las partes llegaron a un acuerdo y el Estado aceptó cambiar al funcionario propuesto. El acto fue efectuado en el 2009 y presidido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministro de Defensa, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Director de la Policía Nacional. Alrededor de 190 integrantes de las familias de las víctimas asistieron, así como organizaciones de la sociedad civil, académicos y representantes de varias instituciones oficiales, como la Procuraduría, los ministros de Protección Social y del Interior, los representantes del Programa Presidencial de Derechos Humanos y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR). El Estado efectuó el reconocimiento público de responsabilidad, pidió perdón por los daños causados, lamentó y reprochó las violaciones e hizo hincapié en la necesidad de restablecer la dignidad, la memoria de las

88 Corte IDH, *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 7 de julio de 2009, párrs. 33-36.

víctimas y la confianza en las instituciones oficiales. Los representantes reconocieron la buena disposición, la seriedad y la transparencia de los funcionarios que se encargaron del acto. El Tribunal interamericano evaluó positivamente las concertaciones entre las autoridades oficiales, las víctimas y sus representantes y destacó el amplio alcance del acto, la participación de las víctimas, de las altas autoridades oficiales y de la sociedad civil, y consideró que la medida se había cumplido de manera ampliamente satisfactoria[89].

En otros casos, las víctimas han manifestado su descontento con el resultado del acto de reconocimiento de responsabilidad. En el caso de la masacre del Rochela, el Vicepresidente de Colombia declaró simplemente que

> En nombre del Estado colombiano y en mi calidad de Vicepresidente de la República, reconozco la responsabilidad internacional del Estado por no haber adoptado las medidas necesarias con el fin de garantizar la seguridad de nuestros funcionarios, esta omisión permitió la violación de sus derechos a la vida y a la integridad personal[90].

Según el grupo de memoria histórico del CNRR, los familiares de las víctimas de esta masacre tienen en general un "recuerdo ingrato de este acto"[91]. Otro ejemplo de descontento es el caso Manuel Cepeda, en el que su hijo Iván Cepeda expresó su inconformismo en cuanto a la solicitud de perdón hecha por el expresidente de la República, Álvaro Uribe Vélez, por no reunir las condiciones requeridas por el Tribunal[92]. En efecto, en primer lugar, el Presidente pidió perdón en una rueda de prensa y no durante un acto solemne como lo ordenó el Tribunal en la sentencia; en segundo lugar, aunque se haya disculpado por la muerte

89 Corte IDH, *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 9 de julio de 2009, párrs. 39-45.

90 Corte IDH, *Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas... párr. 10.

91 Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y de Reconciliación, *La Rochela. Memorias de un crimen contra la justicia*, Ed. Taurus, Semana, Bogotá, setiembre 2010, pág.255.

92 Verdad Abierta, "Así no se pide perdón, presidente: Iván Cepeda", artículo del 28 de junio de 2010, disponible en: <http://www.verdadabierta.com/nunca-mas/42-asesinatos-selectivos/2520-asi-no-se-pide-perdon-presidente-ivan-cepeda>, a 13 de junio de 2010.

de Manuel Cepeda y haya deseado que estos actos no se reproduzcan, se negó a admitir que estos actos fueron cometidos por agentes del Estado y los paramilitares; y en tercer lugar, pronunció frases que fueron interpretadas por las víctimas como frases de "difamación"[93]. Esta situación fue enmendada en agosto de 2011, fecha en la cual el Estado colombiano pidió perdón y aceptó públicamente su responsabilidad por el asesinato del senador. La solicitud de perdón se efectuó en el Congreso de la República por el Ministro del Interior, Germán Vargas Lleras, quien enunció explícitamente que el crimen fue perpetrado por "los agentes del Estado, esto es, desde el propio Estado con grupos paramilitares". El hijo de Manuel Cepeda declaró su satisfacción con la solicitud de perdón[94].

c. Los monumentos y las placas conmemorativas para los homenajes a las víctimas

Las placas conmemorativas y los monumentos tienen una importancia innegable en la escritura de la historia y en la manera en que ésta se interpreta, se recuerda y se percibe por la sociedad y las generaciones venideras. Son los medios de movilización de la memoria colectiva más utilizados para recordar los acontecimientos y a las personas directamente vinculadas a estos acontecimientos. Las formas y las características de las placas conmemorativas y monumentos deben poder traducir

93 El presidente Álvaro Uribe declaró: "No se puede implorar, exigir a la justicia internacional que obligue al Estado colombiano a pedir perdón y al mismo tiempo adelantar falsas acusaciones, proceder con odio a maltratar injustamente a compatriotas, a maltratar injustamente la honra de los gobiernos". El hijo de Manuel Cepeda afirmó que estas declaraciones eran inaceptables y envió una carta al Presidente estableciendo que la declaración de responsabilidad no contenía los elementos para ser considerada como solicitud auténtica de perdón y que se había pronunciado con un espíritu de difamación produciendo nuevos daños a las víctimas. En la carta, el hijo de Manuel Cepeda también escribió que el presidente Uribe tenía una responsabilidad personal en este asunto porque, en primer lugar, los grupos de seguridad que el Presidente había creado, las Convivir, estimularon el nacimiento de las autodefensas, grupo armado ilegal que asesinó al senador Cepeda con la complicidad de los miembros del ejército nacional. En segundo lugar, uno de los supuestos autores de esta violación fue nombrado por el Presidente como subdirector del Departamento Gubernamental de Seguridad (DAS), después de los hechos. Véase *Ibídem*.

94 Telesur, "Colombia pide perdón a familiares de Manuel Cepeda", disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=jj-YAGT3Hdg>, a 20 de agosto de 2011.

y representar estos acontecimientos desde una óptica de legitimidad y transparencia. Ellos son también el fiel reflejo del imaginario social de un pueblo y de su percepción sobre las implicaciones del pasado en el presente. Las placas conmemorativas y los monumentos son también instrumentos primordiales para la dignidad y la conservación del recuerdo de las víctimas de las violaciones de derechos humanos. Estos instrumentos simbólicos deben poder también representar los contextos sociopolíticos específicos que fueron la causa de las violaciones; en otras palabras, deben ser capaces de inscribir en la conciencia colectiva los sufrimientos y las consecuencias humanas de los graves contextos sociopolíticos e injustos. Según D. Yael, estas medidas de satisfacción y garantías de no-repetición contribuyen a reducir la divergencia entre la realidad de las víctimas y la de la sociedad[95].

La Corte IDH ha adoptado estos instrumentos de conmemoración y memoria como una obligación de los Estados responsables. Así, en el caso de las masacres de Ituango, el Tribunal pidió al Estado colombiano fijar una placa en un lugar público conveniente de los dos municipios donde tuvieron lugar los hechos (El Aro y Granja) con el fin de permitir a las nuevas generaciones conocer los hechos del caso[96]. En el procedimiento de seguimiento del cumplimiento de estas medidas, los representantes afirmaron que el texto de la placa propuesto por el Estado era inadmisible ya que no reflejaba los hechos probados en la sentencia de la Corte. En efecto, el texto no estipulaba la participación directa y la colaboración de miembros de la armada con los paramilitares en la perpetración de las masacres. Por consiguiente, los representantes propusieron otro texto. Por su parte, la Corte Interamericana recordó que el contenido de las placas debía ser coherente con los hechos probados en el caso[97].

---

95 Danieli, Yael, "Justice and Reparation: Steps in the Process of Healing", en: *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violation of Fundamental Human Rights*... págs.305-306.

96 Corte IDH, *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 408.

97 Corte IDH, *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 28 de febrero de 2011, párrs. 20-22.

Del mismo modo, en el acuerdo mutuo negociado entre el Estado, las víctimas y sus representantes en el caso la Rochela, el Estado se comprometió a desarrollar las siguientes medidas para restablecer la memoria de las víctimas:

a) la instauración de una placa con la fecha de los hechos y los nombres de las víctimas, así como una galería fotográfica de las víctimas, en un lugar visible del Tribunal de Justicia del municipio de San Gil, en el departamento de Santander;
b) la difusión nacional del acto de instalación de la placa y la galería de las fotografías;
c) la difusión en las páginas de internet institucionales de este acto protocolario;
d) la instalación de otra placa con la fecha de los hechos y los nombres de las víctimas en los tribunales de la ciudad de Bogotá, y
e) el cambio de la placa que se encuentra en la Fiscalía General de la Nación de la capital, de acuerdo con las víctimas.

La forma, el lugar de instalación y la ceremonia debían coordinarse entre el Estado y los representantes. Para la ejecución de los actos conmemorativos, el Estado afirmó haber propuesto una fecha para el acto, pero los representantes manifestaron que el plazo era demasiado corto para garantizar la convocatoria y la presencia de las familias. La Corte IDH evaluó el desarrollo de la ejecución como una ejecución parcial de la medida de reparación, y estimó que la voluntad de los representantes de satisfacer plenamente las expectativas de las víctimas era un aspecto favorable a esta medida simbólica. No obstante, pidió a los representantes proponer rápidamente una fecha definitiva al Estado y, si no la proponían, el Estado podría seguir realizando esta medida según su propia propuesta. En lo que se refiere a la placa que había de colocarse en la Fiscalía General de la Nación de Bogotá, el Estado modificó el texto y cambió su sitio. En marzo de 2008, la nueva placa se colocó en presencia de las víctimas y del Fiscal General de la Nación. La Corte consideró que esta medida se realizó completamente[98].

98 Corte IDH, *Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 26 agosto 2010, párrs. 8, 11-16, 19.

En el caso del asesinato del abogado defensor de derechos humanos, Jesús María Valle Jaramillo, el Estado se comprometió, en acuerdo con las víctimas, a efectuar actos de reparación y de recordación de la víctima en su calidad de defensor de derechos humanos. De este modo, el Estado se comprometió a realizar una placa en memoria de Jesús María Valle Jaramillo que se fijaría en el Tribunal de Justicia del Departamento de Antioquia[99]. En el procedimiento de evaluación de la ejecución, el Estado y los representantes negociaron su contenido, el cual fue sometido a modificaciones. Los representantes solicitaron que la placa estuviera firmada por el Presidente de la República y el Estado se mostró abierto a esta propuesta. Por su parte, el Tribunal saludó el buen acuerdo entre el Estado y los representantes por la aplicación de esta medida de reparación. De esta manera, incitó al Estado a elaborar la placa y a colocarla cuanto antes en el Tribunal de Justicia del Departamento de Antioquia, según lo acordado con las víctimas[100].

En lo que respecta a los órdenes de construcción de monumentos, en el caso Pueblo Bello, la Corte IDH ordenó al Estado, como medida de reparación, la construcción de un monumento digno y adecuado para recordar los hechos de esta masacre y evitar su repetición en el futuro. Este monumento debía instalarse en un lugar público y apropiado de Pueblo Bello[101]. En el proceso de seguimiento de la ejecución de esta orden, los representantes destacaron que el Estado no había avanzado seriamente en la ejecución de esta medida y que los retrasos eran causados por problemas burocráticos. La Corte recordó que el Estado disponía de un plazo de un año a partir de la fecha de la sentencia para la ejecución de esta medida pero que tres años y medio después de la sentencia, el Estado aún no había efectuado acciones efectivas para la construcción del monumento. La Corte decidió seguir la ejecución de esta medida y pidió al Estado contratar rápidamente al artista elegido por los familiares de las víctimas y de adoptar el presupuesto respectivo[102].

99 Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párrs. 227 y 252.

100 Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 28 de febrero de 2011, párrs. 29 y 32.

101 Corte IDH, *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, párr. 278.

102 Corte IDH, *Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 9 de julio de 2009, párrs. 46-49.

En el caso de la masacre de los 19 comerciantes, los familiares de las víctimas pidieron a la Corte ordenar al Estado hacer "una placa o algo que se le asemeje" con el fin de preservar la memoria de las víctimas. La Corte consideró que el Estado debía crear un monumento en memoria de las víctimas en un lugar elegido por el Estado y los familiares de las víctimas. En este lugar, a través de una ceremonia pública y en presencia de las familias, el Estado debía también colocar una placa con los nombres de los 19 comerciantes y con la mención expresa según la cual la placa obedecía a la ejecución de la reparación ordenada por el Tribunal. Esta medida debería contribuir a evitar la repetición de los hechos y a conservar la memoria de las víctimas[103]. En el proceso de seguimiento de la ejecución, el Estado informó haber efectuado la gestión administrativa para la construcción del monumento en el Parque de los Niños, en la ciudad de Bucaramanga. Sin embargo, según los representantes, el Estado había sido poco diligente en la ejecución de esta medida, por causa de los obstáculos y retrasos en los procesos de selección del artista y en la obtención de las autorizaciones por parte del Gobierno local. La Corte hizo hincapié en los retrasos y en la falta de coordinación entre las autoridades locales y centrales para la construcción y la colocación del monumento, y recordó la necesidad de realizar cuanto antes esta medida[104].

d. La publicación de la sentencia

La "publicidad" sobre una violación y sus víctimas contribuye a la exaltación de la memoria sobre las exacciones cometidas y a la reconciliación social. La Corte IDH considera que el reconocimiento de los hechos establecidos en la sentencia, cuando ésta se hace pública, constituye un acto público importante a través del cual el Estado restablece la reputación y el honor de las víctimas. En general, la Corte ordena al Estado que ha sido declarado responsable la publicación de algunas partes de sus sentencias (relativas a los hechos y a la responsabilidad del Estado) en el plazo de seis meses a un año después

103 Corte IDH, *Caso de la masacre de los 19 comerciantes vs. Colombia*... párrs. 272-273.

104 Corte IDH, *Caso de la masacre de los 19 comerciantes vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 8 de julio 2009, párrs. 25-28.

de la fecha de notificación, en el Diario Oficial y en otros diarios de circulación nacional. El Tribunal prevé especificidades en algunos casos, para una mejor eficacia en la ejecución de la medida. En efecto, en los casos relativos a las comunidades indígenas, la difusión por radio o televisión de la publicación de la sentencia debe hacerse también en su lengua y a través de una radio a la cual tengan acceso[105].

La publicación de la sentencia es una forma importante de reparación y está presente en casi todas las medidas de satisfacción ordenadas por la Corte[106]. Esta medida permite que la situación de los derechos humanos y las violaciones del pasado sean conocidas por la sociedad y por eso depende en gran parte del rol de la prensa, la cual permite que las medidas sean conocidas y apreciadas por la sociedad. Sin una prensa que difunda la información sobre las violaciones y las medidas de satisfacción pedidas por el Tribunal, solamente un escaso número de personas, con un interés particular en estos temas, podría conocer las sentencias y sus implicaciones[107]. Como se dijo, por lo general la Corte especifica las partes de la sentencia que deben publicarse, tales como los "hechos probados", los "fundamentos de la sentencia" y las "decisiones"[108]. La Corte puede también pedir que algunas partes de la sentencia se publiquen en un sitio internet oficial[109] o que sean divulgadas por algunos organismos del Estado, en particular, por aquellos que pertenecen al Poder Ejecutivo[110].

En el caso de la masacre de La Rochela, la Corte ordenó la publicación de un resumen de los hechos centrales del caso en una página completa de la edición impresa de un diario de difusión nacional. El texto de

105 Bonneau, Karine, "Le droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme: le rôle pionner de la Cour interaméricaine des droits de l'homme"... pág. 27.

106 Corte IDH, casos: Escué Zapata, párr.s 173-174; Gutiérrez Soler, párr. 105; La Rochela, párr. 277; Valle Jaramillo, párr. 234; Pueblo Bello, párr. 279, e Ituango párr. 410.

107 Schonsteiner, Judith, "Dissuasive measures and the 'Society as a Whole', a working theory of reparations in the Inter-American Court of Human Rights"... págs. 56 y 157.

108 Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler*... párr. 150.

109 Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda*... párr. 220.

110 Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo*... párr. 227.

este resumen y su publicación debía estudiarse en concertación con los representantes de las víctimas antes de su difusión. Además, dado que el Grupo de Memoria Histórica de la CNRR preparaba un informe sobre esta masacre, el Tribunal pidió al Estado poner la sentencia a disposición de esta Comisión para que la tuviera en cuenta y pudiera incorporarla en su informe como una de sus fuentes formales[111]. En el seguimiento de la ejecución, el Estado destacó que la publicación se había hecho en octubre de 2008, en el diario El Espectador. Los representantes confirmaron que el texto publicado correspondía a un resumen de la sentencia, de modo que era más accesible al público. El Tribunal evaluó la eficacia de este consenso entre las partes[112].

En el caso del asesinato del defensor de derechos humanos Valle Jaramillo, el Estado indicó haber presentado a los representantes un documento alternativo para que la sentencia fuera comprensible por la sociedad pero que, al no recibir respuesta de los representantes, procedió a su publicación en un diario de difusión nacional. Los representantes indicaron que recibieron la propuesta pero que ésta no estaba conforme ya que se trataba de una versión que limitaba la parte que trataba de las obligaciones impuestas al Estado por la Corte IDH. Según los representantes, las víctimas sólo tuvieron acceso a la publicación el mismo día de la difusión, lo que los representantes consideraron como "una actitud injusta hacia las víctimas y sus representantes". En definitiva, los representantes afirmaron lamentar la forma en que esta medida se realizó. El Tribunal evaluó los documentos de las publicaciones efectuadas por el Estado y consideró que satisfacían las obligaciones establecidas por él, razón por la cual declaró que el Estado había cumplido esta medida de reparación[113].

En el caso Escué Zapata, el Estado informó que la publicación se efectuó en la edición dominical del diario El Tiempo. Este texto se tradujo a lengua nasa yute y se publicó en un diario local, El Liberal.

111 Corte IDH, *Caso de la masacre de La Rochela*... párr. 277.

112 Corte IDH, *Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia... párrs. 37, 38 y 40.

113 Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia... párrs. 21, 22 y 24.

El Tribunal reconoció el valor de esta publicación, pero declaró dejar abierto el proceso de seguimiento hasta la publicación en el Diario Oficial[114]. En el caso de la masacre de Pueblo Bello, el Estado indicó que la publicación se efectuó en agosto de 2007 en un diario de difusión nacional y también en el Diario Oficial. Los representantes reconocieron que la publicación se había efectuado y había sido el fruto de acuerdos respetuosos entre los representantes y el Gobierno, pero que la publicación pasó inadvertida por la sociedad en general debido al tamaño de la letra de la publicación que no era adecuada para su lectura, de modo que no se logró el objetivo primordial de repercusión pública de la sentencia. Sin embargo, la Corte declaró que esta medida había sido ejecutada conforme a lo ordenado en la sentencia[115].

Conclusión

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ordena a menudo medidas de satisfacción y garantías de no-repetición cuyo nivel de ejecución por parte del Estado difiere según el contenido, el carácter y el contexto en el cual debe realizarse. En efecto, algunas medidas revelan a un Estado dudoso en lo que se refiere a las demostraciones públicas de los hechos cometidos por sus agentes. En lo que concierne al contenido de la aceptación de la responsabilidad del Estado, ésta debe ser el reflejo de la gravedad de los hechos probados y de las decisiones tomadas en las sentencias de la Corte IDH. No obstante, los casos analizados ponen de manifiesto que, aunque a veces el acto se realiza debidamente, hay una tendencia del Estado a no reafirmar su responsabilidad como consecuencia directa de la acción o la omisión de los agentes oficiales (caso Manuel Cepeda durante el gobierno de A. Uribe Vélez y caso La Rochela). De este modo, a veces los discursos de reconocimiento de responsabilidad aceptan responsabilidad por negligencia, sin reconocer la responsabilidad por la acción directa de agentes estatales.

Por otra parte, a veces los funcionarios que presiden el acto hacen alusión a otros conceptos como fundamento de la solicitud de perdón,

114 Corte IDH, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia, 18 de mayo de 2010, párrs. 18 y 22.

115 Corte IDH, *Caso Pueblo Bello vs. Colombia*, resolución de cumplimiento de la sentencia... párrs. 50-52.

como el de "solidaridad" pronunciado en el caso Escué Zapata. Las víctimas de este asunto estuvieron satisfechas con el acto, que es el objetivo final de estas medidas. No obstante, la inclusión de esta palabra en el acto conduce a pensar que la declaración, en vez de ser una obligación nacida de la responsabilidad del Estado en las violaciones de los derechos humanos, es más bien justificada e inspirada por un gesto solidario del Estado hacia las víctimas. Así mismo, el funcionario que preside el acto es muy importante en cuanto al valor e impacto de la declaración de responsabilidad y la solicitud de perdón. Este funcionario debe ser idóneo, no sólo por su alta posición jerárquica a escala pública, sino también por su comportamiento y su respeto hacia los derechos humanos y las víctimas. En efecto, el caso Pueblo Bello muestra que las víctimas consideraron las declaraciones públicas hechas por el Ministro de Interior, propuesto para presidir el acto a la prensa, como un criterio que cuestionaba su idoneidad. Finalmente, cuando las declaraciones de aceptación de responsabilidad y de solicitud de perdón no contienen los elementos requeridos por la sentencia de la Corte Interamericana, en vez de constituir una medida simbólica de reparación y de reconocimiento de la memoria, pueden implicar una nueva forma de injusticia que agrava el sufrimiento y la indignación de las víctimas. El hecho de que el Estado pida perdón destacando las responsabilidades de sus agentes es un aspecto importante para las víctimas, como lo revela la solicitud de perdón efectuada por el actual gobierno en el caso Manuel Cepeda.

En lo que respecta a las medidas de realización de monumentos y de placas conmemorativas, los casos ponen de manifiesto que el contenido de los textos inscritos sobre las placas tienen un interés capital para su eficacia. Para que estas medidas sean mecanismos convenientes de conmemoración de la memoria de las víctimas, es necesario que los textos de las placas reflejen los hechos probados en las sentencias de la Corte, así como la responsabilidad del Estado en las violaciones. Por último, la ejecución de esta medida también viene determinada por retrasos de tipo burocrático, como la falta de coordinación entre los servicios y los atrasos en la selección de los artistas, en el caso de los monumentos. Es deplorable que este tipo de obstáculos, que deberían ser de menor relevancia, terminen por impedir el desarrollo de medidas de reparación de tal envergadura.

Finalmente, el principal contratiempo en la publicación de la sentencia parece ser el tamaño de la letra. En nuestra opinión, este aspecto debería ser mirado con detenimiento por la Corte IDH ya que las letras minúsculas pueden producir un efecto contrario al que se quiere con la medida: pueden disminuir el interés del público o hacer que el texto pase desapercibido para la sociedad en general. Una letra muy pequeña puede reflejar que el contenido no tiene interés y pone en entredicho la intención del Estado de promover el conocimiento público de la verdad sobre los hechos.

Principales desafíos respecto a la protección internacional de los refugiados*

*Juan Manuel Medina Amador***

El fenómeno del desplazamiento masivo de personas, que cruzan las fronteras internacionales en busca de salvaguardar sus vidas e integridad física, es una problemática que continúa presentando enormes retos globales. Ello conduce a la imperiosa necesidad de replantear la forma en que tradicionalmente se ha abordado el problema, con el objetivo preciso de mejorar su eficacia. Se torna imprescindible un mayor involucramiento de aquellos países con mayor capacidad financiera, pero al mismo tiempo se requiere fortalecer los mecanismos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales previstos en distintos tratados internacionales. Este panorama induce a la reflexión acerca de la importancia de llevar a cabo una revisión minuciosa del actual andamiaje jurídico sobre el que se sustenta la protección de las y los refugiados, con la clara intención de mejorar su implementación en el terreno.

Introducción

Las situaciones prolongadas del estatus de refugiado plantean una serie de retos para la sociedad contemporánea, que han pretendido ser abordados por medio de la promulgación de múltiples instrumentos jurídicos internacionales. Sin embargo, y a pesar de los notables avances conseguidos en diversas regiones del mundo, persisten ciertos escollos que impiden alcanzar una plena realización de las normas que brindan protección internacional a las personas refugiadas. Las dificultades económicas parecieran ser hasta ahora una de las principales razones que pudieran estar entorpeciendo la operatividad de las mismas en el

* Este trabajo fue elaborado en el marco del XXXVIII Curso de Derecho Internacional, auspiciado por el Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos (OEA), celebrado en agosto de 2011 en la ciudad de Río de Janeiro.

** Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) y Candidato a Doctor en Derecho Internacional por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, Universidad Complutense de Madrid.

terreno. Sin embargo, no se puede dejar de lado otra serie de factores que inciden directamente, como la falta de acceso a la justicia, las violaciones sistemáticas a los derechos humanos y las dificultades en el acceso al empleo, entre otros.

Ante este panorama, se debe reflexionar en torno a cuáles han sido los principales logros y falencias del sistema actual. La conducción de un análisis en ese sentido coadyuvaría, sin lugar a dudas, a detectar aquellos campos en los que resulta imperioso efectuar reformas con miras a conseguir la finalidad última que persigue el Derecho Internacional de los Refugiados. Deviene imprescindible, así mismo, adentrarse en el repaso de los mecanismos administrativos y operativos para garantizar que las personas solicitantes de la condición de asilo reciban una protección oportuna que les permita una adecuada inserción en los países de acogida. Sólo en esta medida será posible mejorar el sistema actual y, sobre todo, adaptarlo a la evolución que ha experimentado el Derecho Internacional.

Así, en este trabajo se pretende efectuar un repaso somero de los principales instrumentos internacionales de protección de los refugiados, así como de los principales aspectos que compelen a las personas a abandonar sus países de origen. Seguidamente, se examinan los mecanismos que han sido implementados hasta ahora en la búsqueda de soluciones duraderas. Este tema resulta de particular interés, por cuanto se puede apreciar la existencia de una doble faceta. Por un lado, podría pensarse que éstas tienen como fin último el fomento de las condiciones necesarias para garantizar un pleno goce de los derechos fundamentales, pero por otra parte, es posible vislumbrar la función preventiva que poseen algunas de estas propuestas. Al fin y al cabo, sería preferible "atacar" el origen del problema, antes que poner en marcha medidas destinadas a afrontar las situaciones de persecución.

1. Marco jurídico internacional

Con ocasión de la enorme devastación y la grave crisis humanitaria desatada a raíz de la Segunda Guerra Mundial (SGM), surgió la necesidad de crear una organización internacional que brindara socorro a millones de personas desplazadas. Fue así como, en primera instancia, se creó la Administración de las Naciones Unidas de Socorro

y Reconstrucción (UNRRA), que sería reemplazada años después por la Organización Internacional de Refugiados (OIR). Dichas organizaciones se encargarían de brindar asistencia a todas las personas desplazadas por la guerra, sin importar si habían abandonado sus países de origen o no. Fue con posterioridad a la SGM, con el advenimiento de la Guerra Fría, que se producirían nuevos desplazamientos de personas debido a la instauración de regímenes totalitarios. Ante esta nueva crisis humanitaria, algunos países fomentaron la creación de una organización permanente que se encargara de atender la problemática de las y los refugiados a nivel internacional. Fue así como nació, en el año 1949, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), por mandato de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)[1].

