

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

61



Enero - Junio 2015



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

© 2015 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.

Corrección de estilo: Marisol Molestina.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versailles S.A.

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

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un 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
<i>José Thompson J.</i>	
La negación de los derechos económicos y sociales y la pobreza infantil	11
<i>Gerardo Cerabona</i>	
Bases para la construcción de un modelo anticorrupción partidista en el ámbito del derecho electoral mexicano	39
<i>Guillermo Rafael Gómez Romo de Vivar</i>	
Legados de impunidad y rostros de la verdad en Guatemala. Reflexiones en torno al juicio por genocidio (Caso Ríos Montt)	57
<i>Luis Miguel Gutiérrez Ramírez, Jorge Rodríguez Rodríguez</i>	
La protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes inmigrantes centroamericanos no acompañados y separados	87
<i>Raquel Herrera Escribano</i>	
Derecho a la educación: un debate necesario.....	105
<i>Carlos López Dawson</i>	
Indigenous Rights before the Inter-American Court of Human Rights: a Call for a Pro Individual Interpretation.....	133
<i>Valerio de Oliveira Mazzuoli, Dilton Ribeiro</i>	

Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendências do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos	173
<i>Vitor de Andrade Monteiro</i>	
La educación con enfoque de derechos humanos como práctica constructora de inclusión social.....	201
<i>Ana María Rodino</i>	
El sistema jurisdiccional electoral chileno	225
<i>Carlos Manuel Rosales</i>	
La reforma integral del sistema de justicia miliar argentino motivada por el cumplimiento de las obligaciones que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	319
<i>Annabella Sandri Fuentes</i>	
Dignidad humana y exclusión social. Aportes de las declaraciones contra la discriminación racial de UNESCO en la segunda mitad del Siglo XX a la construcción de políticas públicas para abordar la exclusión social y cultural en Latinoamérica.....	357
<i>Andrés Vázquez</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 61 de su Revista IIDH, que se ha alimentado, especialmente, de las colaboraciones que han hecho llegar algunos/as de sus lectores/as. Esta edición cuenta con los artículos académicos de Gerardo Cerabona (Argentina); Guillermo R. Gómez (México); Luis Miguel Gutiérrez (Francia) y Jorge Rodríguez (España); Raquel Herrera (Costa Rica); Carlos López (Chile); Valerio Mazzuoli y Dilton Ribeiro (Brasil); Vítor Monteiro (Brasil); Ana María Rodino (Argentina-Costa Rica); Carlos Manuel Rosales (Chile); Annabella Sandri (Argentina), y Andrés Vásquez (Paraguay).

Los aportes que hemos recibido se presentan en tres secciones temáticas: derechos políticos y derecho electoral; derechos económicos, sociales y culturales y personas en situación de vulnerabilidad, e interacción del Derecho Internacional con el derecho interno.

En la primera sección se analizan los derechos políticos desde su dimensión electoral. En un primer texto se reconoce la necesidad de fortalecer las medidas para que los partidos políticos puedan combatir los actos de corrupción en los que a veces se ven involucrados, para lo que se presenta una propuesta que podría ser adoptada en el marco de la Ley General de Partidos Políticos de México. En un segundo aporte se hace un diagnóstico situacional del sistema democrático chileno a partir del restablecimiento de las autoridades electorales en 1989. En este artículo se analizan elementos tales como la legislación

y la jurisprudencia electoral, la naturaleza, fundamento y competencias del Tribunal Calificador de Elecciones y algunos aspectos del debido proceso electoral. Finalmente, a través del estudio de dos casos específicos tramitados ante el Sistema Interamericano (Caso López Mendoza vs. Venezuela y Caso Gustavo Francisco Petro Urrego vs. Colombia), en una tercera contribución se identifican una serie de medidas que pueden y deben ser tomadas para reparar y prevenir violaciones a derechos humanos en materia electoral.

En la segunda sección, uno de los aportes contextualiza el problema que se enfrenta con la movilidad creciente de las personas menores de edad y adolescentes no acompañadas y separadas en Centroamérica, que acarrea múltiples violaciones a los derechos humanos. Para ello, se analizan los mecanismos de protección internacional y se plantean algunas conclusiones relevantes para la formulación de políticas públicas y/o programas de la cooperación internacional sobre la materia.

Un segundo texto analiza la pobreza como un fenómeno multidimensional y la violación de derechos humanos que conlleva, con especial énfasis en las obligaciones que tienen los Estados de implementar medidas eficaces para la erradicación de la pobreza de niños y niñas.

Otro estudio permite analizar el concepto de exclusión social y discriminación y la forma en la que ha sido abordado en el ámbito internacional y académico, con el fin de identificar algunas contribuciones y aspectos a resolver para la construcción de políticas públicas que den respuestas a la exclusión social y cultural en Latinoamérica.

Con ánimo de impulsar la inclusión social, un cuarto artículo de esta sección analiza la educación con enfoque de

derechos humanos como una práctica constructora de inclusión y para alcanzar el desarrollo de las sociedades humanas y de las personas. Para ello, se examinan los vínculos e influencias mutuas entre educación, derechos humanos e inclusión social, los progresos recientes de la doctrina y la práctica de la educación y, finalmente, se muestra que, al concebir la educación con enfoque de derechos humanos, se descubren distintos espacios de acción político-pedagógica desde los cuales se puede y debe construir inclusión social.

También en relación con la materia educativa, el siguiente estudio de esta sección analiza si la educación debe ser gratuita, subvencionada o con financiamiento compartido, desde la óptica que se discute tanto en el ámbito académico como político en el Estado chileno. Lo anterior, bajo la premisa de que la garantía del derecho a la educación por parte del Estado, tal y como está consagrado constitucionalmente y en tratados internacionales, sólo será completa al avanzar en la progresiva implementación de la enseñanza gratuita a nivel superior.

El último artículo de esta sección nos permite repasar la actuación del Sistema Interamericano en un mundo multicultural, en especial a través de la interpretación y aplicación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el principio *pro homine* para garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta sus antecedentes históricos y culturales.

La tercera sección presenta casos concretos en que, para garantizar el acceso a la justicia, se hace necesaria la aplicación de los criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la esfera nacional o en que dicha interacción ha permitido avances importantes para la garantía de derechos. El primer artículo se refiere al Caso Ríos Montt de Guatemala,

y muestra un análisis de las contradicciones y dilemas aún no resueltos en el procedimiento penal, a la luz de la obligación de investigar, juzgar y sancionar el crimen de genocidio de acuerdo a la jurisprudencia interamericana.

En un segundo aporte se analiza la reforma del sistema de justicia militar argentino de 2009 que, motivada por el cumplimiento de las obligaciones y estándares de protección que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha incorporado, entre otros, el carácter excepcional de la justicia militar.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus contribuciones académicas para esta edición. Con cada revista, el IIDH renueva su compromiso de fomentar la discusión de temas de relevancia para la comunidad internacional de derechos humanos y de continuar explorando y valorando formas novedosas para atender los desafíos en el actual contexto regional e internacional.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

La negación de los derechos económicos y sociales y la pobreza infantil

*Gerardo Cerabona**

Introducción

En el presente trabajo abordaremos la relación entre la negación de los derechos económicos y sociales y la pobreza en la primera infancia, tomando como marco teórico/normativo el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y las Observaciones Generales (OG) pertinentes tanto del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) como del Comité sobre los Derechos del Niño (Comité DN).

La primera infancia es la etapa etaria que va desde el nacimiento hasta los primeros años de vida. En ella se producen importantes cambios a nivel madurativo, tanto en el aspecto físico como emocional e intelectual, todo en un marco caracterizado por una particular situación de vulnerabilidad, determinada por la

* Abogado, graduado en la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNCPBA), Argentina. Maestrando en la Maestría en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata. Diplomando de la Diplomatura Universitaria Superior en Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Facultad de Derecho de la UNCPBA. Docente de Elementos de Derechos Humanos, Facultad de Derecho UNCPBA. Miembro del Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UNCPBA.

dependencia en otras personas para poder sobrevivir y procurar un adecuado desarrollo en todos los aspectos. Actualmente en América Latina son 69 millones los niños y niñas que viven en condiciones de pobreza, de los cuales 27 millones se encuentran bajo circunstancias de pobreza extrema¹.

Partiendo de la comprensión de la pobreza como un fenómeno multidimensional que se constituye como una negación de los derechos humanos, entendemos que sólo desde el análisis basado en un enfoque de derechos puede arribarse a propuestas superadoras para erradicar esta problemática. Desarrollar el contenido de los derechos económicos y sociales que deben integrar el enfoque es el primer paso para comprender los efectos de las privaciones y las medidas que deben adoptarse para garantizar el pleno ejercicio de aquellos.

1. El enfoque de derechos como punto de partida

Nuestro punto de partida es una concepción de los derechos humanos que entiende que éstos

[...] suponen la protección de la libertad y la dignidad de todas las personas – hombres, mujeres y niños – en condiciones de igualdad, sin admitir ninguna distinción que tenga por objeto menoscabar la mencionada protección, con alcance universal – todas las personas, en todo el mundo, todos los derechos

1 PNUD, “69 millones de niños viven en la pobreza en América Latina”, *Revista Humanum*. Área de Reducción de Pobreza, ODM y Desarrollo Humano, Dirección General para América Latina y el Caribe, PNUD, 23 de enero de 2015. Disponible en: <<http://www.revistahumanum.org/revista/69-millones-de-ninos-viven-en-la-pobreza-en-america-latina/>>, a junio de 2015.

– y su violación no reparada compromete la responsabilidad internacional del Estado².

Entendemos que toda persona necesita de la existencia de un marco amplio de libertad para decidir sobre su vida. Así, en la vigencia de la posibilidad real de elegir y en el posterior desarrollo armónico de sus elecciones, podrá verificarse el respeto de su dignidad. Ser lo que se desea ser no es una mera cuestión de voluntad individual, sino que también depende de la concurrencia de opciones, circunstancias, condiciones propias y ajenas de diferente naturaleza que inciden de manera fundamental en el plan de vida de cada persona. Incluso, nuestra posibilidad de elegir es en gran medida producto de las decisiones de otros – que tuvieron nuestro cuidado bajo su responsabilidad – y las posibilidades que éstos tuvieron.

Estas decisiones se concretan, por ejemplo, en qué dieta alimentaria pretendemos llevar, cómo nos queremos vestir, dónde queremos vivir, con quién queremos formar una familia, dónde pretendemos realizar los estudios o los de nuestros hijos/hijas o qué estudiar, dónde trabajar o cómo desarrollar las actividades comerciales, con quiénes formar vínculos sociales, cómo cuidar nuestra salud, de qué espacios públicos pretendemos participar y de qué forma, cómo ejercer la libertad de expresión, entre otros. Todos estos ámbitos han sido receptados en clave jurídica como atributos propios de las personas y dignos de protección, es decir, se han consagrado como verdaderos derechos de las personas que, conforme expresa Mónica Pinto, deben ejercerse en condiciones de igualdad y sin discriminación.

2 Pinto, Mónica, “Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza”, ponencia presentada en el *XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos: La visión interamericana de los derechos humanos desde la situación de la pobreza*, IIDH, 2008, pág. 2.

Ahora bien, la existencia de instrumentos jurídicos que contengan los derechos de las personas no conlleva automáticamente la garantía de los mismos ni su pleno ejercicio. La libertad de las personas para desarrollar su propio plan de vida varía conforme las condiciones sociales, políticas, económicas y culturales de las diferentes sociedades. Cuando una o varias de esas condiciones limitan gravemente los márgenes de elección de las personas – imposibilitando la capacidad de ser según la propia voluntad –, nos encontramos frente a una negación severa de derechos humanos. Cuando nos referimos a una privación de tal entidad, estamos haciendo alusión de una u otra manera, a lo que comúnmente se entiende por pobreza. La pobreza, como fenómeno multidimensional, representa “una privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado”³.

Un fenómeno de esta naturaleza hace surgir la necesidad de adoptar medidas que respondan a un enfoque de derechos para lograr superar las mencionadas condiciones bajo las normas internacionales de derechos humanos, entendidos como garantías jurídicas universales que protegen a las personas, a título individual y colectivo, frente a las acciones y omisiones que interfieren con sus derechos fundamentales, las prestaciones a las que pueden acceder y la dignidad humana⁴. Sólo de esta

3 Comité DESC, “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales: la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales”, 2001, pág. 8. Disponible en: <<http://www.cetim.ch/es/documents/escr-pauvrete-esp.pdf>>, a 23 de marzo de 2015.

4 IIDH, *Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza. Una ruta por construir en el sistema interamericano*. IIDH, San José de Costa Rica, octubre de 2007, págs. 14-15. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1120/pobreza_ddhh.pdf>, a 23 de marzo de 2015.

forma se estará dando cumplimiento a una obligación jurídica concreta, descartando el desarrollo de políticas públicas fundadas en simples voluntades asistencialistas.

Para comprender acabadamente el fenómeno de la pobreza y las medidas para superarla es necesario establecer qué y cómo la entendemos, particularizando luego cuáles son los efectos que la misma proyecta en la primera infancia, dadas las especiales características de este período vital y sus proyecciones a futuro. Así mismo, supone realizar un abordaje respecto del contenido de los derechos que en primera medida se ven vulnerados en la infancia a raíz de las condiciones de la pobreza.

2. Enfoque multidimensional de la pobreza, pobreza infantil y primera infancia

El discurso jurídico actual acerca de la conceptualización de la pobreza – conforme anticipábamos –, se basa eminentemente en una perspectiva multidimensional. En sintonía con el punto precedente, “lo primero que debemos tener en cuenta en un enfoque de la pobreza basado en derechos humanos es que la misma debe necesariamente ser observada como una situación en la que confluyen múltiples vectores y no únicamente la carencia de ingresos”⁵. El enfoque multidimensional se impone frente al tradicional, que aborda la pobreza como un problema exclusivo de ingresos (enfoque unidimensional), en virtud de lo que resulta más adecuado para comprender la complejidad de las privaciones que concurren en este fenómeno.

5 Surasky, Javier Leonardo, “La piedad de Caín. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio y la lucha contra la pobreza”, tesis para obtener el grado académico de Magíster en Relaciones Internacionales. Grupo Editor Latinoamericano, 2010, pág. 33.

La situación de pobreza “va más allá de la privación material en términos de un concepto apropiado de ingreso o consumo, comprendiendo también bajos logros en educación y salud, así como vulnerabilidad, exposición al riesgo, falta de equidad, de capacidad de expresar sus necesidades y carencia de poder para influenciar las decisiones que afectan su bienestar”⁶. La privación afecta el desarrollo integral de la persona, lo que puede implicar en determinadas situaciones, la imposibilidad de valerse por sí mismo, determinándose a la dependencia en otros.

Una nota característica para comprender acabadamente el fenómeno, es lo que expresa Javier Surasky al decir que “lo que caracteriza a la pobreza como violatoria de los mismos no es su contenido sino la particular forma de interrelación entre esas variables, de por sí violatorias de derechos fundamentales”⁷. El cúmulo de privaciones resulta en términos de bienestar muchísimo más gravoso que las carencias individuales. Es decir, el hecho de vivir sin la garantía del disfrute del derecho a la salud, nutrición o alimentación adecuada, derecho a la vivienda y educación, ni siquiera en sus niveles mínimos, daña profundamente la dignidad de las personas, menoscabando sensiblemente su libertad.

Estas situaciones que se describen asumen consecuencias aún mayores cuando quienes las padecen son los niños o niñas, particularmente durante la primera infancia. En otras palabras, no sólo damos cuenta de un fenómeno de privación múltiple que perjudica y afecta sensiblemente la libertad de las personas, sino que aludimos a un fenómeno aún más grave en sus consecuencias presentes y futuras, debido a las particulares características de la

6 IIDH, *Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza...* pág. 11.

7 Surasky, Javier Leonardo, *La Piedad de Caín. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio...*, pág. 34.

primera infancia. En el informe Estado Mundial de la Infancia 2005, se afirmó que “los niños y las niñas que viven en la pobreza sufren una privación de los recursos materiales, espirituales y emocionales necesarios para sobrevivir, desarrollarse y prosperar, lo que les impide disfrutar sus derechos, alcanzar su pleno potencial o participar como miembros plenos y en pie de igualdad en la sociedad”⁸.

El Comité DN ha expresado que crecer en condiciones de pobreza relativa menoscaba el bienestar, la integración social y la autoestima del niño y reduce las oportunidades de aprendizaje y desarrollo. Crecer en condiciones de pobreza absoluta tiene incluso consecuencias más graves, pues amenaza la supervivencia del niño y su salud, y socava la calidad de vida básica⁹. Los niños experimentan la pobreza de una forma diferente a los adultos, ya que tienen necesidades y capacidades distintas para afrontar las consecuencias de esta adversidad. Mientras más corta sea la edad del niño, más graves e inmutables serán las secuelas de estas privaciones. De allí que sea necesario ahondar en el estudio de las características de la primera infancia para comprender mejor las diferencias que se plantean.

El Comité DN abordó oportunamente la cuestión de la garantía de los derechos en la primera infancia, tratamiento plasmado en la Observación General No. 7. Este trabajo expresa en su párrafo cuarto, que

[...] desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta

8 UNICEF, *Estado Mundial de la Infancia 2005. La infancia amenazada*. UNICEF, Nueva York, 2005, pág. 18.

9 Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 7, párr. 26. Disponible en: <<http://www1.umn.edu/humanrts/crc/spanish/Sgeneralcomment7.html>>, al 23 de marzo de 2015.

la transición al período escolar. En consecuencia, el Comité propone, como definición de trabajo adecuado de la primera infancia, el período comprendido hasta los 8 años de edad.

Esta etapa de la vida se presenta como absolutamente constitutiva y definitoria de la persona, con relación a su presente y a su futuro. Es importante resaltar este hecho, que diferencia a la primera infancia de los restantes momentos de la vida. Lo que se haga aquí, desde la órbita del desarrollo físico, emocional o intelectual, será determinante para el posterior desenvolvimiento y crecimiento de la persona. En esta etapa se definen grandes aspectos de su vida y sus capacidades presentes y futuras. Se han destacado los riesgos particulares que para las y los niños pequeños se derivan de la malnutrición, la enfermedad, la pobreza, el abandono, la exclusión social y otros factores adversos. Ello demuestra que las estrategias adecuadas de prevención e intervención durante la primera infancia tienen el potencial de influir positivamente en el bienestar y las perspectivas de futuro de las y los niños pequeños¹⁰.

Para comprender adecuadamente qué caracteriza a la primera infancia, el Comité DN ha expresado que:

- a) Los niños pequeños atraviesan el período de más rápido crecimiento y cambio de todo su ciclo vital, en términos de maduración del cuerpo y sistema nervioso, de movilidad creciente, de capacidad de comunicación y aptitudes intelectuales, y de rápidos cambios de intereses y aptitudes.
- b) Los niños pequeños crean vinculaciones emocionales fuertes con sus padres u otros cuidadores, de los que buscan y necesitan cuidado, atención, orientación y protección, que se ofrezcan de formas que sean respetuosas con su individualidad y con sus capacidades cada vez mayores.

10 *Ibidem*, párr. 8.

c) Los niños pequeños establecen importantes relaciones propias con niños de su misma edad, así como con niños más jóvenes y mayores. Mediante estas relaciones aprenden a negociar y coordinar actividades comunes, a resolver conflictos, a respetar acuerdos y a asumir responsabilidad sobre otros niños.

d) Los niños pequeños captan activamente las dimensiones físicas, sociales y culturales del mundo en que viven, aprendiendo progresivamente de sus actividades y de sus interacciones con otras personas, ya sean niños o adultos.

e) Los primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus competencias¹¹.

Ser niño o niña implica transitar un camino que va a condicionar el presente y el futuro de la persona, y sobre el cual – paradójicamente – la misma tiene escasas posibilidades de influir. En este período la dependencia es casi absoluta: será un tercero quien le brinde alimentación, salud, afecto, un lugar dónde vivir, cuidados en los momentos de enfermedad, será un tercero quien lo estimule, etc. Esto significa que gran parte del futuro del niño se halla indefectiblemente en manos de otros, de las capacidades, posibilidades y responsabilidades de otros – padre, madre, familia, Estado, entre otros. Esta circunstancia de dependencia que describimos, resumida en la fragilidad que caracteriza a la niñez, legitima la adopción de medidas especiales de protección – especiales en tanto diferenciadas a las que se aplican a otros grupos de personas –, en consideración de que las y los niños pequeños se encuentran en una situación de insoslayable vulnerabilidad.

11 *Ibidem*, párr. 6.

Si la dependencia en otra persona justifica la adopción de medidas especiales de protección y si, además, las características de fragilidad que identifican a la niñez los ubican como un grupo en condición de vulnerabilidad, debemos reflexionar sobre cuánto mayor deberá ser la consideración, y cuánto más integral el abordaje, cuando esa infancia se ve atravesada por las condiciones de pobreza. No solo el niño, sino también su entorno, se encuentran en una posición de indefensión e incapacidad para procurar la satisfacción de las necesidades básicas de subsistencia. Esta circunstancia habilita – y reclama – indiscutiblemente, la intervención de un tercero – el Estado – responsable de garantizar los derechos que se hallan conculcados, conforme la concepción de derechos humanos que sostenemos.

3. Los derechos económicos y sociales vulnerados por la pobreza en la primera infancia. Criterios de delimitación y análisis

Antes de avanzar en el análisis del contenido de los derechos económicos y sociales vulnerados por la pobreza en la primera infancia, se hace menester establecer los criterios de delimitación de los mismos, además de abordar sus estándares de interpretación y aplicación. Estas reglas, que dotarán de especificidad al estudio del fenómeno en dicha etapa de la vida, evitan subsumirlo en el análisis general y privarlo de su necesaria e ineludible especialidad.

3.1. El Método Bristol y los derechos económicos y sociales vulnerados

La pobreza afecta particularmente a ciertos derechos económicos, sociales y culturales de las y los niños, tal como ha quedado evidenciado en los párrafos anteriores. Si bien no

vamos a realizar un abordaje profundo y detenido respecto del Método Bristol para la medición de la pobreza infantil, si nos parece interesante tomar la selección de derechos que han establecido como base de estudio.

UNICEF, un grupo de investigadores de la Universidad de Bristol y la *London School of Economics*, desarrollaron un método de medición de la pobreza infantil bajo un enfoque de derechos, desde el punto de vista de privaciones múltiples, considerando una serie de derechos como base del análisis. Así, se analizó la nutrición adecuada, el agua potable, servicios sanitarios aceptables, salud, vivienda, educación e información¹².

12 La siguiente lista incluye los Indicadores de la Privación según los investigadores de la Universidad de Bristol (Gordon, et al., 2003, págs. 7-8, citado en: Minujin, Alberto, Enrique Delamónica y Alejandra Davidziuk, “Pobreza infantil, conceptos, medición y recomendaciones de políticas públicas”, *Cuaderno de Ciencias Sociales* 140, FLACSO, Costa Rica, 2006, pág. 44).

- Privación severa de alimento: niños cuya altura y peso sea más de 3 desviaciones de estándar debajo del punto medio de la población de referencia internacional para su edad, que es una falta antropométrica severa.
- Privación severa de agua: niños que solo tienen acceso a aguas de superficie (por ejemplo, ríos) para beber o que viven en hogares donde la fuente de agua más cercana está a más de 15 minutos de distancia (indicadores de privación severa de calidad o cantidad de agua).
- Privación severa de servicios sanitarios: niños que no tienen acceso a un inodoro de ninguna clase en las cercanías de su casa, lo que implica carecer de inodoros o letrinas privadas o comunitarias.
- Privación severa de salud: niños que no han sido inmunizados contra ninguna enfermedad o niños pequeños que se han enfermado recientemente de diarrea y no han recibido ningún diagnóstico o tratamiento médico.
- Privación severa de vivienda: niños que viven en viviendas con más de cinco personas por habitación (hacinamiento severo) o sin piso de material (como ejemplo, con piso de barro).
- Privación severa de educación: niños de entre 7 y 18 años que nunca han ido a la escuela y no están recibiendo actualmente ningún tipo de

El derecho a un nivel de vida adecuado (alimentación y vivienda adecuada, comprendiendo ésta las condiciones sanitarias indispensables), el derecho a la salud, el derecho a la educación y el derecho a la información, conforman – según éste método – un núcleo duro de derechos que, de no ser garantizados adecuadamente, no sólo ponen en riesgo la existencia misma de las y los niños, sino que comprometen seriamente su desarrollo futuro.

3.2. Breve referencia a los estándares jurídicos internacionales aplicables

Existen reglas generales de interpretación y aplicación que rigen a los derechos económicos y sociales y a la infancia en general, que nos permiten garantizar la especialidad de tratamiento que requiere la cuestión en la primera infancia. Con relación a las obligaciones que por imperio del PIDESC pesan sobre los Estados, se diferencian en dos grandes grupos: las de realización progresiva y las de realización inmediata.

Respecto de las primeras, el art. 2.1 del PIDESC dispone que

Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

educación.

- Privación severa de información: niños de entre 3 y 18 años sin acceso a la radio, televisión, teléfono o periódicos en la casa.

Con relación a las segundas, las obligaciones de carácter inmediato, algunas ya mencionadas, son básicamente cinco:

- a) obligaciones mínimas esenciales;
- b) prohibición de medidas regresivas – principio de no regresividad;
- c) eliminación de la discriminación – principio de no discriminación;
- d) obligación de adoptar medidas;
- e) satisfacción de los DESC no sujetos al logro progresivo.

Además de estas obligaciones que se constituyen en estándares mínimos en materia de derechos, debemos considerar los principios que especialmente guían a la interpretación de los derechos de la CDN. La Observación General No. 7, en los párrafos 9 a 14, destaca los siguientes principios generales para la aplicación de los derechos en la primera infancia¹³:

- a) interés superior del niño y de la niña;
- b) derecho a la vida y al desarrollo;
- c) derecho a ser oído;
- d) no discriminación.

13 Comité DN, Observación General No. 7.

3.3. El contenido de los derechos

3.3.1. Nutrición adecuada (art. 11 del PIDESC y art. 27.1 de la CDN)

El derecho a la alimentación o nutrición adecuada ha sido receptado y desarrollado en su contenido en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El PIDESC, en su art. 11.1, expresa que toda persona y su familia gozan del derecho a un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, a la vez que en el inciso 2 manifiesta que toda persona tiene derecho a estar protegida contra el hambre. Por su parte, el art. 27 incisos 1 y 3 de la CDN, menciona que los Estados reconocen que todo niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, y les proporcionará asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición.

En 1974 la Conferencia Mundial de la Alimentación¹⁴, al aprobar la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, proclamó que “todos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer de hambre y malnutrición a fin de poder desarrollarse plenamente y conservar sus capacidades físicas y mentales”¹⁵.

Posteriormente, en cumplimiento de sus facultades, el Comité DESC, en la Observación General No. 12, expresó que el derecho a una alimentación adecuada se ejerce “cuando

14 Convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y a la que se encomendó la elaboración de medios y arbitrios con los cuales la comunidad internacional en su conjunto, pueda actuar de manera concreta para resolver el problema alimentario mundial en el marco más amplio del desarrollo y de la cooperación económica internacional.

15 Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, ONU, Doc. E/CONF. 65.20, 1974, punto 1.

todo hombre, mujer, niño o niña, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada y a los medios para obtenerla”¹⁶.

Según UNICEF, evitar el hambre y la malnutrición en la primera infancia es imprescindible ya que a su entender “el momento más crucial para satisfacer las necesidades nutricionales de un niño es durante los 1.000 días desde el embarazo de la madre hasta el segundo cumpleaños del niño”¹⁷.

Una de las principales consecuencias de no alcanzar los mínimos nutricionales en esta etapa de la infancia, es que la privación extrema de este derecho provoca desnutrición infantil. Este fenómeno, generado principalmente por la ausencia de alimentación adecuada, tiene consecuencias tan graves como incrementar el riesgo de muerte, inhibir el desarrollo cognitivo y dejar secuelas irreversibles en la salud del niño de por vida. Básicamente, pueden presentarse de dos formas diferentes: una, por falta de alimentación o alimentación insuficiente, y otra por no contar con una dieta equilibrada. El desequilibrio se manifiesta en la falta de micronutrientes (hierro, yodo, cinc, vitamina A) y en la presencia excesiva de macronutrientes (que contienen grasas saturadas). Una dieta con exceso de macronutrientes tiene como consecuencia niños obesos¹⁸.

16 Morlachetti, Alejandro, *Legislaciones nacionales y derechos sociales en América Latina. Análisis comparado hacia la superación de la pobreza infantil*. CEPAL, División de Desarrollo, Santiago de Chile, 2010, pág. 18.

17 “Datos y cifras clave sobre nutrición. Del informe mundial: Improving Child Nutrition: The achievable imperative for global progress”, UNICEF-Argentina. Disponible en: <http://www.unicef.org/argentina/spanish/UNICEF_Reporte_Nutricion_ESP_15-4.pdf>, a 23 de marzo de 2015.

18 CEPAL-UNICEF, *Pobreza infantil en América Latina y el Caribe*. Nueva York, 2010, pág. 56.

La insuficiencia en la ingesta de alimentos puede tener su causa en la imposibilidad de acceder a ellos, sea por falta de recursos económicos, por escasez de los mismos u otros obstáculos que impiden a los responsables de las y los niños, o a éstos mismos, hacerse de ellos. En estas circunstancias, los Estados están obligados a asistir de manera adecuada a los padres/madres o cuidadores de los niños para que puedan garantizarles las condiciones mínimas de bienestar.

A fin de disminuir los riesgos de una inadecuada nutrición en las y los niños pequeños, es necesario adoptar aquellas medidas que brinden los conocimientos pertinentes respecto de lo que significa una buena alimentación, ya que sucede que

[...] el bajo nivel educativo de los padres, en especial la baja educación de la madre, a quien se le asigna culturalmente el rol de cuidado dentro del hogar, y la falta de conocimientos sobre salud reproductiva, nutrición y desarrollo infantil inciden en términos negativos en la desnutrición de los hijos. A esto se le debe agregar la falta de acceso a los servicios de atención primaria de salud, junto a su deficiente calidad, y a la casi ausencia de intervenciones específicas en salud y nutrición¹⁹.

Podemos observar la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, y la necesidad de su tratamiento conjunto, por ejemplo, cuando el art. 12 del PIDESC, al tratar el derecho a la salud, establece pautas que inciden de manera directa en el derecho a la alimentación y que coadyuvan en la lucha para la erradicación de la pobreza. La vulneración del derecho a una nutrición adecuada repercute de manera central e inmediata en el derecho a la educación y a la salud, entre otros. La desnutrición atenta contra el desempeño escolar de los niños y niñas, ya que limita el desarrollo cognitivo y con ello

19 *Ibidem*, pág. 59.

la capacidad de aprendizaje, perjudicando todo su desarrollo presente y futuro. Así mismo, un estado de malnutrición los expone a los riesgos de contraer enfermedades fácilmente, con un sistema inmunológico débil.

3.3.2. Derecho a la salud (art. 12 PIDESC y arts. 24, 25 y 33 de la CDN)

El art. 12 del PIDESC y el art. 24, incisos 1 y 2, de la CDN, recogen en términos similares este derecho, reconociendo a toda persona el derecho al disfrute del más alto nivel de salud física y mental, agregando que a tal fin deben implementarse medidas para reducir la mortalidad y la mortalidad infantil, a la vez de garantizar el acceso a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de la salud.

El Comité DESC expresó en su Observación General No. 14 que:

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud²⁰.

Por su parte, en su Observación General No. 15 el Comité DN definió el derecho a la salud de los niños y niñas al decir que es

20 Comité DESC, Observación General No. 14, párr. 8.

[...] un derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino que también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud, mediante la ejecución de programas centrados en los factores subyacentes que determinan la salud²¹.

A fin de desarrollar los estándares jurídicos en la materia, urge armonizar las expresiones de ambos comités respecto del derecho a la salud. El PIDESC, haciendo honor a las características de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, pone en cabeza de los Estados obligaciones esenciales respecto del derecho a la salud:

- garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud, sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura, y garantice que nadie padezca hambre;
- garantizar el acceso a un hogar, una vivienda, y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;
- facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

21 Comité DN, Observación General No. 7, párr. 2.

- adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población;
- establecer un núcleo básico de oferta de servicios de salud dentro del cumplimiento del PIDESC, por cuanto cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto, en ausencia del cual debe considerarse que un Estado Parte (del Pacto) violó sus obligaciones²².

Con relación a los servicios de salud, el Comité DESC entendió que éstos debían reunir las siguientes características²³:

- a) Disponibilidad;
- b) Accesibilidad;
- c) Aceptabilidad;
- d) Calidad;

El Comité DN abordó de forma coyuntural el derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes en varias de sus observaciones generales²⁴, pero fue en la reciente OG No. 15 donde enfocó su atención exclusivamente en el disfrute del nivel más alto de salud posible en la niñez. Establece que los Estados deberán garantizar a todos las y los niños pequeños –y a los

22 Iván Ase, Jacinta Burijovich, “Una nueva gestión pública en salud: de la búsqueda de la eficiencia a la garantía de derechos”, en: Abramovich, Víctor, y Laura Pautassi (compiladores), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2010, págs. 270/271.

23 Comité DESC, Observación General No. 14, pág. 12.

24 Observación General No. 3 sobre HIV/SIDA, Observación General No. 7 referida al cumplimiento de los derechos del niño en la primera infancia, y la Observación General No. 14, relacionada al interés superior del niño.

principales responsables de su bienestar – el acceso a servicios adecuados de salud, prestando especial atención a los niños más vulnerables, como aquellos que viven en la pobreza²⁵. La universalidad de la garantía del derecho a la salud se refleja en la necesidad de satisfacer el derecho de todos, a la vez que el Comité insiste en la necesidad de adoptar medidas diferenciadas y especiales respecto de aquellos que se encuentren en situaciones particularmente difíciles.

La enseñanza de la salud y el desarrollo se constituyen, en palabras del Comité, como una verdadera forma de garantizar el derecho, haciendo hincapié en la necesidad de que los niños tengan acceso a la información adecuada que sirva para su salud y desarrollo²⁶ y que “la malnutrición y la enfermedad tienen repercusiones a largo plazo en la salud y el desarrollo físico del niño. Afectan al estado mental del niño, inhiben el aprendizaje y la participación social y reducen sus perspectivas de realizar todo su potencial”²⁷.

En la OG No. 15, el Comité DN describe detalladamente los principios y premisas para realizar el derecho del niño a la salud, que a su entender son:

- a) indivisibilidad e interdependencia de los derechos del niño;
- b) derecho a la no discriminación;
- c) el interés superior del niño;
- d) derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y factores que determinan la salud del niño;

25 Comité DN, Observación General No. 7, párr. 24.

26 Comité DN, OG No. 4 , párrs. 26 a 33.

27 Comité DN, OG No. 7, párr. 27.

- e) derecho del niño a ser escuchado;
- f) evolución de las capacidades y trayectoria vital del niño;

Además de estos estándares generales, el Comité DN avanzó en la formulación de obligaciones para los Estados sobre otros temas puntuales de innegable trascendencia para la salud de las y los niños. Por ejemplo, con relación a la posibilidad de acceder a terapias y asesoramientos confidenciales o tomar decisiones para someterse a determinados tratamientos, con independencia de la opinión y/o autorización de los padres, madres o cuidadores, de conformidad con la evolución de las propias capacidades del niño²⁸.

Conmina a los Estados a adoptar todas aquellas medidas que tiendan a garantizar la adecuada alimentación, la protección y promoción de la lactancia natural durante los seis primeros meses de vida, así como el suministro de agua potable y el seguimiento del crecimiento en la primera infancia, la provisión de una comida diaria en las escuelas y la educación en materia nutricional²⁹.

Con relación a la educación sexual, el Comité informa que los Estados deben proveer la información, que debe ser accesible físicamente, comprensible y adecuada para la edad y el nivel de estudios de las y los niños, todo ello a fin de que puedan adoptar decisiones fundamentales sobre su estilo de vida y el acceso a los servicios sanitarios pertinentes³⁰.

En el párrafo 70 de la OG No. 15 expresa: “El Comité recomienda que los Estados garanticen el acceso al aborto en

28 Comité DN, OG No. 15, párr. 31.

29 Ibidem, párrs. 43 a 48.

30 Ibidem, párrs. 58 y 59.

condiciones de seguridad y a servicios posteriores al aborto, independientemente de si el aborto es legal o no”³¹.

3.3.3. Vivienda adecuada y servicios básicos (art. 11 del PIDESC y art. 27 de la CDN)

Tanto en el PIDESC como en la CDN, el derecho a una vivienda adecuada está incorporado al derecho a un nivel de vida adecuado. Por otra parte, el saneamiento – servicios básicos – ha sido abordado por la Asamblea General de Naciones Unidas conjuntamente con el derecho humano al agua. Nosotros en esta oportunidad optamos por considerarlo conjuntamente al derecho a una vivienda adecuada, con base en lo expuesto en el considerando 8 de la OG No. 4 del Comité DESC.

El derecho a la vivienda adecuada implica un ámbito material que permite, facilita o garantiza el ejercicio de otros derechos, como el derecho a una familia, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, etc. La garantía de este derecho es una clara demostración de cómo opera en la realidad la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, ya que no puede concebirse la realización de uno en su plenitud sin la concreción del otro. La importancia de contar con un espacio de reserva e intimidad donde poder desarrollar su personalidad es imprescindible si se pretende erradicar la pobreza en los niños y niñas. La falta de acceso a una vivienda adecuada afecta a los niños y niñas en sus procesos de alimentación, educación, construcción de su identidad, las relaciones consigo mismo y con su entorno más íntimo, así como con el resto de la sociedad.

El Comité DESC, en su OG No. 4, abordó la cuestión de la vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida

31 Ibidem, párr. 70.

adecuado, siendo esta observación avalada por el Comité DN. En esta observación general se definen los estándares jurídicos para establecer qué debe entenderse como vivienda adecuada a los efectos del Pacto, descartando la idea de que un simple techo bastaría para garantizar este derecho. En el punto 8 el Comité identifica algunos aspectos a tener especialmente en cuenta a los fines de la adecuación:

- a) Seguridad jurídica de la tenencia;
- b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura;
- c) Gastos soportables;
- d) Habitabilidad;
- e) Asequibilidad;
- f) Lugar;
- g) Adecuación cultural;

La ausencia de instalaciones sanitarias adecuadas se relaciona directamente con la morbilidad, desnutrición y mortalidad infantil. Generalmente la precariedad de la vivienda conlleva la falta de servicios sanitarios, que a su vez están relacionados con la falta de agua potable.

3.3.4. Acceso al agua potable (arts. 11 y 12 del PIDESC y art. 27 de la CDN)

Todas las personas tienen derecho a gozar de agua suficiente, segura y accesible, a fin de alcanzar y mantener un estado de salud que les asegure un desarrollo y una vida digna. La Asamblea General de Naciones Unidas reconoció en 2010 el derecho humano al agua a través de Resolución 64/292, afirmando la

importancia de la misma para alcanzar la realización de los derechos humanos restantes.

La OG No. 15 del Comité DESC trató el derecho humano al agua; en su párrafo segundo fundamenta su existencia al decir que

El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica³².

El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural)³³.

En este punto, la interdependencia y indivisibilidad de los derechos humanos se manifiesta en el hecho de que la mayoría de las observaciones generales que hacen mención a la salud, desde cualquiera de sus aristas, o a la educación o vivienda, hacen también alusión a la garantía del acceso al agua potable como una condición fundamental y vital para la realización de los restantes derechos.

32 Comité DESC, OG No. 15, párr. 2.

33 *Ibidem*, párr. 6.

3.3.5. Acceso a la educación y a la información (art. 13 PIDESC y arts. 13, 17 y 28 de la CDN)

El pleno derecho a la educación de calidad es condición esencial para superar la pobreza y avanzar hacia una mayor igualdad de oportunidades. El aumento de los niveles educacionales, en especial entre los grupos más pobres, así como la disminución de las brechas de género, incrementan la movilidad social y elevan los recursos humanos, a la vez que permiten democratizar el acceso pleno a la ciudadanía³⁴.

El acceso a la educación es un proceso que comienza desde el núcleo más íntimo del niño o niña, y llega hasta las medidas de gobierno dispuestas a fin de garantizar el derecho. Así mismo, intervienen una cantidad innumerable de variables que van a permitir o no, que el niño o niña pueda no sólo acceder al sistema educativo, sino a poder recorrerlo en condiciones adecuadas, que le permitan alcanzar el desarrollo intelectual pretendido.

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos [...] es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente, salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en [...] la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico [...] es una de las mejores inversiones financieras que los estados pueden hacer [...]³⁵.

34 CEPAL-UNICEF, *Pobreza infantil en América Latina y el Caribe...* pág. 59.

35 Comité DESC, OG No. 13, párr. 1.

El Comité DN manifestó que la educación a que tiene derecho todo niño y niña es aquella que se concibe para prepararlo para la vida cotidiana, fortalecer su capacidad de disfrutar de todos los derechos humanos y fomentar una cultura en la que prevalezcan unos valores de derechos humanos adecuados. El objetivo es habilitarlo, desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo³⁶. Especialmente con relación a la educación en la primera infancia, expresó que ésta comienza con el nacimiento y está estrechamente vinculada al derecho del niño pequeño al máximo desarrollo posible, y además, de conformidad con el art. 29 de la CDN, que la educación debe estar encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades³⁷. Así mismo, estableció que la educación primaria debe ser gratuita y obligatoria.

Los padres, madres o cuidadores son los primeros responsables de la educación de las y los niños, para lo cual, a fin de fortalecer dicho rol, los Estados deben adoptar medidas a efectos de que aquellos puedan contar con la prestación de asistencia apropiada para el desempeño de sus funciones y, además, en la planificación de la primera infancia, los Estados deben contar con programas que complementen la función de los padres³⁸. En otra oportunidad, el Comité DESC se pronunció en los siguientes términos:

[...] la falta de oportunidades educacionales para esos niños es también una de las causas de que sean víctimas de muchas otras violaciones de los derechos humanos. Por ejemplo, esos niños,

36 Comité DN, OG No. 1, párr. 2.

37 Comité DN, OG No. 7, párr. 28.

38 *Ibidem*, párr. 29.

que quizá vivan en una pobreza abyecta y llevan una vida sana, son particularmente vulnerables [...]³⁹.

El Comité DN estimó que este derecho refuerza, integra y complementa otros derechos, como el de no discriminación (artículo 2 de la CDN), el interés superior del niño (artículo 3 de la CDN), el derecho a la vida, a la supervivencia y el desarrollo (artículo 6 de la CDN) y el derecho a expresar su opinión y que sea tenida en cuenta (artículo 12 de la CDN), entre otros⁴⁰.

Por una parte, el derecho a la información se plantea con carácter transversal, consistiendo en la posibilidad de acceder al conocimiento necesario a fin de poder ejercer de manera adecuada cada derecho. Las observaciones generales de los comités son, en este sentido, ejemplificadoras – sobre todo en materia de salud y educación –, ya que en toda oportunidad hacen referencia a la necesidad de tomar las medidas adecuadas para lograr la plena accesibilidad a la información pertinente por los titulares de derechos. Por otro lado, el derecho a la información se constituye autónomamente cuando pretendemos que cada persona pueda contar con el acceso al conocimiento en general, como forma de poder adoptar mejores decisiones en lo que a su vida respecta. Para ello, es imprescindible contar con los medios de acceso a la información, sobre todo en un mundo fuertemente globalizado y tecnificado.

Reflexiones finales

Ninguna etapa de la vida es adecuada para vivir en condiciones de pobreza. Si bien ello es cierto, también lo es el hecho de que el momento menos indicado para padecerla es durante la primera

39 Comité DESC, OG No. 11, párr. 4.

40 Comité DN, OG No. 1, párr. 6.

infancia. Las privaciones durante esta etapa de la vida tienen consecuencias irreversibles de gravedad vital, disminuyendo las posibilidades presentes y futuras de desarrollo y libertad de cualquier persona, conforme expusimos anteriormente. Así mismo, la existencia de privaciones de estas características es la mejor garantía de la continuidad y reproducción de las condiciones de pobreza.

Se debe aspirar a revertir el círculo vicioso de la pobreza mediante la adopción de medidas que tiendan a garantizar los derechos humanos en general, y los derechos económicos y sociales abordados en este trabajo, en particular. Atender especialmente al contenido jurídico de los derechos y plasmarlo en los planes de acción que los diferentes Estados desarrollan, es el primer paso a nivel legislativo. Ello debe contar con una necesaria correlación en el ámbito ejecutivo, a fin de disponer de recursos económicos suficientes, contar con personal capacitado, asesoramiento especializado, datos confiables respecto de las condiciones reales de privaciones de determinada población, como variables indispensables para la aplicación de medidas eficientes.

La intervención en la primera infancia basada en un enfoque de derechos humanos ejecutada oportunamente, puede resultar el primer paso para erradicar la pobreza infantil. En tanto y en cuanto tengamos la posibilidad de revertir este flagelo mediante la garantía de derechos, atendiendo a su contenido y desarrollo, mayores serán las posibilidades de contar, a futuro, con un número más reducido de adultos pobres, lo que redundará al mismo tiempo en menor cantidad de niños viviendo en condiciones de pobreza. Abordar la pobreza en la niñez garantiza una disminución de la pobreza adulta futura; erradicar la pobreza adulta presente significa terminar con la pobreza en la niñez futura.

Bases para la construcción de un modelo anticorrupción partidista en el ámbito del derecho electoral mexicano

*Guillermo Rafael Gómez Romo de Vivar**

Introducción

En la democracia actual, pese a diversas reformas electorales que atienden a nuevas figuras de participación ciudadana, los partidos políticos representan una pieza fundamental en el terreno de la competencia política y de vinculación con la ciudadanía. Sus funciones y fines, consagrados en legislación constitucional y electoral, delimitan y definen claramente su quehacer político-jurídico dentro de la sociedad a la que representan. Distintas acciones integran dicho quehacer partidista, mismas que no están exentas de caer en excesos, arbitrariedades, omisiones y ocultamientos de información, lo que provoca daños a su imagen y representación.

Las prácticas contrarias a la ley – lamentable pero, a su vez, inevitable tema –, invaden en gran medida el mundo de los partidos políticos, donde existen ya arraigados usos contrarios a sus fines y naturaleza, pese a que tanto el derecho electoral como sus instituciones conforman un derecho

* Abogado, académico, profesor y candidato doctor por a la Universidad de Guanajuato, México.

de relativa reciente creación, que sufre transformaciones constantes por su propio dinamismo. Estas prácticas no sólo ensucian a sus componentes y elementos sino que, además, afectan directamente su sentido histórico, su actualidad, experiencias, usos y prácticas normativas electorales.

A los ojos del operador jurídico, es innegable la necesidad de fortalecer mediante un esquema o modelo óptimo, las funciones que los partidos políticos realizan tanto en proceso electoral como en tiempo ordinario. Ello se puede hacer mediante una adecuada regulación que exponga y contemple medidas que contribuyan a combatir los actos de corrupción en los que se les involucra, tanto de forma interna como en complicidad con otros actores políticos. Este paso es necesario para regresar la confianza de la ciudadanía hacia su figura y hacia la propia democracia, contemplando leyes electorales y reglamentos fiscalizadores de vigilancia más sólidos y capaces de evitar y, en su caso, sancionar los actos de corrupción.

1. Funciones y realidad de los partidos políticos en la actualidad

La democracia actual requiere del funcionamiento óptimo de los partidos políticos. El propio Kelsen manifestó que “sólo la ilusión o la hipocresía puede creer que la democracia sea posible sin partidos políticos”¹, en el entendido de que no hay legitimidad democrática sin procesos electorales y por tanto, sin competidores, es decir, sin partidos políticos. Ahora bien, es importante establecer que existen múltiples

1 Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*. Editorial Fontamara, México, 2012, pág. 80.

conceptos en la configuración de los partidos políticos, mismos que pretenden establecer las bases de la organización, representación y participación dentro de los mismos. Ante ello, las interpretaciones de las y los autores especialistas en el tema atienden a establecer su conformación con elementos de índole sociológico, psicológico, político y jurídico.

Con independencia de las nociones que existan al respecto – toda vez que el objetivo no es profundizar en ellas en el presente trabajo –, cabe apuntar brevemente alguna interpretación sobre los partidos políticos, como la de Ostrogorski, quien señala que los partidos políticos son grupos de ciudadanos organizados para lograr un fin político². Esta conceptualización comparte elementos con la establecida por Weber, quien señala que los partidos son formas de socialización que tienen como fin proporcionar a sus dirigentes y a sus integrantes, la realización de determinados ideales, fines y objetivos³.

En ese sentido, los partidos políticos son un medio indispensable para el desarrollo de la competencia electoral, la obtención del poder y el ejercicio del gobierno, por lo que sus acciones resultan de la mayor importancia para la democracia de representación. Partiendo de ahí, se pueden establecer algunas de sus principales funciones, tal como señala Leonardo Valdés⁴, al considerar las siguientes:

2 Ostrogorski, Moisei, *La democracia y los partidos políticos*. Editorial Trotta, España, 2008, pág. 142.

3 Esparza, Bernardino, *Derecho de partidos políticos*. Porrúa, México, 2006, pág. 142.

4 Valdés, Leonardo, *Sistemas electorales y de partidos*. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, IFE, México, 2007, pág.49.

- a. Estancias mediadoras de comunicación entre sociedad y gobierno.
- b. Lucha democrática por el poder.
- c. Obtención legítima de cargos de representación y de gobierno.
- d. Ejercicio democrático y efectivo de facultades legislativas.

Por su parte, Gunther y Diamond realizan un análisis de los partidos centrado en tres criterios: el organizacional, el de funciones y el de bases sociales. Con ello se logra comprender, en primer lugar, el tamaño de la organización formal y la amplitud de funciones que realiza; luego, si de acuerdo con sus objetivos se constituye como tolerante y pluralista; finalmente, si se caracteriza por adoptar y pugnar por compromisos pragmáticos e ideológicos, lo que implica el sustento del desempeño y observancia de valores como parte fundamental para determinar su correcta medición y análisis⁵. Partiendo de lo anterior, estos autores consideran que las funciones que han cumplido los partidos políticos a lo largo de la historia son la postulación de candidatos, la movilización electoral, la estructuración de temas de debate público, la representación social, la formación y el sostenimiento de gobiernos e integración social.

Ahora bien, una vez mencionados tanto elementos como atribuciones que deben desempeñar los partidos políticos para su adecuado funcionamiento, cabe señalar que la realidad muestra resultados distintos al deber ser de los mismos. En la actualidad se reconoce un debilitamiento en el cumplimiento de sus funciones, lo que refleja una crisis tanto de militancia como ideológica. A partir de ello

5 Gunther, Richard, y Larry Diamond, *Types and functions of parties*. Hopkins University Press, Baltimore, 1999, pág. 319.

se incrementa la desconfianza y descrédito por parte de la ciudadanía hacia tales figuras de representación, por lo que un sistema de partidos que no sea capaz de cumplir de manera adecuada con sus encomiendas, dejará de ser un medio efectivo de representación ciudadana.

Latinobarómetro⁶ – conocido estudio de opinión que aplica anualmente encuestas en países de América Latina, representando a más de 400 millones de habitantes – ha levantado diversas encuestas relacionadas con el tema objeto de investigación, donde en su mayoría se refleja la poca confianza que representan los partidos políticos en la actualidad a juicio y percepción de las y los ciudadanos, como se muestra a continuación:

Cuadro 1.
Confianza en los partidos políticos

BASE=17969 Ponderación		Identificador de país	
		Suma	México
Confianza en los partidos políticos	Mucha confianza	3,1 %	3,1 %
	Algo de confianza	19,8 %	19,8 %
	Poca confianza	40,8 %	40,8 %
	Ninguna confianza	36,3 %	36,3 %
	Suma	17969 (100%)	17969 (100%)

Fuente: Latinobarómetro, años 1995 a 1998, 2000 a 2010.

6 Latinobarómetro, disponible en: <<http://www.latinobarometro.org/latino/LATANalyzeQuestion.jsp>>, a 27 de mayo de 2015.

Cuadro 2.
Los partidos políticos son necesarios

BASE=1230 Ponderación		Identificador de país	
		Suma	México
Los partidos políticos son necesarios	Muy de acuerdo	7,3 %	7,3 %
	De acuerdo	45,2 %	45,2 %
	En desacuerdo	42,5 %	42,5 %
	Muy en desacuerdo	5,0 %	5,0 %
	Suma	1230 (100%)	1230 (100%)

Fuente: Latinobarómetro, años 1995 a 1998, 2000 a 2010.

Considerando lo anterior, vale citar a Orozco y Woldenberg, que acertadamente precisan la conducta de los partidos políticos en tiempo electoral, donde, poniendo en el juego democrático todas sus artes, pretenden ganar la voluntad de la ciudadanía empleando medios éticamente inadmisibles para alcanzar objetivos legítimos y, a la inversa, usando instrumentos legales para lograr fines que pueden ser ilegítimos, recurriendo continuamente a prácticas de deslealtad cívica y corrupción⁷. Por ello, la responsabilidad de los partidos políticos se incrementa como responsables directos de una democracia⁸.

7 Woldenberg, José, y Salazar Pedro, *Principios y valores de la democracia. México, Instituto Federal Electoral, 2009, pág. 32.*

8 Cabe precisar que la noción **juego democrático** atiende a un sistema de acciones e interacciones típicas donde aparecen sujetos

En ese sentido, Valadés menciona algunas deformaciones en las conductas de los partidos políticos que afectan directamente el desarrollo del sistema electoral, entre ellas: manipulación del electorado; formación y consolidación de élites dominantes que tienden al reparto de candidaturas y cargos en el poder; conformación de burocracias partidistas que constituyen *modus operandi* a manera de parásitos afectando al partido político; negociación entre dirigentes para la repartición del poder dejando de lado la voluntad popular; modificación de principios doctrinarios según el talante del partido; ocultamiento de financiamiento de partidos. Todo esto trae como consecuencia un alto grado de corrupción y el surgimiento de conflictos en la vida política del Estado, así como la alteración del funcionamiento normal de las instituciones⁹.

Es evidente, entonces, que los partidos políticos como instituciones del derecho electoral deben realizar un exhaustivo análisis de sus funciones, a fin de erradicar el despliegue de acciones perjudiciales y contrarias a su esencia y fines. Con ello lograrán devolver la confianza ciudadana hacia su propia estructura, en la esencia misma de su creación y funcionalidad efectiva.

con acciones diferenciadas, los cuales deben atender a ciertas reglas técnicas e instrumentales, como principios éticos con superioridad axiológica en todo Estado democrático.

9 Valadés, Diego, "Partidos políticos", en: García Ramírez, Sergio, *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*. IIJ/UNAM y Fondo de Cultura Económica, México, 1997. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1374/25.pdf>>, a 8 de junio de 2015.

2. Integración de un modelo partidista anticorrupción

Los partidos políticos en México tienen su marco normativo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; son considerados entidades de interés público, cuya finalidad es promover la participación de la sociedad en la vida democrática, contribuyendo a la integración de representación nacional y haciendo posible el acceso de la ciudadanía al ejercicio del poder público. Por ello, tienen derecho a participar en las elecciones de los tres niveles de gobierno: federal, estatal y municipal.

La legislación que regula la vida partidista de forma específica – tanto en sus actividades cotidianas como dentro del proceso electoral y atendiendo la reciente reforma político electoral – se compone por la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, la Ley General de Partidos Políticos y las distintas leyes electorales de las entidades federativas; ellas establecen los procedimientos normativos en la materia. Sin embargo, pese a que los partidos políticos cuentan con tales disposiciones que los regularizan, ya sea durante un proceso electoral o en sus labores cotidianas, la inaplicabilidad e inobservancia de las mismas, producto de la falta de compromiso social, ignorancia, indiferencia o simplemente desconocimiento por parte de sus integrantes, trastoca duramente la concepción que de ellos tiene la sociedad, provocando percepciones destructivas y un alto grado de corrupción, y afectando la naturaleza y funcionalidad del sistema democrático.

El presente análisis tiene como objeto establecer medidas adecuadas para el combate contra la corrupción en los partidos políticos, partiendo de elementos normativos,

lineamientos y directrices derivados de documentos tales como: a) Opinión sobre la Legislación Electoral en México, de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia); b) Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral, de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia); c) Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

El primero – Opinión sobre la Legislación Electoral en México – atiende a un estudio realizado a solicitud del entonces Instituto Federal Electoral (IFE) – hoy Instituto Nacional Electoral (INE) –, que comprende diversas observaciones sobre temas como libertad de expresión, cuotas de género, minorías y grupos vulnerables. Destacan las recomendaciones sobre fiscalización de recursos de partidos políticos, así como la compra y coacción de votos y sanciones contra posibles actos de corrupción.

El Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral desarrolla elementos y principios que garantizan los derechos fundamentales, la estabilidad del derecho electoral y las garantías procesales esenciales para las elecciones, por lo que constituye un texto de gran trascendencia destinado a promover la armonización de las normas relativas al ejercicio democrático y su evaluación.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece que los Estados parte de la misma, conscientes de la gravedad que representa la corrupción para la estabilidad y seguridad de la sociedad así como de las instituciones que forman parte de ella, han generado dicho documento a fin de promover medidas de prevención y combate eficaz contra la corrupción. Su fin es facilitar y promover el apoyo de la cooperación internacional y la

asistencia para la prevención y lucha contra dicho mal, al igual que la promoción de la rendición de cuentas sobre asuntos y gestiones públicas.

A partir del resultado del análisis teórico-normativo de estos tres documentos se propone la construcción de un modelo sustentable que defina un trayecto a seguir en cuanto a prevención, regulación y vigilancia en materia de anticorrupción por parte de los partidos políticos. Su fin es lograr el establecimiento de acuerdos funcionales que permitan la preservación del espacio público como un ámbito de competencia electoral libre, confiable y transparente, como se plantea a continuación:

Marco normativo partidista anticorrupción

a) Justificación

En el marco del desarrollo de las funciones de los partidos políticos emerge la necesidad de la integración de un modelo con elementos que permitan fortalecer medidas preventivas y regenerativas sobre actos de corrupción, de tal manera que constituya una pieza fundamental para fortalecer su propia estructura interna así como su identificación social, permitiendo el logro de un mayor desarrollo institucional en el que los partidos políticos se ajusten a las prácticas cotidianas de legalidad, transparencia y rendición de cuentas, y donde sus propios fines y funciones se encuentren al servicio y beneficio de la colectividad.

En particular, cobra importancia el sentido en que estas instituciones deben concebir los cambios y transformaciones que permitan obtener beneficios y consecuencias positivas en un ambiente social,

desde la armonización de los contenidos en materia de combate a la corrupción. Esto supone la reorganización interna y apertura y acercamiento a la ciudadanía, a partir de la generación procedimientos de participación tanto electivos como de toma de decisiones, que tengan efectos vinculatorios propios de la reglamentación establecida.

b) Objetivos

Promoción de la mejora de los procedimientos y reglas internas en la organización partidista, con base en la cultura de la legalidad y el combate a la corrupción.

- Fortalecimiento de una auténtica práctica anticorrupción que permita el adecuado cumplimiento de funciones y acciones encomendadas a partidos políticos mediante mandato expreso en la legislación electoral respectiva.
- Generación de un esquema de formación y dirección de los partidos políticos con base en una perspectiva de renuncia a todo acto de corrupción, mediante la necesidad de evitar su consumación y promover su combate y erradicación, así como el respeto y observancia de la normatividad reguladora específica.

c) Elementos de regulación del modelo anticorrupción

c) 1. Manejo de recursos públicos

Como es sabido, gran parte de las actividades de los partidos políticos se conciben y realizan con financiamiento público, lo que tiene su fundamento en los artículos 50 al 52 de la Ley General de Partidos Políticos, así como el artículo 41, fracción II, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos. Atendiendo a ello, los órganos electorales cuentan con un órgano especializado de fiscalización encargado de la supervisión del manejo de recursos de los partidos políticos mediante la presentación periódica de informes, tanto en proceso electoral como en tiempo ordinario. Así, en el presente elemento de regulación se debe considerar lo siguiente:

- Reforzar las medidas efectivas de la legislación que brinden mayor seguridad al órgano responsable de la revisión de gastos de los partidos políticos, a fin de garantizar una mayor protección contra presiones políticas y mantener un compromiso firme de imparcialidad en sus resoluciones.
- Mayor efectividad en la transparencia del financiamiento de los partidos políticos y, por tanto, credibilidad en los reportes de gastos y rendición de cuentas. Con ello se protegen los derechos de las y los electores en cuanto a recibir información pertinente y oportuna.
- Reforzar las medidas que contribuyan a evitar el desvío de recursos públicos para la promoción de los partidos políticos, candidaturas y campañas, así como la participación de funcionariado público en acciones de promoción o difusión, teniendo con ello un mejor control de los recursos humanos y materiales, así como de los programas sociales. En otras palabras, fortalecer la prohibición total del uso de recursos del Estado.

c) 2. Cumplimiento de fines y funciones sociales

Para el análisis del marco normativo regulador en materia electoral es importante considerar lo

señalado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 41, fracción I, primero y segundo párrafo, donde se establece una breve conceptualización de los partidos políticos, así como los fines hacia los cuales deben orientar sus actividades. Ahí se observa de forma clara el valor que representan los partidos para la participación ciudadana en la vida democrática, su contribución a la integración de la representación nacional y el acceso de la ciudadanía al ejercicio del poder público, acciones indispensables para el buen funcionamiento del Estado democrático. Atendiendo a ello, en el presente elemento de regulación se debe considerar lo siguiente:

- Recursos públicos de financiamiento que sean destinados de verdad a lograr los fines de participación ciudadana y representación política, lo que implica que el destino de los mismos sea manejado e incluido tanto en proceso electoral como en períodos ordinarios, considerando campañas electorales y cobertura de medios que permitan la cercanía y vinculación ciudadana.
- Vigilancia, verificación y supervisión efectiva por parte de la autoridad electoral en cuanto a la realización de actividades específicas destinadas a educación, capacitación, investigación socioeconómica y política, y tareas editoriales, mediante financiamiento público otorgado, a fin de que tales recursos sean únicamente en beneficio tanto de la población como para la mejoría y formación interna del partido político, evitando con ello cualquier tipo de desfalco, fraude o acto de corrupción que implique utilizar ese financiamiento en acciones contrarias a los fines establecidos.

- Para el efectivo cumplimiento de sus fines sociales, debe considerarse indispensable la igualdad de oportunidades partidistas, garantizando que no existan privilegios de unos sobre otros, tanto en militancia como en candidaturas, así como la existencia de neutralidad garantizada en todo momento por parte de las autoridades electorales.

c) 3. Apoyo a la normatividad electoral

Resulta muy importante generar estabilidad en las leyes electorales, lo que brinda mayor credibilidad y consolidación democrática. Esto garantiza que las partes involucradas consideren al derecho electoral como un instrumento de coordinación cuyo fin es garantizar el ejercicio de la voluntad popular, y no por el contrario, como un instrumento de manipulación a favor de quienes ejercen el poder público. Atendiendo a ello, en el presente elemento de regulación se debe considerar lo siguiente:

- Brindar mayor estabilidad a la legislación electoral dentro de las leyes electorales y reglamentos de fiscalización, lo que implica fortalecer el sistema electoral nacional y por ende, el sistema de partidos políticos. Con ello se obtiene un incremento en el margen de seguridad y confianza en los actos partidistas, evitando manipulaciones, simulaciones e incluso, evasión de responsabilidades y obligaciones.
- Contribuir a la mejora, revisión y actualización constante del sistema electoral y de los partidos políticos, aportando con ello propuestas de reformas a la legislación electoral previamente a la celebración de elecciones. Esto supone tomar

medidas oportunas que permitan realizar las mejoras conducentes a tiempo.

- Establecer una directriz general que permita regular la materia de corrupción partidista, considerando que no existe uniformidad de reglamentos internos sobre temas específicos que rigen a los partidos políticos, ya que la autonomía partidista permite que temas que son importantes para algunos, no lo sean para otros.

c) 4. Vigilancia y monitoreo ciudadano

La importancia de la vigilancia y monitoreo de las acciones de los partidos políticos es un requisito elemental dentro de cualquier Estado democrático, toda vez que por medio de estas acciones se pueden evaluar de manera crítica y objetiva las tareas, fines y metas alcanzadas, corregir deficiencias y dar seguimiento a acciones fructíferas en beneficio de la sociedad. Tales acciones son realizadas mediante la figura de autoridades de fiscalización pertenecientes a órganos electorales con personalidad reconocida para ello. Sin embargo, los resultados demuestran la necesidad de la inclusión directa de la ciudadanía, pues en diversas ocasiones la falta de credibilidad y transparencia de las resoluciones rebasa a la propia autoridad electoral. Atendiendo a ello, en el presente elemento de regulación se debe considerar lo siguiente:

- La formación e integración de un comité de vigilancia ciudadana que funcione de manera permanente, lo que implica su trabajo tanto durante procesos electorales como en otros momentos. Estos comités deben tener una estructura propia y estar integrados por ciudadanas y ciudadanos

reconocidos por su trabajo y calidad social, pertenecientes a diversos sectores académicos o de investigación.

- Establecimiento de una mayor coordinación con las diversas áreas de la administración pública de los tres niveles de gobierno, a fin de lograr un trabajo conjunto en materia de vigilancia y prevención de corrupción partidista para evitar acciones tales como el desvío de fondos públicos o los pactos contrarios a la ley.
- Emisión de recomendaciones y observaciones ciudadanas vinculatorias con la autoridad electoral como medida para coadyuvar directamente a la vigilancia y cumplimiento de las labores y funciones partidistas. Esto propiciará una democracia auténticamente social e integradora, donde la voz ciudadana sobre la materia sea escuchada y considerada.

c) 5. Efectividad de sanciones

Las buenas prácticas para el financiamiento de los partidos y de las campañas electorales suponen el desarrollo de reglas internas que completen y fortalezcan la legislación nacional relativa a la transparencia y rendición de cuentas, permitan el monitoreo del estatus financiero de los representantes electos antes, durante y después de ocupar el cargo, y garanticen la transparencia y la buena gestión en las actividades del partido. Todo esto con la finalidad de mantener la confianza de las y los ciudadanos y reforzar medidas preventivas y represivas con el fin de combatir la corrupción, aplicando sanciones adecuadas dentro de los partidos políticos. Atendiendo a ello, en el presente

elemento de regulación se debe considerar lo siguiente:

- Valorar las causales de nulidad establecidas en la legislación electoral a fin de considerar la corrupción partidista plenamente comprobada y acreditada como un supuesto de nulidad de elección de manera tácita e implícita, con independencia de considerarse como causal abstracta, a fin de que los partidos políticos cuiden internamente sus acciones para evitar caer en cualquier tipo de prácticas de esta naturaleza.
- Establecimiento de sanciones efectivas respecto de acciones vinculadas a delitos tipificados, atendiendo a lo señalado en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, por ejemplo: realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas, registro de gastos inexistentes, utilización de documentos falsos, y destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.

Comentario final

La corrupción en los partidos políticos es un tema de central importancia que es necesario atender oportunamente. No hacerlo, además de entorpecer las funciones propias de los partidos, afecta la credibilidad de la ciudadana en ellos. Esto desvirtúa todo el sistema electoral en su conjunto, toda vez que la celebración de elecciones mediante el respeto del ejercicio de la voluntad popular manifestada mediante el voto y consagrada por el propio derecho electoral, no es poca cosa. De ahí que la necesidad de empezar por

reconocer el problema es un importante avance hacia la toma de medidas.

La propuesta que se hace en el presente trabajo representa un modelo anticorrupción aplicable a los partidos políticos, que contempla elementos esenciales y puede ser adoptado para fines procedimentales en el marco de la Ley General recientemente promulgada. Esto permitiría reforzar a la Ley en sus contenidos, a fin de que se constituya en un elemento integral para la conformación de partidos políticos, así como en una guía adecuada para el ejercicio de sus funciones y atribuciones.

De este modo, las acciones y decisiones que tomen los protagonistas políticos serán mejor monitoreadas, evitando la violación de órdenes jurídicos, la vulneración de derechos político-electorales o, en su caso, la aplicación efectiva de una determinada sanción, en el supuesto de la configuración de una falta o delito electoral.

El problema no es un asunto de menor importancia. Si está ausente una adecuada revisión en materia de combate a la corrupción de los partidos políticos se afecta el funcionamiento de elementos fundamentales de la democracia en México, lo que altera la concepción de nociones elementales, como justicia electoral, cultura política y procedimientos de participación ciudadana. Esto obstruye y obnubila el verdadero sentido del derecho electoral y, en consecuencia, causa grandes afectaciones a la vida democrática de todo el sistema. Ante ello, su atención oportuna no solamente contribuye a la propia mejora, sino a evitar un mayor hundimiento en la enfermedad del desprestigio.

Legados de impunidad y rostros de la verdad en Guatemala. Reflexiones en torno al juicio por genocidio (caso Ríos Montt)

*Luis Miguel Gutiérrez Ramírez**

*Jorge Rodríguez Rodríguez***

Introducción

Desde hace largo tiempo, pero con más ahínco desde los últimos dos años, la sociedad guatemalteca ha estado inmersa en un complejo debate sobre las dimensiones y la significación de su pasado reciente. En efecto, tras más de dieciocho años de la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera¹, que puso fin a 36 años de conflicto armado interno, José Efraín Ríos Montt, presidente *de facto* entre 1982 y 1983, y José Mauricio Rodríguez Sánchez, ex director de inteligencia militar, se han enfrentado a un proceso ante los tribunales internos guatemaltecos por delitos de genocidio y contra los deberes de humanidad cometidos contra el grupo étnico maya ixil.

* Profesor asistente (Ater) y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Toulouse 1 Capitole (Francia). Abogado de la Universidad Católica de Colombia y Magister en Derecho Público por la Universidad Toulouse 1 Capitole. Desde 2012 dirige el equipo representante de esta universidad francesa en el Concurso Interamericano de Derechos Humanos organizado por la American University, Washington College of Law (Estados Unidos).

** Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid (España). Abogado del Colegio de Abogados de Madrid, Magister en Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá y coordinador del Grupo de Trabajo de Justicia de Transición en la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH).

1 Acuerdo de Paz Firme y Duradera, 29 de diciembre de 1996, entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG).

La importancia de este proceso reside no sólo en el hecho de ser el primer intento de un tribunal interno por juzgar un genocidio, sino también por la carga simbólica que significa para las víctimas el hacer justicia en un país históricamente marcado por la impunidad. Sin embargo, un análisis de tal procedimiento penal permite evidenciar las contradicciones y dilemas que aún no han sido resueltos en la transición hacia la paz en Guatemala. De esta manera, problemas estructurales y cuentas pendientes con la justicia siguen latentes en los reclamos de una parte importante de la población. De otro lado, sectores comprometidos con la violencia de antaño siguen negando la magnitud y las consecuencias del pasado.

Nuestro artículo presenta una serie de reflexiones sobre el panorama de la sociedad guatemalteca en torno a la construcción de la verdad en cuanto a la existencia de un genocidio contra la etnia maya (1). Seguidamente se hace un análisis de las obligaciones internas e internacionales a cargo del Estado con relación a crímenes de genocidio y de lesa humanidad, haciendo especial énfasis en el derecho de acceso a la justicia (2). Finalmente, se indaga sobre la manera en que el Estado ha asumido dichas obligaciones y sus repercusiones frente a los derechos de las víctimas (3).

1. Los rostros de la verdad extrajudicial: del silencio a la negación

Durante mucho tiempo, la historia de miles de víctimas del conflicto armado interno y de las dictaduras militares en Guatemala estuvo silenciada por la violencia y el miedo. En ese contexto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos registró una serie de casos individuales relativos a ejecuciones extrajudiciales, masacres y desapariciones forzadas

que evidenciaban la grave y permanente situación de represión estatal, la discriminación estructural contra la población maya y la masiva violación a los derechos humanos en ese país². Sin embargo, gran parte de la población desconocía la magnitud de los crímenes cometidos por los actores beligerantes.

Como en otras experiencias internacionales, tras un período de violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el marco de un conflicto armado o durante un régimen dictatorial, la sociedad guatemalteca ha conocido de una serie de medidas implementadas para superar las consecuencias de su pasado. Esta etapa, conocida como de justicia transicional (o **de transición** en términos de las Naciones Unidas³), gira en torno a la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y a las garantías de no repetición⁴. En Guatemala, los primeros esfuerzos de la transición de la guerra a la paz estuvieron focalizados en garantizar el derecho de las víctimas a la verdad.

Al respecto es necesario señalar que, a nivel internacional, el derecho a la verdad ha sido objeto de un desarrollo progresivo

2 Al respecto ver: CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala*, 13 de octubre 1981. OEA/Ser.L/V/II.53, Doc.21 rev.2, 3 octubre 1983. OEA/Ser.L/V/II.61, Doc. 47, 3 de octubre 1985. OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 16, 1 de junio 1993. OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 16 rev.

3 ONU, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Doc. S/2004/616, 23 de agosto de 2004.

4 Puesto que no es la finalidad del presente artículo ahondar en la explicación de estas garantías, para más información consúltese el trabajo de: Méndez, Juan, “El derecho a la verdad frente a violaciones de derechos humanos”, en: Abregú, M., y C. Courtis (coords.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 517 y ss.

desde mediados de los años 70 hasta nuestros días. Enunciado como “derecho a saber” en el artículo 32 del Protocolo I adicional a las Convenciones de Ginebra, pasó a ser incluido en varias resoluciones de la antigua Comisión de Derechos Humanos, del actual Consejo de Derechos Humanos y de la misma Asamblea General de las Naciones Unidas, hasta que, en el año 2006, fue codificado en el artículo 24.2 de la Convención Internacional para la Protección Internacional de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁵, llegando así a ser parte del derecho internacional convencional⁶. Ese artículo establece que: “Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto”. Sin embargo, la protección del derecho a la verdad no se ha limitado a casos de desaparición forzada. En efecto, el Comité de los Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han extrapolado el alcance de este derecho a cualquier violación de derechos humanos y lo han elevado a obligación internacional para los Estados⁷.

Es importante tener en cuenta que el derecho a la verdad tiene un doble carácter: individual y colectivo. La vertiente individual

5 Adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. Firmada por Guatemala el 6 de febrero de 2007, pero aún no ratificada.

6 Para una explicación más amplia sobre el significado del derecho a la verdad puede consultarse: Rodríguez Rodríguez, Jorge, *El derecho a la verdad en la justicia de transición española*. Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Lluçà, 2014, págs. 25-87. Disponible en: <<http://www.aedidh.org/sites/default/files/Derecho%20a%20la%20verdad%20v7.pdf>>, a 22 de febrero de 2015.

7 Al respecto, ver: Andreu-Guzmán, Federico, *El derecho a la verdad y el derecho internacional*. CCJ, Bogotá, 2012.

está vinculada a la garantía del derecho a la verdad de cada víctima por medio de un proceso judicial, orientado a determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió la violación y sancionar a los responsables. Por otra parte, la vertiente colectiva nos llevará a considerar lo ya expuesto por Louis Joinet en su conocido informe sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos:

El derecho a saber es también un derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones. Como contrapartida, al Estado le incumbe, el ‘deber de recordar’, a fin de protegerse contra esas tergiversaciones de la historia que llevan por nombre revisionismo y negacionismo; en efecto, el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y debe por ello conservarse⁸.

Al contrario de la vertiente individual, la consecución de la verdad colectiva no siempre ha estado ligada al proceso judicial, habiendo los Estados optado por la institución de órganos extrajudiciales a este efecto, comúnmente conocidos como comisiones de la verdad⁹.

En Guatemala, la satisfacción del derecho a la verdad sobre lo sucedido durante el conflicto armado interno ha sido objeto

8 Comisión de Derechos Humanos, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997, párr. 17.

9 Sobre estos organismos puede consultarse: Rodríguez Rodríguez, Jorge, “Las comisiones de la verdad en el derecho comparado”, en: Requena, M. (ed.): *Actas V Jornadas de Estudios de Seguridad*. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, Madrid, 2013, págs. 250-289.

de múltiples construcciones y variadas interpretaciones. A continuación, analizaremos los esfuerzos estatales de carácter extrajudicial para el establecimiento de la verdad en torno al genocidio contra el pueblo maya, para luego hacer un análisis de sus más recientes representaciones dentro del sistema interno de justicia.

En el marco de las negociaciones de paz, el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) acordaron la creación de una Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) cuyo objetivo principal era “establecer con toda objetividad, equidad e imparcialidad las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, vinculados con el enfrentamiento armado”¹⁰. De esta manera, bajo la responsabilidad de investigar 36 años de violencia y con un mandato restringido en cuanto a la atribución de responsabilidades individuales, la CEH se constituyó el 31 de julio de 1997 y recibió 7.338 testimonios durante los dieciocho meses de su funcionamiento. Paralelamente, la Arquidiócesis de Guatemala llevó a cabo un proyecto de Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI) que presentó en abril de 1998 con el nombre Guatemala Nunca Más¹¹. Este informe fue un insumo fundamental para el trabajo de la CEH.

El 25 de febrero de 1999, la CEH presentó a la opinión pública el informe Guatemala: Memoria del Silencio, mediante el cual se documentaba la magnitud de la violencia vivida durante el conflicto armado interno, estimando un saldo de más de 200.000

10 *Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico*, Oslo, 23 de junio de 1994.

11 Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, *Guatemala nunca más: informe del proyecto interdiocesano de recuperación de la memoria histórica*, 1998.

víctimas¹². En el informe se registraron 626 masacres, 23.671 ejecuciones extrajudiciales y 6.159 desapariciones forzadas. Así mismo, se atribuyó la responsabilidad al Estado en el 93% de las violaciones cometidas¹³ y se establecieron como causas subyacentes del conflicto, entre otras: la injusticia estructural, la desigualdad social, una institucionalidad excluyente y antidemocrática, la ineficacia de la justicia, el anticomunismo y la influencia de la doctrina de la seguridad nacional, el racismo y la discriminación racial.

Igualmente, la CEH concluyó que “agentes del Estado de Guatemala, en el marco de las operaciones contrainsurgentes realizadas entre 1981 y 1983, ejecutaron **actos de genocidio** en contra de grupos del pueblo Maya”¹⁴. En efecto, el 83,3% de las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno pertenecían a alguna etnia maya¹⁵, lo cual tendría relación con la concepción del Ejército de considerarlos como enemigos del Estado¹⁶.

Desde la aparición del informe, las conclusiones y recomendaciones de la CEH han sido desestimadas de forma reiterada por todos los poderes estatales y fuertemente criticadas por algunos sectores de la sociedad. Es bastante significativo que el día de la entrega del informe, el por entonces presidente, Álvaro Arzú, no estuvo presente para recibirlo¹⁷.

12 CEH, *Informe Guatemala, Memorial del silencio*, 1999, Tomo II, párr. 1729.

13 *Ibidem*, Tomo II, párr. 1754.

14 *Ibidem*, Tomo V, párr. 122.

15 *Ibidem*, Tomo II, párr. 1745.

16 *Ibidem*, Tomo V, párr. 31.

17 Varón, Ana María, “Reparaciones en Guatemala: efectos de una comisión de la verdad no reconocida por el Estado”, *Asian Journal of Latin American Studies*, Vol. 24, No. 4, 2011, págs. 28-29.

A pesar de que, efectivamente, Guatemala constituyó una Comisión de la verdad que respondía a las demandas de verdad de la sociedad guatemalteca (aplicando de esta manera la vertiente colectiva de este derecho), la vertiente individual no fue garantizada debido a la ausencia de juicios penales que averiguasen la verdad individual de las víctimas. Al respecto, de nada servirá tomar medidas destinadas a conocer la verdad colectiva si éstas no son aplicadas de forma conjunta con medidas de respeto de la verdad individual y, por consiguiente, con el respeto del derecho de justicia. Y es que en este mismo orden de ideas, si los mismos resultados de una comisión de la verdad no son reconocidos a nivel estatal (como sucedió en Guatemala), ni medida alguna es implementada como consecuencia de sus revelaciones (como pudiera ser la apertura de juicios por haberse constatado una violación sistemática de derechos humanos), el informe final de la comisión, como todo el trabajo por ella implementado, quedaría en papel mojado.

El rechazo de los poderes públicos en Guatemala a los resultados alcanzados por la CEH, mediante el cuestionamiento constante sobre la veracidad de sus averiguaciones, ha alimentado un debate en el seno de la sociedad guatemalteca sobre la existencia o no de genocidio durante el período de gobierno *de facto* de Ríos Montt, llegando a convertirse en una mera arma política¹⁸. Una parte de la población sigue negando la existencia de una política deliberada del Estado para eliminar al grupo étnico maya, llegando algunos a sugerir que los indígenas hacían parte de la guerrilla y que sus víctimas fueron asesinadas por el Ejército en el marco de operaciones antsubversivas legítimas¹⁹. Incluso los sectores más radicales de la sociedad

18 Laplante, Lisa J., “Memory Battles: Guatemala’s Public Debates and the Genocide Trial of José Efraín Ríos Montt”, *New England Law – Boston Legal Studies Research*, No. 15-02, 2014, pág. 625.

19 Martínez, Denis, “Un pasado que (no) conviene recordar: El debate

calificaron el trabajo de la CEH como “malintencionado”, “sesgado” e “ideológicamente comprometido”²⁰.

En definitiva, la verdad sobre lo ocurrido en Guatemala sigue siendo objeto de controversia y, a pesar de los años que han pasado, aún es un tema que polariza y divide la opinión pública. Sin embargo, el debate ha tomado un nuevo giro, esta vez ante los tribunales de justicia.

2. El establecimiento de una verdad judicial: del juicio a la anulación

Los Estados inmersos en procesos de transición deben necesariamente garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Estos derechos están esencialmente interrelacionados y deben ser analizados como un conjunto. De esta manera, la implementación de medidas para la consecución de los dos primeros lleva aparejada, consecuentemente, la investigación de los hechos a fin de poder tanto hallar la verdad (ya sea individual o colectiva), como averiguar las responsabilidades penales individuales correspondientes; implicando todo ello, indirectamente, una reparación de las víctimas²¹.

alrededor del informe de la CEH”, en: Impunity Watch y Convergencia por los Derechos Humanos, *La persistencia de la verdad. A diez años del Informe de la CEH*, 2009, págs. 13-14.

20 Fundación Contra el Terrorismo, *La farsa del genocidio en Guatemala. Conspiración marxista desde la iglesia católica*, 2013, pág. 10.

21 Sobre la interrelación de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, puede consultarse: Méndez, Juan, “El derecho a la verdad frente a violaciones de derechos humanos”... pág. 517 y ss. Así mismo, puede verse el primer informe anual del Relator Especial para la Promoción de la Verdad, la Justicia, la Reparación y las Garantías de No Repetición, ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator*

Ante la proliferación de las violaciones de derechos humanos cometidas durante los años 60 y 70 en las dictaduras latinoamericanas, los sistemas de protección de derechos humanos (universal e interamericano), interpretaron de manera amplia la Convención Americana sobre Derechos Humanos²² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³, con la finalidad de establecer una obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de derechos humanos. El armazón jurídico consagrado a la obligación de investigar, lleva implícito la prohibición de adoptar medidas que impidan su propia implementación, es decir, la incompatibilidad de las leyes de impunidad (amnistías e indultos) y de otras medidas, como la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos²⁴.

En esta sección haremos referencia a la obligación de Guatemala, según prescribe tanto el derecho internacional como su propio ordenamiento interno, de investigar, en concreto, el crimen de genocidio. Posteriormente, nos referiremos al proceso penal iniciado contra Ríos Montt y Rodríguez Sánchez.

Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff, Doc. A/HRC/21/46, 9 de agosto de 2012.

22 Adoptada en San José el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Guatemala el 27 de abril de 1978.

23 Adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por Guatemala el 5 de mayo de 1992.

24 Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 41.

a. La obligación de investigar, juzgar y sancionar el crimen de genocidio

La obligación de investigar, juzgar y sancionar el crimen de genocidio tiene dos fuentes de derecho internacional exigibles para el Estado de Guatemala. En primer lugar, Guatemala es Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 25 de mayo de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 9 de marzo de 1987²⁵. Aunque en dicha Convención no se encuentre de manera expresa una obligación general de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, ésta ha sido firmemente establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de una lectura en conjunto de tres artículos de la Convención (1.1 obligación general de garantía, 8 garantías judiciales y 25 protección judicial)²⁶.

Es importante señalar que, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, dicha obligación del Estado de investigar es una obligación internacional general que se establece frente a todas las violaciones de derechos humanos cometidas bajo su jurisdicción. Sin embargo, la competencia material de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no le permite calificar jurídicamente dichas violaciones como crímenes internacionales. Por lo anterior, ésta Corte no ha declarado la existencia de un genocidio en los casos que ha conocido con relación al

25 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decidido, hasta marzo de 2015, diecinueve casos sobre violaciones a los derechos humanos cometidas en Guatemala, la mayoría relacionadas con el conflicto armado interno.

26 Al respecto, ver: Gutiérrez Ramírez, Luis Miguel, “La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 16, No.2, 2014, págs. 23-60.

conflicto armado interno en Guatemala²⁷. No obstante, la Corte Interamericana sí ha evaluado las circunstancias particulares que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya dentro de un patrón de masacres donde fueron ejecutadas 268 personas por el Ejército de Guatemala y colaboradores civiles en 1982, en el caso Masacre Plan de Sánchez²⁸.

En segundo lugar, Guatemala firmó el 22 de junio de 1949 y ratificó el 13 de enero de 1951, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de la Organización de Naciones Unidas. El artículo 2 de la Convención define el crimen de genocidio como:

[...] cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo²⁹.

27 Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 29 de abril de 2004, Serie C No. 105, párr. 51.

28 En ese caso, el Juez Cançado Trindade consideró que en razón del contexto, la responsabilidad del Estado de Guatemala debía ser calificada como agravada: Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de fondo, 29 de abril de 2004, Serie C No. 105, voto razonado.

29 ONU, Asamblea General de Naciones Unidas, Res.260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entrada en vigor el 12 de enero de 1951, artículo 2.

Por otra parte, el artículo 5 de dicha Convención indica que

Las partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III³⁰.

Conforme con este compromiso internacional, Guatemala incorporó en su legislación interna, más precisamente en el artículo 376 del Código Penal de 1973, la tipificación del delito de genocidio contenida en el artículo 2 de la Convención. Adicionalmente, es fundamental resaltar que en el marco de la terminación negociada al conflicto armado interno, a diferencia de otras experiencias de transición en Latinoamérica³¹, Guatemala adoptó una ley de amnistía que excluyó en su artículo 8 algunos delitos, haciendo referencia expresa al de genocidio³².

De esta forma, observamos cómo, desde el derecho internacional y desde el propio derecho interno, el Estado guatemalteco tiene la obligación de investigar, juzgar y sancionar el delito de genocidio. Por tanto, los esfuerzos que han tenido lugar en la sociedad para establecer la verdad y determinar la existencia de un genocidio cometido contra la etnia maya, en especial en el trabajo de la CEH, deben ser complementados con la sanción efectiva del mismo. Es decir, no sólo basta con su mero reconocimiento a nivel de una comisión de la verdad, sino

30 *Ibidem*, artículo 5.

31 Aldana, Raquel, "A reflection on transitional justice in Guatemala 15 years after the peace agreements", en: Bonacker y Safferling (eds), *Victims of International Crimes: An interdisciplinary Discourse*. Springer, La Haya, 2013, pág. 300.

32 Ley de Reconciliación Nacional, Decreto No. 145-1996, República de Guatemala, 27 de diciembre de 1996.

que también debe haber una investigación judicial orientada a establecer la responsabilidad penal individual e imponer las correspondientes sanciones.

b. El juicio por genocidio: caso Ríos Montt

En la primavera de 2013, Efraín Ríos Montt y Mauricio Rodríguez Sánchez se sentaron en el banquillo de los acusados para ser juzgados por los delitos de genocidio y contra los deberes de humanidad³³. La denuncia penal fue interpuesta por las víctimas y sus representantes el 6 de junio de 2001. Sin embargo, solamente en el año 2012, Ríos Montt fue vinculado al proceso tras la pérdida de su inmunidad parlamentaria. Este proceso constituye el primero en realizarse por este crimen dentro de una jurisdicción nacional, a pesar de que son, a la fecha, 144 los Estados que, ratificando la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Delito del Genocidio, se han comprometido a juzgar o extraditar a los acusados de haber cometido genocidio³⁴.

El 10 de mayo de 2013, el ex presidente *de facto*, José Efraín Ríos Montt, fue encontrado penalmente responsable en calidad de autor de los delitos de genocidio y contra los deberes de humanidad y sentenciado por ello a 80 años de prisión. En la decisión judicial se establece que:

33 Este delito pareciera en principio referirse a delitos de lesa humanidad. Sin embargo, el texto incluye también el incumplimiento de las normas del derecho internacional humanitario asumidas por Guatemala en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. Roth Ariaza, Naomi, “El juicio de Ríos Montt”, *Revista Aportes DPLF*, No. 18, año 6, diciembre, 2013, págs. 41-42.

34 Fetterhof, Christina M., “El Testimonio Ixil Pesa Mas: Reflections on the Guatemalan Genocide Trial One Year Later”, *Human Rights Brief*, Vol. 21, No. 2, 2014, pág. 8.

Se consideró que la población Ixil, era base de apoyo de la guerrilla, razón por la cual el Ejército llegó a considerar a la población civil, enemigo interno, habiendo contemplado el exterminio de la población, lo que se materializó en las masacres indiscriminadas en el área Ixil, violación de mujeres, niñas y ancianas, bombardeos, quema de viviendas, siembras y animales [...]

[...] Asimismo, se ha comprobado que las acciones violentas realizadas en contra de los Ixiles, no fue una actividad espontánea, sino la concretización de planes previamente elaborados, que conformaban parte de la política de Estado tendiente a la eliminación de un grupo étnico determinado³⁵.

La responsabilidad penal de Ríos Montt fue probada gracias al testimonio de más de 90 víctimas y 50 peritos que documentaron 1.771 asesinatos, al menos nueve casos de violencia sexual, casos de torturas y el desplazamiento forzado de 29.000 integrantes del pueblo maya.

De acuerdo con la profesora Alicia Gil Gil, “con esta figura [el tipo penal de genocidio] no se pretende castigar los atentados contra los bienes jurídicos fundamentales cometidos por motivos racistas, xenófobos, etc. [...] pues para tal castigo ya tenemos los crímenes contra la humanidad”³⁶. Lo que diferencia al delito de genocidio de los demás crímenes internacionales es “la protección de determinados grupos humanos considerados estables”³⁷ del propósito de destruirlos por motivos políticos,

35 Tribunal Primero A de Mayor Riesgo de Guatemala, sentencia C-01076-2011-00015, Of. 2a., 10 de mayo de 2013, págs. 697 y 699, respectivamente.

36 Gil Gil, Alicia, “Los delitos internacionales”, en: Tamarit Sumalla, Josep (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*. Atelier, Barcelona, 2010, pág. 23.

37 *Ibidem*, pág. 24.

económicos, xenófobos, etc. Es, en palabras de esta misma autora, “un delito de intención”³⁸. De ahí la dificultad de encontrar efectivamente probada la existencia de un genocidio.

Es por ello que el mero intento de matar a un miembro del grupo con la finalidad de exterminar a esa colectividad será considerado tentativa de genocidio, independientemente de que no se haya conseguido el resultado. Lo jurídicamente relevante, y que constituye la principal cuestión jurídica objeto de debate en el proceso contra Ríos Montt y Rodríguez Sánchez, es si hubo ánimo de “destruir total o parcialmente” a los mayas ixil, debido a que “este acto individual representa, a su vez, un peligro abstracto para el bien jurídico protegido: la existencia del grupo”³⁹. Se requerirá por tanto que el autor sea consciente de que su conducta forma parte de un plan más general que no se satisface con la muerte, traslado, etc., de un solo sujeto del grupo, sino que será necesario comportamientos similares encaminados al mismo fin⁴⁰. El bien jurídico que se pretende proteger, por tanto, no es individual (el individuo en sí), sino que es “supraindividual”: la colectividad o el grupo como colectividad⁴¹.

38 *Ibidem*.

39 Del mismo modo que el homicidio de un solo individuo con la intención de “destruir total o parcialmente” el grupo al que pertenece, constituye genocidio, no lo constituye la muerte indiscriminada de cientos de ciudadanos sin ninguna finalidad concreta. Ollé Sesé, Manuel, *Justicia universal para crímenes internacionales*. La Ley, Madrid, 2008, pág. 481.

40 González Rus, Juan José, “Delitos contra la comunidad internacional”, en: Cobo del Rosal, Manuel (coord.), *Derecho penal español*, segunda ed. Dykinson S.L., Madrid, pág. 1195.

41 Para un análisis detallado sobre el crimen de genocidio puede consultarse: Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *El crimen de genocidio en el derecho internacional*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 35, No. 105, México, 2002, págs. 917-946. Igualmente, puede remitirse al texto de los *Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, UN. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2 de noviembre de 2000.

En el marco del proceso penal en Guatemala se tuvieron en cuenta los informes de la CEH y del REMHI. Además, se logró establecer que el genocidio fue planificado y ejecutado por el Ejército mediante los planes de campaña Victoria 82, Firmeza 83 y Sofia. La teoría planteada por la Fiscalía, y aceptada por el tribunal, fue que existió la intención de aniquilar, en parte, al pueblo maya ixil. Al respecto, los maya ixil fueron caracterizados como un grupo étnico, dado que tienen su propia lengua (muchos prestaron testimonio en idioma ixil), cuentan con territorio propio y mantienen costumbres propias⁴².

Por otro lado, mención importante merece el papel que jugó la violencia sexual y los crímenes cometidos por razón de género dentro de las pruebas que inclinaron al tribunal a tener como probado el tipo de genocidio. En efecto, la violencia contra la mujer fue cometida con una finalidad determinada y no simplemente como “un exceso incidental” en la comisión de los crímenes. En efecto, se determinó que la violencia contra la mujer supuso una práctica generalizada para la efectiva destrucción de la población maya ixil, por ser precisamente las mujeres las encargadas de reproducir y perpetuar la especie, así como de la propia cultura indígena⁴³. Las mujeres constituyeron, de hecho, un “objetivo militar”⁴⁴. En definitiva, se llegó a la conclusión de que Ríos Montt “tuvo conocimiento de todo lo que estaba ocurriendo y no lo detuvo, a pesar de tener el poder para evitar su perpetración”⁴⁵.

42 Roth Ariaza, Naomi, “El juicio de Ríos Montt”... pág. 43.

43 Open Society Foundations, *Judging a dictator. The Trial of Guatemala's Ríos Montt*, 2013, pág. 14. Disponible en: <<http://www.opensocietyfoundations.org/publications/judging-dictator-trial-guatemala-s-rios-montt>>, a 10 de junio de 2015.

44 Tribunal Primero A de Mayor Riesgo de Guatemala, sentencia C-01076-2011-00015, Of. 2a., 10 de mayo de 2013, pág. 691.

45 *Ibidem*, pág. 700.

La importancia de esta condena radica en que, por primera vez, tras más de 30 años de acaecidos los hechos, la existencia de genocidio en Guatemala fue declarada en los estrados judiciales dando respuesta a los requerimientos de verdad individual que demandaban las víctimas. Lo establecido en sede judicial significaba un elemento fundamental para luchar contra las tesis que pretenden negar la magnitud de lo sucedido durante el conflicto armado interno. Tal reconocimiento implicaba además una dignificación del pueblo maya y la posibilidad de que sus miembros sean tratados y considerados por la sociedad en su calidad de víctimas. Así mismo, el fallo ordenó una serie de medidas con el objetivo de reparar al pueblo maya ixil como, por ejemplo, la solicitud pública de excusas por parte del Estado, la construcción de centros educativos y de monumentos de conmemoración, entre otras.

Sin embargo, la condena del 10 de mayo de 2013 fue posteriormente anulada por la Corte de Constitucionalidad. Dicha Corte conoció un recurso de queja interpuesto por la defensa de Ríos Montt contra la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, constituida en tribunal de amparo, por el supuesto incumplimiento de una decisión que había concedido un amparo provisional al constatar una violación al derecho de defensa y que, por tanto, había ordenado la suspensión del juicio oral y público el 18 de abril de 2013. De esta manera, la Corte de Constitucionalidad el 20 de mayo de 2013, en una votación altamente dividida de tres magistrados contra dos, dio lugar a dicho recurso de queja y ordenó la anulación de todo lo actuado en el proceso penal desde el 19 de abril de 2013, incluida la histórica condena del 10 de mayo de 2013⁴⁶. Durante diez días, la existencia de un genocidio en Guatemala fue reconocida en un fallo judicial. En adelante la sentencia no será más que un documento para la historia⁴⁷.

46 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 1904-2013, sentencia del 20 de mayo de 2013.

47 A pesar de esta anulación, han circulado ampliamente en el país, y sobre

Sin embargo, es necesario apuntar que la anulación de la sentencia de 10 de mayo de 2013 no respondió a un fallo sobre el fondo a la hora de aplicar el tipo penal de genocidio al caso concreto, sino que fue debido a una cuestión procesal. El Tribunal de conocimiento, teniendo en cuenta toda la prueba de cargo y de descargo presentada en juicio, consideró probada la comisión de genocidio en Guatemala y a Ríos Montt como autor del mismo. A pesar de que ese fallo no llegó a ser “cosa juzgada” y, por lo tanto, no podríamos hablar de una “verdad judicial” consolidada e innegable sobre la existencia de genocidio (pues hubiera cabido posibilidad de recurso ante una instancia judicial superior), las conclusiones de fondo del fallo condenatorio fueron de vital importancia para que las víctimas pudieran haber visto su derecho a la verdad individual (y judicial) respetado.

Tras la anulación de la sentencia, un nuevo proceso empezó a gestarse desde la fecha estipulada por la Corte de Constitucionalidad. El Tribunal B de Mayor Riesgo pautó la reapertura del juicio oral el pasado 5 de enero de 2015. Sin embargo, continuando con las prácticas dilatorias que caracterizaron la defensa de los imputados Ríos Montt y Rodríguez Sánchez a lo largo del anterior proceso, los abogados defensores presentaron una recusación contra la jueza Irma Janeth Valdéz por dudas respecto a su imparcialidad. El citado tribunal aceptó dicha petición. A marzo de 2015, no se tiene aún constancia de una nueva fecha para la reanudación de las

todo en la región ixil, copias de la sentencia del 10 de mayo. En junio de 2013, una caravana de manifestantes realizó una entrega simbólica de copias de la sentencia a autoridades indígenas de tres municipios ixiles. También se están preparando impresiones para distribuir en escuelas. Aunque la sentencia haya sido jurídicamente anulada, el testimonio de los testigos y el análisis dedicado y minucioso de la prueba por los jueces seguirán representando un momento histórico en la extensa e inconclusa lucha de Guatemala contra la impunidad. Roth Ariaza, Naomi, “El juicio de Ríos Montt”... pág. 46.

actuaciones judiciales⁴⁸. Mientras tanto, Efraín Ríos Montt se encuentra en arresto domiciliario y las víctimas siguen esperando que se haga justicia.

Avatares procesales a un lado, las prácticas dilatorias llevadas a cabo por la defensa de los imputados, así como el comportamiento de la Corte de Constitucionalidad (órgano no perteneciente al Poder Judicial) dejan serias dudas sobre la administración de justicia en Guatemala, que no ha sido capaz de garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. Es interesante tener en cuenta que desde la suspensión de la sentencia condenatoria a Ríos Montt, el 20 de mayo de 2013, hasta la reapertura del juicio oral el 5 de enero de 2015, más de un año y medio transcurrió. En ese tiempo las víctimas no han tenido visos de que exista voluntad suficiente para retomar las actuaciones judiciales y hacer justicia. La manera en que se fue desarrollando el juicio tuvo consecuencias negativas para las víctimas.

3. La incertidumbre indefinida para las víctimas frente al juicio por genocidio

El Estado de Guatemala está jurídicamente obligado a investigar, juzgar y sancionar el delito de genocidio. Aunque la existencia del proceso contra Ríos Montt y Rodríguez Sánchez puede ser valorada como paradigmática, no es suficiente para garantizar el pleno cumplimiento de dicha obligación internacional. En efecto, la manera en cómo el proceso judicial

48 El 10 de junio de 2015, durante el proceso editorial del presente artículo, medios de comunicación anunciaron la decisión del Tribunal de Conocimiento del reiniciar el juicio contra Ríos Montt y Rodríguez el día 23 de julio de 2015. Disponible en <<http://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/fijan-fecha-para-inicio-de-juicio-contra-rios-montt>>

fue asumido por los jueces en Guatemala es en varios aspectos problemática.

En primer lugar, las decisiones judiciales de los jueces de conocimiento y de la Corte de Constitucionalidad evidencian problemas estructurales sobre la utilización indebida de los recursos constitucionales con la finalidad de obstaculizar el correcto desarrollo del proceso penal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de valorar esta problemática en el caso de la Masacre de las Dos Erres contra Guatemala, en donde consideró que,

[...] el uso indiscriminado y permisivo de recursos judiciales como lo es el recurso de amparo, el cual ha sido utilizado como pilar de la impunidad, aunado al retardo injustificado y deliberado por parte de las autoridades judiciales, así como la falta de una investigación completa y exhaustiva [...] han impedido la investigación, juzgamiento y eventual sanción de todos los presuntos responsables⁴⁹.

Durante el juicio por genocidio, los abogados de Ríos Montt y Rodríguez Sánchez presentaron más de 92 recursos de impugnación y 24 recursos de amparo dirigidos, en su mayoría, a dilatar y entorpecer el procedimiento penal⁵⁰. Es verdad que la cuestión del comportamiento malicioso de los abogados se enmarca en el respeto de la ética profesional⁵¹. Sin embargo, los jueces están obligados a velar por el buen funcionamiento

49 Corte IDH, *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211, párr.153.

50 Laplante, Lisa J., “Memory Battles: Guatemala’s Public Debates and the Genocide Trial of José Efraín Ríos Montt”... pág. 642.

51 Ver: Código de Ética Profesional aprobado por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y Ley de Colegiación Profesional Obligatoria, Decreto 72-2001 del Congreso de la República.

de la administración de justicia para garantizar los fines del proceso penal y están facultados por la Ley del Organismo Judicial para “rechazar de plano los recursos o incidentes notoriamente frívolos o improcedentes” y sancionar a los profesionales del derecho que los presenten con la intención de entorpecer los procedimientos⁵². No obstante, en el juicio por genocidio, los recursos no solamente han sido aceptados a trámite, sino que también han sido resueltos por los jueces de manera dispersa y contradictoria, generando demoras injustificadas e incertidumbres jurídicas sobre la continuidad del procedimiento penal. En consecuencia, los jueces han legitimado la instrumentalización del derecho como herramienta de impunidad al permitir el litigio malicioso⁵³.

En segundo lugar, algunas decisiones judiciales se han concentrado en proteger, como debe ser, los derechos fundamentales de los acusados, pero no han tenido en cuenta en nada los derechos de las víctimas. Como resultado, el juicio por genocidio se ha convertido, paradójicamente, en una revictimización para los miembros de las comunidades maya ixil quienes se han visto burlados por el sistema judicial guatemalteco. Basta recordar que más de 90 víctimas tuvieron el coraje de participar como testigos en el marco del proceso penal para relatar las atrocidades a las que fueron sometidas en la campaña de exterminio organizada en su contra desde el poder estatal. Después de la anulación del fallo condenatorio, y luego de más de un año de incertidumbre sobre la continuación del proceso penal, las víctimas deberán exponer de nuevo su sufrimiento ante los estrados judiciales. Particularmente grave

52 Cf. Ley de Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, artículos 66.C y 203.

53 Canteo, Marco Antonio, “Impactos del juicio por genocidio en el sistema de justicia de Guatemala”, *Revista Aportes DPLF*, No. 18, año 6, diciembre, 2013, pág. 48.

resulta la situación de las mujeres que fueron víctimas de violencia sexual. Al respecto, Paloma Montañez afirma que “con independencia del contexto en donde ocurran este tipo de delitos, los procesos [judiciales] por violencia sexual conllevan un riesgo emocional muy alto para las supervivientes que frecuentemente ven cuestionada su credibilidad, aumentando sus sentimientos de culpa y vergüenza”⁵⁴. Los múltiples esfuerzos desplegados por las víctimas no han encontrado una respuesta judicial adecuada, aumentando el nivel de desconfianza hacia las autoridades estatales debido a la falta de garantía de sus derechos.

En tercer lugar, el juicio por genocidio ha excedido claramente un marco temporal razonable, teniendo en cuenta el *test* de razonabilidad establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia constante⁵⁵. Si bien se puede considerar que el proceso es altamente complejo por el tipo penal del que se trata, el paso del tiempo, el contexto de conflicto armado interno donde se cometió y la dificultad probatoria para establecer la existencia de un genocidio, el retardo injustificado en el juzgamiento no puede ser atribuido al comportamiento de las víctimas o de la parte civil. Muy al contrario, éstas han acudido y colaborado con las autoridades desde el 6 de junio 2001, y desde entonces han participado activamente tanto a nivel nacional como internacional en la búsqueda de justicia. Sin embargo, el comportamiento de algunas autoridades judiciales no ha estado dirigido a garantizar el derecho a un recurso judicial efectivo. Luego de la decisión de

54 Montañez, Paloma Soria, “Estrategias para la búsqueda de justicia por crímenes internacionales de género: el caso Ríos Montt”, *Anuario de derechos Humanos*, No. 10, 2014, pág. 87.

55 Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones de derechos humanos*. CEJIL, Buenos Aires, 2010, págs. 24-27.

anulación del procedimiento de la Corte de Constitucionalidad, el proceso entró en una incertidumbre jurídica que impedía saber con certeza si el mismo iba a ser reanudado y, en últimas, cómo habría de serlo.

De un lado, el 10 de enero de 2014, la Sala Primera de Apelaciones de lo Penal confirmó una decisión del 18 de abril de 2013 del Juzgado A de Mayor Riesgo, jueza Carol Patricia Flores, de retrotraer el proceso hasta el 23 de noviembre de 2011⁵⁶. Según esta decisión, todo lo actuado desde esa fecha en el proceso penal quedaba anulado. Hay que recordar que Ríos Montt fue vinculado al proceso el 28 de enero de 2012, por lo cual, siguiendo esa decisión judicial, no tendría siquiera la calidad de sindicado, investigado o procesado por genocidio. La decisión de la jueza Flores fue posteriormente anulada, pero representó durante más de seis meses, una fuente de incertidumbre sobre el estado del proceso.

De otro lado, sigue sin cumplirse una decisión de la Corte de Constitucionalidad que ordenó motivar una decisión de rechazo a aplicar una amnistía en beneficio de los acusados, manteniendo un alto nivel de incertidumbre, a pesar de estar claramente establecido tanto a nivel internacional como nacional, que el crimen de genocidio no puede ser amnistiado. En efecto, el 22 de octubre de 2013, en el marco de una acción de amparo,

56 En esa fecha, la jueza Flores fue separada del proceso por una recusación presentada por la defensa del general Héctor Mario López Fuentes y que fue concedida por la Sala Primera de Apelaciones del ramo Penal, la cual determinó que existían indicios para dudar de la imparcialidad de Flores. Ver: “Jueza anula juicio contra José Efraín Ríos Montt”, 19 de abril de 2013, disponible en: <<http://gruporadialarcos.com/jueza-anula-juicio-contra-jose-efrain-rios-montt/>>, a junio de 2015; “Jueza Carol Patricia Flores anula juicio por genocidio contra Ríos Montt”, 19 de abril de 2013, disponible en: <<http://www.iberamerica.net/guatemala/prensa-generalista/elperiodico.com.gt/20130421/noticia.html?id=KSdiDF4>>, a junio de 2015.

la Corte de Constitucionalidad consideró que la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente había vulnerado el derecho de defensa y al debido proceso de Ríos Montt en un auto del 15 de junio de 2012. Lo anterior, debido a una supuesta falta de motivación al declarar improcedente un recurso de apelación contra una resolución⁵⁷ que negó la aplicación del Decreto 8-86 de amnistía⁵⁸. La Corte de Constitucionalidad ordenó por tanto, la fundamentación razonada de la inaplicación de la amnistía de 1986. Sin embargo, en un hecho sin precedente, los magistrados titulares y alrededor de 60 magistrados suplentes de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal que debían proceder a dicha fundamentación se excusaron de conocer el caso. Según medios locales, “los magistrados rehuyeron al proceso de Ríos Montt por acercarse el proceso de elección de nuevos integrantes de la Corte de apelaciones puesto que dicho caso podría afectar sus posibles nombramientos”⁵⁹. A la ausencia de justicia luego de más de 30 años de acaecidos los hechos habría que sumar la ausencia de jueces dispuestos a hacerla efectiva.

La reanudación del proceso luego del 20 de mayo de 2013 no ha sido posible, al parecer debido a la congestión en la agenda judicial, sino hasta el 5 de enero de 2015, es decir, luego de 20 meses de anulado el proceso. Sin embargo, una vez más, a inicio del 2015 el juicio fue aplazado por una recusación de una de las juezas de conocimiento. En definitiva, las víctimas involucradas en los procedimientos han sido notablemente afectadas por

57 Emitida por el Juez Primero de Primera Instancia Penal de Mayor Riesgo B, que desestimó la excepción de extinción de la persecución penal de Ríos Montt en aplicación del Decreto Ley 8-86 de amnistía.

58 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expedientes acumulados 1523-2013 y 1543- 2013, sentencia del 22 de octubre de 2013.

59 “Unos 60 magistrados rechazaron analizar la amnistía para dictador Ríos Montt”, 3 de enero de 2013, disponible en: <<http://www.telesurtv.net/news/Unos-60-magistrados-rechazaron-analizar-la-amnistia-para-dictador-Rios-Montt---20140103-0008.html>>, a junio de 2015.

la denegación de justicia. Algunas víctimas que presentaron su testimonio durante el juicio oral han fallecido esperando la reanudación del mismo, y no podrán ver el desenlace del proceso penal que habían esperado desde hace más de 30 años de cometidos los hechos.

En cuarto y último lugar, el juicio por genocidio ha evidenciado la falta de garantías para la independencia del Poder Judicial en Guatemala. En efecto, el proceso ha suscitado una serie de ataques mediáticos contra las víctimas, sus representantes, los fiscales y jueces que han intervenido en el proceso. Antes de la sentencia condenatoria, el 16 de abril de 2013, se publicó un mensaje firmado por doce personas protagonistas de los Acuerdos de paz de 1996 titulado “traicionar la paz y dividir a Guatemala” donde se advertía que “Nada autoriza a pensar que la terrible violencia del pasado se vaya a repetir. Sin embargo, esta acusación de genocidio [...], implica – de consumarse – el peligro inminente de que la violencia política reaparezca, traicionándose con esto el objetivo y la conquista de la paz”⁶⁰. Luego de la condena, el 19 de mayo de 2013, el Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras (CACIF), mediante una conferencia de prensa, pidió públicamente anular el fallo contra Ríos Montt⁶¹. Así mismo, la Asociación de Veteranos Militares de Guatemala (AVEMILGUA) amenazó con marchar sobre la capital con más de 50.000 efectivos bloqueando las principales vías de comunicación hasta lograr la liberación de Ríos Montt. Estos son tan sólo algunos ejemplos que evidencian la presión

60 AAVV, “Traicionar la paz y dividir a Guatemala”, 16 de abril de 2013, disponible en: <<http://www.plazapublica.com.gt/content/campos-pagados-contr-el-juicio-por-genocidio>>, a 13 de octubre de 2013.

61 Numerosos observadores consideran que hubo presiones del sector privado para que la Corte de Constitucionalidad dispusiera la anulación de la condena contra Ríos Montt. Roth Ariaza, Naomi, “El juicio de Ríos Montt”... pág. 45.

ejercida sobre los jueces por diferentes sectores sociales y que afectan sin lugar a duda la independencia judicial⁶².

Sin embargo, y de manera más grave, las presiones sobre los jueces también han tenido origen en las instituciones del Estado, violando claramente el principio de separación de poderes. Por parte del ejecutivo, altos funcionarios del Estado, como Antonio Arenales, titular de la Secretaría de la Paz (SEPAZ) y el mismo Presidente de la República, Otto Pérez Molina, han hecho constantes declaraciones en los medios nacionales negando expresamente la existencia del genocidio⁶³. Por parte del legislativo, el 29 de mayo de 2014, el Congreso de la República adoptó el punto resolutivo número 3-2014 donde se afirmó que “la legislación imperante da cuenta que los elementos que conforman los tipos penales señalados [en el juicio contra Ríos Montt] resulta jurídicamente inviable que se dieran en Guatemala, principalmente en cuanto a la existencia en nuestro suelo patrio de un genocidio durante el conflicto armado interno”. Estas declaraciones afectan el libre desempeño de la función judicial⁶⁴, violan el principio de separación de poderes

62 La CIDH tuvo que dictar el 28 de junio de 2013 medidas cautelares en favor de los tres jueces que juzgaron a Ríos Montt, para reforzar su protección.

63 Ver: Castillo, Daniela, “En Guatemala no hubo genocidio”, *El Periódico*, 27 de enero de 2012, disponible en: <<http://www.elperiodico.com.gt/es/20120127/pais/207115>>, a 13 de octubre 2013, y Colmenares, Beatriz, “Me indigna que se afirme que en Guatemala hubo genocidio”, *El Periódico*, 26 de febrero de 2012, disponible en: <<http://elperiodico.com.gt/es/20120226/pais/208597/>>, a 13 de octubre 2013.

64 El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha manifestado su preocupación sobre la situación del proceso por genocidio en sus últimas observaciones sobre Guatemala: “[D]urante el transcurso de dicho proceso hubo declaraciones, incluso de autoridades de alto nivel del Poder Ejecutivo, manifestando que en Guatemala no hubo genocidio, las que podrían tener como efecto influir en las determinaciones del Organismo Judicial”. Comité contra la Tortura, *Observaciones finales sobre los*

y tienen consecuencias en la percepción de la justicia por parte de la ciudadanía, generando más polarización y división en la sociedad.

En este mismo orden de ideas, en el marco de su 153° período de sesiones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una audiencia pública el 28 de octubre de 2014, “Acceso a la justicia y el legado del conflicto armado interno en Guatemala”⁶⁵. En ella se preguntó al representante del Gobierno guatemalteco: “¿Quién tiene que decir si hubo o no genocidio en Guatemala? ¿Es el Poder Legislativo, con un punto resolutivo, es el Poder Ejecutivo, es la Cancillería, o es la Justicia a quién le corresponde decidirlo?”⁶⁶.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta tres aspectos señalados por Canteo sobre la falta de independencia de los jueces de manera general en Guatemala: 1) el sistema de designación de magistrados por comisiones postulación y por el Poder Legislativo; 2) la falta de estabilidad e inamovilidad en la judicatura, debido a que jueces y magistrados tienen asignado un periodo constitucional de cinco años; 3) el mecanismo de designación de los integrantes de la Corte de Constitucionalidad es eminentemente político y no forma parte del Poder Judicial⁶⁷. Estos elementos permiten suponer que los jueces no están interesados en conocer de un proceso que podría ocasionarles “problemas” en su carrera profesional, como lo evidencia el

informes periódicos quinto y sexto combinados de Guatemala, Doc. CAT/C/GTM/CO/5-6, 24 de junio de 2013, párr.10.

65 Puede accederse a la audiencia completa en la siguiente dirección: <<http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/sesiones/153/default.asp>>, disponible a 22 de febrero de 2015).

66 *Ibidem.*, a partir del minuto 40.

67 Canteo, Marco Antonio, “Impactos del juicio por genocidio en el sistema de justicia de Guatemala”... pág. 47.

hecho, totalmente excepcional, de no haberse podido constituir un tribunal para decidir sobre el rechazo de la aplicación de la amnistía solicitada por Ríos Montt.

Conclusión

En definitiva, existen determinados sectores de la sociedad que pretenden mostrar que el establecimiento de la verdad y la realización de la justicia en Guatemala son una amenaza para la paz y perjudican la estabilidad política. Sin embargo, una sociedad democrática no puede estar sostenida en pilares de impunidad. El problema real no es que la justicia actúe en el marco de un Estado de Derecho, sino que los poderes fácticos interfieran en su independencia para que la injusticia se erija como regla general.

La anulación de la sentencia condenatoria contra Ríos Montt y las actuaciones judiciales que han conducido a la impunidad del caso por genocidio en Guatemala se han traducido en una revictimización para las víctimas. Habiendo pasado más de 30 años desde que los hechos fueron perpetrados, no existe hasta la fecha ninguna responsabilidad judicialmente establecida, aunque la existencia de genocidio en Guatemala está judicialmente y extrajudicialmente demostrada. Esta situación es agravada debido a que desde las instituciones estatales se continúa sistemáticamente negando y desestimando lo sucedido, no respaldando los esfuerzos de la sociedad civil para restablecer la verdad de lo ocurrido durante el conflicto armado interno.

La protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes inmigrantes centroamericanos no acompañados y separados

*Raquel Herrera Escribano**

Introducción

El presente trabajo pretende hacer una breve contextualización del problema que en la actualidad se enfrenta con la movilidad creciente de las personas menores de edad y adolescentes no acompañados y separados en Centroamérica. Es un problema que acarrea múltiples violaciones a los derechos humanos de estas personas y que también presenta desafíos de desarrollo humano para los países de la región. Asimismo, se hará un análisis de la respuesta universal de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, particularmente del Comité de los Derechos del Niño, sobre este tema, así como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por último, se brindarán algunas conclusiones que se estiman relevantes para la elaboración de políticas públicas y/o de programas de la cooperación internacional.

* Raquel Herrera Escribano es costarricense, abogada de la Universidad Autónoma de Centroamérica y tiene una Maestría en Política y Gobierno Latinoamericano de la Universidad de Essex, Inglaterra.

Actualmente trabaja en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos como Coordinadora de la Unidad de Proyectos y Movilización de Recursos. Previamente ha trabajado en organizaciones internacionales, tales como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y Defensa de los Niños Internacional.

1. Contexto: exclusión social y violencia en Centroamérica

Los flujos migratorios de centroamericanos, tanto interregionales como hacia otros destinos o países, no son una novedad. Se dieron en los años 80 como producto de los conflictos y guerras civiles en Centroamérica; se dieron también en los años 90, incentivados como un proceso de búsqueda de mejores condiciones de vida y oportunidades, lo que se ha denominado como migrantes económicos; actualmente continúan dándose por estas mismas razones, pero también por un resurgimiento de nuevas formas de violencia social.

La situación de Centroamérica es compleja. La incidencia de la pobreza por insuficiencia de ingresos y consumo asciende a 47% y la pobreza extrema a 18,6%¹. La desigualdad, la pobreza y la carencia de servicios sociales básicos para las grandes mayorías, sobretudo en Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Honduras, son problemas estructurales que están afectando el tejido social. Se estima que alrededor de 3.3 millones de hogares en el istmo apenas subsisten, tienen accesos nulos o precarios a los mercados de trabajo y muy bajos niveles de educación. Uno de los mayores problemas que actualmente se enfrenta es la deserción del sistema educativo por parte de las y los jóvenes, y su inserción temprana e informal en el mercado laboral. Alrededor del 40% de las y los jóvenes centroamericanos de 15 a 19 años sale del sistema educativo y se inserta en el sector informal. Esta dinámica les impide acceder a empleos de calidad y buena remuneración e incide en pocas oportunidades de movilidad social. Por otra parte, hay una importante proporción de jóvenes

1 Programa Estado de la Nación, Cuarto Informe Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible, 2011, pág.10. Disponible en: <http://www.estadonacion.or.cr/files/prensa/centroamerica/informe-IV/noticias_sociales.pdf>, a junio de 2015.

de la subregión que no estudian ni trabajan, es decir están fuera del sistema educativo y del mercado laboral. Los llamados “ni-ni” y son un grupo especialmente numeroso en Honduras y en Guatemala, donde representan más de la mitad de los jóvenes rurales².

¿Qué tienen a su haber estos jóvenes? En muchos casos sus padres han migrado y están solos, desertan del sistema educativo, que es el que les daría las herramientas para un futuro mejor, y si es que están trabajando, lo hacen en condiciones de informalidad y precariedad. ¿Cuál es el futuro que les espera? En muchos casos la salida que buscan los niños, niñas y adolescentes son las pandillas juveniles, que les ofrecen un sentido de pertenencia, y el delito como medio de subsistencia. En otros casos la salida es “desertar” o partir de sus países, que a sus ojos poco les ofrecen hacia el futuro y en sus proyectos de vida.

Además del entorno de exclusión social que se vive en Centroamérica, la violencia social ha venido en ascenso. De acuerdo al Informe Estado de la Región, esta subregión se ha convertido en el territorio más violento de Latinoamérica y ahora por causas distintas a los conflictos armados, en una de las zonas más peligrosas del mundo.

La evolución del homicidio permite dividir a los países de la región en dos grupos, con niveles altos y bajos. De Centroamérica, están en el primer grupo El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá. Con base en el estándar de la Organización Mundial de la Salud (OIM), este grupo presenta un alto nivel de homicidio, con tasas medias superiores a los diez homicidios por cada 100.000 habitantes. En el segundo grupo de están Costa Rica y Nicaragua. Por otra parte, el robo se ha convertido en un acto más cotidiano que excepcional en la región. Ha incrementado,

2 Ibidem, pág.12.

así como la violencia para cometerlo. De los países de Centroamérica, se registran tasas altas de robo en Guatemala y tasas bajas en Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá³.

Como facilitadores del delito y la violencia, deben mencionarse las armas de fuego, el tráfico de drogas y el consumo de alcohol. Según el Informe sobre Seguridad Ciudadana 2012 de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en América Central el 78% de los homicidios se cometen con arma de fuego⁴. Por otra parte, también en Centroamérica y con respecto al tráfico de drogas, se encuentra una correlación entre las zonas clave para el tráfico y las altas tasas de homicidio, especialmente en Guatemala y Honduras.

El contexto descrito permite afirmar que en Centroamérica se ven vulnerados el derecho a la vida y a la integridad física, así como el derecho a la educación, al trabajo, a la cultura y a la seguridad social. Desde una perspectiva de desarrollo humano, este entorno social y de violencia, junto con la migración, está drenando el potencial de estas sociedades, pues están saliendo de ellas contingentes importantes de personas jóvenes y adultas jóvenes, quienes no han desarrollado plenamente sus capacidades y no pueden dar sus aportes a sus países de origen.

3 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014. Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina*. PNUD, Nueva York, 2013, págs. 47-48.

4 *Ibidem*, pág. 32.

2. La migración de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados

Es cierto que la migración de centroamericanos no es un fenómeno nuevo. Sí es nueva una tendencia más reciente: la migración en mayor proporción de niños, niñas y adolescentes no acompañados. Viajan sin compañía de personas adultas y en búsqueda de familiares que han migrado, de oportunidades, de mayores ingresos y para huir de la violencia. No se conocen realmente las cifras exactas de estos flujos migratorios, pero se han hecho algunas aproximaciones.

Un informe reciente señala que en 2013, alrededor de 40.000 personas menores de edad cruzaron fronteras sin compañía de adultos y que en el 2014 fueron más de 60.000. Son niños, niñas y adolescentes originarios principalmente de México y del Triángulo Norte de Centroamérica (Guatemala, Honduras y El Salvador)⁵.

Debe destacarse, que si bien el rumbo es principalmente hacia Estados Unidos, también hay flujos de migración interregionales: Guatemala también expulsa personas hacia México; Costa Rica es receptor de nicaragüenses; El Salvador, además de expulsor hacia Estados Unidos, recibe personas de Honduras y Nicaragua; Honduras expulsa hacia Estados Unidos también, pero recibe población de Guatemala y Nicaragua, y Panamá recibe nicaragüenses y expulsa población indígena que se dirige a Costa Rica⁶.

5 Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Children on the Run: An Analysis of First Hand Account from Children Fleeing Central America*, 2014. Material disponible en: <<http://unherwashington.org/children>>, a junio de 2015.

6 OIM, “Niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados. La experiencia del viaje y el retorno”, s/p, 2010, citado en Organización Internacional para las Migraciones (OIM) Oficina Regional, Fondo

De acuerdo con la OIM⁷, para niños, niñas y adolescentes las principales motivaciones para migrar siguen la línea de razonamiento que se ha esbozado anteriormente: la reunificación familiar; la mala situación económica y la percepción de que la migración es la única forma de salir de la pobreza; la delincuencia y el miedo a ser reclutado por maras o pandillas; falta de fuentes de empleo y carencia de oportunidades laborales; la violencia intrafamiliar; la situación de violencia que vive el país; la búsqueda de mejores condiciones de vida; estudiar, y trabajar para apoyar económicamente a la madre.

Ahora bien, la situación de estos niños, niñas y adolescentes que ven vulnerados sus derechos en sus países de origen, se sigue agravando en el tránsito migratorio. En ese trayecto participan redes, “coyotes” y criminales que se aprovechan de ellos, y la respuesta de los Estados en cuanto a protección integral es aún débil. Se dan secuestros, abusos sexuales, trata de personas, explotación laboral, embarazo temprano, entre otras cosas. En realidad, son muchos los problemas que afectan a la niñez y adolescencia centroamericana.

La situación de los niños y niñas no acompañados evidencia que existe una gran debilidad en los sistemas de protección integral, un desconocimiento e incumplimiento de la normativa internacional y nacional de derechos humanos.

de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) Oficina para Costa Rica y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Oficina para Centroamérica, Haití, Panamá y República Dominicana, *Niños, niñas y adolescentes migrantes, América Central y México*. San José, Costa Rica, mayo de 2013, págs. 28-35.

7 *Ibidem*, pág. 26.

3. La protección integral de la niñez y la adolescencia

a. La Convención sobre los Derechos del Niño y el Comité de los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es la que cuenta con más ratificaciones a nivel mundial. Sólo tres países no la han ratificado, Somalia, Sudán del Sur y Estados Unidos. Todos los países de Centroamérica la han ratificado y, además, han adoptado legislación interna para proteger a la niñez y la adolescencia. La CDN no protege a los niños, niñas y adolescentes, protege sus derechos.

El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de la Organización de las Naciones Unidas encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados y de interpretar las disposiciones de la Convención. Este Comité emitió en 2005 la Observación General No. 6, “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”. Con ella quiso poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de las y los menores no acompañados, exponer lagunas sobre la protección de estos menores y sus derechos, y proporcionar a los Estados orientación sobre la protección, atención y trato adecuado a las y los menores no acompañados a la luz de la CDN y con referencia a los principios de no discriminación, interés superior del niño y derecho del niño a manifestar sus opiniones.

Por menores no acompañados se entiende, aquellos “separados de ambos padres y otros parientes y que no están al cuidado de un adulto”. Por menores separados se entiende, aquellos “separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes”⁸.

8 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 6, *Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de*

Con respecto al principio de no discriminación se interpreta que de acuerdo al artículo 2 de la CDN, se prohíbe toda discriminación basada en la situación de menor no acompañado separado o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Las medidas utilizadas por la policía sólo serán aceptables si se ajustan a la ley. Por ello es que también se hace mención al art. 3 de la CDN, relativo al principio del interés superior del niño, en el entendido que lo primordial es la búsqueda de soluciones a corto y a largo plazo. Se debe garantizar el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo del niño. Se reconoce que las y los menores no acompañados están expuestos a la trata o a la participación en actividades delictivas peligrosas. Por esta razón, el Estado tiene la obligación de brindar la máxima protección posible contra la violencia y la explotación que pondría en peligro este derecho.

De acuerdo al art. 12 de la CDN, es importante que las y los menores no acompañados tengan toda la información acerca de sus derechos y de los servicios existentes, y expresen sus opiniones en cuanto a tutela, custodia, alojamiento y representación legal. Una de las primeras acciones que se toma es nombrarles un tutor y, en caso de ser solicitante de asilo, un representante legal.

Se menciona también la obligación de no devolución del menor, cuando haya motivos para pensar que existe un peligro real si se toma esta medida. Por otra parte, los Estados deben garantizar el acceso permanente a la educación, a un nivel de vida adecuado, así como el derecho a la salud.

Si se llegare a saber que el menor pudiera encontrarse en peligro de persecución o si necesitara protección internacional, se debe entablar en su favor un procedimiento para la obtención

de asilo. Si no se cumplieran los requisitos para obtener la condición de refugiado, disfrutará de protección complementaria y por lo tanto, de todos los derechos humanos que se reconocen a las y los niños en el territorio en el que está.

Es muy importante enfatizar que la Observación General No. 6 reconoce que el objetivo final ante el problema de las y los menores no acompañados es encontrar una solución duradera, que pasa por el análisis de las posibilidades de reunificación familiar. La reunificación familiar puede ser en el país de origen, en el país de acogida o bien el reasentamiento en un tercer país, pero siempre la solución tendrá en cuenta el interés superior del niño.

b. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un órgano principal y autónomo de la OEA. Su mandato está definido en la Carta de la OEA y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y es básicamente promover el cumplimiento de los derechos humanos en la región. Uno de los mecanismos que tiene la CIDH para llevar a cabo su función son las visitas *in loco*. Recientemente, del 29 de septiembre al 2 de octubre de 2014, realizó una visita a la zona fronteriza sur de Estados Unidos, a raíz del aumento tan alarmante⁹ del número de familias con niños y niñas, así como de menores

9 La Patrulla Fronteriza aprehendió 66.127 niños y niñas no acompañados, superando en gran medida los 38.759 niños y niñas no acompañados aprehendidos en el 2013. Se aprehendió también a lo largo de la frontera sur a 66.142 familias hasta agosto del 2014, lo cual representa un aumento del 412% en comparación con las aprehensiones de 2013, que fueron 12.908. CIDH, “CIDH culmina visita en los Estados Unidos de América”, Comunicado de Prensa 110/14, 2 de octubre, 2014, pág. 2.

no acompañados, provenientes sobretudo de los países del Triángulo Norte de Centroamérica.

Durante esta visita, la CIDH se reunió con autoridades del Estado, de la sociedad civil, con víctimas de violaciones de derechos humanos y con los consulados de El Salvador, Guatemala y Honduras. Pudo constatar que esta migración es

[...] un flujo migratorio mixto, compuesto por migrantes, personas que procuran asilo, personas con necesidad de protección internacional, víctimas del tráfico y la trata de personas y niños y niñas que no están acompañados o que están separados de sus familias, entre otros¹⁰.

Además, pudo ver con preocupación los siguientes aspectos:

- No se dio libre y pleno acceso a la delegación de la CIDH a zonas de interés, (la Estación de Patrulla Fronteriza en Mc Allen y al Centro de Procesamiento Central del Valle de Río Grande) para entrevistar a personas y grupos de manera privada.
- Se recibió información sobre violaciones a los derechos de libertad, seguridad personal, vida familiar, protección de la unidad familiar, protección del niño y la niña, protección contra el arresto arbitrario, a un juicio justo y debido proceso, igualdad ante la ley, derecho a procurar y recibir asilo, derecho a no ser perseguido o torturado y al principio de no devolución.
- Se recibió información sobre el trato inadecuado que se da a las familias, principalmente a madres en detención migratoria, con niños y/o niñas menores de 18 años.

10 *Ibidem*, pág. 3.

- Se planea ampliar las instalaciones de detención migratoria para lograr una capacidad de 2.400 camas adicionales.
- Se niega a las personas detenidas la libertad bajo fianza, o bien que la fianza es muy onerosa.
- Se observó poco acceso a la información y a la representación legal sobre procedimientos migratorios.
- Se vio con preocupación el impacto psicológico de la detención en las familias detenidas, dados sus antecedentes.
- Se observó la aplicación de la presunción de que los niños y niñas no acompañados no necesitan protección internacional.

Debido a todo esto, la CIDH exhortó a Estados Unidos para que adopte medidas para identificar a las personas que puedan ser refugiadas o que necesiten protección especial, como las familias y los niños y niñas migrantes. En el caso de estos últimos, también se exhorta a adoptar medidas legislativas para evitar que sean enviados a centros de detención, y para que cuenten con representación legal.

Ahora bien, la función principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados sobre los que tiene competencia. Por ello, es que tiene una competencia contenciosa y una consultiva. El propósito principal de la función consultiva es dar una interpretación judicial sobre la Convención u otros tratados para la protección de los derechos humanos.