Estos antecedentes históricos constituyeron las bases sobre las que se cimentaría la creación de una nueva rama especializada del derecho internacional, destinada a brindar protección legal a las y los refugiados alrededor del mundo. En este contexto, vieron la luz el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. Dichos instrumentos han sido reconocidos universalmente y han sido concebidos como los precursores de otros tratados internacionales, de carácter regional, que posteriormente fueron promulgados. La Convención de 1951 tiene una significación de gran trascendencia, ya que sirvió para unificar los criterios previos, relativos a la protección de las personas refugiadas, constituyéndose en la codificación más completa que se haya efectuado sobre el derecho de refugiados. La misma establece los criterios mínimos que deben ser respetados, sin perjuicio de que sean otorgadas condiciones más favorables.

a. Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

Entre los principales logros que se alcanzaron con la redacción de este Convenio, figura el establecimiento de una definición conceptual

1 Pérez Barahona, S., "El estatuto de 'Refugiado' en la Convención de Ginebra de 1951", *REDUR Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*, No. 1, 2003, págs. 230-231.

sobre el término "refugiado". Es así como su art. 1 establece que se concibe como refugiado a quien

> [...] debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda, o a causa de dichos temores ,no quiera regresar a él.

Adicionalmente, ha de resaltar la inclusión del principio de no devolución, o *non refoulement*, contenido en el art. 33.1, que al respecto establece:

> Ningún Estado podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de opiniones políticas.

Otro aspecto contemplado en el texto del tratado guarda relación con los derechos y deberes que tienen las y los refugiados una vez que se encuentren en los países de acogida. Dentro de los derechos garantizados se encuentran los siguientes:

- el derecho a la igualdad de trato (art. 3), de forma tal que los Estados deben aplicar las disposiciones de este Convenio sin discriminación alguna a todas las personas refugiadas por igual;
- el derecho de asociación (art. 15);
- acceso a los tribunales justicia (art. 16);
- derecho a empleo remunerado (art. 17);
- derecho a ejercer las profesiones liberales (art. 19);
- acceso a la educación pública (art. 22);
- garantías laborales (art. 24);
- derecho a la libertad de tránsito (art. 26);
- derecho a documentos de identidad y de viaje (arts. 27 y 28).

La o el refugiado, por su parte, tiene la obligación de respetar el ordenamiento jurídico interno, así como las medidas que se adopten para mantener el orden público.

b. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967

Debido a que el Convenio de 1951 tenía restringida su aplicación en el tiempo hacia las situaciones de personas refugiadas acaecidas con anterioridad al 1 de enero de 1951 (con la sola excepción de aquellas cuyos motivos de desplazamiento se sustentaran en acontecimientos surgidos con anterioridad a esa fecha), se vislumbró la necesidad de ampliar su alcance. Por este motivo fue que surgió el Protocolo de 1967 con el objetivo preciso de solventar el vacío legal, que ocasionaba dicha limitante temporal. El Protocolo entró en vigencia en 1967 y con la suscripción del mismo, los Estados se comprometieron a aplicar la normativa del Convenio de 1951 a todas las personas que encuadraran dentro de la definición de refugiadas, sin limitación alguna respecto a la fecha de los acontecimientos.

c. Instrumentos jurídicos regionales

En el ámbito regional también han tenido lugar desarrollos normativos que han sobrevenido como respuesta a los problemas de índole humanitaria concernientes a las situaciones de refugiados que se han presentado en los últimos años, tanto en el continente africano como en el americano. En 1969, tan sólo dos años después de la aparición del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, la Organización de la Unidad Africana (OUA) se dio a la tarea de redactar un instrumento jurídico regional que abordara la problemática de las personas refugiadas en dicha región. El Convenio de la OUA trata especificidades sobre la realidad africana que no se contemplan en el Estatuto de los Refugiados de 1951, tales como la agresión externa, la ocupación y la dominación extranjera, como causas legítimas que facultan a los Estados a otorgar esta condición.

Por su parte, en el entorno americano se han promulgado declaraciones tendientes a regular el trato que reciben las poblaciones de desplazados. Con esta finalidad, en 1984 se aprobó la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, la cual, pese a carecer de fuerza vinculante para los Estados signatarios, se convirtió en piedra angular de la política regional en materia de refugio. Esta Declaración presenta la peculiaridad

de que incluye el tema de las violaciones masivas a los derechos humanos dentro de la definición conceptual de refugiado, al señalar que se le debe otorgar este carácter a las "personas que han huído de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva a los derechos humanos u otras circunstancias"[2].

2. Factores que inciden sobre el desplazamiento forzoso de personas

Existen una diversidad de factores que tradicionalmente han obligado a las personas a dejar atrás sus lugares de residencia. Sin embargo, serán únicamente aquellas que abandonen sus hogares por los motivos de persecución taxativamente enumerados en el Convenio de 1951 las que podrán ostentar el estatus de refugiadas. Resulta esencial destacar este aspecto, debido a que en el mundo globalizado de nuestros días es frecuente escuchar noticias acerca de flujos migratorios, principalmente en sentido sur-norte, motivados fundamentalmente en razones de índole económica. Pese a que este tipo de migrantes se ven expuestos a un sinnúmero de peligros y vejaciones en el trayecto hacia su destino final, no pueden ser considerados como refugiados, lo que no obsta para que sean merecedores de protección internacional por medio de otros mecanismos convencionales.

El derecho de refugiados tiene su piedra angular en el derecho de asilo, consagrado en el derecho internacional como el derecho de toda persona a recibir protección ante temores fundados de persecución. Este derecho se encuentra consagrado tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 14), como en su predecesora Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVII). A pesar de ello, podría argumentarse desde el punto de vista iusinternacionalista que dichos instrumentos carecen de fuerza vinculante para los Estados signatarios, en tanto dichas declaraciones se constituyen en lo que la doctrina ha dado en llamar *softlaw*. No obstante, y sin adentrarse en el

2 Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, Conclusión 3.

valor consuetudinario que pueda tener el derecho de asilo en el derecho internacional, es digno de resaltar que a nivel americano dicho derecho cuenta con una protección convencional por medio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que en su art. 22.7 contempla el derecho a solicitar y recibir asilo ante situaciones de persecución.

Entre los motivos desencadenantes de los éxodos masivos de personas figuran una multiplicidad de causas, que podrían sintetizarse en la falta de seguridad y en la carencia de un funcionamiento adecuado de los sistemas de administración de justicia. En este sentido, se aprecia la existencia de un nexo causal entre estas falencias de seguridad y acceso a la justicia con los motivos fundados de persecución y la necesidad de protección internacional[3]. La impunidad, por su parte, representa un gran escollo a superar, que puede adquirir dimensiones desproporcionadas ante la imposibilidad de que las víctimas reciban una protección adecuada, además de una oportuna reparación a los daños sufridos. De esta forma, los principales flujos de personas refugiadas en la actualidad no surgen a raíz de conflictos bélicos internacionales, sino que sus causas residen principalmente en situaciones conflictivas internas que desencadenan niveles de violencia exacerbados[4].

Adicionalmente a los flujos de refugiados, resulta palpable el drama que viven millones de personas en todo el mundo que son desplazadas de sus lugares de origen, pero que no han cruzado una frontera internacional. Como se examinó en el apartado anterior, la definición de refugiado es clara al precisar que para ser receptor de la protección internacional respectiva se requiere haber abandonado el país de origen o de residencia habitual. Por este motivo, los desplazados internos no pueden ser considerados refugiados, debido en buena medida a dificultades operativas en torno a su determinación. Por otra parte, resulta patente que el tema de los desplazados internos continúa siendo

3 Murillo González, J. C.. "Justicia y seguridad: su relevancia para la protección internacional de los refugiados", *Revista IIDH*, No. 38. IIDH, San José, Costa Rica, julio-diciembre 2003, pág. 449.

4 Barnett, L., "Global Governance and the Evolution of International Refugee Regime", *International Journal of Refugee Law*, No. 2, Vol. 14, 2002, pág. 250.

un tópico estrechamente asociado con la soberanía, en tanto recae sobre cada Estado la responsabilidad de proteger a su propia ciudadanía. Sin embargo, pese a estos obstáculos, el ACNUR en ciertas ocasiones ha brindado asistencia humanitaria a estos grupos de personas, cuando así lo han solicitado la Asamblea General o el Consejo de Seguridad de la ONU[5].

a. Derechos humanos frecuentemente vulnerados

Los flujos de personas refugiadas, ante la desesperación de salvar sus vidas y las de sus seres queridos, se exponen a flagrantes violaciones a sus derechos humanos, así como al actuar de redes criminales transnacionales que lucran con la trata de personas o el tráfico ilícito de migrantes. No debe perderse de vista que los derechos humanos de todas las personas migrantes, sea que se trate de refugiadas o no, han de ser respetados por los Estados en todo momento, indistintamente de que la persona posea una condición migratoria regular o irregular. Respecto a las personas que ingresan en situación irregular al territorio de otro Estado, se presenta la problemática de que al tener que desplazarse en situación de clandestinidad se ven expuestas a situaciones de abusos, tal y como ha ocurrido en las fronteras mexicanas con el constante secuestro de migrantes o la violencia generalizada de las pandillas juveniles en la región centroamericana[6].

Ciertamente el irrespeto por los derechos humanos se constituye en la causa primordial que impulsa a las personas a abandonar sus hogares. Dentro de las soluciones posibles que se han propuesto para prevenir la aparición de situaciones de refugiados prolongadas se menciona la atención oportuna de las violaciones a los derechos humanos. La intervención oportuna de la sociedad internacional, por medio de las organizaciones internacionales especializadas en la materia, puede contribuir a evitar las situaciones de desplazamiento y a observar el problema en su justa dimensión. Hasta el propio Consejo

5 *Ibídem*, pág. 252.

6 ACNUR/OEA/OIM, Conferencia Regional sobre Protección de Refugiados y Migración Internacional en las Américas, Consideraciones de Protección en el Contexto de la Migración Mixta, San José, Costa Rica 19-20 de noviembre de 2009, pág. 4.

de Seguridad de las Naciones Unidas, ha considerado, en ciertas ocasiones (Resolución 688), el problema de los refugiados como una amenaza para la paz y la seguridad internacionales[7]. De allí que resulte primordial reforzar los mecanismos cuasi-jurisdiccionales existentes para supervisar el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de los tratados de derechos humanos[8] y con ello aumentar la presión internacional sobre los Estados infractores.

La obligación derivada para los Estados receptores ha de ser la de respetar estos derechos, ya sea absteniéndose de ejercer acciones contrarias a los mismos o adoptando medidas positivas para erradicar aquellas situaciones que vulneren sus derechos. En este sentido, se observa la obligación que tienen los Estados de proteger a las y los refugiados de las redes criminales que atentan contra su libertad y sus vidas[9]. En no pocas ocasiones las y los refugiados deben ser reasentados en terceros países debido a la falta de garantías en el país de acogida. Por otra parte, se torna patente la necesidad de que los Estados adapten sus legislaciones internas de acuerdo con los estándares de protección fijados en diversos instrumentos jurídicos internacionales, en aras de garantizar el disfrute esencial de estos derechos.

En los últimos tiempos, se observa con preocupación el surgimiento de políticas férreas que persiguen restringir el ingreso de migrantes en muchos países, entre ellos las personas refugiadas. Debido al papel preponderante que ha adquirido la lucha contraterrorista a nivel global, se han intensificado no sólo los controles en aeropuertos y fronteras,

7 Barnett, L., "Global Governance and the Evolution of International Refugee Regime"... págs. 252-253.

8 ONU, Asamblea General, "Los derechos humanos y los éxodos en masa", Informe del Secretario General, Doc. A/58/186, 2003, pág. 17.

9 "La importancia de la seguridad personal de los solicitantes de asilo y refugiados está implícita en el mandato del Alto Comisionado de 'brindar protección internacional'. Aparte de la vehemente referencia a los derechos humanos de los refugiados en el Preámbulo de la Convención de 1951, los redactores de la misma no incluyeron disposiciones específicas en materia de seguridad personal. Sin embargo, a criterio del ACNUR la garantía establecida en el artículo 7 de la Convención respecto de al menos [brindar] 'el mismo trato [otorgado] a los extranjeros en general' no puede significar menos que la garantía del respeto pleno a sus derechos fundamentales". Murillo González, J. C.. "Justicia y seguridad: su relevancia para la protección internacional de los refugiados"... pág. 455.

sino también las políticas migratorias, endureciendo los requisitos que deben reunir los migrantes para legalizar su situación. En ocasiones las fuerzas policiales incurren en detenciones arbitrarias so pretexto de proteger la seguridad nacional de supuestas amenazas. Estas detenciones arbitrarias van aparejadas de otro tipo de violaciones que menoscaban derechos tales como el derecho a no ser torturado o sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho de acceder a la justicia y el derecho a la unidad familiar[10]. Sumado a esto, se percibe la existencia de un cierto nexo causal entre el endurecimiento de las políticas migratorias y el tráfico de personas, ya que al dificultarse el ingreso por medios lícitos, en cierta medida se propicia la búsqueda de métodos alternativos (ilícitos).

Si bien es cierto que el establecimiento de políticas migratorias es un tema primordialmente de naturaleza interna de los Estados, no deben obviarse los compromisos internacionales suscritos en diversos tratados de derechos humanos, así como en el propio Convenio de 1951. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al precisar, en el asunto Gül vs. Suiza, que los intereses de los Estados no deben ir en desmedro de los derechos de los individuos, especialmente en aquellos entornos en los que existe una fuerte presión política motivada por la animadversión generalizada hacia los inmigrantes[11]. Particular importancia reviste este criterio para efectuar una correcta aplicación de la excepción prevista en el art. 33.2 del Convenio de 1951 respecto a la posibilidad de contravenir el principio de *non refoulement* cuando se considere que la o el refugiado constituye un peligro fundado para la seguridad nacional.

La aplicación de dicha excepción, no obstante, ha de ser matizada, ya que su aplicación indiscriminada posiciona al solicitante de asilo en una situación de desprotección total ante un peligro inminente. El derecho a la vida y a no ser sometido a torturas es un derecho consagrado en los arts. 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

10 Kengerlinsky, M., "Restrictions in EU Immigration and Asylum Policies in the light of International Human Rights Standards", *Essex Human Rights Review*, No. 2, Vol. 4, 2007, pág. 14.

11 *Ibídem*, pág. 3.

(PIDCP), así como en el objeto y fin subyacente a toda la Convención contra la Tortura. Pareciera ser ésta la tesis adoptada por la Corte Suprema neozelandesa en un caso sometido a su conocimiento, en el que se inclinó por considerar que cuando exista un sustento sólido para vislumbrar que una persona objeto de deportación va a ser puesta en riesgo de perder su vida o de ser torturada, no procederá dicho trámite sobre la base de que la misma constituye una amenaza para la seguridad nacional[12]. Dicha interpretación jurídica es totalmente acorde con el criterio adoptado por el TEDH, así como con una interpretación adecuada de la norma, atendiendo al contexto, objeto y fin del Convenio de 1951 (art. 31.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

b. Mujeres, niñas y niños refugiados

El tema de las mujeres y las niñas y niños refugiados reviste un lugar especial en la lista de prioridades de los distintos actores involucrados en la protección y la asistencia humanitaria de los flujos de personas refugiadas. Dicho lugar preferente en los foros internacionales donde se discuten las fórmulas para mejorar la protección internacional de estas personas, reside en el hecho de que aproximadamente el 80% de la población refugiada en el mundo se compone de mujeres, niñas y niños[13]. Por otra parte, en muchas ocasiones son las mujeres quienes se desplazan con sus hijos e hijas en busca de un lugar seguro, mientras que sus parejas permanecen en el país de origen, ya sea porque participan activamente en la confrontación armada o simplemente porque deben cuidar las pertenencias y propiedades de su familia[14]. Las y los niños, por su lado, se ven desmembrados de su núcleo familiar y en ciertas ocasiones, pasan por todo el proceso de asentamiento en un nuevo país sin el acompañamiento de familiar alguno.

---

12 Glazebrook, S., "Refugees, Security and Human Rights: Working out the Balance", Courts of New Zealand. Disponible en: <http://www.courtsofnz.govt.nz/speechpapers/Refugee%20Paper%20%20Sydney%202011%2003%2010%20Final.pdf>, a agosto de 2011.

13 Young, W. A., "The Protection of Refugee Women and Children", *Georgetown Journal of International Affairs*, No. 1, Vol. 3, invierno/primavera 2002, pág. 37.

14 Barnett, L., "Global Governance and the Evolution of International Refugee Regime"... pág. 256.

Debido a que en la mayoría de sociedades contemporáneas continúa habiendo una preponderancia del rol masculino en los puestos de toma de decisión, las mujeres refugiadas se sitúan en una franca desventaja respecto a sus pares masculinos[15]. Aunado a esto, el funcionariado que brinda atención a las y los refugiados le concede una importancia secundaria a la seguridad de las mujeres, las niñas y los niños, por debajo de otras necesidades como la alimentación, los albergues, la sanidad y el cuidado de la salud. Esta situación expone a las mujeres, niñas y niños a situaciones de riesgo, que pueden dar pie a violaciones, esclavitud sexual, prostitución forzosa, matrimonios obligados, secuestro y reclutamiento militar forzoso[16].

En el abordaje sobre las discriminaciones que sufren las mujeres refugiadas, se debe tomar en consideración la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyas disposiciones deberán de observar los Estados de asilo. En este sentido, debe procurarse que las mujeres reciban información clara y oportuna sobre los derechos que les asisten y los alcances de la protección internacional que se otorga a las personas refugiadas. Ello resulta elemental bajo ciertas circunstancias, pues las mujeres, con mayor incidencia que los hombres, presentan considerables índices de analfabetismo que les impide acceder fácilmente a la información. Otro escollo que deben superar las mujeres refugiadas reside en que la definición de refugiado contemplada en el Convenio de 1951, debido al momento histórico en que fue suscrito, no contempla la posibilidad de conceder asilo sobre la base de una persecución basada en discriminaciones debidas al género o a situaciones de violencia sexual[17].

Se torna imperativo, dado lo restringida y desfasada que ha quedado la definición de refugiado, recurrir a una aplicación e interpretación de la norma acorde con los tiempos actuales. Es evidente que una situación

15 "For example, if men, or a certain faction of men, control de distribution of aid, women may be forced to exchange sexual favors for food. Women may also be at risk of sexual violence from other refugees, the local population, nearby combatants and the police or security forces in the country of asylum". ACNUR/UIP, *Refugee Protection: A Guide to International Refugee Law*, 2001.

16 *Ibídem*, pág. 39.

17 Harris, J. P., "Refugee Women: Failing to Implement Solutions", *Human Rights Brief*, No. 3, Vol. 7, primavera 2000, pág. 1.

de violencia sexual o agresiones sistemáticas contra las mujeres por su condición de género se configuran en una persecución abierta contra este segmento poblacional en específico. De allí deriva que algunos Estados hayan concedido la condición de refugiadas a mujeres que huyen de este tipo de agresiones, sustentándose en la pertenencia a un grupo social determinado. Se busca así encajar este tipo de persecuciones dentro de la definición de refugiado con el objetivo claro de brindarles protección oportuna. Sin embargo, como lo señala Young, los Estados que han adoptado esta interpretación lo han hecho con suma cautela ante el temor de que se abra un portillo que posibilite el ingreso multitudinario de mujeres refugiadas a sus territorios[18].

Las niñas y los niños, por su parte, sufren la separación de sus familias, especialmente en aquellas situaciones de emergencia en que han debido abandonar abruptamente sus lugares de residencia para salvaguardar sus vidas. El registro de las y los menores refugiados que ingresan sin acompañantes es una buena medida para lograr la reubicación de sus familias[19]. Las y los ñiños y adolescentes que emigran sin un familiar que los acompañe y les brinde cierta protección, se ven expuestos a una serie de abusos muy similares a los que sufren las mujeres, dadas sus mismas condiciones de vulnerabilidad. Así mismo, se debe velar porque reciban una adecuada asistencia social que les suministre una alimentación adecuada, asistencia médica y acceso a la educación, para no truncar su futuro y facilitar una inserción exitosa en la sociedad, ya sea en los países de acogida o en sus países de origen en la eventualidad de un retorno voluntario. La asistencia legal oportuna también resulta fundamental para que las y los menores puedan velar por sus derechos durante el proceso legal de obtención del estatus de refugiado, así como para que puedan hacer efectivo su derecho a impugnar aquellas resoluciones que les sean desfavorables.

18 Young, W. A., "The Protection of Refugee Women and Children"... págs. 40-41.

19 Costa Rica, como país que tradicionalmente ha concedido asilo a las y los refugiados, puso en funcionamiento una base de datos que contiene los datos de las y los menores de edad migrantes no acompañados, con el objetivo de garantizar que cuando éstos lleguen a la frontera reciban toda la información y asistencia pertinente por parte de las autoridades respectivas. ACNUR/OEA/OIM, Conferencia Regional sobre Protección de Refugiados y Migración Internacional en las Américas... pág. 14.

La obligación concreta para los Estados de velar por los derechos de las y los menores se encuentra latente en la Convención sobre los Derechos del Niño. En su art. 3, dicho tratado prescribe que los Estados parte deberán asegurar que el interés superior de las y los menores prime en todo el actuar de las instituciones públicas y privadas, al tiempo que éstos se comprometen a velar por la protección de las y los niños y la debida fiscalización sobre los establecimientos encargados de su cuidado y protección. Paralelamente, cabe destacar la mención que hace la citada Convención sobre los derechos de las y los niños refugiados (art. 22), en el sentido de garantizar la protección y asistencia humanitaria que sea requerida por los menores que ya ostentan el estatus de refugiado o que se encuentran en el trámite para su obtención. Adicionalmente, se contempla la reunificación familiar como parte de los derechos que ostentan los niños refugiados, en aras de brindar ayuda pertinente al menor para que pueda localizar a sus progenitores u otros familiares.

3. Búsqueda de soluciones duraderas

El desplazamiento forzoso transfronterizo de personas de un país a otro es un problema que no sólo atañe a los países de origen y de acogida, sino que tiene implicaciones globales. Con el advenimiento de sistemas de integración regionales y como consecuencia de ello, el fomento de la libertad de circulación al interior de estas zonas de integración, se han elevado las voces de alerta por parte de distintos bloques de países en torno al abordaje de esta problemática. Así, las y los refugiados se encuentran con la dificultad de ser aceptados en muchos países debido a la estigmatización que pesa sobre ellos y a que en muchas ocasiones son vistos como competidores dentro del mercado laboral. Ello conduce a que su integración sea traumática y deba enfrentar distintos obstáculos para lograr un pleno acople al país de asilo.

Los Estados receptores de personas refugiadas deberían de ver en ellas la posibilidad de explotar su potencial para integrarlas plenamente y obtener réditos importantes en la esfera económica. De esta forma se contribuiría, por una parte, a desvanecer el estigma que pesa sobre ellas en torno a que constituyen una carga para el Estado receptor y la sociedad en su conjunto y, por otra, a que se pueden obtener valiosos aportes en la generación de nuevas fuentes de empleo por medio de

incentivos que brinden un aliciente a los esfuerzos emprendedores. Desde luego que la estrategia a seguir en el tratamiento a cada situación particular tendrá que ser planificada sobre bases objetivas, que permitan analizar caso por caso cuál es el perfil mayoritario de las personas solicitantes de asilo, para así discernir con precisión sus falencias y fortalezas.

En suma, de lo que se trata es de favorecer la integración local de las y los refugiados para que contribuyan no sólo al sostenimiento de los sistemas de seguridad social, sino también para que encuentren medios de subsistencia que tornen transitorias las líneas de asistencia humanitaria. Las soluciones duraderas pasan no por brindar asistencia únicamente, sino que por el contrario, por dotar a estas personas de las herramientas necesarias que les permitan obtener un sustento económico que les garantice su autosuficiencia y una vida digna. Esta visión es acorde con las principales recomendaciones emanadas de las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR de 2009, en cuanto a efectuar un viraje en la atención a situaciones de refugiados prolongadas, que otrora se enfocaba primordialmente en la provisión de asistencia y actualmente procura redirigir sus esfuerzos a mejorar el acceso a la educación y la capacitación, con miras a la inserción de las personas refugiadas en el entorno laboral[20].

Es importante recalcar que los países de acogida deben cobrar consciencia de la imperiosa necesidad de garantizar el acceso a la seguridad y a la asistencia social por parte de las personas refugiadas. Los índices de salud y desarrollo humano no tienen distingo de nacionalidades y es evidente que a ningún Estado le conviene tener entre sus habitantes a un segmento poblacional marginado y sin acceso a condiciones básicas de vida. En consonancia con esta necesidad, tanto el Convenio de 1951, en su art. 24, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su art. 9, contemplan el derecho a la seguridad y a la asistencia social. No obstante, el Convenio de 1951 restringe el goce de este derecho a las y los refugiados que se encuentren en situación regular, lo que se traduce

20 Milner, J. y Loescher, G., *Responding to protracted refugee situations. Lessons from a decade of discussion*. Refugee Studies Centre, University of Oxford, 2011, pág. 18.

en la urgencia de agilizar los procesos de estudio y aprobación de las solicitudes de asilo, para reducir la cantidad de personas desprotegidas.

a. Integración local

En la búsqueda de soluciones permanentes para el problema de las personas refugiadas a nivel global, se han planteado tres alternativas: la integración local, el retorno voluntario y el reasentamiento. Cada una de estas opciones responde a un cometido distinto y preciso. Mientras la integración local persigue la adaptación de estas personas dentro del Estado receptor, el retorno voluntario busca que regresen a su país de origen, una vez que hayan desaparecido las causas de persecución, mientras, por su parte, el reasentamiento, en la mayoría de los casos, se contempla como una opción para aquellas que continúan siendo perseguidas en los países de acogida. La integración local y el reasentamiento plantean retos considerables para los Estados receptores, puesto que deben idear mecanismos para lograr la inserción de estas personas dentro de sus sociedades.

Tanto para uno como para otro mecanismo resulta indispensable que las y los refugiados cuenten con la posibilidad de ser autosuficientes, posibilitándoles una vida estable en condiciones dignas. El derecho al trabajo, aparte de estar expresamente consagrado en los arts. 17 al 19 del Convenio de 1951, es un derecho que ha sido ampliamente codificado en una multiplicidad de tratados internacionales, tanto en el ámbito universal como regional de protección de los derechos humanos. Así, el derecho al trabajo no sólo obliga a los Estados a fomentar la creación de fuentes de empleo, en aras de garantizar el acceso al mismo, sino que es comprensivo también del derecho de los individuos a ejercer liberalmente sus profesiones y a establecer sus propios medios de subsistencia. Pese a esto, se observa cómo dicho derecho es denegado reiteradamente, dificultando el acceso a un trabajo decente y bien remunerado por parte de las personas refugiadas[21].

21 La discriminación en el acceso al trabajo es un fenómeno presente en los mismos campamentos de refugiados, especialmente en contra de las mujeres, las cuales pese a ser en muchas ocasiones jefas de hogar, se encuentran con que la mayoría de los puestos remunerados disponibles son reservados para los hombres. Harris, J. P., "Refugee Women: Failing to Implement Solutions"... pág. 3.

Reiterando lo afirmado líneas atrás, es importante que los Estados receptores sepan aprovechar el potencial que traen consigo en muchas ocasiones las personas refugiadas. Debido a situaciones de violencia generalizada o de violación sistemática a los derechos humanos, muchas personas con elevados niveles educativos y altamente calificadas se ven compelidas a abandonar sus países. Ello sin tomar en cuenta que algunas de ellas emigran trayendo consigo valiosos bienes de capital que pueden ser de utilidad para impulsar iniciativas empresariales. La puesta en marcha de opciones crediticias y el apoyo estatal para dichas iniciativas es de beneficio mutuo pues, por un lado, se propicia la generación de nuevas fuentes de empleo, mientras que al mismo tiempo, se contrarresta el estigma que pesa sobre las y los refugiados en el sentido de que constituyen una carga[22].