La Corte emitió recientemente la opinión consultiva Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. En ella señala

que, “si bien el principal obligado en la situación sometida a esta Opinión Consultiva es el Estado que recibe a la niña o al niño extranjero, ello no implica que el Estado de origen de dicho menor de edad no tenga obligación alguna referida a la señalada situación”¹¹. La Corte reconoce las obligaciones del Estado de origen, particularmente aquellas relacionadas con el deber de prevención de las situaciones que hacen a las personas verse obligadas a migrar, y pone especial énfasis en las obligaciones del Estado receptor, sea de tránsito o destino, con relación a las niñas y niños migrantes bajo su jurisdicción. En este sentido, reconoce que los Estados deben priorizar el enfoque de derechos humanos, desde una perspectiva que tenga en cuenta los derechos de los niños y niñas, su protección y desarrollo integral, independientemente de su nacionalidad y estatus migratorio.

Dentro de los estándares y obligaciones para los Estados que la Corte reconoce están:

- La obligación de identificar a las niñas y niños extranjeros que requieran de protección internacional a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad. Ésta debe determinar si se trata de una niña o niño no acompañado o separado, su nacionalidad, motivos de salida, de su separación familiar y cualquier otra información que permita determinar la necesidad de protección internacional y medidas de protección especial.
- El Estado debe garantizar un debido proceso que además esté adaptado a sus necesidades y que sean accesibles para ellos. Las garantías del debido proceso involucran: el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la

11 Corte IDH, *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional*, opinión consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014.

decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante. Algo muy importante es el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados. El derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos, y el plazo razonable de duración del proceso.

- Los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niños y niñas en el marco de un proceso migratorio. Por ello, deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser aplicadas (en establecimientos o con familias).
- Los Estados deben también garantizar espacios de alojamiento que respeten el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, en el entendido de que si se trata de niñas o niños no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos a los de los adultos, asegurarles condiciones materiales y un ambiente no privativo de libertad.
- Los Estados tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir a una niña o niño a un Estado, cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones

masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

- Otro aspecto muy importante es que de acuerdo a lo establecido en la CDN y otras normas de protección de los derechos humanos, cualquier decisión sobre la devolución de una niña o niño al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.
- Muy vinculada a esto está la obligación del Estado de seguir procedimientos justos y eficientes para identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado a través de una análisis adecuado e individualizado, a la luz de la protección integral de la vida de todos los niñas y niñas, y en especial atendiendo al interés superior del niño.
- Es un hecho que los Estados tienen la potestad de definir sus políticas migratorias, pero éstas deben de guardar un equilibrio y asegurar el derecho del niño o niña a no ser separado de su familia. Cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o niño. En aquellos supuestos en que la niña o niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no

pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño.

Estas obligaciones deben ser entendidas como parte del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, adaptándose a las realidades cambiantes y concretas, proceso en que la opinión consultiva de la Corte se inserta.

Conclusiones

Es una realidad reconocida que los flujos migratorios de centroamericanos, tanto interregionales como hacia otros destinos, principalmente Estados Unidos, es una tendencia constante desde hace varias décadas. Sin embargo, lo que se aprecia como una dinámica reciente y alarmante es un aumento en la movilidad humana, que está involucrando a niños, niñas y adolescentes y, en muchos casos, solos, no acompañados o separados de sus progenitores. Esta dinámica sin duda los pone en situaciones de vulnerabilidad muy alta por los peligros que enfrentan y por la vulneración y negación de sus derechos más fundamentales.

Es por esta realidad, por las razones esgrimidas en este análisis y en atención a los estándares y recomendaciones de los sistemas Universal e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de esta población, que se concluye que es necesario contribuir a una respuesta de los Estados para brindar a los niños, niñas y adolescentes, tanto en los países de tránsito, destino como de origen, acciones y medidas para la promoción y protección integral de sus derechos. También es necesaria la

generación de acciones de prevención para evitar la expulsión de estas personas de sus países de origen. Algunas de estas acciones de promoción, protección y prevención son:

- **Mayor conocimiento sobre el movimiento de niños, niñas y adolescentes.** Debemos tener más datos y estadísticas sobre menores separados y no acompañados. El número de llegadas y de solicitudes de asilo son insuficientes para el análisis del ejercicio de los derechos de las y los menores. Son necesarios datos biográficos básicos de cada menor (edad, sexo, país de origen y nacionalidad, grupo étnico, etc.), número total de menores no acompañados y separados que tratan de entrar en el país y número de entradas denegadas, número de solicitudes de asilo, número de representantes legales y tutores asignados a estos menores, situación jurídica y en términos de inmigración (es decir, solicitantes de asilo, refugiados, titulares de permiso de residencia temporal), alojamiento (en establecimientos, con familias o independiente), asistencia a la escuela o a la formación profesional, reunión familiar y número de menores retornados a su país de origen
- **Sensibilización y capacitación del funcionariado que interactúa con niños, niñas y adolescentes.** Es importante la sensibilización y capacitación del personal que se ocupa de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados (tutores, representantes legales, intérpretes). Deben recibir formación sobre principios y disposiciones de la CDN; conocimiento del país de origen de las y los menores no acompañados y separados; conocimiento sobre abordajes psicológicos adecuados, técnicas de entrevista y comunicación intercultural. También es necesaria la capacitación del funcionariado de las autoridades migratorias y cuerpos policiales, a través de protocolos de actuación para la promoción y protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

- **Mayor difusión de conocimiento sobre la dinámica actual de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados, y riesgos que enfrentan.** Existen investigaciones, informes, observaciones generales de la CDN, visitas in loco de la CIDH y una opinión consultiva de la Corte Interamericana. Todos estos conocimientos y estándares deben ser ampliamente disseminados; incluso debe diseñarse una campaña de comunicación.
- **Prevención de la violencia y de la deserción escolar.** Es importante hacer un trabajo de intervención con docentes en comunidades seleccionadas (comunidades expulsoras). De este modo, el funcionariado de los ministerios de educación podrá contar con capacidades técnicas y recursos didácticos para la prevención de la violencia en el entorno escolar. Del mismo modo, es necesario trabajar con docentes, orientadores, psicólogos y trabajadores sociales para promover intervenciones interdisciplinarias, orientadas a prevenir la deserción estudiantil.
- **Promoción del empleo digno para adultos, como estrategia para evitar la expulsión y desintegración familiar.** Es muy necesario incidir sobre las causas de la migración económica también, ya que esto tiene efectos sobre la desintegración familiar y la ulterior migración de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados. Se puede intervenir en comunidades seleccionadas (expulsoras) y abordar el trabajo con municipalidades y con empleadores para generar bolsas de empleo en municipalidades seleccionadas de la subregión, diseñar estrategias de generación de empleo junto con empleadores y estrategias de generación de empleo con énfasis en mujeres.

La migración de adultos jóvenes y de niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados es un problema muy complejo que involucra violaciones a los derechos humanos, enfrenta a los países de destino con obligaciones y estándares que deben cumplir y menoscaba el desarrollo humano de los países centroamericanos al perder grandes contingentes de personas en edades de contribuir al crecimiento y desarrollo de sus sociedades. Por ello, es necesario ser ambiciosos y pensar en medidas de protección y de prevención para abordar las manifestaciones de violaciones a los derechos y, a la vez, incidir sobre las raíces del problema.

Derecho a la educación: un debate necesario

Carlos López Dawson*

Introducción¹

Sobre el lucro en la educación se ha discutido en el ámbito académico² y también en el político³; igualmente ha sido tema de debate si la educación debe ser gratuita, subvencionada o con financiamiento compartido y cuál es o debería ser el rol del Estado en la materia⁴. También se cuestiona el rol de los alcaldes como sostenedores de colegios municipalizados y cómo evitar el lucro en los sostenedores privados. En fin, la educación en Chile es un tema profundo, que claramente requiere una reforma

* Abogado, profesor universitario, doctor en Ciencias Políticas. Presidente de la Comisión Chilena de Derechos Humanos.

1 Este artículo es parte de un trabajo de investigación que el autor desarrolla para la Universidad Autónoma de Chile, que se titula *Derechos humanos en el siglo XXI*.

2 Palma, Eric Eduardo, *En defensa de la educación pública, del derecho a la educación y la legalidad universitaria*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2014, pág. 90.

3 Claude, Marcel, “La educación pública es posible. (Reflexiones para los estudiantes y familias chilenas)”, disponible en: <http://www.archivochile.com/Chile_actual/01_mse/5/MSE5_0016.pdf>, a julio de 2015.

4 González, Juan, Sebastián Ligüeno y Diego Parra, “¿Cómo poner fin al lucro en educación?”, OPECH/Centro de Alerta. Disponible en: <http://www.opech.cl/comunicaciones/2011/09/2011_09_09_fin_lucro_educacion.pdf>, a julio de 2015.

completa y compleja⁵. El lucro y otros temas relacionados han sido resueltos en leyes recientemente dictadas⁶.

Los movimientos estudiantiles y el Colegio de Profesores exigen la solución a estos problemas, lo que supone la promoción de un mayor desarrollo de la cultura de los derechos humanos, el fortalecimiento de la educación sobre estas materias, la introducción de reformas en el orden jurídico, el fortalecimiento de la justicia y el establecimiento de políticas sociales para superar la pobreza y la marginalidad, y establecer una educación pública gratuita de calidad.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos estima que para lograr tal eficacia es urgente posicionar con energía los derechos humanos en el Estado⁷, de manera que todos sus órganos, instituciones e instancias permitan su ejercicio. El Programa de Gobierno de Michelle Bachelet propone que se transforme al Estado en un auténtico Estado Democrático y Social de Derecho, igualmente, que se continúe profundizando la reforma de la Justicia, ratificando las convenciones internacionales sobre derechos fundamentales – incluidas las de la Organización Internacional del Trabajo(OIT) – y ampliando los recursos de amparo y protección a más derechos fundamentales – entre los que cuentan con acciones constitucionales para su vigencia; promoviendo la descentralización de la política mediante la

5 Los proyectos de ley aprobados por el Congreso Nacional proponen realizar un cambio sustancial en la educación. Ver: <<http://reformaeducacional.gob.cl/wp-content/uploads/IndicacionesLeydeInclusionSenado.pdf>>, disponible a julio de 2015.

6 Ver: <<http://michellebachelet.cl/>>, disponible a julio de 2015.

7 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual de la situación de los derechos humanos en Chile 2014*. INDH Santiago de Chile, 2014, pág. 171.

creación de mecanismos que permitan una mayor participación de la ciudadanía en la toma de decisiones políticas, tales como plebiscitos⁸, referéndum y consultas populares; creando instituciones estatales del tipo Defensor del Pueblo; desarrollando una política internacional fundada en los derechos humanos, la solidaridad y la reciprocidad; proponiendo la inclusión de normas sobre derechos humanos y políticas sociales en los acuerdos de comercio e integración económica; promoviendo reformas legales para un mejor ejercicio de los derechos humanos y el establecimiento de una plena democracia mediante la creación de una nueva constitución que, en definitiva, cambie aquellos aspectos que impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos⁹.

Sintetizando, las demandas de las organizaciones sociales y del propio Programa de Gobierno de la actual Presidenta, consideran necesario establecer como sociedad, una propuesta inclusiva para superar las inequidades existentes, que incluya lo siguiente:

- Lograr una democracia plena, tolerante, sin censura y acogedora, y crear mecanismos plebiscitarios.
- Generar una sociedad que destaque la dignidad humana como valor central.
- Educar a las y los niños y jóvenes en una cultura de profundo respeto por los derechos humanos.
- Construir una sociedad en la que nunca más se violen los derechos humanos. La mejor garantía de respeto de los

8 Ver: <<http://michellebachelet.cl/>>, disponible a julio de 2015.

9 Ibidem.

derechos humanos consiste en una sociedad en que cada mujer y hombre tenga clara conciencia de los derechos propios y ajenos, y vocación de ser cada uno protagonista de su afirmación y defensa.

- Construir un sistema de educación pública y gratuita de calidad, en todos los niveles, donde accedan los que tienen capacidad para ello, que se solidarice con los que no puedan.
- Crear instituciones de apoyo para aquellos que no posean capacidades intelectuales o de información suficiente para acceder a niveles superiores de educación.
- Lograr una distribución de la riqueza que impida la acumulación y la inequidad.

Una política de Estado centrada en el respeto pleno de los derechos humanos sólo puede ser producto de un proyecto de sociedad democrática, donde los actores sociales y políticos, la sociedad civil, la cultura y los actos individuales, sean el reflejo de una convicción profunda: el respeto al otro, el reconocimiento a la diversidad, la aceptación del pluralismo, tal como lo establece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰.

1. La crisis de la educación universitaria

Si entendemos que una universidad es por antonomasia el centro natural del libre desarrollo del pensamiento y de ideas al más alto nivel académico, podemos concluir que las unidades académicas que de ella emanen deben potenciar y perfilar ese rol al resto de la sociedad. Aceptando como base esencial del

10 ONU, “Una introducción a las Naciones Unidas”, disponible en <<http://www.un.org/es/aboutun/booklet/intro.shtml>>, a julio de 2015.

quehacer de la Universidad la revalorización y potenciamiento del concepto de ciudadanía, como eje de desarrollo básico de un sistema democrático, esta institución debe ser fundamento natural de articulación del conocimiento y profundización de las materias relacionadas con los derechos humanos y el derecho humanitario, y su natural relación con las libertades ciudadanas y la profundización de la democracia¹¹.

Pero, ¿cómo podemos definir qué es Universidad y qué podemos entender como Universidad de Excelencia? La Universidad de Excelencia es la que combina de modo equilibrado las funciones de docencia, investigación y extensión. Sólo cinco de las sesenta universidades que existen en el país cumplen con este requisito fundamental – diversos indicadores dan cuenta de esta desigualdad; éstas son: la Universidad de Chile, la Universidad Católica de Santiago, la Universidad de Concepción, la Universidad de Santiago y la Universidad Austral.

La Confederación de Estudiantes de Chile (CONFECH) encargó un estudio al Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo (CENDA), donde se expresa lo que sigue:

[...] las primeras universidades nombradas anteriormente, atienden a un quinto del alumno universitario, pero concentran el 39 % de los académicos universitarios a jornada completa y 43% de los que tienen el grado de doctor, y su presupuesto representa el 41% de los ingresos de explotación de las universidades.

11 Gabriela Mistral: “Estamos obligados a pensar en que es la educación quien mutila a nuestra juventud”, cita tomada de: <<http://ciberamerica.blogspot.com/2011/01/gabriela-mistral-recado-para-eduardo.html>>, disponible a julio de 2015.

De la relación de sesenta universidades del país con respecto a estas cinco universidades de excelencias que, si que son universidades, ellas invierten el doble de recursos académicos de jornada completa y de grado de doctor que imparten docencia por alumno. Si se realizara la comparación entre cada uno de los indicadores ya mostrado en las universidades de investigación, las otras universidades que concentran el 28% del alumnado según un estudio del CIES, esta brecha aumentaría la diferencia entre indicadores en cinco o siete veces más¹².

a. El problema de la educación

Según afirman los rectores de las universidades públicas, en coincidencia con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el sistema educativo chileno es uno de los más caros del mundo y el más desigual en su aprendizaje. Se infiere de la lectura de distintos anuarios estadísticos que en Chile se ha construido una educación para ricos y otra para pobres¹³. En una entrevista del diario El Mercurio al rector Ignacio Sánchez de la Universidad Católica de Chile, éste expresó:

12 Estos indicadores, en la actualidad y desde siempre, han posicionado a la Universidad de Chile en los mejores lugares en los puntajes estandarizados de medición de calidad; hoy esta universidad ocupa el noveno lugar de Latinoamérica y el lugar 400 en el mundo, muy lejos de las otras universidades del país. Ver PNUD, *Expansión de la educación superior en Chile: hacia un nuevo enfoque de la equidad y calidad*. PNUD/Ministerio de Educación, Santiago de Chile, 2005.

13 Este dato está en distintos anuarios estadísticos; con la lectura se puede validar la afirmación del párrafo anterior. También se puede consultar a las siguientes instituciones: MINEDUC, INE y universidades, entre otras instituciones de investigación.

En el debate de la educación, el financiamiento ha sido uno de los aspectos más importantes de la discusión. En Chile, más del 85% de la inversión en educación superior proviene de las familias, lo que se compara con el 30% en promedio de la OCDE y menos del 15% en algunos países europeos.

Chile, en comparación con otros países, tiene el mayor costo relativo en educación superior, considerando que el valor promedio de los aranceles representa el 41% del PIB per cápita. No se puede rebatir que los aranceles de la educación superior en Chile son altos y que su peso está radicado en las familias¹⁴.

En ese sentido, se puede suponer que el modelo económico imperante se ha preocupado más en ser eficiente y eficaz para el lucro del sostenedor que para el logro de su capital cultural.

La OCDE afirma que [...] la educación chilena está influenciada por una ideología que da importancia indebida a los mecanismos de mercado para mejorar la enseñanza y aprendizaje. La inversión en educación en cuanto a recursos financieros y humanos ha sido muy alta comparativamente con la década de los 90; sin embargo, no ha producido los resultados

14 No entraré a describir lo que ha significado para la familia el crédito con aval del Estado (CAE), que tiene a un 25% de los estudiantes universitarios endeudados, por lo que han abandonando la universidad sin retorno. Como dato anecdótico, la tasa que se titula en las universidades es el 16% de los que ingresan. Además, se le entregó a la banca intermediaria la acción de operar los créditos y a impuestos internos a perseguir esta moratoria, y, como un antecedente digno de Ripley, el Estado ha recomprado a la banca el 40% de la cartera vencida. Negocios son negocios.

esperados por la comunidad y por las necesidades de la sociedad chilena^{15/16}.

Parte del problema es la ideología neoliberal que constitucionalizó sus máximas, lo que queda en evidencia en el Capítulo III del Decreto Ley No. 3464, De los Derechos y Deberes Constitucionales, en el art. 19, incisos 10 y 11, donde la valoración está puesta en la libertad de enseñanza, en el negocio de la educación por encima del derecho a ella. En ese capítulo se margina la responsabilidad estatal en materia de derechos, lo que se traduce en falta de garantías. Así, la ciudadanía queda indefensa frente a los abusos de las AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones), las ISAPRES (Instituciones de Salud Previsional), las universidades privadas y las organizaciones empresariales. Es esa constelación jurídico-legal la que “regula” el sistema, e incluye la Ley General de Educación (del año 2009, que reemplaza a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza - LOCE), resultado del conflicto del 2005 que, nuevamente, demostró cómo las trampas institucionales chilenas (sistema binominal, leyes de quórum calificado)¹⁷ tan sólo visualizan a una parte de los intereses existentes en nuestro país y, pese a que la legislación que prohíbe que las universidades lucren, sus propietarios lo siguen haciendo. La privatización es, en ese sentido, el problema central de la institucionalidad educacional

15 OCDE, *Chile. Revisión de las políticas nacionales de educación*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo, París, 2004, pág. 305.

16 En diversos estudios se ha analizado el problema de la educación con relación al modelo económico. Véase, por ejemplo: Donoso Díaz, Sebastián, “Reforma y política educacional en Chile 1990-2004: el neoliberalismo en crisis”, *Estudios Pedagógicos*, Vol. 31, No. 1, 2005, págs. 113-135. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-07052005000100007&script=sci_arttext>, a julio de 2015.

17 Atria, Fernando, *La Constitución tramposa*. Ed. LOM, Santiago, 2013, pág. 121 y ss.

actual en Chile¹⁸. El Estado aporta 56% de la educación y las familias un 44%. En países de la OCDE el Estado aporta 85% y las familias 15%¹⁹. En Chile la educación es una de las más caras del mundo. A nivel universitario el costo de la educación es un 72% del ingreso per cápita, en cambio en los demás países de la OCDE es un 44%. Desde 1950 a 1973 el gasto público en educación creció un 10% anual. La dictadura militar llevó el gasto público en educación de un 7% del PIB al 3%. En los colegios públicos, el 85% del alumnado viene del 60% más pobre de la sociedad. En los colegios privados más del 60% de los alumnos viene del 20% más rico²⁰.

b. Sociedad y derecho en la universidad actual

Las universidades nacionales, públicas y privadas, tienen todavía que desempeñar una noble tarea en la formación de profesionales ciudadanos, es decir, de personas que reciban una formación basada en los derechos humanos. Esta necesidad se

18 Donoso Díaz, Sebastián, “Reforma y política educacional en Chile 1990-2004: el neoliberalismo en crisis”... pág. 114. Ver: OCDE, “Country Note: Chile”, disponible en: <<http://www.oecd.org/edu/Chile-EAG2014-Country-Note.pdf>>, disponible a julio de 2015. Ver también: <<http://marcelclaudel.blogspot.com/2011/06/la-educacion-publica-es-posible-la.html>> y <<http://marcelclaudel.blogspot.com/2011/06/claves-sobre-el-problema-educacional.html>>, disponibles a julio de 2015.

19 Ver estadísticas en OCDE, “Revisión de políticas nacionales de educación: el aseguramiento de la calidad en la educación superior en Chile, 2013”. Disponible en: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/education/revision-de-politicas-nacionales-de-educacion-el-aseguramiento-de-la-calidad-en-la-educacion-superior-en-chile-2013_9789264191693-es#page1>, a julio de 2015.

20 Ver: <<http://www.oecd.org/newsroom/los-paises-asiaticos-encabezan-el-ultimo-estudio-pisa-elaborado-por-la-ocde-sobre-el-estado-de-la-educacion-mundial.htm>>, disponible a julio de 2015.

origina no sólo por el enorme desarrollo de esta rama del derecho y del conocimiento en general, sino porque nuestro país ha sufrido en carne propia las consecuencias de una falta de nivel cultural en esta materia.

Las universidades chilenas, tributarias de una tradición de libertad de cátedra desconocida en otras partes, que no fuera respetada durante el régimen militar, están en condiciones de realizar actividades dirigidas a impartir docencia e investigación inspiradas en el humanismo, y particularmente en los derechos humanos, lo que implica fortalecer la docencia de sus propios docentes.

Desde ese punto de vista, la universidad chilena podría realizar un esfuerzo para sensibilizar a la mayor cantidad de personas respecto de tales tareas, posicionando los derechos humanos, despertando el interés por una mayor colaboración activa de todos para contribuir a que la sociedad y el Estado adopten actitudes, mecanismos y normas para promover los derechos humanos, incluidos los intereses difusos, y para prevenir su violación. En el plano de la educación, el país no ha podido implementar los objetivos transversales de derechos humanos definidos en la ley de enseñanza, en tanto que en el ámbito universitario no existe aún un desarrollo profundizado de estos derechos como tampoco de esfuerzos por una educación para la paz.

Tal vez sea difícil – para algunos imposible–, aceptar un reencuentro en el cual todos y todas nos miremos a los ojos, con entereza y honra, sintiéndonos respetados en nuestra dignidad. Un momento en que desaparezca parte de esa angustia existencial por el pasado y el futuro que todos tal vez llevan consigo. Ello no puede servir, en todo caso, como excusa para permitir – como si fuera un problema ajeno – el mantenimiento de un modelo educativo basado en el lucro y creador de más desigualdad²¹.

21 Muñoz H., Pablo, y Amaia Redondo S., “Desigualdad y logro académico

Persistir en maquillar el modelo actual de educación se asemejaría a la actitud de nuevos ricos que creen que basta comprar muebles nuevos, objetos bonitos y bibliotecas para parecer modernos y cultos; también se puede asimilar al trauma del niño violado: no reconocer el hecho, viviendo con la angustia del pasado sin enfrentar el dolor²².

No basta que el gobierno logre dominar la macroeconomía, aumente las exportaciones y el ingreso per cápita, ni siquiera que logre eventualmente poner fin a la pobreza dura, aunque todo ello pueda formar parte la riqueza material, lo que podría satisfacer algunas personas. Sin embargo, no habrá modernidad en Chile si subsiste la vigencia de leyes y la producción de actos que desconocen derechos fundamentales, como el de la educación, la salud y el trabajo. La esencia de la modernidad reside en una forma de Estado que se caracteriza por que el pueblo es el que ejerce la soberanía y las autoridades respetan los derechos humanos integralmente, y en el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Considerar los derechos humanos en su integralidad parece abstracto y poco generalizado, y sin embargo la modernidad es propiamente tal sólo cuando se alcanzan la plenitud del ejercicio de todos los derechos por todos y todas. Entre ellos, el de la educación es fundamental, teniendo además presente que el Estado de Chile, además de los derechos reconocidos en la Constitución actual, ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que dispone que el Estado debe proporcionar

en Chile”, *Revista CEPAL* No. 109, págs. 107-123. Disponible en: <<http://www.cepal.org/cgibin/getProd.asp?xml=/revista/noticias/articuloCEPAL/2/49522/P49522.xml&xsl=/revista/tpl/p39f.xsl&base=/revista/tpl/top-bottom.xsl>>, a julio de 2015.

22 Contreras, Dante, “Distribución del ingreso en Chile. Nueve hechos y algunos mitos”, *Perspectivas* 2 (2), págs. 311-332. Disponible en: <<http://www.dii.uchile.cl/~Revista/revista/vol2/n2/07.pdf>>, a julio de 2015.

educación gratuita incluso en la educación superior, por cuanto su artículo 13, letra c), dispone que “La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”. Su incumplimiento constituye una violación del tratado internacional.

Con el actual sistema de educación la clase media se ha ido endeudando cada vez más, hasta el punto que se está transformando en una clase esclava del sistema financiero.

2. Antecedentes históricos

A continuación se hará una breve mención a la legislación nacional, partiendo de la Ley General de Instrucción Primaria de 1860. Se complementará este recorrido histórico con algunos de los principales hitos de la educación chilena durante el siglo XX.

La Ley General de Instrucción Primaria –firmada por el Presidente Manuel Montt y el Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública Rafael Sotomayor– se promulgó el 24 de noviembre de 1860. En ella el Estado asumió por primera vez un rol sobre la dirección principal de la educación primaria, garantizando la gratuidad de la enseñanza primaria para uno y otro sexo, a cargo del gasto fiscal estatal y municipal.

La Escuelas se clasificaron en:

- Elementales: donde se enseña a leer y escribir en el idioma patrio, la aritmética práctica y el sistema de pesos y medidas, enmarcados en una doctrina y moral cristianas.
- Superiores: en las cuales se ensancha la instrucción religiosa, además de profundizar en la gramática castellana, aritmética, dibujo lineal, geografía, el compendio de la historia de Chile,

la Constitución Política del Estado. No obstante, para las mujeres se reemplaza el dibujo lineal y la enseñanza de la Constitución Política por economía doméstica, bordado, costura y demás labores de aguja.

a. El Estado docente

La experimentación pedagógica se inicia en las escuelas primarias en 1928, en el Liceo Experimental Manuel de Salas en 1932 y luego se cumplía en las escuelas consolidadas y en los Liceos Experimentales del Movimiento de Renovación Educacional. Se comienza a instalar la concepción del Estado docente, lo cual se traduce en la “responsabilidad preferente del Estado por la educación pública, la formación de obreros especializados y la supervisión de la enseñanza particular”²³. Aparece en este contexto

[...] la necesidad de elaborar una ley orgánica de la educación pública, que coordinara las diferentes ramas de la enseñanza y permitiera establecer un control estatal sobre los establecimientos privados, acusados de comerciar con la educación y de utilizar métodos pedagógicos alejados de las necesidades del país²⁴.

Así, en el siglo XIX la educación se convirtió en un aspecto de los derechos humanos. Durante el siglo XX, los aspectos de la educación fueron incorporados en las leyes y constituciones. Actualmente, el derecho humano a la educación es una vital herramienta del derecho que le permite al individuo tener control sobre el curso de su vida.

23 Zemelman, Myriam, e Isabel Jara, *Seis episodios de la educación chilena, 1920-1965*. Serie Estudios, Ediciones Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2006, pág. 83.

24 *Ibidem*, pág. 86.

b. El derecho a la educación en la Constitución Política chilena de 1980

La Constitución Política de 1980 responde, como todo cuerpo legal, a su contexto político e histórico. En consecuencia, se deben mencionar las principales características del régimen militar de la época:

- Asimilación del Estado de sitio a una situación de guerra, lo cual normalizó la existencia de tribunales militares, campos de prisioneros, exilio a opositores del régimen.
- Control de los medios de comunicación.
- Disolución del Congreso Nacional.
- Prohibición de los partidos políticos.
- Intervención de las organizaciones sociales.
- Represión organizada por los organismos de seguridad, con atribuciones.
- Expulsión de los empleos públicos y privados por motivos ideológicos.

Si bien en política interna la dictadura cívico-militar desconocía los derechos fundamentales, en política internacional aparecía cumpliendo con sus obligaciones, tales como:

- Respetar: no intervención del Estado, por ejemplo, tiene que obedecer la libertad de elección entre escuelas privadas o públicas.
- Proteger: el Estado debe prevenir y prohibir cualquier violación al derecho a la educación.

- Cumplir: el Estado debe asegurar la realización progresiva del derecho a la educación. De acuerdo a su tradición o historia, el Estado de Chile debiera desarrollar los siguientes ámbitos de la educación:
 - Educación primaria obligatoria y gratuita.
 - Educación secundaria (10 a 14 años) disponible y accesible para todos y todas.
 - Educación superior, accesible para todos y todas, con base en sus capacidades.
 - Educación fundamental intensificada para aquellos que no hayan completado la educación primaria.
 - Eliminación del analfabetismo.

c. Reforma educacional

Con la entrada en vigencia de la Ley General de Educación, que reemplaza a la LOCE, se contempla una renovada estructura curricular, que acorta la enseñanza básica a seis años y alarga la media en dos. El cambio se efectuaría a partir de 2017. También se reemplaza el Consejo Superior de Educación por el Consejo Nacional de Educación. Adicionalmente, la Ley de Aseguramiento de la Calidad de la Educación de 2011 separa funciones del ministerio en tres organismos, para lo cual crea dos nuevas instituciones reguladoras, la Superintendencia de Educación y la Agencia de Calidad de la Educación.

d. Derecho constitucional a la educación

El derecho constitucional chileno reconoce el derecho a la educación; sin embargo, la Constitución Política de 1980 no le otorga garantía constitucional, sino meramente declarativa. Es así que en el artículo 19 se asegura a todas las personas:

El derecho a la educación. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. [...] El Estado promoverá la educación parvulario [...] Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación [...]

Pero, no existe recurso constitucional para lograr su cumplimiento; ello queda de manifiesto al leer el artículo 20 de la Constitución, en el que se excluye este derecho.

3. Derecho a la educación en el Derecho Internacional

Los derechos humanos tienen carácter de *ius cogens* y, por lo mismo, constituyen obligaciones para los Estados. El derecho a la educación es un derecho humano que, además, recibe especial atención en las convenciones internacionales. El Estado de Chile ha sido históricamente un promotor de estos derechos, aunque políticamente no ha sido consecuente durante los periodos no democráticos. El Estado de Chile ha suscrito y puesto en vigencia numerosos instrumentos internacionales sobre derecho a la educación, incluida la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fuera firmada por el Embajador de Chile de la época, con carácter obligatorio.

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales [...] Artículo 26 (2) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

De manera que, el derecho a la educación se encuentra entre las obligaciones internacionales de Chile. En su artículo 13, el PIDESC dispone:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
 - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
 - e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado. (Destacado es del autor.)

La educación universitaria pública en Chile fue gratuita hasta 1990, cuando el régimen de Pinochet promulgó la LOCE, que fue publicada en el Diario Oficial de Chile el 10 de marzo de

ese año, mismo día del término del Régimen militar. Esta Ley fue promulgada en el ejercicio del poder de Augusto Pinochet Ugarte días antes, el 7 de marzo. Fue derogada en el año 2009 y sustituida por la Ley de Educación General (LGE), durante el anterior gobierno de la presidenta Michelle Bachelet.

El PIDESC fue promulgado el 28 de abril de 1989 y publicado en el Diario Oficial de Chile el 27 de mayo de 1989. Según lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política, el Pacto citado formaba parte de la Constitución, de manera que el derecho a una educación pública gratuita estaba garantizado constitucionalmente. Esto porque **la implantación progresiva de la enseñanza gratuita** se había logrado con anterioridad al Pacto, de manera que su posterior eliminación constituye un desconocimiento e infracción al derecho y del Pacto internacional citado.

El Derecho Internacional no exige a los Estados una forma determinada para la recepción del tratado²⁵, sólo que se comprometan al cumplimiento cabal del mismo. Los distintos procedimientos para la incorporación puestos en práctica por los diferentes Estados, no alteran el hecho de que los tratados constituyen tanto una fuente de derecho interno como de Derecho Internacional²⁶. Y la única exigencia del Derecho Internacional es que el tratado se respete y cumpla, para lo cual cada Estado puede adoptar las medidas necesarias y útiles²⁷.

25 Sorensen, Max, Manual de derecho internacional público. Fondo de Cultura Económica, México, pág. 193.

26 De Visscher, Charles, “Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes”, Recueil des Cours 80, 1952. Citado por Sorensen, ibidem, pág. 193.

27 Benedava, Santiago, Derecho Internacional Público. Editorial Jurídica, Santiago, 1981, pág. 70.

La legislación chilena incorpora el Derecho Internacional convencional mediante el procedimiento de promulgación y publicación del tratado en el Diario Oficial²⁸. En efecto, el artículo 54 de la Constitución Política vigente dispone que son “atribuciones exclusivas del Congreso: 1) aprobar o desechar los Tratados Internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

La misma normativa constitucional contempla en su artículo 75 que la “promulgación debe hacerse siempre dentro del plazo de 10 días, contados desde que ella sea procedente. La publicación se hará dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el Decreto promulgatorio”. El artículo 5 del Decreto Ley 247 de 1974, establece un mecanismo de incorporación del tratado al ordenamiento jurídico, al señalar que “tal tratado será promulgado por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores”, que ordenará su cumplimiento y que se lleve a efecto como ley del país, y que “tanto dicho Decreto Supremo como el texto del tratado se publiquen en el Diario Oficial”²⁹. La promulgación y publicación de las convenciones internacionales le otorgan plena vigencia, lo que se traduce en su incorporación plena al ordenamiento jurídico interno³⁰. Los tribunales pueden aplicar directamente las

28 Ver al respecto, Detzner, John, *Tribunales chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos. La recepción del Derecho Internacional de Derechos Humanos en el derecho interno chileno*. Comisión Chilena de Derechos Humanos, Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1988.

29 Tribunal Constitucional, fallo sobre Clodomiro Almeyda, 21 de diciembre de 1987, Santiago.

30 Detzner, John, *Tribunales chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos...* págs. 6-8.

disposiciones de tales convenciones³¹, sin perjuicio de considerar los derechos allí reconocidos como principios de derecho y como normas de *jus cogens*, según el caso³².

Cuando el conflicto entre normas nacionales e internacionales no puede resolverse a través de una interpretación, entonces los tribunales han señalado invariablemente que el Derecho Internacional tiene prevalencia³³. En el caso específico de Pactos internacionales, la conciliación entre la norma internacional y la nacional es inevitable y obligatoria para los tribunales en virtud a lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2, de la Constitución Política de 1980, que dispone que el “ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, derechos que se encuentran, a su vez, detalladamente reconocidos en los Pactos internacionales citados³⁴.

La Constitución Política de 1980 reconoce y garantiza el ejercicio de numerosos de tales derechos humanos – civiles, políticos, económicos, sociales y culturales –, en particular en los artículos 1, 4, 5, 10, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 45 y 76. Estas normas constitucionales encuentran su referente en las de los Pactos. En efecto, el deber del Estado de reconocer la libertad e igualdad de todos, que recoge el artículo 1 de la Constitución, se encuentra reconocido en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en el artículo 2 del

31 Ibidem, pág. 152 y ss.

32 Ibidem.

33 Ibidem.

34 Un profundo análisis sobre esta materia se puede encontrar en Nogueira, “El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos”, *Revista Ius Et Praxis*, Año 14, No. 2, págs. 209-269. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n2/art07.pdf>>, a julio de 2015.

PIDESC. Este ejercicio se puede hacer con cada uno de los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

Eventualmente, el derecho nacional, incluido el constitucional, podría colisionar con los Pactos, pero tal conflicto necesariamente debe ser resuelto a favor de los derechos humanos, no sólo por el carácter obligatorio del Derecho Internacional sino por lo estipulado por la propia Constitución Política en los artículos 1 y 5, que disponen el carácter fundacional de los derechos humanos y la limitación de las potestades de las autoridades instituidas en la Carta Fundamental acorde al respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Sin perjuicio de lo anterior, los tribunales chilenos se han esforzado por lograr que la norma internacional sea aplicada en el país, haciendo interpretaciones conciliadoras para tal efecto^{35/36}.

Desde luego, la Constitución Política vigente contiene algunas normas de derecho público que establecen contradicciones con respecto a las de convenciones internacionales. La forma de resolver este problema no es por la vía judicial, sino mediante un efectivo proceso de transformación constitucional y legal fundado en el ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo, consagrado, por ejemplo, en los pactos internacionales de derechos humanos, de acuerdo con las obligaciones que se estipulan en los artículos segundos de estos instrumentos jurídicos, hoy día vigentes como leyes internas chilenas.

35 Correa G., Rodrigo P., “Análisis de jurisprudencia de la Corte Suprema en 2001: Derecho Internacional Público”, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* No. 3, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, pág. 105.

36 Detzner, John, *Tribunales chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos...*

a. Rango constitucional de los Pactos

La Constitución Política actual contiene una serie de normas relativas a los derechos humanos que le otorgan un contexto normativo diferente a su vigencia³⁷. En efecto, el artículo 5, inciso 2, de la Constitución vigente reconoce que “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile, que se encuentran vigentes”. De esta manera, se incorporan en el ámbito constitucional los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por Chile, con lo cual se da contenido a la oración del citado inciso del artículo 5, que señala: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

Lo anterior se ve reafirmado con lo dispuesto en el artículo 19, No. 26, que consagra la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. De esta manera, las bases de la Constitución Política reconocen los derechos humanos enumerados en la propia Carta Fundamental, así como aquellos establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sin que ninguna norma legal ni constitucional pueda afectarlos en su esencia.

37 La Constitución Política establece en el inciso cuarto del artículo primero que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”. Dicha promoción debe realizarse y así lo establece la misma disposición “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

La solución jurídica en caso de confrontación entre dos normas constitucionales está dada por las propias bases fundamentales de la Constitución, es decir, necesariamente son preeminentes las normas constitucionales que reconocen los derechos humanos, por cuanto estas normas constituyen el fundamento declarado de la Constitución, la base de la institucionalidad³⁸. En otras palabras, las normas constitucionales que desconozcan los derechos humanos consagrados en la Constitución, serán letra muerta.

b. Deber estatal de respetar y promover los derechos humanos

Todos los órganos del Estado, de cualquiera de los poderes, Ejecutivo, Legislativo o Judicial, deben actuar en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución. Varias disposiciones, que fuera de este contexto parecerían restrictivas de los derechos humanos, solamente podrán ser interpretadas sistemáticamente dentro del contexto dado por estas normas internacionales de derechos humanos; por lo tanto, dichas interpretaciones tendrán que ser compatibles con este contexto. Así, por ejemplo, el PIDCP, el PIDESC, las convenciones contra la tortura, etc., prevalecerán ante cualquier otra norma legal o constitucional que pueda menoscabarlas. De la misma manera, los tribunales de justicia no pueden asilarse en una supuesta competencia exclusiva del Ejecutivo cuando estén en juego los derechos humanos. Este principio esencial del derecho moderno podría ser vulnerado por una supuesta preeminencia de la norma nacional por problemas de procedimiento, lo cual, en todo caso, está resuelto por el derecho nacional.

38 Capítulo I.

c. La preeminencia de la norma internacional

La incorporación de un tratado en la legislación interna puede presentar conflictos doctrinales respecto de sus consecuencias sobre la ley interna anterior y sobre el efecto que puede tener el derecho derivado del mismo tratado sobre la ley interna. Sin embargo, en materia de derechos humanos el criterio fundamental se encuentra en la propia Constitución Política, en las bases de la institucionalidad, es decir, si el propósito de la Carta Fundamental es proteger a la persona y para ello establece una serie de deberes del Estado y garantías para los derechos de las personas, las normas internacionales que sean compatibles con dicho mandato primarán por sobre cualquier otra nacional. De este modo, la incorporación de normas internacionales hecha de acorde a la Constitución, produce la inaplicación de las normas internas que las contravengan.

Respecto de las relaciones entre normas internacionales válidamente incorporadas al derecho interno y leyes posteriores, se rigen por el principio de buena fe y de cumplimiento de los compromisos adquiridos que constituyen principios de *ius cogens* codificados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de manera que el cumplimiento de los tratados no puede ser alterado por una ley o una reforma constitucional posterior. Este principio es recogido en el artículo 27 de dicha Convención, que determina que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Así, ante un tratado válido e incorporado al derecho interno y una ley interna posterior válida, el juez ordinario deberá dar aplicación preferente al tratado. Hacerlo de otro modo haría caer al juez en quebrantamiento del ordenamiento jurídico interno y sus reglas de aplicación y en materia de derechos humanos, en incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política, además de hacer incurrir el Estado en responsabilidad

internacional. La propia Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en su sesión 367 de mayo de 1978, al reconocer la superioridad de los tratados sobre la ley, recogiendo lo que ya habían expresado los comisionados Alejandro Silva Bascuñán y Jaime Guzmán Errázuriz en la sesión del 20 de junio de 1974, reconoció la preeminencia de la norma internacional. Además, la inderogabilidad del tratado por la ley es una característica esencial de la incorporación del mismo al orden jurídico nacional y ello no significa la nulidad de la ley posterior contraria al tratado, como lo señala la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en la sesión 371, páginas 2587 y 2588.

d. Los tratados internacionales vigentes en Chile

Los tratados internacionales vigentes en Chile incorporan a la Constitución Política derechos que no se encuentran expresamente reconocidos ni cuentan con reales y efectivas garantías. Algunos de ellos sólo cuentan con un reconocimiento declarativo; por ejemplo, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 6 del PIDESC, el derecho a huelga (artículo 8 del PIDESC), el derecho a la educación gratuita en todos los niveles (artículo 13 del PIDESC), entre otros, que no tienen garantía expresa en la Constitución Política.

e. Obligación legislativa

El citado artículo quinto impone al Poder Legislativo el deber de adoptar las medidas legislativas que permitan hacer efectivos los derechos reconocidos y garantizados en los tratados internacionales incorporados en la Constitución, toda vez que muchos de estos derechos, particularmente aquellos reconocidos en el PIDESC, requieren de la adopción de medidas legislativas y de otro carácter para hacerlos efectivos.

Conclusiones

El derecho a la educación gratuita tiene rango constitucional según lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política vigente, de manera que la vigencia del PIDESC impone al Estado la obligación de financiar la educación gratuita en todos los niveles, incluida la superior y, obviamente, tal educación no puede ser sino de calidad.

La superación de los problemas producto de políticas neoliberales debe ser pensada al alero de una visión epistemológica que supere el iuspositivismo y el iusnaturalismo, pues la emergencia de los movimientos sociales expresan nuevas exigencias de derechos que hoy aparecen en la Constitución Política vigente como meros discursos, sin garantía constitucional eficiente y sin que el Estado asuma sus responsabilidades, como la realidad lo confirma. Tomando las ideas de Boaventura de Sousa Santos³⁹ se perciben tres crisis a resolver por parte de la educación en general y la universidad en particular: la crisis de hegemonía, la de legitimidad y la institucional. Las tres crisis no podrán ser resueltas por medio de la masificación de este bien público. Se necesitan modificaciones tectónicas, comprendiendo que las tareas de la Universidad del siglo XXI no pueden ser las de la Universidad del siglo XX. Además, que, como sostiene Boaventura de Sousa Santos

[...] para los países periféricos y semiperifericos el nuevo contexto global exige una total reinvencción del proyecto nacional, sin el cual no podría haber reinvencción de la universidad [...] En el siglo XXI sólo habrá naciones en la

39 Sousa Santos, Boaventura, “La Universidad en el siglo XXI, para una reforma democrática y emancipadora de la universidad”, *Revista Umbrales*, UNAM, No. 112, 2005, pág. 1.

medida en que existan proyectos nacionales de calificación de la inserción en la sociedad global⁴⁰.

Este momento de crisis, finalmente, del paradigma moderno de concebir la vida y las instituciones, es una abierta invitación a enfrentar lo nuevo con lo nuevo en la lucha por la definición de la educación. Escuelas y universidades están abierta, y en las calles, fundamentalmente, se escriben las primeras líneas. Considerarlo como una fuente de los cambios no es quedar prisionero de la calle, sino ser capaz de entender el mensaje democratizador de las y los ciudadanos. Ello, qué duda cabe, incidirá en cómo se logra satisfacer el derecho a la educación como un deber del Estado.

40 *Ibidem*, pág. 31.

Indigenous Rights before the Inter-American Court of Human Rights: a Call for a *Pro Individual* Interpretation

*Valerio de Oliveira Mazzuoli**

*Dilton Ribeiro***

1. Introduction

Multiculturalism is, unquestionably, one of the most significant movements stemmed from the notion of individual personality and human centrality which took place after the Second World War. It is intrinsically linked to the conception of the human person as a bearer of cultural characteristics which are indispensable to a full and useful existence and, consequently, must be always observed and respected. Political philosophy, especially after the 1980s, made room for debates and development of multiple conceptions on multiculturalism. This debate, which soon later became a concern of law and lawyers, was strongly rooted in a divergence between communitarians

* International Law and Human Rights Professor (Federal University of Mato Grosso, Brazil), Postdoctoral Fellow in Law and Political Sciences (University of Lisbon, Portugal), PhD *summa cum laude* in International Law (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil), LLM (São Paulo State University, Brazil). *E-mail*: mazzuoli@ufmt.br.

** PhD Candidate (Queen's University, Canada), LLM (University of Manitoba, Canada), LLB (Southwest Bahia State University, Brazil). *E-mail*: 11drfr@queensu.ca.

and liberals and is still surrounded by many questions and different philosophical theories and perspectives.¹

In the area of public policies, this topic bears considerable importance. States and the international community as a whole, looking to better accommodate national minorities and foreign individuals, face the notion that the modern world is based on multiples ways of immigration and on the fact that territories are occupied, peacefully or not, by peoples with diverse cultural characteristics. These characteristics, furthermore, go beyond the territorial boundaries where these individuals reside in the world and include a mosaic of inherent conditions (e.g. language, religion, philosophical views, and social condition) which constitute an intrinsic part of these individuals wherever they might be. Accordingly, this reality generates heated public debates which are part of the political agenda of States and their leaders.²

-
- 1 See Charles Taylor, "Interculturalism or multiculturalism?" (2012) 38 *Philosophy & Social Criticism*; John Arthur, "Multiculturalism" in Hugh LaFollette, *The Oxford Handbook of Practical Ethics* (Oxford: Oxford University Press, 2005); Bhikhu Parekh, *Rethinking Multiculturalism* (Palgrave Macmillan, 2000); Michael Murphy, *Multiculturalism: A critical introduction* (London: Routledge, 2012); Will Kymlicka, "Multiculturalism in Theory and Practice" (2008) 1 *Rerum Causae* 3 at 8; Will Kymlicka, *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future* (Washington: Migration Policy Institute, 2012); Duncan Ivinson, ed, *The Ashgate Research Companion to Multiculturalism* (London: Ashgate, 2010); Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1996); Jeremy Waldron, "Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative" (1992) 25 *University of Michigan Journal of Law Reform* 751; Michael McDonald, "Liberalism, Community, and Culture" (1992) 42 *University of Toronto Law Journal* 113; Will Kymlicka, "The Rights of Minority Cultures" (1992) 20 *Political Theory* 140; Chandran Kukathas "Cultural Rights Again: A Rejoinder to Kymlicka" (1992) 20 *Political Theory* 674; and Charles Taylor, *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition* (Princeton: Princeton University Press, 1994).
 - 2 Ideas about the accommodation of minorities in multiethnic, multinational States have been part of their concern and policies for

Multiculturalism, due to practical, political, legal and philosophical relevance is in a central stage in many different areas of study as, for example, in education, philosophy and political science. Furthermore, it is a key aspect in debates concerning minorities, foreign population, immigration and diversity in general.³ However, paradoxically, multiculturalism is not a central aspect of public international law, especially

more than forty years. However, according to some authors, they became the focus of political theory in the mid-80s. For more details see Jeff Spinner Halev, "Multiculturalism and its Critics" in John S. Dryzek, Bonnie Honig & Anne Phillips, *The Oxford Handbook of Political Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2008) at 12. For a general view on the debate of multiculturalism and human rights or public policy see Michael Kenny, *The Politics of Identity: Liberal Political Theory and the Dilemmas of Difference* (Cambridge: Policy Press, 2004); Sarah Song, *Justice, Gender and the Politics of Multiculturalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007); Will Kymlicka, *La Política Vernácula: Nacionalismo, Multiculturalismo y Ciudadanía [Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship]* (Barcelona: Ediciones Paidós, 2003) at 30 [Kimlicka, *La Política*]; Seyla Benhabib, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era* (Princeton: Princeton UP, 2002) 59-67 [Benhabib, *The Claims of Culture*]; Courtney Jung, "Democratic Engagement with Ethnic Minority Claims: A Methodological Intervention into a Normative Debate" in Shabani Omid Payrow, ed, *Multiculturalism and Law* (U. Wales Press, 2007) at 263-79; Melissa Williams, "Justice Towards Groups: Political not Juridical." (1995) 23 *Political Theory* 75; and Michael Murphy "The Limits of Culture in the Politics of Self-Determination" (2001) 1 *Ethnicities* 367.

- 3 See above. See also Jeff Spinner-Halev, *Surviving Diversity: Religion and Democratic Citizenship* (Baltimore: Jonh Hopkins University Press, 2000); K. Appiah & Amy Gutmann, ed, *Color Conscious: the Political Morality of Race* (Princeton: Princeton University Press, 1998); Anne Phillips, *The Politics of Presence* (Oxford: OUP, 1995); Yasmin Alibhai- Brown, *After Multiculturalism* (London: The Foreign Police Center, 2000); Vernon Van Dyke, "The individual, the state, and the ethnic Communities in Political Theory" (1977) 29 *World Politics* 343; and Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*. (Oxford: Oxford University Press, 1989) [Kimlicka, *Liberalism, Community*].

in the area of international human rights. This does not mean that the accommodation of foreign population and the respect of minority rights, as indigenous rights, are not seriously discussed by international courts. Moreover, this does not mean that human rights scholars have not written on the importance to legally uphold cultural diversity and the recognition of the human person as a central aspect of international human rights law.⁴

There is, however, a lack of writings on understanding of how international human rights courts, in our case the Inter-American Court, accommodates legal minority within the scope of its main treaty, the American Convention, which almost exclusively establishes civil and political rights.⁵ This lack, we believe, weakens the legal debate and impedes an effective argument in favour of the recognition of minority and vulnerable groups' rights which could ground future decisions of domestic and international courts.

This article, thus, seeks to understand the approach of the Inter-American Court of Human Rights and on how judges, by applying an extensive interpretation of its treaty, further

4 See *e.g.* Hugh Thirlway, "Reflections on Multiculturalism and International Law" in Sienho Yee & Jacques-Yvan Morin, *Multiculturalism and International Law: Essays in Honour of Edward McWhinney* (Leiden: Martinus Neijhoff, 2009) at 166. As Mariko pointed out, international courts as the International Court of Justice currently faces a wide range of disputes reflecting different cultural backgrounds which require solid and well-founding Court decisions addressing such multicultural diversities. See Mariko Kawano, "The Administration of Justice by the International Court of Justice and the Parties" in Sienho Yee & Jacques-Yvan Morin, *Multiculturalism and International Law: Essays in Honour of Edward McWhinney* (Leiden: Martinus Neijhoff, 2009) at 300.

5 The American Convention on Human Rights has one general provision on economic, social and cultural rights. See *American Convention on Human Rights*, 1969, 1144 UNTS 123, OASTS n° 36 at Article 26.

recognized the individual legal personality under international law and, moreover, crystalized the view that individuals are not only bearers of rights and duties but also have intrinsically different from one another and international courts must acknowledge this notion when interpreting and applying their treaty. This reasoning, the *pro homine* principle is the key pillar in truly recognizing the human person as a subject of international law.

2. Inter-American System of Human Rights in a Multicultural World

International law can be traditionally defined as a group of norms and principles created by States in order to regulate their relations with each other.⁶ However, this traditional approach met some practical and theoretical problems, especially in international human rights law. The argument set forth in this article is that human rights, as a particular system part of general international law, differentiate from the latter in one central aspect: the recognition of the human person as a central aspect and with international personality. This particularity forces judges and the international community as a whole to consider the interest and rights of individuals when interpreting and applying human rights norms. To accept individuals as bearers of rights and duties, and with interests in the international sphere is not solely connected to a general recognition of the individual legal personality at the international level, but more extensively

6 See J. L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (Oxford: Clarendon Press, 1963) at 1. See also L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. I (Peace) (New York: Longman, Green and Co., 1912) at 3.

acknowledges that all the particularities of the “human family”⁷ need to be important elements to the evolution and application of international law of human rights. The Inter-American Court of Human Rights⁸ seeks to recognize this multiculturalist and pluralist approach through the *pro homine* or *pro individual* interpretation. Accordingly, there is an intrinsic connection between the individual legal personality and the interpretation of human rights treaties in a multicultural *perspective*.

States as the traditional subjects of the law of nations occupy a dominant position among the actors at the international level. Notwithstanding this preponderance of States, human rights instruments arguably confer rights and interests to individuals and change the hermeneutics of international law in order to accommodate the human person and acknowledge her status as the weak link in a State/individual dichotomy.⁹

International human rights law instruments arguably seek to conciliate natural law concepts with legal positivism, that is, acknowledge in treaties and declarations the individual centrality in human rights. The American Declaration of Rights and Duties of Man, following the precepts of legal positivism, informs in its preamble the importance of domestic legislation and the necessity of an increasing cooperation between the

7 The Universal Declaration of Human Rights, in its preamble, refers to the group of individuals as “the human family”. See *Universal Declaration of Human Rights*, GA Res 217 (III), UN GAAOR, 3d Sess, Supp N° 13, UN Doc A\810 (1948) at preamble [hereinafter the “Universal Declaration” or “Universal Declaration of Human Rights”].

8 *American Convention on Human Rights*, *supra* note 5 at Chapter VIII [hereinafter “Inter-American Court of Human Rights” or “Inter-American Court” or “Court”].

9 Valerio Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público* [Textbook on Public International Law] (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010) at 363.

American States to protect human rights.¹⁰ Moreover, in a natural law perspective, this regional declaration acknowledges that the American States recognize that “essential rights of man are not derived from the fact that he is a national of a certain State, but are based upon attributes of his human personality”.¹¹ Accordingly, the members of the Organization of American States crystalize through this instrument that international human rights are not rights simply granted by States but rather recognized by them. Furthermore, the American Declaration acknowledges that human rights stem from the individual legal personality.

This reasoning should not be taken for granted. It represents an amalgamation of two different concepts of international law – a natural and a positivistic – as central to the regional view of international human rights law. Accordingly, the American Declaration enshrines the traditional view that enacted legislation and general instruments are important elements in the protection of rights. Furthermore, it recognizes that rights flow from the individual personality which can encompass domestic and international ambits.

10 OAS, General Assembly, 3rd Sess, *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, OAS Res XXX, adopted by the Ninth International Conference of American States (1948), OR OEA/Ser LV/II82 Doc. 6, rev.1 (1992) at preamble [hereinafter “American Declaration of the Rights and Duties of Man” or “American Declaration”]. It States that the “affirmation of essential human rights by the American States together with the guarantees given by the internal regimes of the States establish the initial system of protection considered by the American States as being suited to the present social and juridical conditions, not without a recognition on their part that they should increasingly strengthen that system in the international field as conditions become more favorable”.

11 *Ibid.*

The American Declaration, as human rights declaration was not initially envisaged to be a legally binding instrument. However, the Inter-American Court of Human Rights¹² faced the question whether this declaration have *normative force*.¹³ The Court, analyzing this request for an advisory opinion from Colombia, asserted that to determine the legal status of the American Declaration, it is necessary to examine the evolution that the Inter-American System has undergone since the adoption of this regional instrument.¹⁴ Accordingly, the Court set out its basic argument that:

[T]o determine the legal status of the American Declaration it is appropriate to look to the Inter-American system of today in the light of the evolution it has undergone since the adoption of the Declaration, rather than to examine the normative value and significance which that instrument was believed to have had in 1948. The evolution of the here relevant “Inter-American law” mirrors on the regional level the *developments in contemporary international law and specially in human rights law, which distinguished that law from classical international law* to a significant extent.¹⁵

In this advisory opinion, the Inter-American Court pointed out that the regional development of international law, especially of human rights, differs from the classical view of international law. Although, the Court did not explicitly inform what would characterize this difference, the recent evolution of international

12 *American Convention on Human Rights, supra note 5.*

13 *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights* (1989), Advisory Opinion OC-10/89, Inter-Am Ct HR (Ser A) N° 10, at para 2.

14 *Ibid. at para 37.*

15 *Ibid. at paras 37-38 [italics added].*

human rights law – especially after the Second World War¹⁶ – and the structure of the American Declaration, which combines natural law and legal positivism, give elements to conclude that a significant change in the contemporary international law of human rights is precisely the codification of the individual legal personality and its centrality in the legal system. This view differs from the “classical” international law system grounded in the Westphalian paradigm. In other words, the main aspect of international human rights law is the protection of individuals as bearers of rights and duties and not the protection of mutual State interests (the Westphalian paradigm).

Thus, this regional instrument was arguably created to inform a list of fundamental interests of individuals which flow from their legal personality and should be taken into consideration by the American States at the international and domestic levels. These “interests” could later become legally binding norms if enacted by domestic legislation or international treaties. Moreover, this Declaration became even more important. These “interests”, that is, these “soft” rights and duties changed status and acquired normative character.¹⁷ This normativity can be divided into broad and specific. Certain rights crystallized in the American Declaration or the Universal Declaration acquired specific normative status either by way of custom or general principles of law, or due to the interpretation of the Charter of American States.¹⁸ Furthermore, the American Declaration

16 With the creation of the United Nations, the “international bill of rights” and the regional human rights treaties established a human rights system part of general international law, which seek to protect individuals. See John P. Humphrey, “The International Bill of Rights: Scope and Implementation” (1976) 17 *Wm & Mary L Rev* 527. See also Thomas Buergenthal, “International Human Rights Law and Institutions: Accomplishments and Prospects” (1988) 63 *Wash L Rev* 1.

17 Thomas Buergenthal *et al*, *International Human Rights in a Nutshell* (St.Paul: West Group, 2009) at 262.

18 Malcolm Shaw, *International Law* (New York: Cambridge University

acquired broad normative status because it recognizes that individuals have interests at the international level, that is, they have rights and duties under international law that need to be taken under consideration by the international community.

The Inter-American Court argued that the OAS Charter refers to fundamental rights in its preamble and in a number of provisions without, however, listing or defining them.¹⁹ Furthermore, the Court pointed out that the Inter-American Commission on Human Rights²⁰ protects rights “enunciated and defined in the American Declaration”²¹ based on Article 1 of the Inter-American Commission’s Statute.²² Moreover, it acknowledged that the OAS General Assembly has “repeatedly recognized that the American Declaration is a source of international obligations for the member States of the OAS”.²³

Based on the arguments mentioned above, the Inter-American Court argued that the American Declaration “contains and defines

Press, 2003) at 260. Shaw, however, is concerned with the universal declaration of human rights.

- 19 *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, *supra* note 13 at para 39.
- 20 *Charter of the Organization of American States*, 30 April of 1948, 1609 UNTS 119, OASTS nos 1-C and 61 at articles 112 and 150 [hereinafter “Charter of the Organization of American States or OAS Charter”].
- 21 *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, *supra* note 13 at para 41.
- 22 OAS, General Assembly, *Statute of the Inter-American Commission on Human Rights*, OAS Res 447 (IX-0/79), OR OEA/Ser.P/IX.0.2/80, vol. 1 at 88, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.50 Doc.13, rev. 1 at 10 (1980) at Article 1.
- 23 *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, *supra* note 13 at para 42.

the fundamental human rights referred to in the Charter”.²⁴ The Court, thus, unanimously decided that although the Declaration is not a treaty, and the American Convention remains the first source of obligations to its members.²⁵

For the member States of the Organization, the Declaration is the text that defines the human rights referred to in the Charter. Moreover, Articles 1(2) (b) and 20 of the Commission’s Statute define the competence of that body with respect to the human rights enunciated in the Declaration, with the result that to this extent the American Declaration is for these States a source of international obligations related to the Charter of the Organization.²⁶

Accordingly, the Inter-American Court recognized that international human rights law needs to be interpreted in the light of current developments without mandatory references to the authors of an international instrument. Based on this theoretical foundation, the Court acknowledged the binding status of the American Declaration as the authoritative definition of the expression “human rights” contained in the Charter of American States. The Court, thus, recognized the normative status of the American Declaration based on a similar reason than that accepted for the Universal Declaration of Human Rights which is unanimously considered to hold the authoritative interpretation and definition of the expression “human rights and for fundamental freedoms” contained in the Charter of the United Nations.²⁷ However, this advisory opinion of the Inter-

24 *Ibid.* at para 43.

25 *Ibid.* at paras 46-47.

26 *Ibid.* at para 45.

27 See Humphrey, *supra* note 16 at 529; Malcolm Shaw, *International Law* (New York: Cambridge University Press, 2003 at 260; Thomas Buergenthal et al, *International Human Rights in a Nutshell* (St.Paul:

American Court fails to mention the consequence and meaning of such normativity.

As previously explained, human rights declarations can have a broad or specific normativity. Specific normativity occurs when a right enshrined in the declaration becomes a general principle of law or a customary norm of international law, that is, the international community believes that the protection of this right is mandatory. The normativity is broad when the instrument expresses the intrinsic elements of human rights, that is, when it establishes rights, rights holders and duty bearers. The broad or general normativity is not the same of that of treaties, that is, in declarations, it informs that individuals are, generally speaking, right holders and addressees of rights and States have the duty to acknowledge this individuals' status.

In general terms, human rights have three intrinsic elements: a *right*, a *right holder* and a *right to a claim*. Accordingly, in the sentence “*A* has a right to *x* with respect to *B*”, one can point out the existence of a right holder (*A*), and a duty bearer (*B*). Consequently, the relation of *A* entitled to *x* with relation to *B*, informs that *B* has a correlative obligation to *A* and, thus, *A* can make “special claims upon *B* to discharge these obligations”.²⁸ Thus, a right holder, that is, an individual, has a human right against States, *quasi*-State entities or even against other individuals. If this right is breached, the right holder possesses a right of claim against the violator his fundamental right. Accordingly, the sentence “*A* has a right to *x* with respect to *B*”

West Group, 2009) at 41-46; and Antonio Augusto Cançado Trindade, “The Interdependence of All Human Rights - Obstacles and Challenges to Their Implementation” (1998) 50 International Social Science Journal 513 at 513 [Cançado Trindade, “Interdependence”].

28 Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Ithaca: Cornell University Press, 1989) at 10 and 11.

informs the basic intrinsic elements of human rights, namely, right holders, claims and duty bearers.

This philosophical theory of human rights encompassing the existence of right holders, claims and duty bearers applies, in international law, to human rights treaties. Declarations, differently from treaties, do not establish specific binding obligations, but only propositions that States must follow in the conduction of their domestic and international affairs. However, they can *crystallize* general normative obligations, especially through the codification of customary international law which grant them mandatory force (in certain cases they can even acquire *jus cogens* status).²⁹ However, the American Declaration was not envisaged as an instrument crystallizing specific obligations whereby a breach of right can lead to a claim against the one that violated his fundamental right. Nonetheless, the Declaration establish a general normativity, that is, the view that individuals possess a general right to be right holders of human rights and States have the duty to acknowledge this characteristic as part of the international human rights system. In other words, the American Declaration informs that individuals are the bearers of rights and duties at the international level and have interests different from that of States. Furthermore, States have the duty to acknowledge this status.

29 On the force of customary norms to grant normativity to declarations see: Commission on Human Rights, “Report on the Human Rights Situation in the Islamic Republic of Iran by the Special Representative of the Commission Mr. Reynoldo Galindo Pohl”, UNESCOR, 43rd Sess, UN Res 1986/41, UN Doc E/CN 4/1987/23 (1987) at para 22; and Shaw, *supra* 23 note at 260. Hannum affirms that the Universal Declaration, for example, has acquired *jus cogens* status. See Hurst Hannum, “The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law” (1996) 25 *Ga J Int’l & Comp L* 287 at 326.

The American Declaration sets the parameters of a human-centered or a *pro homine* interpretation of international law. The regional instruments of human rights of the Organization of American States must be interpreted and applied taking into consideration that individuals are the bearers of rights and duties at the international level and have interests of their own without the tutelage of States. This reasoning was supplemented by the American Convention on Human Rights, which, further specified rights and claims of individuals crystalizing an effective dichotomous relation between States and individuals whereby a breach of a right can lead to a right to claim before the Inter-American Commission on Human Rights³⁰ and the Inter-American Court of Human Rights.³¹ Moreover, regarding the interpretation of the Convention, Article 29 precluded restrictive interpretation of rights and, consequently, set in motion the extensive interpretative approach of the Inter-American Court.³²

This position diverges from the classical view of international law centered on the interests of States. As the Inter-American Court pointed out in the advisory opinion on the *Interpretation of the American Declaration*, international human rights

30 *American Convention on Human Rights, supra note 5 at Chapter VII*

31 *Ibid. at Chapter VIII.*

32 Article 29 spells out that “[n]o provision of this Convention shall be interpreted as: a. permitting any State Party, group, or person to suppress the enjoyment or exercise of the rights and freedoms recognized in this Convention or to restrict them to a greater extent than is provided for herein; b. restricting the enjoyment or exercise of any right or freedom recognized by virtue of the laws of any State Party or by virtue of another convention to which one of the said States is a party; c. precluding other rights or guarantees that are inherent in the human personality or derived from representative democracy as a form of government; or d. excluding or limiting the effect that the American Declaration of the Rights and Duties of Man and other international acts of the same nature may have” (*ibid. at Article 29*).

distinguish from classical international law to a significant extent. The main divergence concerns the human centrality of international human rights, that is, the *pro individual* or *pro homine* system crystalized by the American Declaration. Article 29 of the American Convention arguably further develops this premise in the scope of legal interpretation. In a *pro homine* system, rights recognized in human rights instruments flow from the human person and, consequently, cannot be limited by States to a greater extent than is provided for in the instrument itself.³³ Accordingly, judges must apply the American Convention based on a *pro individual* system and with the possibility of extensive application of rights.

3. The Application of a Multicultural and Individual-Centered Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights.

States themselves designed an international human rights system grounded on the human person. Thus, international human rights law is based on a individual-centered system or *pro homine*. This notion of an individual-centered or *pro individual* interpretation was extensively discussed and applied by the Inter-American Court of Human Rights based on practical considerations. International law of human rights concerns the human person, individually or collectively considered. Furthermore, the American continent is comprised of a diverse group of individuals from different social, political, historical, cultural and religious backgrounds, all of them equally entitled to international protection and all of them equally forming this system.

33 *Ibid.* at Article 29 (a).

Accordingly, the *pro homine* system accommodates the multiple diversity of the American continent based on an extensive application of rights focusing and flowing from the human person. The Inter-American Court, the principle judicial human rights body of the Organization of American States, is often called to settle disputes that constantly require an individual centric and extensive interpretation. Judge Sergio Garcia Ramirez asserted that:

When exercising its contentious jurisdiction, the Inter-American Court is duty-bound to observe the provisions of the American Convention, to interpret them in accordance with the rules that the Convention itself sets forth... It must also heed the principle of interpretation that requires that the object and purpose of the treaties be considered (article 31(1) of the Vienna Convention), referenced below, and the principle *pro homine* of the international law of human rights - frequently cited in this Court's case-law which requires the interpretation that is conducive to the *fullest protection of persons, all for the ultimate purpose of preserving human dignity, ensuring fundamental rights and encouraging their advancement*.³⁴

Henderson, following this line of thought, asserts that *pro homine* framework, which he calls "principle", is a logical element of international human rights law.³⁵ He argues that international human rights norms must be always in favor of individuals, that is, the hermeneutical criterion informing that

34 Sergio Garcia Ramirez, "Joint Separate Opinion of Judges A.A. Cancado Trindade, M. Pacheco Gomez and A. Abreu Burelli" (2002) 19 *Ariz J Int'l & Comp Law* 443 at para 6 [italics added].

35 Humberto Henderson, "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interna: La Importancia del Principio Pro Homine" [International Human Rights Treaties in Domestic Law: the Importance of the Pro Homine Principle] 39 *Revista IIDH* 71 at 87-88.

the interpretation of protected rights must be always extensive is an essential part of international human rights law.³⁶ This is the position of the Inter-American Court itself. The Court stated that it can compare the American Convention with other international instruments in order “to stress certain aspects concerning the manner in which a certain right has been formulated”.³⁷ Moreover, the Court argued that this approach to legal interpretation cannot be used restrictively, that is, it cannot limit rights enshrined in the Convention.³⁸ Consequently, grounding its view on Article 29 of the American Convention which forbids restrictive interpretation, the Court held that:

[I]f in the same situation both the American Convention and another international treaty are applicable, the rule most favorable to the individual must prevail. Considering that the Convention itself establishes that its provisions should not have a restrictive effect on the enjoyment of the rights guaranteed in other international instruments, it makes even less sense to invoke restrictions contained in those other international instruments, but which are not found in the Convention, to limit the exercise of the rights and freedoms that the latter recognizes.³⁹

This approach intends to advance human protection beyond the initial set of rights spelled out by the American Convention in order to meet social needs and aspirations, and to better protect human dignity taking into account natural law and legal

36 *Ibid.* at 88.

37 *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights) (1985), Advisory Opinion OC-5/85, Inter-Am Ct HR (Ser A) N° 5, at para 51.*

38 *Ibid.*

39 *Ibid.* at 52.

positivism part of a system which recognizes the individual legal personality in a pluralistic world. Accordingly, the Inter-American Court by adopting an expansionist interpretation in favor of individuals or *pro homine* is able to refer to different human rights instruments and, consequently, render decisions that extended beyond the traditional scope of the American Convention and originally belonged to other areas of international law such as international humanitarian law, environmental law and indigenous rights.⁴⁰ Arguably, the application of the *pro homine* approach substantially increased the protection of indigenous rights in the American continent.⁴¹

In the case of *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community*, the Inter-American Commission argued that Nicaragua had not demarcated the communal lands of the Awas Tingni Community, nor had it adopted effective measures to ensure the property rights of the Community to its ancestral lands and natural resources.⁴² The notion of communal lands is vital in

40 Lucas Lixinski, "Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law" (2010) 21 EJIL 585 at 603.

41 The following States have ratified the American Convention and accepted the Court's jurisdiction: Argentina, Barbados, Bolivia, Brazil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Dominican Republic, Suriname, Trinidad and Tobago, Uruguay and Venezuela. However, Trinidad and Tobago denounced the American Convention on Human Rights and Venezuela denounced the American Convention. See The Inter-American Court of Human Rights, *Information and History*, online: <<http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>>. See also Organization of American States, Press Releases, *CHR Regrets Decision of Venezuela to Denounce the American Convention on Human Rights*, online: <http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2012/117.asp>. Accessed on 9 April 2013.

42 *Case of Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua (2001) Inter-Am Ct HR (Ser C) N° 79 at para 2. In this case, the Inter-*

the protection of indigenous rights.⁴³ The Inter-American Court interprets and applies the American Convention.⁴⁴ However, this regional human rights treaty mainly protects civil and political rights, and there is no provision directly concerning indigenous rights. Accordingly, the Inter-American Court recognized the *pro individual* framework which merges natural law with legal positivism under the teleological hermeneutics of the “*pro homine* principle” in order to provide an effective response to social demands and acknowledge that the protection of the human person in a pluralistic and diverse world is the main purpose and objective of international law of human rights.

In the *Mayagna (Sumo)* case, the Inter-American Court argued that indigenous peoples’ customary law must be especially taken

American Court, in the words of Cançado Trindade, “went into depth in an integral interpretation of the indigenous cosmovision, insofar as the relationship of the members of the community with their ancestral lands was concern”. See Antonio Augusto Cançado Trindade, “The Right to Cultural Identity in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights” in Sienho Yee & Jacques-Yvan Morin, Multiculturalism and International Law: Essays in Honour of Edward McWhinney (Leiden: Martinus Neijhoff, 2009) at 485 [Cançado Trindade, “The Right to Cultural Identity”].

43 See Inter-American Commission on Human Rights, “Special Feature: Indigenous and Tribal Peoples’ Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources: Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System” (2011) 35 Am Indian L Rev 263.

44 *American Convention on Human Rights, supra note 5 at Article 62 (3). The Inter-American Court may also interpret and apply paragraph a) of Article 8 and Article 13 of the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights if these provisions are “violated by action directly attributable to a State Party to this Protocol”. Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, “Protocol of San Salvador”, 69 OASTS 1988, OR OEA/Ser.L.V/II.82 Doc 6, revl at 67 (1992) at Article 19 (6).*

under consideration.⁴⁵ Consequently, the Court reached the conclusion that, due to customary practices, possession of the land “should suffice for indigenous communities lacking real title to property of the land to obtain official recognition of that property, and for consequent registration”.⁴⁶ Accordingly, based on Article 29 of the American Convention, the Inter-American Court extended the application of the right to property enshrined in this regional treaty⁴⁷ to cover the protection of communal property and the recognition of the close ties of indigenous communities with the land.

In this aforementioned case, the Court decided that, based on an evolutionary interpretation of human rights in accordance with Article 29 of the American Convention, the right to property enshrined in Article 21 “includes, among others, the rights of members of the indigenous communities within the framework of communal property”.⁴⁸ The Court reached this decision taking into account that indigenous peoples have a communitarian tradition, that is, the ownership of the land is not focused on an individual person, but differently on the group and its community.⁴⁹ This connection to the land, according to

45 *Case of Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua, supra note 42 at para 151.*

46 *Ibid.*

47 *See American Convention on Human Rights, supra note 5 at Article 21 (1), (2), and (3). This provision establishes that: “1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society; 2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law; 3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law” (ibid).*

48 *Case of Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua, supra note 42 at para 148.*

49 *Ibid. at paras 148-149.*

the Court, is material and spiritual in a way that it is part of “the fundamental basis of their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival”.⁵⁰

Accordingly, although there is not explicit provision regulating the relationship of indigenous communities with their land, based on a *pro individual* interpretation of the American Convention, the Court decided that Nicaragua must adopt the measures necessary to establish an effective mechanism for delimitation, demarcation and titling of the property of indigenous communities taking into consideration their customary law, values and customs.⁵¹

Similarly, in the case of *Yakye Indigenous Community*, the Inter-American Commission affirmed that Paraguay did not ensure the ancestral property rights of the Yakye Axa Indigenous Community and this situation has made impossible for the Community to own and possess their territory, which placed them in a vulnerable situation in terms of food, medical and public health care.⁵² In light of the particularities of the case, Paraguay asserted that “[d]omestic legislation does not encompass a means to acquire the right to property based on a historical right”.⁵³ Furthermore, the South American country added that “while there is a generic recognition of the traditional ownership right of indigenous peoples to their land[,] it is necessary for them to actually possess it and live as a community on that land”.⁵⁴

50 *Ibid.*

51 *Ibid.* at 164.

52 *Case of Yakye Indigenous Community vs. Paraguay (2005) Inter-Am Ct HR (Ser C) N° 125 at 2, para 2. For a brief comment on the relation between the Yakye Case and multiculturalism see Cançado Trindade, “The Right to Cultural Identity”, supra note 42 at 488-490.*

53 *Ibid.* at para 94.

54 *Ibid.*

The Inter-American Court, applying a *pro individual* interpretation, mentioned Article 14(3) of ILO Convention n° 169⁵⁵ – incorporated into Paraguayan domestic legislation by Law n° 234/93 – which spells out that “[a]dequate procedures shall be established within the national legal system to resolve land claims by the peoples concerned”.⁵⁶ This provision was used to extend the scope of the American Convention. Thus, the Court’s reasoning was that Article 14 of the ILO Convention in combination with Articles 8 and 25 of the American Convention place Paraguay under the obligation to provide effective means of claims – with due process guarantees – to the members of the indigenous communities, as part of their right to communal property.⁵⁷

Accordingly, the Inter-American Court of Human Rights was again asked to analyze the American Convention and acknowledge that indigenous communities have a special relation to their land and that States must respect this right and make it effective domestically. Thus, the Inter-American Court, by reference to Article 29 of the American Convention and Article 31 of the Vienna Convention of the Law of Treaties (which States that treaties must be interpreted taking into account their objective and purpose) extended the understanding of the general right to property – Article 21 of the American Convention – to acknowledge the special meaning of communal property of ancestral lands for the indigenous peoples, including the preservation of their cultural identity, its transmission to future generations, and the State duty to assure the full effectiveness of this right.⁵⁸

55 *Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries* (ILO No. 169), 27 June 1989, 1650 UNTS 383 [hereinafter “ILO Convention n° 169”].

56 *Ibid.* at para 95.

57 *Ibid.* at para 96.

58 *Ibid.* at paras 124 and 126.

The Inter-American Court, mentioning the European Court of Human Rights, held that human rights treaties are living instruments, and their interpretation must go hand in hand with the evolution of international law and with current living conditions.⁵⁹ This evolutionary interpretation is consistent with the general rules of interpretation embodied in Article 29 of the American Convention,⁶⁰ as well as those set forth in the Vienna Convention on the Law of Treaties.⁶¹ Accordingly, the Inter-American Court expressly acknowledges that treaty interpretation should take into account instruments directly related to it (paragraph two of Article 31 of the Vienna Convention) and the system of which it is a part (paragraph three of Article 31 of said Convention).⁶²

The Court thus argues that “in its analysis of the scope of Article 21 of the Convention, mentioned above, the Court deems it useful and appropriate to resort to other international treaties, aside from the American Convention, such as ILO Convention n° 169, to interpret its provisions in accordance with the evolution of the inter-American system, taking into account related developments in International Human Rights Law”.⁶³ By referring to the need to interpret and apply the American Convention in the context of the evolution of human rights in contemporary international law, the Court argued that the indigenous provisions of the ILO Convention n° 169 could “shed light on the content and scope of Article 21 of the American

59 *Ibid. at para 125.*

60 See *American Convention on Human Rights, supra note 5 at Article 29.*

61 Article 31 (1) of the Vienna Convention provides that “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”. See *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, 1155 UNTS 331, Can TS 1980 n° 37 at Article 31 (1).

62 *Case of Yakye Indigenous Community, supra note 52 at para 126.*

63 *Ibid. at para 127.*

Convention”⁶⁴ and, applying this criteria, “the close relationship of indigenous peoples with the land must be acknowledged and understood as the fundamental basis for their culture, spiritual life, wholeness, economic survival, and preservation and transmission to future generations”.⁶⁵

The Court also mentioned Article 13 of ILO Convention n° 169, which establishes that States must respect “the special importance for the cultures and spiritual values of the peoples concerned of their relationship with the lands or territories, or both as applicable, which they occupy or otherwise use, and in particular the collective aspects of this relationship”.⁶⁶ Consequently, the Court concluded that Article 21 of the American Convention safeguards the close ties of indigenous peoples with their traditional lands and the natural resources associated with the indigenous culture, including the components derived from them.⁶⁷

The Inter-American Court recognized that there is a dual right embodied in Article 21. First, there is the traditional view of the right to private property. Moreover, this article comprises the right of indigenous communities to their territory and natural resources in accordance with the indigenous culture, customs and spiritual life in a democratic and pluralistic society. These two views, however, are harmoniously interpreted, that is, they do not conflict. Accordingly, as the Inter-American Court pointed out, this teleological interpretation of the American Convention does not entail that every time a conflict emerges between the territorial interests of private individuals

64 *Ibid.* at paras 130.

65 *Ibid.* at paras 130 and 131.

66 ILO Convention n° 169, *supra* note 55 at Article 13. See also *Case of Yakyé Indigenous Community*, *supra* note 52 at para 136.

67 *Case of Yakyé Indigenous Community*, *supra* note 52 at paras 136 and 137.

(or of a State) and those of indigenous communities, the latter necessarily prevails over the former.⁶⁸ However, when States are justifiably unable to adopt measures to return the traditional territory and communal resources to indigenous communities, the compensation granted must not only be guided by a State discretionary criteria, but rather there must be a consensus with the indigenous peoples involved, in accordance with their own mechanisms of consultation, values, customs and customary laws.⁶⁹ This reasoning is reached based on a *pro homine* or *pro individual* interpretation of the American Convention assisted by Convention 169 of the International Labor Organization taking into consideration a pluralistic world comprised of different peoples with different cultures, backgrounds and views.⁷⁰

Analyzing whether Paraguay breached Article 4(1)⁷¹ of the American Convention, the Inter-American Court sought to apply an extensive *pro individual* interpretation. It referred to the United Nations Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, in General Comment 14 on the right to enjoy the highest attainable standard of health,⁷² to decide that indigenous peoples can be placed on a situation of vulnerability if the access to their ancestral lands are threatened and, consequently, due to the close link, it is not possible to obtain food and clean water.⁷³

68 *Ibid.* at 149.

69 *Ibid.* at paras 149 and 151.

70 *Ibid.* at 149-151.

71 Article 4 (1) of the American Convention spells out that “[e]very person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life”. See *American Convention on Human Rights*, *supra* note 5 at Article 4(1).

72 *Case of Yakye Indigenous Community*, *supra* note 52 at para 166.

73 *Ibid.* at para 167.

Based on a *pro individual* interpretation of the American Convention, the Court established that the State concerned breached Article 4(1) of the American Convention in combination with Article (1) of that same treaty to the detriment of the members of the Yakye Axa Community.⁷⁴ Furthermore, Paraguay violated Articles 8, 25 and 21 of the American Convention on Human Rights.⁷⁵ Moreover, among other orders, the Court decided that Paraguay must identify the traditional territory of the members of the Yakye Axa Indigenous Community and grant it to them free of cost; must take the steps necessary to guarantee an effective exercise of the right to property of the members of the indigenous community; must pay pecuniary damages and costs and expenses; and must conduct a public act of acknowledgment of its responsibility.⁷⁶

Similarly, in case of *Sawhoyamaya Indigenous Community*, the Inter-American Commission filed a complaint arguing that Paraguay did not ensure the ancestral property rights of the Sawhoyamaya Community and its members.⁷⁷ The Inter-American Court applied an extensive *pro individual* interpretation by analyzing the content and scope of Article 21 in the light of Convention n° 169 of the ILO taking into account that Paraguay had previously ratified the ILO Convention and incorporated its provisions to domestic legislation.⁷⁸ The Inter-American Court, in the light of the rules established by Article 29 of the American Convention, “in order to construe the provisions of the aforementioned Article 21 in accordance with the evolution

74 *Ibid.* at para 176.

75 *Ibid.* at 103.

76 *Ibid.* at 104-105.

77 *Case of Sawhoyamaya Indigenous Community vs. Paraguay (2006) Inter-Am Ct HR (Ser C) N° 146, at para 2. See also Cañado Trindade, “The Right to Cultural Identity”, supra note 42 at 490.*

78 *Ibid.* at para 117.

of the Inter-American system considering the development that has taken place regarding these matters in international human rights law”,⁷⁹ decided that the close ties indigenous communities have to their traditional lands, including their natural resources and incorporeal elements, “must be secured” under Article 21 of the American Convention.⁸⁰ The Court added that this close relation with their traditional lands and natural resources exist not only because they represent their main means of survival, but also because they “form part of their worldview, of their religiousness, and consequently, of their cultural identity”.⁸¹

Accordingly, the Inter-American Court affirmed that international human rights law must be interpreted and applied taking into consideration the “evolution of the Inter-American system”. However, it does not define or give the general characteristics of this evolution. This system, in our view, encompasses the nature of human rights instruments which comprises natural law and legal positivism in a *pro individual* framework, that is, individuals are subjects of international law and have interests which need to be taken into account by the inter-American human rights bodies. This interest is not a unison group of rights and duties acknowledged to individuals. The American continent is formed by a diverse group of individuals with different cultural, political and historical backgrounds. The Inter-American Court needs to acknowledge this pluralistic system. This general rule is normally crystalized by the preambles and normative characters of the human rights instruments of the inter-American system as a whole and, specifically, by Article 29 of the American Convention.

79 *Ibid.*

80 *Ibid. at para 118.*

81 *Ibid.*

In the case of *Saramaka People*, the Inter-American Commission, in a similar tone with other cases, affirmed that Suriname failed to recognize the Saramaka People's right to use and enjoy their territory; that the State has allegedly violated the right to judicial protection by failing to provide an effective access to justice, particularly the right to property in accordance with communal traditions; and that Suriname has allegedly failed to adopt the necessary domestic provisions to provide such rights to the Saramakas.⁸²

Accordingly, the Inter-American Court, analyzing possible restrictions on the right to property regarding concessions for the exploration and extraction of certain natural resources, informed that Suriname needed to follow three safeguards in order to protect indigenous rights.⁸³ First, States need to guarantee an effective participation of the members of the indigenous community, in conformity with their customs and traditions. Secondly, they need to ensure the indigenous community's right to receive a reasonable benefit from the exploration and extraction of natural resources within their territory. Finally, independent and technically capable entities, with the State's supervision, must perform a prior environmental and social impact assessment of the indigenous community's territory.⁸⁴

In order to reach the decision that Suriname indeed breached Article 21 of the American Convention,⁸⁵ the Court mentioned foreign instruments and decisions. The Court referred to the Human Rights Committee affirming that in *Apirana Mahuika et al vs. New Zealand* it decided that the right to culture of an

82 *Case of Saramaka People vs. Suriname (2006) Inter-Am Ct HR Ser C N° 146, at para 2.*

83 *Ibid. at para 129.*

84 *Ibid.*

85 *Ibid. at 60-61.*

indigenous community under Article 27 of the ICCPR could be restricted if this indigenous community was able to partake in the decision to restrict such right.⁸⁶ Moreover, the Court mentioned Article 32 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which was approved by the UN General Assembly with the support of Suriname.⁸⁷

Accordingly, the Inter-American Court acknowledged the necessity to “ensure an effective participation of members of the Saramaka people in development or investment plans within their territory”.⁸⁸ Moreover, the Court mentioned the U.N. Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people who has reached a similar decision by affirming that that “[f]ree, prior and informed consent is essential for the [protection of] human rights of indigenous peoples in relation to major development projects”.⁸⁹ Furthermore, the Inter-American Court, besides referring to Article 15(2) of the ILO Convention n° 169, informed that the Committee on the Elimination of Racial Discrimination has stressed the necessity of prior informed consent of indigenous communities when major exploitation activities are planned in their territories and “that the equitable sharing of benefits to be derived from such exploitation be ensured.”⁹⁰ Thus, the Court concluded that Suriname breached, to the detriment of the members of the Saramaka people, the right to property crystalized in Article 21 of the American Convention on Human Rights and the right to judicial protection under Article 25.⁹¹

86 *Ibid. at para 130.*

87 *Ibid. at para 131.*

88 *Ibid. at para 133.*

89 *Ibid. at para 135.*

90 *Ibid. at para 140.*

91 *Ibid. at 60-61.*

In the case of *Moiwana Community*, the Inter-American Commission sustained that members of the Surinamese armed forces attacked the N'djuka Maroon village of Moiwana and murdered over 40 men, women and children, and destroyed their village.⁹² Moreover, those who were able to escape the attack allegedly fled into exile or internal displacement.⁹³ The Commission pointed out that there was no adequate investigation of the situation, nobody was prosecuted or punished and the survivors remained displaced from their lands.⁹⁴ Consequently, the indigenous peoples were allegedly “unable to return to their lands and to their traditional way of life”.⁹⁵ The Commission thus argued that although the attack itself occurred before Suriname’s ratification of the American Convention and its recognition of the Court’s jurisdiction, the denial of justice and the displacement of the Moiwana community fall under the subject to the Court’s jurisdiction.⁹⁶

The Inter-American Court reminded that Suriname’s duties to investigate, prosecute and punish the responsible individuals are not restricted to the calendar year of 1986. Accordingly, the Court can assess Suriname’s obligations from the date when it recognized the Court’s competence.⁹⁷ Moreover, it acknowledged the lack of effort from Suriname to provide effective remedies and its disregard for the communities’ traditions. The Court pointed out that the long-standing lack of effective remedies is

92 *Case of the Moiwana Community vs. Suriname (2005) Inter-Am Ct HR (Ser C) No. 124 at para 3. See also Cançado Trindade, “The Right to Cultural Identity”, supra note 36 at 491.*

93 *Ibid.*

94 *Ibid.*

95 *Ibid.*

96 *Ibid.*

97 *Ibid. at para 43.*

normally a source of suffering and anguish for victims and their family members.⁹⁸ Moreover, the Court argued that:

[T]he ongoing impunity has a particularly severe impact upon the Moiwana villagers, as a N'djuka people. As indicated in the proven facts (supra paragraph 86(10)), justice and collective responsibility are central precepts within traditional N'djuka society. If a community member is wronged, the next of kin – which includes all members of his or her matrilineage – are obligated to avenge the offense committed. If that relative has been killed, the N'djuka believe that his or her spirit will not be able to rest until justice has been accomplished. While the offense goes unpunished, the affronted spirit – and perhaps other ancestral spirits – may torment their living next of kin.⁹⁹

The Court pointed out that due to the impunity of the 1986 attack the members of the community are deeply concerned that they could once again face grave hostilities if they were to return to their traditional lands.¹⁰⁰ Furthermore, they are unaware of what has happened to the remains of their loved ones¹⁰¹ and that is a cause of great suffering because, according to their tradition, it is deeply important to possess “the physical remains of the deceased, as the corpse must be treated in a particular manner during the N'djuka death ceremonies and must be placed in the burial ground of the appropriate descent group”.¹⁰² Moreover, the abandonment of the Moiwana community's traditional lands disrupts the especial relationship they have with their ancestral territory.¹⁰³ Taking into account these facts, the Court

98 *Ibid.* at para 94.

99 *Ibid.* at para 95.

100 *Ibid.* at para 97.

101 *Ibid.* at para 100.

102 *Ibid.* at para 98.

103 *Ibid.* at para 102.

affirmed that Suriname breached Article 5 of the American Convention.¹⁰⁴ Evaluating whether Suriname breached Article 22 of the American Convention, the Court referred to the UN Human Rights Committee:

[T]he Tribunal shares the views of the United Nations Human Rights Committee as set out in its General Comment n°27, which States that the right to freedom of movement and residence consists, inter alia, in the following: a) the right of all those lawfully within a State to move freely in that State, and to choose his or her place of residence; and b) the right of a person to enter his or her country and the right to remain in one's country. In addition, the enjoyment of this right must not be made dependent on any particular purpose or reason for the person wanting to move or to stay in a place.¹⁰⁵

104 *Ibid. at para 103*. Article 5 of the American Convention spells out that: “1. every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected; 2. no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person; 3. punishment shall not be extended to any person other than the criminal; 4. accused persons shall, save in exceptional circumstances, be segregated from convicted persons, and shall be subject to separate treatment appropriate to their status as unconvicted persons; 5. minors while subject to criminal proceedings shall be separated from adults and brought before specialized tribunals, as speedily as possible, so that they may be treated in accordance with their status as minors; 6. punishments consisting of deprivation of liberty shall have as an essential aim the reform and social readaptation of the prisoners”. See American Convention on Human Rights, *supra* note 5 at Article 5.

105 *Case of the Moiwana Community vs. Suriname, supra* note 92 at *para 110*.

In order to extend the scope of Article 22(1) of the American Convention¹⁰⁶ in the light of refugee and displaced individuals, the Court mentioned the guiding principles of the UN Secretary General's Special Representative on Internally Displaced Persons.¹⁰⁷ Furthermore, to argue a continuing breach of Article 22 of the Convention, the Court referred again to the UN Human Rights Committee citing the case of a Colombian civil rights attorney who, after receiving death threats and suffering an attempt against his life, was forced into exile in the United Kingdom, which, according to the Committee, breached his right

106 This provision provides that “[e]very person lawfully in the territory of a State Party has the right to move about in it, and to reside in it subject to the provisions of the law.” See *American Convention on Human Rights*, *supra* note 5 at Article 22(1).

107 The Tribunal stresses the following principles: “1(1). Internally displaced persons shall enjoy, in full equality, the same rights and freedoms under international and domestic law as do other persons in their country. They shall not be discriminated against in the enjoyment of any rights and freedoms on the ground that they are internally displaced. 5. All authorities and international actors shall respect and ensure respect for their obligations under international law, including human rights and humanitarian law, in all circumstances, so as to prevent and avoid conditions that might lead to displacement of persons. 8. Displacement shall not be carried out in a manner that violates the rights to life, dignity, liberty and security of those affected. 9. States are under a particular obligation to protect against the displacement of indigenous peoples, minorities, peasants, pastoralists and other groups with a special dependency on and attachment to their lands. 14(1). Every internally displaced person has the right to liberty of movement and freedom to choose his or her residence. 28(1). Competent authorities have the primary duty and responsibility to establish conditions, as well as provide the means, which allow internally displaced persons to return voluntarily, in safety and with dignity, to their homes or places of habitual residence, or to resettle voluntarily in another part of the country. Such authorities shall endeavour to facilitate the reintegration of returned or resettled internally displaced persons”. See *Case of the Moiwana Community vs. Suriname*, *supra* note 92 at para 111.

of movement and residence.¹⁰⁸ Accordingly, the Inter-American Court concluded that Suriname breached Article 22(1) of the American Convention by failing to establish conditions and “provide the means that would allow the Moiwana community members to return voluntarily, in safety and with dignity, to their traditional lands”.¹⁰⁹

Furthermore, the Court asserted that although the Moiwana community members are not indigenous to the region (Moiwana Village was settled by N’djuka clans in the 19th Century), they “lived in the area in strict adherence to N’djuka custom and they are inextricably tied to these lands and the sacred sites”.¹¹⁰ In the light of these considerations, the Court concluded that Suriname breached Article 21 of the American Convention.¹¹¹ Moreover, the Inter-American Commission argued in its application that Suriname breached Articles 8 and Article 25 of the American Convention.¹¹² The Court sustained that Suriname’s “manifest inactivity” clearly failed to follow the principle of due diligence.¹¹³ It affirmed that it shares the same view of the United Nations Human Rights Committee which pointed out the lack of effective remedies available for victims of human rights violations in Suriname.¹¹⁴ The Court, thus, held the State breached Articles 8(1) and 25 of the American Convention.¹¹⁵

108 *Ibid.* at para 116. See also *Luis Asdrúbal Jiménez Vaca vs. Colombia*, U.N. Human Rights Committee, Communication N° 859/1999 (15 April 2002) at para 7.4.

109 *Case of the Moiwana Community vs. Suriname*, *supra* note 92 at para 120.

110 *Ibid.* at paras 132 and 133.

111 *Ibid.* at para 135.

112 *Ibid.* at 136.

113 *Ibid.* at para 156.

114 *Ibid.* at para 156. See also U.N. Human Rights Committee, *Concluding Observations: Suriname*, CCPR/CO/80/SUR, (2004).

115 *Case of the Moiwana Community vs. Suriname*, *supra* note 92 at para 164.

The Inter-American Court also pointed out that in 1992 the President of Suriname promulgated the “Amnesty Act 1989”, which grants amnesty to individuals who have committed certain criminal acts from January of 1985 to August of 1992, with the exception of crimes against humanity.¹¹⁶ The Court mentioned its own jurisprudence and declared that no domestic law or regulation can evade compliance with the Court’s orders to investigate and punish those who committed human rights violations.¹¹⁷

Accordingly, in this case, the Inter-American Court, following previous decisions, strengthened the protection of human rights in four different areas. First, following the reasoning of previous cases, it acknowledged the status of individuals as subjects of international law, including indigenous peoples. Second, the Court recognized that the individual legal personality includes an interpretation which takes into account the pluralistic world comprised of different individuals with different cultural, historical and religious backgrounds. The Court broadened the scope of the American Convention to cover special indigenous situations by reference to previous judgements and to other human rights instruments (in this case, to global instruments of protection). Fourth, the Court kept the tradition of advancing the reparations system of the American Convention moving beyond the recognition of the three generation of rights (civil and political; economic, social and cultural; and environmental and collective rights) to cover the right of international justice and the right of memory.

The Court ordered Suriname to issue an apology to its citizens and, moreover, to build a monument in the name of those who

116 *Ibid.* at para 165.

117 *Ibid.* at para 167.

lost their lives.¹¹⁸ These actions are aimed at preserving an idea of justice and to give hope to a population who suffered and almost lost their hope that a judicial system would ever hear their claims for help. Furthermore, it represents a message to future generations that justice can be reached at domestic and international levels with a work in coordination and a continuous development of human rights.

Accordingly, this pro individual interpretation of the Inter-American Court of Human Rights is basically rooted in Article 29 of the American Convention taking into account a teleological view of human rights based on the current evolution of international law. However, the Court does not define or go into details regarding a “current evolution”. This article, thus, seeks to show that the interpretation of the Inter-American Court, deeper than rooted in Article 29, is based on the whole inter-American human rights system established by the American Declaration and Convention which seek to bring together natural law and legal positivism in a framework that recognizes the individual legal personality in a pluralistic world. In other words, individuals are subjects of international law beyond the traditional sense of possessing rights and duties at the international level.¹¹⁹

Human rights bodies of the Organization of American States must recognize that individuals, bearers of rights and duties at the international plane, are not equal, but rather, they have different historical, religious, philosophical and cultural backgrounds. Individuals have the right to be acknowledged as different, as possessing their own views and particularities. The

118 *Ibid.* at 83.

119 On the elements of the international legal personality see Shaw, *supra* note 18 at 195-196. See also *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)*, [1949] 174 ICJ Reports at 178-179.

Inter-American Court in acknowledging this system furthers the paradigm of the human rights instruments of the OAS itself and crystalize the position that individuals are subjects of international law in a multicultural aspect.

Cançado Trindade, acknowledged the special nature of human rights treaties, which not only regulate State-State interests.¹²⁰ Indeed, human rights treaties are *sui generis*, that is, with unique characteristics, because they set *erga omnes* obligations to the whole international community and not only to States. Consequently, human rights treaties cannot be developed, interpreted, or applied without taking into consideration their special nature, which protects individuals taking into account their multicultural backgrounds.

4. Conclusion

Different individuals with different cultural, ethnic and philosophical backgrounds commonly share the same physical space. Some of those individuals could belong to the majority of this State's population and others would invariably fall within the minority section. Multiculturalism, as part of a human rights idea, acknowledges this diversity. Every human, individual or collectively considered, as part of a majority or minority section of society possesses rights and duties and must be acknowledged as a bearer of a legal personality by States' institutions and policies.

Cultural, ethnic and religious diversity can be accommodated within the universal system of international human rights

120 See Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Internacional dos Direitos Humanos* [Treatise on International Law of Human Rights] (Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997).

law. There is, thus, no conflict between the recognition of a multicultural society and the generally-vague provisions of the American Convention. Human rights treaties can be interpreted taking into account the diversity intrinsically part of the individual legal personality. As Cançado Trindade pointed out, “[a]ll cultures and religions are to foster respect for others, are open to minimum universal standards of respectful behavior, and to human solidarity, and acknowledge the human dignity of the human person”.¹²¹

Based on a multicultural perspective, States need to acknowledge and accommodate diversity. Accordingly, plurality impacts international human rights law in two different ways. First, it reaffirms that individuals, with all their particularities and cultural diversities, are subjects of international law. Second, international human rights courts have to ensure that States are indeed accommodating the cultural and ethnic groups within their territory.

In our view, the Inter-American Court of Human Rights, based on the pro homine principle, acknowledged the multicultural reasoning that individuals need to have their cultural particularities uphold by States. Accordingly, this regional court, based on a legal hermeneutical tool, accepted, at least to some extent, the pluralistic concept of the individual legal personality, especially in the case of indigenous peoples. Notwithstanding the fact that the Inter-American Court avoids mentioning words as multiculturalism or pluralistic personality, it acknowledged that indigenous peoples have a different culture which needs to be taking into account by States. The Court moved away from the initial traditional reasoning of the American Convention on Human Rights to extend its framework of protection to cultural

121 Cançado Trindade, “The Right to Cultural Identity”, *supra note 42 at 498*.

and ethnic minorities. This, in our view, represents an acceptance of the individual legal personality within a new multicultural framework.

Direitos humanos e direitos políticos: perspectivas e tendências do direito eleitoral perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

*Vitor de Andrade Monteiro**

O direito eleitoral é um ramo do direito público cujo objeto são os institutos, normas e procedimentos de regulação dos direitos políticos¹. Tradicionalmente, as questões relativas ao direito eleitoral são reservadas exclusivamente à jurisdição interna dos Estados. Assim, nessa concepção, a definição das regras de como o processo eleitoral deve transcorrer e o disciplinamento de quem está apto a dele participar são considerados assuntos domésticos do Estado.

Na atualidade, o direito eleitoral, em razão de sua importância na garantia dos direitos políticos e do ambiente democrático, é reconhecido como uma categoria abarcada pela força expansiva da proteção internacional dos direitos humanos. Desta forma, vícios no processo eleitoral que afetem o livre exercício dos direitos políticos e a manutenção do regime democrático são tidos na conta de violações a direitos humanos, ficando, assim, sujeitos ao sistema internacional de proteção desses direitos.

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Maceió/AL. Especialista em Direito Processual pela Escola da Magistratura de Alagoas – ESMAL/ESAMC. Pesquisador do Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Alagoas/UFAL. Maceió/AL. Telefone: +55 (82) 9917-9696 Correio eletrônico: vitoramonteiro@gmailcom

1 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 21.

Destarte, pode-se perceber que atos do Estado, tanto os produzidos pelo Executivo, como os oriundos do Legislativo e do Judiciário, que violem direitos humanos não podem ficar adstritos ao ordenamento interno. É que o caráter universal e objetivo dos direitos humanos impede que a sua proteção seja considerada como responsabilidade exclusiva de um Estado.

O reconhecimento dos direitos políticos como direitos humanos pode ser observado em diversos diplomas internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a democracia foi alçada a uma posição de destaque, servindo como um dos seus pilares de sustentação.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos traz em seu texto a previsão de que é direito do indivíduo a participação na formação da vontade do Estado. Violações a esse direito vêm sendo objeto de exame no Sistema Interamericano, que tem oferecido respostas efetivas à sua preservação.

Dessa forma, pode-se vislumbrar nesse sistema novas perspectivas de proteção a direitos políticos, que, muito embora se mostrem eficientes, até o presente momento são pouco exploradas no Brasil.

Nesse trabalho, em razão das limitações naturais a um artigo científico, não se tem a pretensão de esgotar o tema, ou tampouco, de apresentar conclusões definitivas sobre a questão em foco, mas, tão somente, apresentar novas perspectivas que possam contribuir para o desenvolvimento de uma problemática tão complexa e relevante como a ora examinada.

Para tanto, será inicialmente abordada a relação entre direito eleitoral, direitos políticos e direitos humanos. Em seguida,

serão apresentados dois casos examinados no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em que foram reconhecidas violações a direitos humanos no desenvolvimento do processo eleitoral nos Estados.

1. Direito eleitoral, direitos políticos e direitos humanos

Partindo do ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos, os direitos políticos, juntamente com os direitos civis, estão inseridos na chamada **primeira geração dos direitos humanos**, ou direitos de liberdade². Esses direitos possibilitam ao cidadão participar dos assuntos políticos e da construção da estrutura política do Estado³. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) definiu os direitos políticos como “*Los derechos políticos, entendidos como aquellos que reconocen y protegen el derecho y el deber de todos los ciudadanos de participar en la vida política de su país*”. Para a Corte, “*son por esencia derechos que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político*”⁴. Diferentemente dos direitos civis, que buscam salvaguardar uma esfera de

2 Zovatto, Daniel. *Los Derechos Políticos y los Derechos Humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San José de Costa Rica, 2000. Vale mencionar que parte da doutrina se refere a uma **quarta geração** que englobaria o direito a uma governança democrática. MÜLLER, Friederich. *Rule of law, humans rights, democracy and participation: some elements of a normative concept in Estudos Avançados de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 44-54 p. 45.

3 Miranda, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 573.

4 Corte IDH. Informe *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. 2009, Parágrafo, 18.

individualidade do cidadão em face do Estado, os direitos políticos viabilizam a integração do indivíduo na composição do corpo político estatal e a sua participação na formação da vontade do poder e de sua gestão⁵. Em outras palavras, os direitos políticos correspondem a titularidades que, consideradas em conjunto, são a mais ampla expressão da participação política⁶.

O exercício desse direito pode ser expresso por meio das capacidades eleitorais ativas – direito de votar – e passivas – direito a ser votado, bem como pela filiação a partido político, além de outros meios de democracia participativa, como plebiscito, referendo, iniciativa popular e proposição de ação popular⁷.

Uma vez que os direitos políticos decorrem da ideia de liberdade política e individual, e também da especial relação do cidadão com um determinado Estado, o acesso a esses direitos não pode ser concedido a todos os indivíduos, mas apenas àqueles que demonstrem a existência dessa particular relação. Marcelo Caetano ensina que o acesso dos indivíduos à participação do sufrágio popular, que corresponde à possibilidade de influência na formação da estrutura do ente estatal, deve ser limitado aos Estados aos quais estão relacionados de forma direta e imediata⁸.

Por muito tempo, a questão dos direitos políticos foi tratada como um tema situado no âmbito do direito interno, cabendo tão somente ao direito constitucional o estudo de seu exercício.

5 Ramos, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66.

6 Picado, Sonia. *Derechos políticos como derechos humanos*. In NOHLEN, Dieter; et al. (comps.). **Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina**. México: FCE, 2007, p. 46.

7 Idem.

8 Caetano, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 330.

Na atualidade, contudo, os direitos políticos são reconhecidos como uma categoria abarcada pela força expansiva da proteção internacional dos direitos humanos, incorporando, com isso, todo um conjunto de especial deproteção a eles garantido, com a aplicação dos critérios de interpretação próprios dessa seara.

Com efeito, é bastante difícil admitir nos dias de hoje uma tese que busque negar aos direitos políticos sua condição de direito humano⁹. Merece ser registrado, todavia, que um exame histórico demonstra que essa visão não foi a que sempre prevaleceu. A título ilustrativomenciona-se que a característica da universalidade do direito ao voto é algo ainda bastante recente na humanidade¹⁰.

Essa lembrança deixa claro que, por corresponderem a direitos humanos, os direitos políticos não podem ser considerados como um dado histórico, mas um construto que está em constante processo de construção e reconstrução¹¹. Isso pode ser observado não apenas em virtude da sua positivação em diplomas internacionais, mas também da evolução que é identificada na interpretação dos tribunais internacionais sobre esses direitos.

9 Picado, Sonia. *Derechos políticos como derechos humanos*. In Nohlen, Dieter; et al. (comps.). *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. México: FCE, 2007, p. 49.

10 Vale mencionar que a Suíça foi o último país ocidental a reconhecer o direito ao sufrágio feminino, o que só ocorreu em 1971, e ainda assim não em todos os seus cantões. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 286-287.

11 Arendt, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

Como conceito incompleto e inacabado, os direitos políticos seguem se aperfeiçoando à medida que a realidade social também evolui, surgindo, com isso, novas demandas e reclamos¹².

O reconhecimento dos direitos políticos como direitos humanos foi impulsionado pelo processo progressivo de constitucionalização, e posteriormente, de internacionalização dos direitos humanos¹³. No âmbito internacional, os direitos políticos vêm sendo objeto de reconhecimento e incorporação por diversos tratados e convenções de direitos humanos, passando a fazer parte do que hoje se conhece por direito internacional dos direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, de 1948, em seu artigo 21, proclama que os direitos políticos são inerentes a todo ser humano¹⁴, nestes termos: “Toda pessoa tem o direito a tomar parte do governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”. Em seguida, no mesmo artigo, a Declaração dispõe que “A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada na Conferência Internacional Americana de 1948, foi

12 Zovatto, Daniel. *Los Derechos Políticos y los Derechos Humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San José de Costa Rica, 2000.

13 Campos, Amalia Patricia Cobos. *Los Derechos Políticos y su Construcción como Derechos Humanos*. Quid Iuris, Año 8, Volumen 23, diciembre 2013/febrero 2014, p. 97-125.

14 **Direitos Humanos no cotidiano**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001.

o primeiro diploma regional a prever os direitos políticos como direitos humanos¹⁵, o que foi feito por meio do seu artigo XX.

A seu tempo, a Carta da Organização dos Estados Americanos, em seu artigo 2.b, apontou o princípio da democracia representativa como sendo um dos vetores daquele organismo internacional.

Com o advento do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁶, os direitos políticos experimentaram um notável fortalecimento normativo, porquanto deixaram de constar apenas como elemento integrante de um documento declaratório e passaram a incorporar um tratado internacional, que trouxe consigo um sistema efetivo de proteção e monitoramento¹⁷.

É importante registrar o papel de destaque dado pelos Sistemas Interamericanos de Direitos Humanos (Sistemas da Organização dos Estados Americanos – OEA – e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH) aos direitos políticos, à democracia representativa e à proteção dos direitos humanos, bem como a estreita e necessária relação entre eles.

Esse fortalecimento foi ainda mais notado com a edição da Carta Democrática Interamericana – CDI, que, embora não tenha natureza jurídica de tratado, é reconhecida como a interpretação autêntica das normas da Carta da OEA que tratam acerca do

15 *Artículo XX. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.*

16 Picado, Sonia. *Derechos políticos como derechos humanos*. In NOHLEN, Dieter; et al. (comps.). *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. México: FCE, 2007, p. 49.

17 *Ibidem*, p. 54.

regime democrático¹⁸. A CDI traz o reconhecimento de que a democracia representativa é essencial para o desenvolvimento social, político e econômico dos povos. A importância dada à democracia representativa no âmbito da OEA é tão grande que a ruptura do regime democrático é a única hipótese de sanção clara que pode ser imposta a um Estado-membro¹⁹.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH – também consagra a relevância da democracia representativa no sistema regional de proteção, referindo-se a ela como a forma adotada, aberta e explicitamente, pelos Estados-membros da OEA. Para a Comissão, o marco democrático é o elemento central para o estabelecimento de uma sociedade política na qual podem ser exercidos os direitos humanos em sua plenitude²⁰.

Ao ser provocada pelos governos da Argentina e do Uruguai, a Corte Interamericana apresentou a Opinião Consultiva (OC-13/93), onde deixou clara sua visão acerca do tema:

como ya lo ha dicho la Corte, el concepto de derechos y libertades y de sus garantías (según el Pacto de San José) es inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. Dentro de tales valores y principios aparece que “la democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”. Ha señalado también la Corte que “el principio de la legalidad, las instituciones democráticas y

18 Carvalho Ramos, André de. **Processo Internacional dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 206.

19 Ibidem, p. 209. Com a edição do Protocolo de Washington, em 1992, o artigo 9º da Carta da OEA passou a ter nova redação, permitindo a suspensão de qualquer Estado-membro cujo governo tenha sido destituído de forma ilegítima.

20 Zovatto, Daniel. **Los Derechos Políticos y los Derechos Humanos en América Latina**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San José de Costa Rica, 2000.

el estado de derecho son inseparables y que en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, trouxe a previsão de vários direitos políticos específicos, em termos semelhantes à DUDH. Em seu artigo 23, a Convenção de San José estabeleceu que todo indivíduo tem direito:

a) a participar da condução dos assuntos públicos; b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

No item 2 do artigo 23 da citada Convenção, consta uma importante previsão que estabeleceu limites ao exercício dos direitos políticos. O dispositivo instituiu hipóteses em que esses direitos podem sofrer restrições, que são, **exclusivamente**: a) por motivo de idade, nacionalidade, residência, instrução, capacidade civil ou mental; ou b) **condenação, por juiz competente, em processo penal**.

Dessa forma, é possível que as constituições de cada Estado possam determinar quais as pessoas legalmente habilitadas ao exercício dos direitos políticos²¹. O direito político, em si mesmo, está garantido e protegido internacionalmente, ainda que de forma subsidiária à proteção doméstica²².

21 No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe diversas condições para o exercício dos direitos políticos nos artigos 14 a 17. Exemplo disso é a exigência de nacionalidade brasileira, idade mínima, alfabetização, condição de elegibilidade etc.

22 Zovatto, Daniel. *Los Derechos Políticos y los Derechos Humanos en*

Destarte, é possível constatar a destacada posição dos direitos políticos na consolidação do ideal democrático²³, viabilizando, através da realização de eleições livres, periódicas e legítimas, meios para a efetiva participação do indivíduo na formação da vontade do Estado. Com efeito, a necessidade de busca de um ambiente democrático nos Estados se mostra imperativa na medida em que a experiência demonstra que os governos forjados em um contexto de eleições democráticas são aqueles que apresentam uma proteção mais sólida e efetiva dos direitos humanos.

Nesse sentido, o desrespeito a regras jurídicas que consubstanciam direitos políticos corresponde à violação de direitos humanos, podendo submeter-se aos mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos.

2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Direitos Políticos

Não parece ser uma tarefa difícil imaginar a atuação de cortes internacionais diante de situações de evidente ruptura de regime democrático. É que essas circunstâncias caracterizam uma grave afronta à própria existência de um Estado, influenciando profundamente suas relações internas, bem como com as demais nações. No âmbito da OEA, por exemplo, essas circunstâncias configuram hipótese de convocação imediata do Conselho

América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San José, 2000.

23 Para César Saldanha Júnior, o ideal democrático consiste “na harmonização interna do duplo aspecto da democracia: substancial – uma concepção filosófica relativa aos fins do Estado – e o instrumento, ou seja, um processo político de base popular. SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. **Crise da Democracia no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 29.

Permanente²⁴ e podem resultar na suspensão do Estado-membro que provocou a ruptura ilegítima do sistema democrático. André de Carvalho Ramos informa que essa convocação já foi realizada pelo menos em quatro ocasiões: Haiti (1991), Peru (1992), Guatemala (1993) e Paraguai (1996)²⁵.

Situação mais controversa, todavia, ocorre quando se está a analisar violações de menor visibilidade, mas que também possuem grande reverberação na formação das estruturas democráticas de um Estado. Uma dessas formas de abuso bastante comuns no âmbito dos Estados latino-americanos é o desrespeito a regras relativas ao exercício dos direitos políticos, em especial ao direito à elegibilidade.

Serão apresentados, em seguida, dois casos examinados no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que versam justamente sobre restrições ao exercício de direitos políticos.

a. Caso López Mendoza Vs. Venezuela²⁶

O Caso López Mendoza vVs. Venezuela, foi levado a exame perante a Corte IDH em dezembro de 2009, e se refere à análise da responsabilidade internacional do Estado venezuelano em razão de ter tornado inelegível o senhor Leopoldo López Mendoza para o exercício de função pública e tê-lo impedido de participar das eleições regionais do ano de 2008.

24 Essa hipótese foi criada a partir da adoção do “Compromisso de Santiago com a Democracia e Renovação do Sistema Interamericano” e da edição da Resolução sobre Democracia Representativa, também conhecida como “Resolução 1.080” da OEA.

25 Carvalho Ramos, André de. **Processo Internacional dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 206.

26 Corte IDH, Série C Nº 233, julgamento em 1º de setembro de 2011.

López Mendoza foi eleito para o cargo de Prefeito da cidade de Chacao, que faz parte da região metropolitana de Caracas, em 2000, sendo reeleito em 2004 com 80% dos votos²⁷ e ocupando o cargo até 2008. Na época em que sofreu a sanção de inabilitação, era um dos maiores opositores político ao governo de Hugo Chávez, contando com cerca 70% do apoio popular no momento da eleição de 2008²⁸. Além dele, centenas de outros venezuelanos opositoristas também foram impedidos de concorrer àquele pleito.

Ao encerrar seu mandato de gestor da cidade de Cachao, López Mendoza anunciou seu interesse em concorrer à Prefeitura de Caracas. Contudo, não conseguiu candidatar-se ao cargo em decorrência de duas sanções de inabilitação que lhe foram impostas pelo Controlador-Geral da República, em dois processos administrativos distintos.

No primeiro deles, o senhor López Mendoza foi condenado por um suposto conflito de interesses que teria ocorrido quando ainda trabalhava, antes de ser Prefeito, na estatal venezuelana de petróleo – PDVSA²⁹. Nesse processo, ele foi condenado ao pagamento de multa e à inabilitação para o exercício de funções públicas por três anos, prazo máximo permitido em lei para a hipótese.

27 Informação disponível em <http://www.cne.gob.ve/regionales2004>, acessado em 22/11/2014.

28 Fonte: *Humans Right Foundation*. Disponível em <http://humanrightsfoundation.org/news/behind-exhumation-of-simon-bolivar-is-hugo-chavez8217s-warped-obsession-00180>, acessado em 22/11/2014.

29 O fato que ensejou a condenação administrativa foi o recebimento, pela Associação Civil Primeiro Justiça, da qual López Mendoza era membro fundador, de doação oriunda da empresa PDVSA. Essa doação foi realizada por meio de convênio, e o conflito de interesses ocorreria por conta de ele ser funcionário da empresa petrolífera, e de sua mãe ter sido quem autorizou a doação, na qualidade de Gerente de Assuntos Públicos da Divisão de serviços da PDVSA.

O segundo caso decorreu de sua atuação como Prefeito, mais especificamente do suposto uso indevido do orçamento. A acusação sofrida por López Mendoza foi a de ter permitido a utilização de recursos públicos para uma finalidade diferente da prevista na lei orçamentária, mas que também seria de interesse público. Por conta disso, ele foi condenado ao pagamento de multa e à inabilitação para o exercício de funções públicas pelo período de seis anos.

O ponto central da demanda apresentada à Corte IDH residiu no exame dos fundamentos que ensejaram a aplicação das sanções de inelegibilidade impostas ao senhor López Mendoza, as quais decorreram de decisão administrativa³⁰ e que o impediram de registrar sua candidatura para cargos de eleição popular. Coube à Corte, então, analisar se essas restrições de direito, e seus efeitos, eram compatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Ao apreciar o caso, a Corte IDH registrou que:

el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.

A Corte IDH entendeu que o caso deveria ser resolvido por meio da aplicação direta do disposto no artigo 23 da Convenção

30 A petição foi apresentada em 04 de março de 2008, remetida à Corte IDH em 14 de dezembro de 2009 e sentenciada em 1º de setembro de 2011.

Americana³¹, que apresenta as hipóteses de restrição do direito à elegibilidade. Para a Corte, muito embora o senhor López Mendoza tenha podido exercer outros direitos políticos, restou devidamente comprovado que ele foi privado do exercício do direito ao sufrágio passivo, em outras palavras, que foi impedido de exercer seu direito à elegibilidade, sem que nenhum dos permissivos legais estivesse presente.

Ademais, a Corte IDH entendeu que a Controladoria-Geral da República da Venezuela, em sua decisão administrativa condenatória, teria se limitado a expor os fatos pelos quais o senhor López Mendoza foi declarado responsável pelo Diretor de Determinação de Responsabilidades, sem apresentar as razões que efetivamente motivaram sua decisão. No entendimento da Corte, isso configurou violação do direito ao exercício regular da defesa e do dever de motivação dos atos administrativos. Além disso, a ausência de motivação resultou mais prejudicial diante do fato de que a pena de inabilitação era a mais gravosa.

Um aspecto bastante interessante do caso López Mendoza é o fato de inexistir, na legislação venezuelana, a previsão de um lapso para que a Controladoria-Geral imponha as sanções acessórias quando for declarada a responsabilidade

31 Artigo 23 - Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
- b) de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades, a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

administrativa de um indivíduo³². Ou seja, após a condenação administrativa, a Controladoria-Geral poderia aplicar a pena acessória – que pode ser a inabilitação – quando melhor lhe aprouvesse. Deixa-se, desse modo, uma porta escancarada para o cometimento de abusos, já que se torna possível aguardar o “melhor momento” para impedir que um eventual adversário político registre sua candidatura.

Para a Corte, a falta de disciplinamento de prazo para a aplicação da sanção acessória viola o direito de certeza e clareza da norma, e ofende a segurança jurídica que deve permear os procedimentos administrativos de natureza sancionatória³³.

Assim, o julgamento reconheceu a responsabilidade do Estado da Venezuela pela violação de direitos reconhecidos pela Convenção Americana do senhor López Mendoza e determinou que a ré deveria tornar sem efeito as decisões administrativas que resultaram na inabilitação do peticionante para o exercício

32 Diante desse quadro, o Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela estabeleceu nos casos posteriores a esse, jurisprudencialmente, um prazo de cinco anos para a aplicação das penas acessórias, tomando como referência o prazo de prescrição das ações administrativas. Contudo, a Corte IDH também entendeu que esse prazo seria excessivamente longo e configuraria discricionariedade excessiva.

33 Ao julgar o Caso Malone Vs. Reino Unido, o Tribunal Europeu registrou a necessidade da limitação da discricionariedade dos atos do Estado: *“a law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion (...)The degree of precision required of the “law” in this connection will depend the particular subject-matter (...)it would be contrary to the rule of law for the legal discretion garanted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference”*. CEDH, julgamento em 2 de agosto de 1984, Série A, N° 82, para. 68.

de funções públicas. A Corte determinou ainda, como forma de garantir a não repetição, que o Estado da Venezuela ajustasse sua legislação de forma a assegurar a previsibilidade e a clareza das sanções decorrentes de decisões administrativas. Por fim, o tribunal internacional registrou a necessidade da realização de um “diálogo entre Cortes”, a fim de que os órgãos internos dos Estados, independentemente de alteração legal observem e incorporem a jurisprudência da Corte de San José em suas decisões judiciais e administrativas.

b. Caso Petro³⁴

A Procuradoria-Geral da Nação da Colômbia, em janeiro de 2013, abriu uma investigação disciplinar em desfavor do senhor Gustavo Francisco Petro Urrego, Prefeito da Cidade de Bogotá, em virtude de supostas irregularidades na prestação de serviços públicos de limpeza na capital colombiana. As acusações contra o senhor Petro decorreram de alterações realizadas no esquema de prestação desses serviços – que deixaram de ser realizados por concessionárias privadas e passaram a ser executados pelo ente público – e que teriam sido promovidas a fim de enfrentar uma crise que ocorria em sua prestação. Alegou-se que essas mudanças de sistemática de prestação dos serviços promovidas pela prefeitura teriam provocado danos ambientais à cidade de Bogotá.

Os fatos imputados ao senhor Petro estão relacionados à assinatura de contrato interadministrativo com entidades distritais e à expedição de dois decretos – emitidos em 10 e 14 de dezembro de 2012.

34 Caso “*Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia*”, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Medida Cautelar n° 374-13, de 18 de março de 2014.

Em 09 de dezembro de 2013, após apresentação e julgamento de recursos, a Procuradoria-Geral da Nação emitiu uma decisão declarando que o senhor Petro Urrego seria responsável pelos danos ambientais causados pelas falhas na prestação dos serviços de limpeza, impondo-lhe sanção de destituição do cargo e inabilitação geral por 15 anos.

Os peticionantes, na Corte IDH, alegaram que não haveria no sistema judicial e recursal colombiano um instrumento que permitisse, de forma sensível, efetiva e rápida, o afastamento da lesão decorrente do ato administrativo emanado da Procuradoria-Geral da Nação. Para eles, os recursos disponíveis poderiam levar mais de cinco anos para desfazer o ato sancionatório, e por essa razão seriam inidôneos para proteger os direitos humanos em questão. Afirmaram que se estaria diante de situação grave e urgente, havendo riscos de ocorrência de danos irreparáveis.

A CIDH registrou, com fundamento no artigo 41(b) da Convenção Americana e no artigo 18 do seu Estatuto, a possibilidade de concessão de medidas cautelares em hipóteses de gravidade, urgência e irreparabilidade. Ressaltou que essas medidas têm uma dupla natureza: cautelar e tutelar³⁵. O aspecto tutelar da medida se refere ao intuito de evitar um dano irreparável e preservar o exercício de direitos humanos. O cautelar, por sua vez, tem por escopo proteger uma situação jurídica enquanto a questão está sendo examinada pela Corte; em outras palavras, busca assegurar o *effet utile* da decisão de fundo e, assim, evitar lesões ao direito humano tratado.

35 Esse duplo caráter foi reafirmado recentemente pela Corte IDH ao conceder medida cautelar contra o Brasil, no Caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Corte IDH, Resolução expedida em 14 de novembro de 2014. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01.pdf>, acessado em 22 de novembro de 2014.

Ao analisar os requisitos para a concessão da medida cautelar – de gravidade, urgência e irreparabilidade – a CIDH, em decisão de 18 de março de 2014, entendeu que todos eles estariam presentes na demanda em exame e determinou que o Governo da Colômbia suspendesse imediatamente os efeitos da decisão da Procuradoria-Geral da Nação de 09 de dezembro de 2013, que destituiu e tornou inelegível o peticionante, *“a fin de garantizar el ejercicio de los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego y pueda cumplir con el período para el cual fue elegido”*.

Todavia, no dia 19 de março de 2014, dia seguinte à decisão da Comissão, o Presidente da Colômbia, alegando cumprimento à decisão da Procuradoria-Geral da Nação, desconsiderou o teor da medida cautelar concedida e destituiu o senhor Petro Urrego do cargo de Prefeito da cidade de Bogotá.

O Tribunal Superior de Bogotá foi acionado por um cidadão que alegou que o descumprimento da decisão da CIDH – com a destituição de Petro Urrego – teria gerado uma violação de seus direitos políticos. Em 22 de abril de 2014, o Tribunal determinou que o Presidente colombiano reconduzisse o senhor Petro Urrego ao cargo de Prefeito da cidade de Bogotá. Essa decisão do Tribunal foi cumprida pelo Presidente no dia seguinte.

c. Novas perspectivas na proteção dos direitos políticos

Os dois casos analisados, muito embora possuam características bastante distintas, apresentam, cada qual a seu modo, novas perspectivas para a proteção do indivíduo contra violações a seus direitos políticos por meio do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Essas decisões são uma demonstração de como o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos tem um papel importante na consolidação e na salvaguarda desses direitos na atualidade.

Cançado Trindade³⁶ relembra que há quatro décadas foram estabelecidas as bases da internacionalização dos direitos humanos, e afirma que:

hoy día, es posible que estemos delante de la etapa inicial de formación de otro fenómeno igualmente alentador y de grandes dimensiones y implicaciones: el de la promoción internacional de la propia democracia y del Estado de Derecho.

Com efeito, restou destacada a dimensão objetiva dos direitos humanos, por meio da qual não se pode concebê-los apenas como posições jurídicas conferidas a indivíduos, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltados à satisfação e à proteção desses direitos subjetivos dos indivíduos³⁷.

Nesse sentido, uma decisão administrativa ilegítima que impede um indivíduo de registrar sua candidatura a cargos públicos não pode ser vista somente como uma lesão a um direito subjetivo. A dimensão objetiva desses direitos impele os Estados a criarem mecanismos e procedimentos voltados à prevenção da ocorrência de violações aos direitos protegidos. Nesse mesmo sentido é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para a qual o Estado responde internacionalmente por violações aos direitos que ele está obrigado a proteger³⁸.

36 Cançado Trindade, Antônio Augusto. Democracia y derechos humanos: el regimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho. In NIETO NAVIA, Rafael (editor). “La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, p. 515 e ss.

37 Carvalho Ramos, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 237.

38 Carvalho Ramos, André de. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 89-93.

Assim, fica evidente que as violações a direitos políticos, como direitos humanos que são não podem ser limitadas ao exame da jurisdição interna. Isso se torna especialmente relevante tendo em vista que, para o direito internacional são indiferentes as espécies de atos violadores de direitos humanos produzidos por um Estado. Com efeito, independentemente de sua natureza – ato administrativo, ato judicial ou ato legislativo –, todos eles são considerados meros fatos na análise da responsabilidade internacional do Estado³⁹.

Dessa forma, mesmo que a violação decorra de um julgamento judicial da mais alta corte de um país, ela será considerada como mero ato produzido por este Estado que violou direitos humanos, já que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são apenas partes das atribuições e competências deste mesmo Estado. Por essa razão, é importante o papel do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos, para que se evite que o violador seja o julgador de sua própria violação.

Nesse passo, os casos examinados acima servem como um alerta para os riscos a que se expõe a democracia diante de um processo eleitoral viciado, e para a necessidade de garantia de um sistema eleitoral adequado à preservação do regime democrático e da proteção de direitos humanos.

A democracia é experimento inacabado que deve ser constantemente reinventado, a fim de se adaptar à realidade em que resta inserida. Na América Latina, a democracia é uma conquista ainda muito recente. A região é historicamente marcada por diversos governos ditatoriais, especialmente no contexto da Guerra Fria. Foi apenas em 1991 que, pela primeira vez na história, todos os países-membros da Ordem dos Estados Americanos – OEA – passaram a ser efetivamente democracias⁴⁰.

39 Carvalho Ramos, André de. **Processo Internacional dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 397.

40 Carvalho Ramos, André de. **Processo Internacional dos Direitos**

Observa-se que a democracia na região ainda se encontra em um processo incipiente de maturação e, portanto, mais sujeita a percalços e tribulações⁴¹. Nesse contexto, o processo eleitoral tem uma importância central na garantia de sua consolidação.

O processo eleitoral é o meio pelo qual se transfere a vontade do eleitor, considerada como a expressão de sua soberania individual, para um representante eleito. É esse processo que legitima a atuação de alguns poucos em nome do todo. Quando o resultado obtido com o processo eleitoral não coincide com a vontade do eleitor – dito de outra forma, quando os eleitos não representam, de fato, a vontade de quem os elegeu –, é sinal de que esse processo não cumpriu sua *raison d'être*, dando margem a uma inegável afronta ao direito à democracia.

Os julgamentos examinados apresentam novas possibilidades para o direito eleitoral brasileiro. E por diversas razões.

De plano, uma conclusão que se extrai da análise dos casos apresentados é a necessidade do abandono da ideia de que o processo eleitoral, com a escolha de candidatos e do efetivo exercício do mandato, se encerra no âmbito interno do Estado. Em outras palavras, vícios no processo eleitoral, incluindo questões quanto à elegibilidade, por caracterizarem violações a direitos humanos, estão sujeitos à responsabilização por Cortes Internacionais de Direitos Humanos às quais o Brasil está submetido.

Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 203.

41 Tratando acerca da evolução da democracia na América: RAMIREZ, Sergio Garcia. *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): some pertinent questions*. Disponível em <<http://humanrights.nd.edu/assets/134035/garciaramireziaeng.pdf>>, acessado em 10/9/2014, p. 2-7.

Desta forma, em razão da repercussão do direito eleitoral na formação de um regime democrático, abre-se a possibilidade para uma nova dimensão de apreciação de suas normas.

Com efeito, as limitações impostas ao exercício dos direitos eleitorais devem guardar, além de compatibilidade com o conteúdo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, coerência com a interpretação da Corte IDH.

Isso ficou evidente no Caso López Mendoza, quando a Corte IDH destacou a necessidade de que os tribunais locais observem as interpretações emanadas daquele órgão internacional ao realizarem o controle de convencionalidade.

Reafirmou-se, assim, a necessidade da realização do chamado “Diálogo de Cortes”⁴². Esse diálogo busca reforçar a natureza universal das normas dos direitos humanos, de forma que o conteúdo do texto convencional seja único para todos os países-membros, e não o resultado da interpretação de seus tribunais internos. Visa-se, assim, evitar o que André de Carvalho Ramos chamou de “truque de ilusionista”⁴³; mediante tal expediente, os Estados aceitam o teor dos documentos internacionais, mas na prática os descumprem, aplicando-os conforme seu próprio entendimento e permitindo a existência de diversas “Convenções Americanas sobre Direitos Humanos”, cada país tendo a sua própria⁴⁴.

42 Acerca do tema, cf. CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In AMARAL JÚNIOR, Alberto do e JUBILUT, Lyliana Lyra (orgs.). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, p. 805-850.

43 Ramos, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos. In **Revista CEJ**. Brasília, v. 29, 2005, pp. 53-63

44 Apresentando forte crítica acerca da interpretação localista das

García Ramírez destaca que, como foi conferida à Corte IDH o poder de interpretar a Convenção Americana, cabe a ela definir o significado e o sentido de suas normas, não apenas em relação ao caso concreto, mas também às demais hipóteses provenientes do exame desse caso⁴⁵.