Adicionalmente, debe pensarse en aquel grupo mayoritario de personas refugiadas que habitualmente carece de un nivel educativo óptimo que les permita acceder a un empleo bien remunerado. En estos casos es indispensable que existan programas de capacitación (tanto a nivel técnico como profesional) que les amplíe el espectro de posibilidades laborales. Al tiempo que se brinda capacitación a las y los refugiados, podría impulsarse la formación en ciertas áreas críticas para su propia comunidad. La capacitación de personas en el área de la salud y la educación, por ejemplo, podría contribuir a paliar las necesidades por estos servicios básicos que enfrentan los campamentos de refugiados, al tiempo que se dota de mejores herramientas a estas personas, que pueden poner al servicio del Estado receptor o del país de origen ante la eventualidad de un retorno voluntario[23].

22 "Como reconoce la Agenda de Protección, esta estrategia tiene una serie de ventajas importantes: le permite a los refugiados contribuir a la vida económica de los países y las comunidades en donde viven; reduce la necesidad de programas de socorro internacional costosos y a largo plazo; se promueve la interacción positiva entre los refugiados y sus anfitriones locales, y evita los problemas de protección, incluida la explotación sexual y económica, que afectan a muchas situaciones de refugiados prolongadas". ACNUR, "Situaciones de refugiados prolongadas. Un documento de discusión preparado para el diálogo del Alto Comisionado sobre los desafíos en materia de protección", ACNUR/DPC/2008/Doc. 02, 2008, pág. 15.

23 Milner, J. y Loescher, G., *Responding to protracted refugee situations. Lessons from a decade of discussion...* pág. 20.

b. Cooperación internacional y reasentamiento

Vistas algunas de las principales propuestas para la inserción de las personas refugiadas en los países de acogida, no se debe pasar por alto el elevado costo económico que representa la ejecución de estas medidas sobre el terreno. Ello conduce a pensar que la implementación de estas medidas será posible si y sólo si los Estados receptores cuentan con los recursos económicos suficientes para ejecutarlas. Sin embargo, no se puede obviar la situación real de la mayoría de países receptores de refugiados en el mundo, cuya situación económica se encuentra muy lejos de ser boyante. En muchas regiones del mundo las y los refugiados huyen a pie de las situaciones de persecución, lo cual los lleva a solicitar asilo en países próximos a sus lugares de origen, siendo aquellos en la mayoría de los casos países en desarrollo.

Ante este panorama, los países en desarrollo que brindan acogida a cuantiosas cantidades de refugiados han elevado su voz de protesta frente al mundo desarrollado, solicitando un mayor compromiso por parte de éstos en el abordaje de esta situación. Tal y como lo ha puesto de manifiesto el propio ACNUR: "De conformidad con el principio de cooperación internacional y la responsabilidad compartida, la comunidad internacional debe proporcionar recursos y apoyo adecuados para aquellos países de asilo que estén dispuestos a ofrecer la integración local"[24]. Este señalamiento no hace sino poner de manifiesto lo prescrito por la Carta de las Naciones Unidas (arts. 55.c y 56), que instaura el deber de los Estados miembros de cooperar entre sí para el respeto y la observancia universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En igual sentido, el PIDESC (art. 2.1) impone sobre los Estados parte la obligación de cooperación y asistencia internacional.

La asistencia y la cooperación internacional son vitales para que las personas refugiadas puedan gozar plenamente de sus derechos fundamentales, así como para alivianar la carga que pesa sobre los países de acogida[25]. Los países desarrollados, en cumplimiento de su

24 ACNUR, "Situaciones de refugiados prolongadas. Un documento de discusión preparado para el diálogo del Alto Comisionado sobre los desafíos en materia de protección"... pág 18.

25 ONU, Asamblea General, Informe del 56 período de sesiones del Comité Ejecutivo del programa del Alto Comisionado, Doc. A/AC.96/1021, 2005, pág. 6.

deber de cooperación internacional y teniendo en cuenta que en buena medida la migración sur-norte se ve contenida gracias a la política receptiva de muchos países en desarrollo, han de suministrar fondos para financiar programas de asistencia y capacitación. Otra forma de cooperación internacional se manifiesta por medio de la anuencia a implementar políticas de reasentamiento en sus territorios. Algunos países, como Brasil, han puesto en práctica programas de reasentamiento de personas refugiadas con el objetivo de salvaguardar sus vidas, pero al mismo tiempo para colaborar con otros países receptores de grandes cantidades de refugiados, como Costa Rica y Ecuador (quienes han recibido copiosas cantidades de refugiados colombianos)[26].

c. Acceso a la justicia

El derecho de acceder a la justicia es un derecho humano que a nivel interamericano ha sido incorporado en el Pacto de San José. En el art. 8.1 de dicho cuerpo normativo se contempla la necesaria existencia de garantías que aseguren el acceso a un proceso judicial justo, mientras que en el art. 25 se consagra el derecho de los individuos a ejercer las acciones legales pertinentes ante una acción que violente sus derechos fundamentales. Este derecho de acceder a un proceso judicial justo, con las garantías del debido proceso, se configura como un pilar fundamental del Estado de Derecho. Un Estado sometido a reglas claras, previamente constituidas, brinda seguridad jurídica a los administrados y sienta las bases para el respeto de los derechos humanos. Sobre esta base se asienta el ACNUR, cuando afirma que dichas garantías han de ser observadas tratándose de los procedimientos administrativos de determinación de la concesión del estatus de refugiado[27].

Podría argumentarse que el procedimiento de estudio para examinar las solicitudes de asilo no es un proceso judicial sino administrativo y, por ende, se encuentra fuera del alcance de las disposiciones citadas. Frente a este razonamiento baste con recordar que la protección

26 Moreira, J. B. y Baeninger, R., "Local Integration of Refugees in Brazil", *Forced Migration Review*, No. 35, julio 2010, pág. 48.

27 Murillo González, J. C.. "Justicia y seguridad: su relevancia para la protección internacional de los refugiados"... pág. 452.

internacional de los refugiados es una obligación internacional que han contraído los Estados al haber ratificado el Convenio de 1951. Ello implica que los Estados, al interior de sus jurisdicciones, han de garantizar que los procedimientos establecidos cumplan con lo prescrito en este tratado, así como con los tratados de derechos humanos que hayan ratificado. Por ende, si las resoluciones dictadas en sede administrativa son impugnables en la vía judicial para los nacionales, debe garantizarse ese mismo derecho a las personas solicitantes de asilo al tenor de lo fijado en el art. 16 del Convenio de 1951.

De esta forma, el acceso a la justicia debe ser garantizado en todo momento a las y los refugiados, dotándolos con la posibilidad de impugnar en sede jurisdiccional aquellas resoluciones de la autoridad migratoria respectiva que les sean desfavorables. El control judicial es de suma importancia para prevenir la vulneración de los derechos tutelados a escala internacional. Piénsese, por ejemplo, en el caso del principio de *non refoulement*, de importancia mayúscula para resguardar la vida e integridad física de las personas refugiadas. Dicho principio, además de ser abarcado por distintos instrumentos jurídicos convencionales, se afirma que forma parte de aquel cúmulo de derechos que conforman el *ius cogens*[28]. La elevación del principio de *non refoulement* a este rango, trae consigo la imposibilidad de dictar disposición o acto alguno contrario al mismo, pues es bien sabida la jerarquía única y exclusiva de que gozan las normas de *ius cogens* en el ámbito del derecho internacional.

El derecho de acceso a la justicia, por otra parte, ha de habilitar a las personas refugiadas a presentar acciones directamente ante los

28 Tal y como magistralmente lo pone de manifiesto el juez de la Corte Internacional de Justicia Cançado Trindade: "Considerando que ya se ha conformado en nuestros días un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extra-legales y arbitrarias, y que el principio de *non-refoulement*, con el aporte que le ha sido dado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pretende precisamente evitar el simple riesgo de someter a alguien a tortura (y a tratos crueles, inhumanos o degradantes), cuya prohibición es absoluta, ya no hay que dudar, en mi entender, que el principio de *non refoulement* recae en el dominio del *jus cogens*". Cançado Trindade, A. A. y Ruiz de Santiago, J., *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del Siglo XXI*. Gossestra Internacional, San José, Costa Rica, 2001, págs. 57-58.

tribunales constitucionales[29], como una forma de obtener una rápida y contundente respuesta ante una eventual violación a sus derechos fundamentales. Ello posibilitaría una respuesta mucho más ágil por parte de la administración de justicia, en lugar de tener que esperar el transcurso de lapsos prolongados, como en muchas ocasiones ocurre con los procesos judiciales ordinarios. Cabe observar, por último, que el acceso a la justicia es un derecho humano que no puede ser negado sobre la base de la condición migratoria de un individuo. Bajo esta tesitura, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado categóricamente "que los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en detrimento de los migrantes, y deben asegurar el debido proceso legal a cualquier persona, independientemente de su estatuto migratorio. Este último no puede ser una justificativa para privar a una persona del goce y ejercicio de sus derechos humanos"[30].

Conclusiones

El problema que trae consigo la atención de flujos masivos de personas refugiadas excede las fronteras de los países de acogida y ha pasado a ser abordado como un fenómeno con implicaciones globales. Hoy en día, en múltiples lugares del planeta, persisten confrontaciones y situaciones de persecución que obligan a familias enteras a abandonar sus lugares de residencia habitual. La preocupación por estos flujos masivos de personas ha sido tal que incluso el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se ha involucrado en la atención del mismo. Es dable pensar que los flujos descontrolados de personas puedan llegar a desestabilizar una región al punto de desencadenar conflictos armados. Las personas, ante situaciones extremas, deben incurrir en actos de violencia para lograr acceder a condiciones mínimas de subsistencia, por lo cual se torna imperativo brindarles el socorro y la asistencia debida, en consonancia con lo establecido en el Convenio de 1951.

29 Murillo González, J. C.. "Justicia y seguridad: su relevancia para la protección internacional de los refugiados"... pág. 451.

30 Cançado Trindade, A. A., *El ejercicio de la función judicial internacional. Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Del Rey Editora, Belo Horizonte, Brasil, 2011, pág. 99.

Sin embargo, dicha asistencia no puede ser delegada como una responsabilidad que concierne exclusivamente a los Estados receptores, sino que por el contrario es una responsabilidad compartida, especialmente con aquellos países desarrollados que tienen la capacidad para aportar recursos financieros que permitan mejorar las condiciones de vida de estas personas. Esta responsabilidad compartida no encuentra su asidero únicamente en el principio de solidaridad o de cooperación internacional, como oportunamente se observó, sino también en el hecho de que muchos de los conflictos, que en la actualidad se suscitan, tuvieron como causa de origen la intervención de las potencias coloniales que tenían intereses en juego. Dichos intereses han sido de muy diversa índole a lo largo de la historia, pero lo importante ahora radica en que los países más pudientes cobren consciencia de la necesidad de apoyar más decididamente a las organizaciones internacionales, como el ACNUR, que velan por los derechos de las y los refugiados.

Por otra parte, la sociedad internacional en su conjunto debería adoptar un papel más activo en lo que atañe a la prevención de las situaciones de refugiados. Ha sido hartamente divulgado que una de las principales causas de desplazamiento se origina ante el irrespeto sistemático a los derechos humanos. Ello reitera la imperiosa necesidad de poner en acción los mecanismos de presión política en distintos foros, tanto en el ámbito universal como regional, para compeler a los Estados infractores a respetar las obligaciones internacionales adquiridas. Esta presión internacional puede efectuarse por medio del refuerzo de los mecanismos cuasi-jurisdiccionales, como los contemplados por los protocolos facultativos al PIDCP y el PIDESC, pero también por medio de sanciones económicas, ya que los desplazamientos masivos han de ser considerados como amenazas a la paz y seguridad internacionales (en tanto factores desestabilizantes), que faculten a interponer sanciones de las prescritas en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

A nivel regional, específicamente en el ámbito americano, es destacable el rol fundamental que ha venido desempeñando la Corte Interamericana de Derechos Humanos en pro de la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, resulta acuciante que los Estados adopten una interpretación evolutiva de las disposiciones del Convenio

de 1951, acorde con las nuevas tendencias de protección de la persona. Saltan a la vista las situaciones de persecución por razón de género, así como las vulnerabilidades propias de las y los menores de edad y de las víctimas de las redes criminales transnacionales. Para este fin, debe dotarse al funcionariado de la administración de justicia, a lo interno de los Estados, con la capacitación adecuada en estas materias, así como también se debe procurar el fortalecimiento de los tribunales constitucionales. A pesar de todos estos esfuerzos, quizás la solución óptima pase por la redacción de un tratado o al menos una declaración, que siente las bases para ampliar definitivamente el concepto de refugiado, que a la vista de las circunstancias actuales pareciera haber quedado un tanto desfasado.

Otras referencias

Cançado Trindade, Antônio Augusto, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y convergencias", en: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, págs. 187-267.

Fifth Colloquium Participants, "The Michigan Guidelines on the Right to Work", *Michigan Journal of International Law*, No. 2, Vol. 31, invierno 2010, págs. 293-306.

Retos y avances de la educación en derechos humanos en la educación básica: el camino recorrido en Brasil

*Aida Maria Monteiro Silva**
*Celma Tavares***

Introducción

Reflexionar en torno a la Educación en Derechos Humanos (EDH) en Brasil es una necesidad irrenunciable, si entre nuestras aspiraciones se encuentran el desarrollo de una formación humanista y el fortalecimiento de las estructuras democráticas de la sociedad. Comprendemos que, mediante la educación entendida en esta perspectiva, las personas pueden convertirse en sujetos de derechos, conocedoras de los procesos históricos relacionados con las conquistas, avances y retrocesos respecto a la efectividad y ampliación de sus derechos y deberes.

A lo largo de los últimos años, Brasil ha ido conquistando diversos logros en esta materia, principalmente en términos normativos. El gran marco de esos avances es la Constitución de 1988 que, junto con otros documentos, ha contribuido a fomentar políticas públicas de derechos humanos y de educación en derechos humanos. Entre estos documentos destacan los Programas Nacionales de Derechos Humanos I, II y III (1996, 2002, 2010, respectivamente) y el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos (2006).

* Doctora en Educación por la Universidad de São Paulo. Profesora titular de Educación en la Universidad Federal de Pernambuco. Coordinadora del Núcleo de Estudios e Investigaciones de Educación en Derechos Humanos de la Universidad Federal de Pernambuco. Excoordinadora y actual integrante del Comité Nacional de Educación en Derechos Humanos. Autora de textos en el área de formación del profesorado, didáctica y educación en derechos humanos.

** Doctora en Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca, España. Consultora en educación en derechos humanos. Investigadora del Núcleo de Estudios e Investigaciones de Educación en Derechos Humanos de la Universidad Federal de Pernambuco. Becaria de la Fundación de Amparo a la Ciencia y Tecnología del Estado de Pernambuco, con proyecto de investigación sobre educación en derechos humanos en las escuelas públicas. Autora de textos en el área de educación en derechos humanos, género y comunicación.

En este contexto, en el 2010 el Ministerio de Educación (MEC), a través de la Secretaría de Educación Continua, Alfabetización y Diversidad (SECAD), incentivó y apoyó a las Secretarías de Educación de los Estados y del Distrito Federal para que elaborasen los Planes de Acción de Educación en Derechos Humanos para la Educación Básica, con el objetivo de incorporar una perspectiva de educación centrada en el respeto a los derechos humanos dentro de la red pública de enseñanza, buscando favorecer la formación activa de la ciudadanía.

Considerando las orientaciones que el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos (2006) y el Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos (2004) realizaron en pos de la implementación de políticas educacionales que incorporaran los contenidos y prácticas de derechos humanos, este artículo procurará exponer y reflexionar acerca de la etapa en la que se encuentran las Secretarías de Educación de los Estados y del Distrito Federal de Brasil respecto a su actuación en la materia. Los datos que aquí se presentan forman parte de la primera sección de una investigación sobre el tema, actualmente en desarrollo.

En esta primera fase, la investigación estudió y analizó los documentos elaborados por los Planes de Acción de Educación en Derechos Humanos, realizados por las Secretarías de Educación por iniciativa del MEC. Es decir, examinó el nivel de intencionalidad de las Secretarías de Educación, buscando responder a la cuestión que articula el estudio: en la actualidad la Educación en Derechos Humanos, ¿es una política de Estado o se articula sólo mediante proyectos puntuales?

Ponderando la importancia de estos materiales en la construcción de una cultura de derechos humanos, por medio de la presencia de la EDH en los sistemas educativos, en los currículos y en los proyectos político-pedagógicos de las escuelas, el análisis de la propuesta de los planes que se presentará a continuación, posibilita conocer las tendencias del área de la EDH en el conjunto de las redes públicas de enseñanza y contribuir a la evaluación de estas experiencias.

La investigación, desarrollada en el período 2010-2011, se fundamenta en el abordaje cualitativo, en el entendimiento de que esta metodología es la que más se acerca a los objetivos del estudio, ya que "se preocupa por un nivel de la realidad no cuantificado, ahonda en el

mundo de los significados de las acciones y relaciones humanas, un lado no perceptible en las ecuaciones, medias y estadísticas"[1/2].

Para el estudio de los Planes de Acción se elaboró una matriz que ayudara a sistematizar los datos disponibles en ellos, buscando identificar sus avances y limitaciones. Esta matriz se fue ajustando y modificando a medida que el proceso de análisis avanzaba, según las necesidades de la investigación[3].

Respecto al espacio geográfico, se delimitó el universo a las 27 Secretarías de Educación donde los planes han sido solicitados, obteniéndose una devolución de veinte Planes de Acción de los Estados y del Distrito Federal. Es importante destacar que dichos planes engloban todas las regiones del país, lo que representa un muestreo significativo con relación al objeto investigado. El estudio incluye: Región Norte: Acre, Amapá, Roraima, Rondônia, Tocantins; Región Noreste: Pernambuco, Maranhão, Sergipe, Alagoas, Bahia, Piauí, Rio Grande do Norte; Región Centro-Oeste: Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul; Región Sudeste: Rio de Janeiro, São Paulo; Región Sur: Rio Grande do Sul, Paraná[4].

La importancia de este primer estudio no debe ser minimizada, aunque se reconozca que una investigación de este porte requiere de otros niveles de profundización a fin de lograr un mejor acercamiento a la realidad investigada, como lo es el seguimiento de las acciones (que será objeto de estudio en una segunda etapa de investigación). Posibilita, entre otras cuestiones, el mapeo de la realidad en la que se encuentran las Secretarías de Educación en materia de EDH.

---

1 Minayo, Maria Cecília de Souza (coord.), *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. Vozes, Petrópolis, RJ, 1994, págs. 21-22.

2 Todas las citas de libros en portugués han sido traducidas al español por las autoras.

3 Ver la matriz en anexo.

4 La Región Norte está compuesta de siete Estados; la Región Noreste, de nueve; la Región Centro-Oeste, de tres Estados y el DF; la Región Sudeste, de cuatro, y la Región Sur, de tres Estados.

1. ¿Por qué educar en derechos humanos?

En Latioamérica, la educación en derechos humanos es una práctica reciente, que surge en el contexto de las luchas y movimientos sociales de resistencia frente al autoritarismo de las dictaduras. Las primeras experiencias de EDH, según los registros del Consejo de Educación de Adultos de América Latina (CEAAL) y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se materializaron mediante experiencias de educación popular y de educación no formal[5].

En Brasil, la EDH también es una práctica reciente. La historia de la sociedad brasileña ha estado marcada por una cultura de explotación, violencia y exterminio de poblaciones afro e indígenas, sometidas a un proceso de esclavitud que duró casi 400 años. Además, el Brasil republicano vivió largos periodos de autoritarismo dictatorial e, incluso en épocas de democracia, los derechos más básicos de los seres humanos han sido violados, destacando entre ellos el de la educación. Estas prácticas, unidas a la estructura organizativa del Estado brasileño, contribuyen a que no se reconozcan los derechos de todas las personas, consolidando en la sociedad una subjetividad contraria al respeto y la promoción de los derechos humanos. Los períodos democráticos han sido breves y frágiles; sólo es a partir de 1985, en la última transición política, y con la participación de los movimientos sociales en la lucha por la redemocratización del país, cuando la EDH empieza a adquirir una forma más sistemática[6].

El proceso de organización de la sociedad brasileña ha sido fundamental para la difusión y ampliación de prácticas de EDH, especialmente a partir de la segunda mitad de los años noventa, incluyéndose con mayor intensidad en los programas gubernamentales[7].

---

5 Basombrio citado por Candau, Vera, "Educação em direitos humanos: uma proposta de trabalho", en: Zenaide, Maria de Nazaré (coord.). *Oficinas aprendendo e ensinando direitos humanos*. JB Ed., João Pessoa, 1999, págs. 13-14.

6 Silva, Aida Maria Monteiro, "Direitos humanos na educação básica: qual o significado?", en: Silva, Aida Maria Monteiro, y Celma Tavares (coords.), *Política e fundamentos da educação em direitos humanos*. Cortez, São Paulo, 2010, págs. 41-63.

7 En ese período destacan la creación de la Secretaría de Derechos Humanos en el ámbito federal (hoy con rango de Ministerio), la creación del Premio Nacional

Al mismo tiempo, en la esfera internacional la EDH va consolidando su radio de acción. Un análisis, aun breve, del ordenamiento jurídico que legitima la EDH en los sistemas Universal e Interamericano, permite tener una visión de su relevancia.

En 1993, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) impulsó la temática con su Declaración y Programa de Acción, señalando que "la educación en materia de derechos humanos debe abarcar la paz, la democracia, el desarrollo y la justicia social"[8]. En la siguiente década, la EDH se transformó en un tema prioritario para la ONU, primero con el Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos y, posteriormente, con la Resolución No. 59/113 de 2004, que creó el Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos[9].

Según el Programa Mundial, la EDH debe favorecer la creación de:

> [...] una cultura universal en la esfera de los derechos humanos [...], con la finalidad de: a) Fortalecer el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; [...] c) Promover la comprensión, la tolerancia, la igualdad entre los sexos y la amistad de todas las naciones, los pueblos indígenas y los grupos raciales, nacionales, étnicos, religiosos y lingüísticos; d) Facilitar la participación efectiva de todas las personas en una sociedad libre y democrática[10].

En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA) destacan el Protocolo de San Salvador (1988), la Carta Democrática Interamericana (2001), el Programa Interamericano sobre Educación

---

de Derechos Humanos y la elaboración de programas de derechos humanos. En el ámbito de los Estados y Municipios, se crearon varias Secretarías de Derechos Humanos y Consejos de Defensa de los Derechos Humanos, favoreciendo y ampliando los conocimientos en torno a la materia, algo que antes no estaba en las agendas gubernamentales.

8 Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, párr. 80. Disponible en: <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/A.CONF.157.23.Sp>, a junio de 2011.

9 El Programa considera la EDH es esencial para la realización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

10 ONU, Proyecto revisado del plan de acción para la primera etapa (2005-2007) del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos, 2005, pág. 8. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/253/77/PDF/N0525377.pdf?OpenElement>, a junio de 2008.

en Valores y Prácticas Democráticas (2005) y el Pacto Interamericano por la Educación en Derechos Humanos (2010). De acuerdo con el Protocolo, "la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz"[11].

En los documentos brasileños la perspectiva es muy similar, pudiéndose citar, por ejemplo, la Constitución Federal, de 1988, y la Ley de Directrices y Bases de la Educación, de 1996. Ante este escenario internacional y nacional, Brasil creó en el 2003 el Comité Nacional de Educación en Derechos Humanos y, siguiendo el ejemplo de los Programas Nacionales de Derechos Humanos (PNDH), elaboró el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos (PNEDH) como documento específico de la educación en este ámbito[12].

El PNEDH tiene entre sus objetivos proponer políticas educacionales que fomenten el respeto de los derechos humanos y enfatizar el papel de estos derechos en el desarrollo nacional. Además, sus propuestas de acción están divididas en cinco áreas temáticas: educación básica; educación superior; educación no-formal; educación de las y los profesionales de los sistemas de justicia y seguridad; educación y medios de comunicación.

La EDH en Brasil, de acuerdo con el PNEDH, en su versión en español, es comprendida como:

> [...] un proceso sistemático y multidimensional que orienta la formación del sujeto de derechos, articulando las dimensiones de aprehensión de

11 OEA, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", 1988, art. 13, inc. 2. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos4.htm>, a enero de 2004.

12 La primera versión del Plan fue divulgada en el 2003 con el fin de favorecer la implementación de políticas, programas y acciones comprometidas con la cultura de respeto y promoción de los derechos humanos. Entre el 2004 y el 2005, el PNEDH fue debatido en encuentros, seminarios y foros, contando con las contribuciones de representantes de la sociedad civil y del gobierno para mejorar el documento. Ese proceso de consulta, además de incorporar propuestas para la nueva versión del Plan, tuvo como resultado la creación de Comités Estatales de Educación en Derechos Humanos. En el 2006, el Plan fue divulgado en su segunda versión.

> conocimientos históricamente construidos sobre derechos humanos; la afirmación de valores, actitudes y prácticas sociales que expresen la cultura de los derechos humanos; la formación de una conciencia ciudadana capaz de hacerse presente en los ámbitos cognitivo, social, ético y político; el desarrollo de procesos metodológicos participativos y de construcción colectiva; el fortalecimiento de prácticas individuales y sociales que generen acciones e instrumentos en favor de la promoción, la protección y la defensa de los derechos humanos, así como de la reparación de las violaciones de los mismos[13].

En este sentido, según Silva:

> La educación en derechos humanos no se limita a la contextualización y a la explicación de las variables sociales, económicas, políticas y culturales que interfieren y orientan los procesos educativos. Va más allá de la contextualización, aunque sea ésta imprescindible para la comprensión de su construcción. Forma parte de esta educación aprehender los contenidos propios de esta área, es decir: la historia, los procesos de evolución de las conquistas y de las violaciones de los derechos, las legislaciones, pactos y tratados que sostienen y garantizan los derechos, y que deben insertarse en el currículo básico. [...] [L]os contenidos deben asociarse al desarrollo de los valores, comportamientos éticos en la perspectiva de que el ser humano es siempre incompleto en su formación. Por ser incompleto en cuanto ser social, el ser humano necesita permanentemente conocer, construir y reconstruir reglas de convivencia en sociedad[14].

De acuerdo al Informe Interamericano de la Educación en Derechos Humanos, del IIDH, Brasil es uno de los países latinoamericanos que más ha desarrollado el área de la EDH[15]. Según el análisis de Silva,

13 MEC/MJ/UNESCO, *Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos*. Brasil, 2008, pág. 25.

14 Silva, Aida Maria Monteiro, "Preparação, implementação e impacto do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos", Recife, 2011, pág. 49 (mimeo).

15 Para hacer el monitoreo de la situación sobre la materia en el continente, el IIDH empezó a elaborar, desde 2002, informes periódicos sobre diversos aspectos relacionados con esta área en los diecinueve países latinoamericanos que ratificaron el Protocolo de San Salvador. El primer informe, del 2002, presentó los aspectos normativos; el segundo, del 2003, abordó el currículo y los textos escolares; el tercero, del 2004, se centró en los principios, contenidos y orientaciones pedagógicas a las y los docentes; el cuarto, del 2005, apuntó los progresos alcanzados en el establecimiento de la EDH como una política de Estado; el quinto, del 2006, trató sobre la selección de contenidos que deben formar parte del currículo y el establecimiento de los espacios adecuados para

a partir del PNEDH, en la educación básica brasileña se observa la inserción de los contenidos de derechos humanos en las escuelas, aunque en la mayoría de los Estados éstos se trabajen mediante proyectos y acciones puntuales, sin articularse con el contenido curricular. Los avances en la enseñanza superior se traducen en la oferta de asignaturas en los cursos de graduación y posgrado, en la organización de una red de educadores y educadoras en derechos humanos, en la formación y elaboración de material didáctico específico en dieciséis Estados, y en la creación de los Comités Estatales de EDH con la participación de las universidades. La educación no formal sigue siendo la principal área de realización de acciones de defensa de los derechos humanos. En el ámbito de la educación de las y los profesionales del sistema de justicia y seguridad, se llevó a cabo la elaboración de un currículo donde el contenido en derechos humanos se inserta, para los procesos de formación de la Secretaría Nacional de Seguridad Pública. Por último, los progresos en la esfera de la educación y los medios de comunicación, considerada una de las áreas más complejas, no han sido muy significativos[16].