A efetivação desse “Diálogo entre Cortes” não importa simplesmente na interpretação dos tratados e convenções pelos tribunais locais, mas, sobretudo, na repercussão das interpretações das cortes internacionais nos tribunais internos.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal ainda é bastante raro localizar julgados em que foram examinadas decisões internacionais sobre direitos humanos⁴⁶. No Tribunal Superior Eleitoral, o quadro é ainda mais escasso. Pesquisando as expressões mais comumente utilizadas⁴⁷, foram encontrados no repertório de jurisprudência dessa Corte apenas três julgados que fazem referência a dispositivos da Convenção Americana

normas internacionais de direitos humanos, André de Carvalho Ramos sustenta: *de que valeria a adesão brasileira a tratados que pregam a universalidade dos direitos humanos se a interpretação prevalecente for sempre a interpretação nacional? A pretensão universal dos direitos humanos se perderia, novamente, no localismo das interpretações, sujeitas às maiorias do momento.* CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 148.

45 Ramirez, Sergio Garcia. *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): some pertinent questions*. Disponível em <<http://humanrights.nd.edu/assets/134035/garciaramireziaeng.pdf>>, acessado em 10/9/2014, p. 19.

46 Ibidem, p. 309.

47 Pesquisa realizada em 19/11/2014. Foram pesquisadas as seguintes expressões: Convenção Americana sobre Direitos Humanos, direitos humanos, Pacto de San José, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Corte IDH e CIDH.

sobre Direitos Humanos, e em nenhum dos casos foi feita menção alguma a decisões da Corte IDH.

Os casos anteriormente estudados apresentam uma perspectiva de que sejam levadas à discussão, perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, questões bastante sensíveis acerca do processo eleitoral brasileiro e que ensejam questionamentos sobre uma possível crise democrática vivenciada no país, tais como as regras que impedem o “*one man one vote*”, o “voto às cegas”, o colapso do sistema de partidário brasileiro, a falta de transparência nos mecanismos de financiamento, dentre outros. Esses são alguns dos fatores que geram uma crise de representatividade dos candidatos eleitos, e que ficaram bastante evidenciados nas manifestações e protestos⁴⁸ realizados em julho de 2013⁴⁹.

Pôde ser visto no Caso Petro que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui mecanismos aptos a sanar graves lesões de direitos humanos com a presteza e a efetividade que a situação requer. Observou-se que a Comissão IDH expediu

48 Essas reivindicações por fortalecimento no processo democrático podem ser evidenciadas também em diversas outras regiões do mundo a exemplo do ocorrido recentemente em Hong Kong - na chamada “Revolução dos Guarda-chuvas” ou “Primavera Asiática”, e no Oriente Médio e Norte da África, em uma forte onda revolucionária democrática conhecida como Primavera Árabe.

49 Clémerson Merlin Clève afirmou em recente palestra que, antigamente, no Brasil, havia uma *representação verdadeira* formada por *eleições fraudadas* e que, hoje, nós temos uma *representação inautêntica* derivada de *eleições verdadeiras*. O jurista afirma que a voz das ruas, ecoada em julho de 2013, confirma essa visão, já que demonstrou que os brasileiros não se sentiam representados pelos políticos que elegeram, pois seus pleitos não eram ouvidos e as suas agendas não coincidem com a de seus representantes. Palestra realizada no Conselho da Justiça Federal em 4/9/2013, intitulada “Democracia e seu desenho institucional: reflexões sobre os 25 anos da Constituição de 1988”.

medida cautelar solicitando a suspensão do ato lesivo em prazo bastante razoável, cerca de três meses após a edição da decisão de inabilitação.

Esse caso demonstra que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não se presta apenas a punir os Estados por lesões já ocorridas, oferecendo uma possível reparação ao indivíduo que teve seu direito humano violado. Com efeito, esse sistema dispõe de mecanismos capazes de influir imediatamente nas situações de violação, evitando a ampliação da lesão sofrida.

Quando se trata de violação ao direito à elegibilidade, mais do que apenas uma lesão a quem sofreu mitigação do seu direito político, se está a falar, acima de tudo, no direito da sociedade de ver o candidato eleito cumprir efetivamente o mandato para o qual foi eleito. O impedimento do exercício do mandato priva os cidadãos da possibilidade de participar da formação das diretrizes do país por meio de seu representante eleito.

Por outro lado, a perda do direito de exercer o mandato não pode ser simplesmente convertida num valor econômico, nos moldes do sistema europeu da satisfação equitativa, ou materializada numa sentença que ateste sua razão depois de alguns anos. A violação a direitos políticos deve ser antes de tudo evitada.

Assim, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos deve servir como um mecanismo adicional na proteção dos direitos políticos dos indivíduos, auxiliando na garantia e na manutenção de um processo eleitoral democrático e efetivo⁵⁰.

50 Sustenta García Ramírez que: *Unlike other international tribunals and supervisory mechanisms, the Inter-American Court ask now how to assume – with realism and efficacy – that which I understand is its institutional role as a human rights tribunal in the region where it operates: an agency for generating renewed Inter-American human rights law, which establishes, by me an so address in themes in especially transcendent cases, the criteria which will guide the national courts in*

Nesse sentido, vale destacar que incumbe primariamente aos Estados o dever de garantir o exercício dos direitos políticos e prevenir sua violação, além de, eventualmente, reparar as lesões ocasionadas. Desta forma, prevalece a ideia de subsidiariedade dos mecanismos internacionais de proteção e apuração de violações de direitos humanos, que somente podem ser acessados após o fracasso desse dever do Estado. Por essa razão, o esgotamento das vias internas é tido como uma das condições de acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Ademais, a Corte IDH tem o papel de emitir determinações gerais para a formação do *ius commune* na região, não devendo ser confundida com uma Corte de *quarta instância*. A jurisdição interamericana de direitos humanos se dedica à análise da conduta do Estado, não tendo a pretensão de reapreciar julgamento nacional, mas sim obrigar o Estado a respeitar compromissos de direitos humanos assumidos. Em verdade, a Corte não faz o papel de tribunal de apelação, mas realiza o **controle de convencionalidade**, aferindo se os atos praticados pelo Brasil se amoldam às previsões da Convenção ADH⁵¹.

Desta forma, identifica-se o destacado papel que a jurisdição interamericana de direitos humanos desempenha na garantia e

a broad process of their reception of Inter-American Law. RAMIREZ, Sergio Garcia. ***The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): some pertinent questions.*** Disponível em <<http://humanrights.nd.edu/assets/134035/garciaramireziaeng.pdf>>, acessado em 10/9/2014, p. 19.

51 Ao julgar o Caso “Villagran Morales e Outros”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos rejeitou a exceção apresentada pela Guatemala, considerando que “a demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende a revisão da sentença da Corte Suprema da Guatemala, mas solicita declarar que o Estado violou vários preceitos da Convenção Americana (...)”. Daí caber sua responsabilização. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 385.

proteção dos direitos políticos, bem como os reflexos que essa atuação pode gerar na consolidação de um ambiente democrático na América.

3. Conclusão

O atual estágio de desenvolvimento do Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos conduz ao reconhecimento de sua força expansiva e, por consequência, à sua penetração em diversas searas do direito.

O direito eleitoral, dada a sua vocação voltada à consolidação do ideal democrático, apresenta-se como uma das categorias dos direitos humanos, restando, portanto, incluído na esfera de atuação do sistema internacional de proteção desses direitos.

Pôde-se observar nos casos analisados que o Sistema Interamericano dispõe de mecanismos efetivos para a garantia dos direitos políticos do indivíduo, oferecendo respostas concretas às violações identificadas, mas que, todavia, ainda não vêm sendo devidamente explorados no cenário jurídico brasileiro.

Evidencia-se, assim, que as violações a direitos humanos decorrentes do processo eleitoral dão margem à apreciação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte IDH, o que enseja, cada vez mais, novas possibilidades para a proteção dos direitos violados.

Em uma perspectiva mais prática, tem-se uma oportunidade para aquele que se viu ilegitimamente privado da possibilidade de concorrer às eleições ou impedido de exercer o mandato para o qual foi eleito, de afastar essa lesão, garantindo, com isso, o pleno exercício de seu direito.

Destarte, viu-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos se apresenta como uma alternativa pouco explorada, mas que possui um potencial bastante significativo para a proteção dos direitos eleitorais, como expressão da face democrática dos direitos humanos.

La educación con enfoque de derechos humanos como práctica constructora de inclusión social

Ana María Rodino*

1. Propósito y puntos de partida: la educación con enfoque de derechos humanos

Educación, derechos humanos e inclusión social son las condiciones esenciales para alcanzar el desarrollo de las sociedades humanas y de las personas – concepto por el cual entiendo, siguiendo a Amartya Sen¹, que todas las personas podamos llevar una vida libre, protegida y feliz. **Educación** significa el poder enseñar, aprender y crecer al máximo de nuestras posibilidades; **derechos humanos**, que se respete nuestra dignidad como seres humanos y todas las exigencias que de ella se derivan; **inclusión social**, que seamos parte y partícipes plenos de una comunidad, con igualdad de oportunidades para el disfrute de los bienes naturales y culturales

* Argentina-costarricense. Investigadora de la Universidad Estatal a Distancia y del Programa Estado de la Educación Costarricense (Costa Rica); docente de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad de Buenos Aires (Argentina); Consultora Educativa del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Una primera versión reducida de este trabajo fue expuesta como Conferencia Inaugural en “19º Encuentro de Pesquisa Educacional do Norte e Nordeste”, organizado por la Universidade Federal da Paraíba, Brasil, 2009.

1 Sen, Amartya, *Development as freedom*. Oxford University Press, Oxford, 1999.

disponibles, materiales tanto como simbólicos. Cada concepto es muy relevante por sí mismo, pero más importante todavía es comprender su interacción.

Ese es el propósito general de este trabajo, que puede desagregarse en tres objetivos específicos. Primero, examinar los vínculos e influencias mutuas entre educación, derechos humanos e inclusión social. Segundo, analizar cómo los progresos recientes de la doctrina y la práctica de la educación vista con enfoque de derechos humanos, están guiados precisamente por la preocupación por promover la inclusión social. Tercero, mostrar que al concebir la educación con enfoque de derechos humanos, se descubren distintos espacios de acción político-pedagógica desde los cuales se puede y se debe construir inclusión social.

Mi visión se apoya en dos puntos de partida centrales. Uno, que los conceptos de educación y derechos humanos van de la mano, o sea, están íntimamente ligados entre sí. ¿Qué quiero decir? Que la educación debe entenderse siempre desde y con un enfoque de derechos humanos (o como también se suele decir, “en clave” de derechos humanos). Dos, que cuando asumimos la conexión profunda entre educación y derechos y practicamos la educación con enfoque de derechos, sólo entonces estamos trabajando por la inclusión y la equidad social.

La razón es simple y clara: porque el enfoque de derechos humanos es el más inclusivo posible. Abarca a todas las personas, sin importar sus muchas diferencias, ni hacer distinciones a partir de cualquiera de esas diferencias (raza o etnia, nacionalidad, sexo, orientación sexual, identidad de género, creencias religiosas o políticas, cultura, situación económica, edad, capacidades, entre otras). En un enfoque de derechos humanos nadie queda afuera. Y así debe entenderse la educación, como un derecho de todas las personas y que a todas debe serles garantizado. Estoy

convencida que cualquier política pública educativa, programa de estudio o metodología de enseñanza que no se piense con enfoque de derechos humanos, corre el riesgo real de violar derechos humanos.

Existen otras visiones de la educación, que la definen desde distintos puntos de vista (como desarrollo integral de la personalidad, como proceso de socialización, como servicio público, como motor de crecimiento económico, como factor de movilidad social, etc.). Estos enfoques pueden ser correctos y relevantes, pueden hacer contribuciones útiles para impulsar el desarrollo social. Sin embargo, siempre serán visiones secundarias, subalternas. Nunca pueden esgrimirse como la razón de ser y el fundamento del proceso educativo.

La educación debe ser garantizada por los Estados porque es un derecho de todas las personas. Cualquier otra razón para hacerlo – que sin duda las hay – viene por añadidura; pero no debe desconocer o minimizar el que la educación se defina ante todo desde los derechos humanos. Si eso ocurriera, lo más probable es que de una u otra manera termine ignorando los derechos humanos. En otras palabras, violándolos.

Pensar la educación con enfoque o “en clave” de derechos significa comprender por los menos dos dimensiones complementarias:

- La educación como el ejercicio de un derecho humano: el derecho a la educación.
- La educación como un vehículo para formar en y ejercer derechos humanos: la educación en derechos humanos (EDH).

La educación entendida en estas dos dimensiones no sólo es una práctica incluyente (es decir, que en sí misma incluye) sino también una práctica constructora de inclusión social (es decir, que genera más inclusión en todos los ámbitos de la vida en comunidad: laboral, económico, político, cultural, etc.).

Veamos cómo esto ocurre – o mejor dicho, puede ocurrir – cuando pensamos la educación con enfoque de derechos. Daré aquí una visión panorámica de las dos dimensiones, enfatizando solamente algunas de sus ideas-fuerza.

2. El derecho a la educación

Esta es la dimensión más estudiada en cuanto al potencial socialmente incluyente de la educación con enfoque de derechos, aunque no siempre es la mejor comprendida.

La concepción de derechos humanos concreta una idea poderosa, que vino a subvertir la visión absoluta del poder que predominó en la mayor parte de la historia de la humanidad: toda persona tiene derechos que nacen de su condición de ser humano, de su dignidad como persona, y que a todos deben serles respetados. Los atributos de la dignidad de la persona humana prevalecen por sobre el poder del Estado, no solamente en el orden moral sino también en el legal, cualquiera sea el origen de ese poder y la organización del gobierno².

Inicialmente, los derechos humanos fueron pensados como límites a la opresión y al ejercicio autoritario del poder, ya fuera un poder político o político-religioso (que por mucho tiempo en la historia fueron uno mismo y todavía lo son en algunos

2 Nikken, Pedro, “El concepto de derechos humanos”, en: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. IIDH, San José, Costa Rica, 1994.

lugares del mundo). Hoy los derechos humanos se conciben además como un programa, en otras palabras, como un conjunto de estándares capaz de orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir a fortalecer las instituciones democráticas³. La concepción de los derechos humanos como un programa orientador de políticas públicas favorece la construcción de sociedades más inclusivas y equitativas.

La historia del avance de los derechos humanos se puede expresar como un movimiento de ondas expansivas en varias direcciones. Cada expansión va incorporando por un lado, nuevos colectivos de personas antes excluidas⁴ y por otro, nuevos contenidos antes ignorados que llegan a entenderse como esenciales para la satisfacción del derecho. De tal modo crece gradualmente el alcance cuantitativo y cualitativo de los derechos humanos a través de:

1. Incluir nuevas poblaciones como sujetos de derechos:
 - 1.1. Incluir a nuevos colectivos: los derechos humanos ya reconocidos alcanzan a poblaciones que antes no se consideraban comprendidas en ellos (por ejemplo, en comparación con la concepción predominante durante la Revolución Francesa, pasaron a ser nuevos sujetos de derecho los hombres no blancos, no propietarios, no nacionales, las mujeres y los niños y niñas).
 - 1.2. Incluir a los más excluidos dentro de estos colectivos, los marginales: la doctrina de derechos humanos comienza a preocuparse por personas en condiciones

3 Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la CEPAL* 88, abril de 2006.

4 Tomasevsky, Katharina, “Contenido y vigencia del derecho a la educación”, *Cuadernos Pedagógicos*. IIDH, San José, Costa Rica, 2006.

especiales que antes, aunque en teoría eran sujetos de derechos, para la ley y en la práctica no recibían ninguna consideración a sus situaciones particulares o de vulnerabilidad (personas pertenecientes a pueblos indígenas y otras razas o etnias no dominantes dentro de los Estados, discapacitadas, migrantes y refugiadas o privadas de libertad, entre otras).

2. Dar mayor contenido a los derechos reconocidos: suben los umbrales necesarios para la realización del derecho, es decir, los mínimos universalmente aceptables.
3. Reconocer nuevos derechos: son los llamados “derechos emergentes” (por ejemplo, los derechos colectivos o de solidaridad y el derecho a ser educado en derechos⁵).

En el caso de la educación, subrayo que es un **derecho-llave**, un multiplicador que cuando se garantiza, aumenta el disfrute de todos los demás derechos, mientras que cuando se niega impide el disfrute de los otros derechos. En la vida social muchos derechos son inaccesibles para quienes fueron privados de educación – en especial los derechos asociados al trabajo, al salario justo, a la seguridad social y a ser elegido en un cargo político⁶.

El derecho a la educación tiene una historia corta y aún no ha logrado plena vigencia universal. Pero dentro de la

5 El derecho a ser educado en derechos sólo recientemente recibió reconocimiento explícito y pleno por parte de la comunidad internacional a través de un instrumento de derechos humanos. Me refiero a la Declaración de Naciones Unidas sobre la educación y formación en materia de derechos humanos, aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011 (A/C.3/66/L.65).

6 Tomasevsky, Katharina, “Contenido y vigencia del derecho a la educación”, Serie Cuadernos Pedagógicos. IIDH, San José, Costa Rica.

doctrina de derechos humanos tiene un contenido que ha sido conceptualizado con claridad, en especial por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y por Katharina Tomasevsky, primera Relatora Especial de Naciones Unidas para el derecho a la educación.

Los rasgos constitutivos del derecho a la educación, que representan al mismo tiempo las obligaciones del Estado para garantizarlo, son cuatro:

- Asequibilidad (mejor expresado en español con el término “Disponibilidad”).
- Accesibilidad.
- Aceptabilidad.
- Adaptabilidad.

¿Qué significa cada rasgo-obligación? Según el Comentario General No. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas⁷, que es el primer desarrollo sustantivo del derecho, significan lo siguiente.

- **Asequibilidad o Disponibilidad.** Tienen que existir instituciones y programas educativos en cantidad suficiente dentro del territorio del Estado. Esto implica contar con edificios, servicios sanitarios, agua potable, personal docente capacitado, con salarios localmente competitivos, y materiales de enseñanza.
- **Accesibilidad.** Las escuelas y los programas de enseñanza deben ser accesibles a todos, sin discriminación, dentro de la jurisdicción del Estado.

⁷ Naciones Unidas, *Comentario General No. 13, Derecho a la educación*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sesión Veintiuno, 1999.

Esta obligación tiene tres dimensiones:

- **No discriminación:** acceso para todos, especialmente los grupos en condiciones de mayor vulnerabilidad, asegurada por la ley y en la realidad.
- **Accesibilidad material:** la educación tiene que estar al alcance físico de las personas, ya sea para concurrir a un centro educativo localizado a distancia geográfica razonable o por vía de la tecnología (programas a distancia).
- **Accesibilidad económica:** la educación tiene que estar al alcance económico de todos. La educación primaria debe ser universal y gratuita, y los Estados deben introducir en forma progresiva la educación gratuita en los niveles secundario y superior.
- **Aceptabilidad.** La sustancia y la forma de la educación, incluyendo los programas de estudio y los métodos de enseñanza, tienen que ser aceptables para las y los niños y los padres y madres, lo que quiere decir relevantes, culturalmente apropiados y de buena calidad. El Estado debe establecer estándares mínimos que regulen estos aspectos.
- **Adaptabilidad.** La educación debe ser flexible para que pueda adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades cambiantes y responder a las necesidades de estudiantes dentro de diversos contextos sociales y culturales.

¿Cómo se conciben estas obligaciones actualmente? Aun en el breve lapso transcurrido desde el Comentario General No.13 a la fecha se ha producido un crecimiento en la concepción del derecho, y tal desarrollo responde a una fuerte aspiración de inclusión. Esto no significa que se haya alcanzado todavía, pero cada vez es más comprendida y defendida.

Veamos un ejemplo de cómo creció la interpretación sobre el contenido del derecho en el caso de la obligación de **accesibilidad**. La definición antes proporcionada incluía las obligaciones de (a) no discriminación (b) accesibilidad material y (c) accesibilidad económica. O sea, inicialmente esta obligación se entendía como garantía de “acceso”: poder ingresar al sistema educativo público y gratuito, es decir, llegar hasta y entrar en una institución escolar. Hoy se entiende como algo mucho más abarcador y profundo: es entrar, permanecer y egresar satisfactoriamente del sistema educativo.

Los desarrollos de las neurociencias y las ciencias de la cognición demuestran que todas las personas tienen la posibilidad de aprender; por tanto, hay que asegurar las condiciones que les permitan hacerlo con igualdad. Bien podríamos hablar, con mayor exactitud, de un “derecho a aprender”. Por eso hay que procurar por todos los medios posibles la permanencia de los niños y niñas en la escuela (principio de la “prohibición de expulsar”) durante el período considerado básico para su desarrollo personal físico, cognitivo y emocional, que les permite incorporarse al trabajo productivo, a la vida social y a la participación ciudadana. Es el período que cada país define en su Constitución y leyes educativas como ciclo obligatorio y gratuito.

La cobertura de este ciclo también ha crecido, porque hoy sabemos más sobre lo que la persona necesita y lo que nuestras sociedades requieren para una incorporación plena de su ciudadanía. El ciclo “básico” de educación obligatoria y gratuita, que comenzó abarcando la escuela primaria, hoy se amplió en dos direcciones en cuanto a sus límites de edad: hacia abajo y hacia arriba. Los estándares del derecho a la educación han crecido en el sentido de bajar el límite inferior de edad de la educación obligatoria (ahora incluyen uno o dos años de

educación pre-escolar) y de subir el límite superior (ya cubre la educación secundaria completa). Así lo están reconociendo cada vez más Estados, que incrementan el número absoluto de años de educación obligatoria y gratuita.

Otro ejemplo de cómo se viene ampliando la comprensión del derecho a la educación guiada por una preocupación de inclusión se da en el caso de la obligación de **adaptabilidad**. Aquí se trata de un progreso en la forma de concebir la realización del derecho, o sea, cómo debe ponerse en práctica ese componente del derecho de la mejor manera, la más inclusiva y equitativa.

El concepto indica que el Estado tiene la obligación de garantizar que la educación se adapte a las necesidades de los niños y las niñas. Se debe asegurar su permanencia en el sistema, eliminando cualquier forma de discriminación que la amenace. Ahora bien, ¿cómo se logra eso? ¿Hay un solo modo de hacerlo? ¿Hay distintos modos? Y si así fuera, ¿cómo decidir entre los distintos modos? ¿Con qué criterios?

Katharina Tomasevsky⁸ observó que la realización progresiva del derecho a la educación para superar exclusiones, ha pasado por tres etapas:

1. **Inclusión con segregación.** Se reconoce el derecho de poblaciones a quienes se les había negado históricamente (pueblos indígenas, extranjeros, comunidades nómadas, discapacitados, etc.), pero se les confina en establecimientos especiales.
2. **Inclusión con integración.** Supera la segregación, pero las poblaciones admitidas en forma más reciente tienen que adaptarse a la escolarización que está disponible, independientemente de sus particularidades personales o culturales (lengua, religión, discapacidad, etc.).

8 Tomasevsky, Katharina, "Contenido y vigencia del derecho a la educación", Serie Cuadernos Pedagógicos. IIDH, San José, Costa Rica.

3. **Inclusión con adaptación.** Se propone que sea la enseñanza la que se adapte a la diversidad de destinatarios, no a la inversa.

La última etapa marca un cambio sustancial de perspectiva: se pasa de una visión en que los niños y niñas tienen que acomodarse como puedan al sistema educativo, a otra en que son los establecimientos educativos los que tienen que responder a las necesidades educativas del estudiantado para proteger su permanencia en el sistema, teniendo siempre en mente “el interés superior del niño” como lo pide la Convención de los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989).

El sistema educativo debe crear las condiciones para que esto ocurra de la manera más respetuosa posible hacia las diferencias entre estudiantes. El sistema debe encontrar formas de acomodarse a las necesidades educativas de grupos poblacionales con condiciones o en situaciones especiales: por ejemplo, niños y niñas con discapacidad, quienes realizan algún trabajo legal y aceptable, desplazados y refugiados, privados de libertad, o vinculados a ejércitos regulares o irregulares.

Sin embargo, no podemos llamarnos a engaño. Estos desarrollos del derecho a la educación que promueven inclusión social no son una realidad en todas partes del mundo. Han sido planteados por la doctrina de derechos humanos pero de ninguna manera tienen todavía vigencia universal. En muchos, muchísimos lugares, son todavía apenas una aspiración, una potencialidad. Nos toca a nosotros, los actores educativos, actualizar el potencial incluyente de este derecho, ponerlo en práctica a diario en nuestros ámbitos de acción: reclamar el derecho, denunciar su violación, hacer propuestas, incidir para lograr su realización...

3. La educación en derechos y los espacios para construir inclusión con equidad

A la par del derecho a la educación existe también el derecho a ser educados en nuestros derechos. Es el derecho a la EDH.

¿Qué es la EDH? Por un lado, es **parte del contenido del derecho a la educación**. La podemos pensar dentro del rasgo de **aceptabilidad** de la educación – en el marco de los estándares desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que vimos más arriba – o dentro del criterio de **calidad** de la educación – en el caso de otros marcos teóricos, como el utilizado por la UNESCO.

Por otro lado, es **condición necesaria para el ejercicio activo de todos los derechos humanos y la ciudadanía democrática**. La lógica es sencilla: nadie puede ejercer y defender sus derechos, así como respetar y defender los derechos de los demás, si no los conoce. Y no basta con que los conozcan ciertos actores sociales, como políticos, intelectuales o activistas; deben conocerlos todas las personas, porque a todas les afectan y todas deben convertirse en garantes de su cumplimiento.

En cuanto a las metas de la EDH, se suelen señalar dos de carácter amplio. Una es preventiva (de valor negativo, instrumental): **evitar violaciones de derechos humanos**. La lógica que la sustenta es que no es suficiente sancionar las violaciones de derechos después que se han producido, aun si esto fuera posible siempre, lo cual no es tal. No basta con sancionar violaciones, hay que evitar que ocurran.

La otra meta es constructiva (de valor positivo, ideológico): **crear una cultura de derechos humanos**. Por esto se entiende ir construyendo una filosofía o visión de mundo donde los derechos humanos sean entendidos, respetados y ejercidos como

pautas reguladoras de la convivencia social. Si una cultura, según la definición clásica, es el “conjunto de modos de vida y costumbres de una época o grupo social”⁹, se trata de lograr que las personas internalicen los derechos humanos y los pongan en práctica hasta que lleguen a formar parte de esos modos de vida y costumbres compartidos y valorados, esa argamasa que une a los miembros de una comunidad por encima de sus muchas y legítimas diferencias. Se trata aquí de una comunidad enorme, la más grande concebible y, a la vez, la más básica: la de la especie humana.

La EDH tiene un enorme potencial para promover inclusión social en varios escenarios. Aquí voy a referirme a tres de particular impacto. La EDH promueve inclusión cuando se utiliza para:

- a. Incorporar el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas, educativas y de otro tipo.
- b. Incorporar la filosofía y la práctica de los derechos humanos en el sistema de educación formal de todos los niveles educativos.
- c. Construir una visión de la persona sujeto de derechos como **agente** de su propia vida.

También en este sentido, al igual que ocurrió con el derecho a la educación, los desarrollos doctrinarios y prácticos han sido orientados por una enorme preocupación por la inclusión social, a menudo expresada con la expresión **construcción de ciudadanía democrática**.

9 Real Academia Española (RAE), *Diccionario de la lengua española*. Espasa Calpe SA, Madrid, 2005.

a. EDH y políticas públicas: el enfoque de derechos humanos en las políticas públicas

Hablar de enfoque de derechos humanos en las políticas e instituciones públicas o en las estrategias de desarrollo, significa que éstas deben basarse en las normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En las estrategias de desarrollo se ha reconocido ampliamente la importancia de dotar de poder a los sectores más pobres y marginalizados: el enfoque de derechos humanos busca otorgarles ese poder a través del reconocimiento pleno de derechos.

Si partimos de este principio, la razón para formular una política pública ya no es que existen ciertos sectores sociales con necesidades insatisfechas y que por eso reciben beneficios asistenciales o prestaciones discrecionales, sino que existen personas titulares de derechos que tienen el poder jurídico y social de exigir del Estado el cumplimiento de ciertas obligaciones. Así, el enfoque de derechos humanos se opone al asistencialismo y a la discrecionalidad, cambia la lógica de la relación entre el Estado y los destinatarios de las políticas¹⁰. Y no me refiero solamente a políticas educativas, sino a cualquier política pública – de salud, vivienda, trabajo, seguridad social, etc. Todos estos son derechos humanos y como tales deben ser garantizados.

¿Qué implica el enfoque de derechos humanos en materia de políticas públicas? El enfoque de derechos le impone al Estado obligaciones concretas, por ejemplo:

- Establecer medidas que permitan al titular del derecho reclamar judicialmente si el Estado no cumple con su obligación, es decir, establecer instancia/s ante las cuales

10 Abramovich, Víctor, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo” Revista de la CEPAL 88, Abril 2006.

recurrir y procedimientos claros para hacerlo. Esto significa poner en marcha mecanismos de responsabilidad o de garantías.

- Establecer mecanismos de acceso y uso de la información pública por parte de la ciudadanía, así como de rendición de cuentas por parte de las autoridades.
- Detallar en clave de derechos cómo se operacionaliza la política, o sea, cómo se prevé su ejecución técnica. Porque la perspectiva de derechos humanos verdaderamente se juega en la puesta en práctica de una política, no en su justificación verbal o en la mera declaración de principios.
- Contemplar instancias y procedimientos que permitan la participación real y efectiva – o sea, decisoria – de los sectores concernidos por la política pública en cuestión.
- Prohibición de discriminar en virtud de cualquier criterio. Por el contrario, si existen en la sociedad ciertas situaciones de inequidad o discriminación históricamente arraigadas, debe contemplar alguna/s medida/s de **acción afirmativa** (también llamada **discriminación positiva**) para los colectivos sociales que históricamente sufrieron esa discriminación, a efectos de favorecer su inclusión social en la actualidad.

Cuando se emplea un enfoque de derechos humanos al diseñar políticas públicas se procura deliberadamente la inclusión, es decir, no dejar a nadie afuera de la comunidad organizada y, en cuanto a quienes están fuera o en sus márgenes, propiciar activamente su incorporación plena. Este enfoque piensa en personas: no pierde nunca de vista a los individuos. Desde la óptica de derechos humanos no importa si son “mayorías” o “minorías”, importan las personas, todas y cada una. Respecto al cumplimiento de derechos, no basta con mejorar un poco

las estadísticas, no bastan criterios como “el promedio”, “xx porcentajes” “la norma estándar”. Estas son abstracciones. Lo concreto son las personas y la única meta aceptable es llegar a todas, cueste lo que cueste.

El enfoque de derechos no surge espontáneamente, ni se alcanza a fuerza de buenas intenciones. La adopción oficial por parte de un país de normas internacionales de derechos humanos no instala de manera automática la visión de derechos en todos los sectores sociales, ni siquiera en todos los agentes del Estado; mucho menos lleva esas normas a la práctica. Es necesario conducir un proceso que medie entre las normas y las políticas públicas: un proceso educativo¹¹.

Todos los actores sociales que de una u otra manera están involucrados en la elaboración de políticas públicas deben educarse en derechos a fin de desarrollar su comprensión política y sus capacidades técnicas para poner en práctica el enfoque de derechos humanos en las políticas que propongan e impulsen. Si esto no ocurre, ¿cómo podemos esperar que esos actores las comprendan, asuman y apliquen?

La EDH debe llegar, por principio, a todos los sectores sociales. Pero en cuanto a impactar en las políticas públicas, los colectivos sociales más necesitados de EDH en mi criterio son:

- Los responsables políticos del diseño y aprobación de políticas sociales: los **servidores públicos de todos los poderes del Estado**.
- Los interesados o posibles afectados que quieren incidir en las políticas para que se contemplen sus derechos: las **entidades organizadas de la sociedad civil**.

¹¹ Rodino, Ana María, “Educación en derechos humanos: Una propuesta para políticas sociales”, *Revista IIDH*, Vol. 44, Julio-Diciembre de 2006.

- Los expertos sobre temas y materias sociales que aportan su experiencia al diseño de las políticas: **profesionales y académicos de diversas disciplinas.**
- Los comunicadores que crean opinión pública: **comunicadores de medios masivos.**

De esta manera, la EDH se vuelve una herramienta de promoción de políticas públicas inclusivas porque hace la mediación – es decir, el puente pedagógico – desde las normas y estándares de derechos humanos hacia las políticas públicas que deben ponerlas en práctica en la vida cotidiana de una sociedad¹².

b. EDH y educación formal: los derechos humanos en el currículo y en las relaciones cotidianas en la escuela

Construir la inclusión social desde la escuela impone dos mandatos muy concretos, nada retóricos ni declamatorios. Uno, identificar e incorporar a aquellos niños y niñas que aún están fuera del sistema escolar, los excluidos. Dos, identificar y apoyar a quienes, aun estando adentro, corren un riesgo real de quedar fuera por no concluir el ciclo de escolaridad mínima obligatoria. Sobre estos últimos, las estadísticas y los estudios oficiales dicen que “abandonan” o “desertan” el sistema educativo. Una mirada más profunda y sensible a los numerosos condicionamientos de la realidad revela que la mayoría son expulsados por la dinámica del propio sistema.

Para generar verdadera inclusión, el sistema educativo obligatorio tiene que satisfacer esos dos imperativos a la vez:

12 Ibidem.

traer y retener. De lo contrario, muchos niños y niñas que entran a él por una puerta terminan saliendo por otra, sin que se cumpla el propósito social formativo de la escuela.

La EDH es un instrumento poderoso para cumplir con estos imperativos. Es una propuesta a la vez curricular y extracurricular – de contenidos y de relaciones interpersonales – que busca construir convivencia social inclusiva, equitativa y solidaria en la vida diaria de la escuela.

En el orden del currículo, la EDH propone incorporar conocimientos, valores, actitudes y capacidades para entender la identidad y la alteridad; para valorarse a sí mismo y a los otros; para comprender y aceptar las diferencias legítimas entre las personas en pie de igualdad; para desmontar estereotipos y falsos prejuicios que conducen a discriminar a ciertas personas y colectivos sociales. Cuanto esta formación ocurre dentro de la legitimidad y el espacio seguro de la escuela y en el marco de los saberes reconocidos, se crean condiciones cognitivas y afectivas para que los sujetos en formación desarrollen convicciones y conductas inclusivas.

Consideremos un ejemplo. Se promueve inclusión cuando el currículo enseña algo más que el concepto tradicional y restrictivo de ciudadanía nacional, asociada a la pertenencia a comunidades de base territorial cerrada y cultura homogénea, al poder de las mayorías y al ejercicio sobre todo de los derechos civiles y políticos. Se trata de una concepción cívica del ciudadano centrada en su rol en la vida pública de su propio Estado-Nación. Por tanto, no abarca a quienes se consideren ajenos o extranjeros a ese Estado-Nación.

Se promueve inclusión cuando se enseña otra visión, no opuesta pero sí más abierta, universal y diversa: el concepto contemporáneo y holístico de ciudadanía global o mundial, que

plantea que somos ciudadanos del globo y debemos reconocer y asumir nuestras responsabilidades hacia nuestro hábitat común – el planeta – y hacia cada uno de nuestros semejantes por encima de las barreras nacionales.

Se promueve inclusión cuando se reconoce que vivimos en sociedades multiculturales y se educa para valorar y practicar la comunicación y el diálogo entre culturas: la interculturalidad¹³.

En el orden de las relaciones y las prácticas diarias en los establecimientos educativos, la EDH promueve que las conductas individuales y colectivas deben guiarse por los principios de los derechos humanos y la democracia. Así, enseña a actuar de manera libre y responsable, a convivir con tolerancia y, deseablemente, con respeto mutuo.

Pensemos un ejemplo en este sentido. Se promueve inclusión cuando, con regularidad, en el aula y en el establecimiento educativo, se abordan los conflictos sin ocultamientos y se resuelven de manera negociada, cuando se prefiere siempre el uso del lenguaje al de la violencia, y, en especial, cuando en la escuela se enseña a usar el lenguaje en todas sus manifestaciones (escuchar, hablar, leer y escribir), para hacer posible la comunicación auténtica entre personas. El diálogo es la expresión operativa de la solidaridad entre sujetos de derecho.

c. EDH y agencia: las personas como agentes

En síntesis, creo que el gran aporte de la EDH puede resumirse en su capacidad para desarrollar la **agencia** de las personas,

13 Candau, Vera María, “Derechos humanos y educación intercultural”, en: Prats, Enrique (coord.), *Multiculturalismo y educación para la equidad*. OEI, Editorial Octaedro, Barcelona, España, 2007.

concepto propuesto por el economista y Premio Nobel indio Amartya Sen¹⁴. La **persona agente** (en oposición a “paciente”) es

[...] alguien que está normalmente dotado de razón práctica y de autonomía suficiente para decidir qué tipo de vida quiere vivir, que tiene capacidad cognitiva para detectar razonablemente las opciones que se encuentran a su disposición y que se siente – y es interpretado por los demás como – responsable de los cursos de acción que elige¹⁵.

Esta noción está en el centro de la práctica de la ciudadanía política en un régimen democrático y tiene, entre otros atributos, la condición de ser inclusiva, porque

[...] supone el reconocimiento como agentes políticos de las personas, es decir, que todos tienen capacidades morales y cognitivas suficientes para participar en la vida política. La presunción de *agencia* no es solo un concepto filosófico o psicológico, sino también legalmente sancionado y respaldado. Es precisamente lo que constituye a cada individuo como personal legal, portadora de derechos subjetivos. La persona realiza opciones porque el sistema presupone que es autónoma, responsable, razonable, es decir, un agente¹⁶.

La idea de construir agencia me parece potente porque va más allá de construir “autoestima o “empoderamiento”. Ambos son estados personales, de orden psicológico. Son condiciones

14 Sen, Amartya, *Development as freedom*. Oxford University Press...

15 O’Donnell et al. (comp), *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*. Homo Sapiens, Rosario, Argentina, 2003. Citado en Estado de la Educación 3, Programa Estado de la Nación, San José, Costa Rica, 2011, p.34.

16 *Ibidem*, pág. 34.

de la acción, pero... ¿son suficientes para conducir a la acción? Y la EDH se proyecta a la acción, llama a la acción. Lleva al ejercicio de derechos, al reclamo y a la participación para incidir en la realidad social para transformarla.

4. El rol clave de las y los educadores

Finalizo con una aclaración realista. Creo profundamente en la EDH, pero también sé que no se instaure en el sistema educativo por decreto. Ni que, una vez adoptada, avanza sin dificultades o conflictos. Por el contrario, su práctica es difícil y laboriosa, un ejercicio constante de conciencia y persistencia.

En esto el rol clave es nuestro, de los educadores. De cada educador como un individuo responsable y del conjunto de educadores como colectivo con conciencia profesional. Hacer EDH reclama de nosotros pensamiento, reflexión, resistencia a la inercia de los hábitos arraigados y los estereotipos fáciles y tranquilizadores – nuestros propios hábitos y estereotipos. Nos pide autorregulación y monitoreo autocrítico constante, así como apertura sincera a la crítica ajena, sobre todo a la crítica generalmente más dura: la de nuestros alumnos y alumnas. Nos pide valentía para enfrentar los conflictos y sensatez para negociarlos pacíficamente.

El potencial inclusivo de la EDH depende de cómo se la instaure y de cómo las y los educadores la pongamos en práctica. Son posibilidades que debemos actualizar; poner en acción a diario en los distintos espacios mencionados: el de la sociedad, el del centro educativo, el de nuestra propia conducta...

La educación puede utilizarse como un instrumento tanto para perpetuar como para eliminar desigualdades. De nosotros,

educadores, depende cuál de estas alternativas se concrete en cada caso particular, en cada escuela, en cada aula. Si pensamos la educación en clave de derechos podemos hacerla una fuerza poderosa al servicio de la equidad y la inclusión social.

Recordemos siempre lo que los alumnos de Barviana, en la Italia rural de la década de 1960, dijeron a sus maestros, para que nunca tenga que decirse de nosotros. Aunque enseñemos en un nivel que no sea la escuela obligatoria, cuando nos embargue el desánimo frente a las siempre difíciles condiciones de trabajo (magros salarios, pobre infraestructura o falta de recursos y de reconocimiento), recordemos estas palabras para recuperar, por encima de cualquier adversidad, el profundo y magnífico sentido de nuestro trabajo. Porque en educación, la inclusión social empieza en cada aula.

A un tornero no se le permite que entregue solamente las piezas que le salieron bien. De lo contrario, no haría nada para que les salieran bien todas.

Ustedes, en cambio, saben que pueden descartar las piezas según como lo deseen. Por eso se limitan a controlar lo que sale bien solo, por causas ajenas a la enseñanza.

[...] Si cada uno de ustedes supiera que tiene que hacer avanzar a toda costa a todos los muchachos en todas las materias, se ingeniarían para hacerlos funcionar.

Yo les pagaría a destajo. Un tanto por muchacho que aprende todas las materias. O mejor, una multa por cada muchacho que no aprende una.

Entonces sus ojos seguirían siempre a Juan. Buscarían en su mirada distraída la inteligencia que Dios le puso y que es sin duda igual a la de los demás. Lucharían por el niño que tiene

más necesidad, descuidando al más afortunado, como se hace en todas las familias. Se despertarían de noche con el pensamiento fijo en él, para hallar una nueva manera de enseñar a la medida de Juan. Irían a buscarlo a su casa si no vuelve.

No se resignarían, porque la escuela que pierde a Juan no es digna de llamarse escuela¹⁷.

17 Alumnos de Barviana, *Cartas a una profesora*, primera edición. Nova Terra, España, 1970. Título original: *Lettera a una professoressa*, Michele Gesualdi, Florencia, Italia, 1967.

El sistema jurisdiccional electoral chileno

*Carlos Manuel Rosales**

Introducción

La democracia se ha consolidado como un modelo basado en la toma de decisiones mediante votación libre, la deliberación como forma primordial de competencia política y la convivencia con el oponente como condición previa necesaria para que aquellas dos sean posibles. Al sufragio y al diálogo se unieron valores como la tolerancia, la pluralidad, el respeto a la libertad y la legalidad, constituyéndose en ingredientes esenciales del modelo democrático o fundamentos de su legitimidad¹.

La democracia es, ante todo, un método por el cual la sucesión en el poder se puede resolver sin recurrir a la violencia; pero la seguridad, la certidumbre y las libertades civiles son argumentos no menos contundentes para emprender el camino de su construcción.

Ahora bien, la democracia no es simplemente una cuestión de reglas y procedimientos – el cómo de tomar decisiones –,

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg. Estudios de Magister y Doctorado en la Universidad de Chile.

1 Mirón Lince, Rosa María, “El derecho electoral como pilar de la transición democrática” en: Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Derecho electoral*. Ed. Porrúa, México, 2006, pág. 39.

sino centralmente tiene que ver con “el que” de las decisiones. Lo que supone – entre otros principios del modelo del Estado constitucional democrático de Derecho – es un respeto irrestricto y una expansión de los derechos fundamentales².

Este trabajo sólo considerara los derechos fundamentales que guardan relación directa con el sistema democrático, el sufragio y los comicios a los cargos de representación popular, por medio de elecciones honestas y transparentes. Estos derechos y procedimientos democráticos serán protegidos por el Estado con el objetivo de legitimar el origen de las autoridades públicas y consolidar el sistema democrático.

Para el cuidado y el fortalecimiento del sistema democrático se estableció una jurisdicción especializada, denominada **justicia electoral**, que

[...] abarca los aspectos relacionados con el órgano responsable de su impartición y con los procedimientos correspondientes, así como los mecanismos jurídicos necesarios para garantizar los derechos de los ciudadanos frente a los actos de autoridad³.

Para la tutela de estos derechos y la calificación de las elecciones, se crearon instituciones especializadas, ya sea dentro del aparato administrativo, del Poder Legislativo, en la estructura del Poder Judicial o mixtos. Estas instituciones se instauraron con dos objetivos principales: defender las prerrogativas públicas de la ciudadanía y asegurar que los procesos electorales se realicen conforme a la normatividad.

2 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*. Ed. Porrúa, México, 2006, pág. 157.

3 Becerra, Ricardo, Pedro Salazar y José Woldenberg, *La Reforma de 1996*. Ed. FCE, México, 1997, pág. 127.

La presente investigación intentará averiguar cuál es el origen y la evolución del Tribunal Calificador de Elecciones (TCE o TRICEL), cómo es su funcionamiento y cuál ha sido su aporte al sistema democrático chileno.

Tiene por objetivo analizar y desentrañar la instauración, la legislación y la producción judicial del TRICEL, para posteriormente ofrecer un conjunto de conclusiones y soluciones para mejorar la eficiencia de su funcionamiento institucional en el sistema democrático nacional.

En un primer momento se mostrará la institucionalización de la justicia electoral, en especial en Chile. Luego se presentará la normatividad que utiliza el TCE, con el objetivo de detectar donde existen problemas en su marco legal. Posteriormente, se observará el papel judicial que ha desempeñado el TCE, por medio de sus sentencias. Finalmente, se presenta un análisis de la legislación y la actuación jurisdiccional del TRICEL, con el fin de poder entregar un diagnóstico de su labor y poder exponer un conjunto de propuestas para contar con un mejor órgano jurisdiccional en materia electoral en Chile.

1. Naturaleza del tribunal electoral

El estado de derecho significa el estricto apego a las disposiciones jurídicas, así, la justicia electoral es responsable de dar a cada uno lo que le corresponde dentro de este contexto. La seguridad se traduce en la certidumbre de las resoluciones que abriguen como manto protector las decisiones judiciales. El orden se verifica a través del respeto a los señalamientos constitucionales y legales⁴.

4 Soto Flores, Armando, “La reforma constitucional electoral de 1917 a 1994”, *Revista Gobiernos*, Número 1, México, 1995, pág. 58.

La finalidad esencial de la justicia electoral ha sido la protección auténtica o tutela eficaz del derecho a elegir o ser elegido para desempeñar un cargo público, mediante un conjunto de garantías a los participantes (partidos políticos e, incluso funcionarios electorales, así como, según el caso en los distintos regímenes electorales, ciudadanos y candidatos) a efecto de impedir que pueda violarse la voluntad popular, contribuyendo a asegurar la constitucionalidad y/o legalidad, certeza, objetividad, imparcialidad, autenticidad, transparencia y, en general, justicia de los comicios⁵.

En todos los casos el legislador ha previsto la existencia de un órgano especializado encargado de la supervisión y control de la legalidad de los actos electorales. Este órgano electoral tiene como ámbito de protección todos los aspectos del funcionamiento electoral⁶.

La importancia de contar con un sistema contencioso electoral responde a varios asuntos. Pero, ¿qué pasa si no se cuenta con un sistema de justicia electoral? Los efectos podrían ser anarquía, desorden social y otros problemas relacionados, que afortunadamente han disminuido y, en general, los actores políticos-electorales han acatado los fallos de los tribunales electorales. Esto se ha traducido en un gran avance y real fortalecimiento de la democracia⁷.

5 Orozco Henríquez, José de Jesús, “Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado”, en: VVAA, *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas*. Ed. IFE, México, 2001, pág. 45.

6 Zovatto, Daniel, “La regulación de los partidos políticos”, en: *Constitución y democracia*, Ed. Fontamara, México, 2006, pág. 124.

7 Covarrubias Dueñas, José, “Valores y principios constitucionales de la justicia penal electoral en México”, *Revista Mexicana de Justicia, Los nuevos desafíos de la PGR*, No. 5, México, 2003, pág. 252.

El establecimiento de un sistema contencioso electoral de naturaleza jurisdiccional ha traído la estabilidad institucional al sistema democrático, lo que para José Woldenberg, se refiere:

[...] a que los procesos electorales puedan realizarse de manera pacífica, mediante una competencia regulada, sin recurso a la fuerza por parte del perdedor, sin riesgos de interrupciones, y donde existen autoridades, instituciones, para decidir en definitiva sobre cuestiones polémicas. Esta situación de estabilidad, bajo el imperio de la ley, es condición imprescindible para fortalecer la vida democrática⁸.

Para Jesús Orozco, los tribunales electorales (en el modelo de Estado constitucional democrático de Derecho)

[...] están llamados a desempeñar un papel decisivo para la democracia, toda vez que, al ser garantes de los derechos fundamentales y la regularidad constitucional y legal de los actos y resoluciones de los órganos del poder público y de otros sujetos jurídicos (v.gr., los partidos políticos), pueden constituirse en factor de estabilidad política y seguridad jurídica⁹.

En un tribunal electoral toda sentencia es interpretación jurídica en la medida en que, para resolver las controversias que se le plantean, utiliza el derecho constitucional y el electoral como instrumentos de resolución, y ya no estará sujeto a negociaciones entre los actores políticos¹⁰.

8 Woldenberg, José, “Orígenes, función y perspectivas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, en: VVAA, *Testimonios sobre el desempeño del TEPJF*. TEPJF, México, 2003, págs. 354-355.

9 Orozco Henríquez, Jesús, “Judicialización de la política y legitimidad judicial”, en: Vázquez, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política*. Ed. Fontamara, México, 2007, pág. 108.

10 Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas*. Ed. UNAM,

Desde un punto de vista normativo, el tipo de conflictos que conoce y resuelve el tribunal electoral no hace que los dirima con arreglo a consideraciones políticas: puede tratarse de conflictos políticos, pero se deciden jurídicamente, es decir, lo peculiar es que se resuelven mediante métodos jurídicos y razones legales¹¹. Esto ha provocado que se contraiga el espacio de intervención del poder político sobre la justicia y se expande el espacio de intervención de la justicia sobre la política¹². Ello se ha denominado judicialización de la política: “La judicialización tiende a suprimir la decisión política o, por lo menos, a paralizar los procesos decisorios en la esfera política”¹³.

Desde el contexto electoral, la judicialización de la política significa la sustitución de un sistema contencioso de carácter político por uno eminentemente jurisdiccional, es decir, el paso de un sistema donde las impugnaciones electorales se resuelven por órgano político conforme con criterios de oportunidad política, a uno en que se resuelven por órgano jurisdiccional de acuerdo a los principios de constitucionalidad y legalidad¹⁴.

En Latinoamérica, la tendencia que parece tomar forma y fuerza es establecer tribunales electorales independientes e imparciales, con amplias atribuciones, en la mayoría de los países. Esto ha permitido que las elecciones sean libres, competitivas y transparentes¹⁵.

México, 2003, pág. 102.

11 *Ibidem*, págs. 101 y 102.

12 Ansolabehere, Karina, “Suprema Corte: árbitro sin contrapesos”, en: Vázquez, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política...* pág. 71.

13 Orozco Henríquez, Jesús, “Judicialización de la política y legitimidad judicial”... pág. 99.

14 *Ibidem*, pág. 100.

15 García Laguardia, Jorge Mario, “La financiación política en América Latina”, en: *Democracia interna y fiscalización*, Ed. IFE, México,

Para Héctor Fix-Zamudio, el modelo de justicia electoral latinoamericano ha sido fundamental para implantar la democracia:

[...] tradicionalmente la solución de los conflictos electorales se encomendaba a organismos de naturaleza política, pero en los últimos años se ha iniciado la tendencia de atribuir el conocimiento y decisión de estas controversias de claro contenido político pero con regulación uridina, a órganos de carácter administrativo, a tribunales ordinarios o a órganos jurisdiccionales especializados, con predominio de estos últimos en los años más recientes¹⁶.

Estos tribunales electorales deben de tener un conjunto de principios y leyes para poder cumplir sus objetivos y dar continuidad y estabilidad al sistema democrático, por lo que los principios se tornan el elemento primario para el ejercicio de sus funciones. La adopción de principios constitucionales depende del contexto empírico-histórico de cada país. La instauración de estos dogmas en sus cartas políticas origina y establece las bases que sustentarán la legitimidad del Estado. Igualmente, estos principios permiten dirigir, regular, controlar y vigilar la actuación de los órganos públicos.

Así mismo, se debe establecer un conjunto de principios electorales a nivel constitucional para que los tribunales electorales, en el momento de confrontación entre las leyes secundarias y la Constitución, resuelvan de la mejor manera. “Desde esta óptica, todos los asuntos de los cuales conozca el

2004, pág. 274.; Nohlen, Dieter, *Derecho y política en su contexto*. Ed. UNAM, México, 2008, págs. 63-77.

16 Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y judicialización política”, en: VVAA, *Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas...* pág. 34.

Tribunal Electoral se encontrarán insertos en la interpretación constitucional”¹⁷.

Los principios electorales tienen suma importancia en el andamiaje constitucional latinoamericano porque sirven de directrices al sistema electoral, son la base de las disposiciones legales y, en caso de ambigüedad, duda o vacíos legales, colman esas lagunas al integrar e interpretar la norma jurídica¹⁸.

Igualmente, los principios electorales permiten al sistema electoral contar con mayores herramientas para asegurar autoridades legítimas y, sobre todo, para que se protejan los derechos de la ciudadanía y se respeten sus decisiones políticas. En conclusión, los principios de autonomía, imparcialidad, objetividad, igualdad, independencia, publicidad, legalidad, certeza, entre otros, ofrecen, garantizan y otorgan en conjunto, seguridad jurídica a los justiciables.

Existe una relación estrecha entre los principios electorales expuestos¹⁹. Explicaré esta afirmación: la imparcialidad produce resoluciones sin una carga, favoritismo o indicación²⁰. La imparcialidad tiene relación con la objetividad del juez en que sólo la norma será la fuente de sus resoluciones y se desapega de sus creencias, preferencias o pasiones. Al controlar y diferenciar entre los gustos personales y la función del juzgador, se obtiene una conducta judicial imparcial con el fin de otorgar sentencias objetivas.

17 Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas...* pág. 103.

18 *Vid.* Nohlen, Dieter, *Derecho y política en su contexto...* págs. 63-78.

19 Rosales, Carlos Manuel, “Principios rectores en materia electoral en Latinoamérica”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 49. IIDH, Costa Rica, 2010.

20 *Vid.* Orozco Henríquez, Jesús, “Judicialización de la política y legitimidad judicial”... pág. 106.

En el estado de derecho, la función jurisdiccional debe estar confiada a un conjunto de jueces independientes e imparciales, “en donde toda manipulación en su constitución e independencia esté expresamente desterrada”²¹. La relación de la imparcialidad conlleva a la igualdad. Esta acaece en el contexto de que, al ser imparcial el juzgador y no congeniar o apoyar a una de las partes en conflicto, se mantiene a las partes en igualdad procesal²².

La publicidad de los actos públicos permite vigilar la actuación de las autoridades. A la vez que los jueces sólo se sujetan al principio de legalidad al fundar y motivar sus actuaciones, éstas deben ser públicas. Al conocerse sus trabajos, la ciudadanía sabrá si se han apegado al marco jurídico²³.

La justicia electoral ha sido fortalecida por el principio de certeza (entre otros), al mismo tiempo que origina seguridad jurídica. Así, la certeza electoral garantiza aspectos como la legitimidad de las autoridades, la identificación de las acciones y excepciones, las pruebas que deben admitirse y la forma de desahogarse, diversos plazos para las etapas procesales, etc.²⁴.

21 Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*. Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 761.

22 Rosales, Carlos Manuel, “Los jueces y la moral pública”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Volumen 16, Número 1. Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España, 2013.

23 Cabo de la Vega, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional*. Ed. UNAM, México, 1997, pág. 89.

24 Ortiz Mayagoita, Guillermo, “La justicia constitucional en el sistema jurídico mexicano”, en: VVAA, *Justicia electoral: ética, justicia y elecciones*. Ed. TEPJF, México, 2004, pág. 101.

a. Nacimiento del TRICEL

En lo que respecta al establecimiento de los mecanismos para la resolución de conflictos electorales después del movimiento de independencia, en casi toda América Latina se implantó una institución pública responsable de velar por el correcto desarrollo de las elecciones, ya fuera el Poder Legislativo u otra institución la responsable de esta tarea.

Varios países latinoamericanos tuvieron una evolución semejante en materia de justicia electoral – por ejemplo, Uruguay en 1924, Chile en 1925, Costa Rica en 1949 –, que tuvo por objeto que las impugnaciones electorales ya no se resolvieran conforme al principio de la oportunidad legal, sino que las sentencias se dictaran conforme a derecho.

Fue a partir de 1980 que en América Latina se establecieron nuevas instituciones electorales (o se rediseñaron las anteriores). Cada país elaboró un orden jurídico especializado en materia electoral, con instituciones administrativas y jurisdiccionales especializadas, con independencia plena de los poderes públicos, para poder actuar de manera imparcial²⁵.

Los tribunales electorales se generaron y han evolucionado de manera *sui generis* en cada país latinoamericano. Para este trabajo he seleccionado el ejemplo de Chile por ser un Estado que ha sido modelo para el establecimiento de un sistema electoral eficiente. Sin duda, Chile cuenta con una evolución legal, política y social diferente, lo que conlleva a poseer una forma particular para dirimir los conflictos emanados de los comicios.

25 Huntington, P. Samuel, *The Third Wave, Democratization in the Late Twentieth Century*. University of Oklahoma Press, USA, 1991, pág. 12.

El primer antecedente de calificación de las elecciones en Chile apareció en la Constitución Política de 1833. En su primera Carta Magna se señalaba que los miembros de las propias cámaras examinarían los procesos electorales y el Congreso pleno la calificación de la elección a Presidente de la República²⁶. Este sistema para validar las elecciones por los mismos representantes no dio buenos resultados, pues “las calificaciones se hacían con criterio político, además de la desatención parlamentaria de ambas Cámaras, por ocuparse de cuestiones partidarias”²⁷. Este tipo de calificación electoral ponía en duda la imparcialidad de los mismos representantes al ser juez y parte.

Este sistema de autocalificación continuó hasta 1906, en que se decretó la Ley No. 1807 que tuvo por objeto crear una Comisión Revisora de Poderes, integrada por dos ministros de la Corte Suprema, un ministro de la Corte de Apelaciones, un presidente o vicepresidente de la Cámara de Senadores y un consejero de Estado, que eran seleccionados por la Cámara de Diputados. Si bien esta Comisión podía examinar de forma externa, no podía entrar a calificar la elección, por lo que la calificación siguió siendo facultad exclusiva de cada cámara²⁸.

26 Andrade Geywitz, Carlos, *Elementos de derecho constitucional chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1963, pág. 133.

27 *Ibidem*. Este sistema de calificación sigue vigente en varios países (como Estados Unidos de América), con base en la división de poderes y para que no sean intervenidos por un ente diferente al parlamentario, pudiendo comprometer su independencia de los otros poderes públicos. *Cfr.*, Orozco Henríquez, Jesús, “El contencioso electoral, la calificación electoral”, en: Nohlen, Dieter, Daniel Zovatto, Jesús Orozco y José Thompson, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pág. 1156 y ss.

28 Andrade Geywitz, Carlos, *Elementos de derecho constitucional chileno...* pág. 133.

La participación de esta comisión se modificó con la Ley de Elecciones No. 4005 de 1924, que amplió su competencia para que, actuando como jurado, pudiera dictaminar si la nulidad solicitada de una elección debía admitirse o no²⁹. Pero la decisión final la realizaban las cámaras legislativas.

Fue en la Constitución Política de 1925 que se decidió instaurar un ente judicial especializado para la impartición de justicia electoral. Este nuevo tribunal sería autónomo en sus funciones y tendría la tarea de calificar las elecciones de Presidente de la República, de diputados y de senadores. Se denominó Tribunal Calificador de Elecciones (TCE o TRICEL)³⁰: “La creación del TRICEL obedeció a la necesidad de entregar a un órgano independiente y de carácter jurisdiccional, la tarea de verificar la legalidad de los actos electorarios”³¹. Para Ricardo Cruz Coke, el TRICEL fue “el organismo responsable de la democracia chilena y una institución importante para la República”³².

29 Ibidem, pág.134.

30 Cruz Coke, Ricardo, *Historia electoral de Chile*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1984, págs. 15, 16 y 17. Este autor considera que en la Constitución de 1925 en el artículo 79 se establece a este tribunal calificador como “un ente público superior a los otros tres poderes del Estado, por su composición republicana”, pág. 19. Así mismo, Cruz Coke considera al tribunal electoral como la creación más importante de la Constitución de 1925.

31 Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”, en: VVAA, *El contencioso y la jurisprudencia electorales en derecho comparado*. Ed. TEPJF, México, 2006, pág. 161.

32 Cruz Coke, Ricardo, *Historia electoral de Chile...* En el artículo 26 de la Constitución de 1925, se da la facultad exclusiva al Tribunal Calificador de Elecciones para calificar las elecciones de senadores y diputados y tener conocimiento de las reclamaciones de nulidad que se interpusieran contra las mismas. Así mismo, los artículos 63 y 64 contienen los recursos para las reclamaciones, las rectificaciones y el escrutinio general para Presidente de la República.

El TCE se constituía cada cuatro años (lo que coincidía con el periodo de los diputados), en una ceremonia oficial que se realizaba quince días antes de la elección parlamentaria. La ceremonia para el establecimiento del TRICEL se realizaba con la presencia de los tres poderes de la República. El Poder Ejecutivo estaba representado por el Director del Registro Electoral, dependiente del Ministerio del Interior; el Poder Legislativo, por los presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados; el Poder Judicial, por el Presidente de la Corte Suprema y el de la Corte de Apelaciones de Santiago. La relevancia de esta ceremonia en la vida política chilena se debía a que este Tribunal tenía una integración con participación representativa de todos los poderes estatales: “Esta ceremonia era la única en reunir a representantes de los tres poderes públicos, por lo tanto se puede observar su importancia en el orden institucional republicano chileno”³³.

Para seleccionar a los miembros del TCE se formaba una comisión; tres de ellos eran representantes del Poder Judicial y dos del Poder Legislativo, que procedía a elegir por sorteo a los cinco miembros del Tribunal³⁴. Las atribuciones de este Tribunal fueron muy amplias y, en la práctica, controlaba todas las funciones de la vida electoral de la República³⁵. Sus principales facultades fueron:

1. Conocer de las reclamaciones de nulidad de las elecciones y de las de nulidad, falsedad o errores de los escrutinios

33 Valencia Avaria, Luis (comp.), *Anales de la República*, Tomo I. Imprenta Universitaria, Chile, 1951, págs. 221-251.

34 Cruz Coke, Ricardo, *Historia electoral de Chile...* pág. 19. Vid, Bernaschina, Mario, *Derecho constitucional chileno*. Publicaciones de Derecho Público de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1944, pág. 27.

35 *Ibidem*, pág. 19.

- seccionales o departamentales, que se interpusiesen con arreglo a la ley;
2. Hacer las rectificaciones y los escrutinios generales de todas las elecciones, con arreglo a lo que más adelante se dispone;
 3. Remitir al Congreso pleno el escrutinio general de la elección ordinaria o extraordinaria de Presidente de la República, antes del día señalado en el artículo 64 de la Constitución;
 4. Calificar las elecciones de Diputados y Senadores, y sortear cuál o cuáles candidatos deben ejercer el cargo en caso de empate de dos o más de ellos; y
 5. Enviar a la Cámara de Diputados y al Senado, las calificaciones que hubiesen acordado, proclamando a los definitiva o presuntivamente electos, antes del 15 de mayo, si se tratase de elecciones ordinarias, y no después de los cincuenta días siguientes a la votación, en caso de elecciones extraordinarias³⁶.

Este Tribunal tomaba sus acuerdos de conformidad al Código de Procedimientos Civiles y tenía la facultad de actuar como jurado en la apreciación de los hechos³⁷. El escrutinio podía ser revisado por el Colegio Departamental, dos días después de la elección, e, igualmente, por el Tribunal Calificador de Elecciones. El proceso legal de la corrección de los actos ilegales era estricto y riguroso, asegurando a toda la ciudadanía el derecho a reclamo³⁸. Los procedimientos electorales eran de tres tipos:

36 Raveau, Rafael, *Tratado elemental de derecho constitucional chileno y comparado*. Editorial Nacimiento, Santiago, Chile, 1939, pág. 405 y ss.

37 Artículo 79 de la Constitución de 1925. Esta facultad probatoria aún se encuentra vigente.

38 Drake, Paul W., “*Transformation and Transition in Chile, 1982-1990*”, en: Drake, Paul W., *The Struggle for Democracy in Chile*. University of Nebraska, USA, 1995, págs. 2-3.

- I. Procedimientos anteriores a la elección.
 - II. Procedimientos simultáneos a la elección.
 - III. Procedimientos posteriores a la elección.
- El escrutinio final terminaba teóricamente dos meses después de la elección³⁹.

Este órgano judicial fue calificado por la misma Corte Suprema de Justicia como el Tribunal Supremo Electoral. Como no estaba sometido a la vigilancia de la Corte Suprema, sus atribuciones no eran propiamente judiciales y tenía jurisdicción sobre los tribunales calificadores provinciales⁴⁰.

Sobre el papel del TRICEL, Carlos Estévez escribió:

Este Tribunal fue soberano e independiente; sus resoluciones no eran susceptibles de recurso alguno y sus fallos importaban la aprobación de la elección para todos los efectos constitucionales, [...] Este Tribunal funcionó de manera satisfactoria; pues con esta institución se habían eliminado las intervenciones de carácter político y el proceso de calificación fue realizado de manera más rápida y expedita, siendo una de las mejores novedades de la Constitución de 1925⁴¹.

Se ha visto la composición, funcionamiento y contribución primaria del TCE para al fortalecimiento de la democracia en Chile. Estos sucesos permitieron desarrollar un pluralismo ideológico que se reflejó en la cantidad de corrientes de pensamiento, manifestadas en diversos partidos políticos, lo que es difícil de encontrar en otros países en América⁴².

39 Andrade Geywitz, Carlos, *Elementos de derecho constitucional chileno...* págs. 113-139.

40 Bernaschina, Mario, *Derecho constitucional chileno...* págs. 81 y 82.

41 Estévez Gazmuri, Carlos, *Elementos de derecho constitucional*. Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1949, pág. 175.

42 Cruz Coke, Ricardo, *Historia electoral de Chile...* pág. 46. Chile llegó

Entre 1925 y 1973, hubo diversos cambios de gobierno, de diferentes corrientes políticas (hasta el derrocamiento de Salvador Allende)⁴³. Los chilenos fueron capaces de construir una república democrática y hacerla funcionar regularmente en forma sucesiva y ordenada, alternando gobiernos de oposición⁴⁴. Durante este periodo, el TCE solamente se constituía de manera transitoria cuando se realizaban elecciones⁴⁵. Por esto, Chile fue apreciado como un paradigma democrático por las democracias latinoamericanas y ganó la admiración de las

a contar con un amplio pluralismo de opciones políticas entre 1925 y 1973, periodo en el que obtuvieron representación en el Parlamento más de cincuenta partidos políticos (pág. 48). Pero también fueron eliminados en el mismo periodo cuarenta y siete partidos (pág. 77). Así mismo, durante esta época en las elecciones presidenciales existió una gran mutabilidad y densidad de los procesos de cambio político, pues en la mayoría de las veces triunfó la oposición y se produjeron grandes oscilaciones de las tendencias políticas. Muchos de estos partidos políticos tuvieron la oportunidad de llegar a tener representación (pág. 91).

- 43 Ibidem, págs. 19 y 67. La democracia tiene como una de sus bases la libre competencia entre los partidos políticos. Con la prescripción de “legal” del Partido Comunista por medio de leyes *ad hoc* en 1948, se excluía su participación electoral y la posibilidad del electorado de seleccionar a sus autoridades de esta entidad pública, hasta su rehabilitación en 1958 y su posterior declaración fuera de la ley nuevamente en 1973, en la que todos los partidos marxistas o de inspiración marxista quedaban excluidos de la competencia electoral, con base en el Decreto Ley No.77 (pág. 71).
- 44 Ibidem, pág.113. Vid, Przeorski, Adam, “*Democracy as Contingent Outcome of Conflicts*”, en: Elster, Jon, *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge University Press, Estados Unidos de América, 1998, pág. 70.
- 45 A partir de la entrada en vigencia de la actual Constitución Política de la República en 1980, el TCE funciona con carácter permanente. Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 160.

democracias industriales del continente occidental⁴⁶. Esto llevó a que los analistas de Latinoamérica se sintieron desalentados, en particular cuando Chile, un país con una larga historia de gobiernos democráticos, con elecciones regulares y una tradición de partidos políticos fuertes, sucumbió al gobierno castrense en 1973⁴⁷.

Con el golpe del régimen militar encabezado por Augusto Pinochet en septiembre 1973⁴⁸, se instaló una dictadura que permaneció en el poder durante 17 años⁴⁹. Fue hasta 1980 cuando la participación política de la ciudadanía fue nuevamente tomada en cuenta⁵⁰. En 1980, la Junta Militar convocó a un plebiscito nacional que tuvo por objeto la aprobación de una nueva Constitución⁵¹. Es importante señalar que al momento de su planeación y realización, no se reinstauró el TCE⁵², pues no se contaba con registros electorales. Sólo se conformó una

46 Nohlen, Dieter, Daniel Zovatto, Jesús Orozco y José Thompson, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina...* págs. 20 y 21.

47 Ai Camp, Roderic, *La democracia en América Latina*. Editorial Siglo XXI, México, 1997, pág. 21. *Vid.*, Valenzuela, Arturo, *A Nation of Enemies. Chile under Pinochet*. Ed. W.W. Norton, Estados Unidos de América, 1991, pág. 272.

48 Diamond, Larry, *The Spirit of Democracy*. Times Books, Nueva York, 2010, pág. 3.

49 Drake, Paul W., “*Transformation and Transition in Chile, 1982-1990*”... pág. 1.

50 Angell, Alan, “Las campañas electorales en Latinoamérica”, en: Ai Camp, Roderic (comp.), *La democracia en América Latina...* pág. 260.

51 En Chile se puede decir que el ejército era numeroso, centralizado y jerárquico después del golpe militar, pero realmente no mostró un gran interés en participar en política, por lo que permitió gobernar a los civiles tras la derrota de Augusto Pinochet, en el plebiscito de 1988. Dahl, Robert A., *La poliarquía*. Ed. REI, México, 1993, pág. 56.

52 Valenzuela, Arturo, *A Nation of Enemies. Chile under Pinochet...* pág. 138.

“comisión escrutadora”, nombrada por el mismo gobierno militar⁵³.

La Constitución de 1980 disponía en sus artículos 81 y 84, la creación de una ley orgánica para el TRICEL; esta ley establecería su integración, estructura y funciones⁵⁴. El TRICEL estaría integrado por cinco miembros, designados de la siguiente manera:

- a) Tres ministros o ex ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta en votaciones sucesivas y secretas, por la mayoría absoluta de sus miembros;
- b) Un abogado elegido por la Corte Suprema en la forma señalada precedentemente y que reúna los requisitos que señala el inciso segundo del artículo 81 de la Constitución Política;
- c) Un ex presidente del Senado o de la Cámara de Diputados que haya ejercido el cargo por un lapso no inferior a tres años, el que será elegido por sorteo.

Con el objeto de elegir a los miembros señalados en las letras a) y b), la Corte Suprema se reunirá en pleno extraordinario. En el mismo pleno se sorteará la persona a que se refiere la letra c), para cuyo efecto el Director del Servicio Electoral deberá enviar una nómina completa de las personas que hayan

53 Robert Barros considera que este plebiscito fue desarrollado sin supervisión y la oposición acusaba al gobierno de planear perpetrar una treta para reelegir a Pinochet. Barros, Roberto, *La Junta Militar: Pinochet y la Constitución de 1980*. Ed. Sudamericana, Chile, 2005, pág. 343. Angell, Alan, *Democracy after Pinochet. Politics, Parties and Elections in Chile*. Institute for the Study of the Americas, London, 2007, págs. 32-33.

54 Garretón, Manuel Antonio, “*The political opposition and the party system*”, en: Drake, Paul W., *The Struggle for Democracy in Chile...* pág. 240.

desempeñado en forma continua o discontinua los cargos a que esta letra alude y por el tiempo que en ella se indica. La remisión de estos antecedentes deberá hacerse con siete días de anticipación, a lo menos, a la verificación del pleno de que trata este artículo.

Dicho Pleno extraordinario deberá realizarse con treinta días de anticipación, a lo menos, a la fecha en que los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones en ejercicio deban cesar en sus funciones.

Si sólo existiere una persona que reúna las calidades y requisitos exigidos en el inciso c), dicha persona integrará de pleno derecho el Tribunal Calificador de Elecciones.

De no existir ninguna persona con los requisitos a que hace mención la referida letra c), el Tribunal se integrará sólo con los miembros indicados en las letras a) y b).

Los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones prestarán juramento de cumplir la Constitución y las leyes emanadas de la misma, ante el Secretario relator del Tribunal. Pudiendo ser reelegidos en sus cargos y el que acceda a él, por sorteo participará también, los que deban renovarse cada cuatro años⁵⁵.

Cabe resaltar que el cargo del quinto ministro del TCE no pudo ser proveído desde la reinstalación del Tribunal en 1987, sino hasta la reforma constitucional de 1999. Esto porque los únicos ciudadanos que cumplían con el requisito de haber sido tres años Presidente del Senado o de la Cámara de Diputados, se encontraban en ejercicio parlamentario⁵⁶.

55 Artículo 84 de la Constitución Política de 1980.

56 Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 163.

El 15 de noviembre de 1985 se publicó en el Diario Oficial la Ley Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones. Ésta entregaba plena autonomía al Tribunal, sus miembros gozarían de fuero similar al de los parlamentarios, además de ser inviolables las opiniones que manifestasen y los votos que emitieran en el desempeño de sus cargos⁵⁷. Esto se debió principalmente, a una sentencia del Tribunal Constitucional, que alteró en forma decisiva el curso de los siguientes eventos electorales⁵⁸. En esa decisión se estableció que el TRICEL tendría entre sus principales funciones las de supervisar y certificar las elecciones, resolver las reclamaciones que se denunciaran y proclamar los resultados oficiales⁵⁹. También, el Tribunal Constitucional eliminó una serie de artículos que habrían establecido desigualdades o permitido restricciones arbitrarias de los derechos en las diferentes etapas del proceso político-electoral, desde la formación e inscripción de los partidos, su organización interna, la inscripción de votantes, las campañas electorales y plebiscitarias, la convocatoria a elecciones o plebiscitos, las votaciones y la calificación de las elecciones⁶⁰.

Posteriormente a la aprobación de esta Constitución hubo un importante movimiento para reinstaurar la democracia por

57 *Ibidem*.

58 Barros, Roberto, *La Junta Militar: Pinochet y la Constitución de 1980...* págs. 337, 341, 344 y 347. *Vid*, Huneus, Carlos, *Desarrollo de la democracia en Chile: logros y limitaciones de un presidencialismo consociativo*. RIL Editores, Santiago, Chile, 2006, págs. 195-211.

59 Sentencia No. 60 de 1988. *Vid*, Portales, Carlos, “External Factors and the Authoritarian Regime”, en: Drake, Paul W., *The Struggle for Democracy in Chile...* págs. 266-267.

60 Barros, Roberto, *La Junta Militar: Pinochet y la Constitución de 1980...* pág. 351.

medio de las críticas y las presiones internacionales⁶¹, además del vital rol de la oposición para efectuar negociaciones políticas, que se materializó en el plebiscito de 1988 para decidir sobre la continuación en el poder de Pinochet⁶². Para este plebiscito⁶³, los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas postularon a Augusto Pinochet para que participara en la elección presidencial y continuara en el poder por un periodo de ocho años. Para legitimar este proceso electoral, la Junta Militar condujo de manera razonable este plebiscito, que como es sabido fue perdido por Pinochet⁶⁴. De manera general, se podría decir que el actual sistema electoral chileno sólo puede ser entendido en el contexto del largo periodo de gobierno autoritario del general Augusto Pinochet (1973-1990), cuyo objetivo fue “establecer un régimen autoritario de democracia protegida, del cual formó parte el sistema electoral”⁶⁵.

El (re)establecimiento del TRICEL y de los Tribunales Electorales Regionales (TER) fue a partir de la Constitución

61 Angell, Alan, “Las campañas electorales en Latinoamérica”... págs. 259 y 260.

62 Seligson, A. Mitchell, “Cultura política y democratización en América Latina”, en: Ai Camp, Roderic (comp.), *La democracia en América Latina...* pág. 110. *Vid*, Angell, Alan, *Democracy after Pinochet. Politics, Parties and Elections in Chile...* pág. 5.

63 Linz, Juan J., *Problems of Democratic Transition and Consolidation*. The Johns Hopkins University Press, Estados Unidos de América, 1996, págs. 79, 82 y 88. Sobre el proceso de transición democrática chilena, se puede consultar este mismo texto, págs. 205-217.

64 Los militares insistieron en el registro de la ciudadanía, la que llegó a ser del 92% de la población adulta. Drake, Paul W., “*Transformation and Transition in Chile, 1982-1990*”... págs. 13 y 230.

65 IDEA, *Diseños de sistemas electorales*. IFE, México, 2006, pág. 91. Valenzuela, Arturo, “The Military in Power”, en Drake, Paul W., y Jaksic, Iván (editors), *The struggle for democracy in Chile*, Ed. University of Nebraska, USA, 1995, pág. 51.

de 1980. Para la elección presidencial de 1989 fue primordial el trabajo de ambas instituciones para vigilar y calificar esas elecciones y las siguientes. Así, los últimos plebiscitos hicieron renacer a la democracia a partir de 1990, y el TCE retomó su importancia institucional⁶⁶.

Finalmente, vale señalar que en 1999 se presentó un proyecto de reforma constitucional que modificó la composición del TCE para que fuera integrado por cuatro ministros de la Corte Suprema y un expresidente del Senado o de la Cámara de Diputados que hubiese desempeñado ese cargo por más de un año⁶⁷.

b. Marco legal del TRICEL

El TCE está constitucionalmente dotado de autoridad y de autonomía para atender y resolver libremente y en única instancia las impugnaciones que se promueven en materia de elecciones (Diputados, Senadores y Presidente de la República), conocer de actos y resoluciones que violen las normas electorales y de actos o resoluciones de las autoridades estatales que afecten el desarrollo de los procesos electorales⁶⁸.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del tribunal electoral chileno, es un órgano constitucionalmente independiente y las opiniones que viertan sus magistrados son inviolables⁶⁹. El TCE

66 Angell, Alan, “*Las campañas electorales en Latinoamérica*”... pág. 257.

67 García Rodríguez, Juan Ignacio, “Organización y justicia electoral en Chile”, en: VVAA, *Sistemas de justicia electoral*. TEPJF, México, 1999, pág. 240. Esta modificación constitucional fue aprobada sin ningún contratiempo.

68 Rodríguez Puente, Cuauhtémoc, “El TEPJF y la construcción de la democracia en México”, en: VVAA, *Testimonios sobre el desempeño del TEPJF*... pág. 308.

69 Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 161.

conoce el escrutinio general y la calificación de las elecciones de Presidente de la República, de Diputados y Senadores, resuelve las reclamaciones a que dieren lugar y proclama a los que resulten elegidos.

Este Tribunal conocerá, así mismo, de los plebiscitos, y tendrá las demás atribuciones que determine la ley, tales como la de nombrar a los miembros de los Tribunal Electorales Regionales que sean de su designación⁷⁰. Resuelve las reclamaciones relativas a la inscripción de candidaturas que acepte o rechace el Director del Servicio Electoral con ocasión de las elecciones para Presidente de la República, Senadores y Diputados. También conoce de la formación defectuosa de los Tribunales Supremos de los partidos políticos.

Igualmente, está facultado para conocer las denuncias que practique el Director del Servicio Electoral con motivo de las infracciones a la Ley de Partidos Políticos y la Ley de Gasto Electoral. Además, el TRICEL es responsable de nombrar a los integrantes abogados de los TER y actúa como tribunal de segunda instancia⁷¹.

El TCE es el máximo órgano electoral, tiene carácter judicial y es el encargado de validar todo el proceso que se desarrolla en una elección para ungir a una autoridad política en procesos especialmente convocados por la Constitución Política o en los plebiscitos nacionales o comunales. Este Tribunal tiene su sede en la capital del país (Santiago)⁷².

70 García Rodríguez, Juan Ignacio, “Organización y justicia electoral en Chile”... pág. 239.

71 Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 161.

72 *Ibidem*, pág. 159.

i. Composición

El TRICEL está compuesto por cinco magistrados de los cuales cuatro deben ser miembros activos de la Corte Suprema de Justicia. Además, está integrado por un expresidente o exvicepresidente del Senado o de la Cámara de Diputados, que haya ejercido el cargo por un lapso no inferior a 365 días, designación que no puede recaer en personas que sean parlamentarias, candidatos a cargo de elección popular, ministros de Estado, ni dirigentes de partido político⁷³. Así mismo, los miembros del TRICEL tienen una permanencia de cuatro años en sus funciones y pueden ser reelegidos⁷⁴ (si son vueltos a sortear para el próximo periodo), en la medida que cumplan los requisitos⁷⁵.

ii. Requisitos

Como advertimos, cuatro de los cinco magistrados del TRICEL son miembros de la Corte Suprema de Justicia, por lo que aquí se presentan los requisitos y procedimientos para ser designado magistrado de la Corte Suprema.

El artículo 254 del Código Orgánico de Tribunales chileno contiene los requisitos para ser ministro de la Corte Suprema de Justicia:

Ser chileno; Tener el título de abogado; Cumplir tratándose de miembros de Escalafón primario, con los requisitos que

73 Artículo 95 constitucional y 2 de la Ley Orgánica Constitucional del TCE (Ley 18.460).

74 García Rodríguez, Juan Ignacio, “Organización y justicia electoral en Chile”... pág. 240.

75 Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 160.

establece el artículo 283⁷⁶, y haber ejercido, tratándose de abogados ajenos al Poder Judicial, por lo menos quince años la profesión de abogado, sin perjuicio de cumplir con los requisitos señalados en los números 1º y 2º. En caso de tratarse de abogados que se hubiesen retirado del Poder Judicial, deberán haberlo hecho voluntariamente y con calificaciones para ser considerado en lista de méritos. (La Corte Suprema está compuesta por veintiún ministros).

El mecanismo para designar a los ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema es por la selección del Presidente de la República, seleccionándolos de una nómina de cinco personas (quina) que, en cada caso, propondrá la misma Corte con acuerdo del Senado. Éste adoptará los respectivos acuerdos por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Si el Senado no aprobase la proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe un nombramiento. Cinco de los miembros de la Corte Suprema deberán ser abogados extraños a la administración de justicia, tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos que señale la ley orgánica constitucional respectiva⁷⁷.

Cuando se trate de proveer un cargo que corresponda a un miembro proveniente del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia formará la nómina exclusivamente con integrantes de éste y deberá ocupar un lugar en ella el ministro más antiguo de la Corte de Apelaciones que figure en la lista de méritos. Los otros cuatro lugares se llenarán en atención a los merecimientos de las o los candidatos, tratándose de proveer una vacante correspondiente a abogados extraños a la administración de

76 Incompatibilidad de tener dos cargos públicos, entre otras.

77 Artículo 1 número 3, de la Ley 19.930, Diario Oficial del 30/05/1995.

justicia. La nómina se formará exclusivamente previo concurso público de antecedentes, con profesionales del derecho que cumplan los requisitos señalados en la norma⁷⁸.

Aquí se puede observar un monopolio de la Corte Suprema de Justicia, pues ellos también detentan la impartición de la justicia electoral, lo que a mi parecer debe realizarse por especialistas que no sean integrantes de la cúpula del Poder Judicial. También, se desprende de lo anterior que los integrantes del TCE no cuentan con legitimidad democrática, por lo que está ausencia de legitimidad electoral de los jueces requiere de cierta argumentación judicial suplementaria para justificar este déficit⁷⁹.

iii. Mecanismo de selección

Con el objeto de elegir a las y los magistrados del TCE provenientes del Poder Judicial, la Corte Suprema se reunirá en pleno extraordinario para seleccionar mediante sorteo a los magistrados que integrarán el tribunal electoral. En esta sesión especial también se designará por sorteo a la persona que haya ocupado el cargo parlamentario de Presidente o Vicepresidente de alguna de las Cámaras del Poder Legislativo, para cuyo efecto el Director del Servicio Electoral deberá enviar una lista completa de las personas que hayan ejercido este cargo por un tiempo no menor a un año. Por lo que se puede ver, la prerrogativa del cargo de Magistrado Electoral está concentrada en los mismos magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Debido a la importancia y responsabilidad de las y los magistrados electorales, ellos realizan la protesta de su cargo en una ceremonia solemne.

78 Artículo 78 del Código Orgánico de Tribunales.

79 Courtis, Christian, “La legitimidad del Poder Judicial ante la ciudadanía”, en: *Constitución y democracia*, Ed. Fontamara, México, 2006, pág. 64.

iv. Solemnidad

Las y los magistrados deberán prestar juramento de cumplir la Constitución y las leyes ante el Secretario Relator del Tribunal⁸⁰. Esta solemnidad se encuentra señalada en el Código Orgánico de Tribunales y se realiza bajo el siguiente formalismo:

“¿Juráis por Dios Nuestro Señor y por estos Santos Evangelios que, en ejercicio de vuestro ministerio, guardaréis la Constitución y las leyes de la República?”. El interrogado responderá: “Sí juro”; y el magistrado que le toma su protesta añadirá: “Si así lo hicieréis, Dios os ayude, y si no, os lo demande”⁸¹.

Así mismo, la ley otorga a los magistrados la oportunidad de no conocer ciertos juicios por razones de interés o conflicto personal, económico, familiar, entre otros, lo que se conoce como suplencias (si es un periodo largo) o inhabilidad (sólo por un caso particular).

v. Suplencias

Por la importancia de su función, ambas legislaciones contienen mecanismos para reemplazar las ausencias temporales o definitivas de alguno de los magistrados del Tribunal Electoral. En este caso se contempla que si durante el quadrienio alguno de los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones dejase de pertenecer a él, por cualquier motivo, la Corte Suprema designará a su reemplazante. En el caso de reemplazo de miembros del Tribunal por haber dejado de pertenecer a él, los reemplazantes durarán en sus funciones por el resto del quadrienio. En caso

80 Artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional del TRICEL.

81 Artículo 304 del Código Orgánico de Tribunales (COT). Después de realizarse este juramento, se hará constar la diligencia en el libro respectivo y de ella se dará testimonio al nombrado, el cual entrará inmediatamente en el ejercicio de sus funciones (artículo 305 del COT).

de los magistrados suplidos por estar inhabilitados, actuarán mientras ésta persista⁸².

vi. Destitución

Las y los magistrados, por ser jueces con grandes responsabilidades, pueden llegar a abusar de ese poder. Por esa razón la ley debe contar con mecanismos para que en caso de un mal uso de sus facultades, ya sea por acción u omisión, puedan ser destituidos y se recomponga la imagen y veracidad de la institución jurisdiccional.

Ahora bien, las y los magistrados electorales no pueden ser sujetos a ningún tipo de responsabilidad, pues no están comprendidos en el artículo 79 Constitucional:

Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones. Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad.

Si bien es cierto que la mayoría de los magistrados del TCE son miembros de la Corte Suprema de Justicia, y pudiera atribírseles alguna responsabilidad por ser ministros de la Corte, como integrantes del tribunal electoral no están sujetos a ninguna responsabilidad política.

vii. Estructura

La Constitución señala que una ley orgánica regulará la organización y funcionamiento del TRICEL⁸³.

82 Artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional del TRICEL.

83 Artículo 95.

La organización de la justicia electoral se divide en dos competencias, por grado y territorio: una autoridad calificadora central y una autoridad contenciosa electoral en cada región del país (en la Región Metropolitana existen dos TER), siendo el TRICEL la máxima autoridad electoral y sus fallos, definitivos e inapelables.

El TCE designará un Secretario Relator que actuará como ministro de fe pública, autorizará todas las resoluciones y demás actuaciones del Tribunal y desempeñará las restantes funciones que le correspondan o se le encomienden. El Tribunal podrá remover de su cargo a este funcionario con el voto de la mayoría de sus miembros y esta medida no será susceptible de reclamación o recurso alguno. Así mismo, el Secretario Relator desempeñará la función de jefe administrativo del Tribunal y en tal carácter, nombrará y removerá al Oficial Primero, al Oficial de Sala y al personal del TCE⁸⁴.

El sistema de justicia electoral se organiza por medio de TER (Ley No. 18.593) encargados de conocer en primera instancia el escrutinio general y la calificación de las elecciones que la ley les encomiende, resolver las reclamaciones a que dieren lugar y de proclamar a los candidatos electos de las elecciones de concejales municipales y consejeros regionales⁸⁵, conocer las reclamaciones contra las resoluciones del Director del Servicio Electoral Regional correspondiente (funcionario que acepta o rechaza las declaraciones de candidaturas para alcaldes y concejales) y de las reclamaciones de nulidad de las elecciones de los grupos intermedios⁸⁶.

84 Artículo 8 de la Ley 18.460.

85 García Rodríguez, Juan Ignacio, “Organización y justicia electoral en Chile”... pág. 241.

86 Artículo 96 de la Constitución Política de Chile. *Vid*, Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 163.

Los TER están constituidos por un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, elegido por ésta y por dos miembros designados por el TRICEL, de entre personas que hayan ejercido la profesión de abogado o desempeñado la función de ministro o abogado integrante de la Corte de Apelaciones por un plazo no inferior a tres años⁸⁷.

Los integrantes de los TER durarán cuatro años como magistrados electorales, pudiendo ser (re)confirmados en el cargo. Así mismo, estos magistrados tendrán las inhabilidades e incompatibilidades que determine la ley. Un aspecto importante es que los TER proceden como jurado en la apreciación de los hechos y sentencian con arreglo a derecho⁸⁸, son de carácter permanente, sesionan una o dos veces por semana en periodos no eleccionarios y diariamente en la calificación de las elecciones de concejales y alcaldes.

Para el cumplimiento de las tareas administrativas, los TER cuentan con una planta fija de tres funcionarios: un Secretario Relator, que debe ser abogado; un Oficial Primero y un Oficial de Sala. Esto sin perjuicio de que durante los periodos de elecciones municipales están legalmente autorizados para contratar a personal coadyuvante bajo el régimen de honorarios⁸⁹.

Los TER tienen su ley orgánica que establece su competencia, funcionamiento, incompatibilidades e inhabilidades, requisitos de procesabilidad de los requerimientos, notificaciones,

87 García Rodríguez, Juan Ignacio, "Organización y justicia electoral en Chile"... pág. 241.

88 Artículo 96 de la Constitución Política de Chile. Este tema se verá posteriormente, cuando se analice el tema de valoración de la prueba que utiliza el TCE.

89 Artículo 24 de la Ley de TER (Ley 18.593). Valladares, Carmen Gloria, "Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile"... pág. 164.

sentencia y la procedencia del recurso de posición ante ellos mismos⁹⁰.

Hay ciertos aspectos relevantes de los TER a destacar. Estos tribunales no podrán sesionar sin la totalidad de sus miembros y, en caso de ausencia o impedimentos de un titular, el Tribunal nombrará al suplente respectivo⁹¹. En cuanto a sus resoluciones, los TER deben adoptar sus acuerdos por mayoría de votos⁹². Además, cada TER podrá, mediante autos acordados, adoptados en sesiones extraordinarias, reglamentar las normas de funcionamiento y de procedimiento a que se refiere la Ley 18.593⁹³.

Por último, las disposiciones legales del TER no se pueden aplicar a las personas jurídicas que tengan como fin algún lucro. Estas asociaciones o sociedades deberán sujetarse a sus respectivos acuerdos, estatutos o reglamentos⁹⁴.

c. Principios que rigen al TRICEL

Los principios constituyen el conjunto de mecanismos concretos a través de los cuales se pueden materializar los valores a que aspira una sociedad, por ejemplo, qué características debe tener la norma para ser justa, obviamente, dentro de un contexto social determinado. Así mismo, constituyen entre sí un todo integral, el cual no debe ser desarticulado y, por tanto, los

90 Artículos 28 y 29 de la Ley de TER (Ley 18.593).

91 Artículo 13 de la Ley de TER.

92 Artículo 14 de la Ley de TER.

93 Artículo 34 de la Ley de TER.

94 Artículo 35 de la Ley de TER.

principios también deben ser vistos de forma complementaria⁹⁵. Por esto se hace necesario establecer un conjunto de principios que tendrán diversas funciones (directivas, integradoras, entre otras), para que la conducta de los órganos públicos sea la esperada y sobre todo, en caso de algún vacío, tengan las herramientas para dirimir ese óbice:

[...] un principio puede ser entendido en el sentido de normas cuyos destinatarios son los órganos jurídico-aplicadores del sistema jurídico en cuestión y que establecen de forma general, cómo han de aplicarse o interpretarse otras normas del sistema⁹⁶.

En materia electoral, los principios tienen una doble finalidad:

[...] sirven para interpretar el ordenamiento y tienen una proyección normativa derivada del grado de indeterminación que los principios tienen con respecto a las reglas, que hace que en ellos estén prefigurados ciertos contenidos normativos que informan todo el ordenamiento, y que corresponde a los jueces desarrollar, bajo ciertos parámetros⁹⁷.

En lo que sigue se presentarán los principios jurídicos que determinan la acción del tribunal electoral chileno y de su personal.

En el uso del poder, todos los órganos del Estado y sus autoridades deben obligatoriamente fundar y motivar su actuación en los principios de constitucionalidad y legalidad, esto para convivir dentro del estado de derecho y que las autoridades

95 Covarrubias Dueñas, Jesús, “Valores y principios constitucionales de la justicia penal electoral en México”... págs. 238 y 239.

96 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...* pág. 267.

97 *Ibidem*, pág. 257.

no puedan cometer algún abuso. Estos principios lógicamente rigen para todos los órganos públicos chilenos y, por lo tanto, al ser el TCE una institución del Estado debe fundamentar su trabajo con base en este par de principios básicos. Materialmente encontramos estos principios constitucionales en los artículos sexto y séptimo, respectivamente.

De manera concreta, el artículo 6 constitucional señala el principio de constitucionalidad:

Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará la responsabilidad y sanciones que determine la ley.

El artículo 7 constitucional agrega al artículo precedente, al precisar que:

Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Debido a su importancia fundamental en el andamiaje legal chileno, se pasa a explicar brevemente cada uno de estos principios.

El principio de constitucionalidad consiste en reconocer la existencia de un estado de derecho, un estado en donde los actos de la autoridad pública estén sometidos siempre y necesariamente a la Constitución. Exige también la existencia de un sistema democrático, un pleno respeto a los derechos fundamentales, la existencia de varios métodos o posibilidades de otorgamiento de prestaciones materiales a los individuos y un entendimiento de que la Constitución debe regir respecto de la totalidad de las actuaciones del poder público⁹⁸.

El principio de legalidad consiste en que las autoridades sólo pueden hacer aquello que la ley les permite, en tanto que los particulares pueden hacer aquello que no tienen prohibido por la ley⁹⁹.

En materia electoral, el TRICEL ha definido el principio de legalidad, que

[...] significa que la Constitución le fija una calidad al fallo o sentencia, que no guarda relación con la integración letrada o escobina del órgano, sino de que el fallo debe basarse, fundamentarse y ajustarse a las leyes vigentes en la República, estándole vedado fallar en conciencia o conforme a su exclusivo criterio¹⁰⁰.

Lo anterior significa, que el Tribunal debe

[...] fallar con arreglo a derecho, es decir, resolver el conflicto aplicando el derecho electoral en todas sus fuentes formales. De este modo, es menester citar que la regla de hermenéutica constitucional básica es la regla finalista o sistémica, conforme

98 Cossío Díaz, José Ramón, “Problemas de la Justicia Constitucional”, en: VVAA, *Sistemas de justicia electoral...* pág. 397.

99 Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas...* pág. 129.

100 S.C.S., 07 de octubre de 1967, R.D.J., Tomo 64, Sección 1, pág. 332.

a la cual toda interpretación de la Constitución y en general de las leyes de derecho público debe considerar a la Constitución como un subsistema de normas, fundado en principios y valores constitucionales que suponen la adopción por el constituyente de un conjunto de decisiones acerca de la organización estatal y de su relación con los ciudadanos¹⁰¹.

Para Jorge García Laguardia, los principios de constitucionalidad y legalidad en materia electoral significan[...] que todos los actos y procedimientos electorales deben estar fundados en normas legales a las cuales los órganos encargados deben sujetarse, y que a su vez, estas normas jurídicas deben estar encuadradas dentro del marco constitucional¹⁰².

Es fundamental señalar que la Constitución Política chilena contiene dos principios que rigen para todo el sistema electoral, el de publicidad y el de igualdad para participar en las elecciones:

Habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución y garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos¹⁰³.

El principio de publicidad faculta a las y los ciudadanos a conocer las actividades del Estado. Así, esta prerrogativa jurídica se convierte en una garantía de control sobre las acciones del

101 Sentencia rol 17-01.

102 Alcántara, Marco, “Sistemas de justicia electoral en Centroamérica”, en: *Sistemas de justicia electoral...* pág. 176.

103 Artículo 18 constitucional.

gobierno y por tanto, sirve para el fortalecimiento del Estado. En consecuencia, se puede definir a la publicidad como aquello que nos permite apreciar con nitidez lo que realiza el Estado¹⁰⁴.

Como se anotó, el otro principio que rige al sistema electoral chileno es el de igualdad en la contienda comicial. Pero este principio no implica la igualdad en las condiciones de cada uno de los participantes o de las alternativas políticas, sino el establecimiento de ciertas bases jurídicas para impedir que las diferencias se transformen en injustificados privilegios, como sería el caso de que aquellos que tienen mayores recursos puedan usar sus ventajas para controlar el curso del debate público y, eventualmente, el sentido del voto, pervirtiendo los procedimientos democráticos¹⁰⁵.

Existen diversos partidarios de que la justicia electoral debería procurar el principio de igualdad:

[...] establecer un sistema de normas que establezcan una relación equitativa entre los hombres y entre esos hombres y la colectividad. Así, el orden jurídico tiene el fin más alto y primordial de remediar las disparidades entre los coasociados. Aquí predomina la idea, en donde se propone la creación de una proporción entre las diversas partes que componen el Estado. Los partidarios de esta línea no se conforman con que la justicia establezca un orden, ellos buscan que además sea un orden justo, o sea, equitativo. La justicia electoral tendría como principio de sustentación la paridad entre los participantes. Que ninguno se abrogue el derecho de imponer reglas y de establecer privilegios para sí mismo¹⁰⁶.

104 Para Héctor Fix-Fierro, se refiere a todos aquellos asuntos que interesan de manera común a una colectividad. Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*. UNAM, México, 2006, pág. 35.

105 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...* pág. 312.

106 Fernández Santillán, José Florencio, “Derecho Electoral”, Ed. UNAM, México, 2007, pág. 21.

Por lo que se desprende que el sistema electoral chileno está basado en la igualdad de oportunidades. Esta normatividad intenta producir una elección con una competencia más participativa.

Importa señalar que la Ley Orgánica del TRICEL (Ley 18.460) no indica explícitamente qué principios tutelan su actuación, pero sí otorga diversas garantías judiciales, como la de inviolabilidad de las ideas en el ejercicio de sus funciones a las y los magistrados electorales: “Los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones serán inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos”¹⁰⁷.

Un principio que rige para todas las instituciones públicas chilenas es el de probidad. El artículo octavo constitucional manifiesta que: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

Así mismo, el artículo quinto inciso a) de la Ley de Probidad indica que debe entenderse que este principio: “Implica una conducta recta, honesta y ética en el ejercicio de la función pública y en la correcta administración del patrimonio estatal”. También el artículo 52 de la misma Ley, establece que la probidad consiste en “observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo con preeminencia del interés general sobre el particular”.

El principio que coloca como la máxima autoridad electoral e independiente del Estado al TRICEL es el de autonomía e independencia, con base en su ubicación y relevancia constitucional: “Lo que ha constituido una de las grandes

107 Artículo 6 de la Ley del TRICEL.

ventajas del sistema y que ha demostrado su efectividad a lo largo de muchos años de aplicación”¹⁰⁸.

También se establece la garantía de debido proceso a favor de los justiciables y del estado de derecho:

El procedimiento para la tramitación de las causas y asuntos que se sustancien ante el Tribunal Calificador de Elecciones será regulado por éste mediante autos acordados en los que se asegurará, en todo caso, un racional y justo proceso.

Los autos acordados se adoptarán en sesiones extraordinarias, deberán ser aprobados o modificados con el voto conforme de, a lo menos, tres de los miembros del Tribunal y deberán ser publicados en el Diario Oficial¹⁰⁹.

Otro principio que se encuentra contemplado para el eficaz desempeño del TCE es el de cooperación institucional y supletoriedad de la norma:

El Tribunal podrá requerir directamente de cualquier órgano público o autoridad, partido político o candidato, los antecedentes relativos a materias pendientes de su resolución, y aquéllos estarán obligados a proporcionárselos oportunamente, bajo los apercibimientos y apremios contemplados en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. En todo lo demás, el procedimiento se ajustará a las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Civil, en lo que fueren aplicables y no sean contrarias a las de esta ley¹¹⁰.

108 García Rodríguez, Juan Ignacio, “Organización y justicia electoral en Chile”... pág. 250.

109 Artículo 12 de la Ley del TRICEL.

110 *Ibidem*.

Para garantizar la plena autonomía y el reconocimiento como la máxima autoridad electoral, el TCE cuenta con el principio de definitividad. Éste se encuentra en el artículo 13 de la Ley 18.460, que señala que “contra las resoluciones del Tribunal no procederá recurso alguno, salvo el de rectificación por error de hecho”¹¹¹.

Por último, las y los servidores del TRICEL tienen prohibición expresa de participación partidista para asegurar su imparcialidad, independencia y la transparencia de los procesos que se presentan ante ellos¹¹².

d. Funcionamiento

El tribunal electoral participa de manera decisiva en la construcción del aparato de protección jurídica de la democracia electoral,[...] a fin de asegurar de que se respete la voluntad popular y que esta se refleje – con fidelidad y transparencia, esto es, sin falsificaciones – en los resultados electorales, contribuyendo a la integración legítima y democrática del poder público, al igual que a la estabilidad política indispensable para el desarrollo económico, social y cultural de la nación y constituyéndose la garantía última de la autenticidad, libertad y legalidad de las elecciones¹¹³.

En el caso del TRICEL, es un órgano autónomo y permanente. Su ley orgánica constitucional regula su organización y funcionamiento, debiendo funcionar en pleno y decidiendo,

111 Artículo 13 de la Ley del TRICEL.

112 García Rodríguez, Juan Ignacio, “Organización y justicia electoral en Chile”... pág. 251.

113 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*... pág. 35.

en última instancia, el voto del Presidente¹¹⁴. La presidencia del TRICEL la ejercerá el magistrado con mayor antigüedad en ejercicio de la Corte Suprema. A falta o ausencia de un magistrado en ejercicio de la Corte, lo presidirá el miembro del Tribunal que sea elegido por mayoría de votos¹¹⁵.

Las sesiones del TCE se clasifican en ordinarias y extraordinarias. Las ordinarias son las que se celebran en los días y horas que se acuerden al constituirse el Tribunal, para tratar de las atribuciones que le confieren la Constitución y las demás materias que señalen las leyes. Las sesiones extraordinarias se celebrarán sólo para tratar los asuntos señalados en la respectiva convocatoria. Éstas se realizarán por iniciativa del Presidente del Tribunal o por requerimiento de, a lo menos, dos de sus miembros¹¹⁶. Así mismo, el Tribunal sesionará con la mayoría de sus miembros y adoptará sus acuerdos por la mayoría absoluta de los presentes¹¹⁷.

e. Garantías jurisdiccionales

La justicia es un servicio público fundamental que debe estar libre de cualquier injerencia del gobierno o de los representantes populares u otro ente social, ya que si el juzgador politiza sus resoluciones, serán parciales y en desmedro de la función jurisdiccional. Por esto se hace necesario establecer un conjunto de garantías para que el juzgador pueda ejercer sus funciones de manera eficaz.

114 Artículo 95 constitucional, inciso 5.

115 Artículo 4 de la Ley 18.460.

116 Artículo 10 de la Ley 18.460.

117 Artículo 11 de la Ley 18.460.

El término “garantías” hace referencia a cualquier instrumento jurídico por el cual se regulan, afianzan, protegen, respaldan, defienden, salvaguardan o apoyan determinados derechos o instituciones, instituidos a favor de los justiciables o gobernados¹¹⁸. Por esta razón en los órdenes jurídicos actuales es cada vez más común encontrar un “conjunto específico de garantías en favor de los juzgadores que atienden a su selección, nombramiento, adscripción, remuneración, responsabilidad y estabilidad permanente, primordialmente”¹¹⁹.

De manera más específica, Jesús Orozco considera que “los magistrados del tribunal electoral requieren para el buen ejercicio de su tarea de [ciertas] garantías: estabilidad en el cargo, estabilidad económica y dedicación exclusiva a la función”¹²⁰. Estas garantías de los juzgadores no protegen sus intereses particulares sino, exclusivamente, a la función jurisdiccional que debe ser desarrollada por personas independientes e imparciales¹²¹.

La garantía de independencia de las y los magistrados del tribunal electoral es una de las más importantes¹²², pero esta garantía no les autoriza ni les da impunidad para actuar en exceso de su competencia. Al igual que cualquier autoridad republicana,

118 Orozco Henríquez, Jesús y Armando Maitret Hernández, “El sistema mexicano contencioso electoral y criterios jurisprudenciales relevantes”, en: VVAA, *El contencioso y la jurisprudencia electorales en derecho comparado...* pág. 319.

119 Cossío Díaz, José R., *Jurisdicción federal. Carrera judicial en México*. UNAM, México, 1996, pág. 31.

120 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...* pág. 41.

121 TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral. Proceso electoral federal 1999-2000*. TEPJF, México, 2001, pág. 66.

122 Kozlowski, Mark, *Imperial Judiciary*. New York University Press, Estados Unidos de América, 2003, págs. 52, 53, 63, 76 y 79.

estos juzgadores tienen a su cargo un poder público que deben ejercer estrictamente dentro de los límites establecidos por la ley¹²³.

Existe una independencia interna para los juzgadores y, al mismo tiempo, una independencia externa para protegerlos de los órganos del Estado. El tribunal electoral debe contar con autonomía financiera para no coaccionar su actuación por medio de negociaciones para la asignación de un presupuesto adecuado¹²⁴. La función judicial debe contar con recursos suficientes y debe administrarlos eficientemente para realizar sus tareas¹²⁵.

De manera general, se puede decir que los recursos económicos y humanos con los que cuenta el TRICEL le permiten satisfacer sus necesidades y objetivos institucionales. De esto deriva el tema de las retribuciones económicas recibidas por las y los magistrados del tribunal electoral. En el caso del TRICEL, sus magistrados perciben una remuneración equivalente a 53 dólares americanos con 40 centavos por cada audiencia, con un tope de treinta sesiones por cada mes de salario¹²⁶. Normalmente, el Tribunal sesiona una vez por semana (lunes) en periodos interelectorales y todos los días en épocas electorales¹²⁷. Cabe señalar que las y los magistrados electorales perciben su sueldo como ministros de la Corte Suprema de Justicia.

123 TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral. Proceso electoral federal 1999-2000...* pág. 73.

124 Valadés Ríos, Diego, *Los Consejos de la Judicatura: desarrollo institucional y cambio cultural*. IIJ/UNAM, México, 2001, pág. 6.

125 Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia*. Ed. Fontamara, México, 2007, págs. 22, 26, 35, 36, 51 y 144.

126 Artículo 14 de la Ley 18.460.

127 Valladares, Carmen Gloria, "Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile"... pág. 160.

En lo que se refiere a la incompatibilidad laboral después de ejercer su función judicial, a los integrantes del TRICEL les afectan las causales de[...] incompatibilidad constitucional, que se extiende por seis meses después de haber cesado en sus funciones, relativa a la de realizar otro empleo o retribución con fondos del fisco, de las municipalidades, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las empresas del Estado o en las que el fisco tenga intervención por aportes de capital y con toda otra función o comisión de la misma naturaleza, con excepción de los empleos docentes¹²⁸.

La transparencia y la rendición de cuentas son vitales para el sistema democrático. La declaración patrimonial permite conocer el patrimonio de las y los funcionarios públicos con el objetivo de conocer sus bienes y obligaciones al asumir y al dejar el cargo público, y poder comprobar que no utilizó su cargo para enriquecerse él, parientes, amigos o vía alguna sociedad. Los integrantes del TRICEL deben efectuar una declaración jurada de patrimonio. Ésta deberá efectuarse ante el Secretario del Tribunal, quien la mantendrá para su consulta pública. Sin embargo, si no la presenta de manera oportuna, el magistrado será sancionado con una multa de diez a treinta unidades tributarias mensuales. Transcurridos sesenta días desde que la declaración sea exigible, se presumirá el incumplimiento del infractor¹²⁹.

Para contar con seguridad jurídica por el desempeño de sus funciones, los magistrados electorales deben de contar con fuero (inmunidad laboral y penal), que les permita opinar y juzgar sin consecuencias por su labor jurisdiccional. Las opiniones que vierten los jueces del TCE son inviolables desde el día de su

128 Ibidem.

129 Artículo 6 bis de la Ley 18.460.

designación, y mientras permanezcan en el cargo no pueden ser procesados o privados de su libertad, salvo en caso de delito flagrante¹³⁰.

Otra prerrogativa con la que cuentan las y los magistrados del TCE para el buen desempeño de sus funciones es la permanencia judicial, que se conforma con la inamovilidad y la estabilidad. Estas son entendidas como sinónimos por diversos doctrinarios¹³¹. En mi opinión se distingue claramente la diferencia entre ambos conceptos, en donde la estabilidad es consecuencia de la inamovilidad:

La estabilidad como tal debe entenderse como el conjunto de medios que se traducen en la permanencia de los jueces y magistrados, ya sea por un periodo determinado o de manera indefinida, hasta la finalización de su cargo, fallecimiento o edad de retiro, a no ser que incurran en un motivo de responsabilidad que implique su remoción por medio de un proceso o de un juicio político. La forma más perfeccionada radica en la inamovilidad, la que significa, que una vez designado, el juez o magistrado permanece indefinidamente en sus funciones hasta su fallecimiento o retiro forzoso a una edad determinada¹³².

Aquí se debe entender a la estabilidad como consecuencia de la inamovilidad, diferenciándose ambas por el carácter temporal entre cada una.

Mario Melgar considera que la inamovilidad judicial consiste en que ningún juez que la posea, pueda ser destituido de su cargo salvo por la violación de sus deberes constitucionales y legales.

130 Artículos 6 y 7 de la Ley 18.460, y artículo 76 del COT. Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 159.

131 Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia...* pág. 191.

132 Fix-Zamudio, Héctor, y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*. FCE, México, 1999, pág. 32.

Esta calidad del juez deriva de su probidad intelectual, de atributos y cualidades personales, pero también de su estabilidad laboral y autonomía económica¹³³. Se trata de garantizar que nadie pueda ser cesado o suspendido, ni retirarse, disminuirse o descontarse sus emolumentos, si no es en virtud de una disposición legal o bien por la decisión de un tribunal¹³⁴. Sin embargo, el derecho a no ser suspendidos, retirados o destituidos no significa que sean impunes o no tengan responsabilidad en su actuación¹³⁵.

Hasta aquí se han mencionado las garantías judiciales que poseen las y los magistrados electorales. Sin embargo, la responsabilidad es una garantía judicial basada en la dualidad derecho/obligación. Esta protección es importante para los justiciables, en donde, a partir de ciertos presupuestos, se podría dar lugar a una responsabilidad.

Estas irregularidades faltas o delitos cometidas por los magistrados deben nacer de la propia naturaleza de su trabajo. Por esto puede llegar a considerarse que una o un funcionario judicial ha incurrido en responsabilidad, al mismo tiempo que debe establecerse la determinación de las penas que por ella correspondan (no dejar nada sobre su posible sanción a la subjetividad)¹³⁶. Como ya se mencionó, las y los magistrados del Tribunal Electoral no pueden ser sujetos a ninguna responsabilidad como jueces electorales al no estar comprendidos entre los funcionarios públicos con responsabilidad política de sus acciones¹³⁷.

133 Melgar Adalid, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*. Ed. Porrúa, México, 2000, pág. 38.

134 Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia...* pág. 191.

135 *Ibidem*, pág. 182.

136 La responsabilidad de los servidores públicos que administran justicia es un proceso establecido para sancionar a quienes cometen faltas a sus deberes durante su desempeño como juzgadores. Cossío Díaz, José R., *Jurisdicción federal. Carrera judicial en México...* pág. 34.

137 Artículo 79 constitucional.

f. Reglamentos del TRICEL

El reglamento es una facultad pseudolegislativa con la que cuentan los órganos autónomos del Estado para poder desarrollar sus funciones acorde con sus necesidades¹³⁸. El TCE utiliza el principio de autonomía para expedir su reglamento y emitir sus autos acordados para organizar y proveer su propio gobierno. Debe tenerse presente que tiene la facultad de prescribir los procedimientos para la tramitación de las causas o asuntos que sustancien ante él, ya sea por autos acordados o por su reglamento¹³⁹, en los que se debe asegurar, en todo caso, un racional y justo proceso¹⁴⁰.

Los autos acordados para procesos eleccionarios que ha elaborado el TRICEL, son los siguientes:

- Auto acordado sobre procesos de reclamaciones de nulidad electoral o de rectificación de escrutinios, formación de escrutinio general y proclamación de candidatos electos, elecciones presidencial y parlamentaria¹⁴¹.
- Tramitación y fallo de reclamaciones relativas a las declaraciones de candidaturas¹⁴².
- Tramitación y fallo de las reclamaciones en contra de las resoluciones del Director del Servicio Electoral pronunciadas en los procedimientos administrativos a que dé lugar la

138 Un reglamento es toda instrucción escrita destinada a regir una institución o a organizar un servicio o actividad. Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Ed. Datascan, Guatemala, 2004, pág. 830.

139 Artículo 12 de la Ley Orgánica del TRICEL.

140 García Rodríguez, Juan Ignacio, “Organización y justicia electoral en Chile”... pág. 248.

141 Diario Oficial de 18 de noviembre de 2005.

142 Diario Oficial de 5 de agosto de 2005.

aplicación de la Ley 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control de Gasto Electoral¹⁴³.

- Tramitación y fallo de los recursos de apelación que se interpongan en contra de las resoluciones de los TER que resuelvan las reclamaciones de nulidad y solicitudes de rectificación de escrutinios de las elecciones de Consejeros Regionales¹⁴⁴.
- Tramitación y fallo de los recursos de apelación contra las sentencias de los TER que se pronuncien sobre las reclamaciones de nulidad y solicitudes de rectificación de escrutinios, con motivo de las elecciones municipales¹⁴⁵.
- Recurso de apelación de los TER pronunciados con motivo de la declaración de candidatura a Alcalde o Concejal, respectivamente¹⁴⁶.
- Proceso de reclamaciones de nulidad electoral o de rectificación de escrutinios, formación de escrutinio general y proclamación de candidatos electos¹⁴⁷.
- Procedimiento de envío de copias autorizadas de acta de mesa receptora de sufragio por los secretarios de juntas electorales, conforme a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 103 de la Ley No. 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios¹⁴⁸.

143 Diario Oficial de 16 de abril de 2005.

144 Diario Oficial de 25 de noviembre de 2005.

145 Diario Oficial de 14 de octubre de 2004.

146 Diario Oficial de 17 de junio de 2004.

147 Diario Oficial de 6 de diciembre de 2001.

148 Diario Oficial de 29 de noviembre de 2001.

- Tramitación y fallo de reclamaciones relativas a las declaraciones de candidaturas¹⁴⁹.
- Sobre la fecha de instalación de Consejos Municipales¹⁵⁰.
- Tramitación y fallo de los recursos de apelación contra las sentencias de los TER que se pronuncien sobre las reclamaciones de nulidad y solicitudes de rectificación de escrutinios, con motivo de las elecciones municipales¹⁵¹.
- Tramitación y fallo de los recursos de apelación contra las sentencias de los TER pronunciados con motivo de las declaraciones de candidatura a Concejales¹⁵².
- Proceso de calificación, reclamaciones electorales, formación de escrutinio y proclamación de candidato electo a Presidente de la República (elección presidencial de 1999)¹⁵³.
- Auto acordado sobre tramitación y fallo de las reclamaciones en contra de las resoluciones del Director del Servicio Electoral pronunciadas en los procedimientos administrativos a que dé lugar la aplicación de la Ley No. 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral¹⁵⁴.
- Auto acordado sobre tramitación y fallo de los recursos de apelación que se deduzcan en contra de las sentencias de los TER pronunciadas con motivo de las declaraciones de candidaturas a alcalde o concejal, de las solicitudes de nulidad o rectificación de escrutinios de las elecciones municipales y de las elecciones de consejeros regionales¹⁵⁵.

149 Diario Oficial de 21 de junio de 2001.

150 Diario Oficial de 14 de diciembre de 2000.

151 Diario Oficial de 12 de octubre de 2000.

152 Diario Oficial de 28 de junio de 2000.

153 Diario Oficial de 7 de diciembre de 1999.

154 Diario Oficial de 16 de abril de 2005.

155 Diario Oficial de 17 de abril de 2008.

- Auto acordado sobre publicidad de los actos y resoluciones pronunciadas, fundamentos y procedimientos utilizados por el TRICEL por aplicación de la Ley No. 20.285 que regula el principio de transparencia de la función pública¹⁵⁶.
- Auto acordado del TRICEL sobre tramitación y fallo de las reclamaciones en contra de las resoluciones del Director del Servicio Electoral pronunciadas en los procedimientos administrativos a que dé lugar la aplicación de la Ley No. 19.884 sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral¹⁵⁷.
- Auto acordado del TRICEL sobre tramitación y fallo de las reclamaciones relativas a las declaraciones de candidaturas, reclamaciones de nulidad electoral o solicitudes de rectificación de escrutinios, formación de escrutinio general y proclamación de candidatos electos (elección de Presidente de la República, Senadores y Diputados)¹⁵⁸.

El sistema de justicia electoral chileno no cuenta con una ley procesal para dirimir los conflictos electorales, por lo que el TCE realiza una función pseudolegislativa elaborando, con base en su autonomía, los reglamentos que suplan esas lagunas legislativas.

156 Diario Oficial de 6 de abril de 2009.

157 Diario Oficial de 14 de agosto de 2009.

158 Diario Oficial de 14 de agosto de 2009.

g. Facultades

En el presente apartado presentaré las facultades más importantes del TRICEL. Su competencia y funciones están definidas tanto en la Constitución como en su Ley Orgánica, principalmente.

Los artículos 95 y 96 establecen las competencias constitucionales del TCE:

Escutar y calificar la elección de las reclamaciones; Proclamar a los candidatos electos, todo ello en las elecciones de Senadores, Diputados y del Presidente de la República; Conocer de los plebiscitos; Conocerá, en la forma que la ley determine, de las apelaciones de las resoluciones que los tribunales regionales dicten, conociendo del escrutinio y calificación, reclamaciones y proclamación de candidatos electos, todo ello en las elecciones que la ley les encomiende realizar y, todas las demás atribuciones que la ley determine.

A los TER corresponde constitucionalmente:

Conocer del escrutinio y calificación, Reclamaciones, Proclamación de candidatos electos, en las elecciones que la ley les encomiende realizar y, la calificación de las elecciones de carácter gremial y de aquellos grupos intermedios¹⁵⁹.

En lo que respecta a las atribuciones legales más importantes del TER, se tienen las siguientes:

- a. Escrutinio, calificación y proclamación de candidatos electos en elecciones municipales.
- b. Reclamaciones de nulidad y solicitudes de rectificación en elecciones municipales¹⁶⁰.

159 Artículo 96 constitucional.

160 Artículo 117 de la Ley 19.695.

- c. Calificación, rectificaciones y proclamación de candidatos electos en elecciones del Consejo Regional¹⁶¹.
- d. Conocer de las reclamaciones en elecciones del Consejo Regional¹⁶².
- e. Calificar las elecciones de carácter gremial y las de los grupos intermedios que tengan derecho a participar en la designación de los integrantes de los consejos regionales de desarrollo o de los consejos de desarrollo comunal¹⁶³.
- f. Conocer de las reclamaciones que se interpongan con motivo de las elecciones de carácter gremial y de las de cualquier otro grupo intermedio¹⁶⁴.

En general, los TER son los responsables legales de la calificación de las elecciones municipales y de las elecciones de carácter gremial y organismos intermedios. Estos tribunales proceden como jurado en la apreciación de los hechos y sentencian con arreglo a derecho. El fallo del Tribunal deberá ser fundado e indicará con precisión el estado en que queda el proceso electoral. Los fallos del TER son apelables ante el TCE¹⁶⁵.

El procedimiento de apelación es el propio de la doble instancia, resguardando las reglas del debido proceso, entregando al recurrente un plazo para hacerse parte, escuchar las alegaciones de los abogados y sentenciar. En las causas de única instancia se han fijado procedimientos sumarios, recibiendo la

161 Artículo 93 de la Ley 19.175.

162 Artículo 91 de la Ley 19.175.

163 Artículo 10 de la Ley 18.593.

164 *Ibidem*.

165 García Rodríguez, Juan Ignacio, "Organización y justicia electoral en Chile"... pág. 249.

causa a prueba y fallando. Es importante mencionar que contra las resoluciones del TRICEL no procede recurso alguno, salvo el de corregir los errores de hecho¹⁶⁶.

Al analizar las facultades del TCE se observa que la legislación en materia electoral se encuentra dispersa en diversos códigos orgánicos, en las que tiene facultades directas e indirectas. Entre las primeras encontramos las que tienen relación inmediata con la impartición de justicia electoral. Las facultades más relevantes que emanan de la ley del tribunal electoral son:

- a. Escrutinio general de las elecciones de Presidente de la República, Diputados y Senadores y de los plebiscitos¹⁶⁷.
- b. Conocer de las reclamaciones que se interpongan con motivo de las elecciones de Presidente de la República, Diputados y Senadores y de los plebiscitos¹⁶⁸.
- c. Apelación de escrutinio, de calificación y de proclamación de candidatos electos en elecciones municipales¹⁶⁹.
- d. Apelación frente a la resolución de reclamaciones de nulidad y solicitudes de rectificación en elecciones municipales¹⁷⁰.
- e. Apelación de escrutinio y calificación en elecciones de Consejo Regional¹⁷¹.
- f. Apelación contra la sentencia que falla reclamaciones en elecciones de Consejo Regional¹⁷².

166 Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 171.

167 Artículo 9 de la Ley 18.460.

168 Artículo 96 y siguientes de la Ley 18.700.

169 Artículo 117 de la Ley 18.695.

170 *Ibidem*.

171 Artículo 94 de la Ley 19.175.

172 *Ibidem*.

El desarrollo de las elecciones es el elemento que más ha cuidado y protegido el TCE, por lo que se hace imprescindible disertar sobre el tema de las reclamaciones que se pueden originar en el proceso electoral:

Cualquier elector podrá interponer reclamaciones de nulidad contra las elecciones y plebiscitos por actos que las hayan viciado relacionados con:

- a) La elección o funcionamientos de las Mesas Receptoras o Colegios Escrutadores o los procedimientos de las Juntas Electorales;
- b) El escrutinio de cada Mesa o los que practicaren los Colegios Escrutadores;
- c) Actos de la autoridad o de personas que hayan coartado la libertad de sufragio;
- d) Falta de funcionamiento de Mesas, y
- e) Práctica de cohecho, de soborno, de uso de fuerza y de violencia¹⁷³.

En los casos de inconformidad por la conducta de los actores electorales o por los resultados producidos en las elecciones, el TRICEL deberá formar un cuaderno separado con “las reclamaciones que se funden en el cohecho, en el ejercicio de la fuerza, en la intervención de la autoridad o en cualquier otro acto que coarte la libertad del elector o impida la libre emisión del sufragio”¹⁷⁴.

173 García Rodríguez, Juan Ignacio, “Organización y justicia electoral en Chile”... pág. 244.

174 *Ibidem*, pág. 245.

El TCE deberá conocer de las reclamaciones de nulidad de elección o plebiscito. Su discernimiento jurisdiccional será apreciando los hechos como jurado y al tenor de la influencia que, a su juicio, ellos hayan tenido en el resultado de la elección o plebiscito. Con el mérito de los antecedentes, declarará válida o nula la elección o plebiscito y sentenciará conforme a derecho¹⁷⁵. Sin embargo, no todos los hechos, defectos o irregularidades influyen en el resultado general de la elección o plebiscito (sea que hayan incurrido antes, durante o después de la votación), por lo que las y los magistrados electorales no darán mérito para declarar la nulidad, sino que sólo la determinarán cuando hubiera causas graves o que violenten la voluntad de la ciudadanía: sólo bajo este argumento se anulará la elección impugnada¹⁷⁶.

Cuando el TRICEL declare nula la votación en una o más mesas receptoras de votos, mandará repetir la votación de la(s) mesa(s) anulada(s) sólo en el caso de que el nuevo resultado de ellas dé lugar a una decisión electoral o plebiscitaria diferente¹⁷⁷. Así, puede verse que la comprensión que tiene de la calificación, implica que ésta es una actividad de carácter general en la que quedan involucradas tanto la propia indagación y el examen del proceso electoral, como la resolución de las reclamaciones que dicen relación con dicho proceso, tanto en la constitución de las mesas y la votación, como en los actos electorales realizados después de la votación, tales como el trabajo de los colegios escrutadores y la confección de actas, por dar algunos ejemplos¹⁷⁸.

175 *Ibidem*.

176 *Ibidem*.

177 *Ibidem*.

178 Artículo 79 y ss. (Ley 18.700).

Aparte de su función para resolver sobre cuestiones directas del desarrollo de las elecciones, el TRICEL es responsable de conocer las apelaciones formuladas contra las resoluciones del Director del Servicio Electoral (contencioso electoral administrativo):

- a. Reclamación frente a la resolución del Director del Servicio Electoral que acepta o rechaza la declaración de candidaturas parlamentarias y presidenciales¹⁷⁹.
- b. Apelación contra la sentencia que falla las reclamaciones contra declaración y rechazo de candidaturas a alcalde y concejal por parte del Director Regional del Servicio Electoral¹⁸⁰.
- c. Apelación contra sentencia que falla reclamaciones frente a la resolución del Director Regional del Servicio Electoral que fija el número de consejeros regionales que corresponda elegir a cada provincia¹⁸¹.
- d. Apelación frente a la resolución del Director del Servicio Electoral que acoge o rechaza oposiciones a la formación de partidos políticos¹⁸².
- e. Apelación frente la resolución del Director del Servicio Electoral que rechace el balance de los partidos políticos¹⁸³.
- f. Apelación contra la resolución del Director del Servicio Electoral que cancele la inscripción de un partido político¹⁸⁴.

179 Artículo 18, Ley 18.700.

180 Artículo 115 con relación al artículo 117 de la Ley 18.695.

181 Artículo 29 de la Ley 19.175.

182 Artículo 13 de la Ley 18.603.

183 Artículo 35 de la Ley 18.603.

184 Artículo 43 de la Ley 18.603.

- g. Reclamaciones que tengan relación con la generación defectuosa del Tribunal Supremo de un partido político¹⁸⁵.
- h. Apelación frente a sentencia que falla causas contra los partidos políticos y a sus directivos por las infracciones de que trata el título octavo de la Ley 18.603¹⁸⁶.
- i. Recurso de queja frente a casos de falta o abuso del Director del Servicio Electoral en la aplicación de la Ley 18.603¹⁸⁷.

Otra particularidad dentro del sistema jurisdiccional electoral chileno se relaciona con el tema de la propaganda electoral, en que se pueden impugnar los tiempos electorales distribuidos:

En esta materia corresponde al Consejo Nacional de Radio y Televisión determinar el tiempo que corresponde a los candidatos y partidos en el espacio gratuito que establece la ley de votaciones en el periodo previo a una elección parlamentaria o presidencial. La determinación del CNTV se puede apelar ante el TRICEL¹⁸⁸.

Por último, existen un conjunto de normas legales que facultan a los tribunales electorales para destituir a las autoridades municipales (alcaldes y concejales). En este rubro, el TER es la autoridad primaria para valorar, si la conducta de

185 Artículo 57 de la Ley 18.603

186 Artículo 56 de la Ley 18.603.

187 Artículo 60 de la Ley 18.603.

188 García Rodríguez, Juan Ignacio, "Organización y justicia electoral en Chile"... pág. 249. Se han presentado varios recursos de apelación contra de las resoluciones del Consejo Nacional de Radio y Televisión con relación a la distribución del tiempo para la propaganda electoral gratuita en televisión (Ley No. 18.700). Estas sentencias se presentarán y analizarán en la sección que sigue.

las autoridades comunales se ha apegado al marco legal¹⁸⁹, y en caso de destitución TRICEL ante quien se puede apelar esa sentencia, siendo la misma definitiva e inapelable¹⁹⁰.

Un punto relevante de la actuación de las y los magistrados electorales, al momento de juzgar, será el cómo valoren y ponderen las pruebas. En nuestro caso, el tribunal electoral chileno utiliza el mecanismo de libre ponderación.

i. Facultad valorativa de la prueba

El objetivo de establecer un sistema contencioso judicial electoral es resolver los conflictos suscitados en la realización y la calificación de las elecciones, pues anteriormente los comicios eran calificados por los miembros elegidos al Parlamento¹⁹¹. Por lo mismo, se estableció un órgano autónomo jurisdiccional electoral en la Constitución de 1925, que fuera responsable de calificar que las elecciones se realizarán conforme a las reglas del juego establecidas, traspasando la calificación de las elecciones del Parlamento a una institución imparcial¹⁹². Así

189 Las dos principales causales para la remoción de autoridades electorales son: el notable abandono de deberes y/o graves faltas a la probidad administrativa, que se contemplan en la Ley Orgánica de Municipalidades y en la Ley de Probidad Administrativa. Artículos 60, 76 y 77 de la Ley 18.695.

190 Las leyes que facultan la destitución de las autoridades municipales por el tribunal electoral son: Ley de los Tribunales Electorales Regionales (Ley 18.593); Ley Orgánica Municipalidades (Ley 18.695); Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional (Ley 19.175); la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575), entre otras.

191 Andrade Geywitz, Carlos, *Elementos de derecho constitucional chileno...* págs. 133.

192 Cruz Coke, Ricardo, *Historia electoral de Chile...* págs. 15, 16 y 17. Este autor considera que en la Constitución de 1925 en el artículo 79 se establece a este tribunal calificador como “un ente público superior a

mismo, se facultó al TCE la valoración de la prueba como jurado y la posibilidad de sentenciar con base a derecho¹⁹³. Después de otorgarse a este tribunal la prerrogativa constitucional de calificar las elecciones, se sumó la responsabilidad de actuar sin ningún criterio político o extrajurídico¹⁹⁴.

Actualmente, el TRICEL mantiene este mecanismo para ponderar la prueba y dictar su sentencia conforme al marco jurídico vigente¹⁹⁵. Por esto, al investigar el sentido de valoración de la prueba dentro de la regulación electoral chilena, se encontró que se reiteraba este procedimiento de ponderación en el artículo 104 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios:

El Tribunal Calificador de Elecciones procederá de norte a sur al estudio de la elección o plebiscito reclamado. Conociendo de las reclamaciones de nulidad, apreciará los hechos como jurado y al tenor de la influencia que, a su juicio, ellos hayan tenido en el resultado de la elección o plebiscito. Con el mérito de los antecedentes declarará válida o nula la elección o plebiscito y sentenciará conforme a derecho.

Se ha advertido esta particular forma de valorar la prueba en el sistema judicial procesal electoral chileno. Ahora describiré

los otros tres poderes del Estado, por su composición republicana” (pág. 19).

193 Rosales, Carlos Manuel, “La libre valoración de la prueba en materia comicial”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Tomo LXII, Número 257. UNAM, México, 2012.

194 El párrafo segundo del artículo 79 de la Constitución Política chilena de 1925 señala: “Este Tribunal procederá como jurado en la apreciación de los hechos, y sentenciará con arreglo a derecho”.

195 Artículo 95 constitucional. Sin embargo, la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones (Ley 18.460) no indica su mecanismo de valoración de la prueba.

lacónicamente qué es la prueba, para comprender esta facultad hermenéutica del TCE.

ii. La prueba

El proceso jurisdiccional “está orientado hacia la verdad”¹⁹⁶, por ello se considera que el propósito principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad de los enunciados fácticos del caso, los cuales figurarán en premisas del razonamiento judicial justificatorio¹⁹⁷. “El juez, en el uso o ejercicio de sus poderes probatorios, ha dejado de ser un mero espectador en el proceso, para desarrollar una actuación mucho más participativa, con el objeto de agotar todas las posibilidades de conocer la verdad objetiva”¹⁹⁸.