A su vez, la posibilidad de continuar las intervenciones en este campo, especialmente en el ámbito de la educación formal[17], se incrementó con la aprobación en el 2012 de las Directrices Nacionales para la Educación en Derechos Humanos[18], desarrolladas por el Consejo Nacional de Educación, órgano responsable de la reglamentación de las

que estos se desarrollen con eficacia; el sexto, del 2007, focalizó el desarrollo normativo de la educación en derechos y el gobierno estudiantil; el séptimo, del 2008, discutió el desarrollo de conocimientos específicos de derechos humanos en los programas de estudio; el octavo, del 2009, verificó el desarrollo de conocimientos específicos de derechos humanos en los libros de texto; el noveno, del 2010, abordó el desarrollo de la metodología de educación en derechos humanos en los libros de texto; y el décimo, del 2011, señaló el desarrollo en las políticas de convivencia y seguridad escolar con enfoque de derechos.

16 Silva, Aida Maria Monteiro, "Preparação, implementação e impacto do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos"... págs. 6-8.

17 Es importante señalar que Brasil posee instrumentos normativos en el área de la educación desde 1996, que legitiman el trabajo de EDH en las escuelas, como por ejemplo, la Ley de Directrices y Bases de la Educación, las Directrices Nacionales Generales para la Educación Básica y las Directrices Curriculares Nacionales para la Enseñanza Fundamental de 9 años.

18 Las Directrices poseen carácter obligatorio, definen los principios de la educación en derechos humanos e indican cómo ésta puede ser incluida en la educación básica y en la enseñanza superior.

políticas de educación en el país. Igualmente, se amplió con el desarrollo de los Planes de Acción de Educación en Derechos Humanos para la Educación Básica, elaborados por las Secretarías de Educación de los Estados y del Distrito Federal.

Además, es importante señalar que existen varias razones para educar en derechos humanos, como demuestra lo señalado hasta el momento. Educar en derechos humanos potencia en las personas el respeto al ser humano y a su dignidad, los valores democráticos, la tolerancia y la convivencia dentro de las reglas del Estado de Derecho, contribuyendo a que éstas asuman el papel de protagonistas de su historia, conscientes de sus responsabilidades sociales, políticas y culturales, como artífices de las transformaciones necesarias en cada realidad.

Por último, incorporar la práctica de los derechos humanos en el ámbito de la educación sistemática tiene como finalidad alcanzar la población de todas las franjas etarias y de todas las áreas de formación. La escuela y cada uno de sus agentes no pueden eludir su responsabilidad como formadores en principios y valores, que igualmente se relacionan con los derechos humanos, puesto que en su actuación diaria, más que trasmitir contenidos del currículo, imprimen modelos y conductas.

2. Educación en derechos humanos: ¿política de Estado o de proyectos?

Considerando que en un régimen democrático es fundamental "atribuir a la educación un lugar indispensable de formación en y para los derechos humanos"[19], el intento de responder a la cuestión central de esta investigación y acercarse a las tendencias indicadas en las propuestas de los Planes de Acción de las Secretarías de Educación estuvo orientado por la estructura teórico-metodológica específica de la materia, como también por sus instrumentos normativos y técnicos.

Es necesario señalar que entendemos el concepto de política pública desde la perspectiva de acción del Estado democrático de Derecho. En esta sentido, el Estado tiene la obligación de elaborar y fomentar

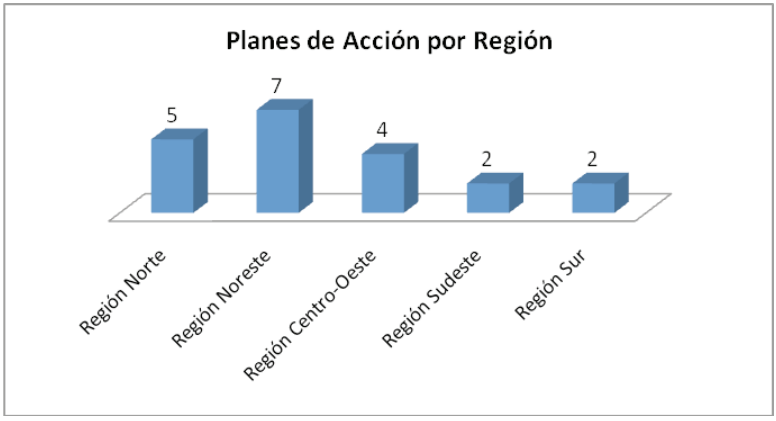
19 Viola, Solon, "Políticas de educação em direitos humanos", en: Silva, Aida y Celma Tavares, *Política e fundamentos da educação em direitos humanos*. Cortez, São Paulo, 2010, pág. 22

acciones dirigidas a los intereses de la población, con su participación y monitoreo. Por esta razón las políticas públicas deben ser de Estado y no de gobiernos, para que puedan consolidarse y garantizar su efectividad y continuidad.

Así se comprende, de acuerdo con Texeira[20], que las políticas públicas son directrices y principios orientadores cuya realización es responsabilidad del poder público, en mediación con los diferentes segmentos de la sociedad, de forma participativa y como guías de las acciones de gobierno.

Respecto a la concepción de los proyectos, éstos son entendidos como acciones sectoriales que deben articularse con el total de las políticas públicas, pero que tienen un radio de actuación limitado y, por norma general, dan atención a situaciones específicas y puntuales. Están compuestos por un conjunto de actividades que desarrollan conocimientos específicos, vinculándose a problemáticas de una determinada institución o comunidad.

Con base en este marco teórico, se analizan a continuación los veinte Planes de Acción de los Estados y del Distrito Federal, distribuidos en las regiones brasileñas de acuerdo con el gráfico que sigue:



Inicialmente, se elaboró una matriz de análisis conformada por dieciséis cuestiones, que engloban los siguientes puntos:

20 Teixeira, Elenaldo Celso, "Políticas públicas: o papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade", *Revista da AATR-BA*, 2002, págs. 1-11.

- Comprensión y objetivos
- Procesos
- Contenidos
- Elaboración de material didáctico
- Local de realización
- Público
- Estructura y apoyo de la Secretaría
- Propuestas.

Los datos obtenidos posibilitaron la agrupación de los principales resultados en tres grandes bloques, que serán presentados de la siguiente manera: a) comprensión y objetivos; b) contenidos y procesos para el desarrollo de acciones de EDH; c) estructura y organización para el desarrollo de los Planes de Acción.

a. Comprensión y objetivos

i. Concepción

La comprensión de la educación en derechos humanos presentada en los planes es un punto esencial para concretar el plano de significación general en torno a lo que se propone, así como para identificar su orientación político-pedagógica. Es así porque, según Silva: "esta temática es polisémica, una vez que permite varias concepciones e intencionalidades, y por esta razón nos remite a la necesidad de asumir la definición de educación que posee la perspectiva de la defensa intransigente de los derechos humanos para todos"[21].

En este sentido, se considera que el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos, como orientador de las políticas propias del área, es el instrumento adecuado para obtener esa comprensión. En el PNEDH, la EDH es entendida como un proceso sistemático y multidimensional que orienta la formación de sujetos de derechos, articulando varias dimensiones.

Siguiendo este planteamiento, el Programa Nacional de Derechos Humanos, en su tercera versión, adopta la Educación y Cultura en Derechos Humanos como uno de sus ejes temáticos, explicitando que:

21 Silva, Aida Maria Monteiro, "Preparação, implementação e impacto do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos"... pág. 47.

> [...] la educación y la cultura en Derechos Humanos buscan la formación de nueva mentalidad colectiva basada en el ejercicio de la solidaridad, el respeto a la diversidad y la tolerancia. Como proceso sistemático y multidimensional que orienta la formación del sujeto de derechos, su objetivo es combatir el prejuicio, la discriminación y la violencia, promoviendo la adopción de nuevos valores de libertad, justicia e igualdad[22].

En el ámbito internacional, en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, la ONU se posicionó a este respecto, señalando en la Declaración de Viena que "la educación, la capacitación y la información pública en materia de derechos humanos son indispensables para establecer y promover relaciones estables y armoniosas entre las comunidades y para fomentar la comprensión mutua, la tolerancia y la paz"[23].

Esa posición avanzó con la aprobación, en el año 2004, del Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos, estableciéndose que la EDH debe fortalecer el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; desarrollar plenamente la personalidad humana y el sentido de la dignidad del ser humano; promover la comprensión, la tolerancia y la igualdad; facilitar la participación efectiva de todas las personas en una sociedad libre y democrática en la que impere el Estado de Derecho; fomentar y mantener la paz; y promover un desarrollo sostenible centrado en las personas y en la justicia social[24].

De acuerdo con los datos extraídos del análisis de los Planes de Acción, la comprensión de la EDH en ellos presentada sigue, en general, el patrón del PNEDH, del PNDH-3 y del Programa Mundial. Todos están dirigidos a la formación humana, al respeto de la dignidad, de la diversidad y de la diferencia. Igualmente, incluyen la construcción de una cultura que englobe la práctica educativa, el currículo y el proyecto político-pedagógico de las escuelas, y sea crítica, discutiendo la realidad

22 SEDH/MJ, *Programa Nacional de Direitos Humanos*, Brasil, 2010, pág. 185.

23 Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, parte 2, D, párr. 78.

24 ONU, Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos, 2005, págs. 4-5.

y generando conocimientos y contenidos según las demandas sociales. En las definiciones presentadas también se señala la educación como un derecho fundamental, y un medio para la materialización de otros derechos y para la formación de la ciudadanía activa.

ii. Objetivos

Los objetivos presentados en los Planes de Acción igualmente se constituyen en puntos relevantes para el entendimiento de la viabilidad y de la dirección de la propuesta. Entre las diversas posibilidades sobre qué hacer, la opción que está presente en el conjunto de los documentos revela las influencias de, por lo menos, dos ámbitos: el técnico y el político.

Esto se corresponde con el planteamiento de Candau[25] en cuanto a la necesidad de "desnaturalizar la postura que supone que dándose la trasmisión de conocimientos en derechos humanos necesariamente la educación en derechos humanos se hace presente". En otras palabras, y de nuevo de acuerdo con la autora, "para construir una propuesta de educación en derechos humanos, nuestra primera tarea es explicitar lo que pretendemos alcanzar", es decir, es necesario explicitar los objetivos de la proposición, porque son estos los que orientan las acciones.

Considerando esta postura, la mayoría de los planes, en lo referente a sus objetivos, se divide en cuestiones técnicas, políticas o técnico-políticas. Algunos también incluyen cuestiones políticas y de gestión.

Respecto a las cuestiones técnicas, las que más aparecen son la formación, la investigación y la producción de materiales. En las cuestiones políticas, destaca la construcción de una cultura de derechos humanos. Entre las cuestiones técnico-políticas, están presentes, por ejemplo, la elaboración de una propuesta curricular de EDH; la inclusión de la EDH en el proyecto político-pedagógico de las escuelas; el cambio en el contenido curricular de los cursos de formación del profesorado y la incorporación de la EDH como eje orientador de los planes municipales y estatales de educación. En el campo de las cuestiones políticas y de

25 Candau, Vera, "Educação em direitos humanos: questões pedagógicas", en: Bittar, Eduardo (coord.), *Educação e metodologia para os direitos humanos*. Quartier Latin, São Paulo, 2008, pág. 286.

gestión, se presentan la inclusión de la EDH como criterio para evaluar la adquisición de libros didácticos por parte del Estado, y el fortalecimiento de los Consejos Escolares como agentes que promocionen a la EDH.

Ante lo expuesto, se puede concluir la existencia de incertidumbres con relación a la dirección que tomará el desarrollo de los planes, y a fin de que las acciones estén presentes en áreas fundamentales para la EDH, como son la formación, el currículo y el proyecto político-pedagógico de las escuelas.

b. Contenidos y procesos para el desarrollo de las acciones de EDH

El bloque sobre los contenidos y procesos aborda los aspectos necesarios para la planificación de una actuación coordinada y sistemática en el área de la EDH. Estos son, entre otros, la forma de trabajar los contenidos, el currículo, los procesos formativos y la elaboración de material didáctico.

Estos elementos posibilitan reforzar tres dimensiones de la EDH, señaladas por Candau[26]: la formación de sujetos de derechos, el favorecimiento de procesos de empoderamiento y los procesos de transformación necesarios para la construcción de sociedades verdaderamente democráticas y humanas.

i. Metodología de trabajo

En la metodología de trabajo del área de la EDH propuesta por las Secretarías de Educación se priorizan las políticas dirigidas al conjunto del sistema educativo. Esta elección se señala frente a otras opciones, como los proyectos específicos para cada escuela o los proyectos desarrollados por instituciones externas a las secretarías, en la mayor parte de los planes. Sin embargo, se observa una contradicción en los planes entre la proposición (más general) de trabajar la EDH involucrando a todo el sistema de educación y las acciones (más específicas), cuyas propuestas aparecen de forma más puntual, eventual y enfatizando determinados temas.

Se comprende que el desarrollo de los planes como políticas de Estado es de fundamental importancia para el fortalecimiento de la

26 *Ibídem*, págs. 289-290.

EDH, pues si las personas gestoras asumen el Plan de Acción de EDH como una política pública, presente en el sistema educativo en su totalidad, queda patente la prioridad de dicha educación. Esto significa que los procesos de formación, la definición de los contenidos en los procesos de selección de las y los profesionales, el currículo, la selección y producción de material didáctico, se desarrollan bajo la óptica de los derechos humanos. Además, cuando se trata de una política de Estado, se extiende su duración en los sistemas de enseñanza.

No obstante, la contradicción identificada entre la propuesta de incorporar de forma transversal la EDH al sistema de enseñanza y el planteamiento de un conjunto de acciones que no contemplan directamente dicha perspectiva deja ver –junto con la disparidad de propuestas en un mismo documento– los retos que las Secretarías de Educación aún tienen que superar para establecer la EDH como una política pública.

Es importante, además, destacar que la decisión política de situar al sistema de enseñanza en la perspectiva de una educación basada en el respeto de los derechos humanos refuerza la comprensión de que el trabajo con la EDH implica una postura política y ético-valórica y, por lo tanto, no neutral. En dicha comprensión:

> [...] no es posible disociar la cuestión de las estrategias metodológicas para la educación en derechos humanos de una visión político-filosófica, de una concepción de los derechos humanos y del sentido de educarse en derechos humanos en una determinada sociedad en un momento histórico concreto[27].

La EDH pretende construir una cultura de respeto integral a los derechos humanos. Así, tiene como objetivo favorecer el cambio de conducta para crear prácticas sociales, formando al sujeto de derecho para que actúe en consonancia con una cultura de respeto al otro. Este proceso debe estar guiado por tres ejes principales: a) información y conocimiento sobre los derechos humanos y la democracia; b) valores que sostengan tanto los principios y la normativa de los derechos humanos como también las actitudes coherentes con ellos; c) capacidades para poner en práctica, con eficacia, los principios de los derechos humanos y de la democracia en la vida diaria.

27 *Ibídem*, pág. 291.

ii. Acciones

En la mayoría de las propuestas las acciones se establecen por un periodo breve, en general de uno o dos años. El nivel de concreción de las acciones no es homogéneo. Al detallarlas, la mayoría de los planes identifica ítems tales como objetivos, metas, resultados, plazos, responsables y articulación con otras instituciones. Sin embargo, no son muchos los que desarrollan el ítem referente al presupuesto, dando la impresión de que se tratará de un descuido y pudiéndose poner en cuestión el modo de materialización de los planes.

La prioridad de las acciones de los planes es la formación. Igualmente están previstas, aunque en menor proporción, la producción de material didáctico, la inserción de la temática en el proyecto político-pedagógico y en el currículo, y el seguimiento de las acciones.

iii. Formación

Sobre los procesos de formación, todos los planes los incluyen en sus acciones y, en su mayor parte, están dirigidos al profesorado. Algunos se destinan también a las y los profesionales de la educación de forma general, así como a otro tipo de público. Son propuestas que temáticamente se vinculan con las leyes 10.639/03 y 11.645/08, que obligan a la enseñanza de la Historia y Cultura Afro-Brasileira e Indígena; la metodología de enseñanza y currículo en EDH; el Estatuto del Niño y del Adolescente; la Ley 1.340/06, conocida como Ley "Maria da Penha", que castiga la violencia doméstica y familiar contra la mujer; las estrategias pedagógicas de combate de la violencia en las escuelas y todas las formas de intolerancia a la diversidad social, cultural, religiosa, de género, de etnia, entre otras.

El foco en la formación responde, de esta forma, a la necesidad de establecer la EDH como una política pública, cumpliendo las propuestas del Programa Mundial, del PNEDH y del Documento Final de la Conferencia de Educación (2010), que recomiendan, entre otras cuestiones, la ampliación de la formación continua de las y los profesionales de la educación de acuerdo con las directrices del PNEDH. No obstante, en algunos planes se presenta la formación basada en un modelo de conferencias, talleres y seminarios en torno a diversos temas,

sugiriendo una acción más puntual en lugar de un proceso continuo de formación.

Recordando que la EDH es, en esencia, una educación política, estos procesos formativos a su vez deben "incluir la construcción de una pedagogía como reflexión y teoría de la educación, que exprese una perspectiva política"[28] para adecuarse a las exigencias propias de este área.

Es importante destacar que los procesos de formación de las y los profesionales en las diversas áreas de conocimiento son imprescindibles para la implantación de políticas de EDH, considerando que estos contenidos no integraron la formación de varias generaciones de profesionales y que, aún hoy, están al margen de los currículos, a pesar de los avances que Brasil presenta en este ámbito.

iv. Contenidos

En el campo de los contenidos, la mayoría de los planes prevé trabajar los temas específicos de los derechos humanos de manera integrada en el currículo. En su mayoría apuntan también a la inserción de dichos contenidos en los proyectos político-pedagógicos de las escuelas. Sin embargo, no presentan una información más detallada sobre el modo para realizar dicha integración.

En este sentido, la revisión del currículo se revela como una acción estructuradora y esencial, teniendo presente que es "una cuestión de saber, identidad y poder"[29]. A través de él "se define el tipo de sociedad y de ciudadanía que se quiere construir, lo que hace la escuela, para quién lo hace o deja de hacerlo[30]. Por esto, Magendzo llama la atención respecto a la "exigencia ética por desvelar el juego de intereses,

28 Souza, João Francisco, *E a educação popular: quê?: uma pedagogia para fundamentar a educação, inclusive escolar, necessária ao povo brasileiro*. Bagaço, Recife, 2007, pág. 386.

29 Silva, Tomaz Tadeu, *Documentos de identidade: uma introdução às teorias do currículo*. Autêntica, Belo Horizonte, 2007, pág. 147.

30 Menezes, A. C., y L. Araújo, "Currículo, contextualização e complexidade: espaço de interlocução de diferentes saberes", en: RESAB, *Currículo, contextualização e complexidade: elementos para se pensar a escola no semi-árido*. Selo Editorial RESAB, Juazeiro, BA, 2007, pág. 34.

ideologías y visiones de mundos diferentes, discrepantes y a veces antagónicas que subyacen en la toma de decisiones curriculares"[31].

Esto denota una visión del currículo no lineal, no individualizada, sino interdisciplinaria; un currículo destinado a la inclusión de nuevos saberes, como los relacionados con los valores y principios que orientan los derechos humanos.

v. Producción de material

La producción de material didáctico está prevista en la mayoría de los Planes de Acción. En algunos no se especifica qué tipo de material es necesario crear. Otros sugieren la elaboración de libros, manuales y cartillas. Algunos de los temas propuestos son: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Constitución Federal, Estatuto del Niño y del Adolescente y Estatuto del Anciano.

Esta iniciativa es fundamental para cubrir el vacío existente respecto al material didáctico específico para el área de EDH y a su idoneidad en relación con las necesidades docentes y discentes, principalmente si se considera que los recursos didáctico-pedagógicos "determinan el contenido a ser enseñado, traducen la versión oficial, imponiendo en cierta medida, lo que es 'válido', definiendo conocimientos 'universales' a ser legitimados, en detrimento de otros saberes y culturas"[32].

Así, en la medida en que "los materiales didácticos precisan reflejar las visiones y representaciones de los diferentes grupos, como también la concepción de una educación que humanice", se hace patente la brecha existente en este campo. Lo que hace más complicada la realización de los procesos educativos en el ámbito de los derechos humanos"[33].

---

31 Magendzo, Abraham, *Educación en derechos humanos: un desafío para los docentes de hoy*. Lom, Santiago, 2006, pág. 36.

32 Lins, C. M., "O tempo está bonito pra chover: experiência da produção de materiais didáticos contextualizados no semi-árido brasileiro", en: RESAB, *Currículo, contextualização e complexidade: elementos para se pensar a escola no semi-árido*... pág. 65.

33 Tavares, Celma, "Educação Integral, educação contextualizada e educação em direitos humanos: reflexões sobre seus pontos de intersecção e seus desafios", *Revista Acta Scientiarum. Human and Social Sciences,* v. 31, n. 2, Maringá, 2009, pág.148.

Por último, la mitad de los planes establece un trabajo de evaluación y seguimiento de las actividades. Sin embargo, no señalan el órgano responsable de tal proceso, indicando sólo que será permanente y procesual, considerando los objetivos y resultados a ser alcanzados.

c. Estructura y organización para el desarrollo de los Planes de Acción

i. Estructura y organización

En términos de estructura y organización de los planes, un pequeño porcentaje presenta una construcción completa sobre los ítems abordados, elaborando los detalles para su desarrollo. En el resto se observa una alternancia entre los más pormenorizados y los menos, siendo estos últimos la minoría. También se dan variaciones en cuanto a los ítems que integran la estructura de los documentos: todos contienen objetivos y acciones, algunos exponen principios y ejes orientadores, problemática o justificativa, pero son pocos los que indican plazos y responsables.

Otro tema importante en torno a la estructura se relaciona con las condiciones actuales para el funcionamiento del área de EDH en las Secretarías de Educación. La existencia de una estructura integrada en las secretarías es señalada en casi la mitad de los planes. Respecto a la existencia de órganos específicos del área de EDH, un porcentaje similar al anterior concreta la forma de este tipo de organismo, ya sea como, por ejemplo, gerencia de educación en derechos humanos, coordinadora de diversidad, subsecretaría de educación integral o como núcleo de educación étnico-racial. En los lugares donde este órgano específico estuviera presente, la previsión es que el desarrollo de los planes sea responsabilidad suya. En los demás, esta sería tarea de instituciones tales como la gerencia de educación, la subsecretaría de educación básica o la dirección de enseñanza fundamental.

La ausencia de una estructura integrada y de un órgano específico para la realización de las acciones de EDH puede estar vinculada con el hecho de que se trata de un área reciente en la labor de las Secretarías de Educación. Sobre el tiempo necesario para desarrollar las acciones en el ámbito de la EDH por parte las secretarías, la mitad de los planes indica un mínimo de uno o dos años (siendo la opción de dos años indicada

mayoritariamente) y un máximo de siete. El resto no cita el tiempo de vigencia de esta actividad en el ámbito de la secretaría.

ii. Área de realización y articulaciones

Dos mejoras significativas han sido propuestas en la organización de los planes: el ámbito de realización de las acciones y las coordinaciones para su desarrollo. Son avances significativos debido a que el proceso de institucionalización de esta esfera se vuelve más factible con el desarrollo de acciones coordinadas con el conjunto de las organizaciones de la sociedad.

Todos los Planes de Acción establecen como ámbito de realización del trabajo las escuelas de la red de enseñanza. Algunos (una minoría) también anuncian la inclusión de la comunidad en las actividades. Mientras que la casi totalidad prevé coordinaciones con órganos gubernamentales, no gubernamentales, comunidades, familias y otros sectores de las sociedad, como consejos, sindicatos y asociaciones, la articulación entre las secciones de la secretaría, en especial con las gerencias regionales, superintendencias y direcciones, para el desarrollo del trabajo, es citada en menos de la mitad de las propuestas.

Considerando la amplitud del conocimiento relacionado con la EDH y la importancia de socializarlo, es imprescindible para la efectividad de los planes que la acción de las Secretarías de Educación se realice en coordinación con los diferentes sectores de la sociedad.

Por último, el público al cual se dirigen las acciones de los planes está compuesto, en su mayoría, por profesorado, gestores/as, técnicos/as y estudiantes. Algunos de los documentos además incluyen a la comunidad; otros, un número reducido, incluyen la participación de las familias.

Consideraciones finales

Esta investigación ha buscado realizar una recopilación inicial del lugar en que se encuentran las Secretarías de Educación de los Estados y del Distrito Federal respecto al trabajo de Educación en Derechos Humanos, tratando de verificar si los Planes de Acción de las Secretarías constituyen una política educacional o se componen de proyectos específicos.

Es importante destacar el trabajo que la SECADI/MEC y la SDH están desarrollando, en particular en los últimos años, a fin de incentivar a las Secretarías de Educación en la construcción de políticas destinadas a desarrollar una cultura basada en el respeto integral de los derechos humanos, entendidas como políticas de Estado.

En Brasil, este movimiento también ha venido a dar respuesta a las indicaciones señaladas por el Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos y por el PNEDH, en tanto resaltan el necesario desarrollo de las políticas de EDH en todos los sistemas de educación básica, centrándose, entre otras acciones, en la formación de las y los profesionales y en la producción de materiales didácticos.

A este respecto, la investigación ha mostrado cómo en Brasil, a través de las Secretarías de Educación de los Estados y del Distrito Federal, esta propuesta se encuentra en proceso de desarrollo, si bien aún en un estado inicial.

Otro aspecto relevante es la importancia que los planes, en su totalidad, conceden a la formación de las y los profesionales como acción prioritaria, demostrándose la certeza que las y los gestores poseen sobre la dificultad y la necesidad de una formación adecuada en el área de los derechos humanos, que les habilite y capacite para su enseñanza. Los planes también presentan, en un buen número, propuestas encaminadas a situar a los derechos humanos como eje vertebrador del currículo y, principalmente, del proyecto político-pedagógico, ya que, estando bien desarrolladas, estas propuestas logran la formación del estudiantado y de las y los profesionales.

La investigación, por último, muestra cómo, en el nivel de las propuestas, existe un grado de implicación importante de las Secretarías de Educación, iniciado con el desarrollo de los Planes de Acción, y cuya tendencia consiste en la transformación de los proyectos puntuales en políticas para los sistemas de enseñanza Este hecho, en sí mismo, significa un gran avance.