Ahora, respecto a la prueba, ésta puede ser entendida de diversas maneras¹⁹⁹:

Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Cabal refutación de una falsedad. Comprobación, persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. Razón, argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo. Indicio, muestra, señal²⁰⁰.

196 Taruffo, Michele, *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del taller de derecho procesal*. TEPJF, México, 2003, pág. 191.

197 Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*. Ed. Ariel, Barcelona, 2000, pág. 62.

198 Castillo González, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral*. TEPJF, México, 2006, pág. 185.

199 Morello, Augusto, *La prueba*. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1982, págs. 9-53.

200 Canabelas, Guillermo, *Diccionario jurídico*, Ed. Degustain, Guatemala, 2005, pág. 364.

El concepto de prueba no es fácil de describir pues como señala Flavio Galván, la prueba puede ser descrita desde diferentes aristas:

[...] como una acción o sea una carga procesal para alguna de las partes e incluso como una facultad otorgada al órgano juzgador; al mismo tiempo, la prueba puede ser vista como efecto, si se refiere a la convicción generada en el juzgador, sobre los puntos de objeto de controversia; asimismo, es un elemento por el cual se hace alusión a la supuesta cosa, hecho o persona que se utiliza para probar; igualmente, la prueba puede ser vista como procedimiento, si es vista como la conducta de las partes, de los terceros, y hasta de los juzgadores, para aportar, ofrecer, admitir, preparar, requerir, desahogar, perfeccionar y valorar la prueba; asimismo, la prueba es la acción y efecto de apreciar o valorar los elementos aportados en el proceso, con el objetivo de determinar su relevancia en las pretensiones de una de las partes y la defensa de la otra²⁰¹.

Así, la prueba tiene como misión el cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulta necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso²⁰²:

La circunstancia de que conforme al sistema de prueba constituida, la autoridad debe tener en su poder determinados documentos sobre los actos expuestos, facilita enormemente el uso de los poderes probatorios del juez, ya que le basta con identificar los elementos que requiere, para resolver el litigio y/o solicitarlos a la autoridad correspondiente²⁰³.

201 Galván Rivera, Flavio, *Derecho procesal electoral*. Ed. Porrúa, México, 2006, págs. 511-512.

202 Canto Pressuel, Jesús, *Diccionario electoral*. Ed. TEQROO, México, 2008, pág. 75.

203 Castillo González, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral...* pág. 184. Para Santiago Sentís Melendo, el juez tiene

De esta manera, se comprueba la función e importancia de la prueba en la determinación judicial de los hechos, lo que es uno de los problemas fundamentales del proceso, de la justicia y del ordenamiento jurídico en general²⁰⁴.

Para continuar con este apartado, es necesario señalar cuáles son los principales sistemas para apreciar la prueba:

1) sistema legal o de la prueba tasada (cuando la ley señala por anticipado cuál es el grado de eficacia que el órgano jurisdiccional debe atribuir a determinado medio probatorio);

2) sistema de la prueba libre (cuando el órgano jurisdiccional puede apreciar las pruebas ofrecidas, admitidas y desahogadas sin traba legal alguna, de manera que pueda formarse su convicción libremente, haciendo la valoración según su sentir personal, racional, moral, o en conciencia, sin impedimentos de alguna especie y menos de orden jurídico);

3) sistema de libre apreciación razonada o de la sana crítica (cuando el órgano jurisdiccional tiene la facultad para determinar en forma concreta la eficacia de cada uno de los elementos que obren en autos, de acuerdo con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, considerándose como un sistema intermedio entre los anteriores, y

4) sistema mixto (aquel que combina algunos de los sistemas que anteceden)²⁰⁵.

auténticos poderes probatorios conferidos por la ley, pues no se trata de un mera posibilidad, sino de una auténtica potestad, la cual debe utilizar cuando pueda redundar en beneficio de la justicia, y no pensar que hace uso de éstos se limita a decretar las modestas providencias para mejor proveer. Sentís Melendo, Santiago, *La prueba*. Ed. EJEA, Buenos Aires, 1979, págs. 214-215.

204 Taruffo, Michele, prólogo a Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho...*

205 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...* pág.

Se puede deducir que el TCE utiliza el sistema de libre valoración de la prueba al constituirse en jurado porque no está sujeto a ningún elemento legal, salvo su buen criterio y sano raciocinio, tal y como un jurado.

Por esta razón, ahora se analizará qué tan benéfico o perjudicial es que un tribunal público se convierta en jurado para valorar las pruebas de manera privada y, posteriormente, elaborar una sentencia con base en el marco normativo.

iii. La libre valoración de la prueba

Son dos puntos los que aquí se presentan: las contradicciones del TCE para valorar las pruebas de manera libre, como un jurado, y su deber de sentenciar con apego a derecho, y las sesiones privadas de deliberación, que atentan contra el principio de publicidad.

Godfrey Lehman define al jurado como

[...] un órgano colegiado, con un número determinado de personas calificadas y seleccionadas de manera que prescribe la ley, colocadas en un panel y que han jurado escuchar los hechos de un caso legal y, dar una decisión sobre las pruebas del caso expuestas ante ellos²⁰⁶.

Alexis de Tocqueville ha definido al jurado de la siguiente manera:

El jurado es preeminentemente una institución política. Ésta debe ser considerada como una forma de la soberanía de la

121. *Vid.*, Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*. Ed. Oxford, México, 2001, pág. 312, y Varela, Casimiro, *Valoración de la prueba*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 98.

206 Lehman, Godfrey, *We, the Jury... The impact of Jurors on Our Basic Freedoms*. Prometheus Books, Nueva York, 1997, pág. 15.

gente; cuando aquella soberanía es repudiada, esta debe ser rechazada; o debe ser adaptada a las leyes según las cuales, aquella soberanía está establecida. El jurado es esa parte de la nación la cual ejecuta las leyes y que está incrustada, en las Cámaras del Congreso que se constituyen como una parte de la nación que hace las leyes²⁰⁷.

La implementación de esta institución en una democracia permitió que fuera el pueblo el responsable de dirimir lo que era justo, incluso con la posibilidad de nulificar la ley, en ciertos casos en que la ley fuera considerada como injusta²⁰⁸:

Los jurados tienen el poder de absolver o desaplicar una norma si ellos consideran que es opresiva, o si ellos creen que una ley es legítima, pero que al aplicarse bajo ciertas circunstancias, pueda convertirse en opresiva²⁰⁹.

Al desentrañar este concepto se observa que el jurado es una institución compuesta por un grupo de ciudadanos²¹⁰,

207 *American Institutions*. Ed. A.S. Barnes & Company, Nueva York, 1851, pág. 99.

208 *Vid*, Williams, Mary E., *The Jury System*. Greenhaven Press, San Diego, 1997, págs .18-35. La séptima enmienda de 1791 garantiza el derecho a un juicio por jurado ante una Corte Federal, si el monto de lo que se disputa es mayor a veinte dólares.

209 Abramson, Jeffrey, *We the Jury*. Harvard University Press, Estado Unidos de América, 2001, pág. 59. *Vid*, Rosales, Carlos Manuel, “Estudio descriptivo de la institución del jurado en los EEUU”, *Revista Justicia en Yucatán, Año VII, Números 34 y 35*. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México, 2013.

210 El objetivo de entregar a las y los ciudadanos la facultad para decidir sobre la facultad del acusado es porque, como explica Robert V. Wolf es “democratize law and express respect for the capacities of ordinary men and women to deal responsibility with weighty matters”. Wolf, Robert V., *The Jury System*. Chelsea House Publishers, Estados Unidos de América, 1998, pág. 11.

seleccionados conforme a lo estipulado en la ley²¹¹, extraños entre ellos mismos²¹², de todos los estratos sociales de la comunidad,²¹³ iguales entre ellos²¹⁴, que dejan sus trabajos para cumplir su obligación civil para servir como jurado²¹⁵, que se encuentran bajo juramento y que, idealmente, desconocen los hechos a juzgar.

El TCE, al respaldar su facultad para erigirse como jurado, lo hace también con base en la historia jurídica de la ley de los TER:

[...] procederán como jurado en la apreciación de los hechos, considerando la prueba rendida durante el curso de la reclamación de acuerdo a las reglas de la sana crítica o persuasión racional. Entendiendo que en dicha apreciación se considerarán principalmente, las normas de la lógica y las máximas de experiencia, para posteriormente sustanciar con arreglo a derecho²¹⁶.

211 “The principles of jury selection are designed to assemble jurist that will reflect the range of voices in the community and decide cases in an unbiased way. Yet, even if the jury pool is representative, and the community as a whole is relatively unbiased, that is no guarantee that the people selected for the jury will be from prejudice”. Hans, Valerie P., y Neil Vidmar, *Judging the Jury*. Ed. Perseus, Cambridge, 1996, pág. 61.

212 “The jurors were tested for their ability to evaluate the evidence and apply it to reach what would be considered a correct verdict under the law”. *Ibidem*, pág. 122.

213 Esto ha supuesto diversos tropiezos para constituir jurados, porque surgen preguntas tales como si deben estar representadas las minorías y qué pasa con los no inscritos en las actas electorales. Así sucedió en el caso de Joan Little en Raleigh, Carolina del Norte, 1974.

214 Iguales en derechos y obligaciones ante la ley, sin importar raza, credo, género, sexo, etc.

215 “Jurors frequently bring personal knowledge as well as more direct personal experiences to bear on the case at hand”. Hans, Valerie P., y Neil Vidmar, *Judging the Jury*... pág. 107.

216 Ley No. 18.593. Ley de los Tribunales Electorales Regionales.

Así mismo, el máximo órgano electoral chileno advirtió que en el inciso 24 de la Ley 18.593 de los TER, se les confiere la potestad de apreciar los hechos como “jurado”, esto es, “conforme a su recta conciencia moral”. En esta misma sentencia, el Tribunal señaló que cuenta con “amplísimas atribuciones en la valorización de las pruebas”²¹⁷.

En otra resolución, en el marco de un conflicto de organizaciones independientes, el TRICEL advirtió que debía entenderse por esta facultad deliberativa constitucional:

Que, como lo establecen los artículos 96 de la Constitución Política de la República y el 24 de la Ley 18.593, los TER procederán como jurado en la apreciación de los hechos, lo que significa que están facultados para analizar y valorar la prueba sin otras limitaciones que las que les impone la prudencia y teniendo primordialmente en vista la finalidad de resolver la controversia con un acendrado espíritu de racionalidad y justicia²¹⁸.

Con estos antecedentes se pueden contrastar las diferencias entre un jurado y los jueces electorales, en cuanto a su composición y selección:

- a. las y los magistrados son especialistas en derecho;
- b. no son seleccionados al azar, ni son parte de la comunidad que presenta su conflicto electoral;
- c. no son pares entre la ciudadanía en sentido estricto, pues son funcionarios públicos (jueces de la República) y tienen ciertos derechos y obligaciones por su investidura;

Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Junta de Gobierno, Secretaría de Legislación, Santiago, Chile, enero de 1987, pág. 53.

217 Sentencia rol 54-2007, inciso 4.

218 Sentencia rol 9-2008, inciso 3.

- d. la inamovilidad de los magistrados electorales origina que sean ellos los competentes para resolver todos los casos (a excepción de que haya alguna causal de implicancia, para no conocer del asunto);
- e. en caso de empate en la votación, el Presidente del TCE tiene voto de preferencia, lo que no sucede en un jurado, donde todos son pares entre sí.

En la institución del juicio por jurado (*trial by jury*) se trata de impartir una justicia más democrática y ser un contrapeso al juez. Sin embargo, ¿qué tan conveniente es que un tribunal (en este caso electoral) delibere en secreto y no se conozcan sus discusiones²¹⁹? En efecto, existe falta de publicidad sobre los debates de las y los magistrados del TCE. Esto sucede porque en sus audiencias, al momento de deliberar, lo hacen de manera secreta, cuando se solicita al público asistente su salida de la sala para deliberar, y tampoco se realiza ninguna argumentación pública (se señala que los votos disidentes se anotan al final de la sentencia).

Así, la valoración de la prueba por parte del TRICEL (como jurado) es la excepción al sistema público judicial chileno.

Esta falta de publicidad al momento de hacer la valoración de la prueba por el TCE, no es congruente con el sistema electoral público que señala la Constitución. Es vital que sus razonamientos al argumentar y decidir se realicen de manera pública, tal y como lo hacen los tribunales estatales, pues la opacidad en los asuntos públicos lesiona al régimen democrático, lo que puede provocar dudas, inconformidades y daños irreparables²²⁰. Por otro lado, si bien el jurado no está sujeto totalmente a seguir las

219 En el artículo 79 constitucional no menciona a las y los magistrados electorales para poder ser juzgados por responsabilidad política.

220 Las sentencias del TRICEL son definitivas e inatacables.

normas sobre la valoración de la prueba y dictar su voto según su conciencia²²¹, las y los magistrados del TRICEL no deberían deliberar de forma privada y menos a puerta cerrada para dirimir cualquier caso y para que, posteriormente, ajusten su fallo a derecho. Lo que me parece difícil de comprender es que después de valorar como jurado se reconstituya de nuevo como juez²²². Esta transmutación legal perjudica la transparencia en la impartición de justicia. Por ello se debe modificar la actuación del TCE para que se ajuste al principio de publicidad de manera absoluta y se establezca un mecanismo mixto para la valoración de la prueba.

i. Medios de impugnación en materia electoral

La teoría general del proceso considera a los recursos

[...] como los medios de impugnación que establece la ley a favor de las partes para que, mediante su interposición, obtengan dentro de la misma jurisdicción y el mismo proceso, la revocación, modificación o anulación de lo actuado o resuelto generalmente por un inferior jerárquico dentro de un procedimiento²²³.

221 Esto se origina porque se cree que las y los ciudadanos integrantes del jurado conocen mejor el sentido de la justicia que las leyes mismas, por lo que al emitir libremente un veredicto sólo le colocan el sello de la legislatura, que ha materializado el sentido de la comunidad en las mismas. Podemos decir que se trata de una justicia popular. Abramson, Jeffrey, *We the Jury...* pág. xxiii.

222 Estamos hablando de un elemento que es parte de dos sistemas de administración de justicia, pues en los modelos continentales no hay jurado y se valora conforme a las pruebas del expediente, mientras que en el sistema anglo-americano el jurado es una parte fundamental y puede valorar las pruebas sin ninguna regla o sujeción. Damaska, Mirjan R., *The Faces of Justice and State Authority*. Yale University Press, Estados Unidos de América, 1986, pág. 91.

223 Castillo González, Leonel, “Control de la constitucionalidad y legalidad

Los recursos son considerados como los medios de impugnación concedidos a los particulares – para personas físicas o jurídicas – para combatir un acto de autoridad estimado lesivo a sus derechos para obtener la revocación, reforma o modificación²²⁴. Aquí cobra vigencia lo estipulado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce a toda persona el derecho:

[...] a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales²²⁵.

De manera general, se puede decir que los medios de impugnación son los instrumentos jurídicos establecidos dentro de las leyes procesales para corregir, modificar, revocar o anular los actos y resoluciones judiciales, cuando adolecen de deficiencias, errores, ilegalidad o injusticia²²⁶.

Por lo que respecta a la materia electoral, el sistema de medios de impugnación comprende una forma de recursos, mecanismos e instrumentos jurídico-procesales, de autocontroles o controles jerárquicos y controles jurisdiccionales o controles externos²²⁷,

de actos y resoluciones electorales”, en: VVAA, *Sistemas de justicia electoral...* pág. 376.

224 Bravo García, Ramiro “Las innovaciones al sistema de lo contencioso electoral” *Revista Teoría y praxis administrativa*, Volumen 3, Número 3, México, 1987, pág.129.

225 Sobrado González, Luis, “Tendencias de justicia electoral latinoamericana”, *Revista de Ciencia Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Número 109. Costa Rica, 2006, pág. 160.

226 Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*. Ed. Harla, México, 1995, págs. 196-197.

227 Covarrubias Dueñas, José de Jesús, “Justicia electoral”, en *Testimonios sobre el desempeño* del TEPJF, México, 2003, pág. 44.

previstos en la ley para el caso de que un partido político, agrupación política o ciudadano que no esté conforme con el actuar de las autoridades electorales²²⁸.

El sistema electoral chileno no cuenta con una ley de medios de impugnación electoral. En este caso, la Ley Orgánica del TRICEL indica que:

El procedimiento para la tramitación de las causas y asuntos que se sustancien ante el Tribunal Calificador de Elecciones será regulado por éste mediante autos acordados en los que se asegurará, en todo caso, un racional y justo proceso. Los autos acordados se adoptarán en sesiones extraordinarias, deberán ser aprobados o modificados con el voto conforme de, a lo menos, tres de los miembros del Tribunal y deberán ser publicados en el Diario Oficial²²⁹.

La reclamación ante el TCE debe ser escrita y debe contener el nombre, apellidos, profesión u oficio del reclamante; la individualización del organismo en que se haya efectuado el acto eleccionario reclamado; la exposición precisa y circunstanciada de los hechos que la motivan; la exposición de los fundamentos de derecho, si los hubiere; la enunciación clara y precisa de las peticiones que se someten al conocimiento y fallo; el patrocinio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. Así mismo, se deben acompañar los antecedentes de hecho que sirvan de fundamento a la reclamación e indicarse las diligencias probatorias con que se pretendan acreditar los hechos invocados²³⁰.

El catálogo de los autos acordados por el TRICEL se puede dividir entre permanentes y elaborados para procesos

228 IFE, *Elecciones Federales 2006*. TEPJF, México, 2006, pág. 11.

229 Artículo 12 de la Ley Orgánica del TRICEL.

230 Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 169.

eleccionarios específicos. Los autos acordados permanentes que tienen relación directa con los recursos procesales electorales son: tramitación y fallo de los recursos de queja²³¹, y tramitación y fallo de los recursos de apelación²³².

El recurso de queja fue elaborado el 19 de noviembre de 2002 con fundamento en los artículos 9 letra e), 12 y 13 de la Ley del Tribunal Calificador de Elecciones, y artículos 60 y 61 de la Ley de Partidos Políticos (Ley 18.603), por la que se delega al TRICEL la facultad de expedir sus propios autos acordados para su mejor funcionamiento. Este auto acordado contiene los requisitos y términos procesales de cómo y cuándo tendrá que ser presentada la demanda: el ocurrente cuenta con hasta cinco días después de la notificación (art. 1); se considera la posibilidad de poder acumular los recursos, aun cuando se hicieren por distintos afectados (art. 2); se debe adjuntar a este recurso un certificado expedido, que deberá contener la fecha en que se notificó la resolución (art. 3); el recurso contendrá de manera expresa y determinante las faltas o abusos que se reclaman y señalará las peticiones concretas sometidas a la resolución del TRICEL (art. 4); en cuanto a su presentación, el Tribunal puede dictar de manera independiente su inadmisibilidad si no cumple con los requisitos de tiempo y de forma estipulados (art. 5); el Tribunal podrá decretar orden de no innovar (art. 6). Después de admitido el recurso se pedirá informar a la parte actora, acompañando los antecedentes que sirvieron en su presentación; si no se cumpliera con estos requisitos, el Tribunal resolverá, salvo que el recurrente haya solicitado alegatos y el TCE estime conveniente traer los autos en relación (art. 7). La vista de la causa no podrá suspenderse y se anunciará en una tabla por el Secretario Relator por lo menos el día anterior, para programar

231 Diario Oficial de 19 de noviembre de 2002.

232 Diario Oficial de 3 de diciembre de 1998.

la audiencia. Los alegatos no podrán exceder quince minutos; si no comparecieran a presentar sus alegatos, se tendrá a lo dispuesto en el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil (art. 8). El Tribunal tiene la facultad para dictar las medidas necesarias para mejor resolver los casos en lo que lo estime conveniente (art. 9). Después de la audiencia de alegatos, el Tribunal resolverá (sólo de ser acogida) con las consideraciones y medidas pertinentes para reparar el agravio; pero si el recurso fuese desechado, bastará consignar que no existe falta o abuso reparable por esta vía (art. 10). Las notificaciones de resolución serán personales o por carta certificada (art. 11). Si se resolviese sancionar al Director del Servicio Electoral, la notificación será personal (art. 12). Contra el recurso de queja no procede ningún recurso, salvo lo establecido por el artículo 13 de la Ley del TRICEL.

El recurso de apelación podrá interponerse hasta el quinto día después de la notificación. Éste deberá contener las peticiones concretas que se formulan, ser someramente fundado y señalar la resolución que funda su existencia (art. 1)²³³. Se podrán acumular los recursos de apelación, ya sea a petición de parte o de oficio (art. 2). Las partes tendrán el plazo fatal de cinco días hábiles y seguir el recurso interpuesto, desde el día que se reciban los autos en la Secretaría del TCE (art. 3). Las partes pueden comparecer personalmente o ser representadas por abogado habilitado para el ejercicio profesional, salvo que la ley imponga la comparecencia en esta forma (art. 4). Si la apelación se presenta fuera de plazo o respecto de resolución inapelable o no es fundada o no contiene precisiones concretas, el Tribunal la

233 La reglamentación del recurso de apelación fue con base en lo dispuesto en los artículos 9 letra e), 12 y 13 de la Ley del TCE, 107 del Decreto Supremo No. 662, Ministerio del Interior de 1992, que fija el texto refundido de la Ley Orgánica de Municipalidades y del artículo 59 de la Ley de Partidos Políticos.

declarará inadmisibles de oficio. La parte apelada, en todo caso, podrá solicitar la declaración pertinente, verbalmente o por escrito. Del fallo que dicte el TRICEL podrá pedirse reposición dentro del tercer día. Así mismo, la resolución que declare desierta alguna apelación surte sus efectos respecto de éste desde que se dicte, sin necesidad de notificación (art. 5). Si no comparece el apelado, se seguirá el recurso en rebeldía y no se le notificará de posteriores resoluciones que se dicten, las cuales surtirán todos sus efectos desde que se pronuncien (art. 6).

Es menester señalar que el apelado puede comparecer en cualquier estado del recurso (art. 6) y que después de la admisión de la apelación, se programará una audiencia con los requisitos de fondo y forma para un buen desahogo de sus agravios. Aquí no procederá la suspensión de la vista de la causa (art. 7). La vista del recurso se anunciará a lo menos con un día de anticipación, por el Secretario Relator; si alguno de los abogados no se presentase a la audiencia de descargos se actuará según lo previsto en el art. 223 inciso 7 del Código de Procedimientos Civiles (art. 8). El TCE tiene la facultad de dictar medidas para mejor resolver, en los casos en que lo considere estrictamente necesario (art. 9). Las cuestiones accesorias que se susciten en la apelación se fallarán de plano, sin que proceda recurso alguno (art. 10). La notificación de las sentencias se hará por carta personal en el domicilio del apoderado, salvo que el Tribunal ordene hacerlo de otra manera (art. 11). En contra de la sentencia definitiva no procede ningún recurso, a excepción de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley del TRICEL, la que deberá comunicar a primera instancia la resolución que la acoja en forma inmediata y por la vía escrita más expedita (art. 12). Respecto de las elecciones municipales que trata el art. 107 de la Ley de Municipalidades, cada TER deberá enviar al Presidente del TCE, dentro de los días siguientes a aquel en el que el respectivo fallo de proclamación quede ejecutoriado, copia autorizada del mismo y de su correspondiente escrutinio oficial, obtenido mesa por mesa (art. 13).

Ambos recursos cuentan con una serie de rasgos comunes:

Contra las resoluciones del Tribunal no procederá recurso alguno. El Tribunal podrá modificar de oficio sus resoluciones sólo si hubiere incurrido en algún error de hecho que así lo exija, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación. Dentro del mismo plazo y en igual caso, las partes podrán requerir dicha modificación²³⁴.

Por último y no menos importante, la Ley Orgánica del TCE señala que: “Contra la sentencia procede el recurso de reposición ante el propio Tribunal Regional y el de apelación ante el TRICEL”²³⁵. Como se puede observar, la falta de una ley precisa y especializada en materia electoral en Chile, ha generado diversos problemas al aplicar la ley.

4. La jurisprudencia del TRICEL

Nuestro punto de partida es considerar que “las elecciones son la fuente de legitimidad para los gobiernos y posibilidad para que los ciudadanos opten por diferentes ofertas”²³⁶. Por esta razón, el tribunal electoral es responsable de garantizar a las y los ciudadanos el respeto de su voto y, al mismo tiempo, debe calificar que las elecciones se hayan celebrado conforme al marco jurídico²³⁷:

234 Artículo 13 de la Ley Orgánica del TRICEL.

235 Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 170.

236 Becerra, Ricardo, Pedro Salazar y José Woldenberg, *La Reforma de 1996...* pág. 18.

237 Rosales, Carlos Manuel, “La jurisprudencia electoral”, *Revista Justicia en Yucatán*, Año VII, No.33. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México, 2012.

El objetivo de la justicia electoral es dotar a partidos políticos y ciudadanos de elementos certeros e institucionales para que todos los conflictos electorales encuentren una solución legal. La creación de instancias encargadas de la revisión de los actos de las autoridades y de la persecución de ilícitos, constituye una de las anclas básicas no sólo de la legalidad, sino de la legitimidad de los procesos electorales. De igual manera, la legitimidad de los comicios constituye, a su vez, el fundamento de las instituciones públicas en un Estado Democrático²³⁸.

A partir del restablecimiento de los órganos electorales chilenos en 1988 (Servicio Electoral y TCE), se les dotó de autonomía, son independientes del gobierno y realizan su función de manera imparcial y autónoma.

Después de revisar la jurisprudencia emitida por el TRICEL se conoce cómo ha sido el comportamiento de esta institución²³⁹. En primer lugar, es claro que el sistema jurisdiccional electoral chileno utiliza el modelo democrático mínimo, es decir, que se ha abocado de manera exclusiva a las cuestiones procedimentales de las elecciones, sin ver aspectos tales como los derechos de las y los ciudadanos o de las y los afiliados a los partidos políticos. Es más, no ha definido el sentido y alcance del sistema democrático en el sistema político chileno.

El sistema jurisdiccional electoral chileno reposa sobre la fidelidad de los procedimientos y formas que el legislador ha dispuesto, circunstancia que resulta esencial para mantener las bases de su sistema democrático por cuanto legitima tanto el proceso electoral de que se trate como el resultado oficial al que

238 Woldenberg, José, “Orígenes, función y perspectivas del TEPJF...”, pág. 354.

239 Rosales, Carlos Manuel, “Estudio sobre la producción jurisdiccional del Tribunal Calificador de Elecciones chileno”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, Número 2. IIJ/UNAM, México, 2012.

se arriba y la expresión libre e informada del electorado²⁴⁰. Por ejemplo, en la elección presidencial de 1989 fue primordial el trabajo del Servicio Electoral y del TCE para vigilar y calificar aquellas elecciones y las posteriores. De esta manera, renació la democracia a partir de 1990, y el Tribunal Electoral retomó su importancia institucional²⁴¹.

Por otro lado, vemos que al utilizar el modelo democrático procedimental, el TCE utiliza de manera primaria la legislación electoral y secundariamente los principios constitucionales de igualdad y publicidad. Así mismo, al analizar sus sentencias, notamos que el TRICEL realiza una aplicación de la justicia muy legalista²⁴². Este criterio para interpretar la norma se refiere a que se busca el significado de los términos y se intenta dilucidar la estructura gramatical de la frase. Es cierto que esto no es una mera operación mecánica, pues las palabras aisladas no tienen un significado preciso, sino que deben ser comprendidas dentro de la frase para interpretar su verdadero significado, contextualmente. Sin embargo, esta aplicación de la norma denota una excesiva utilización del sentido literal de cada término o concepto. Por ejemplo, llama la atención que, en diversas ocasiones, los magistrados del TCE no han juzgado un asunto por no tener competencia con base en la Constitución o en la Ley, pero es contradictorio que se soslaye la impartición de justicia por anteponer el principio de legalidad y considerar que, si no está dentro de sus facultades juzgar algún caso, éste

240 Sentencia rol 12-2009.

241 Angell, Alan, "Las campañas electorales en Latinoamérica"... pág. 257..

242 Este mecanismo de exégesis se puede entender como "la irrestricta observancia de la ley por parte de las autoridades encargadas de aplicarla y de los ciudadanos a los que va dirigida. El legalismo persigue la aplicación mecánica de la ley, toda vez que la seguridad jurídica fuerte es su máximo valor". Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas...* págs. 42 y 54.

no se resuelva. En esos casos, ¿qué pasa con los justiciables y su solicitud de administración de justicia? Pues nada, ya que aunque se violen sus derechos ciudadanos, hay que recordar que las sentencias del TCE son definitivas e inapelables.

Otro de los puntos críticos es la libre valoración de la prueba (como un jurado) por parte del TRICEL. En este sistema de ponderación los juzgadores no están sujetos a ningún elemento legal, salvo su buen criterio y sano raciocinio. Pero esto no es posible para un tribunal que juzga profesionalmente: sus principios rectores deben fundamentar su actuación al ser un órgano contencioso y público, en donde todos sus fallos se deben apegar a la normatividad legal y no a decisiones tomadas como si fueran un conjunto seleccionado de ciudadanos que deliberan de forma privada²⁴³.

La jurisprudencia electoral en Chile no tiene carácter vinculante, sólo es aplicable al caso y crea un referente tanto para el tribunal electoral como para los actores políticos; por esto es que en diversas ocasiones se ha llegado a sentenciar de manera diferente en casos semejantes. Por ejemplo, en el tema de la destitución de autoridades municipales se encontraron criterios dispares cuando se interpreta el “grave y notable abandono de deberes” debido a la falta de precisión del legislador ordinario, lo que ha generado fallos con diferentes soluciones sobre temas similares y no procura un comportamiento jurisdiccional prudente y oportuno, menos certidumbre a los justiciables²⁴⁴.

243 *Black's Law*. West, Estados Unidos de América, 2009, págs. 934-935. Estamos hablando de un elemento que es parte de dos sistemas de administración de justicia, pues en los modelos continentales no se utiliza la figura del jurado y el juez valora conforme a las pruebas contenidas en el expediente, mientras que en el sistema anglo-americano el jurado es una parte fundamental, que puede valorar las pruebas sin ninguna regla o sujeción.

244 Rosales, Carlos Manuel, “Análisis crítico de la remoción de agentes

Sobre este mismo tema, la jurisprudencia del TRICEL ha sido casi nula y excesivamente deferente a las decisiones de los poderes políticos, pues en contadísimas ocasiones han fiscalizado debidamente las elecciones ante denuncias de fraude.

El TRICEL tampoco ha señalado el significado y alcance de los derechos políticos, pues a la fecha no los ha definido en su jurisprudencia. De hecho, a diferencia de varios países, ni siquiera ha considerado a los derechos ciudadanos como derechos humanos²⁴⁵.

En cuanto al rubro de la anulación de elecciones en Chile, desde la reinstauración de la democracia en el año de 1989, solamente en una ocasión se han revocado los resultados de toda una elección²⁴⁶. Esto sucedió en la elección para alcalde en la comuna de Talcahuano, en 2004.

El mayor impacto de las sentencias del TCE se observa en los casos de destitución de autoridades municipales. Pero hay advertir que esta función no tiene relación directa con los derechos políticos o la calificación de los procesos electorales. La remoción de un alcalde o un concejal no sólo afecta a la primera autoridad municipal en su persona, sino que también reviste la innegable connotación de un desprestigio de la función pública ante la ciudadanía, que espera de sus autoridades una

edilicios en el sistema electoral chileno”, *Revista de Derecho Electoral*, Número 8. Tribunal Supremo de Elecciones, Costa Rica, 2009.

245 *Vid*, Moia, Luis Ángel, “Los derechos políticos como derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No.45. IIDH, Costa Rica, 2007, págs. 353-428.

246 La invalidación de esta elección se debió al cúmulo de infracciones a las normas contenidas en la ley de votaciones y escrutinios populares (entre ellos el comportamiento irregular de las personas responsables de las mesas receptoras, las contradicciones entre los votos emitidos y los registrados).

conducta apegada irrestrictamente al derecho y a los principios de probidad, eficiencia y eficacia administrativas exigibles a todas las autoridades y funcionarios de la administración del Estado por el ordenamiento jurídico

El “grave y notable abandono de deberes” y la “falta de probidad” son las principales causales para la destitución de autoridades municipales en Chile. Pero vemos cómo el TCE, ante el silencio de la Ley, ha interpretado el “notable abandono de deberes” con base en considerar si se causó o no perjuicios a la administración municipal. En estos casos, el TCE estimaba si la falta había sido “notable” o “grave”, o si se trató de cuestiones que se podían enmendar o de faltas menores que no ameritaban la destitución²⁴⁷.

Existe sin duda un elemento subjetivo al calificar a las autoridades municipales cuando se cree que hubo un “notable” abandono de deberes. Al revisar las sentencias del TRICEL se encontró que se han utilizado diversos criterios para juzgar (dependiendo del caso), originando que la conducta política y/o administrativa del alcalde o concejal sea evaluada por un órgano de naturaleza electoral y no por uno propiamente judicial.

247 Como señala Jesús Orozco: “la utilización de expresiones deliberadamente ambiguas, vagas, cláusulas abiertas, conceptos indeterminados y demás, por el legislador o constituyente, producen un efecto indeseable que la seguridad jurídica exige minimizar, a saber, una incertidumbre sobre si determinado hecho es subsumible en una norma”. Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...* pág. 248.

5. Conclusiones y propuestas

Esta investigación tuvo como finalidad conocer y analizar la importancia institucional del TRICEL y su categoría en el andamiaje democrático, conocer su establecimiento, su organización, sus facultades y la producción judicial que ha elaborado en los últimos años.

- En primer lugar, nos ubicamos en el contexto del sistema democrático, en especial en Latinoamérica. Aún hoy en día en muchos países de esta región no se han establecido sistemas electorales fuertes:

[...] en todo proceso de transición, que en algunos países parece ser permanente por lo prolongado, hemos vivido abocados a una persistente reforma electoral. Es que el sistema electoral se adopta y las decisiones dentro de él se toman en diversos sentidos, tienen consecuencias sobre el sistema político, en cuanto a su estabilidad, legitimidad y conflictividad. Los efectos de los sistemas electorales, y de las decisiones normativas, dependen de estructuras sociales, condiciones institucionales y comportamientos políticos y también de la forma en que esos diversos elementos se interrelacionan²⁴⁸.

- La forma de cómo es entendida la democracia, y la protección de los derechos político-electorales en cada legislación y jurisdicción, es la principal diferencia de cada tribunal electoral. Depende de cómo fueron establecidos estos conceptos por los grupos políticos en el poder²⁴⁹, lo que conlleva al origen de las diferencias con otros sistemas

248 García Laguardia, Jorge Mario, “La financiación política en América Latina”... pág. 273.

249 Cossío Díaz, José Ramón, *Concepciones de la democracia y justicia electoral*. ITAM, México, 2002, pág. 16.

electorales y, por tanto, de sus mecanismos para impartir justicia electoral. Se debe destacar que Chile viene de una transición democrática reciente y que actualmente vive un periodo que podría considerarse de postransición democrática²⁵⁰.

- En general, se puede resumir que las elecciones deben ser auténticas, presentar una diversidad de opciones, candidaturas, partidos y programas de gobierno, efectuarse de manera transparente y controlada por las y los funcionarios de las casillas, las y los ciudadanos y las y los observadores expertos y acreditados²⁵¹. Los procesos electorales deben ser honestos y transparentes, sin vicios, realizarse regularmente, observando las formalidades legales. Chile ha adoptado una visión minimalista de la democracia, por que coloca en un papel preponderante la manera en cómo se llevan los procesos electorales y califica que se hayan cumplido las formalidades electorales que señala la ley.
- Las elecciones requieren ser competitivas y concurridas para vencer la ausencia por impotencia ciudadana, el ausentismo por desinterés y la abstención por resentimiento; si los órganos electorales están controlados por el poder ciudadano, las elecciones resultarán confiables y aceptadas. Las elecciones en Chile han sido el pivote político que permitió emitir el sufragio universal y, en casos de controversia, la incertidumbre electoral deberá resolverse con apego a la Constitución y a la legalidad convertida en derecho; a la vez, las sentencias deben ser convertidas en justicia²⁵².

250 Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia...* pág. 69.

251 Diamond, Larry, *The Spirit of Democracy...* págs. 21-26, 53 y 123.

252 González Durán, Carlos, “Justicia electoral y resolución de conflictos”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Año 8, No.1, México, 1998, pág.192.

- En Latinoamérica, el sistema contencioso judicial electoral²⁵³ es encabezado, mayoritariamente, por un órgano especial, “que conoce de los conflictos o impugnaciones que, con motivo de las elecciones, surgen por desobediencia o desconocimiento de la ley; hace comparecer a las partes involucradas en ellos, declara lo que la ley ordena para cada caso concreto”²⁵⁴. El sistema de justicia electoral chileno fue creado de manera específica para conocer y resolver los conflictos políticos, teniendo como responsable un órgano jurisdiccional autónomo, independiente e imparcial, que debía fundar y motivar sus sentencias con base en el marco jurídico.
- El TCE cuenta con plena autonomía para elaborar sus reglamentos, manejar su presupuesto, organizar y agendar sus actividades, administrar y contratar al personal que necesita, entre otras cosas: “en el ejercicio de su función jurisdiccional sólo se subordina y debe obediencia a la ley, siendo la última instancia en la materia, ya que sus resoluciones o sentencias son definitivas e inatacables, lo cual subraya su autonomía funcional”²⁵⁵.
- El máximo tribunal electoral chileno tiene el carácter de permanente y especializado. Esto representa una garantía electoral más, de acuerdo con la tendencia contemporánea en el derecho comparado hacia la judicialización de los procedimientos contenciosos electorales y permite un control interorgánico adicional para asegurar la autenticidad

253 Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 161.

254 TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral. Proceso electoral federal 1999-2000*... pág. 68.

255 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*... pág. 37.

y legalidad electoral”²⁵⁶. Así mismo, son garantes del orden constitucional y factor insustituible de la estabilidad y cohesión social²⁵⁷.

- EL TRICEL utiliza comúnmente los principios dogmáticos jurisdiccionales electorales de autonomía, publicidad, legalidad, constitucionalidad, independencia e imparcialidad, en sus actuaciones.
- Hasta hace poco la jurisprudencia del TCE, si bien era pública, no se encontraba digitalizada y menos en internet. Hoy se puede conocer de manera electrónica el trabajo del TCE, las listas del día y las sentencias de los casos recientemente presentados, en proceso y juzgados.
- Así mismo, este tribunal electoral expone sus sentencias, jurisprudencia y noticias por medios electrónicos. Sobre el tema de la publicidad existe una diferencia que caracteriza al sistema de audiencias del TCE, que solicita a los asistentes su salida en el momento de deliberar, lo que atenta contra el principio de máxima publicidad²⁵⁸.
- El TRICEL no elabora un informe anual de actividades o del cuatrienio en que estuvieron en funciones las y los magistrados electorales integrantes durante ese periodo. Tampoco cuenta con una revista de difusión o de investigación electoral. Esto es importante porque “la responsabilidad de las instituciones de difundir obras especializadas en materia electoral, se vuelve en un instrumento de gran importancia

256 TEPJF, *El sistema mexicano de justicia electoral. Proceso electoral federal 1999-2000...* pág. 18.

257 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...* pág. 101.

258 Las y los magistrados electorales tienen el derecho de inscribir su voto particular.

para el fortalecimiento de la cultura política”²⁵⁹. Tampoco ha publicado, patrocinado u presentado algún libro, no realiza investigación, no convoca a foros ni congresos, ni convoca a concursos de tesis académicas o de ensayos en materia político-electoral. Además, tiene escasa interacción con otras instituciones públicas (a excepción del Servicio Electoral) o privadas.

- Otra característica del sistema de justicia electoral chileno es que las cuestiones de constitucionalidad están reservadas para otra institución. En Chile, el Tribunal Constitucional es el responsable de la constitucionalidad de las normas y, por tanto, encargado de interpretar o invalidar una ley electoral para poder dirimir las controversias constitucionales electorales.
- El TCE puede requerir a cualquier autoridad la documentación o hacer las diligencias que considere para mejor proveer, que puedan servir para la substanciación o resolución de expedientes, lo cual constituye una excepción al sistema probatorio chileno, que establece que sólo las partes pueden allegar pruebas al juicio dentro de los plazos establecidos legalmente²⁶⁰.
- En Chile no existe un órgano o fiscalía especializada para los delitos electorales, por lo que se consigna a los probables responsables ante el juez de letras correspondiente. Por otro lado, en el sistema de justicia electoral chileno, las y los ciudadanos no pueden acudir al recurso de protección

259 Orozco Henríquez, Jesús, *La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional*. TEPJF, México, 2004, pág. 5.

260 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...* pág. 27.

constitucional²⁶¹ ante la violación de sus derechos político-electorales²⁶², lo que conlleva a la imposible reparación del daño (hay que recordar que las sentencias de este Tribunal son definitivas e inatacables).

Siguen algunas conclusiones y características legales de la normatividad que utiliza el TRICEL.

a. Análisis de la legislación utilizada por el TRICEL

El TCE es un órgano con autonomía constitucional que tiene un carácter independiente de la estructura del Poder Judicial. Así mismo, tiene ciertas características institucionales, por ejemplo, el número de jueces que lo componen, los requisitos, el mecanismo de selección y el periodo de duración en el cargo de magistrado electoral.

- El TRICEL está actualmente compuesto por una mayoría de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por lo que es importante reformar la integración de este órgano colegiado. Se propone un cambio gradual y la incorporación de dos civiles que cuenten con los requisitos para ser ministro de la Corte Suprema y sean especialistas en materia constitucional y electoral.

261 El sistema electoral de Costa Rica ha sido calificado como uno de los mejores en Latinoamérica. Su Tribunal Electoral, en su afán de seguir consolidado su sistema de defensa de derechos políticos, ha creado el llamado **amparo electoral**, con el objeto de poder combatir actos u omisiones que quebranten o amenacen quebrantar los derechos políticos fundamentales. Sobrado González, Luis Antonio, “La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina”, *Revista de Derecho Electoral* No.7, Costa Rica, 2009, pág. 15.

262 Becerra, Ricardo, Pedro Salazar y José Woldenberg, *La Reforma de 1996...* pág. 126.

- Vale resaltar que las y los magistrados del TCE no son especialistas en materia electoral. Además, las y los jueces electorales chilenos no trabajan exclusivamente en el TRICEL, pues al mismo tiempo son integrantes de la Corte Suprema de Justicia. En otras palabras, no hay oxigenación en la integración de la magistratura electoral al no abrirse una espacio a la sociedad civil y por ser el TCE otro de los monopolios de la Corte Suprema de Justicia²⁶³. El mecanismo de asignación podría ser por propuesta de la Corte Suprema en una convocatoria abierta, para realizar el filtro de las ternas para integrar el TCE. Estas ternas se enviarían al Senado para la designación de los nuevos magistrados electorales, que deberán ser sustituidos de manera escalonada para aprovechar la experiencia de los magistrados anteriores.
- En Chile, no existe una legislación procesal electoral o un recurso especializado para la defensa de los derechos político-electorales.
- Una particularidad del TCE respecto de la mayoría de los sistemas de justicia electoral latinoamericanos, es la apreciación de la prueba como jurado de los hechos y la posibilidad de sentenciar con base a derecho. En el tema de la ponderación judicial, el jurado no está sujeto totalmente a seguir las normas sobre la valoración de la prueba, y para dictar su voto de manera secreta y según su conciencia²⁶⁴. Las y los magistrados del TRICEL no deberían deliberar de forma privada para resolver cualquier petición de justicia y, posteriormente, ajustar su decisión a derecho: parece difícil de comprender que después de valorar como jurado, se reconstituya de nuevo en juez. Esta facultad mimetizadora del

263 La Corte Suprema de Justicia desarrolla funciones propias de un Consejo de la Judicatura.

264 Ver nota 222.

TCE y su manera secreta de deliberar parecen obscuramente perjudiciales. Se trata de una transmutación legal que perjudica la transparencia en la impartición de justicia²⁶⁵. Por ello, debería modificarse y convertirse en un tribunal que se ajuste al principio de publicidad de manera absoluta, estableciendo un sistema mixto de valoración de la prueba.

- Un punto importante es que las y los magistrados electorales no pueden ser sujetos a juicio político²⁶⁶, pero si pueden ser juzgados políticamente como magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Esto podría verse como una omisión legislativa (impunidad por omisión) o un mecanismo para proteger su función jurisdiccional.

b. Diagnóstico de la jurisprudencia electoral chilena

Las y los magistrados electorales chilenos no cuentan con legitimidad democrática, por lo que deben ganar su legitimidad con sentencias que reflejen su independencia, imparcialidad, legalidad y objetividad, entre otras cosas, para obtener un espacio de reconocimiento social y dar importancia a su labor institucional a favor de la democracia²⁶⁷.

- En Chile, la producción judicial electoral es sólo un referente, sin valor para el resto del sistema judicial, por lo que se puede observar la falta de formación jurisprudencial.

265 “[...] to achieve impartiality through the interaction of the diverse beliefs and values the juror bring from their group experience”. *People v. Wheeler*, US 583, pág. 761.

266 Artículo 52 constitucional.

267 Rosales, Carlos Manuel, “La justiciabilidad electoral chilena”, *Revista Logos. Ciencia y Tecnología*, Volumen 3, Número 2, Dirección Nacional de Escuelas/Vicerrectoría de investigación, Bogotá, Colombia, 2012.

- El TCE utiliza un excesivo formalismo para la interpretación de las normas electorales²⁶⁸. La exégesis que realiza este órgano judicial es denominada como “gramatical”, sin considerar factores externos. Tampoco ha elaborado una sentencia integrada (pues sólo interpreta la norma en sentido literal²⁶⁹). Esto reduce su visión del alcance y expansión de la justicia electoral y, por tanto, acota las posibilidades de incrementar los derechos ciudadanos, vía jurisdiccional.
- Así mismo, parece que no le interesa crear o aplicar instrumentos hermenéuticos para tutelar los derechos de los justiciables (maneja una acepción minimalista o procedimental de la democracia, como ya se ha mencionado). Esto produce diferencias importantes con otros tribunales electorales, a partir su manera de administrar la justicia electoral.
- La aplicación de la legislación electoral por parte del TRICEL es muy rigurosa y, por lo mismo, en diversas ocasiones no se ha garantizado el acceso a la justicia por incumplirse cuestiones formales (requisitos). Por ejemplo, si el recurso no era el indicado, si no se identificaban las pretensiones de manera precisa, si no se relacionaban los actos con faltas electorales, etc. Estas características hacen mucho más difícil obtener una justicia electoral más cercana a la población, pues en muy pocas ocasiones el TCE ha dictado que los

268 Santiago Nieto considera al formalismo como una interpretación reduccionista de las normas jurídicas basada, principalmente, en la interpretación gramatical de la norma. Argumentación garantista: justificación de las decisiones de los órganos electorales con referencia a principios constitucionales de defensa de derechos fundamentales. Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas...* págs. 5 y 189.

269 Marshall, Geoffrey, *Teoría constitucional*. Ed. Espasa, Madrid, 1982, pág. 120.

recurrentes tienen la razón. Este excesivo legalismo relativo a la no satisfacción puntual de los requisitos de la demanda en cuanto a la forma (sin dar ninguna prevención), ha provocado que se desechen muchas apelaciones sin estudiar el fondo de la cuestión²⁷⁰. Se propone adoptar un modelo más garantista, “un sistema de vínculos impuestos a la potestad sancionatoria del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos”²⁷¹. En tal virtud, “un sistema será más garantista en la medida en que se maximice el ejercicio de los derechos, incluidos los políticos”²⁷². Este tipo de aplicación e interpretación de la norma sirve para favorecer la legitimidad del órgano. La justificación, desde una óptica externa, se facilita pues es más accesible para las y los ciudadanos entender una resolución que permita ejercer derechos, a una que les señale que no pueden ejercer una libertad²⁷³. A través de este método, se acerca la justicia ante el conglomerado social. Por ejemplo, los requisitos de la demanda o de forma se pueden adicionar, después de presentar la demanda, para perfeccionarla o dar una prevención al actor para su inclusión; pueden solicitar a las autoridades públicas y privadas las pruebas necesarias para poder dirimir mejor el conflicto presentado; las y los magistrados electorales están obligados a estudiar si existen agravios dentro de la demanda, señalando el recurso que debe utilizarse (en caso de equivocación), dejando en segundo lugar las cuestiones de forma, al observar alguna violación electoral²⁷⁴.

270 Couso, David A., “Judicial Review in Chile”, en: Gloppen, Siri, Roberto Gargarella y Elin Skaar, *Democratization and the Judiciary*. Ed. Frank Cass, Great Britain, 2004, pág. 88.

271 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, Madrid, 1999, pág. 852.

272 Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas...* pág. 189.

273 *Ibidem*, pág. 323.

274 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...* pág. 30.

- El TRICEL no ha definido términos básicos del quehacer democrático, por ejemplo, democracia, voto, elecciones, derechos políticos, ni ha interpretado los principios constitucionales que rigen al sistema electoral nacional, y cuando los citan, la mayoría de las veces no los desentrañan, sino que sólo adjuntan en la sentencia el concepto que el legislador emitió.
- El TCE no ha considerado a los derechos políticos como derechos fundamentales a diferencia de otros países, como Argentina, Costa Rica, México, entre otros²⁷⁵. Esto es un atraso del sistema de justicia electoral chileno, pues no puede hablarse de un Estado Constitucional de Derecho, ni de democracia, en la medida en que no se respetan los derechos fundamentales en materia política-electoral²⁷⁶. Uno de los efectos que esto ha producido ha sido la incapacidad de las y los ciudadanos para defender sus derechos electorales, porque no se reconoce tal acto como una violación, por el manejo tan riguroso que se hace de la ley, lo que hace imposible la expansión de los derechos políticos vía judicial. Por tal motivo, la interpretación democrática del derecho electoral debe maximizar el ejercicio de los derechos políticos²⁷⁷.
- El TRICEL se ha declarado en varias ocasiones como “incompetente”. Esta incapacidad legal ha sido un perjuicio para los justiciables y es contraria a uno de los principios de la creación del Estado, el de administrar justicia. Al no cumplir con su obligación estatal, viola el principio non liquet, en el que el juez no se puede eximir o excusarse de impartir justicia

275 Couso, David A., “Judicial Review in Chile”... pág. 88.

276 *Vid*, Moia, Luis Ángel, “Los derechos políticos como derechos humanos”... págs. 353-428.

277 Nieto, Santiago, *Interpretación y argumentación jurídicas*... pág. 316.

por insuficiencia u obscuridad de la ley²⁷⁸. Además, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos está garantizado el acceso a la justicia por parte del Estado: “Se trata, en suma, de mirar la garantía de la tutela jurisdiccional, a luz de una concepción total o completa de la justicia, según la cual el acceso a un remedio jurisdiccional no puede quedar supeditado a la existencia previa de un derecho sustantivo”²⁷⁹. Pues como señala Jesús Orozco:

[...] desde dichos tratados internacionales se extiende la obligación de respetar los derechos humanos a los grupos o particulares, la cual originariamente pesa sobre las Estados parte. Esto es, el disfrute o eficacia en el ejercicio de los derechos humanos, no puede hacerse depender de, o subordinarse a las actividades o actos que lleven a cabo o pretendan efectuar los partidos políticos o particulares²⁸⁰.

- Otro punto que diferencia al TRICEL es que no utiliza en sus resoluciones derecho comparado, ni sentencias, criterios u opiniones de otros tribunales internacionales, aparte de no realizar investigaciones de la robusta opinión doctrinaria²⁸¹.
- El sistema procesal electoral no permite la equivocación del recurso, pues no se admite el mismo si no cuenta con los

278 Este principio se encontraba en el artículo 4 del Código de Napoleón, que impedía la prohibición del juicio *non liquet*, que exoneraba al juez del deber y la responsabilidad de las decisiones, aunque hubiera obscuridad o insuficiencia del texto legislativo. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal...* pág. 172.

279 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...* pág. 243.

280 *Ibidem*, págs. 159-160.

281 Posner, Richard, *How Judges Think*. Harvard University Press, Estados Unidos de América, 2008, pág. 347 y ss.

requisitos de forma y declara: “no ha lugar”. Su mecanismo para calificar una demanda es primero evaluar la forma y, luego, el fondo de la solicitud de justicia. Por lo tanto, el TCE incumple el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que concede a toda persona el derecho:

[...] a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante de los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes o la presente Convención aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones estatales²⁸².

El TCE no contempla ni considera, y menos cumple, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ni ha mencionado alguna opinión, sentencia o jurisprudencia de las diversas instancias internacionales que protegen los derechos humanos.

- La calidad de las sentencias del TCE deja mucho que desear, porque en bastantes ocasiones no fundamenta ni motiva sus resoluciones, justificándose en sus acuerdos. Así, muchas veces sólo sentencian “no ha lugar”, “improcedente”, “incompetente”, “se rechaza”, “inadmisible”, etc., sin motivar, sin explicar el porqué de esa determinación.

El juez tiene el deber constitucional de motivar siempre sus sentencias. El deber de motivación constituye la mejor garantía contra una eventual arbitrariedad del órgano. De cara a la sociedad, los juzgadores tienen una gran responsabilidad social derivada de un deber constitucional, consistente en motivar, es decir, justificar correctamente las sentencias, haciendo explícitas

282 Esta norma también se encuentra contenida en el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

puntualmente las razones que justifican las decisiones, tanto en el plano normativo como en el plano fáctico²⁸³.

- La nulidad sólo es declarada cuando las violaciones en el proceso electoral son determinantes para el resultado de la elección o causen un perjuicio evidente:

Es necesario diferenciar los casos de una repetición de una elección en causa de la nulidad de la votación recibida en mesas o casillas que acarrearán la nulidad de una elección, requiriéndose convocar a una nueva, de aquellos otros en que la nulidad de votación tiene como efecto solamente la exclusión de los votos de esa mesa, junta, jurado o casilla del cómputo general de los votos emitidos en la elección de que se trate, dando lugar a una recomposición del cómputo²⁸⁴.

Las causales de nulidad de algún voto, de una casilla o de una elección son particulares, pero sólo tendrán un valor especial si esas conductas ilícitas influyeron en las elecciones o si fueron aisladas, pues la política judicial del TCE es la de conservar el valor de lo útil de la elección.

- Una diferencia particular de este tribunal es que la justicia electoral no ha resuelto algún problema electoral sobre cuestiones indígenas. La pregunta es, ¿lo resolverían o usarían el subterfugio de no resolver porque no está entre sus facultades constitucionales y legales dirimir conflictos electorales indígenas?
- La intervención en la vida de los partidos políticos es un punto relevante:

283 Orozco Henríquez, Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico...* pág. 151.

284 Orozco Henríquez, Jesús, “Las causas de nulidad electoral en América Latina”, *Revista Jurídica Jalisciense*, Año 8, número 1, enero-abril, México, 1998, pág. 226.

La exigencia de democracia interna de los partidos políticos tiene por objeto impedir que un eventual déficit democrático o funcionamiento autocrático de estas organizaciones se traduzca en una consecuente merma en el mecanismo de la representación política y ponga en peligro el correcto funcionamiento del Estado democrático²⁸⁵.

La Constitución Política de Chile señala que se apoyará la democracia interna dentro de los partidos políticos, pero, en la realidad el TCE no interviene por no estar contemplada esta facultad dentro de sus atribuciones orgánicas, es decir, por un exceso de legalidad, soslayando la impartición de justicia. El TRICEL ha establecido claramente que la ley sólo le permite intervenir en la cuestión de la formación del Tribunal Supremo de cada partido, pues según ellos no cuentan con la facultad legal para entrometerse en la vida interna de los partidos²⁸⁶, y sólo vigila que los procesos internos se apeguen a derecho, como en las convocatorias o en la composición del Tribunal Supremo de cada partido²⁸⁷.

- El TRICEL no ejerce realmente un papel relevante en el sistema democrático, pues sólo ha anulado una elección en los últimos veinte años, siendo sus sentencias de destitución

285 *Ibidem*, pág. 177.

286 Valladares, Carmen Gloria, “Sobre lo contencioso electoral y la jurisprudencia electoral en Chile”... pág. 172.

287 Pero esta no intervención en la vida interna de los partidos políticos no es exclusiva de Chile, pues como señala Jesús Orozco, “el tema relacionado con la democracia interna de los partidos políticos y su protección jurisdiccional no ha sido objeto de una adecuada regulación legislativa ni cabal desarrollo jurisprudencial en varios países latinoamericanos, apreciándose también escasez de estudios científicos y sistemáticos sobre el particular”. Orozco Henríquez, Jesús, *La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional...* pág. 33.

de autoridades municipales las más destacadas. En los casos donde se presumían irregularidades en los procesos electorales, sólo ha canalizado al juez de letras para la investigación de esos probables delitos.

Actualmente, las elecciones en Chile son honestas, limpias y periódicas; lo que ha generado la sensación de contar con un sistema democrático eficiente²⁸⁸. Los procesos electorales en Chile generan certidumbre tanto a los actores políticos como entre la ciudadanía. Esto acaece porque la jornada electoral es llevada y vigilada por los mismos ciudadanos y observadores electorales nacionales e internacionales. Por esta razón, la intervención del TCE en la vida democrática nacional ha sido de poca relevancia, pero esto no implica que no haya pendientes en que deban ocuparse, tales como la democracia interna de los partidos políticos, los derechos políticos, la valoración de la prueba, entre otros.

En un futuro próximo, el TCE está llamado a convertirse en el protector de los derechos políticos de las y los ciudadanos para que siga siendo uno de los agentes que garantice la legitimidad de los representantes públicos y la validez de las elecciones, y para que fortalezca la estabilidad del sistema democrático que tanto ha costado instaurar.

288 Angell, Alan, *Democracy after Pinochet. Politics, Parties and Elections in Chile...* pág. 208.

La reforma integral del sistema de justicia miliar argentino motivada por el cumplimiento de las obligaciones que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

*Annabella Sandri Fuentes**

Introducción

El 27 de febrero de 2009 entró en vigor en la Argentina el nuevo sistema de justicia militar mediante Ley 26.394¹, sancionada por el Congreso de la Nación el 6 de agosto de 2008 y promulgada el 26 del mismo mes.

El cambio fue radical: se derogó la Ley 14.029 – Código de Justicia Militar –, se renunció a la jurisdicción militar en tiempos de paz, se expandió la intervención de la justicia común para el personal militar, se eliminó la pena de muerte, se incorporaron algunos de los delitos militares al Código Penal común, se derogaron otros y, esencialmente, se estructuró el régimen disciplinario miliar.

* Abogada (Universidad de Buenos Aires), Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (Universidad Nacional de San Martín). Asesora para la Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Defensa argentino. Integrante del equipo letrado del Estado argentino en el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Hugo Óscar Argüelles y otros vs. Argentina*. Docente en la Escuela Superior de Guerra Conjunta y Escuela de Defensa Nacional.

1 Publicación en Boletín Oficial de la República Argentina, Año CXVI, Número 31.478, Buenos Aires, viernes 29 de agosto de 2008.

En otras palabras, el eje fundamental de la reforma radicó en la expansión de la justicia común respecto a situaciones que previamente eran tratados de forma excepcional, y a veces con exclusividad, de la jurisdicción militar. Desde entonces, el personal militar es juzgado en materia penal por jueces ordinarios, independientes e imparciales.

La derogación del Código de Justicia Militar de 1951 implicó además, dejar atrás un sistema de justicia militar propio de los siglos XVIII y XIX. Así mismo, la justicia militar, como era entendida hasta el momento de la reforma, era incompatible con las obligaciones que la República Argentina había asumido en razón del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reforzado luego de la reforma constitucional de 1994 – artículo 75 inciso 22. Más aún, era incongruente con la transversalización que los derechos humanos presentan en cada una las políticas públicas desarrolladas en la última década.

En consecuencia, el sistema de administración de justicia militar de la Ley 26.394 constituye una herramienta que cumple una doble exigencia: en primer lugar, incorporar los estándares internacionales en materia de garantías y respeto a los derechos humanos del personal militar, y en segundo lugar, idear un instrumento articulado y dinámico que responde a las actuales necesidades funcionales de las Fuerzas Armadas.

1. Necesidad de la reforma del Código de Justicia Militar argentino: de la Ley 14.029 a la Ley 26.394

El sistema de defensa ha sido objeto de una lenta y paulatina transformación desde la restauración de la democracia a comienzos de la década del ochenta, hasta la actualidad. Entre esas transformaciones se encuentra el sistema de administración

de justicia militar, atravesado además, por los procesos sociopolíticos con perspectiva de derechos humanos llevados adelante a nivel nacional.

El derogado Código de Justicia Militar (Ley 14.029, 1951) fundamentaba principalmente su organización jurídica en una distinción cabal entre civiles y militares, con base en una supuesta diferencia de naturaleza. De allí que el orden jurídico castrense era entendido como un derecho especial, con fuertes componentes de excepcionalidad².

¿Qué implicaba esa construcción de orden especial de derecho, excepcional? Que el orden jurídico militar se marginaba del orden jurídico común y constitucional respecto de las personas a las cuales se les aplicaba. En consecuencia, la organización y el funcionamiento de la justicia militar imponían un conjunto de limitaciones irrazonables en varios aspectos de las garantías del debido proceso y protección judicial en lo penal, así como en lo administrativo, afectando derechos constitucionales y derechos humanos.

En el año 1984, este Código sufrió reformas estructurales por propuesta del gobierno democrático del Dr. Raúl Alfonsín – quién, a tres días de haber asumido su mandato, envió al Parlamento el proyecto de modificación al Código de Justicia Militar. Éstas estuvieron dirigidas a dos puntos centrales: a) corregir el exceso de competencia de la justicia militar mediante la Ley 23.049, que deja los delitos esencialmente militares en el Código de Justicia Militar y pasa los otros al Código Civil; b) la revisión de las sentencias de la justicia ordinaria, pues hasta el año 1992 los recursos eran de competencia de cada Cámara

2 Riera, Ramiro, “El sistema de administración de justicia militar de la Ley No. 26.394 y su reglamentación por el Decreto No. 2666/12”, en: *Derecho Militar Contemporáneo*. Ministerio de Defensa, Argentina, 2014, pág. 28.

Federal del País – lo que significaba cierta disfuncionalidad de criterios –, y luego, con la sanción del Código Procesal Penal de la Nación, se otorgó competencia militar de revisión con exclusividad a la Cámara de Casación Penal.

Debe agregarse también la reforma introducida por los artículos 1 y 2 de la Ley 23.049 respecto de la restricción de la jurisdicción de los tribunales militares del Código de Justicia Militar prevista en los artículos 108 y 109, a los delitos “esencialmente militares”, excluyendo taxativamente la posibilidad de que las personas civiles fueran juzgadas por tribunales militares en tiempos de paz. Es esta tendencia la que, justamente, se vio profundizada por la Ley 26.394.

Por su parte, la iniciativa de reforma del año 2007 se basó en: a) la consagración de la garantía constitucional del debido proceso y protección judicial, eliminando el fuero militar para el juzgamiento de los delitos cometidos por integrantes de las Fuerzas Armadas, en atención a que actualmente esa función se encuentra a cargo de órganos administrativos ajenos al Poder Judicial; b) el tratamiento, en consecuencia, de los delitos esencialmente militares por la justicia federal, como jurisdicción civil (no castrense), especializada en determinados delitos; c) la eliminación definitiva de la pena de muerte del ordenamiento jurídico argentino que, aunque se considere tácitamente derogada por la vigencia de principios y garantías que impedirían su aplicación, en lo formal es derecho vigente³; d) la creación de un nuevo sistema disciplinario para integrantes de las Fuerzas Armadas, que sea capaz de priorizar el valor disciplina sin descuidar la necesidad de eficacia del servicio y las garantías constitucionales; e) la creación de un nuevo servicio de justicia

3 Una vez derogada, por vigencia del artículo 4, inciso 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no podrá ser restablecida nuevamente.

común para todas las Fuerzas Armadas que también, y por sobre todas las cosas, respete los mismos derechos y garantías que los que goza cualquier ciudadano, independientemente de la función profesional o laboral que desempeñe.

La eliminación de la pena de muerte, además, concuerda con las obligaciones que surgen del artículo 4, inciso 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) – a la cual el Estado de Argentina adhirió por Ley 23.054, y luego se incorporó como parte integrante de la Constitución Nacional a través de la reforma de 1994, artículo 75, inciso 22 –, que establece que todos los Estados parte que prevean la pena de muerte deben eliminarla de sus ordenamientos y los que no la tengan no podrán incorporarla.

A continuación se hace referencia a detalles relevantes del proceso de reforma, incluyendo tanto los debates en el sistema interno como en el sistema internacional, para arribar a la conclusión de que el objetivo buscado fue la prevalencia efectiva del ejercicio de derechos y garantías procesales para toda la población civil, entendiendo al personal militar como parte de ella.

2. Procesos de la reforma integral de la justicia militar

a. CADH: estándares de protección en materia de justicia militar y derechos humanos

El eje de análisis de la “justicia militar” por parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), conformado principalmente – pero no exclusivamente – por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha versado principalmente con relación a los derechos y garantías del debido proceso y protección judicial, contemplados en los artículos 8 y 25 de la CADH, vinculados a su vez con las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos que surgen para los Estados, artículos 1 y 2 del mencionado instrumento. En otras palabras, el alcance de tal protección deriva de la interpretación dinámica o evolutiva que han efectuado los órganos del Sistema con relación a las convenciones de derechos humanos bajo su jurisdicción, criterio también adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴.

En este sentido, el SIDH no impide el juzgamiento de militares por tribunales y miembros militares. En otras palabras, la justicia militar per se no es incompatible con la CADH. Sin embargo, para que ésta sea efectiva y compatible con la Convención Americana debe cumplir con ciertos estándares, determinados en razón de su desarrollo jurisprudencial.

A continuación se expone un resumen de los puntos centrales que compatibilizan las exigencias internacionales que derivan de la CADH y la justicia militar.

i. El carácter excepcional de la justicia militar.