Anexo

Matriz de análisis de los datos de los planes de acción de EDH

ESFERAS	CUESTIONES ORIENTADORAS
Concepto y objetivos	1 - Comprensión de Educación en Derechos Humanos presentada en el Plan de Acción.
	2 - Los objetivos del Plan de Acción engloban cuestiones: técnicas; políticas; de gestión; de movilización; de participación; de sensibilización.
Contenidos y procesos	3 - Metodología de trabajo en el área de EDH desarrollada por la Secretaría de Educación (SE): política de educación para el sistema, proyectos individuales por escuela, proyectos desarrollados por instituciones externas a la SE.
	4 - Formas de trabajar los contenidos propuestos en el Plan de Acción: integrados en el currículo; en el proyecto político-pedagógico de la escuela; como evento; como asignatura; de forma interdisciplinar; articulados con las fechas conmemorativas.
	5 - Procesos de formación-capacitación de las y los profesionales de la educación previstos en el Plan de Acción.
	6 - Previsión de elaboración de material didáctico en el Plan de Acción: proceso de elaboración, áreas para desarrollar la elaboración.
	7 - Previsión de evaluación y seguimiento de los Planes de Acción: forma de evaluación, sector responsable del proceso de evaluación.

Estructura y organización	8 - Estructura y organización del Plan.
	9 - Tiempo de desarrollo de acciones en el área de EDH en la SE.
	10 - Público priorizado en el Plan de Acción: profesorado; gestores/as; técnicos/as; coordinadores/as pedagógicos/as; estudiantado; familia; funcionariado.
	11 – Área geográfica atendida por el Plan.
	12 - Estructura de la Secretaría de Educación para el funcionamiento del área de EDH: integrada en la estructura de la SE, existencia de coordinación, gerencia, unidad de trabajo.
	13 – Área de la Secretaría de Educación que desarrolla el Plan de Acción de EDH.
	14 - Articulación entre los sectores de la Secretaría de Educación.
	15 - Articulación con otros sectores de la sociedad: consejos; sindicatos; asociaciones; familia; líderes da comunidad.
	16 - Presentación detallada del plan de trabajo.

Estrategias de litigio de interés público en derechos humanos

*Paola Pelletier Quiñones**

Introducción

El litigio estratégico o de impacto en derechos humanos, o litigio de interés público en derechos humanos, como también se le llama, consiste en la selección y presentación de un caso ante los tribunales nacionales y/o internacionales como un medio para defender y promover los derechos humanos. Esto a los fines de cambiar, reformar y/o aplicar las leyes, cambiar o reformar políticas o prácticas de las instituciones públicas o de la sociedad, o también cambiar la forma en que éstas variables determinan un comportamiento social u opinión pública violatorio de estos derechos.

Normalmente las y los abogados, cuando deben presentar al cliente una acción judicial en torno a un caso, diseñan una estrategia a corto o largo plazo, con alguna o cierta metodología: quién o quiénes presentan la acción judicial, contra quién o quienes es la acción judicial, la prescripción, cuáles pruebas, cuáles argumentos jurídicos, ante cuál tribunal y jurisdicción, costos, entre otros.

En la República Dominicana no existe una cultura del litigio dirigido al interés público, como parte de un trabajo profesional o trabajo *pro bono*, de interés social. El litigio estratégico en derechos humanos normalmente implica litigar contra el Estado, sobre lo cual existe

* De nacionalidad dominicana. Graduada de abogada con honor *Summa Cumm Laude* por la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), especializada en litigios. Maestría (LLM) en International Legal Studies de American University Washington College of Law, Washington, D. C. (becaria Fulbright). Postgrado en Derecho del Comercio Internacional. Excoordinadora de la primera Clínica de Derechos Humanos en la República Dominicana, en la Universidad Iberoamericana (UNIBE). Ha colaborado en casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ha realizado escritos y publicaciones sobre su jurisprudencia. Profesora Universitaria de Derechos Humanos y de Derecho Comparado en UNIBE; así como de Derecho Internacional Privado y Anteproyecto de Tesis en la PUCMM.

cierta reticencia cultural. El Estado es el garante de las violaciones de derechos humanos, de su falta resultan violaciones a obligaciones internacionales asumidas, lo que podría dar lugar en consecuencia al litigio internacional en contra del mismo Estado por ante los órganos internacionales correspondientes.

La propuesta es cambiar la forma de pensar de las personas profesionales en derecho en la República Dominicana, y en otros países y contextos similares, para honrar la profesión como un servicio social. Se trata, además, de diseñar estrategias que son propias de la naturaleza del litigio de interés público.

A pesar de que el objeto del litigio de impacto en derechos humanos es obtener una decisión favorable que produzca efectos jurídicos y sociales, el hecho de no ganar el caso no significa una derrota. No necesariamente se tiene que ganar el caso para tener éxito en los objetivos planteados. Existen también herramientas complementarias al litigio que promueven indirectamente tales objetivos.

Entre las estrategias complementarias al litigio de impacto se encuentran la incidencia (el llamado *advocacy*), como la educación en y promoción de los derechos humanos, y los medios de comunicación (prensa, radio, televisión, redes sociales electrónicas). Los mismos, indiscutiblemente, en torno a un caso o no, constituyen mecanismos de presión política y social, y contribuyen a cambiar u obtener el apoyo de la opinión pública nacional e internacional.

Tampoco todos los casos pueden ser seleccionados como objeto de litigio estratégico. Se debe realizar un estudio previo o *testing* a los fines de determinar si es falible o necesario el litigio en el caso en el contexto jurídico, social y político de un país. Es importante aclarar que no se trata de discriminar entre escoger un caso y otro, ni de negar el servicio social del abogado. Precisamente, el litigio de un caso puede beneficiar los demás casos conocidos por ante otros tribunales que discutan el mismo punto de derecho.

El Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la de Universidad del Rosario en Colombia es una Clínica de Derechos Humanos que cuenta con diez años de experiencia en litigio estratégico en derechos

humanos. Para el año 2009 había llevado 114 casos de impacto jurídico y social a nivel nacional e internacional, relacionados a derechos colectivos de medio ambiente, salud, servicios y seguridad pública, bajo estrategias judiciales y no judiciales (promoción, proyectos, trabajos de investigación)[1].

La organización no gubernamental, sin fines de lucro, European Roma Rights Center provee asistencia legal a víctimas de población "Roma" (gitana) en Europa, quienes son objeto de violencia y discriminación racial. Esta ONG no puede proveer asistencia legal y recursos a todos los casos, por lo que aplica los principios y pautas de litigio estratégico para determinar cuáles casos podrían ser conocidos por ante los tribunales locales[2].

European Roma Rights Center, a través del programa de defensa legal, provee fondos a ONG locales y abogados locales. Si no tienen éxito en los tribunales nacionales, llevan el caso por ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea). Para octubre del 2003 llevaban 120 casos en los tribunales locales, 32 ante la Corte Europea y cinco ante algún organismo de Naciones Unidas[3].

Entonces, la pregunta es, ¿cuáles estrategias y condiciones son necesarias para el éxito de un litigio en derechos humanos con impacto jurídico y social? Algunos aspectos que deben tomarse en consideración antes de presentar un caso de litigio estratégico en derechos humanos son los siguientes:

- Determinar cuándo existe una problemática legal que tiene interés social. Si el caso representa una grave violación a los derechos humanos.

---

1 Londoño Toro, Beatriz (ed.) et al., *Educación Legal Clínica y Defensa de los Derechos Humanos. Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas-GAP.* Colección de Jurisprudencias, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pág. 11.

2 European Roma Rights Center (ERRC), INTERIGHTS y Migration Policy Group (MPG), "Strategic Litigation and Case", en: *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice*. Notthingham, UK, 2004, pág. 79. Disponible en: <http://www.stopdiskriminaciji.org/wp-content/uploads/2007/10/strategic_manual.pdf>, a setiembre de 2010.

3 *Ibídem*.

- El impacto que pudiera tener el caso en la jurisprudencia local. Si la decisión que emita el tribunal correspondiente tendría un efecto social o de interés general, creando un precedente para otros casos de la misma naturaleza.
- Si el tema objeto del litigio será comprendido por los medios de comunicación y el público.
- Posibilidad de atención y apoyo en los medios de comunicación y en la sociedad civil.
- Si los tribunales son imparciales e independientes.
- Existen otras opciones no jurisdiccionales que pudieran solucionar el problema jurídico. Es decir, determinar si el litigio es la única vía factible para lograr el objetivo o si existen otros medios, como campañas, promoción y educación, que pudieran arrojar mejores resultados a un menor costo y en menos tiempo.

Es importante tener criterios de selección del caso conforme a objetivos específicos. A tales fines se deben considerar, entre otros, la problemática jurídica a presentar en ocasión del litigio estratégico; las condiciones e intereses del cliente o víctima; la parte demandada; las pruebas disponibles; el contexto político, social y cultural del país; los costos del proceso y si existe necesidad de asociarse; el tribunal más idóneo; los intereses nacionales y los intereses internacionales en torno al caso.

Por tanto, antes de presentar un caso de derechos humanos con impacto social ante los tribunales nacionales y con posibilidad de litigio internacional, es importante desarrollar una estrategia que pueda incluso prever las contingencias del camino. A continuación presentamos algunas pautas dirigidas al litigio estratégico en derechos humanos.

1. Identificación del problema jurídico en derechos humanos

a. Un problema legislativo

Se trata de expandir la interpretación o aplicación de las leyes adjetivas y la Constitución en materia de derechos fundamentales o derechos humanos. También implica identificar un problema de interpretación o de inaplicación de la ley. Identificar las contradicciones, lagunas o

ambigüedades en el sistema jurídico, la ausencia de recursos efectivos o leyes que regulen una situación jurídica.

Por ejemplo, la acción judicial de amparo no existía en el sistema jurídico dominicano hasta 1999, año en que fue reconocida por la Suprema Corte de Justicia en ocasión de un caso[4]. Igualmente, cuando existen procesos de transición en reformas judiciales es un momento importante para realizar propuestas legales.

b. Un problema gubernamental

Conformado por las prácticas institucionales viciadas, ausencia de mecanismos de control del Estado sobre las diferentes instituciones y deficiencias en la política gubernamental[5]. Por ejemplo, el incumplimiento de una ley que asigna recursos económicos a un proyecto o a institución del Estado, la obstrucción al acceso a la justicia por la falta de recursos económicos para contratar un abogado en ciertas materias, la violación al debido proceso en las deportaciones de inmigrantes indocumentados.

La exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) representa definitivamente una problemática actual, que incluye, por ejemplo, suplir a la población de medicinas o vacunas para enfermedades prevenibles; el problema de las migraciones (xenofobia, violencia, drogas); violencia intrafamiliar y de género; contaminación ambiental; la falta de cobertura de la seguridad social; venta de productos dañinos a la salud; las condiciones en las cárceles dominicanas; deficiencias en el sistema educativo; carencia de vivienda, alimentación y vestido para la población.

En Argentina existen experiencias de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC ante los tribunales locales. En este país se había producido una enfermedad de fiebre hemorrágica y para combatirla existía una vacuna

4 SCJ, El Pleno, 24 de febrero de 1999, No. 9, B. J. No. 1059, págs. 78-84.

5 Sánchez Matus, Fabián, y Jan Perlin, "Introducción", en: Incalcaterra, Amérigo, et al., *El litigio estratégico en méxico: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, D. F., 2007, pág. 8. Disponible en: <http://www.hchr.org.mx/documentos%5Clibros%5Clitigioestrategico.pdf>, a setiembre de 2010.

que era 95% efectiva, según aprobación de instituciones internacionales. El país no había podido llevar una campaña masiva de vacunación contra la enfermedad debido a la falta de la vacuna. En 1998 fue interpuesto un amparo colectivo contra el Estado para proveer la vacuna, basado en tratados internacionales en materia de DESC. El fallo favorable del tribunal afirmó la exigibilidad de los DESC en materia de salud[6].

Así mismo, en Argentina en el año 2000, la Suprema Corte de Justicia confirmó un amparo colectivo interpuesto por varias ONG en defensa de las personas afectadas de VIH/SIDA. Las mismas demandaban al Estado cumplir con la obligación legal de asistencia, tratamiento, rehabilitación y suministro de medicamentos[7].

c. Una problemática social

Existen realidades sociales que se imponen a las leyes, entonces las leyes devienen en obsoletas al no responder a la realidad social, por lo que la jurisprudencia debe intervenir para inaplicar o reinterpretar las leyes y reconocer el derecho violentado. Es el caso de las uniones consensuales o de hecho en la República Dominicana. Durante un largo proceso jurisprudencial y legal, desde el primer precedente jurisprudencial en el 2001, ha sido reconocida la situación legal de las uniones consensuales o de hecho a nivel constitucional en el 2010[8].

La mayor dificultad en el litigio estratégico en derechos humanos es hacer cambiar una opinión pública o idiosincrasia cultural para proponer la modificación de las leyes o establecer un precedente judicial. Por ejemplo, en casos de discriminación racial, eutanasia, LGBTI (lesbianas,

---

6 University of Minnesota, *Strategies for enforcing ESC Rights through domestic legal systems*, Economic, Social and Cultural Rights Activism: A training resource, Section 7: Strategies and Tools-National Level, Módulo 22. Human Rights Resource Center, Circle of Rights, 2007, págs. 4-5. Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/circle/modules/module22.htm>, a setiembre de 2010.

7 Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*. Siglo XXI Editores Argentina, S. A., Buenos Aires, 2008, págs. 75-78.

8 SCJ, 2da. Cám. 17 Oct. 2001, B. J. No.1091, Vol. I, págs. 500-510; SCJ.2da. Cám. 16 de Oct. 2002, No. 41, B. J. No. 1103, Vol. I, págs. 571-579.

gays, bisexuales, transexuales y transgéneros, e intersexuales) y derechos reproductivos.

Por otro lado, existen leyes que sancionan prácticas sociales incorrectas, las cuales aún no han podido ser erradicadas, como los casos de VIH/SIDA, violencia de género, feminicidios, violencia intrafamiliar, discriminación racial y étnica. El litigio estratégico disiparía los mitos que trivializan la violencia doméstica y feminicidios, eliminaría los prejuicios culturales que limitan las garantías de los derechos de la mujer[9]; así mismo, el litigio estratégico contribuiría a cambiar mitos en situaciones de contratación laboral o prestación de servicios médicos a personas con VIH/SIDA.

Las pruebas o *testing* son útiles para identificar una problemática social e identificar un posible caso de interés público para presentarlo ante los tribunales nacionales. Por ejemplo, observar en una situación específica la diferencia de trato entre una persona afrodescendiente y otra que no lo es: las personas que presencien dicha situación pueden ser testigos en una demanda por discriminación racial.

En Helsinki (Finlandia) un café privado fue objeto de demanda por discriminación al negar servicios a una persona de etnia Roma, al mismo tiempo que la municipalidad correspondiente fue demandada por la omisión de sancionar esa conducta. El caso, aun sin haber sido fallado, llamó la atención pública, cambiando la conducta de los dueños del café, quienes brindaron a partir de entonces sus servicios públicos sin distinción de origen étnico[10].

Así, el litigio estratégico en derechos humanos también contribuye a cambiar las conductas de las instituciones públicas y de la población en general.

9 Dietz, Elizabeth, "Violence against Women in the United States: an International Solution", *Arizona Journal of International and Comparative Law* 13, Arizona Board of Regents, 1996, pág. 569.

10 European Roma Rights Center (ERRC), INTERIGHTS y Migration Policy Group (MPG), "Strategic Litigation and Case"... pág. 109.

2. El demandante o víctima

La demanda[11] puede ser interpuesta en representación de una víctima o por una colectividad de demandantes o víctimas. Una demanda colectiva puede tener mayor impacto en la decisión del tribunal[12], aunque ciertamente los casos de esta naturaleza son más complejos. Así mismo, una demanda no sólo puede tener una naturaleza colectiva sino también difusa, puesto que afecta un gran número de víctimas que no son cuantificables pero sí localizables geográficamente, tales como los casos de medio ambiente.

Puede estudiarse la posibilidad de que la mejor vía para interponer la demanda sea a través de ONG, abogados, Ministerio Público, Defensor del Pueblo, instituciones académicas, firmas de abogados asociadas para el caso específico y asociaciones de abogados. La participación de estos actores privados y públicos contribuye a dar un carácter de mayor peso y credibilidad a la demanda[13].

Durante ciertos procesos judiciales, podrían intervenir voluntariamente víctimas también afectadas por los mismos hechos, o bien organizaciones o instituciones afectadas cuyo objeto social puede ser justamente el tema de derecho discutido en la demanda. También pueden existir demandantes en diversos tribunales, cuyo tema jurídico de litigio estratégico sea el mismo.

Igualmente, las demandas pueden ser interpuestas por Clínicas de Derechos Humanos. La participación del sistema educativo universitario es una forma de contribución a la justicia social, cuya finalidad académica no sólo debe limitarse a la enseñanza en las aulas. Las

11 La palabra "demanda" es utilizada en el presente escrito en el sentido más amplio de la palabra, aplicado a cualquier materia, incluyendo la materia penal en cuanto a querellas penales, constituciones en actor civil, así como acusación privada.

12 Crow, Melissa E. D., "From Dyad to Triad: Reconceptualizing the Lawyer-Client Relationship from Litigation in Regional Human Rights Commissions", *Michigan Journal of International Law* 26, University of Michigan Law School, 2005, pág. 1118.

13 Villareal, Marta, "El litigio estratégico como herramienta del derecho de interés público", en: Incalcaterra, Amérigo, et al., *El litigio estratégico en méxico: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico...* pág. 19.

universidades locales pueden incluir en su currículum Clínicas de Derechos Humanos para la formación y capacitación del estudiantado en el litigio y promoción de derechos humanos[14]. La participación de las Clínicas de Derechos Humanos crea una credibilidad e independencia implícita en el caso[15].

El término "clínica" es ampliamente usado para referirse a cualquier programa de la Escuela de Derecho que incorpore de alguna manera los derechos humanos basados en una experiencia de aprendizaje. Los estudiantes son capacitados en la clase. Mediante simulaciones y casos reales asumen la representación real de un cliente a bajo costo o gratuitamente, desarrollando habilidades que no se adquieren en las aulas de clase[16].

Algunas clínicas se dedican al litigio y promoción de los derechos humanos, a la investigación y desarrollo de proyectos, o bien a la asesoría internacional a otros Estados, tribunales internacionales o universidades. La diferencia entre una ONG convencional y una clínica universitaria consiste en que en la última existe un espacio de desarrollo y reflexión académica y crítica en torno al tema o a la problemática jurídica y social, forma parte de los objetivos y misión de la universidad, concientiza a los estudiantes sobre el servicio social profesional o trabajos *pro bono*, y forma a los estudiantes en el ejercicio práctico de la profesión en torno al tema[17].

En los Estados Unidos, de aproximadamente 144 escuelas de Derecho que tienen un programa de clínicas, cerca de una docena incluye una Clínica de Derechos Humanos[18]. Son ejemplos, Lowenstein

14 Blázquez, Martín, "Apuntes acerca de la educación jurídica clínica", *Revista de Filosofía, Derecho y Política* 3, invierno 2005/2006. Universitas, Universidad Carlos III, Madrid, 2006, págs, 44-45. Disponible en: <http://universitas.idhbc.es/n03/03-04_blazquez.pdf>, a enero de 2011.

15 Carrillo, Arturo J., "Bringing International Law Home: The Innovative Role of Human Rights Clinics in the Transnational Legal Process", *Columbia Human Rights Law Review*., Columbia University, 2004, págs. 528-529 y 577.

16 *Ibídem*, págs. 530-532.

17 *Ibídem*, pág. 543.

18 *Ibídem*, pág. 531.

International Human Rights Law Clinic, de la Universidad de Yale[19]; Columbia Law School Human Rights Clinic, de la Universidad de Columbia; International Human Rights Law Clinic de American University, Washington College of Law, e International Human Rights Law Clinic, de la Universidad de California, Escuela de Derecho de Berkeley.

En América del Sur existen Clínicas de Derechos Humanos en destacadas universidades, de Chile (Universidad Diego Portales), Argentina (Universidad de Buenos Aires y Universidad de Palermo) y Colombia (Universidad de los Andes, Universidad Sergio Arboleda y Universidad del Rosario). En la República Dominicana, en el año 2011, inició la primera Clínica de Derechos Humanos, en la Universidad Iberoamericana (UNIBE).

Así mismo, existen redes de asistencia legal gratuita y voluntaria (*pro bono*) para personas de escasos recursos, en varias áreas del derecho. Se constituyen en colaboración y en alianza con abogados, oficinas de abogados y ONG, no sólo localmente sino también en otros países e internacionalmente, como red de trabajo *pro bono* internacional. Es el caso de la Fundación Pro bono Chile y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en Argentina, quienes desde hace más de diez y 33 años, respectivamente, realizan una labor de defensa y protección de los derechos humanos en diversos temas, trabajando casos de litigio de interés público localmente y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por otra parte, en cuanto a la víctima como demandante, debe tomarse en consideración si se trata de una víctima afectada directa o indirectamente en el caso. Se deben determinar sus características

19 La Lowenstein International Human Rights Law Clinic participó en el caso de las detenciones ilegales de haitianos en Guantánamo (Sale v. Haitian Ctrs. Council, Inc., 509 U.S. 155, 158 (1993)). Igualmente, ganó el primer caso federal sobre el reconocimiento de indemnizaciones a víctimas croatas-musulmanes de violaciones internacionales a derechos humanos cometidos por un líder serbio-bosnio en la ExYugoslavia (Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232, 236, 239 (2d Cir. 1995)). Citados por Cummings, Scott L., "The Internationalization of Public Interest Law", *Duke Law Journal* 57, 2008, pág. 976.

personales, como nivel de educación, credibilidad, situación personal, antecedentes penales[20] y nivel de activismo en la comunidad.

Esto es importante a los fines de identificar la forma de dirigirse a las víctimas, puesto que normalmente las mismas son personas vulnerables y de escasa educación. Igualmente, a los fines de orientarlas sobre el caso y explicarles en palabras sencillas los detalles del mismo. También se debe considerar qué tan identificada se siente la víctima con su caso o el nivel de conciencia de que su caso puede contribuir a los intereses de otras personas que viven la misma situación.

Luego de que las víctimas comprendan el objeto del caso, el proceso y los detalles, es necesario su consentimiento formal, libre e informado. Se debe concientizar a las víctimas para que se mantenga la cohesión y el objetivo general del litigio[21], y no accedan ante presiones externas que las conduzca a tomar decisiones o acciones en su perjuicio y en perjuicio del litigio.

Otro aspecto a considerar es la seguridad personal de los demandantes, víctimas (familiares) y abogados, de acuerdo a la naturaleza del caso, así como la afectación psicológica de las víctimas y sus familiares, que pudieran recibir por presiones del medio social (escuela, trabajo, prensa). Muchas veces, las víctimas tienen miedo a presentar su caso ante los tribunales, especialmente si se trata de víctimas en condiciones de vulnerabilidad, por lo que es necesario un acompañamiento psicológico.

Se identifica y se elige al demandante mediante entrevistas, sesiones informativas, consultas privadas, así como mediante la información al público del interés de reunir un grupo de víctimas con características específicas. Durante el proceso de entrevistas y elección, y durante el litigio, es importante la confidencialidad entre el abogado y su cliente.

---

20 European Roma Rights Center (ERRC), INTERIGHTS y Migration Policy Group (MPG), "Strategic Litigation and Case"... pág. 56-57.

21 Crow, Melissa E. D., "From Dyad to Triad: Reconceptualizing the Lawyer-Client Relationship from Litigation in Regional Human Rights Commissions"... pág. 1118.

Es importante resaltar que la o el profesional de derecho de interés público trabaja con intereses explícita o implícitamente en beneficio de grupos, a los fines de que el grupo de víctimas se empodere más allá de las salas de audiencias[22]. Debe evitarse sacrificar el interés del cliente por el objetivo del litigio, pues deben equilibrarse dichos intereses sin olvidar el propósito y esencia de los derechos humanos.

3. La parte demandada o parte contraria

Podría ser una persona física o jurídica, pública o privada. Normalmente, en los casos de litigio estratégico en derechos humanos se requiere la intervención del Estado, se demanda a la institución correspondiente o representante del Estado. Esto especialmente si se contempla la posibilidad de llegar al ligio internacional. Sería imputable una responsabilidad internacional al Estado si éste no cumple o sigue en falta por acción u omisión a obligaciones internacionalmente asumidas en virtud de acuerdos y tratados internacionales de derechos humanos. Es imputable al Estado la responsabilidad internacional por acción u omisión a violaciones de derechos humanos cometidas por agentes, funcionariado o instituciones públicas, así como por tolerancia y aquiescencia de hechos ilícitos violatorios a derechos humanos cometidos por actores privados[23].

---

22 *Ibídem*, pág. 1098.

23 Desde la primera jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido constante los criterios de imputabilidad de responsabilidad internacional del Estado por violaciones a derechos humanos. a) Existe una obligación internacional válida y vinculante al Estado, como por ejemplo, se incumple un tratado internacional en Derechos Humanos; b) se produce un hecho ilícito dentro del Estado en contra de los sujetos de derecho o víctimas; c) existe acción, omisión, aquiescencia o tolerancia de las autoridades oficiales, públicas o institucionales en cuanto al hecho ilícito, y d) existe un daño material o inmaterial que causa un perjuicio a los sujetos de derecho o víctimas. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párrs. 164-169, 172-173; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 173 y 178, 182-183; *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, fondo, sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, párr. 56; *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C No. 16, párr. 62.

En 1992, Human Rights Project demandó en Bulgaria al Ministerio de Policía por haber herido y golpeado brutalmente a una persona de origen Roma durante una operación no consentida por la autoridad competente, que tenía como pretexto el verificar documentos de identidad y el porte de armas. Como no se pudo identificar a los policías por estar encapuchados, se demandó al Ministerio de Policía. El caso, fallado en 1995, tuvo repercusión pública en Bulgaria, siendo el primero sobre la violencia de la policía en las calles. El caso envió un mensaje a los tribunales de no tolerar este tipo de comportamientos[24].

El CELS presentó en el 2004 una acción de amparo contra la Secretaría de Estado de Salud Pública de Argentina con base en la Ley de Acceso a Información Pública, con el objeto de proveer información relativa a la desnutrición de niños y niñas habitantes de Buenos Aires[25]. Así mismo, en el 2005 presentó una denuncia penal contra las Fuerzas Armadas por actividades de inteligencia prohibidas (caso Base Almirante Zar de Trelew, Provincia de Chubut). La denuncia motivó allanamientos exitosos que confirmaban las actividades ilegales, llamando la atención pública y provocando reformas institucionales[26].

Sin embargo, antes de lanzar la demanda se debe conocer la posición de la parte contraria, identificar sus posibles argumentos, qué argumentos en contra podría tener el demandante y, de ser posible, conciliar los intereses. Es importante determinar si existe apoyo de la opinión pública u oposición política al caso. Se deben tomar también en cuenta las acciones, los recursos económicos y humanos que podría invertir la parte contraria para defenderse.

---

24 Rekosh, Edwin, Kyra A. Buchko y Vessela Terzieva (eds.), "Strategic Litigation: Bringing Lawsuits in the Public Interest", en: *Pursuing the Public Interest: A Handbook for Legal Professionals and Activists*. Public Interest Law Initiative (PILI) in Transitional Societies y Columbia University Law School, Nueva York, 2001, págs. 88-89. Disponible en: <http://www.pilnet.org/index.php?option=com_content&view=article&id=352:pursuing-the-public-interest&catid=29:books&Itemid=53>, a setiembre de 2010.

25 CELS, *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho...* págs. 59-62.

26 *Ibídem*, págs. 150-161.

4. El perfil de la o el abogado

Los y las abogadas de litigio estratégico en derechos humanos deben tener cualidades no sólo profesionales sino también personales específicas, pues se trabaja con el corazón comprometido con una causa justa y social. Para ellos, las victorias legales, junto con la creación de una conciencia pública, son más significativas que la esperanza de una compensación monetaria[27]. Las y los abogados que buscan el cambio social son principalmente motivados por la injusticia social, la necesidad del cambio en el sistema jurídico y los objetivos de la organización o institución a la cual pertenecen.

El abogado de derechos humanos está conciente de que esta vocación podría tener un alto precio y riesgos, inclusive contra su vida, en una sociedad cuya democracia sea débil. Debe estar dispuesto a prestar sus servicios profesionales sin intimidación u otras interferencias, amenazas, sanciones administrativas, disciplinarias o económicas injustificadas[28].

Ciertamente, la mayoría de los clientes pueden ser de escasos recursos económicos y, por tanto, este tipo de trabajo no sería un incentivo para el sustento económico del abogado. Este podría ser uno de los motivos por los cuales el ejercicio y la promoción de los derechos humanos no ha sido desarrollado en la práctica en la República Dominicana.

Esto no quiere decir que la o el abogado de litigio estratégico en derechos humanos no pueda ni tenga derecho a desarrollarse económicamente, sino que en nuestro país es tan poco incentivada esta forma de servicio social inherente a la profesión, que son escasas las instituciones, programas y plataformas destinadas a desarrollar tal labor.

Finalmente, la o el abogado de litigio estratégico en Derechos humanos debe mantener los mayores estándares de representación legal y profesionalismo hacia sus clientes, patrocinadores, asociados, frente al gobierno y en los tribunales. Así mismo, puede determinar cuáles

---

27 Johnson, Kevin R., "Multi-Jurisdictional and Cross-Border Class Actions: Symposium Issue: International Human Rights Class Actions: New Frontiers for Group Litigation", *Michigan State Law Review* 643, *Law Review of Michigan State University - Detroit College of Law*, 2004, págs. 657-658.

28 European Roma Rights Center (ERRC), INTERIGHTS y Migration Policy Group (MPG), "Strategic Litigation and Case"... pág. 52.

profesionales, firma de abogados, instituciones u asociaciones sin fines de lucro son especializadas en el objeto de la litigación para asociarse a los fines de presentar y litigar juntos el caso.

5. Gastos legales y costos del proceso. Recursos disponibles

Los casos de litigio estratégico pueden ser bastantes onerosos, más aún si se trata de víctimas colectivas, como expusimos anteriormente, o bien si el litigio es llevado internacionalmente. Los costos y gastos consisten en gastos corrientes del ejercicio (copias y otros gastos de oficina, traslados, gastos judiciales, como impuestos de escritos y audiencias, retiro de sentencias, gestión de documentos y pruebas), así como gastos de viaje y viáticos por traslados al interior y a diferentes comunidades, honorarios de abogados, abogados subcontratados, honorarios de expertos y de entidades que realizan reportes o datos estadísticos.

Ciertamente, los gastos, costos y honorarios de abogados son de los aspectos que dificultan la práctica de litigio estratégico en derechos humanos, y deben planificarse a corto y largo plazo. Mas aún tomando en consideración la extensión de los procesos judiciales y los incidentes presentados durante el proceso. La forma más común de obtener financiamiento es a través de patrocinadores nacionales e internacionales. También un conjunto o *pool* de oficinas de abogados podría asumir los gastos y costos del caso. Es importante que, no obstante el patrocinio o la fuente de financiamiento, el patrocinado o financiado cuente con la mayor independencia en la dirección del proceso y toma de decisiones en cuanto al caso.

6. Estrategia del caso

a. Planificación de estrategia

Teniendo en cuenta los hechos del caso, los argumentos objeto de litigio estratégico de impacto jurídico y social, y las pruebas, se debe determinar qué jurisdicción es idónea para presentar el caso y qué estrategias complementarias al litigio serían necesarias durante o luego del proceso.

Se deben determinar las posibles estrategias de la parte demandada, con quién se va a litigar, sea contra el gobierno o bien contra las compañías o ambos, puesto que la línea de argumentación y las implicaciones del caso tendrían matices diferentes.

Se debe tomar en consideración obtener una condena contra una entidad privada y/o contra el Estado, dada la obligación general de garantía y la imputabilidad de responsabilidad internacional de este último. Podría demostrarse y plantear a los tribunales un patrón de conducta o violación sistemática de derechos humanos por parte del Estado o de los entes privados, que contribuya a una decisión favorable.

La realidad es que en la práctica los derechos civiles y políticos siempre han sido reconocidos en los procesos judiciales nacionales e internacionales, mientras que, lamentablemente, los DESC no han tenido dicho reconocimiento[29]. Una estrategia para exigir los DESC ante un tribunal con menos apertura al reconocimiento de los mismos, es argumentar un derecho civil y político en ocasión de la violación de un DESC. Tal es la práctica en Sudáfrica e India, pues los tribunales son más reticentes a fallar en materia de DESC cuando corresponde a los Estados los asuntos de política de asignación de recursos[30]. Por ejemplo, ante una acción judicial para exigir el derecho a un tratamiento médico o medicamentos al Estado, se argumenta el derecho a la vida e integridad física[31].

Las demandas colectivas o *class actions*[32] con implicaciones transnacionales o locales, constituyen una herramienta favorita para el cambio social, además de que otorgan mayor fuerza y credibilidad a la demanda

29 Boyd, Kathryn L., "Collective Rights Adjudication in U.S. Courts: Enforcing Human Rights at the Corporate Level", Brigham Young University Law Review, 1999, pág. 1170.

30 European Roma Rights Center (ERRC), INTERIGHTS y Migration Policy Group (MPG), "Strategic Litigation and Case"... pág. 49.

31 Cavallaro, James L., y Emily J. Schaffer, "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", *Hastings Law Journal* 56, University of California, Hastings College of Law, 2004, pág. 274.

32 Las acciones colectivas son mecanismos procesales donde un grupo de personas son consideradas como una sola unidad para los propósitos del litigio. Boyd, Kathryn L., "Collective Rights Adjudication in U.S. Courts: Enforcing Human Rights at the Corporate Level"... pág. 1157.

dado el número de víctimas afectadas. Son ejemplos los casos de medio ambiente, sindicatos o de trabajadores, inmigrantes indocumentados, consumidores, reclusos en las penitenciarías, entre otros[33].

Es importante que a través del litigio estratégico en un tribunal nacional, sean invocadas normas y casos internacionales de derechos humanos, especialmente de la región. Recordemos que en virtud del artículo 74 numeral 3 de la Constitución de la República Dominicana, del 26 de enero de 2010, los tratados internacionales en esta materia tienen igual jerarquía que la Constitución, formando parte del Bloque de Constitucionalidad. Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es considerada como parte del Bloque de Constitucionalidad[34].

Las normas internacionales pueden tener un carácter persuasivo en la interpretación de una norma local de derechos humanos y su efectiva aplicación. Las mismas contribuyen a la creación de políticas e instituciones para la ratificación e implementación interna de tratados internacionales, así como para la propuesta de reformas legislativas[35]. De

33 Johnson, Kevin R., "Multi-Jurisdictional and Cross-Border Class Actions: Symposium Issue: International Human Rights Class Actions: New Frontiers for Group Litigation"... págs. 645, 652-653.

34 "Atendido, a que la República Dominicana, tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria". SCJ, Resolución 1920-03 del 13 de noviembre de 2003; SCJ, Sentencia del 9 de febrero de 2005, No. 4, B. J. No. 1131, declaratoria conforme a la Constitución la Ley Sectorial de Áreas Protegidas No. 202-04, págs. 34-54; SCJ, Sentencia del 21 de julio de 2010 sobre el Control Preventivo de un Tratado Internacional: Acuerdo entre el Gobierno de la República Dominicana y el Gobierno de la República Federativa de Brasil, sobre cooperación en el ámbito de la Defensa. Disponible en: <http://www.suprema.gov.do/novedades/2010/sentencias/control_preventivo_tratado_internacional.pdf>, a agosto de 2010.

35 Soohoo, Cynthia, "Close to Home: Social Justice Activism and Human Rights", *Columbia Human Rights Law Review* 40, Columbia University, Law School, 2008, pág. 15.

la misma manera, se busca influenciar y promocionar el reconocimiento y aplicación en los tribunales nacionales de casos, normas y principios internacionales de derechos humanos a los derechos violentados[36], al tiempo que se contribuye con el desarrollo de jurisprudencia en la materia creando precedentes en los tribunales nacionales.

b. Tribunal competente y apropiado

Se trata de elegir la jurisdicción y el tribunal más idóneo para presentar la demanda, tomando en cuenta los criterios de competencia territorial y atribución (penal, civil, laboral, administrativo, constitucional, entre otros). De determinar si es más conveniente que el caso sea iniciado en un tribunal ordinario o especial, o una acción directa por ante la misma Suprema Corte de Justicia cuya decisión tiene efecto general, todo esto conforme a los procedimientos establecidos por las leyes. Igualmente, pudiera estudiarse la posibilidad de acceder al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, conforme a requerimientos establecidos. Definitivamente, el efecto de una sentencia emanada de la Suprema Corte de Justicia, de un Tribunal Constitucional o un Tribunal Internacional, tiene un impacto mayor dado el carácter de efecto *erga omnes* de la decisión.

Es aconsejable investigar si el tribunal tiene una tendencia a favor de los derechos humanos para examinar la posibilidad de que el mismo dicte una decisión favorable. Se deben estudiar los fallos del tribunal e investigar si con anterioridad ha conocido o si actualmente está conociendo casos similares en los hechos y relacionados a la problemática jurídica de la posible demanda a interponer[37].

Puede ocurrir que existan procesos judiciales en distintas jurisdicciones y que las víctimas no estén relacionadas, pero los casos presenten la misma problemática jurídica. Esta situación podría investigarse previo al litigio, dado que refleja o demuestra una práctica del Estado, de las entidades privadas, o bien comprueba una situación social que genera

36 Alam, M. Sham, "Enforcement of International Human Rights Law by Domestic Courts in the United States", *Annual Survey of International & Comparative Law* 10, Golden Gate University School of Law, 2004, págs. 49 y 52.

37 Rekosh, Edwin, Kyra A. Buchko y Vessela Terzieva (eds.), "Strategic Litigation: Bringing Lawsuits in the Public Interest"... pág. 52.

violaciones a los derechos humanos. Esta situación, entonces, podría ser planteada como argumento o prueba en apoyo de las pretensiones.

Además, es importante determinar cómo interpretan los derechos humanos los tribunales nacionales y si lo hacen conforme al criterio internacional. Estas cuestiones deben ser consideradas no sólo desde el punto de vista de las decisiones recientes de los tribunales, sino también tomando en cuenta la trayectoria de tales decisiones y las corrientes que representan[38].

El estudio de la estrategia del caso respecto al tribunal o forum ideal es necesario a los fines de evitar decisiones desfavorables que pudieran no ser convenientes a los objetivos del caso.

c. Aspecto probatorio

Es uno de los factores determinantes para decidir presentar el caso o no. En ocasiones, las pruebas son difíciles de obtener o implican un costo muy alto. Tienen un fuerte valor probatorio las evidencias procedentes de investigaciones de campo, terceros con credibilidad pública, así como también reportes, datos estadísticos e investigaciones realizadas por instituciones y profesionales nacionales e internacionales de prestigio. Son útiles los reportes de peritos, psicólogos y sociólogos, entre otros.

El testimonio y la comparecencia de la víctima o de las víctimas causan impacto en el caso. Además, muchas veces constituye una satisfacción personal para la víctima el hecho de poder expresar públicamente el sufrimiento y los traumas vividos[39].

d. Prescripción

Examinar si el derecho de accionar en justicia ha prescrito, cuándo prescribirá o si la afectación al derecho es continua. Se trata de un factor determinante para decidir presentar la demanda o no, y el tiempo con que se cuenta para recabar las pruebas u otras informaciones.

---

38 Henderson, Thomas J., "Strategies for Civil Rights Litigators amid the Supreme Court's Constitutional Counterrrevolution", *Hum. Rts.* 20, American Bar Association, 2002, pág. 21.

39 Crow, Melissa E. D., "From Dyad to Triad: Reconceptualizing the Lawyer-Client Relationship from Litigation in Regional Human Rights Commissions"... págs. 1125-1127.

e. Tiempo

Es difícil prever el tiempo total de un proceso judicial. Se puede tener un tiempo estimado aunque no exacto del caso ante las instancias jurisdiccionales, dependiendo de la materia. Por ejemplo, los procesos penales pudieran ser menos extensos que los civiles. A la evaluación del tiempo del proceso se suma la complejidad del caso y/o de incidentes presentados por la contraparte durante el mismo, así como los costos. En los casos de demandas colectivas, dada su complejidad y número de víctimas, los litigios son más extensos. Ciertamente, las diferentes en tiempo se traducen en costos del caso.

Igualmente, se debe anticipar una lucha más allá de la decisión del tribunal, aunque dicha decisión sea favorable. Para la ejecución de la decisión o en caso de rechazo de la demanda, se necesita de herramientas y estrategias complementarias para lograr el objetivo perseguido.

Y es que "una estrategia de litigio de alto impacto es un proceso de cambio e intervención social de alta duración, cuyos resultados no están asegurados y están supeditados a múltiples variables; su importancia radica en la erradicación del cambio, la identificación de las realidades sociales, de las expectativas de cambio de las comunidades, el comienzo y la disposición de las actividades para lograr el mismo"[40]. Por lo que la estrategia del litigio necesariamente debe ser prediseñada y estudiada cautelosamente antes de presentar la demanda. Pudiera ser rediseñada a medida que acontecen nuevas situaciones durante el proceso judicial y extrajudicial, no previstas.

7. Estrategias complementarias al litigio: incidencia (*advocacy*) y medios de comunicación

Como señalamos, el litigo de impacto es sólo un medio para alcanzar una finalidad u objetivo jurídico, social y cultural, que se persigue a través de un caso modelo o paradigmático. Por lo tanto, el mismo litigio de impacto, como parte de su estrategia, debe ir acompañado de estrategias complementarias.

40 Correa Montoya, Lucas, "Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el derecho", *Opinión Jurídica*, Vol. 7, No. 14, Universidad de Medellín, Medellín, Julio-Diciembre 2008. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/945/94512646010.pdf>, a agosto de 2010.

El litigio estratégico de impacto social no es estratégico si no se encuentra acompañado de elementos complementarios, como la promoción, educación y formación profesional en derechos humanos y en el tema jurídico de discusión en el litigio. El objetivo es despertar conciencia sobre el tema, motivar a la discusión pública, a la presión política y social, promover cambios legislativos y jurisprudenciales, que las víctimas y grupos marginados conozcan sus derechos y las vías para exigirlos.

La incidencia consiste en estrategias educativas[41], capacitaciones y cursos, publicidad, promoción (incluyendo en redes sociales electrónicas, los celulares o BB), creación de libros, presentación y publicación de informes o artículos, así como educación sobre la legislación, doctrina y jurisprudencia internacional en derechos humanos. También son formas de hacer incidencia las frases de campaña, vestir un día o llevar una prenda de un color, conciertos, una insignia, *t-shirts* alegóricas, entre otros.

Tales herramientas de educación y promoción son dirigidas a la comunidad, a las víctimas, a ONG, a las y los empleados de instituciones públicas y sus funcionariado (policía, militares, centros penitenciarios, jueces, fiscales, defensores públicos), consultores legales y representantes de instituciones Estatales. Por ejemplo, en Honduras, cuando se trata de aspectos técnicos sobre el tema jurídico discutido, se han creado manuales para jueces sobre el tema de violencia doméstica; en Inglaterra se han diseñado manuales sobre la tortura[42], tanto dirgidos a las víctimas como a las y los jueces. Igualmente, la Corte IDH, en la parte reparatoria o indemnizatoria de sus sentencias condenatorias, ha ordenado a los Estados en numerosas ocasiones la creación de cursos en las universidades o programas para la educación en derechos humanos, especialmente dirigidos a la Policía, Fuerzas Armadas, Centros Penitenciarios, Jueces y Ministerio Público[43].

---

41 Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas, *Litigio estratégico*. Red de Clínicas Jurídicas, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2009. Disponible en: <http://www.clinicasjuridicas.org/litigio-estrategico.htm>, a agosto de 2010.

42 Zoon, Ina, "Acciones de apoyo al litigio", en: Incalcaterra, Amérigo, et al., *El litigio estratégico en méxico: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil...* págs. 34 y 39.

43 La Corte IDH en numerosas ocasiones ha condenado a los Estados a desarrollar

Otra estrategia complementaria al litigio estratégico en derechos humanos que pudiera ser vista como una forma de incidencia, es la figura del *amicus curiae*, de la palabra latina "amigo de la corte" o "amigo del tribunal", originaria del derecho romano, pero acogida por países cuyo sistema de derecho es el *common law* y en casos litigados por ante tribunales internacionales. Su uso práctico se ha extendido ante los tribunales locales en diversos países del mundo, especialmente en el área de derechos humanos.

Se trata de una solicitud presentada mediante instancia o escrito a un tribunal, sin importar su grado, por un tercero que no es parte del litigio pero que tiene interés en el tema del caso, en apoyo o en contra del tema de derecho en discusión[44]. El tercero no es interviniente voluntario del proceso, sino que presenta su argumentación jurídica en torno al tema del caso. El tribunal no está obligado a examinar el *amicus curiae* ni hacerlo constar en su decisión. Por ejemplo, algunas instituciones nacionales e internacionales presentaron un *amicus curiae* para que la Corte Constitucional de Colombia despenalizara el aborto, como en efecto sucedió en mayo de 2006. En Estados Unidos de Norteamérica, en el caso Laurence vs. Texas. (2003), sobre el respeto y protección a la vida privada de parejas homosexuales, fueron presentados *amicus curiae* por ONG locales e internacionales, como Interights, Amnistía Internacional y otros[45].

---

cursos de Derechos Humanos en las universidades, a las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, Ministerio Público y Centros Penitenciarios. Véanse los casos *Huilca-Tecse v. Perú*, reparaciones, sentencia del 3 de marzo de 2005, Serie C No. 121, párr. 113; *Tibi v. Ecuador*, reparaciones, sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 264; *Myrna Mack-Chang v. Guatemala,* sentencia del 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 282; *Blanco-Romero y otros v. Venezuela*, sentencia del 28 de noviembre de 2005, Serie C No. 138, párrs.106 y 116; *Goiburú y otros v. Paraguay,* reparaciones, sentencia del 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 178; *La Cantuta v. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párrs. 240-242; *Zambrano-Vélez y otros v. Ecuador,* sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C No. 166, párrs. 155-158.

44 Garner, Bryan A., Black's Law Dictionary, octava edición. Thomson West, Estados Unidos de América, 1999, pág. 93.

45 La despenalización del aborto en Colombia se logró mediante un fallo de la Corte Constitucional. Otro caso de éxito del *amicus curiae* es uno de la Corte Europea de Derechos Humanos (DH. y otros vs. Rep. Checa, 2004), para el que Human Rights Watch utilizó la fiura para presentar datos estadísticos como

La Corte IDH reconoce la presentación de *amicus curiae* por parte de ONG nacionales e internacionales. Por ejemplo, en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, que versaba sobre libertad de expresión en los medios de comunicación, la Corte describió entre los documentos vistos del caso los *amicus curiae* presentados por asociaciones de periodistas locales y ONG internacionales, como CEJIL, Global Campaign for Free Expression y World Press Freedom Committee[46].

En ocasiones, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana ha hecho constar el *amicus curiae* en sus decisiones, como en la sentencia del 4 de febrero de 2004 sobre la acción en inconstitucionalidad del proyecto de ley tendente a la reforma de la Ley No. 275-97, en la cual se discutía el control *a priori* de la constitucionalidad de las leyes: "Visto el escrito de intervención [*amicus curiae*] depositado en la Secretaría General de la Suprema Corte de Justicia por la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales (ADE), Asociación Nacional de Jóvenes Empresarios (ANJE) y otras ONG, el 9 de febrero de 2004, en relación con la acción de que se trata"[47].

En el 2008, la Suprema Corte de Justicia dominicana llamó "escrito de intervención" (en otras palabras, *amicus curiae*) al escrito presentado

prueba de discriminación indirecta. Ejemplos citados por Zoon, Ina, "Acciones de apoyo al litigio"... págs. 36-37.

46 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107.

47 En la República Dominicana, la figura jurídica *amicus curiae* ha sido presentada ante la Suprema Corte de Justicia. Ver en ese sentido la sentencia del 10 de febrero de 2004 sobre Acción en Inconstitucionalidad del Proyecto de Ley tendente a la reforma de la Ley No. 275-97: "Visto el escrito de intervención ("Amicus curiae") depositado en la Secretaría General de la Suprema Corte de Justicia por la Asociación Dominicana de Abogados Empresariales (ADE), Asociación Nacional de Jóvenes Empresarios (ANJE), Centro de Estudios Sociales P. Juan Montalvo, S. J., Centro de Planificación y Acción Ecuménica (CEPAE), Consejo Nacional de la Empresa Privada (CONEP), Foro Ciudadano, Fundación Derecho Democracia, Inc., Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc., (FINJUS), Instituto Dominicano de Salud (INSALUD), Participación Ciudadana, el 9 de febrero de 2004, en relación con la acción de que se trata". SCJ, sentencia del 10 de febrero de 2004, No. 9, B. J. 1119, Vol. I, sobre Acción en Inconstitucionalidad del Proyecto de Ley tendente a la reforma de la Ley No. 275-97. Disponible en: <http://www.suprema.gov.do/consultas/consultas_sentencias/detalle_info_sentencias.aspx?ID=111910001>, a febrero de 2011.

por la Fundación Derecho y Democracia Inc., solicitando el rechazo de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Ministerio Jesús es Sanidad y Vida Eterna Inc. y otras iglesias, contra la Resolución del Congreso Nacional No. 3874 del 10 de julio de 1954, publicada en la Gaceta Oficial No. 7720 del 21 de julio de 1954, que aprobó el Concordato firmado entre la Santa Sede y el Estado Dominicano el 16 de junio de 1954[48].

En la República Dominicana la figura del *amicus curiae* no se encontraba regulada pero tampoco prohibida. Hasta el 2011 no existía una referencia al respecto. El artículo 112, párrafos I, II y III, de la Ley 137-11 del Tribunal Constitucional y Procedimientos Constitucionales, en la sección sobre el Amparo Colectivo, indica la posibilidad de que, antes de dictarse sentencia, "toda" persona pueda participar en el proceso sin tener calidad de parte en el mismo; su participación "se limitará a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate con el único y exclusivo objeto de informar al juez, quien tendrá en todo caso poder de control para moderar y limitar tales participaciones". Al respecto, consideramos que debe aclararse el significado de esta figura, si el legislador tuvo la intención de regular un *amicus curiae*, así como los plazos de presentación del mismo[49].

El *amicus curiae* constituye un instrumento valioso para exponer posiciones respecto a un litigio originalmente presentado en interés

48 SCJ, sentencia del 22 de octubre de 2008, No. 6, B. J. No. 1175, Vol. I, que declara conforme a la Constitución dominicana el Concordato Suscrito entre el Estado Dominicano y la Santa Sede.

49 Artículo 112.- Amparo Colectivo. La defensa jurisdiccional de los derechos colectivos y del medio ambiente y de los intereses colectivos y difusos procede para prevenir un daño grave, actual e inminente, para hacer cesar una turbación ilícita o indebida, para exigir, cuando sea posible, la reposición de las cosas al estado anterior del daño producido o la reparación pertinente. Párrafo I.- Toda persona, previa al dictado de la sentencia, puede participar voluntariamente en el proceso. Párrafo II.- Su participación se limitará a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate con el único y exclusivo objeto de informar al juez, quien tendrá en todo caso poder de control para moderar y limitar tales participaciones. Párrafo III.- El participane no tiene calidad de parte en el proceso, no podrá percibir remuneración, ni podrá recurrir las decisiones tomadas por el juez. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de y de los Procedimientos Constitucionales, Ley No. 137-11 del 13 de junio de 2011.

únicamente del cliente, pero cuyo tema jurídico tiene un impacto mayor. Además, constituye una estrategia menos costosa, pues solo trata el hecho y las consideraciones de derecho novedosas aplicables al caso[50].

Definitivamente, la participación de los medios de comunicación, llamado el "otro Poder del Estado", es vital para el cambio de conciencia y el apoyo de la opinión pública a un caso. Es un medio de presión pública y política. En República Dominicana, la radio sigue siendo el medio más democrático pues se encuentra al alcance de todos; la prensa (sobre todo gratuita) y la televisión siguen siendo medios masivos tradicionales de impacto, sin dejar de mencionar la importancia de otros medios modernos electrónicos como las redes sociales y los celulares ("BBs" y mensajes masivos). En los Estados Unidos de América, el caso Eastman Kodak Company llamó la atención pública del país al tratarse de una demanda colectiva interpuesta por firmas de abogados y ONG por discriminación racial de antiguos empleados afroamericanos. En este caso crearon hasta una página de Internet para que más víctimas se uniesen a la demanda. En el año 2009 las partes llegaron a un arreglo[51].

Es importante resaltar que debe examinarse el impacto de la incidencia y de los medios de comunicación en las víctimas del caso. En ocasiones no es conveniente exponerlas, o simplemente no desean colaborar en la publicidad de su caso debido a temores, presiones y amenazas. Por lo tanto, los medios de comunicación y las diversas formas de incidencia (*advocacy*) constituyen herramientas necesarias que acompañan el litigio de interés público en torno a un caso, llegando a obtener la aceptación y apoyo de la opinión pública. Los medios de comunicación y las diversas formas de incidencia constituyen una de las variadas formas de libertad de expresión, que fortalece la democracia.

---

50 Cassel, Jennifer, "Enforcing Environmental Human Rights: Selected Strategies of US NGOS", *Northwestern University Journal of International Human Rights* 6, 2007, págs. 56-57.

51 Davis et al. v. Eastman Kodak Company, Caso Civil No. 6:04-cv-06098 (Julio 30, 2004); Alston, et al. v. Eastman Kodak Company, Caso No. 07-cv-6512 (2007); Employees Committed for Justice, et al. v. Eastman Kodak Company, Caso No. 6:04-cv-06098-JWF. Casos por ante el United States District Court for the Western District of New York. Disponible en: <http://www.kodakdiscrimination.com>, a agosto de 2010.

8. Contingencias

Entre las contingencias que pudieran presentarse durante el proceso judicial se encuentran que el demandante haya fallecido, se encuentre encarcelado o sufra incapacidad mental, su seguridad personal esté amenazada o se encuentre desaparecido[52]. Los demandantes, abogados, organizaciones y otros colaboradores podrían afrontar graves consecuencias económicas, sociales y personales en el caso. La víctima, quien es el cliente, muchas veces no colabora en el proceso por diversos motivos, especialmente por su condición de vulnerabilidad.

Puede suceder también que el cliente, siendo víctima de traumas, de amenazas o por miedo, decida transar el caso, no se presente al tribunal cuando se le requiera o no esté diciendo la verdad completa, entre otras situaciones. Precisamente, el trabajo con víctimas marginadas, vulnerables o de bajos niveles de educación merece un acompañamiento especial de psicólogos u otro tipo de asistencia, un trabajo propio de las estrategias del abogado en el trato con el cliente.

Existen casos que por su naturaleza, podrían generar actos de violencia durante su desarrollo, incluso en las audiencias, por lo que debe asegurarse la integridad física y mental de las víctimas, abogados y colaboradores. Tales son los casos de violencia de género e intrafamiliar o, igualmente, en materia de tierras, donde existen intereses en pugna entre un gran número de personas que ocupan el terreno y otros que pretenden derechos de propiedad sobre el mismo, o bien el caso de un imputado que haya ocasionado enormes daños a la comunidad y ésta se presente en la sala de audiencias expresando su deseo de que el imputado sea encarcelado.

En ocasiones, un abogado puede encontrarse en desventaja profesional al litigar con firmas de abogados, con abogados contratados por el gobierno o compañías con mayor experiencia profesional y recursos. Para salvar la desventaja, se debe prever la posibilidad de asociarse con personas expertas o con un conjunto de oficinas de abogados, así como

52 Van Schaack, Beth, "With All Deliberate Speed: Civil Human Rights Litigation as a Tool For Social Change", *Vanderbilt Law Review* 57, Vanderbilt University, 2004, pág. 1100.

tomar en consideración que el litigio estratégico necesita una fuente segura de financiamiento.

Existen ocasiones en que el Estado adopta la estrategia de transar el caso. Esto puede suceder incluso a último momento, antes de fallar el tribunal y de sentar el precedente jurisprudencial. Cuando esto sucede la víctima considera satisfecho su reclamo y decide transar, entonces el tema de litigio estratégico podría no alcanzar el objetivo deseado. De nuevo surge aquí la cuestión de conciliar los intereses de la víctima con los del litigio estratégico, más aún luego de haber invertido cuantiosos recursos económicos y humanos. Sin embargo, la transacción, como hemos señalado, no obsta para el éxito del objetivo buscado si, precisamente, es el resultado de la aceptación de las pretensiones y el caso obtiene el apoyo de la opinión pública.

Otra variable a tomar en cuenta es el nivel de acceso a información y documentos de instituciones públicas; la corrupción administrativa; el engabetamiento de casos sin darles curso; la existencia de elecciones próximas, cambios en el poder o nuevos nombramientos de funcionariado público.

Cada caso tiene sus particularidades y, consecuentemente, las estrategias del litigio serán efectivas en la medida que puedan preverse los diferentes escenarios y el curso de los procesos. Deben tenerse previstos planes de acción, dependiendo de cómo avance el caso, pero también se deben identificar a tiempo posibles contingencias para rediseñar las estrategias.

9. Acciones post-litigio

Se trata de estrategias, en principio previstas, implementadas luego del litigio o luego de lanzar la demanda, de acuerdo a las situaciones o eventualidades que surgen. Aun si el cliente quisiera transar el caso, esto no necesariamente sería incompatible con el litigio de impacto, pues el éxito del litigio estratégico deviene del apoyo de la publicidad y promoción (*advocacy*), de la creación de conciencia pública, del logro del cumplimiento de lo requerido y/o indemnización del derecho violentado.

Si el litigio se pierde, igualmente la problemática fue puesta en discusión y sigue latente para posibles casos futuros. Aun cuando sea claro que el tribunal fallaría en contra, el caso podría contribuir a generar otros resultados, tales como informar y promover el tema entre los tribunales, abogados y entidades estatales, concientizar a las víctimas, llamar la atención de las necesidades de un grupo minoritario, entre otros[53].

En ocasiones el tribunal falla a favor pero contra la opinión pública y viceversa, la opinión pública es contraria a la decisión del tribunal. Lo más desafiante es cambiar la percepción del caso cuando el tribunal y la opinión pública son contrarios al mismo. Por otra parte, se debe analizar que la decisión establecería un precedente jurisprudencial si es fallado en contra, lo cual puede afectar otros casos que se presenten ante el mismo tribunal y con la misma problemática.

Se pueden también tomar medidas para monitorear los casos y las decisiones del tribunal donde se conoció el caso fallado en contra, para determinar si existe un cambio en el criterio de dicho tribunal[54]. Se pueden también tomar acciones complementarias al litigio mediante las estrategias de promoción y publicidad, a los fines de cambiar el criterio del tribunal o del Poder Judicial y/o la opinión pública. Otra opción es acudir al litigio internacional.

En los Estados Unidos de América, un caso muy famoso, que da inicio al tema del litigio estratégico en derechos humanos, fue Brown vs. Board Education of Topeka vs. Kansas[55], el cual versa sobre la declaratoria de inconstitucionalidad por discriminación racial y segregación de personas afrodescendientes en las escuelas en varios Estados. Recordemos que para 1938, se vivía en ese país un contexto social e histórico de lucha racial. Se interpusieron varias demandas en diferentes Estados, pero los tribunales se resistían a tramitar temas políticos, no aceptaban los datos estadísticos como evidencia, y aún eran inexpertos

53 Rekosh, Edwin, Kyra A. Buchko y Vessela Terzieva (eds.), "Strategic Litigation: Bringing Lawsuits in the Public Interest"... pág. 50.

54 *Ibídem*.

55 *Ibídem*, pág. 38. (347 U.S. 483 (1954) supplemented 349 U.S. 294 (1955)).

manejando figuras jurídicas. A pesar de haber obtenido una decisión favorable en la Suprema Corte de Justicia Federal, el proceso de cambio y aceptación tomó décadas. El Congreso dictó leyes en los años 60 para eliminar la discriminación racial, incluyendo la Ley de los Derechos de Voto en 1965. Este es un ejemplo de cómo un caso fallado a favor no siempre trae cambios sociales y jurídicos de forma inmediata. Son necesarias estrategias complementarias al litigio, tales como campañas, promoción, educación o una combinación de estas actividades. Quizás lo más frustrante al ganar un litigio de impacto es que una vez alcanzado el éxito se requiere seguimiento constante, pues no se trata de victorias a corto plazo[56].

Con relación al gobierno, es importante determinar si luego de interpuesta la demanda o luego de emitida la decisión, cambiaría su posición. Las reformas legales pueden producirse cuando el caso presenta o identifica un problema social y jurídico que llama la atención pública[57]. Puede incluso suceder que con anterioridad o posterioridad al fallo del tribunal sobre el caso, el Congreso adopte una nueva ley.

A pesar de obtener ganancia de causa, puede ser que la indemnización otorgada o la sanción impuesta no representen valor monetario alguno para las víctimas, o puede suceder que la sentencia no sea efectivamente ejecutada. Sin embargo, el simple hecho de ganar el caso constituye una satisfacción moral[58] para quienes trabajan el caso y para las víctimas, una forma de impacto social, político y jurídico.

Las estrategias expuestas, complementarias al litigio, constituyen las mejores herramientas para ejercer presión política y social ante la dificultad de ejecución de las sentencias ganadas contra el Estado o la parte contraria, especialmente en lo que toca al deber de proveer recursos económicos a una víctima o cuando se trata de una situación espe-

56 *Ibídem*, pág. 110.

57 Johnson, Kevin R., "International Human Rights Class Actions: New Frontiers for Group Litigation", *Michigan State Law Review* 643, Multi-Jurisdictional and Cross-Border Class Actions Symposium Issue. Michigan State University College of Law, 2004, pág. 65.

58 Van Schaack, Beth, "With All Deliberate Speed: Civil Human Rights Litigation as a Tool For Social Change"... pág. 2322.

cífica en materia de derechos económicos, sociales y culturales, o bien en el caso de no haber obtenido una decisión favorable. Otra opción, como hemos resaltado anteriormente, es el litigio internacional, cumpliendo con los requisitos procesales correspondientes.

Finalmente, puede suceder que los escenarios o los presupuestos planificados antes de interpuesta la acción judicial correspondiente hayan cambiado y no hayan sido previstos durante o luego del proceso. Entonces se deben identificar las nuevas circunstancias a tiempo y rediseñar las estrategias.

Conclusión

El trabajo en derechos humanos es diverso. Así como algunos trabajan la educación, promoción, investigación y otros tipos de incidencia, otros se dedican al litigio. El litigio estratégico en derechos humanos, de interés público o de impacto, es una herramienta dirigida al cambio jurídico y social.

El litigio en derechos humanos constituye un medio pero no un fin en sí mismo. Es una forma más de incidencia, es parte de una estrategia global para llegar al objetivo específico: el cambio o reforma de una ley o la aplicación de una ley; cambios o reformas en prácticas institucionales; cambios en prácticas culturales violatorias de derechos humanos.

El litigio estratégico en este campo tiene por objeto que, a través de un caso modelo, paradigmático o *leading case*, se establezca un precedente y cambie el criterio de los jueces. Busca aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las convenciones internacionales y las decisiones jurisdiccionales a los casos locales, dando como resultado una jurisprudencia renovada, viva y acorde con el criterio internacional.

No se trata de litigar por litigar y aumenta el trabajo de los tribunales; se trata de proponer cambios en ocasión de un caso paradigmático honrando la naturaleza de servicio jurídico-social del abogado. Proponemos el litigio estratégico en derechos humanos como un trabajo *pro bono* o conjunto de personas físicas y jurídicas que colaboren y financien el caso. Esto, a los fines de vencer su limitante: los recursos económicos

y humanos, dado que normalmente las personas afectadas son de escasos recursos, quienes no pueden asumir un proceso que puede ser largo y costoso.

Al mismo tiempo, en este tipo de proyecto se integran otras disciplinas o profesionales. El poder de los medios de comunicación muchas veces es mayor en resultados que llevar el caso en el tribunal, pero se debe ser cuidadoso al considerar su apoyo como estrategia. Las ONG tienen un *know how* de incidencia, capacidad de logística y movilización, pero muchas veces no cuentan con el apoyo técnico del abogado que les acompañe en el proceso en los tribunales, como otro espacio más de lucha en la estrategia.

Las estrategias descritas a lo largo del presente trabajo, destinadas a un litigio de impacto en derechos humanos, no constituyen fórmulas sagradas. En el litigio estratégico no existe un manual, todo depende del caso, de las circunstancias, del "arte, lógica y razonamiento" de la o el abogado. Hemos compartido simples pinceladas sobre aspectos a tomar en consideración, siendo el litigio una ingeniería estratégica cuidadosamente diseñada y estudiada.

Se necesita una nueva conciencia del trabajo en derechos humanos, especialmente en torno al litigio. Se necesita honrarlos con autonomía propia como asignatura, carrera o especialidad, como un área más del derecho, y no bajo la sombra del Derecho Constitucional. Se necesita honrarlos más allá del concepto de "derechos fundamentales", término limitativo; se necesita honrarlos, como derechos universales, inherentes e independientes del ser humano. Proponemos cambiar la percepción desfigurada de los derechos humanos como un derecho romántico o teórico. Proponemos honrar la función social de la profesión del abogado en su máxima expresión, trabajando casos paradigmáticos de impacto jurídico y social.

Precisamente el presente escrito es una forma más de incidencia en torno al tema, destinado a mover a la acción, crear conciencia y obtener el apoyo de la opinión pública.

El anencefálico como donante de órganos y el bioderecho constitucional

*Adriano Sant'Ana Pedra**

Introducción

Los progresos de la medicina moderna han propiciado la ampliación de las posibilidades de éxito en el trasplante de órganos, tejidos y otras partes del cuerpo humano, lo que conlleva inevitablemente a una serie de cuestionamientos ético-jurídicos. Uno de ellos, que se analizará aquí, se refiere a la posibilidad de que una persona anencefálica sea la donante.

En Brasil, el Consejo Federal de Medicina aprobó la Resolución CFM No. 1.752, el 8 de setiembre de 2004, donde se dispuso acerca de la "autorización ética del uso de órganos y/o tejidos de anencefálicos para trasplante, mediante autorización previa de los padres". Su artículo 1 indica que "una vez autorizado formalmente por los padres, el médico podrá realizar el trasplante de órganos y/o tejidos del anencefálico, después de su nacimiento". Esta resolución autoriza la realización del trasplante de cualquier órgano o tejido, teniendo como donante un ser humano que aún mantiene signos vitales; el ordenamiento jurídico brasileño da el permiso solamente cuando es posible preservar la vida y la integridad física del donante.

Las situaciones que tienen que ver con personas anencefálicas también son motivo de discusión en otros países, como Chile, país sobre el que Ángela Vivanco Martínez expresó: "al carecer de gran parte del cerebro, la situación de los niños anencefálicos ha dado lugar a una discusión acerca de si pueden ser considerados o no como personas titulares de derechos"[1].

---

* Doctor en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo; Máster en Derechos y Garantías Fundamentales por la Facultad de Derecho de Vitória; profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Vitória en los cursos de pregrado y postgrado (maestría y doctorado); profesor de la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo; Procurador Federal de Abogacía General de la Unión (Brasil).

1 Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, pág. 274.

El presente estudio tratará esta cuestión a la luz de los postulados de la bioética, siendo necesario analizar la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, así como en el marco de los valores y principios morales. La posibilidad de utilizar los órganos, tejidos u otras partes del cuerpo de una persona anencefálica será analizada a partir del sistema jurídico que regula los transplantes, bajo la óptica del bioderecho constitucional.

1. El bioderecho constitucional y la bioética

Maria Helena Diniz define el bioderecho como el "estudio jurídico que, teniendo como fuente inmediata la bioética y la biogenética, tiene como objeto principal la vida"[2]. Maria García[3] perfecciona este concepto, apuntando además, que el bioderecho es el conjunto de normas jurídicas que tienen como principios informadores la dignidad de la persona humana y la protección de la vida, así como el equilibrio ecológico. El bioderecho constitucional encuentra respaldo en el artículo 5 de la Constitución brasileña y sirve como matriz de las normas jurídicas atinentes al trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano.

José Alfredo de Oliveira Baracho define, entonces, bioconstitución como el

> […] conjunto de normas (principios y reglas) formales o materialmente constitucionales, que tienen como objeto las acciones u omisiones del Estado o de entidades privadas, con base en la tutela de la vida, en la identidad y integridad de las personas, en la salud del ser humano actual o futuro, tomando en cuenta también sus relaciones con la biomedicina[4].

Con las normas jurídicas que disponen acerca del trasplante de órganos se presenta un dilema entre las garantías individuales de todo ser humano –tales como la libertad, la dignidad de la persona humana, la indisponibilidad de la vida y de la salud y la autoafirmación–, frente

2 Diniz, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*. Saraiva, São Paulo, 2006, pág. 9.

3 Garcia, Maria, "Biodireito constitucional: uma introdução", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 42, 2003, págs. 105-113.

4 De Oliveira Baracho, José Alfredo, "Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano", *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos* 27, 2000, págs. 6-7.

al poder del Estado, que representa el interés colectivo de procurar órganos y tejidos.

La Constitución brasileña dispone que debe ser facilitada "la remoción de órganos, tejidos y substancias humanas para fines de transplante, pesquisa y tratamiento, así como la recolección, procesamiento y transfusión de sangre y sus derivados, siendo prohibida todo forma de comercialización de los mismos" (artículo 199, párr. 4). No obstante, es necesario indagar hasta qué punto el Estado puede, bajo la égida del poder a él atribuido en atención al cumplimento de su función social, interferir en la esfera íntima de los individuos y requerir a éstos o a sus familia, órganos, tejidos y partes de sus cuerpos para fines de transplante.

Surge de allí la necesidad de una respuesta ética a las situaciones que se originan en la ciencia, en el ámbito de la salud, lo que se produce a través de la bioética. "La bioética deberá ser un estudio deontológico, que proporcione directrices morales para la actuación humana ante los dilemas suscitados por la biomedicina"[5]. Las leyes éticas, como expone Goffredo Telles Junior, se caracterizan por ser imperativas.

> Precisamente por ser enunciativas e imperativas del deber, son leyes éticas, aunque son integrantes de un orden normativo, son verdaderas normas. Ellas son, de hecho, mandamientos de normalización del comportamiento. Determinan lo que debe ser hecho en consonancia con un sistema de concepciones dominantes[6].

Las normas que componen el ordenamiento jurídico pueden asumir dos configuraciones básicas: reglas y principios. Robert Alexy formuló una fecunda teoría distinguiendo precisamente las reglas de los principios. Las reglas son normas que deben ser cumplidas. De esta manera, si la regla es válida, tenemos que hacer exactamente aquello que ella exige, ni más ni menos. En ese sentido, la diferencia entre principios y reglas es cualitativa. Robert Alexy sostiene que el punto decisivo para la distinción entre principios y reglas es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mejor medida posible, dentro

5 Diniz, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*... pág. 15.

6 Telles Junior, Goffredo, *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003, pág. 205.

de las posibilidades jurídicas y reales existentes. De esa forma, los principios constituyen mandatos de optimización. Según Robert Alexy,

> […] los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida del debido cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos[7].

La bioética se pauta en cuatro principios básicos que constituyen racionalizaciones abstractas de valores que derivan de la interpretación de la naturaleza humana y de las necesidades individuales. Ellos son los principios de la autonomía y de la beneficencia, de carácter teleológico, y los principios de la no-maleficencia y de la justicia, de carácter deontológico.

El **principio de la autonomía** implica que se debe respetar la voluntad, los valores morales y las creencias de cada persona, denotando que todas deben ser responsables por sus actos. De esa forma, el profesional de la salud debe respetar la voluntad del paciente o la de su representante, considerándolo capaz de conocer sus opciones. Siendo así, la disposición de órganos debe transcurrir dentro de un contexto de consentimiento libre y conocido. El Derecho debe proteger a aquel que no tuviere autonomía suficiente para tomar decisiones, sea por coacción o deficiencia mental, por ejemplo.

El **principio de la beneficencia** indica la obligatoriedad del profesional de la salud y del investigador, de promover en primer lugar el bien del paciente, buscando atender su bienestar, maximizando los beneficios, no causando daños y minimizando los posibles riesgos. En el juramento de Hipócrates[8], el principio de la beneficencia es el hilo conductor; el

---

7 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 86.

8 "Se aplicarán los regímenes para el bien de los dolientes, según mi conocimiento y mi razón, y nunca para perjudicar o hacer el mal a quien quiera que sea. A nadie daré remedio mortal para agradar, ni consejo que induzca a la destrucción. Tampoco suministraré a una señora presario abortivo. [...] En la casa donde yo fuere, entraré solamente por el bien del doliente, absteniéndome de cualquier mal voluntario o de toda seducción".

profesional de la salud solamente puede utilizar el tratamiento para el bien del paciente y nunca para causarle mal o promover la injusticia.

El **principio de la no-maleficencia** es un desdoblamiento del principio de la beneficencia, porque contiene la obligación de no causar daño intencional y porque deriva de la máxima de la ética médica *primum non nocere*.

El **principio de la justicia** indica una obligación que garantice una distribución justa, equitativa y universal de los bienes y servicios (beneficios) de la salud[9], además de una relación ecuánime en los riesgos y encargos.

Además de estos principios cardinales de la bioética, José Alfredo de Oliveira Baracho[10] afirma que existen principios generales de protección del cuerpo humano que deben ser observados, siendo ellos: la primacía de la persona, la dignidad de la persona, el respeto del ser humano frente a la comercialización de su vida, la inviolabilidad del cuerpo humano y su integridad, la necesidad terapéutica (consentimiento y límites), la integridad de la especie humana, la extrapatrimonialidad del cuerpo humano, la no remuneración del donante, el anonimato, la esterilización, la voluntad de procreación, la asistencia médica a la procreación y la protección del embrión humano.

Merece ser destacado el principio de la dignidad de la persona humana, que es el fundamento del Estado Democrático de Derecho

9 Nos recuerda Daury Cesar Fabriz "que para ciertas dolencias la penicilina ofrece la cura, haciendo el bien al paciente. Sin embargo, Gandhi dejó morir a su mujer sin que le fuese aplicada la dosis posiblemente salvadora. Actuó según lo que le parecía derecho, y talvez haya creído que le hacía un bien. Pero…¿fue justo? [...] Tal perspectiva demuestra cómo el hacer justicia o la idea de justicia puede expresarse en su efectividad como algo cruel o inclusive despojado de cualquier sentimiento humano". Cf. Fabriz, Daury Cesar, *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, pág. 112.

10 De Oliveira Baracho, José Alfredo, "O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica", *O sino do Samuel* 21, 1997, pág. 5. Cf. también: de Oliveira Baracho, José Alfredo, "Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética", *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 10, 2004, pág. 167.

(artículo 1, III, de la Constitución brasileña), y la esencia de todo el ordenamiento jurídico.

Fábio Konder Comparato explica que la dignidad de la persona humana

> […] es el fundamento de toda vida ética; de ese fundamento, la raíz más profunda deviene, lógicamente, de las normas universales del comportamiento, las cuales representan la expresión de esa dignidad en todos los tiempos y lugares, y tienen por objetivo su preservación[11].

El principio de la dignidad de la persona humana, según Paulo Bonavides, es la base de "la totalidad de los derechos humanos positivos como derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico-constitucional"[12]. Según José Joaquim Gomes Canotilho, la dignidad de la persona humana como base de la República, significa el reconocimiento del individuo

> […] como límite y fundamento del dominio político de la República. En este sentido, la República es una organización política que sirve al hombre y no es el hombre que quien sirve a los aparatos político-organizativos[13].

Conforme enseña Maria Garcia, "la dignidad de la persona humana corresponde a la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente"[14]. De allí la necesidad de la imposición de los límites de la ciencia, reconociéndose que el respeto al ser humano sólo se alcanza si observamos la dignidad humana. La ciencia debe estar al servicio del ser humano para que su vida sea cada vez más digna de ser vivida.

---

11 Konder Comparato, Fábio, *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. Companhia das Letras, São Paulo, 2006, pág. 484.

12 Bonavides, Paulo, *Teoria constitucional da democracia participativa*. Malheiros, São Paulo, 2001, pág. 10.

13 Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da constituição*. Almedina, Coimbra, 2002, pág. 225.

14 Garcia, Maria, *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade* RT, São Paulo, 2004, pág. 211.

2. Disposición de órganos en vida y disposición de órganos *post mortem*

El ordenamiento jurídico brasilero permite el trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, tanto entre personas vivas como después de la muerte del donante. Tratándose de la disposición de órganos en vida, la preocupación primordial es preservar la vida y la integridad física del donante. José Afonso da Silva registra que "agredir el cuerpo humano es un modo de agredir la vida, pues ésta se realiza en el primero. La integridad físico-corporal constituye, por lo tanto, un bien vital y revela un derecho fundamental del individuo"[15]. De esta manera, es prohibido el transplante cuando se refiere a partes vitales, en razón del derecho a la vida y a la integridad física[16]. Siendo así, es posible la donación de órganos dobles, como los riñones, o que se regeneran, como el hígado, no comprometiendo las funciones vitales.

El artículo 13 del Código Civil brasileño prohíbe, con el propósito de proteger la integridad física de la persona, cualquier acto de disposición intervivos que pueda lesionarla.

> Art. 13. Salvo por exigencia médica, es prohibido el acto de disposición del propio cuerpo, cuando implique disminución permanente de la integridad física, o contrariar a las buenas costumbres.
> Parágrafo único. El acto previsto en este artículo será admitido para fines de trasplante, en la forma establecida en ley especial.

Como bien destaca Maria Helena Diniz,

> […] la donación de órganos, tejidos y partes del propio cuerpo para trasplante intervivos es una decisión exclusiva de la persona. Nada hay que pueda imponer a alguien donar, en vida, sus órganos, favoreciendo a otra persona[17].

Y para evitar que haya comercio de órganos y otras partes del cuerpo humano, la ley brasileña (artículo 9, de la Ley No. 9.434/1997, con redacción dada por la Ley No. 10.211/2001) dispone que es permitido a

15 Afonso Da Silva, José, *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros, São Paulo, 2005, pág. 199.

16 Bittar, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade*. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1995, pág. 79.

17 Diniz, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*... pág. 346.

la persona jurídicamente capaz disponer gratuitamente de sus tejidos, órganos y partes del propio cuerpo para fines terapéuticos o para trasplantes a cónyuge o pariente consanguíneo hasta el cuarto grado, inclusive. Si la donación fuera para cualquier otra persona, solamente podrá suceder a través de autorización judicial, para cohibir la práctica del comercio. Son exigidos además, autonomía y consentimiento libre y declarado del donante, sin el cual la disposición de órganos en vida no podrá ocurrir.

Para ilustrar la necesidad de información y del amplio consentimiento del donante, Maria de Fátima Freire de Sá[18] relata el lamentable caso de una criatura de cinco años de edad con insuficiencia renal regresiva, que no se adaptaba a la hemodiálisis. El equipo médico, considerando la posibilidad del trasplante renal, realizó análisis de histocompatibilidad en los parientes próximos, verificando que el padre, por sus características anatómicas y circulatorias, era la persona indicada para la donación. En consulta realizada tan sólo en su presencia, el padre se decidió por la no donación de su riñón, alegando que sentía miedo de la cirugía, el pronóstico era incierto, había la posibilidad de la obtención de un riñón de un donante cadáver, etc. Conforme a lo solicitado por el padre, que no quería que los motivos reales de su decisión fuesen revelados, el médico afirmó su imposibilidad de donación de un riñón "por razones médicas".

También debe traerse a colación el caso de un joven con síndrome de Down, de 22 años de edad, único pariente de su padre y en condiciones de donarle un riñón que le salvaría la vida. Quedó demostrado que el joven tenía menor expectativa de vida, estaría mucho más sujeto a complicaciones y a infecciones, debido al bajo índice de defensa inmunológica, con riesgo quirúrgico aumentado en comparación a las otras personas. Debe subrayarse que el joven no podía transmitir consentimiento voluntario, libremente expreso, debido a sus condiciones mentales y físicas, no pudiendo conocer jamás los riesgos que tenía que enfrentar. Al verificar la situación, la decisión del juez fue no acoger

18 Freire de Sá, Maria de Fátima, *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, págs. 79-80.

el pedido de la madre del joven, aún y cuando ésta argumentase que "la negación sería lo mismo que decretarse la muerte del padre del requerido, con el consentimiento de la justicia"[19].

En la transferencia de órganos entre personas vivas, el acto es realizado *intuitu personae*, o sea, entre donante y receptor, pero siempre de forma gratuita. Existe así una sutil diferencia entre el acto de donación entre vivos y *post mortem*: en el segundo, parte de la doctrina argumenta que ocurre la transferencia de los tejidos, órganos y partes del cuerpo humano retirados del cadáver para el Estado[20], mientras que en el primero no existe esa transmisión.

Pasemos entonces a la disposición de órganos *post mortem*. A pesar de que la persona civil acaba en el momento de su muerte, conforme al artículo 6 del Código Civil brasileño, el derecho de la persona se prolonga después de la vida. El cuerpo humano después de la muerte es una cosa, pero una cosa *extra comercium*. El derecho de la persona y la dignidad humana deben orientar la donación *post mortem* de órganos y tejidos, que solamente puede ocurrir con fines altruistas. En ese sentido, expresa Adriano De Cupis:

> Si la persona no existe después de la muerte, ni aún siendo cadáver deja de ser considerado por parte del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el cuerpo humano, después de la muerte, se torna una cosa sometida a la disciplina jurídica, cosa, entretanto, que, no pudiendo ser objeto de derechos privados patrimoniales, debe clasificarse entre las cosas *extra commercium*. No siendo la persona, mientras está viva, objeto de derechos patrimoniales, no puede serlo tampoco el cadáver, lo cual, a pesar de la mudanza de sustancia y de función, conserva el sello y el residuo de la persona viva. La comerciabilidad estaría, pues, en nítido contraste con tal esencia del cadáver, y ofendería la dignidad humana[21].

Los distintos ordenamientos jurídicos del mundo han dado tratamiento diverso a las normas que regulan la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, y es posible clasificar este conjunto

19 *Ibídem*, págs. 78-79.

20 Pessoa Pereira Da Silva, Rodrigo, "Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais", en: Freire De Sá, Maria de Fátima (coord.), *Biodireito*. Del Rey, Belo Horizonte, 2002, pág. 429.

21 De Cupis, Adriano, *Os direitos da personalidade*. Morais, Lisboa, 1961, pág. 93.

de normas en tres modelos: un sistema de manifestación obligatoria, un sistema de consentimiento presunto y un sistema de consentimiento.

Cuando se adopta la **manifestación obligatoria**, todas las personas, mientras sean capaces, deben formalmente optar por la donación o no de sus órganos. Este sistema exige una declaración expresa por parte del individuo, basada en una estructura binaria de consentimiento u oposición, sin que haya una presunción positiva o negativa, cabiendo al legislador observar los efectos jurídicos resultantes del silencio.

Otros países adoptan el sistema de **consentimiento presunto**, de oposición o disentimiento (*opting out system*), que parte del principio de que todo individuo es donante de órganos. Se divide en dos: sistema fuerte y sistema frágil. El primero posibilita al médico la extracción de todo órgano de cualquier cadáver, tal como ocurre en Austria, Dinamarca, Polonia, Suiza y Francia. El segundo permite al médico retirar los órganos de aquellas personas que no declararon oposición a tal procedimiento. Es lo que ocurre en Finlandia, Grecia, Italia, en Noruega, España y Suecia, y ocurrió en Brasil entre 1997 y 2001, bajo la égida de la antigua redacción del artículo 4 de la Ley No. 9.434/1997, que establecía:

> Art. 4º. Salvo manifestación de voluntad en contrario, en los términos de esta Ley, se presume autorizada la donación de tejidos, órganos o partes del cuerpo humano, para finalidad de trasplantes o terapéutica *post mortem*.

Esta disposición, que promovió la estatización del cuerpo humano, recibió diversas críticas por ofender a la intimidad, la dignidad de la persona humana y la autodeterminación, por una intervención exagerada del Estado en la esfera privada, por discriminar a los no-donantes, y por despreciar completamente la realidad brasileña, donde la falta de información de la población es un factor que impide la manifestación consciente de la voluntad, no existiendo allí ningún altruismo o sentimiento de solidaridad humana.

Luego, Brasil pasó a adoptar el sistema de **consentimiento** (*opting in system*), que exige la concordancia expresa del donante o de su familia. En ese sentido, la nueva redacción del artículo 4 de la Ley No. 9.434/1997, dada por la Ley No. 10.211/2001, dispone:

> Art. 4º. La retirada de tejidos, órganos y partes del cuerpo de personas fallecidas con fines de trasplante u otra finalidad terapéutica, dependerá de la autorización del cónyuge o pariente, mayor de edad, cumpliéndose con la línea sucesoria recta o colateral, hasta el segundo grado inclusive, firmada bajo documento subscrito por dos testigos presentes ante la verificación de la muerte.

Además de Brasil, este sistema también es adoptado en México, Inglaterra, los Países Bajos, los Estados Unidos y Turquía, y parece ser el sistema más acertado.

3. Disposición de órganos de anencefálicos

Tal como se ha visto, en Brasil es posible la disposición de órganos *post mortem* y la disposición de órganos en vida. En ese sentido, la discusión gira en torno de la posibilidad de aplicarse al anencefálico las normas que rigen la disposición de órganos y tejidos *post mortem* o las normas que rigen la disposición en vida.

El anencefálico puede ser un embrión, feto o recién nacido que, por malformación congénita, no posee sus hemisferios cerebrales, pero que tiene una parte del tronco encefálico que mantiene sus funciones vitales, lo que permite que pueda nacer con vida, llegando a fallecer horas, días o semanas después. De allí que precisamos identificar a partir de qué momento la vida humana comienza y debe ser protegida por el Derecho.

El Pacto de San José de Costa Rica, del cual Brasil es signatario, establece en su artículo 4

> 1. Toda persona tiene el derecho de que se respete su vida. Ese derecho debe ser protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

En Brasil, aunque el pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal sea diferente, el Superior Tribunal de Justicia decidió que, de acuerdo con el artículo 5, párr. 3, de la Constitución brasileña,

> […] la Convención continúa en vigor, con fuerza de enmienda constitucional. La regla emanada por el dispositivo en comento, es clara en el sentido de que los tratados internacionales concernientes a los derechos humanos en los cuales Brasil sea parte deben ser asimilados por el orden jurídico del país como normas de jerarquía constitucional; […] El

> Pacto de San José de Costa Rica fue rescatado por la nueva disposición constitucional (art. 5º, § 3º), la cual posee eficacia retroactiva[22].

Este pronunciamiento también es confirmado por Ángela Vivanco Martínez, para quien "es lógico concebir que los derechos esenciales reconocidos en un tratado tengan rango constitucional"[23].

Se puede afirmar que el ordenamiento jurídico brasileño considera que la vida humana comienza y debe ser protegida desde la concepción. En tal sentido, la afirmación de Maria Garcia, para quien "la vida se inicia con la concepción y el art. 5º de la Constitución brasileña, garantizando la inviolabilidad del derecho a la vida, va a extenderla hasta ese momento específico de la formación de la persona"[24].

Este también es el pronunciamiento de Paulo Otero, para quien la garantía de inviolabilidad de la vida humana impone al Poder Público el deber de preservar el derecho a la vida antes y después del nacimiento, lo que debe ser reforzado tanto más frágil fuera esa manifestación de vida humana o más insuficiente o débil fuera su titular. De allí que deben ser abandonados los argumentos de aquellos que afirman que los anencefálicos no tienen vida relacional, y que su propia vida biológica es reducida. Segundo Paulo Otero[25]:

> […] la Constitución no se limita a reconocer el derecho de la vida, como expresión de la conservación de una vida ya nacida, incluye también la garantía de un derecho a la vida, traducido en el desarrollo de todas las manifestaciones de la vida humana, incluyendo el derecho al nacimiento.

Maria Helena Diniz[26] da a conocer el caso, de 1987, en que una señora se embaraza por medio de inseminación artificial, a fin de que el feto

---

22 Superior Tribunal de Justicia, Primera Turma, Unanimidad, Recurso en Habeas Corpus No. 18.799-RS, Relator: Ministro José Delgado.

23 Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007, pág. 434.

24 Garcia, Maria, "A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 24, 1998, pág. 73.

25 Otero, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Almedina, Coimbra, 1999, pág. 38.

26 Diniz, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*... págs. 359-360.

fuese utilizado como donante de tejido nervioso para el tratamiento de su padre, afectado de Parkinson. Esta situación ejemplifica una afrenta a la dignidad del hijo como ser humano, reduciéndolo a la condición de medio, e ignorando que el ser humano es un fin en sí mismo, lo que torna ilícita su instrumentación a simple medio de algo o de alguna cosa. De allí el imperativo práctico señalado por Kant: "Actúa de tal suerte que consideres la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre y simultáneamente como fin y nunca como simple medio"[27]. No se puede olvidar que el Derecho existe en función de la persona y para propiciar su desarrollo.

Así, queda claro por qué es equivocado autorizar la utilización de una persona anencefálica como donante de órganos, tanto por razones técnicas como por razones éticas. Aun cuando normalmente no se aplique a los anencefálicos los criterios de muerte encefálica, esto no significa que no haya otro medio para verificar la cesación de su vida humana. Es oportuna la cita de Paulo Otero, que entiende que "cualquier eventual duda debería ser resuelta jurídicamente a través del principio *in dubio pro vitae*"[28].

Según afirma María Helena Diniz, para que haya trasplante de órganos vitales de anencefálico "será imprescindible aguardar su muerte o la cesación completa de sus funciones cerebrales"[29]. Más aún, expresa:

> El anencefálico es un ser humano tanto como un hombre que sufre una grave lesión en los hemisferios cerebrales o perdido parte de su cerebro en un accidente automovilístico o en una intervención quirúrgica para extirpación de un tumor maligno, perdiendo la capacidad de cualquier contacto con el mundo exterior, pero susceptible de regular su homeóstasis, en virtud de la persistencia del funcionamiento adecuado del tronco cerebral. Si así fuere, se deberá respectar como persona humana, no hiriéndose su dignidad. […] El bebé anencefálico solamente podrá ser donante de órganos y tejidos si llena los criterios legales de la muerte cerebral, o sea, cesación completa del tronco

27 Kant, Immanuel, *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Martin Claret, São Paulo, 2002, pág. 105.

28 Otero, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*... pág. 41.

29 Diniz, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*... pág. 58.

> cerebral, que incluya el mesencéfalo, puente y bulbo raquídeo. Para tal proceso de donación, tendrá que ser de la iniciativa de los padres y no por solicitud de algún profesional de la salud. Sus órganos o sus tejidos, por tanto, no podrán ser retirados de su cuerpo mientras no estuviera legalmente muerto. Si no se puede disponer de los órganos de paciente terminal mientras no ocurra su muerte encefálica, tampoco es posible remover órgano o tejido de anencéfalo mientras la muerte cerebral no se configure o no quede comprobada[30].

De esta forma, no obstante que el trasplante traiga beneficios al receptor, no se puede admitir que esto venga a causar daños al donante que esté vivo, aunque este donante sea una persona anencefálica. Según la enseñanza de María García, "la dignidad de la persona humana puede ser entendida como la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como la autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente"[31]. El anencefálico no puede ser tratado como si fuese un banco o repositorio de órganos y tejidos para fines de trasplante, lo que afrentaría su dignidad.

Conclusiones

Al mismo tiempo que se debe considerar la importancia de los trasplantes para salvar vidas, o para mejorar su calidad, también se debe cuidar por los derechos del donante, especialmente si se trata de una persona anencefálica. Así, se hace necesario ponderar los derechos del donante y del receptor, porque no se puede ser extremamente solidarista, exigiendo la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano para aquel que de ellos precisa, pero tampoco se puede ser individualista, llegando al egoísmo.

Las cuestiones que involucran trasplantes de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano se han tornado cada vez más complejas a medida que la ciencia evoluciona, y esto ha exigido el enfrentamiento de problemas ético-jurídicos. En este texto se buscó analizar jurídicamente la posibilidad de que el anencefálico sea donante de órganos, teniendo como fundamento el bioderecho constitucional, dado que todos los

30 *Ibídem*, págs. 351-352.

31 Garcia, Maria, "Biodireito constitucional: uma introdução"... págs. 112.

dilemas deben ser solucionados observándose el principio de la dignidad de la persona humana y los postulados de la bioética.

Se puede concluir, entonces, que en Brasil es inadmisible jurídicamente cualquier trasplante de órganos de una persona anencefálica, mientras esté viva. Si para el anencefálico la muerte es una cuestión de tiempo, como, además, es para todos los seres humanos, se debe aguardar el momento de su muerte para la retirada de los órganos y tejidos. Y, en este caso, será necesaria la autorización de sus padres, de conformidad con las normas jurídicas que se aplican a las disposiciones de órganos *post mortem*.

Otras referencias bibliográficas

Cordeiro Leite Dos Santos, Maria Celeste, *Morte encefálica e a lei de transplantes de órgãos*. Oliveira Mendes, São Paulo, 1998.

----- (coord.) *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. RT, São Paulo, 2001.

Freire De Sá, Maria de Fátima (coord.), *Biodireito*. Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

Sant'ana Pedra, Adriano, "Transplantes de órgãos e o biodireito constitucional", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 61, 2007, págs. 7-24.

----- "Transplantes de órgãos de anencéfalos", *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC* 36, 2008, págs. 255-267.

Siqueira Castro, Carlos Roberto, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Forense, Rio de Janeiro, 2005.

Souza Lima, Carolina Alves de, *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. Juruá, Curitiba, 2007.

Recensión

Contribuciones regionales para una Declaración Universal del Derecho Humano a la Paz

Regional Contributions for a Universal Declaration on the Human Right to Peace.

Contributions Régionales en vue d'une Déclaration universelle sur le droit humain à la paix.

Carlos Villán Durán y Carmelo Faleh Pérez (editores). Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Luarca, Asturias, 2010, 638 páginas.

Tal como comienza la obra, de la cual llevo a cabo esta recensión, "trasladar el valor universal de la paz a la categoría de derecho humano" es una apasionante aventura que ha tenido el valor de afrontar la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) y que lidera con mano maestra Carlos Villán Durán. La Asociación ha emprendido una Campaña Mundial que ha comenzado en 2007 y que se cierra en 2010, sobre los cimientos de la Declaración de Luarca de 30 de octubre de 2006 y que ha logrado aglutinar más de 800 organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo, así como a numerosas instituciones públicas.

La labor en defensa de los derechos humanos tiene un largo recorrido que se ha escenificado como distintas "generaciones", en la medida en que se han ido plasmando en instrumentos jurídicos internacionales que reclaman su observación, respeto y garantía. De tal modo, se fueron cristalizando los derechos humanos de la primera generación en los que se destacaba a los individuos, con el fin de reclamar la atención sobre derechos de la personalidad; los de la segunda generación, en donde se defendía a las colectividades, marcando el acento en los derechos sociales y, finalmente, surgen como derechos emergentes los de la tercera generación, con el apelativo de derechos de la solidaridad, tal como los bautizara Karen Vasak en su curso de La Haya en 1974. Es en este contexto donde se sitúa el derecho humano a la paz, con vocación

de plasmarse en una declaración universal que genere en la humanidad la conciencia de fomentar la paz en las relaciones internacionales. No obstante, conviene señalar que su catalogación en generaciones en ningún momento debe aminorar el valor y efectividad de las anteriores a favor de las posteriores, sino que se trata de un conjunto complejo y evolutivo, que no hace más que señalar las dificultades que se ha tenido, a lo largo de la historia, para plasmar los criterios de tolerancia y respeto en una sociedad de malsanas tentaciones totalitarias.

La Campaña Mundial a favor del derecho humano a la paz, que se marcó dos objetivos, tenía, en primer lugar, como pretensión alcanzar un articulado jurídico-político que se apoyara en sucesivas declaraciones. A partir de la citada Declaración de Luarca, se convocaron posteriores reuniones de personas expertas en las que se gestaron la Declaración de Bilbao, de 24 de febrero de 2010 –que supuso una lectura renovada de su antecesora en Luarca–, y la Declaración de Barcelona, de 2 de junio de 2010, que ha servido para refrendar las dos declaraciones anteriores y para asegurar el rigor necesario con el que se han ido construyendo los parámetros jurídicos del derecho humano a la paz. En segundo lugar, persuadir a los Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a iniciar el proceso de codificación del derecho humano a la paz, habiéndose logrado con considerable esfuerzo que el 17 de junio de 2010 el Consejo se hiciera eco de la propuesta y solicitara a su Comité Asesor que preparase un proyecto de declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz.

La Campaña concluyó el 10 de diciembre de 2010, en el marco del Congreso Internacional sobre el Derecho Humano a la Paz de la sociedad civil internacional, celebrado en Santiago de Compostela, con el colofón de la aprobación de dos importantes resoluciones. Por un lado, la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz que se viene a unir a las tres anteriores declaraciones y donde se cristaliza la idea de que "la paz es un derecho humano universal, sólidamente enraizado en el derecho internacional y en las normas internacionales de derechos humanos"; y, por otro lado, la aprobación de los Estatutos del Observatorio Internacional del Derecho Humano a la Paz, organización que, integrada en la AEDIDH, pero con entidad propia, se constituye

para promover la codificación internacional del derecho humano a la paz en el seno de las Naciones Unidas, así como verificar la aplicación en todo el mundo de las normas contenidas en la Declaración de Santiago.

La obra que comentamos se abre con dos presentaciones a cargo de Martín González, Consejera de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado de Asturias, con el título de *Contribuciones regionales, contribuciones necesarias*, señalando que el Gobierno del Principado comparte con la AEDIDH la necesidad y la urgencia de codificar oficialmente el derecho humano a la paz; y de Gotor Santamaría, Rector de la Universidad de Oviedo, que titula su aportación *La Declaración del Luarca en el mundo*, enfatizando que el deseo de paz es infinito en todos los pueblos del mundo y no conoce fronteras. Sigue un prólogo del Premio Nobel de la Paz, Pérez Esquivel que lo encabeza con la voz *El Derecho humano a la paz*, en donde hace hincapié en que la paz necesita que se generen instancias jurídicas nacionales, regionales e internacionales que sean efectivas en su aplicación, a fin de poder avanzar hacia su construcción como fruto de la justicia. A continuación, una introducción de los editores, Villán Durán y Faleh Pérez, señalando la urgencia de trasladar el valor universal de la paz del orden moral y filosófico a la categoría jurídica de derecho humano, y agregando un análisis pormenorizado del largo y fecundo proceso que ha sido necesario para ir avanzando hacia su consecución. Cierra este apartado introductorio un artículo de Fernádez Puyana en el que detalla la campaña mundial a favor del derecho humano a la paz, donde desarrolla con exhaustividad los pasos y logros que se han ido realizando a lo largo de los tres años (2007-2010) que ha durado la misma. Como señala su autor, en pleno siglo XXI la sociedad civil reclama con fuerza el derecho humano a la paz y los Estados deben dar una respuesta efectiva.

Es en el contexto de estos ingentes esfuerzos y dentro de una nutrida bibliografía sobre la materia que ha ido elaborando la AEDIDH, en la que se inserta esta obra. Llaman la atención, por su variedad y riqueza, los informes que se recogen sobre los resultados de numerosas reuniones regionales convocadas por la Asociación y que se fueron celebrando entre 2007 y 2010 con la participación de reputadas personas expertas. Así, el seminario regional de Santo Domingo (República Dominicana);

el seminario nacional de Bogotá (Colombia); los actos de presentación de la Declaración de Luarca en Morelia (México) y Santa Fe (Nuevo México, Estados Unidos); el *Eastern African Expert Meeting on the Human Right of Peace* celebrado en Nairobi (Kenya); el *Expert Meeting to Develop by Consensus a Proposal of Universal Declaration on the Human Right to Peace*, celebrado en Nueva York (Estados Unidos); la *Réunion régionale d'experts sur le droit humain à la paix* llevada a cabo en Dakar (Senegal); la *Reunión de Personas Expertas sobre los Derechos Humanos a la Paz y a la Alimentación*, celebrada en Roma (Italia); el *Internacional Expert Meeting on the Human Right to Peace,* llevado a cabo en Kwangju (Corea del Sur); la *Reunión sobre el Derecho a la Educación en la Paz y los Derechos Humanos*, celebrada en Ginebra (Suiza); el *Taller para la Promoción del Derecho Humano a la Paz* de París (Francia); la *Consulta Nacional de Personas Expertas sobre el Derecho Humano a la Paz* de Montevideo (Uruguay); la reunión regional celebrada en La Plata (Argentina); la *Réunion régionale de Yaundé* (Camerún); la *Reunión de Personas Expertas sobre el Derecho Humano a la Paz y la Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia*, celebrada en Nueva York (Estados Unidos); el *Regional Expert Meeting* de Johannesburgo (Sudáfrica); el *South-East Asian Expert Meeting* de Bangkok (Tailandia); el *Balkan Regional Expert Meeting* de Sarajevo (Bosnia y Herzegovina); el *Meeting of Arab Experts* de Alejandría (Egipto), y el *Seminario Internacional sobre la Paz: Hacia una Cultura de Paz en un Mundo Globalizado*, celebrado en La Habana (Cuba), nos dan un panorama de la labor llevada a cabo con el loable objetivo de alcanzar, en su día, la codificación del derecho humano a la paz en el seno de la Organización de las Naciones Unidas.

Además, la obra contiene un conjunto de exposiciones escritas conjuntas surgidas de la acción de la sociedad civil conducida por la AEDIDH ante las Naciones Unidas, ya sea en el seno del Consejo de Derechos Humanos, en la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer o en el Comité Asesor, que enriquecen la lectura y facilitan al lector/a que se acerque a su contenido, importantes reflexiones sobre los aspectos más controvertidos relativos al contenido y alcance de la paz como derecho humano. Es de agradecer, también, la sección

dedicada a la experiencias nacionales sobre el reconocimiento y la aplicación judicial del derecho humano a la paz en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica, con un trabajo a cargo de Zamora Bolaños, o *Quelques réflexions pour la Constituante Genevoise,* de la pluma de Barbey.

La parte doctrinal se agrupa en tres secciones. La primera se dedica a los presupuestos filosóficos de la paz, con una importante carga semántica y renovada especulación intelectual. Destaca la aportación de Alemany Briz sobre *El derecho humano a la paz, desde la configuración de los derechos de la solidaridad*, de los nuevos derechos que se manifiestan en el panorama mundial y del necesario fortalecimiento de los derechos anteriores y las dificultades que presenta la configuración del derecho humano a la paz en el seno de las organizaciones internacionales. También la *Perspectiva ética de la construcción de la paz, a nivel nacional e internacional* cuyo autor, Giraldo Moreno, se adentra en los presupuestos de la paz indicando que la acción sin daño (ASD) referida a la paz, consistiría en facilitar la paz como erradicación de las causas del conflicto y, por el contrario, la acción con daño (ACD) consistiría en facilitar la paz fundada en el temor, en el equilibrio de fuerzas o en el dominio de una fuerza sobre otra. Se cierra con la contribución de Chowdhury, *Human Right to Peace: The Core of the Culture of Peace*, que nos recuerda que "we must realize that cycles of vengeance and counter-vengeance would destroy societies involved and the suicidal trend must be reversed".

La segunda sección se dedica a comentar la seminal Declaración de Luarca de la mano de cuatro autores, que realizan una quirúrgica disección de la misma. Así, Sow Sidibé analiza lo que entiende como *Identification des forces et lacunes de la Declaration de Luarca en vue d'une inscription dans le contexte africain*. La autora destaca que si bien "globalement la Déclaration de Luarca est généreuse, volontariste et courageuse […] quelques correctifs permettraient d'en faire un texte consensuel pour l'ensemble des continents, y compris l'Afrique". A continuación Mlinarevic, con su aportación sobre *The Luarca Declaration on the Human Right to Peace as a tool to promote peace and dialogue in the Balkan Region*, señala que "the Luarca

Declaration only confirms patriarcal order which must not be the case if it is really aiming for building of sustainable peace". De Zayas contribuye con un artículo sobre *Peace as a human right. The jus cogens prohibiton of agression*, en el que afirma que "in a world of weapons of mass destruction, it is imperative to strengthen the early warning and peaceful settlement mechanisms of the United Nations". Por último, Gallego García escribe sobre *El amplio derecho a la resistencia en la Declaración de Luarca. Objeción de conciencia, desobediencia civil y resistencia contra la opresión y la barbarie*, realizando un análisis global desde la filosofía del derecho.

La tercera sección se refiere a la codificación internacional del derecho humano a la paz como una propuesta de acción que hay que alcanzar. Se fortalece en los acabados argumentos de Yutzis sobre *El contenido del derecho de los pueblos a la paz*, en donde analiza el derecho humano a la paz desde diferentes perspectivas y dimensiones codificadoras. A continuación, Villán Durán aborda *El derecho humano a la paz en los trabajos del Consejo de Derechos Humanos*, realizando un detallado recorrido por los distintos estadios que ha necesitado transitar la AEDIDH para llegar a persuadir al Consejo de Derechos Humanos a iniciar la codificación oficial del derecho a la paz. El autor termina señalando su convicción de que "no existen obstáculos jurídicos insalvables, pues como prueban las declaraciones de Luarca, Bilbao y Barcelona, este derecho está fuertemente enraizado en instrumentos tan universalmente aceptados como la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos".

Las conclusiones finales de la obra corren a cargo de Faleh Pérez con su excelente trabajo *Una nueva lectura de la Declaración de Luarca sobre el derecho humano a la paz de a la luz de las experiencias regionales*, donde el autor analiza meticulosamente todas las claves que condujeron a la revisión de la Declaración de Luarca y la redacción de la Declaración de Bilbao.

La obra se cierra con un prolijo anexo que contiene la Declaración de Bilbao sobre el derecho humano a la paz en tres idiomas, así como las declaraciones regionales sobre el derecho humano a la paz aprobadas en La Plata (Argentina), Yaundé (Camerún), Johannesburgo (Sudáfrica),

Bangkok (Tailandia), Sarajevo (Bosnia y Herzegovina), Alejandría (Egipto) y La Habana (Cuba).

Es de agradecer, dado el impacto internacional de la obra y de la Campaña Mundial, que en su mayor parte se ha tenido en cuenta la presentación de los textos en tres idiomas (español, inglés y francés), lo que no sólo enriquece su contenido sino que, sobre todo, le da la proyección internacional que el tema requiere.

Si bien se trata de una obra colectiva, el libro presenta la originalidad de que sus notas siguen un decurso lineal sin solución de continuidad, como si de un solo autor se tratara, con la idea, seguramente de sus editores, de estructurar un conjunto unitario en donde sus autores son deudores de la unidad y no de la particularidad.

Es de justicia señalar que esta publicación ha visto la luz gracias a los auspicios del Gobierno del Principado de Asturias y el patrocinio de la Agencia Asturiana de Cooperación al Desarrollo.

En definitiva, la lucha por la visualización de los derechos humanos es un continuo que no puede ni debe, en modo alguno, descansar, dado que su defensa y protección exigen una alerta continua. Como bien ha señalado Stéphane Hessel, superviviente de los campos de concentración del Tercer Reich, en su reciente manifiesto *Indignez vous!,* que se ha convertido en poco tiempo en una llamada a la reflexión y a la concienciación de las nuevas generaciones, "non, cette menace n'a pas totalmente disparu. Aussi, appelons-nous à une véritable insurrection pacifique contre les moyens de communication de masse qui ne proposent comme horizon pour notre jeunesse que la consommation de masse, le mépris des plus faibles et de la culture, l'amnésie généralisée et la compétition à outrance de tous contre tous".

Alcanzar la plasmación del derecho humano a la paz es una labor colectiva que no debe cesar bajo ningún concepto, y es en el marco de la Organización de las Naciones Unidas donde debemos fomentar su cristalización como un instrumento jurídico efectivo que establezca un nuevo paso hacia una humanidad más consciente y solidaria. Es de agradecer esta feliz iniciativa legislativa de un grupo de internacionalistas españoles que, agrupados en torno a la AEDIDH,

ha sabido interpretar los genuinos anhelos de paz de la sociedad civil internacional para reclamar a los Estados miembros de la ONU que la paz sea reconocida como un auténtico derecho humano.

Como ha señalado Federico Mayor Zaragoza, se trata de "una responsabilidad planetaria" que nos recuerda el esfuerzo de René Cassin cuando, en diciembre de 1948, insistió en que aquella primera Declaración se adjetivara como universal y no como internacional, pues de ese modo reflejaba su verdadero sentido ecuménico.

Es el futuro de la humanidad lo que está en juego…

Juan Manuel de Faramiñán Gilbert
Universidad de Jaén (España)

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2010-2014)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

Margaret E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
José Antonio Aylwin Oyarzún
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Antônio A. Cançado Trindade
Douglass Cassel
Gisèle Côté-Harper
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
María Elena Martínez
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco
Mónica Pinto
Hernán Salgado Pesantes
Mitchell A. Seligson
Wendy Singh
Mark Ungar

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

José de Jesús Orozco Henríquez
Tracy Robinson
Felipe González
Dinah Shelton
Rodrigo Escobar Gil
Rosa María Ortiz
Rose-Marie Bella Antoine

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Diego García Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Leonardo A. Franco
Margarette May Macaulay
Rhadys Abreu Blondet
Alberto Pérez Pérez
Eduardo Vio Grossi

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

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.