La jurisdicción militar tiene una razón de ser, pero debe limitarse a juzgar al personal militar por crímenes o contravenciones cometidas que, en su naturaleza, dañen los intereses militares. En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que:

4 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos de *Tyrer vs. el Reino Unido* (1978), *Airey vs. Irlanda* (1979), *Marckx vs. Bélgica* (1979), *Dudgeon vs. el Reino Unido* (1981).

[...] en un Estado democrático de derecho dicha jurisdicción [militar] ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por eso solo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar⁵.

Análogamente, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas textualmente establece que:

Artículo IX. Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.

Así mismo, la CIDH mencionó el Proyecto de Principios sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares de las Naciones Unidas en su Informe de Fondo 135/11,

5 Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, fondo, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C No. 90, párr. 51; *Cantoral Benavides vs. Ecuador*, fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párr. 113; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, fondo, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párr. 117; *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 202; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 139; *Caso Masacre del Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 189; *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 131; *Caso La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 142; *Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párr. 200; *Caso Tiú Tojín vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190, párr. 118.

correspondiente al Caso *Hugo Óscar Argüelles y otros vs. Argentina*, Caso 12.167, cuyo principio 17 determina el derecho de interposición de recursos ante los tribunales ordinarios, en los siguientes términos:

En todos los casos en que existan órganos judiciales militares, su competencia debería estar limitada a la primera instancia. Por consiguiente, los recursos, especialmente el de apelación, deberían ejercitarse ante los tribunales ordinarios. En todos los supuestos, el control de legalidad debe quedar en manos de la suprema instancia de la jurisdicción⁶.

ii. Incompatibilidad entre independencia y subordinación jerárquica militar.

Por la forma de composición de los tribunales militares, se presume que los mismos carecen de independencia e imparcialidad, dado que en su mayoría están subordinados jerárquicamente a los superiores y el nombramiento de sus integrantes no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales. Así mismo, muchos de ellos responden a la estructura del Poder Ejecutivo.

Al respecto, la CIDH ha sostenido en reiteradas oportunidades, que:

[...] el juez militar [...] no puede negarse a ejecutar una orden del superior [...]. La medida de su dependencia está determinada por la naturaleza misma de las organizaciones

6 Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Informe presentado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Emmanuel Decaux, “Derechos Civiles y Políticos, en particular la independencia del Poder Judicial. La administración de justicia y la impunidad”, E/CN.4/2006/58, 13 de enero de 2006.

militares. Consecuentemente la justicia llega a ser una derivación de las políticas inspiradas y dirigidas por el comando militar. Cualquier juez que tratara de contradecir o alterar esas políticas sería considerado como un obstruccionista, perdería forzosamente su cargo, y perjudicaría así su carrera militar⁷.

Así mismo, la CIDH ha establecido que:

[...] el Fuero Privativo Militar no es un tribunal competente, independiente e imparcial puesto que forma parte, de acuerdo con la Ley Orgánica de Justicia Militar peruana [...] del Ministerio de Defensa, es decir, se trata de un fuero especial subordinado a un órgano del Poder Ejecutivo⁸.

En igual sentido, la Corte IDH determino que:

[...] la estructura orgánica y composición de los tribunales militares descrita en los párrafos precedentes supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad⁹.

7 CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Uruguay*, art. 29.

8 CIDH, *Jaime Salinas Sedo vs. Perú*, Caso 11.084, informe 27/94, 30 de noviembre de 1994.

9 Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile...* párr. 155.

- iii. La jurisdicción militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo y limitarse al delito castrense o de función.

Con relación a este extremo, la Corte IDH determinó que:

En cuanto a la jurisdicción penal militar, la Corte ha establecido que en un Estado democrático de Derecho, dicha jurisdicción ha de ser restrictiva y excepcional de manera que se aplique únicamente en la protección de bienes jurídicos especiales, de carácter castrense, y que hayan sido vulnerados por miembros de las fuerzas militares en el ejercicio de sus funciones¹⁰. Además, la Corte ha señalado de manera reiterada que la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria¹¹.

- iv. La justicia penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones a los derechos humanos.

En concordancia con sus primeras sentencias, la Corte IDH mantiene el estándar de protección en materia de debido proceso, judicialización de asuntos vinculados con graves violaciones a los derechos humanos y fueros militares, expulsando la posibilidad de intervención de estos últimos. De este modo, la Corte IDH expresamente sostiene que:

10 Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú...* párr. 117; *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C No. 274, párr. 189.

11 Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú...* párr. 142; *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú...* párr. 189.

[...] tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial¹².

En igual sentido, la CIDH ha reconocido que la jurisprudencia del SIDH se encuentra repleta de casos de jurisdicción militar que fallan en investigar violaciones masivas a los derechos humanos y en castigar a los miembros de las fuerzas de seguridad que fueron perpetradores de estos crímenes¹³.

- v. La jurisdicción castrense aplica únicamente cuando se trata de ofensas a los bienes jurídicos de la esfera castrense.

En sintonía con el punto anterior, la Corte IDH entendió que:

En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal [...], debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense,

12 Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 273.

13 CIDH, Caso 135/11, *Hugo Óscar Argüelles y otros vs. Argentina*, informe de fondo, párr. 86.

dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar¹⁴.

b. Incidencia del estándar de protección que surge de la CADH en la reforma integral de la justicia militar argentina. Caso Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina (CIDH) y Caso Argüelles y otros vs. Argentina (Corte IDH)

En materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados se encuentran internacionalmente sometidos a las obligaciones de respeto y garantía, tal como se puede observar en los inicios de cada tratado internacional sobre derechos humanos, por ejemplo, artículos 1 y 2 de la CADH. El incumplimiento de estas obligaciones vinculadas a la protección de derechos humanos específicos, genera responsabilidad internacional.

Dentro de esas obligaciones de respeto y garantía se encuentra el deber de adoptar medidas en el derecho interno para que compatibilicen la existencia de normas y prácticas con la protección que deriva de la CADH, conjuntamente con otras medidas de carácter reparatorio. De allí que en los procesos de negociaciones con miras a arribar a una solución amistosa por posibles violaciones a derechos humanos por aplicación del abrogado Código de Justicia Militar – Ley 14.029 –, el Estado de Argentina se comprometió a adoptar medidas en el derecho interno que pongan un cese a las mismas, siendo una de ellas decisorias: el compromiso de revisar y reformar el entonces existente sistema de justicia militar.

14 Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México...* párr. 274.

En este contexto, fueron motivación central de la propuesta de reforma del sistema de justicia militar las negociaciones que el Estado de Argentina llevó entonces adelante en sede internacional, ante la CIDH, en razón de los casos *Rodolfo Correa Belisle vs. Argentina* y *Argüelles y otros vs. Argentina*, bajo registros 11.758 y 12.167 respectivamente, tal como se detallará a continuación.

i. *Caso Correa Belisle vs. Argentina*, No. 11.758, ante la CIDH.

El caso *Correa Belisle vs. Argentina*, No. 11.758, ante la CIDH, fue el punto de partida para que la Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Defensa comenzara a trabajar en el rediseño completo del sistema de administración de justicia militar, hasta entonces regulado por la Ley 14.029.

Los hechos refieren a que en el año 1994 se ordenó a la víctima, Capitán de la Fuerza Aérea Correa Belisle, el rastillaje en el Regimiento de Zapala, Provincia de Neuquén, que dio como resultado el hallazgo del cuerpo sin vida del soldado conscripto Omar Carrasco, quien hacía pocos días había ingresado al regimiento. Como consecuencia de ello, se inició un proceso penal mediante el cual se llamó a declarar a Correa Belisle, quien habría denunciado actividades ilegales cometidas por personal militar. En razón de que tras dicha declaración se habrían ofendido distintas autoridades del ejército, la institución armada le inicia un proceso en la jurisdicción administrativa militar, que resulta en la condena y tres meses de arresto por cometer la infracción militar de “irrespetuosidad” a la autoridad, según surge de la sentencia del Consejo de Guerra.

La víctima presenta recurso ante la justicia ordinaria, que se lo deniega por considerar que la infracción es meramente militar.

Durante el proceso, Correa Belisle no tuvo derecho a defensa, le fue negada la posibilidad de presentar prueba y, así mismo, alegó que no se garantizó la independencia del personal que lo condenó. Finalmente, fue destituido de las Fuerzas Armadas.

El caso es admitido por la CIDH en febrero de 2004, con relación a Correa Belisle, por la presunta violación del Estado de Argentina de los artículos 7, 8, 13, 24 y 25, a la luz de los artículos 1.1 y 2, de la CADH.

El 14 de agosto de 2006, el Estado de Argentina y la presunta víctima arriban a una solución amistosa, en donde la República Argentina reconoció: a) responsabilidad interpersonal, en tanto el proceso administrativo militar que se le interpuso a Correa Belisle no habría cumplido con las normas del debido proceso que instan los artículos 8 y 25 de la CADH; b) que la sanción aplicada a la víctima implicó además una violación al artículo 13 de la CADH; c) que se advierte la necesidad de iniciar una reforma del Sistema de Administración de Justicia Militar en Argentina y se informa sobre la formación de un Grupo de Trabajo, interdisciplinario, creado a los efectos de la adaptación de la justicia militar a los estándares requeridos por la CADH, cuyo informe final debería ser remitido al Congreso de la Nación; d) con relación a la reparación pecuniaria, el peticionario promovió acción por daños y perjuicios ante el Estado Nacional; e) que la solución amistosa arribada sería publicada en distintos medios de difusión y comunicación.

ii. *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*, No. 12.167 ante la CIDH y, posteriormente, ante la Corte IDH.

El denominado *Caso Argüelles y otros*, No. 12.167, ante la CIDH, actualmente ante la Corte IDH, corresponde a un conjunto de integrantes de las Fuerza Aérea Argentina que durante el proceso de dictadura cívico-militar (1980) y

posteriormente en estado de democracia, fueron procesados y luego condenados por el delito de defraudación militar y otros conexos, relacionados con administración fraudulenta de fondos públicos de las Fuerzas Armadas.

El inicio del proceso militar sobre las presuntas víctimas comenzó en el mes de septiembre de 1980 para la mayoría de los peticionarios, excepto para uno, el Vicecomodoro Carlos Alberto Galluzzi, quien fuera procesado en 1982 por haber sido declarado anteriormente en rebeldía, debido a su estado de fuga.

Según se desprende del proceso interno instaurado, los hechos delictivos de “defraudación militar” comenzaron en 1978 y duraron hasta 1980, contando con la participación de más de 50 miembros de las Fuerzas Armadas. Los fondos estatales apropiados estuvieron vinculados con los fondos pasivos destinados a, entre otros, la posible guerra entre Chile y Argentina. Aún más, sostuvieron las presuntas víctimas en sus declaraciones indagatorias durante el proceso que los ilícitos imputados tenían por objeto lograr fondos para combatir la subversión en el entonces despliegue del autodenominado Proceso de Reorganización Nacional de las Fuerzas Armadas, que llevó adelante un sangriento terrorismo de Estado.

El caso se inició ante la justicia militar el 9 de septiembre de 1980, bajo la causa caratulada “Defraudación Militar”, en razón de los entonces vigentes artículos 843 y 851 del Código de Justicia Militar, Ley 14.029. Se procesó y posteriormente condenó a diverso personal de distintas unidades de la Fuerza Aérea Argentina bajo el expediente 1.139.626, iniciado por ante Juez de Instrucción Militar No. 1 de la Fuerza Aérea, y posteriormente con la Letra S No. 1423/82 “C”, ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas (CSFFAA), entre septiembre de 1980 y junio de 1989.

Entre 1984 y 1987, las presuntas víctimas reclamaron ante el CSFFAA, las Cámaras de apelación en el fuero civil y luego la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la inconstitucionalidad de la Ley 23.040 (que anula la Ley de Pacificación) y consecuentemente, se los considere amnistiados en virtud de la Ley 22.924 (Ley de Amnistías) de autoamnistía. Todos los recursos fueron, con sustento, rechazados.

Por último, el 5 de junio de 1989, en el marco de la causa de “Defraudación Militar”, fueron condenados en primera instancia por el CSFFAA, a cumplir una pena privativa de libertad que excediera el término en que habían estado en prisión preventiva. Apelan, en segunda instancia, ante la Cámara de Casación Penal, que resuelve en 1995, mantener la condena, pero disminuye el monto de las penas.

Las presuntas víctimas apelan nuevamente la sentencia de la Cámara de Casación Penal mediante recurso de hecho ante la CSJN, pidiendo una revisión de sentencia. Ésta rechaza las apelaciones en el entendido de que no existieron acciones o situaciones que derivaban en nulidad de la sentencia. De este modo, mientras que en el caso Correa Belisle el acuerdo de solución amistosa se celebró y ejecutó, en el caso Argüelles y otros esto no fue posible debido a que los denunciantes no aceptaron las propuestas del Estado. Independiente de ello, existe una diferencia sustancial entre el presente caso y el caso Correa Belisle, toda vez que mientras en el segundo las actuaciones concluyeron con una sanción por falta disciplinaria aplicada en el ámbito militar y sin recurso alguno ante el fuero civil, el primero culminó con una condena por la comisión de ilícitos penales aplicada por la Cámara Nacional de Casación Penal.

Dentro de los seis meses de notificados de la resolución de la CSJN, las presuntas víctimas interpusieron una denuncia ante la CIDH por supuestas violaciones a los artículos 5, 7, 8, 24 y 25, a la luz de los artículos 1.1 y 2, de la CADH. Luego del informe de admisibilidad de la CIDH, caso No. 12.167, *Hugo Óscar Argüelles y otros vs. Argentina*, el Estado se compromete a iniciar acciones tendientes a la búsqueda de un diálogo, con miras a arribar a una solución amistosa, y a revisar el sistema de justicia militar, con la intención de efectuar una reforma integral.

En este contexto, el 11 de octubre de 2011 la CIDH emitió su informe de fondo sobre el caso indicando la existencia de violaciones a los derechos humanos de los denunciados por tres motivos: excesiva duración de la prisión preventiva, imposibilidad de designar abogados defensores y excesiva duración del proceso penal en su totalidad. Recomendó, sobre esta base, indemnizar a los denunciados.

No obstante las intenciones de los representantes del Estado de Argentina de arribar a una solución amistosa, tal como se desprende de las distintas actas labradas, los peticionarios plantearon a través de informes y cartas su deseo de percibir una cuantiosa cifra en concepto de indemnizaciones¹⁵. Incluso, hubo discrepancia entre los peticionarios sobre los conceptos reparatorios solicitados. Estos hechos, influyeron en la posibilidad real de arribar a un acuerdo en la etapa de solución amistosa. Por ello, la CIDH somete el caso ante la Corte IDH en marzo de 2013.

15 Por ejemplo, en la reunión efectuada en 18 de enero de 2005, según consta en acta, los peticionarios manifestaron que resultaba necesario separar las cuestiones vinculadas con la sustitución del Código de Justicia Militar de los aspectos reparatorios involucrados en la petición.

En noviembre de 2013 el Estado da respuesta a los escritos de solicitudes argumentos y pruebas presentados por los tres grupos de presuntas víctimas, con distintos representantes, y al informe de la CIDH. El 27 de mayo del 2014 se celebró audiencia de prueba y alegatos orales en la sede de la Corte IDH. Finalmente, el 20 de noviembre de 2014 la Corte IDH emite sentencia, condenando parcialmente al Estado de Argentina por violaciones a los derechos humanos contemplados en los artículos 7 y 8 de la CADH, en vinculación a los artículos 1 y 2, dando lugar incluso a dos de las tres excepciones preliminares propuestas por la defensa del Estado.

En el particular, la Corte IDH resolvió admitir, por unanimidad, las dos primeras excepciones preliminares interpuestas por el Estado, respecto de su competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*. En consecuencia, declaró no tener competencia para conocer los hechos ocurridos con anterioridad a la fecha de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte de Argentina, el 5 de septiembre de 1984, ni para exponer violaciones a la Declaración Americana de Derechos Humanos. Del mismo modo, con relación al fondo del caso, declaró que el Estado es internacionalmente responsable por haber violado los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia, en perjuicio de dieciocho de las víctimas. Así mismo, concluyó que el Estado argentino violó el derecho a ser asistido por un defensor letrado de su elección, en perjuicio de las veinte presuntas víctimas. La Corte IDH también consideró que durante la tramitación del proceso en sede interna, el Estado incurrió en una falta de razonabilidad del plazo en el juzgamiento de los procesados. Sin embargo, con relación a la alegada responsabilidad internacional del Estado por las presuntas violaciones a los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en aplicación del proceso de justicia militar existente al momento de los hechos, determinó que dadas sus particularidades y la

cuestión de su competencia *ratione temporis*, en virtud de la intervención de los órganos de la jurisdicción ordinaria, con la observancia de las garantías del debido proceso y de los principios de independencia e imparcialidad judicial, el Estado argentino no incurrió en dicha violación. Del mismo modo, con relación a las alegadas violaciones al principio de legalidad y retroactividad y a los derechos políticos de los militares, la Corte IDH concluyó que el Estado no violó esos derechos. Por último, determinó como única reparación la pecuniaria – tres mil dólares norteamericanos para cada una de las veinte víctimas –, en concepto de daño inmaterial y costas. Ello en razón de que fácticamente, al momento que el caso es derivado por la CIDH a la Corte IDH, año 2013, ya había operado el cambio integral del sistema de justicia militar, como se verá a continuación.

c. Proyecto de ley elaborado por el Poder Ejecutivo. Participación de distintos sectores de la sociedad. Debates en el Poder Legislativo

- i. Participación de sectores con incidencia en la cuestión: universidades, organizaciones profesionales, organizaciones no gubernamentales, representantes de la justicia, especialistas en derecho militar y militares profesionales, todas actividades desarrolladas en el ámbito del Ministerio de Defensa.

La reforma del Código de Justicia Militar fue impulsada por la entonces Ministra de Defensa, Dra. Nilda Garré, el 10 de febrero de 2006, mediante Resolución Ministerial No. 154/06 del 10 de febrero de 2006. Se creó una Comisión de Trabajo integrada por distintos representantes de organizaciones de la sociedad civil,

unidades académicas y agencias estatales e internacionales, funcionarios y miembros de las Fuerzas Armadas.

La Comisión estuvo integrada por: Eugenio Raúl Zaffaroni, en representación del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Alberto Binder, por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP); Rodolfo Mattarolo, por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Gabriel Valladares, por el Comité Internacional de la Cruz Roja, en calidad de observador; Alejandro Slokar, en su carácter de Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de la Nación; Gastón Chillier, por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Coronel Omar Manuel Lozano, como asesor jurídico de la Dirección de Planeamiento del Estado Mayor General del Ejército; Contralmirante José Agustín Reilly, como Auditor General de las Fuerzas Armadas; Mirta López González, por la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina, y Diego Freedman, por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC).

La Comisión elaboró un documento que contenía el desarrollo normativo y doctrinario sobre la temática en los últimos años de democracia, analizado a la luz de la normativa internacional. Éste fue puesto a disposición de los servicios jurídicos de cada una de las Fuerzas y del Estado Mayor Conjunto, quienes remitieron formalmente sus opiniones al Ministerio de Defensa. El documento fue elevado a la Ministra de Defensa para sus consideraciones finales, concretándose así el proyecto de nuevo sistema de justicia militar.

En este contexto, para garantizar la participación de la sociedad civil, se efectúa el 29 de mayo de 2006, en el ámbito del Ministerio de Defensa, el Curso de Especialización en Derechos Humanos¹⁶, cuyo alcance fue federal, dada la reproducción en simultáneo mediante videoconferencia a distintas unidades militares de la República Argentina. Luego, el 17 de abril de 2007, el Jefe de Gabinete de Ministros sometió el proyecto propuesto por el Ministerio de Defensa a consideración del Congreso de la Nación y el 7 de noviembre de 2007 la Cámara de Diputados aprobó por mayoría el proyecto de reforma. Finalmente, el 6 de agosto de 2008 fue tratada en el Senado de la Nación la media sanción obtenida en la Cámara de Diputados, convirtiéndose en ley.

A continuación, se detallan las discusiones que se mantuvieron al respecto en ambos espacios parlamentarios.

ii. Argumentos del proyecto de ley propuesto por la Jefatura de Gabinete de Ministros. Debates en las cámaras del Congreso de la Nación.

En la discusión parlamentaria se adoptaron como ejes fundamentales de debate, por una parte, la obligación de adecuar la legislación interna en materia de justicia militar a los estándares internacionales de los derechos humanos y, por otra, el compromiso de reforma al sistema de justicia militar, adquirido por el Estado ante la CIDH en razón de las negociaciones mantenidas con el objetivo de arribar a una solución amistosa en los casos *Correa Belisle y Hugo Óscar Argüelles y otros*¹⁷.

16 El material expuesto por expertos es actualmente de circulación libre y gratuita. Disponible en: <http://www.mindef.gov.ar/publicaciones/derechos_humanos/Libro-Curso-de-especializacion-en-DDHH.html>, a 23 de febrero de 2015.

17 Cabe destacar que las negociaciones para arribar a una solución amistosa en el caso Hugo Óscar Argüelles y otros vs. Argentina fracasaron. Por

Previamente, en la exposición de motivos del proyecto de ley y en oportunidad de la elevación que efectuó el Jefe de Gabinete de Ministros al Congreso de la Nación, se hizo alusión expresa a los compromisos asumidos por el Estado en virtud de los mencionados casos ante la CIDH, entendidos como “antecedentes inmediatos” del proyecto. Esto es, reformar integralmente el sistema de justicia penal en el ámbito castrense¹⁸.

Así mismo, se reconoció que en el modelo de justicia militar existente en ese entonces [Ley 14.029], los ciudadanos de profesión militar estaban sometidos al juzgamiento de los delitos que cometiesen por parte de órganos ajenos al Poder Judicial,

[...] sin las más elementales condiciones de contrariedad y publicidad, elementos que configuran el debido proceso que la Constitución Nacional [Art. 18] y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se han encargado de precisar [Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8]¹⁹.

La arbitrariedad, como elemento reconocido existente también en el anterior Código de Justicia Militar, fue otro de los objetivos a eliminar, en aplicación de los convenios de

ello, en enero de 2013 la CIDH sometió el caso ante la Corte IDH. El proceso culminó con la sentencia de 20 de noviembre de 2014. Un cuerpo de profesionales provenientes del Ministerio de Defensa y el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto integraron la defensa del caso por parte del Estado, entre ellos el Mg. Ramiro Riera.

18 Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación, Mensaje 367, Buenos Aires, 17 de abril de 2007. Disponible en: “El Nuevo Sistema de Justicia Militar. Ley 26.394”, primera edición. Ministerio de Defensa, Buenos Aires, 2008, págs. 13 y 14, y en: <<http://www.mindef.gov.ar/publicaciones/todas/El-nuevo-sistema-de-justicia-militar.html>>, a 23 de febrero de 2015.

19 *Ibidem*, pág. 16.

derechos humanos con jerarquía constitucional, artículo 75 inc. 22 Constitución Nacional²⁰.

Del mismo modo, el anexo I de la exposición de motivos del proyecto de ley hace referencia a que

[...] una interpretación armoniosa de los artículos 23, 29, 109 y 75, inciso 22, del texto constitucional indica que los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas deben ser juzgados por jueces (principio de jurisdiccionalidad) que cuenten con independencia y no estén sometidos jerárquicamente al Poder Ejecutivo Nacional (inciso 1° del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional en virtud del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional)²¹.

Las expresiones de motivos descritas hasta aquí sintetizan los fundamentos por los cuales el Poder Ejecutivo sometió el estudio del proyecto de reforma integral del sistema de justicia nacional al Congreso de la Nación. A continuación, se detallan los argumentos esgrimidos en el sector parlamentario.

1. Cámara de Diputados

El 20 de septiembre de 2007, en sesión ordinaria de la Cámara de Diputados, la Comisión de Legislación Penal y de Defensa Nacional presenta dos dictámenes – uno por mayoría y otro por minoría –, conjuntamente con un informe sobre el proyecto de ley. El informe mayoritario describe que el código de conducta y la forma de juzgamiento dentro del sistema de defensa nacional,

20 *Ibidem*, pág. 19.

21 *Ibidem*, pág. 20.

ordenadores de la disciplina y la jerarquía, operan como uno de los pilares para la definición y el funcionamiento de las Fuerzas Armadas. Así, entiende que el elemento fundamental que permite identificar a una institución armada moderna y eficaz de otra anárquica y anacrónica, es el afianzamiento de la cohesión por medio de la disciplina²².

De igual manera, se plantea los interrogantes: ¿justicia militar, sí o no? Si la respuesta es positiva, ¿se la incorpora al Poder Judicial? Para brindar una respuesta, introduce antecedentes de la CSJN que refieren a las leyes militares como de excepción – por reglar el estado militar, el estado de guerra y la relación de los individuos que forman parte de las Fuerzas Armadas –, cuya fuerza y vigencia deriva de la Constitución Nacional, a cuyos principios deben estrictamente ajustarse.

Luego, refiere al caso ante la CSJN, Ramón Ángel López s/ Recurso del artículo 455bis del Código de Justicia Militar, del 6 de marzo de 2007, en el cual se declaró la inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar, en tanto, por una parte, los tribunales militares no garantizan la imparcialidad, al estar sometidos al Poder Ejecutivo Nacional Y, por otra parte, se vulnera el derecho a defensa, puesto que el Código de Justicia Militar no habilita a la defensa por abogado civil²³. En consecuencia, la CSJN declaró la nulidad de la sentencia dictada por la justicia militar, en el caso de referencia²⁴.

22 Ministerio de Defensa, “La reforma integral del Sistema de Justicia Militar. Un paso más en el proceso de democratización de las Fuerzas Armadas”, *Colección de Debates Parlamentarios de la Defensa de la Nación, 2006-2008*. Ministerio de Defensa, Buenos Aires, 2009, pág. 109.

23 El análisis del caso Ramón Ángel López vuelve a ser retomado en los debates parlamentarios en oportunidad de la décima sesión ordinaria de la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación.

24 Al respecto, se hace referencia a que en la República Argentina el control de constitucional es difuso.

2. Cámara de Senadores

El 6 de agosto de 2008, en oportunidad de la décima sesión ordinaria de la Cámara de Senadores, se invitó al debate del proyecto de reforma integral de la justicia militar a la Ministra de Defensa, Dra. Nilda Garré. Allí se planteó que

[...] se trata de una reforma que se la debemos a la sociedad toda. [...] a esta altura seguir hablando de militares como algo aparte de nuestra sociedad no es una cuestión correcta. Pareciera que los militares se quedan fuera de la civilidad, lo cual me parece un absurdo. En estos temas los términos son importantes. Civiles somos todos, y los militares son parte de nuestra sociedad y, por ende, la deuda es para con toda la sociedad y no para con una parte de ella²⁵.

Del mismo modo, se abordó la crítica que refiere a la imposibilidad de que los jueces ordinarios fallen sobre casos o conductas esencialmente militares, por considerar su ignorancia sobre temas netamente jurídico-militares. A ello se respondió que

[...] bajo este pretexto, tampoco deberían fallar sobre casos de mala praxis, de ingeniería o de otro tema específico [...] para esto resultan necesarias las pericias militares, así como los jueces piden pericias en otros tipos específicos que no son materia para la cual están preparados²⁶.

Así mismo, se mencionó que luego del caso Ramón Ángel López ante la CSJN, quedó en evidencia el marco de inconstitucionalidad que presentaba el abrogado Código de

25 Ministerio de Defensa, “La reforma integral del Sistema de Justicia Militar. Un paso más en el proceso de democratización de las Fuerzas Armadas”... pág. 192.

26 *Ibidem*, pág. 195.

Justicia Militar, dado que los integrantes de los tribunales militares no garantizan la imparcialidad de los jueces – por depender del Poder Ejecutivo – y la vulneración del derecho a defensa – ya que en los procesos militares no se permitía la elección de un abogado civil²⁷.

De modo similar, se reconoció que el Código de Justicia Militar constituía el paradigma de la unión de dos instituciones incompatibles: por un lado, las Fuerzas Armadas configuradas alrededor de la disciplina y la dependencia jerárquica, sometidas en su actuación a los dictados del Poder Ejecutivo; por otro lado, la justicia, caracterizada por la independencia e imparcialidad²⁸.

En resumen, reconocen que con posterioridad al caso enunciado ante la CSJN, “debimos llegar al punto de estar cuestionados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que había abierto una causa contra la República Argentina” para “fundamentar el debate de la necesidad del cambio”²⁹.

Finalmente, en las postrimerías de la sesión en el Senado se definió que

[...] esto es lo que pretende hacer el presente proyecto del Poder Ejecutivo Nacional: que se reconozca jurídicamente que los integrantes de las Fuerzas Armadas de la Nación son ciudadanos con los mismos derechos que la Constitución Nacional establece para los demás ciudadanos³⁰.

27 Ibidem, pág. 196.

28 Ibidem, pág. 201.

29 Ibidem, pág. 201.

30 Ibidem, págs. 206-207.

3. Transformaciones en la Ley 26.394. Principio de unicidad de la justicia ordinaria. Modificaciones en los códigos Penal y Procesal Penal argentinos

La concepción militar que contenía el derogado Código de Justicia Militar constituía una pieza esencial en el marco del Estado Nación y la sociedad en su conjunto, para entonces. De allí que se explique la existencia de fueros personales, especiales, insertos aún en el corazón de un Estado democrático. Sin embargo, no eran las motivaciones las necesidades nacionales, ni sus intereses vitales, ni la independencia y la autodeterminación, ni la seguridad y libertad de las y los habitantes de nuestra Nación. Por el contrario, durante casi dos siglos las Fuerzas Armadas fueron concebidas como un factor de poder determinante en la vida política del país y, en efecto, constituyeron un elemento imprescindible para la conformación del Estado y la sociedad argentina³¹. En consecuencia, las reformas parciales introducidas en 1984 y las concretadas por la Ley 26.394 del año 2008, responden a un cambio de paradigma en la concepción militar, entendiendo al militar como un civil con uniforme. Así, la reforma normativa mencionada viene a culminar con la concepción de unas Fuerzas Armadas autoritarias, cultivadoras del secreto y la arbitrariedad, por unas con ascendencia determinante para la estabilidad democrática de la Nación y el gobierno civil de la Defensa.

Esta nueva concepción de las Fuerzas Armadas está acompañada por un paradigma que estructura la justicia militar no ya como un derecho foral, cuestionado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino como integrante de la justicia ordinaria, que reconoce las características diferenciales militares en lo referente a la disciplina y las jerarquías. De esta

31 Riera, Ramiro, “El sistema de administración de justicia militar de la Ley No. 26.394 y su reglamentación por el Decreto No. 2666/12”... pág. 59.

manera, la justicia penal militar *per se* ha sido abrogada, con la consecuente incorporación en el Código Penal y el Código Procesal de la Nación, de modificaciones tales que agregan nuevos delitos o agravan los ya existentes si es que son cometidos por personal militar. No obstante, en el reconocimiento de que la profesión militar tiene características propias para su efectivo desarrollo, que responden necesariamente a los pilares de disciplina y jerarquía, se elaboró el nuevo sistema de disciplina militar mediante Ley 26.394, que consta de nueve artículos y cinco anexos.

El subsistema disciplinario militar ha sido modificado y rediseñado de forma tal que su aplicación es a los fines de obtener un eficiente servicio de las funciones que se le encomiendan a todo el personal militar de las Fuerzas Armadas. En otras palabras, las sanciones impactan únicamente sobre la eficiencia del servicio militar, profesional. Este es el núcleo del nuevo sistema disciplinario: el principio de eficiencia del servicio³². Igualmente, la Ley 26.394 implicó la introducción al sistema disciplinario militar de los principios de proporcionalidad, *ultima ratio*, fundamentación y doble imposición, el efectivo derecho a defensa, la posibilidad de solicitar revisión, la previsión de manera taxativa y restrictiva de las faltas gravísimas, la creación de un registro público de sanciones disciplinarias y la inclusión del acoso sexual como falta grave.

A los fines de efectivizar el cambio en la concepción militar y aplicar el principio que ilumina el nuevo sistema de disciplina militar, de eficiencia en el servicio, se han desarrollaron distintas

32 Amsler, Eric, “El nuevo rol de la Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas a la luz de la reforma del sistema disciplinario militar”, en: *Derecho militar contemporáneo*. Ministerio de Defensa, Argentina, 2014, págs. 18-19.

políticas públicas que materializan el espíritu de la ley. Así, por un lado, en virtud del artículo 14 del anexo V de la Ley 26.394, la Auditoría General de las Fuerzas Armadas que controla íntegramente el funcionamiento del sistema disciplinario, emite circulares que implican interpretaciones, informaciones y directivas técnico-jurídicas generales y obligatorias para todo el personal de las Fuerzas Armadas, herramienta fundamental para esclarecer las confusiones o dudas de interpretación que van surgiendo a medida que se aplica el nuevo sistema de disciplina militar. Por otro, la Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, dependiente de la Secretaría de Estrategia y Asuntos Militares del Ministerio de Defensa, en virtud del Decreto Presidencial No. 1451/08, elabora, coordina y supervisa la intervención del área de la Defensa en aplicación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. De allí que, mediante Resolución del Ministerio de Defensa No. 154 del 29 de diciembre de 2008, se crea dentro de la mencionada Dirección Nacional, la Dirección de Programas, encargada de recibir, tramitar, supervisar y seguir las actuaciones disciplinarias, ante presentaciones que sean efectuadas por el personal militar como civil al que se le hayan vulnerado sus derechos humanos en razón de la aplicación del nuevo sistema de justicia militar.

i. Principio de unicidad de la justicia militar con la justicia ordinaria.

Se ha dejado sentado que la decisión adoptada de forma legislativa a partir de la Ley 26.394 – propuesta por el Poder Ejecutivo en su proyecto – es el abandono de la consagración de un fuero especializado y ajeno a la estructura jurisdiccional única que rige para todas las personas, es decir el fuero común,

civil³³. En este sentido, aun en tiempos de conflicto armado rige como principio la aplicación del Código Procesal Penal de la Nación. De modo excepcional, es decir, ante una situación específica de conflicto armado – y no otra –, conjuntamente con la existencia de determinadas condiciones, el anexo II de la Ley 26.394 prevé la concreción de procesos penales especiales, únicamente para el personal militar, sin excepción. En otras palabras, ante una situación de conflicto armado se contempla la posibilidad de la existencia de un procedimiento especial ante una causa penal militar.

Las condiciones que deben verificarse para la aplicación del excepcional fuero penal militar, especial para contextos de conflicto armado, son dos y deberán presentarse indefectiblemente de forma conjunta. Estas condiciones son: a) que las dificultades provenientes de las condiciones de la guerra o de las operaciones iniciadas deben ser manifiestas e insuperables; b) que la demora en el juzgamiento debe ocasionar perjuicios en la eficiencia operativa o en la capacidad de combate. Ambos extremos deberán ser asentados, de forma textual, por el oficial superior al mando de las operaciones.

Tal es la excepcionalidad del fuero especial, que ante el cese de las dos condiciones impeditivas enumeradas, la causa deberá ser remitida al juez que debió haber entendido de conformidad con el proceso penal para tiempos de paz.

33 Ministerio de Defensa, “El Nuevo Sistema de Justicia Militar. Ley 26.394”... pág. 28.

- ii. Modificaciones en el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación. Distinción entre derecho penal militar y derecho disciplinario militar.

Esencialmente, la adopción del nuevo sistema de justicia militar impactó en el Código Penal de la Nación de forma tal que se actualizaron figuras delictivas, se incorporaron nuevas, se eliminaron otras – es decir, no fueron receptadas –, se laboró en aquellas que se superponía con el abrogado Código de Justicia Militar y, finalmente, se incorporaron agravantes. En otras palabras, la derogación del Código de Justicia Militar implicó la inclusión de las conductas del personal militar dentro del Código Penal y el Código Procesal Penal, en el entendido de que los militares son parte de la sociedad civil.

Esta organización de los tipos y procedimientos penales no significó desentenderse de las particularidades de los delitos militares, ya que son incluidos en los códigos de fondo ordinarios, y tampoco extirpar de las Fuerzas Armadas sus sistemas de mando y disciplina. Este orden y disciplina – valioso para el funcionamiento de las Fuerzas Armadas – está fácilmente regulado por reglamentos específicos, mediante sistemas de disciplina militar, sin que haga falta la conformación de una justicia especializada.

En esta orden de ideas, los procesos jurisdiccionales que se inician por violación de los delitos penales establecidos por los códigos de fondo se desarrollarán completamente en la estructura de la justicia ordinaria, íntegramente conformada por jueces y funcionarios representante del Poder Judicial. En este sentido, y a modo de abreviación, se efectuaron cambios con relación a las figuras penales que surgían del derogado Código de Justicia Militar³⁴, Ley 14.029.

34 Por ejemplo, se determinó que las conductas establecidas en los artículos

Se generaron modificaciones en el Código Penal de la Nación, por ejemplo, en la parte general, por tratarse de normas penales de *delicta* propia, se incorporó al artículo 77 la definición del termino “militar”, a fin de precisar el alcance del concepto, el cual se encuentra estrictamente vinculado con la pertenencia a las Fuerzas Armadas según las previsiones de la Ley Orgánica, el ejercicio de la Comandancia y el funcionariado público civil que forme parte de la cadena de mando.

Se incorporaron figuras agravantes de los delitos si los mismos son cometidos por militares. Así, se incorpora como agravante a la tipificación de delitos contra la libertad individual, si el mismo es cometido por personal militar³⁵. En tiempo de conflictos armados, la instigación a cometer delitos por parte del personal militar se convierte en un agravante. Se agrava también, a reclusión o prisión perpetua, si el delito contra la seguridad nacional, tipificado en el artículo 214 del Código Penal, es cometido por miembros de las Fuerzas Armadas³⁶.

700, 701, 820 bis y 820 ter del Código de Justicia Militar no revisten entidad penal y, por ello, fueron eliminadas. Así mismo, gran cantidad de conductas tipificadas por el ordenamiento entonces vigente carecían de entidad suficiente para ser consideradas delitos y, por ello, fueron abarcadas por el ordenamiento disciplinario. Por ejemplo, el artículo 674 del Código de Justicia Militar. Por el contrario, ciertas conductas tipificadas por el Código de Justicia Militar creaban, en algunos casos, una superposición con las conductas prescriptas en el Código Penal de la Nación y, por ello, la derogación del Código no las transformó especialmente en atípicas. Por ejemplo, el artículo 641, que tipifica una conducta equivalente a la establecida en el artículo 198 del Código Penal.

35 Código Penal de la Nación, art.142 bis: “Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años”.

36 *Ibidem*, art. 215: “Será reprimido con reclusión o prisión perpetua, el que cometiere el delito previsto en el artículo precedente, en los

Igualmente, se agregó un agravante basado en la condición de militar del autor, cuando se cometen delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación³⁷. También, se añadió como agravante la difusión de secretos militares, políticos, industriales o tecnológicos, cometidos por personal militar. Sin embargo, la sanción se limita a aquellos secretos obtenidos en el ejercicio de las funciones militares, con el objeto de proteger adecuadamente los secretos referentes a la defensa nacional, sin que ello implique una extensión innecesaria del poder punitivo estatal³⁸. Se añadió como agravante del delito de usurpación

casos siguientes: [...] 3° Si perteneciere a las fuerzas armadas” (Inciso incorporado por art. 5° del Anexo I de la Ley No. 26.394 B.O. 29/8/2008).

37 *Ibidem*, art. 219: “Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que por actos materiales hostiles no aprobados por el gobierno nacional, diere motivos al peligro de una declaración de guerra contra la Nación, expusiere a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes o alterare las relaciones amistosas del gobierno argentino con un gobierno extranjero. Si de dichos actos resultaren hostilidades o la guerra, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión. Cuando los actos precedentes fuesen cometidos por un militar, los mínimos de las penas previstas en este artículo se elevarán a tres (3) y diez (10) años respectivamente. Asimismo, los máximos de las penas previstas en este artículo se elevarán respectivamente a diez (10) y veinte (20) años” (Párrafo incorporado por art. 6° del Anexo I de la Ley No. 26.394 B.O. 29/8/2008); art 220: “Se impondrá prisión de seis (6) meses a dos (2) años, al que violare los tratados concluidos con naciones extranjeras, las treguas y armisticios acordados entre la República y una potencia enemiga o entre sus fuerzas beligerantes o los salvoconductos debidamente expedidos. Si el hecho fuese cometido por un militar el mínimo de la pena se elevará a un (1) año y el máximo de la pena se elevará a cinco (5) años” (Artículo sustituido por art. 7° del Anexo I de la Ley No. 26.394 B.O. 29/8/2008).

38 Ministerio de Defensa, “La reforma integral del Sistema de Justicia Militar. Un paso más en el proceso de democratización de las Fuerzas Armadas”... pág. 32.

de autoridad, títulos u honores, si el mismo es cometido por un militar³⁹.

Por otra parte, se incorporaron artículos que contienen delitos propios de la función militar o que atentan contra bienes militares, tanto en tiempos de conflicto armado como en tiempos de paz. Así, se pena con prisión de uno a cinco años al militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago. El máximo de la pena se elevó a doce años si en razón de la resistencia o de la desobediencia se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas⁴⁰, agregándose como agravante si el delito de atentado o resistencia es cometido directamente contra el superior⁴¹. Luego, se incorporó un

39 Código Penal de la Nación, art. 246: “El militar que ejerciere o retuviere un mando sin autorización será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y, en tiempo de conflicto armado de dos (2) a seis (6) años, siempre que no resultare un delito más severamente penado” (Párrafo incorporado por art. 14 del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008).

40 *Ibidem*, art. 238 ter: “El militar que resistiere o desobedeciere una orden de servicio legalmente impartida por el superior, frente al enemigo o en situación de peligro inminente de naufragio, incendio u otro estrago, será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años. La misma pena se impondrá si resistiere a una patrulla que proceda en cumplimiento de una consigna en zona de conflicto armado u operaciones o de catástrofe. Si en razón de la resistencia o de la desobediencia se sufrieren pérdidas militares o se impidiese o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe el mínimo de la pena se elevará a cuatro (4) años y el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado” (Artículo incorporado por art. 11 del Anexo I de la Ley No. 26.394 B.O. 29/8/2008).

41 *Ibidem*, art. 238 bis: “El militar que pusiere manos en el superior, sin lesionarlo o causándole lesiones leves, será penado con prisión de uno (1) a tres (3) años. Si el hecho tuviere lugar frente al enemigo o a tropa formada con armas, o si se cometiere en número de seis (6) o más, el máximo de la pena será de seis (6) años” (Artículo incorporado por art.

nuevo artículo que pena la desobediencia a las instrucciones a la población emitidas por la autoridad militar⁴². De modo similar, en tiempos de paz, se adhirió un tipo penal específico del personal militar que ejerciera acciones que atenten contra el orden público y la seguridad nacional o contra sus superiores⁴³ o quien cometiera abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos⁴⁴. Relativo a las infracciones de los deberes del centinela o violación de consigna, se incorpora una única norma que reprime la conducta del militar que

10 del Anexo I de la Ley No. 26.394 B.O. 29/8/2008).

42 *Ibidem*, art. 240 bis: “El que violare las normas instrucciones a la población emitidas por la autoridad militar competente en tiempo de conflicto armado para las zonas de combate, será penado con prisión de uno (1) a cuatro (4) años si no resultare un delito más severamente penado” (Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley No. 26.394 B.O. 29/8/2008).

43 *Ibidem*, art. 241 bis: “Se impondrá prisión de tres (3) a diez (10) años a los militares que: 1. Tumultuosamente peticionaren o se atribuyeren la representación de una fuerza armada. 2. Tomaren armas o hicieren uso de éstas, de naves o aeronaves o extrajeren fuerzas armadas de sus asientos naturales, contra las órdenes de sus superiores. 3. Hicieren uso del personal de la fuerza, de la nave o de la aeronave bajo su mando contra sus superiores u omitieren resistir o contener a éstas, estando en condiciones de hacerlo. 4. Será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años la conspiración para cometer los delitos de este artículo. No será penado por conspiración quien la denunciare en tiempo para evitar la comisión del hecho. 5. Si en razón de los hechos previstos en este artículo resultare la muerte de una o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiere o dificultare la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a veinticinco (25) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado” (Artículo incorporado por art. 12 del Anexo I de la Ley No. 26.394 B.O. 29/8/2008).

44 *Ibidem*, art. 249 bis: “El militar que en sus funciones y prevalido de su autoridad, arbitrariamente perjudicare o maltratare de cualquier forma a un inferior, será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, si no resultare un delito más severamente penado” (Artículo incorporado por art. 15 del Anexo I de la Ley No. 26.394 B.O. 29/8/2008).

por imprudencia, negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares⁴⁵.

El Código Procesal Penal también fue adecuado de forma tal que se suprimieron todas las reglas de competencia y jurisdicción que contemplaban excepciones basadas en la existencia de la justicia militar⁴⁶. Así, por ejemplo, el artículo 18 del Código Procesal Penal extiende la competencia penal de las y los jueces y tribunales creados por la Constitución Nacional a los delitos cometidos a bordo de aeronaves en el espacio aéreo argentino. Así mismo, se otorgaron ciertas facultades propias de las fuerzas de seguridad, de carácter excepcional y limitadas en el tiempo, al personal militar dentro de las unidades propiamente militares. De esta manera, se regula la posibilidad de que solamente cuando se trate de hechos cometidos por personas con estado militar en el ámbito de instalaciones militares o bajo su control,

45 *Ibidem*, art. 253 ter: “Será penado con prisión de dos (2) a ocho (8) años el militar que por imprudencia o negligencia, impericia en el arte militar o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, en el curso de conflicto armado o de asistencia o salvación en situación de catástrofe, causare o no impidiere, la muerte de una o más personas o pérdidas militares, si no resultare un delito más severamente penado” (Artículo incorporado por art. 19 del Anexo I de la Ley No. 26.394 B.O. 29/8/2008).

46 Se eliminó toda mención a la justicia militar existente en el Código Procesal Penal. Por ejemplo, Título III, El juez, Capítulo I, Jurisdicción, art. 18 (Naturaleza y extensión), art. 19 (Jurisdicciones especiales. Prioridad de juzgamiento); Capítulo II, Competencia, art. 23 (Competencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal); Capítulo III, Relaciones jurisdiccionales, art. 21 (Cuestiones de jurisdicción); Capítulo II, Actos de la policía judicial y de las fuerzas de seguridad, art. 184 bis; Capítulo II bis, Actos de las fuerzas armadas en tiempo de conflicto armado y zona de combate, art. 187 bis; Capítulo IV, Testigos, art. 250 (Tratamiento especial).

la autoridad militar del lugar tendrá las facultades que el Código Procesal Penal de la Nación actualmente reconoce a las fuerzas de seguridad en los incisos 2, 3, 4, 8 y 9 del art. 184 bis⁴⁷. Dichas facultades cesan cuando se hace presente la autoridad judicial competente. De igual manera, en tiempos de conflicto armado, y de modo excepcional, se propone el otorgamiento de facultades muy específicas a la autoridad militar sobre la población civil, en conexión con el artículo 240 bis del Código Penal de la Nación. La facultad excepcional otorgada, en caso de conflicto armado, es únicamente para la detención temporalmente razonable.

Conclusiones

La reforma del sistema de justicia militar argentino, que derivó en la adopción de la Ley 26.394 en el año 2008, contó con una amplia participación democrática, dada la conformación de la comisión de trabajo que elaboró el proyecto de ley, el compromiso del Poder Ejecutivo y los profundos debates que devinieron en el Poder Legislativo.

El elemento central de la reforma fue la adaptación del sistema de justicia militar a los estándares de protección que surgen de la CADH, situación que ingresa en la agenda de trabajo del Ministerio de Defensa en el año 2006, en oportunidad de la admisibilidad de dos casos ante la CIDH contra Argentina No. 11.758, *Correa Belisle*, y No. 12.167, *Argüelles y otros*. En este sentido, el objetivo primordial fue garantizar el derecho humano al debido proceso legal, tanto para los procesos disciplinarios como penales militares.

47 Ministerio de Defensa, “La reforma integral del Sistema de Justicia Militar. Un paso más en el proceso de democratización de las Fuerzas Armadas”... pág. 33.

En consecuencia, los compromisos adquiridos a nivel internacional ante el SIDH son las razones estructurales que motivaron la reforma de la justicia militar en Argentina, dentro de los cuales se encuentran los procesos de negociación ante la CIDH con el fin de arribar a una solución amistosa. No obstante, por imposibilidad de llegar a un acuerdo en el aspecto reparatorio, el caso *Argüelles y otros* ha sido determinado por la Corte IDH en el año 2014, con particulares resoluciones en lo que refiere a justicia militar y derechos humanos al encontrarse vigente el nuevo sistema.

La reforma estructural implicó un cambio en la noción de “militar”, entendido como un ciudadano uniformado. Así, se consensuó que el elemento esencial para la profesión militar es el afianzamiento de la cohesión militar por medio exclusivamente de la disciplina. De allí que se adaptó el proceso disciplinario militar – con garantía del debido proceso legal – y fue absorbida la jurisdicción penal militar por la justicia ordinaria – con una única excepción ante situaciones de conflictos armados. Así mismo, existe un control constante del sistema disciplinario militar, respetuoso del ejercicio de los derechos humanos, efectuado por el personal militar y civil mediante la Auditoría General de las Fuerzas Armadas – institución que se readapta con la reforma – y la Dirección Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Defensa.

**Dignidad humana y exclusión social.
Aportes de las declaraciones contra la
discriminación racial de UNESCO a la construcción
de políticas públicas en la segunda mitad del
Siglo XX, para abordar la exclusión social
y cultural en Latinoamérica**

*Andrés Vázquez**

*“La naturaleza de los hombres es idéntica,
son sus costumbre las que los separan”.*

Confucio, 551-478 A.C.

La ausencia de políticas públicas integrales dirigidas a las personas pertenecientes a grupos vulnerables en situación de pobreza y de exclusión social o cultural, ¿puede basarse en el prejuicio racial? El recorrido para el reconocimiento de los derechos de las personas no blancas y occidentales es tomado como referencia para la lucha contra toda forma de discriminación, considerando la superación de la discriminación racial como parámetro para establecer la medida de un cambio de paradigma aplicable a las otras discriminaciones. De esta manera, la discusión a partir del trabajo de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) se inicia utilizando indistintamente el término “discriminación” con relación a “minorías” sociales y culturales.

* Maestría en Derechos Humanos, Universidad Columbia del Paraguay; Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH); Corte Suprema de Justicia.

Este artículo intentará demostrar que esta discusión corresponde a un campo del discurso académico que responde a agendas de derechos humanos ligadas a intereses exorbitantes de las personas o colectivos afectados por la discriminación, más que al reflejo de una discusión arraigada en la necesidad de la comunidad internacional de discutir el tema y reflejarlo en políticas públicas, como consecuencia de la evolución/transición de la cultura global. Para ello se empezará por definir los conceptos de discriminación y exclusión social, y se verá cómo fueron abordados en el proceso de elaboración de las declaraciones contra la discriminación racial de UNESCO¹. Luego, a partir de la “tensión entre idea y realidad” planteada por Jürgen Habermas² se buscará dar una respuesta a la intención real del proceso de la discusión sobre racismo y discriminación, y al convencimiento sobre la igualdad humana en dignidad y derechos, mencionando aquellos aportes y cuestiones que puedan ser considerados para la construcción de políticas públicas vinculadas a la exclusión social y cultural en Latinoamérica.

Cuatro son las declaraciones de UNESCO que constituyen sucesivos hitos en el camino del estudio de la cuestión racial y el racismo:

-
- 1 Unesco es la entidad que ha estudiado de manera más sistemática la cuestión racial, utilizando un enfoque interdisciplinario. Esta entidad siempre se ha esforzado por agrupar en su labor a biólogos, antropólogos, juristas, etnógrafos, historiadores y especialistas en genética, así como representantes de otras disciplinas científicas.
 - 2 Habermas, Jürgen, “La idea de la dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Revista Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, Vol. 44. Departamento Filosofía del Derecho, Universidad de Granada, 2010, págs. 105-121. Disponible en: <<http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/index>>, a junio de 2015.

- a. Declaración sobre la Raza, de 1950.
- b. Declaración sobre la Naturaleza de la Raza y las Diferencias Raciales, de 1951.
- c. Propuestas sobre los Aspectos Biológicos de la Cuestión Racial, de 1964.
- d. Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, de 1967.

Éstas constituyen la base para el Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial de la ONU, la preparación de la importantísima Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales adoptada por la Conferencia General de la UNESCO de 1978, el Llamamiento de Atenas de 1981 y la Conferencia Mundial contra el Racismo de 1988. Todos estos son parámetros para el abordaje actual de la observancia y exigibilidad de derechos relativos a todas las formas de discriminación y racismo.

1. Sobre discriminación, exclusión social y las declaraciones de UNESCO

La cuestión de la discriminación, sea esta positiva o negativa en términos jurídicos, se remonta a Roma, donde inicialmente se definió a la persona humana en función a su nacimiento dentro o fuera de los límites de la ciudad. Apenas comenzó la extensión del imperio romano se tuvo que redefinir este universo en tanto la persona hubiera nacido en territorio romano o no, pero tuviera sangre romana (*jus sanguinis*). Quien era “ciudadano o ciudadana” de Roma, era sujeto de derechos, con reconocimiento social y prerrogativas que, al estar vinculadas a carácter divino, adquirirían forma de dogma – sin importar dónde estuvieran, debían ser respetados por todos.

Este concepto es especialmente importante para los países de tradición jurídica latina (derecho romano), ya que por ella han recibido (y aceptado, inicialmente) la justificación para la subordinación de las personas originarias del continente americano, entre otros grupos, que incluso llevó a mantener una amplia discusión sobre si estas personas tenían o no tenían alma, luego superada. Bartolomé de las Casas señalaba en 1542:

Ya sabéis cómo se dice que los cristianos pasan acá, y tenéis experiencia cuáles han parado a los señores fulano y fulano y fulano; y aquellas gentes de Haití (que es la Española) lo mismo vienen a hacer acá. ¿Sabéis quizá por qué lo hacen? Dijeron: No; sino porque son de su naturaleza crueles y malos. Dice él: No lo hacen por sólo eso, sino porque tienen un dios a quien ellos adoran y quieren mucho y por haberlo de nosotros para lo adorar, nos trabajan de sojuzgar y nos matan³.

Abrahamson⁴ refiere los orígenes del concepto “exclusión social” a Francia, específicamente a un informe escrito por el Comisario General del Plan Pierre Massé, Secretario de Estado para la Acción Social del gobierno gaullista francés. En este contexto, René Lenoir escribe *Les exclus: Un Français sur dix*, en el que se presenta una larga lista de sectores vulnerables y elementos “socialmente desadaptados”, que formarían la categoría de los excluidos: delincuentes, drogadictos, alcohólicos, asociales, inválidos, discapacitados mentales, familias monoparentales o con múltiples problemas, minorías étnicas mal integradas, como los franceses musulmanes, entre otros.

3 De las Casas, Bartolomé, *Brevísima relación de la destrucción de las indias*. Sebastián Trujillo, impresor, Sevilla, xxxx (1542).

4 Abrahamson, Peter, “Social Exclusion in Europe: Old Wine in New Bottles”, Conferencia de la European Science Foundation (ESF), Blarney, 26-30 de marzo de 1996.

Partiendo del reconocimiento de la existencia de un grupo o varios grupos de personas excluidas, aquí se propone que la exclusión social se debe comprender como contraria a los procesos de inclusión social, por medio de políticas públicas de Estado. Ahora bien, este trabajo no aborda el tema de la pobreza, que de por sí no impide formas de cohesión e inclusión social, sino que propone una reflexión sobre aquellos factores que llevan a una ruptura del sentido de pertenencia a una determinada sociedad.

En cuanto a la cohesión social, en su acepción sociológica se entiende como el grado de consenso de las personas que pertenecen a un grupo social o la percepción de pertenencia a un proyecto o situación común⁵. Este consenso incluye tanto la aceptación de una norma como su internalización para su aplicación efectiva.

Sobre la aceptación social de las normas y las políticas públicas, Colander y Kupers señalan que la construcción de la política social generalmente no es efectiva como consecuencia de una intención exógena de interferir en asuntos de la comunidad, sino que será efectiva en tanto sea el resultado de un convencimiento de al menos la mayoría. Ellos señalan que

[...] esto es fundamental en el marco de la política de la complejidad: la creencia de que lo que el colectivo quiere como su estilo de gobierno y normas y lo que el colectivo tiene como estilo de gobierno y normas puede ser diferente, y que tanto la sociedad como los individuos pueden comprender (o no) algunos de los estilos de gobierno y las normas que quieren⁶.

5 Durkheim, Emile, *The Rules of Sociological Method and Selected Texts on Sociology on its Method*. Sage Publications, Inc., Beverly Hills, California, 1986 (1895), págs. 60-81.

6 Colander, David, y Ronald Kupers, *Complexity and the Art of Public Policy*.

Un punto común a las cuatro declaraciones relativas a raza y prejuicios raciales de UNESCO es proponer y recomendar la adopción general de un programa de difusión de hechos científicos destinados a hacer desaparecer lo que llaman **prejuicios raciales**. Durante el proceso de construcción de este concepto, estas declaraciones abarcan desde la reafirmación de la fe en la dignidad de la persona humana y sus derechos, al abordaje de las causas sociales del prejuicio racial.

La Declaración sobre la Raza de 1950 rechaza la noción de que dentro de la especie humana existen diferencias fundamentales basadas en la raza y condena las teorías de superioridad esgrimidas por científicos (y la propuesta política) de la Alemania nazi. Para la reunión donde se gestó fueron convocados algunos de los más prestigiosos pensadores de la época: Ernest Beaglehole, Juan Comas, Luiz de Aguiar Costa Pinto, Franklin Frazier, Morris Ginsberg, Humayum Kabir, Claude Lévi-Strauss y Ashley Montagu.

Al año siguiente, en junio de 1951, el mismo grupo aborda el concepto de prejuicio racial atendiendo conceptos biológicos y antropológicos y, aunque hicieron parte de la discusión, no se mencionan en el texto final las causas relativas al contexto en el que ocurren. Sin embargo, la discusión se mantuvo, y en el año 1960 se promueve la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.

En las Propuestas de 1964, ya con la participación de delegaciones de Estados, se incorpora la llamada **tesis racista**, y en su artículo 13 expresa que “los diferentes pueblos de la tierra tienen las mismas potencialidades biológicas para alcanzar cualquier nivel de civilización”, afirmación que allana el terreno

para discutir las causas de los prejuicios raciales. Así, en el año 1967 se toma el paso fundamental de definir al racismo como “las creencias y actos antisociales basados en la falacia de que las relaciones discriminatorias entre grupos pueden justificarse por motivos biológicos”.

2. De las ideas a la realidad

Al referirse al mencionado proceso de reafirmación de la fe en la dignidad de la persona humana y sus derechos por medio del proceso de análisis y recomendaciones para responder globalmente al racismo desde UNESCO – proceso generado en respuesta al horror de la Segunda Guerra Mundial – Ordoñez Mazariegos señala que se trató del establecimiento de reglas de conducta necesario porque “para que el ser humano no se vea obligado a revelarse contra la tiranía y la opresión, es esencial que los derechos humanos queden protegidos por un Estado de Derecho”⁷.

Considerando esta idea de la necesidad de contar con una norma establecida que permita afianzar el derecho de manera pacífica en la cuestión de la determinación de aportes para la discusión relativa a la exclusión social, es necesario retomar la Declaración sobre la Raza de 1950, en tanto intentó echar por tierra la afirmación racista de la adaptación mental y física a ciertas funciones sociales ligadas a cada tipo racial, con la consecuente adaptación (forzada muchas veces) a las formas de producción y relaciones sociales. Al respecto, el artículo 15 señala:

7 Ordoñez Mazariegos, Carlos Salvador, “El racismo en los umbrales del siglo XXI. El quehacer de la UNESCO y el racismo”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, La problemática del racismo en los umbrales del siglo XXI*, VI Jornadas Lascasianas. UNAM, México, 1997, pág. 430.

Todo individuo normal es capaz de participar de la vida común, de comprender la naturaleza de los deberes recíprocos y de respetar las obligaciones y los compromisos mutuos. Las diferencias biológicas que existen entre los miembros de los diversos grupos étnicos no afectan en modo alguno a la organización política o social, a la vida moral o a las relaciones sociales.

Un legado importante de este trabajo puede encontrarse en el Derecho Internacional de Derechos Humanos, donde el término “raza” es inicialmente utilizado en un sentido amplio que aglutina otras distinciones entre grupos de personas, basadas en religión, etnia, agrupación social, lenguaje y cultura. En su artículo 1, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, influenciada por la Declaración de UNESCO del año anterior, no define “raza” pero sí “discriminación racial”,

[...] como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

En el marco de la Declaración de 1967, el *apartheid* y las luchas por los derechos civiles de las personas afrodescendientes en los Estados Unidos marcaban la agenda internacional de batalla contra el racismo y la discriminación racial. Quizás es por ese motivo que algunas de las conclusiones se pasaron por alto y la cuestión de la discriminación racial se abocó a la descendencia africana. De esta manera, a la respuesta al horror de la guerra se suma un nuevo grupo social que acaparará la discusión y definirá la cuestión del racismo.

Entre las conclusiones de la IV Conferencia sobre Racismo y Discriminación Racial se hizo mención de las causas y consecuencias que generaba el racismo frente a la dignidad de las personas en sentido amplio (no sólo de grupos afrodescendientes), y se relevó la importancia de la educación como una respuesta de las políticas públicas para confrontarla, ampliando la teoría racista incluyendo factores de exclusión social:

Las causas económicas y sociales del racismo son especialmente susceptibles en las sociedades de colonos caracterizadas por una gran desigualdad de poder y propiedad, en ciertas zonas urbanas han surgido guetos cuyos habitantes se ven privados de la igualdad de acceso al empleo, a la vivienda, a la vida política, a la educación y a la administración de justicia, y en muchas sociedades en las cuales se asignan determinadas funciones económicas y sociales consideradas incompatibles con la ética o indignas de sus miembros, a un grupo diferente que es objeto de menosprecio, censuras y sanciones por el hecho de desempeñarlas.

Señala también:

El racismo tiende a tener efecto acumulativo, la discriminación priva a un grupo de igualdad de derechos y presenta después a ese grupo como problema. Se tiende entonces a reprochar al grupo su propia situación, lo que conduce a una nueva ampliación de la teoría racista.

Siendo esta realidad no sólo de las comunidades afrodescendientes de Estados Unidos de América o de Sudáfrica, grupos que sí se empoderaron en la lucha y la hicieron propia, alcanzando a desarrollar un proceso de inclusión y participación social y política, ¿por qué motivo la discusión no abarcó a las comunidades marginalizadas de Latinoamérica? Contemporáneo

a esta Conferencia, Zavala dirá respecto de la conquista española que “esta ideología [española] surge de la procedencia estoica que afirma a la misión colonizadora como tutela civilizadora del indígena”⁸ que se mantiene desde la época de la colonia hasta el presente, dando de esta manera una posible respuesta: América Latina no había aún concebido la necesidad de exteriorizar su exclusión social o de resolverla.

Hacia fines de la década de los 60 comienza un proceso de consolidación de la lucha contra la discriminación racial – central para el primer Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial (1973-1983) –, que tuvo un momento de reflexión en el Coloquio de Atenas de 1981 con el consecuente Llamamiento de Atenas. El autor de este trabajo coincide con Ordoñez Mazaraniego cuando señala que

[...] el Coloquio de Atenas – al decir de uno de sus participantes – puso en evidencia la imposibilidad de una alianza entre la ciencia y el racismo. El antagonismo es irreductible. Limitar esa afirmación a una reunión de expertos no servirá de nada⁹.

Conclusión

La discusión sobre la discriminación racial originada en el proceso liderado por UNESCO desde la década de los años 50, ha determinado el marco teórico que actualmente alimenta el abordaje de la exclusión social y cultural para la construcción de políticas públicas que pretenden hacer efectivos los derechos humanos. En este sentido, se ha podido confirmar que, aunque

8 Zavala, Silvio, *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI-XVIII)*. UNESCO, Tournai, Bélgica, 1963, pág. xx.

9 Ordoñez Mazariegos, Carlos Salvador, “El racismo en los umbrales del siglo XXI. El quehacer de la UNESCO y el racismo”... pág. 441.

la discusión ha sido amplia, no ha contado con la suficiente participación como para permitir una real toma de consciencia de la comunidad global, más allá de la retórica académica y de ciertos colectivos afectados por el fenómeno del racismo que, sin duda sin intencionalidad, han limitado las respuestas de las política públicas casi exclusivamente a cuestiones de igualdad y oportunidad para comunidades afrodescendientes.

Del aprendizaje de la lucha de este grupo es posible rescatar, como se señala en el Llamamiento de Atenas, que

No dependerá de una solución de ideales y proyectos: dependerá de procesos políticos y sociales muy concretos, en los que el esfuerzo conjunto y coordinado de los pueblos y naciones será definitivo.

Serán los propios pueblos y sujetos sociales, por medio de una participación real y de una visión integral que provenga de un sistema educativo inclusivo, que le den vida a estos planteamientos desde las mismas causas de la exclusión, generando condiciones materiales de existencia y relaciones socioeconómicas, políticas y culturales que las sostengan.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2014)

Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal
Pedro Nikken
Sonia Picado

Claudio Grossman
Presidente

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

Margaret E. Crahan
Vicepresidenta

Mayra Alarcón Alba
Carlos Ayala Corao
José Antonio Aylwin Oyarzún
Lorena Balardini
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Eduardo Bertoni
Carlos Bosombrio
Antônio A. Cançado Trindade
Santiago Cantón
Douglass Cassel
Suzana Cavenaghi
Ariel Dulitzky
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
María Elena Martínez
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Mónica Pinto
Carlos Portales
Víctor Rodríguez Rescia
Hernán Salgado Pesantes
Fabián Salvioli
Mitchell A. Seligson
Wendy Singh
Mark Ungar
José Antonio Viera Gallo
Renato Zerbini Ribeiro Leão

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Tracy Robinson
Rose-Marie Belle Antoine
Felipe González
José de Jesús Orozco Henríquez
Rosa María Ortiz
Paulo Vannuchi
James L. Cavallaro

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Humberto Antonio Sierra Porto
Roberto F. Caldas
Manuel E. Ventura Robles
Diego García-Sayán
Alberto Pérez Pérez
Eduardo Vio Grossi
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos