

REVISTA IIDH

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



21

IIDH

Enero - Junio 1995

REVISTA

IIDH

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

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos. —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.

© 1995, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

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

Diagramación, montaje electrónico de artes finales e impresión litográfica:
MARS Editores, 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 atenerse a las normas siguientes:

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

LA REVISTA IIDH ES PUBLICADA SEMESTRALMENTE. EL PRECIO ANUAL ES DE US\$30.00 Y DE US\$20.00 PARA ESTUDIANTES. EL PRECIO DEL NÚMERO SUELTO ES DE US\$15.00. SUSCRITORES DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ DEBEN INCLUIR US\$3.00 POR ENVÍO; SUR Y NORTEAMÉRICA US\$4.00, EUROPA, ÁFRICA, ASIA, US\$6.00. 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.

DIRIGIR TODAS LAS ÓRDENES DE SUSCRIPCIÓN A LA UNIDAD EDITORIAL DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1000) SAN JOSÉ, COSTA RICA.

LAS INSTITUCIONES ACADÉMICAS, INTERESADAS EN ADQUIRIR LA REVISTA IIDH, MEDIANTE CANJE DE SUS PROPIAS PUBLICACIONES PUEDEN ESCRIBIR A LA UNIDAD EDITORIAL, REVISTA IIDH, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1000), SAN JOSÉ, COSTA RICA, FAX: (506) 234-0955.

ÍNDICE

DOCTRINA

- DESAFÍO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS 13
José AYALA LASSO
- TWO MAJOR CHALLENGES OF OUR TIME:
HUMAN RIGHTS AND THE ENVIRONMENT25
Alexandre KISS - Antônio A. CANÇADO TRINDADE
- EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DETENCIÓN PREVENTIVA35
Douglass CASSEL
- A SINGLE COURT OF HUMAN RIGHTS
IN STRASBOURG47
Andrew DRZEMCZEWSKI
- LA ADOPCIÓN POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, EN 1966, DE LOS DOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DEL PROTOCOLO FACULTATIVO AL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: RECUERDOS Y REFLEXIONES53
Héctor GROS ESPIELL
- EL FUNDAMENTO JURÍDICO Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL ENCARGADO DE JUZGAR LAS INFRACCIONES AL DERECHO HUMANITARIO COMETIDAS EN LA ANTIGUA YUGOSLAVIA67
Edgar NASSAR GUIER
- VIOLENCE, DROITS DE L'HOMME ET DÉVELOPPEMENT EN AFRIQUE93
Isaac NGUEMA

THE FUTURE OF THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS	115
David J. PADILLA	

LOS PROCEDIMIENTOS INCIDENTALES ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	121
Juan José QUINTANA A.	

MEMORIAL EN DERECHO <i>AMICUS CURIAE</i> PRESENTADO POR HUMAN RIGHTS WATCH/AMERICAS (HRW/AMERICAS) Y EL CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL) A LA EXCMA. CÁMARA FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE LA CAPITAL FEDERAL (ARGENTINA) EN EL ASUNTO MIGNONE, EMILIO F. S/ PRESENTACIÓN EN CAUSA NRO. 761 "HECHOS DENUNCIADOS COMO OCURRIDOS EN EL ÁMBITO DE LA ESCUELA SUPERIOR DE MECÁNICA DE LA ARMADA (E.S.M.A.)"	149
--	-----

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES ENERO-JUNIO 1995	175
CASO MAQUEDA	185
CASO EL AMPARO	195
CASO NEIRA ALEGRÍA Y OTROS	203
CASO GENIE LACAYO (Excepciones Preliminares)	233
CASO GENIE LACAYO (Resolución)	249
CASO COLOTENANGO	261

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

COMUNICADOS DE PRENSA ENERO-JUNIO 1995	267
--	-----

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES ENERO-JUNIO 1995	279
------------------------------------	-----

DISCURSOS DEL DIRECTOR EJECUTIVO DEL IIDH (FEBRERO-JUNIO 1995)	319
Antônio A. CANÇADO TRINDADE	

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA AMERICANA ANTE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1994-II)	373
---	-----

PRESENTACIÓN

Tenemos el agrado de presentarles la edición Número 21 de la Revista IIDH, que comprende el período enero-junio de 1995. En esta edición, como iniciamos en la anterior les presentamos junto con la sección de doctrina, un informe sobre las principales actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos durante el período.

Esta edición contó con el copatrocinio de la Comisión de la Unión Europea.

Los Editores

DOCTRINA

DESAFÍO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS*

José Ayala Lasso

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Señoras y señores:

Es para mí un privilegio y una gran satisfacción encontrarme hoy entre ustedes y haber sido invitado a dar la conferencia inaugural de este Décimo Tercer Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. A lo largo de los años, el Curso Interdisciplinario, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, se ha constituido en el mayor foro de análisis académico y discusión en derechos humanos del hemisferio occidental y su prestigio trasciende las fronteras del continente americano.

Al empezar mi disertación quiero, en mi primer lugar, rendir homenaje a las labores de investigación, docencia y promoción de los derechos humanos en el continente americano desarrolladas por el Instituto desde su creación en 1980. Sus tareas de apoyo constante y permanente a la Corte y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los órganos de la Organización de Estados Americanos, y a los Gobiernos y organizaciones no gubernamentales de América, deben destacarse. Además del Curso Interdisciplinario, cuya décimotercera versión anual hoy inauguramos y que cuenta ya con más de 1.400 exalumnos, el Instituto Interamericano ha realizado e impulsado diversos trabajos de investigación en áreas tales como educación en derechos humanos o derechos humanos y sistemas penales. En el marco de los derechos políticos, son internacionalmente conocidos los trabajos del Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), creado por el Instituto en 1983 y que ha prestado asesoramiento en materia electoral a varios países del continente. Son también conocidas las tareas

* Discurso pronunciado en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, XIII CURSO INTERDISCIPLINARIO, San José de Costa Rica, 13 al 23 de junio 1995.

llevadas a cabo por el Instituto Interamericano en las áreas de fortalecimiento de las instituciones públicas y de la sociedad civil; su fecunda labor editorial, que incluye la publicación de su revista especializada, y el auspicio de reuniones de trabajo entre la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre asuntos relativos a la coordinación de funciones entre ambos órganos.

Sin embargo, los trabajos del Instituto Interamericano no se han limitado al fortalecimiento y promoción del sistema regional americano de protección y promoción de los derechos humanos. El Instituto participó como protagonista en los trabajos preparatorios y en el desarrollo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que tuvo lugar en Viena del 14 al 25 de junio de 1993. El Instituto fue designado por el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en enero de 1993, para convocar y dirigir la Reunión Regional para América Latina y el Caribe Preparatoria de la Conferencia Mundial. Las conclusiones de dicha Reunión Regional, en la que participaron representantes de 180 organizaciones no gubernamentales, constituyeron uno de los principales aportes a la Conferencia Mundial. Durante la realización de la Conferencia, representantes del Instituto Interamericano, incluyendo su Presidente y su Director Ejecutivo, ofrecieron su contribución valiosa y sustantiva.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos culminó con la aprobación de la Declaración y Programas de Acción de Viena¹, documento que constituye un hito decisivo en la protección y promoción de los derechos humanos. A partir de entonces, el sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones regionales, los gobiernos, las instituciones nacionales y las organizaciones no gubernamentales, cuentan con un marco de acción, unos objetivos y unos medios acordados para la promoción y protección de los derechos humanos.

Este contexto, que enmarca una nueva etapa en la aproximación a la cuestión de la promoción de los derechos humanos por parte de la comunidad internacional, hizo posible que la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su resolución 48/141/ de 20 de diciembre de 1993, crease el puesto de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, dotándolo de una autoridad moral y política sin precedentes. A propuesta del Secretario General de las Naciones Unidas, el 14 de febrero de 1994, la Asamblea General me nombró primer Alto Comisionado para los Derechos Humanos. El 5 de abril de 1994 asumí mis funciones en Ginebra, comprometiéndome a ejercer mis funciones en el respeto estricto del

1. *Informe de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993.* (A/CONF.157/24(Parte.I), cap. III.

mandato, marco y orientación brindados por la Asamblea General y con el único fin de que aumente el respeto de todos los derechos humanos de cada persona del mundo.

Dentro del complejo mundo que constituyen los derechos humanos y que para muchos de ustedes resulta familiar, el mandato confiado por la Asamblea General al Alto Comisionado es muy amplio. Incluye la responsabilidad de promover y proteger el disfrute efectivo de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; promover y proteger la realización del derecho al desarrollo; proporcionar, por intermedio del Centro de Derechos Humanos y otras instituciones apropiadas, servicios de asesoramiento y asistencia técnica y financiera a petición de los Estados interesados y, cuando proceda, de las organizaciones regionales de derechos humanos; coordinar los programas de educación e información pública de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, entablar un diálogo con todos los gobiernos con miras a asegurar el respeto de todos los derechos humanos y cumplir las tareas que le asignen los órganos componentes del sistema de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos y presentarles sus recomendaciones.

El Alto Comisionado debe asimismo desempeñar un papel activo en la tarea de eliminar los actuales obstáculos y de hacer frente a los desafíos para la plena realización de los derechos humanos, así como en la tarea de prevenir la persistencia de violaciones de los derechos humanos en todo el mundo, como se refleja en la Declaración y Programa de Acción de Viena. Es responsable también de ampliar la cooperación internacional para la promoción y la protección de todos los derechos humanos; de coordinar tales actividades de promoción y protección de los derechos humanos en todo el sistema de las Naciones Unidas; y de racionalizar, adaptar, fortalecer y simplificar el mecanismo de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos con miras a aumentar su eficiencia y eficacia. Tiene además la responsabilidad de encargarse de la supervisión general del Centro de Derechos Humanos, la dependencia principal de la Secretaría que se ocupa de estas cuestiones, señalando las políticas y directrices que debe aplicar.

El mandato del Alto Comisionado no duplica o sustituye los mecanismos existentes para la protección y promoción de los derechos humanos. Por el contrario, añade una nueva dimensión: los esfuerzos político-diplomáticos que aseguren un diálogo continuo al más alto nivel gubernamental para lograr resultados concretos de progreso en el terreno de los derechos humanos.

Para que sus acciones sean eficaces, el Alto Comisionado debe contar con el apoyo y la cooperación de los gobiernos. Para tratar de propiciar un

diálogo franco con los gobiernos, sin condiciones ni perjuicios, he visitado diversos países, entre los que cabe mencionar Suiza, como país anfitrión, Alemania, Austria, Bhután, Burundi, Camboya, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Japón, Letonia, Lituania, Malawi, Nepal, Noruega, la República de Corea, Ruanda y Suecia: y, en el ámbito del continente americano, Colombia y Cuba. El marco de las visitas del Alto Comisionado es el de un diálogo encaminado al ejercicio universal de los derechos humanos, no el de una investigación ni un intento de sustituir los mecanismos de supervisión internacional existentes.

Durante mis visitas, he instado a los Estados a que ratifiquen o adhieran a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Me he referido a la forma de fortalecer la ampliación de los derechos humanos mediante planes de acción nacionales, el establecimiento de instituciones nacionales, como comisiones de derechos humanos, defensores del pueblo o mediadores, y la promoción de la enseñanza de los derechos humanos. He insistido en la necesidad de promover y proteger los derechos económicos, sociales y culturales, así como el derecho al desarrollo, y en la necesidad de tener en cuenta las repercusiones de las diversas políticas sobre estos derechos, en especial en el caso de los grupos más vulnerables de la sociedad. El Alto Comisionado también ha planteado cuestiones relacionadas con la promoción de los derechos de la mujer; la situación de las minorías y de los no ciudadanos; la condición jurídica de los refugiados y de los solicitantes de asilo; la protección de los derechos del niño; y la compatibilidad de las legislaciones nacionales con las normas internacionales. También ha prestado atención a la necesidad de fortalecer la cooperación internacional en materia de derechos humanos.

Las reuniones y consultas con representantes de instituciones nacionales y de organizaciones no gubernamentales son un importante elemento en las misiones del Alto Comisionado. Lo son también las entrevistas concedidas a los medios de comunicación, que deben desempeñar una función importante en la esfera de la educación e información en materia de derechos humanos.

Durante sus misiones a los países, el Alto Comisionado ha insistido en que, aunque la adopción de leyes nacionales compatibles con las normas internacionales es de capital importancia, resulta igualmente necesario que esas leyes se apliquen en la práctica. El Alto Comisionado se encuentra colaborando con los órganos creados en virtud de tratados y con el sistema de procedimientos de la Comisión de Derechos Humanos, en sus esfuerzos por prolongar una mejor aplicación de los derechos humanos. Como ustedes conocen, la Comisión de Derechos Humanos ha establecido, sobre una base extraconvencional, una serie de mecanismos destinados a exami-

nar la situación de los derechos humanos en países específicos, tales como Afganistán, Cuba, Guinea Ecuatorial, Irak, Myanmar, la República Islámica de Irán, los territorios ocupados, Ruanda, Sudán, el territorio de la Antigua Yugoslavia, y Zaire; o, desde una perspectiva temática, de examinar violaciones particularmente graves, tales como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, las desapariciones forzadas o involuntarias, las detenciones arbitrarias, la violencia contra la mujer, la intolerancia religiosa, etcétera, en cualquier parte del mundo. Estos mecanismos están a cargo de relatores y representantes especiales y de grupos de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos. Como Alto Comisionado, hago todo lo posible por reforzar la eficacia de sus tareas para que sus recomendaciones sean atendidas. A su vez, el trabajo de los relatores y representantes especiales y expertos independientes de la Comisión de Derechos Humanos permite identificar áreas donde el Alto Comisionado puede actuar para tratar de prevenir y evitar situaciones graves o para paliar sus efectos.

La supervisión internacional ha contribuido a la mejora de la situación de los derechos humanos en algunos países. El final del *apartheid* y la instauración de un régimen democrático en Sudáfrica bajo la presidencia de Nelson Mandela; el regreso del Presidente Aristide de Haití y la consolidación del proceso de paz y de la democracia en El Salvador, son ejemplos alentadores. No obstante, tanto la Asamblea General como la Comisión de Derechos Humanos, han señalado reiteradamente los obstáculos que entorpecen el disfrute de todos los derechos humanos por todos; principalmente, la extrema pobreza y los problemas relacionados con el desarrollo sostenible, la deuda externa, la impunidad, la discriminación racial, la xenofobia, la discriminación contra la mujer, la intolerancia étnica y religiosa, los éxodos en masa y las corrientes de refugiados, la ausencia del imperio de la ley, los conflictos armados y el terrorismo.

La Asamblea General confió al Alto Comisionado la misión de desempeñar un papel activo en la prevención de la persistencia de las violaciones de los derechos humanos en todo el mundo, como se refleja en la Declaración y Programa de Acción de Viena. Es así como, días después de tomar posesión del cargo, respondí con una acción global a la trágica situación de los derechos humanos en Ruanda. En mayo de 1994, hice un llamamiento desde la capital de Ruanda a todos los protagonistas del conflicto para que pusieran fin a las violaciones masivas de derechos humanos, concertasen un alto al fuego sin demora y permitiesen el envío de ayuda humanitaria a todos los necesitados. Los días 24 y 25 de mayo de 1994, a instancia del Gobierno de Canadá y a raíz de mi sugerencia, la Comisión de Derechos Humanos celebró el tercer período de sesiones extraordinario de su historia con el fin de examinar la situación de los derechos humanos en Ruanda. La

Comisión decidió entonces el nombramiento de un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Ruanda. Con posterioridad instalé en Ruanda una oficina local con los siguientes objetivos: a) investigar las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; b) supervisar la situación actual en materia de derechos humanos, en apoyo al mandato del Relator Especial; c) cooperar con otras organizaciones internacionales en el establecimiento de la confianza y facilitar así el regreso de los refugiados y de las personas desplazadas así como la reconstrucción de la sociedad civil; y, d) ejecutar programas de cooperación técnica en la esfera de los derechos humanos. En el marco de esta operación sobre el terreno hay actualmente más de 100 funcionarios destacados en Ruanda. El caso de Ruanda constituye un ejemplo del espíritu con que puede actuar el Alto Comisionado en situaciones de emergencia en materia de derechos humanos.

En mi condición de Alto Comisionado, he mantenido también estrechos contactos con el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la Antigua Yugoslavia, cuyo mandato cuenta con el apoyo de una operación sobre el terreno del Centro de Derechos Humanos. En febrero del año en curso, luego de consultar con el Secretario General de las Naciones Unidas y con su Representante Especial, tomé la iniciativa de convocar una reunión a fin de preparar una respuesta coordinada y más eficaz a las necesidades en materia de derechos humanos en Bosnia y Herzegovina.

Respecto a las oficinas locales ya instaladas en Ruanda y Burundi, y las que van próximamente a instalarse en Angola y Zaire, entre otros países, cabe señalar la necesidad del desarrollo de una capacidad de asistencia logística de reserva que suministre el material, el equipo de comunicaciones y todo otro apoyo en abastecimientos: el establecimiento y mantenimiento actualizado de una lista internacional de personal especializado de disponibilidad inmediata, y el aumento de la cooperación de los gobiernos, organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales.

La prevención de las violaciones de derechos humanos constituye una parte esencial del mandato del Alto Comisionado. Un elemento importante en esta prevención es la prestación de servicios de asesoramiento y asistencia técnica en casos apropiados. Estoy convencido que la salvaguarda y el fortalecimiento del Estado de Derecho y las instituciones democráticas pueden ayudar a evitar el colapso de gobiernos e instituciones y el inicio de conflictos armados, internacionales o internos. Además, pueden ayudar a evitar el flujo de refugiados y de desplazados internos, dramas a los cuales la comunidad internacional no siempre proporciona una respuesta adecuada y oportuna.

La oficina local establecida en Burundi en cooperación con el Gobierno de dicho país constituye un ejemplo de acción preventiva. Se ha llegado a un acuerdo con el Gobierno sobre un programa de cooperación y asistencia técnica en materia de derechos humanos, que formará parte de una estrategia integrada de los organismos, agencias y programas de las Naciones Unidas presentes en el país. De acuerdo al programa elaborado, se brindará capacitación a la judicatura, el ejército, la policía y la gendarmería; se otorgarán servicios de asesoramiento por expertos en derechos humanos, documentación y becas; se realizarán actividades de promoción orientadas a la creación de una cultura de derechos humanos, y se apoyarán las labores del Centro de Derechos Humanos de Bujumbura y de las ligas nacionales de derechos humanos.

En el desarrollo de mis funciones, he insistido en la necesidad de brindar asistencia destinada a establecer y fortalecer la infraestructura de derechos humanos, la importancia del Estado de Derecho y de democracia. El programa de cooperación para la formulación de programas de promoción y protección de los derechos humanos en Malawi constituye un ejemplo de asistencia a los países en fase de transición a la democracia. Este programa abarca la reforma constitucional, la asistencia al poder judicial, capacitación de los militares y de la policía, apoyo al Parlamento, a la sociedad civil, a las cárceles y centros de detención, y educación en derechos humanos en las escuelas primarias y secundarias.

En el contexto de la transición en Haití, la Asamblea General, en su resolución 49/201, pidió al Secretario General que, por conducto del Alto Comisionado y del Centro de Derechos Humanos, adoptase las medidas apropiadas para establecer un programa especial de asistencia al Gobierno y al pueblo de Haití en sus esfuerzos por velar por la observancia de los derechos humanos, conjuntamente con la Misión Civil Internacional a Haití. Se están adoptando las medidas preparatorias adecuadas. Por otra parte, el Centro de Derechos Humanos lleva a cabo programas multidimensionales de servicios de asesoramiento y asistencia técnica en los países de Europa oriental y central en fase de transición a un régimen democrático.

La Declaración y Programa de Acción de Viena otorga una importancia primordial al fortalecimiento de la asistencia técnica, en armonía con el objetivo establecido en la Carta de San Francisco de lograr la cooperación internacional para promover el respeto a los derechos humanos. Esta es una de las tareas que le han sido asignadas al Alto Comisionado por la comunidad internacional y a la que he venido otorgando una atención prioritaria. El instrumento fundamental en este marco es el desarrollo de un programa global para ayudar a los gobiernos a establecer y consolidar estructuras tales

como la formación teórica y práctica de jueces, fiscales, abogados y personal encargado de hacer cumplir la ley, la asistencia jurídica y el desarrollo de programas educativos e informativos para el público en general. Estas instituciones, cuyos nombres y funciones varían de país a país, comparten, en términos generales, los mismos objetivos, pero la experiencia nos ha mostrado que las tradiciones culturales, históricas, jurídicas y locales, deben ser tomadas en cuenta al momento de su establecimiento.

Otra área clave en la promoción de los derechos humanos es la educación y la información. Resulta sumamente importante que todos los individuos, grupos y pueblos sean debidamente informados de sus derechos y de los mecanismos existentes para hacerlos respetar. En este sentido, es de esperar que la proclamación del Decenio de las Naciones Unidas para la Educación de Derechos Humanos, a finales de 1994, y el desarrollo de un plan de acción para promover las actividades de esta esfera contribuirán, en cooperación con los Gobiernos, organismos especializados como la UNESCO, y organizaciones no gubernamentales, a avanzar hacia una cultura universal de los derechos humanos. En este ámbito me propongo dar prioridad a la formación de especialistas que estén en posición de transmitir posteriormente los conocimientos adquiridos, tales como profesores de los distintos niveles de enseñanza, miembros de la judicatura y miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Quisiera añadir que una formación sistemática en derechos humanos debe ser brindada al personal de las operaciones de construcción y mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas (militares, policías, oficiales civiles y personal humanitario).

El Alto Comisionado está encargado específicamente de promover la realización del derecho al desarrollo y de ampliar el apoyo de los órganos competentes de las Naciones Unidas a tal efecto. Este mandato concuerda plenamente con la perspectiva de la Conferencia Mundial, que proclamó la naturaleza interdependiente, interrelacionada e indivisible de los derechos humanos y pidió la adopción de medidas en los niveles nacional e internacional tendientes a promover y proteger esos derechos. Es fundamental atribuir alta prioridad a la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales y derecho al desarrollo, pues no siempre han recibido la atención que merecen, particularmente en períodos de reajuste estructural y de transición a economías de mercado. Con excesiva frecuencia se dedica protección insuficiente a derechos fundamentales como son los relativos a la alimentación, la salud, la vivienda y la educación, y las principales víctimas suelen ser los niños.

Como Alto Comisionado, he adoptado una perspectiva de los derechos humanos comprensiva e integrada, en el sentido de considerar que el pleno

respeto a los derechos humanos debe estar basado en el reconocimiento de la indivisibilidad e interdependencia de todos ellos y la imposibilidad de separarlos de la democracia y el desarrollo. El derecho al desarrollo es un derecho universal e inalienable y un componente fundamental de los derechos humanos. La Conferencia de Viena dio prioridad a la realización de este derecho e hizo un llamamiento hacia un esfuerzo concertado que garantizase el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel nacional, regional e internacional. La Conferencia adoptó un enfoque de carácter práctico, orientado al establecimiento de indicadores para medir los progresos en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, y la identificación de medios para superar los obstáculos para su realización.

La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986 establece claramente la interdependencia entre todos los derechos y el carácter comprensivo del proceso hacia el desarrollo. El proceso hacia el desarrollo va más allá de la mera eficiencia y eficacia en los campos económico y financiero y del progreso en los indicadores macroeconómicos. Consiste, más bien, en un progreso continuo en términos de justicia social, igualdad, bienestar y respeto a la dignidad de todos los individuos, grupos y pueblos. Todos los seres humanos, en todas las partes del mundo, deben poder disfrutar de sus derechos básicos a la alimentación, salud, vivienda, educación y servicios sociales. Sin embargo, la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales no han recibido, hasta el presente, la misma atención que los derechos civiles y políticos, a pesar de que las violaciones de aquellos son con frecuencia el origen de las violaciones de estos.

El Alto Comisionado tiene el mandato de promover la realización del derecho al desarrollo y de fomentar, con este fin, el apoyo de los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas. La realización de este derecho pasa necesariamente por la búsqueda de mecanismos destinados a proteger, de manera más efectiva, los derechos económicos, sociales y culturales.

Luego de décadas de disturbios internos, desórdenes sociales, regímenes autoritarios y represivos y dictaduras militares, los países de América avanzan firmemente por el camino del fortalecimiento de sus instituciones democráticas y del Estado de Derecho. La situación anterior de confrontación de los derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, a concentrarse en la defensa de los derechos civiles y políticos, particularmente del derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la libertad y a la seguridad. Hoy estos órganos deben enfrentar conjuntamente el desafío de considerar los problemas de derechos humanos que se derivan de las iniquidades en la concentración y distribución de la renta latinoamericana y

las crecientes disparidades económicas y sociales. Como ha señalado recientemente el Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, señor Antônio A. Cançado Trindade, el sistema interamericano de protección, al igual que el sistema universal, deben hacer frente, dentro de sus posibilidades y de los parámetros de sus respectivos mandatos, a estas situaciones nuevas o agravadas de denegación o violación de los derechos humanos. La labor de protección internacional ha sido transformada en el sentido que, después de haber tenido que hacer frente a violaciones de los derechos humanos perpetradas por regímenes autoritarios, hoy lo debe hacer en otros dominios de la actividad humana, principalmente los dominios económico, social y cultural. En este contexto debe destacarse, a nivel regional, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, que espero pronto entre en vigor.

La Conferencia Mundial hizo un llamamiento para el logro de la aceptación universal de los instrumentos internacionales de derechos humanos, de ser posible sin reservas. A raíz de este llamamiento, el Secretario General de las Naciones Unidas envió cartas a todos los Jefes de Estado, instando a sus gobiernos a que aceptaran los principales tratados de derechos humanos en los que todavía no eran partes. Por mi parte, he promovido la adhesión universal a los tratados internacionales de derechos humanos en mis contactos y conversaciones con altos funcionarios gubernamentales. Al 31 de diciembre de 1994, 131 Estados eran Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 129 en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha sido ratificada o cuenta con la adhesión de 138 Estados, y 168 Estados eran Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño. Respecto a esta última, se está llevando a cabo una acción mundial, en estrecha cooperación con el UNICEF, para lograr su ratificación universal a fines del presente año.

A nivel regional americano, la ratificación general debería alcanzar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque son instrumentos recientes, debe considerarse también la promoción de un número mayor de adhesiones y ratificaciones a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994; y para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también de 1994, así como los Protocolos Adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 y sobre la Abolición de la Pena de Muerte de 1990.

Cabe hacer mención que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente la conveniencia de lograr la aceptación

por todos los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la importancia de lograr la expansión del ámbito espacial o geográfico de aplicación del sistema de protección regional, de modo que abarque también la totalidad de América del Norte y del Caribe.

En mi calidad de Alto Comisionado he podido identificar cinco áreas prioritarias donde la cooperación y el intercambio de información deben ser reforzados:

- a) Situaciones de emergencia en el campo de los derechos humanos;
- b) Identificación de situaciones en las que el Alto Comisionado podría jugar un papel preventivo;
- c) Misiones *in situ* de los distintos relatores y representantes especiales, expertos independientes y grupos de trabajo;
- d) Seguimiento de las recomendaciones formuladas por los relatores y representantes especiales, expertos independientes y grupos de trabajo, así como por los órganos establecidos por tratados (Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura; etc.);
- e) Asistencia técnica y servicios de asesoramiento a los Estados.

Una estrecha cooperación entre el Alto Comisionado y las organizaciones regionales es un importante instrumento para reforzar la promoción y protección de los derechos humanos. Esta y otras cuestiones se abordaron en la reunión tripartita del Consejo de las Naciones Unidas con base en Ginebra, celebrada el 1° de septiembre de 1994, a la que asistí. En el Tercer Seminario Regional de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico sobre cuestiones de Derechos Humanos, celebrado en la República de Corea en julio del año pasado, me referí a la posible creación de una estructura regional o subregional de derechos humanos en Asia. Al formar parte de la infraestructura de derechos humanos, las organizaciones regionales colaboran activamente en la aplicación de la Declaración y Programa de Acción de Viena. Su continua participación en la promoción y protección de los derechos humanos es indispensable para el logro de progresos a nivel mundial a este respecto.

En la organización de actividades docentes, educativas y de promoción, el Centro de Derechos Humanos coopera con los institutos regionales de derechos humanos, tales como el Instituto de Derechos Humanos de Copenhague, Lund, Oslo y Turku, el Centro Eslovaco de Derechos Humanos de Bratislava, el Centro Africano de Banjul, el Instituto Árabe de

Derechos Humanos de Túnez, el Centro de Derechos Humanos para Asia y el Pacífico de Osaka, entre otros.

Los órganos del sistema de las Naciones Unidas y de las organizaciones regionales colocan actualmente sus actividades en materia de derechos humanos en la perspectiva de la Declaración y Programa de Acción de Viena. Es de esperar que próximamente decidan acciones concretas para lograr sus objetivos. La creación del puesto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos fue el resultado más concreto de la Declaración de Viena, y el Alto Comisionado ha adoptado la Declaración y sus objetivos como base para sus propias actividades. La cooperación internacional constituye la esencia de su mandato, por lo cual el Alto Comisionado presta especial atención al establecimiento de un diálogo con las organizaciones, agencias e institutos regionales que se ocupan de promover el respeto de los derechos humanos.

Para que los esfuerzos internacionales destinados a promover y proteger los derechos humanos resulten eficaces, deben hacerse extensivos a las actividades de todas las organizaciones internacionales y regionales a fin de que cada una de ellas, dentro de sus respectivos mandatos, aporte su propia contribución al objeto común. Mi tarea como Alto Comisionado es coordinar estas distintas actividades en el marco de los objetivos de la Declaración de Viena. Las nuevas demandas y las mayores expectativas por parte de la opinión pública exigen un criterio más operacional y mejor coordinado para enfocar la promoción y protección internacional de los derechos humanos, así como el diseño de nuevos métodos y capacidades de acción.

Quisiera terminar señalando que el hecho circunstancial que el primer Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sea latinoamericano, es una responsabilidad y un honor compartido a toda la región. El éxito en el desarrollo de las labores que me han sido encomendadas depende en gran parte del apoyo y comprensión de la comunidad internacional y de la cooperación que reciba de los gobiernos, organizaciones regionales, organizaciones no gubernamentales y poblaciones de todo el mundo. En este sentido, el apoyo y la colaboración de las organizaciones e instituciones americanas será fundamental.

Muchas gracias.

TWO MAJOR CHALLENGES OF OUR TIME: HUMAN RIGHTS AND THE ENVIRONMENT*

Alexandre Kiss

*Director de Investigación, Centre National de la Recherche Scientifique (Francia);
Vice Presidente del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo);
Presidente del Consejo Europeo de Derecho Ambiental.*

Antônio A. Cançado Trindade

*Ph.D. (Cambridge), Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos
Humanos, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,
Profesor Titular de la Universidad de Brasilia.*

It is nowadays widely accepted that international life has been dramatically transformed under the overwhelming pressure of two major challenges of our time: the necessities and requirements of protection of the human person and of protection of the environment. The widespread violations of human rights during World War II have led to a general feeling of revolt which has resulted in the solemn recognition of the paramount value of fundamental human rights and freedoms. Likewise, the deterioration of the environment, due in the industrialized world mainly to imbalances of economic growth and aggravated in developing countries by poverty and the problems of population growth, has precipitated a new awareness of the value of the environment and its component resources.

The consequent evolutions of human rights protection and environmental protection in recent years inevitably led to the gradual erosion of the so-called reserved domain of States. In the years following the 1948 Universal Declaration of Human Rights and in those following the 1972 Stockholm Declaration on the Human Environment, respectively, there occurs a multiplicity of successive international instruments in the two domains of protection. They both undergo a process of internationalization, that of

* Texto reproducido de: *Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente/ Human Rights, Sustainable Development and Environment* (ed. A. A. Cançado Trindade), 2a edición, San José de Costa Rica, IIDH/BID, 1995, págs. 287-294 y 379-383.

human rights antedating that of the environment in time. One and the other become matters of international concern. They both indicate that there could hardly remain matters not susceptible of regulation at international level.

The recognition of both human rights and the environment as common superior values took place initially by means of non-binding, so-called "soft law" instruments. Indeed, when new values emerge, they need first to be so formulated as to pave the way for future developments in the form of binding instruments. In this respect the evolution in human rights protection has gone further than in environmental protection. At normative level, e.g., treaties with a general scope, such as the U.N. Covenants on Civil and Political, and Economic, Social and Cultural Rights, respectively, as well as the three regional (European, American and African) Conventions on Human Rights were successively adopted, while there is to date no similar world-wide convention imposing everywhere the respect of the environment. Indeed, existing conventions in this field are either world-wide but limited in their subject matter (oceans, international trade in species, ozone layer, transboundary movements of hazardous wastes, etc.), or, even if they cover the whole field of environmental protection, they are else limited in their geographical scope of application (Africa, South-East Asia). It would be desirable if a world-wide Covenant were here achieved as it has been in the field of human rights.

However, a piecemeal approach can also be perceived in the field of human rights. One has here numerous instruments turned to the protection of certain categories of persons, or of individuals in certain conditions or under certain circumstances (e.g., workers, women, children, refugees, stateless persons, discriminated persons or groups, minorities, etc.). However, those instruments are necessarily complementary to the above-mentioned human rights treaties with a general scope. There results, in the two domains of human rights and the environment, a rather complex normative corpus, and rather fragmented one, as international instruments were adopted successively as *responses to the needs of protection*.

At institutional level the distinct rhythms of evolution become even more noticeable. In the field of human rights one has witnessed the establishment of successive international supervisory organs at global and regional levels in the process of generalization of protection. Again this evolution has gone much further here than in the field of the environment. Perhaps this latter could benefit considerably from the experience accumulated in the field of human rights protection in this respect, by establishing adequate institutions and procedures in order to secure the implementation of existing norms.

In so far as the actors are concerned, in the protection of the human person one can find traces of interstate action in earlier antecedents of humanitarian action. In the protection of the environment likewise, traces of a bilateral approach can be found in early transfrontier pollution cases, such as those of *Trail Smelter* (11 March 1941) and *Corfu Channel* (3 April 1949). But soon it became evident that action at a purely interstate level and a strictly bilateral approach were insufficient, if not inappropriate. Hence the emergence of the transsectoral approach in international environmental regulation (with the growth of awareness that pollution problems can move from one side of the frontier to another), and the consequent attention to issues which can affect distinct countries and populations at the same time (e.g., toxic and dangerous, and radioactive, substances or wastes).

All this has been followed by the more recent emergence of *global* environmental issues, such as climate change and biological diversity, pursuant to a universal approach. This has promoted a better understanding of the fact that there is undoubtedly a *common concern of mankind*. As heralded by the UN Charter and the Universal Declaration of Human Rights, the observance of human rights world-wide is likewise a *common concern of mankind*. The interrelatedness of all human rights (civil and political, and economic, social and cultural) is today widely acknowledged pursuant to a global or universal approach.

Another common point is the preventive dimension of both realms of protection. Here the contribution of environmental law is considerable, prompted by the need to avoid irreversible harm or even environmental deterioration which can hardly be remedied. Indeed, the whole of environmental law is in a way preventive in character. This attitude has lately been taken also in the field of human rights protection, as indicated by recent jurisprudence of the two regional (European and Inter-American) Courts of Human Rights.

The convergences and the growth of internationalization of the two domains of protection bring about a problem common to both, namely, that of the needed coordination of so many instruments of protection, both at international and national levels. To the co-ordination of international organs one can add the need for harmonized national legislation and co-ordinated national measures of implementation, in conformity with the provisions of relevant treaties and instruments.

One of the main convergences between the two domains of protection can be found in the new conception of the fundamental rights to life and to health, as comprising negative measures of respect as well as positive measures of promotion and protection. Such fundamental rights lie in fact

as the basis of the rationale of both human rights protection and environmental protection. The right to a healthy environment, as expressly recognized nowadays in the 1988 Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social, Cultural Rights (Article 11) and in the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights (Article 24), expresses the approximation between the two realms of protection. The right to a healthy environment can benefit from the implementation of "pre-existing" rights, just as it in turn can reinforce the implementation of these latter, in this way enriching and helping to develop the *corpus juris* of international human rights law, giving it a wider dimension.

The approximation between human rights protection and environmental protection is further called for by the injustice perpetrated by the grave inequalities of the *conditions of life* among human beings as among nations. This injustice is reflected in, and further aggravated by, environmental degradation. Today, large segments of populations, and in particular the poorer ones, have to endure the evil consequences for human life and human health of living -or rather, surviving- in a polluted environment, often in subhuman or even inhuman conditions. The belts of poverty and misery, surrounding large cities in Latin America and in other regions of the so-called Third World, nowadays are an eloquent and disturbing illustration of this reality. The endeavors towards the recognition and implementation of the right to a healthy environment may have a *democratizing effect*, in that such right may contribute to reduce those inequalities to the extent that it purports to assert and protect the right of *all human beings* -irrespective of socio-economic conditions- to a healthy environment.

But one can go further than that. The right to benefit from a healthy environment in only an aspect -and a rather passive one- of a complex web of multiple legal relationships. Such a right of *jouissance* also discloses some *democratic requirements*, or active aspects. It presupposes, for example, a free and responsible society where everyone has access to information (general as well as specific information), including that which has a direct bearing on environmental conservation. Of paramount importance here are the right of democratic participation as well as the right to effective remedies. Suffice it to recall that it was in the dark times of dictatorships and authoritarian regimes that most harm was done to human rights and the environment.

Sustained and strengthened democracy is a pre-condition for environmental and human rights protection and sustainable development. This latter is the result of the former. Participating democracy constitutes another element of approximation -and a most significant one- between human rights protection and environmental protection. The right of democratic participation entails individual responsibility, it in fact engages the

responsibility of everybody - States as well as individuals and their associations - in the sense of the 1982 World Charter for Nature and of the 1986 U.N. Declaration on the Right to Development.

Moreover, democratic practices cannot be confined within national borders. They must also be followed at international level by all countries in sharing the burdens according to their capacities, as well as by international financial agencies in assuming responsibility to prevent economic recession and unemployment and their negative impact upon economic, social and cultural rights and consequent implications for the environment as a whole. Human rights protection, environmental protection and sustainable development are to be pursued together in order to face and overcome the major challenges of our time.

ANNEX

DRAFT DECLARATION OF PRINCIPLES OF HUMAN RIGHTS AND THE ENVIRONMENT (1994)*

PREAMBLE

Guided by the United Nations Charter, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the Vienna Declaration and Program of Action of the World Conference of Human Rights, and other relevant international human rights instruments,

Guided also by the Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, the World Charter for Nature, the Rio

* On 16-18 May 1994, an international group of experts on human rights and environmental protection convened at the United Nations Office in Geneva and drafted the first-ever declaration of principles on human rights and the environment. The Geneva group of experts met at the invitation of the Sierra Club Legal Defense Fund on behalf of Madame Fatma Zohra Ksentini, special Rapporteur on Human Rights and the Environment for the United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.

The Draft Declaration is the first international instrument that comprehensively addresses the linkage between human rights and the environment. It demonstrates that accepted environmental and human rights principles embody the right of everyone to a secure, healthy and ecologically sound environment. The Draft Declaration describes the environmental dimension of established human rights, such as the rights to life, health and culture. It also describes the procedural rights, such as the right to participation, necessary for realization of the substantive rights. The Draft Declaration also describes duties that correspond to the rights—duties that apply to individuals, governments, international organizations and transnational corporations.

Declaration on Environment and Development, Agenda 21: Programme of Action for Sustainable Development, and other relevant instruments of international environmental law,

Guided also by the Declaration on the Right to Development, which recognizes that the right to development is an essential human right and that the human person is the central subject of development,

Guided further by fundamental principles of international humanitarian law,

Reaffirming the universality, individuality and interdependence of all human rights,

Recognizing that sustainable development links the right to development and the right to a secure, healthy and ecologically sound environment,

Recalling the right of peoples to self-determination by virtue of which they have the right freely to determine their political status and to pursue their economic, social and cultural development,

Deeply concerned by the severe human rights consequences of environmental harm caused by poverty, structural adjustment and debt programmes and by international trade and intellectual property regimes,

Convinced that the potential irreversibility of environmental harm gives rise to special responsibility to prevent such harm,

Concerned that human rights violations lead to environmental degradation and that environmental degradation leads to human rights violations,

The following principles are declared:

PART I

1. Human rights, an ecologically sound environment, sustainable development and peace are interdependent and indivisible.
2. All persons have the right to a secure, healthy and ecologically sound environment. This right and other human rights, including civil, cultural, economic, political and social rights, are universal, interdependent and indivisible.
3. All persons shall be free from any form of discrimination in regard to actions and decisions that affect the environment.

4. All persons have the right to an environment adequate to meet equitably the needs of present generations and that does not impair the rights of future generations to meet equitably their needs.

PART II

5. All persons have the right to freedom from pollution, environmental degradation and activities that adversely affect the environment, threaten life, health, livelihood, well-being or sustainable development within, across or outside national boundaries.
6. All persons have the right to protection and preservation of the air, soil, water, sea-ice, flora and fauna, and the essential processes and areas necessary to maintain biological diversity and ecosystems.
7. All persons have the right to the highest attainable standard of health free from environmental harm.
8. All persons have the right to safe and healthy food and water adequate to their well-being.
9. All persons have the right to a safe and healthy working environment.
10. All persons have the right to adequate housing, land tenure and living conditions in a secure, healthy and ecologically sound environment.
11. All persons have the right not to be evicted from their homes or land for the purpose of, or as a consequence of, decisions or actions affecting the environment, except in emergencies or due to a compelling purpose benefitting society as a whole and not attainable by other means.

All persons have the right to participate effectively in decisions and to negotiate concerning their eviction and the right, if evicted, to timely and adequate restitution, compensation and/or appropriate and sufficient accommodation or land.

12. All persons have the right to timely assistance in the event of natural or technological or other human-caused catastrophes.
13. Everyone has the right to benefit equitably from the conservation and sustainable use of nature and natural resources for cultural, ecological, educational, health, livelihood, recreational, spiritual or other purposes. This includes ecologically sound access to nature.

Everyone has the right to preservation of unique sites, consistent with the fundamental rights of person or groups living in the area.

14. Indigenous peoples have the right to control their lands, territories and natural resources and to maintain their traditional way of life. This includes the right to security in the enjoyment of their means of subsistence.

Indigenous peoples have the right to protection against any action or course of conduct that may result in the destruction or degradation of their territories, including land, air, water, sea-ice, wildlife or other resources.

PART III

15. All persons have the right to information concerning the environment. This includes information, howsoever compiled, on and information necessary to enable effective participation in environmental decision-making. The information shall be timely, clear, understandable and available without undue financial burden to the applicant.
16. All persons have the right to hold and express opinions and to disseminate ideas and information regarding the environment.
17. All persons have the right to environmental and human rights education.
18. All persons have the right to active, free, and meaningful participation in planning and decision-making activities and processes that may have an impact on the environment and development. This includes the right to a prior assessment of the environmental, developmental and human rights consequences of proposed actions.
19. All persons have the right to associate freely and peacefully with others for purposes of protecting the environment or the rights of persons affected by environmental harm.
20. All persons have the right to effective remedies and redress in administrative or judicial proceedings for environmental harm or the threat of such harm.

PART IV

21. All persons, individually and in association with others, have a duty to protect and preserve the environment.

22. All States shall respect and ensure the right to a secure, healthy and ecologically sound environment. Accordingly, they shall adopt the administrative, legislative and other measures necessary to effectively implement the rights in this Declaration.

These measures shall aim at the prevention of environmental harm, at the provision of adequate remedies, and at the sustainable use of natural resources and shall include, *inter alia*,

- collection and dissemination of information concerning the environment;
 - prior assessment and control, licensing, regulation or prohibition of activities and substances potentially harmful to the environment;
 - public participation in environmental decision-making;
 - effective administrative and judicial remedies and redress for environmental harm and the threat of such harm;
 - monitoring, management and equitable sharing of natural resources;
 - measures aimed at ensuring that transnational corporations, wherever they operate, carry out their duties of environmental protection, sustainable development and respect for human rights; and
 - measures aimed at ensuring that the international organizations and agencies to which they belong observe the rights and duties in this Declaration.
23. States and all other parties shall avoid using the environment as a means of war or inflicting significant, long-term or widespread harm of the environment, and shall respect international law providing protection for the environment in times of armed conflict and cooperate in its further development.
24. All international organizations and agencies shall observe the rights and duties in this Declaration.

PART V

25. In implementing the rights and duties in this Declaration, special attention shall be given to vulnerable persons and groups.

26. The rights in this Declaration may be subject only to restrictions provided by law and which are necessary to protect public order, health and the fundamental rights and freedoms of others.
27. All persons are entitled to a social and international order in which the rights in this Declaration can be fully realized.

**International Group of Experts on Human Rights and the Environment
(United Nations Office at Geneva, 16-18 May 1994)**

Members:

Antônio A. Cançado Trindade (Brasilia)
James Cameron (London)
David J. A. Goldberg (Glasgow)
Mario Ibarra (Geneva)
Alexandre C. Kiss (Strasbourg)
Miloon Kothari (New Delhi)
Fatma Zohra Ksentini (Vienna)
Yves Lador (Geneva)
David C. McDonald (Minneapolis)
Meenakshi Raman (Penang)
Dinah Shelton (Budapest)
Anthony Simpson (Sydney)
Myriam Tebourbi (Strasbourg)
Thobeka Thamage (Athlone, South Africa)

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DETENCIÓN PREVENTIVA*

Douglass Cassel

*Director Ejecutivo, Instituto Internacional de los Derechos Humanos
Facultad de Derecho, Universidad DePaul Chicago, Estados Unidos de América*

Quisiera abordar los tres temas siguientes: primero, un marco teórico; segundo, los requisitos principales de los tratados internacionales aplicables a la detención preventiva; y tercera, una inquietud en cuanto a unos nuevos códigos y proyectos de reforma en varios países de la región.

I. MARCO TEÓRICO

Tal como bien lo expresó ayer el Magistrado Daniel González Álvarez de la Corte Suprema de Costa Rica, en la problemática de la detención preventiva están en juego dos intereses divergentes. Por un lado, hay la demanda del público para seguridad frente a la delincuencia, y el deber correspondiente del Estado de proporcionarla. Por otro lado, hay libertades fundamentales de cada persona acusada de delito, las cuales son destinadas a minimizar el riesgo de que un inocente sea condenado y castigado, y a garantizar un nivel mínimo de humanidad en el trato de todo imputado, sea o no culpable.

Como agregó el Señor Magistrado, esta divergencia no quiere decir que los dos intereses necesariamente estén en conflicto irremediable. Sí quiere decir que cualquier sistema de Derecho Procesal Penal tiene que acomodar a los dos conjuntos de intereses.

Si se logra castigar sin respetar a los Derechos Humanos, el sistema viola no solamente unos requisitos procesales técnicos sino unos valores

* Ponencia en la CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE PRISION PREVENTIVA, San José, Costa Rica - 29 de agosto de 1995.

humanos que son fundamentales y, si bien no universales, al menos son ampliamente compartidos. Si aceptamos, por ejemplo, el encarcelamiento prolongado en condiciones subhumanas de una persona, cuando ni siquiera haya sido fehacientemente comprobado su culpabilidad de un delito, cabe preguntarnos, ¿Quiénes somos, y quiénes queremos ser?

Por otro lado hay el interés del público en la seguridad contra la delincuencia. Si diseñamos un buen sistema de Derecho Procesal Penal que respeta plenamente a los Derechos de los imputados, pero que no garantiza en medida razonable la seguridad del público, ni los ciudadanos ni los gobernantes lo aguantarán. Tarde o temprano, el público logrará el rechazo de tal sistema. Es decir, un sistema de Derecho Procesal Penal que no se preocupa por combatir de manera eficaz la delincuencia, no es nada más que una especie de suicidio institucional.

Por lo tanto, el punto de vista de la protección de los Derechos Humanos no implica una preocupación solo por un lado. Hay que tomar en cuenta los dos conjuntos de intereses.

Esto sí se refleja en el paradigma –el modelo paradigmático– del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este modelo busca un Estado de Derecho, en que las normas, los procesos y las instituciones del Derecho Procesal Penal sirven tanto para promover la investigación y sanción eficiente del delito, como para proteger al individuo que se encuentra bajo sospecha o acusación de delincuencia.

En materia de Proceso Penal, el Estado de Derecho contempla lo siguiente:

1. Que el Estado debida y previamente investigue y procese, y luego sancione, los delitos.
2. Que el Estado destine, y pueda destinar, los recursos económicos necesarios como para cumplir con esta misión fundamental de la Administración de Justicia.

Esto no es ni fácil ni barato. Para que funcione el modelo paradigmático, se necesitan investigadores capacitados, competentes y con las medidas necesarias para buscar y hallar la verdad. Se necesitan juzgadores también capacitados y competentes, y de alta calidad moral e intelectual. Se necesitan abogados competentes por las dos partes. E instalaciones físicas, personal de apoyo, etc.

En otras palabras, en términos económicos, cuesta mucho cumplir con el modelo para llevar a cabo una investigación real, seria y profesional, y un juicio justo y adecuado.

3. El modelo paradigmático insiste además en una amplia gama de Derechos para el procesado, y que sean cuidadosamente respetados.

Esto cuesta aún más.

4. Y finalmente, el modelo reconoce que aún un sistema bien diseñado tendrá errores. Por eso se necesitan mecanismos de control, tanto al nivel nacional, los cuales son prioritarios a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como al plano internacional, los cuales son subsidarios. Así, otra vez más, se agregan costos adicionales.

¿Qué pasa entonces si el Estado, en la realidad, no tiene los recursos, o no tiene la voluntad política como para asignar los recursos, para una Administración de Justicia que intenta satisfacer este modelo paradigmático?

Se utiliza, pues, un modelo alternativo.¹ Este modelo muy poco tiene que ver con el Estado de Derecho. En este modelo, se responde a la demanda pública para la seguridad, por medio de detener a alguien no importa si sea culpable o no, encarcelarlo durante meses o años sin juicio previo y efectivamente sin ningún derecho, siempre en condiciones por las cuales el Estado paga menos de lo mínimo necesario para mantener condiciones humanas; para, al fin, en la mayoría de los casos dejarlo con libertad, o bien absuelto, o bien condenado pero ya lo suficientemente castigado antes del juicio.

Este modelo —que constituye la triste realidad en diversos países— efectivamente evade casi la totalidad de los Derechos Humanos en materia penal. En ello no hay real debido proceso legal, ni derecho a defensa, ni mucho menos presunción de inocencia, ni respeto al principio de la legalidad. Este modelo sustituyente sirve para castigar, pero no para respetar a los Derechos. Es como un desvío, una carretera de circunvalación, que ni siquiera toca a la capital de los Derechos Humanos. Es un modelo no digno de la humanidad.

En este marco teórico, la problemática de la detención preventiva no es solamente violatoria de tal o cual requisito del Pacto de San José, sino que refleja una evasión, si no total, al menos amplio y profundo, del conjunto de los derechos consagrados en el Pacto. Es un modelo alternativo, ajeno al

1 Aunque en la realidad contemporánea el modelo tiene efectos —y hasta motivos— económicos, sus raíces son antiguas, y tienen que ver con factores ideológicos, doctrinarios y culturales. Véase, por ejemplo, José Artiga Sandoval, *Notas de Derecho Procesal Moderno*, Ediciones Ultimo Decenio, Ministerio de Justicia, San Salvador 1995, capítulos 1, 2 y 3. Sin embargo, ha resultado conveniente para el presupuesto público de varios Estados hoy en día seguir con este modelo obsoleto.

modelo paradigmático que es implícito en el Derecho Internacional en materia de los Derechos Humanos.

II. REQUISITOS DE LOS PACTOS APLICABLES

Sin embargo, cabe señalar y comentar algunos de los requisitos específicos violados por los sistemas que utilizan la detención preventiva para sustituirles a una verdadera Administración de Justicia.

En las Américas los dos pactos principales aplicables son la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José, un tratado de la Organización de los Estados Americanos;² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, un tratado de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante "el Pacto de la ONU").³

Todos los países aquí representados han ratificado los dos pactos con la excepción lamentable de los Estados Unidos, que han ratificado el pacto de la ONU, pero no la Convención Americana. Más aún, Centroamérica, con México y Brasil, son Estados Partes de los dos pactos.

Faltando tiempo para tratar de todos los Derechos afectados por la práctica de la detención preventiva, voy a enfocarme en las disposiciones de los dos pactos –Artículo 7 de la Convención Americana y Artículo 9 del Pacto de la ONU– que consagran el Derecho a la libertad física de la persona.

Los dos artículos son muy relacionados. Su texto es muy similar, hasta con varias frases idénticas. Esto no es de sorprender. La Convención Americana fue negociada en San José en 1969. Su borrador principal fue el texto elaborado por el Comité Jurídico Interamericano en 1959. Este último, a su vez, tomó como antecedente principal el borrador del Pacto de la ONU, elaborado a principios de los años cincuentas, por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

Sin embargo, hay diferencias entre los dos artículos. Por ejemplo el Artículo 9 del Pacto de la ONU dispone que la detención preventiva no debe de ser la regla general, sino excepción. También dispone que hay derecho

2 Hecha en San José, 22 de noviembre de 1969. Entró en vigencia, 18 de julio de 1978. O.E.A. Serie de Tratados No. 36, O.E.A./Ser. L/V/II.23 doc. 21 rev. 6 (1979).

3 Hecho en Nueva York, 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia, 23 de marzo de 1976. U.N.G.A. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/ (1967).

a reparación para cualquier persona ilegalmente detenida. La Convención Americana no contiene ni la una ni la otra. ¿Cómo debe interpretarse estas u otras discrepancias?

Para un Tribunal nacional facultado para dar aplicación a tratados vigentes en su régimen jurídico interno, no resulta ningún problema serio. El Artículo 29.b de la Convención Americana, en cuanto a "Normas de Interpretación", dispone lo siguiente:

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

.....

"b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados."

Interpretando este artículo en su Opinión Consultiva OC-5/85, párrafo 52, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos aclaró que "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana."

Por lo tanto, un Tribunal nacional debe aplicar el conjunto de los derechos consagrados en los dos pactos, siempre utilizando la norma más favorable al detenido.

Si se analiza este conjunto de derechos que se garantiza en el Artículo 7 de la Convención Americana y en el Artículo 9 del Pacto de la ONU, se pueden identificar los siguientes doce requisitos para que la detención preventiva respete el derecho de libertad personal. En su conjunto, estos requisitos facultan a Tribunales con una amplia gama de criterios jurídicos como para mantener un control judicial eficaz de la detención preventiva.

Los doce requisitos son los siguientes:

1. **Garantizar Libertad.** Toda persona tiene derecho a la libertad (CA 7.1, ONU 9.1). Cuando se lee en combinación con el deber positivo del Estado, según el Artículo 1.1 de la Convención Americana, de "garantizar" el goce efectivo de los derechos, esta primera disposición va mucho más allá de lo retórico.

El Artículo 1.1 establece que, los "Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a

garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona..." Esto implica que el Estado tiene el deber no solamente de no violar ("respetar") los derechos, sino tomar medidas positivas para protegerlos ("garantizar").

Más aún, tal como fue decidido por la Corte Interamericana en su sentencia en el caso *Velázquez-Rodríguez* (1988), párrafo 166, "Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención..."

Esta obligación "no se agota con la existencia de un orden normativo..., sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía..." *Id.* párr. 167.

Además, "El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito..."

En el campo de la detención preventiva, este deber positivo del Estado de garantizar el derecho a la libertad personal implica, por lo menos, el deber de informarse acerca de las medidas eficaces que se están tomando en otros países; en Costa Rica, por ejemplo, tal como se ha informado en esta conferencia, y de ponerlas en la práctica, en la medida que sean factibles y adaptables a la realidad concreta de un país determinado.⁴

En otras palabras, tales medidas no son solamente prudenciales, o aspectos de una buena política de Administración de Justicia, sino que pueden ser esenciales para el cumplimiento de los compromisos del Estado de acuerdo con la Convención Americana.

2. Causas. Nadie puede ser sometido a la detención preventiva salvo por las **causas** fijadas por las Constituciones y las leyes dictadas conforme a ellas (CA 7.2, ONU 9.1).

4 Véase, por ejemplo, "La Prisión Preventiva y su Utilización en el Proceso Penal", Luis Paulino Mora Mora y Daniel González Álvarez, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, monografía para la Conferencia Internacional Sobre Prisión Preventiva, San José, Costa Rica, agosto de 1995.

3. Condiciones y Procedimientos. Nadie puede ser sometido a la detención preventiva salvo en las condiciones (CA 7.2) y con arreglo al procedimiento (ONU 9.1) establecidos por las mismas Constituciones y leyes.

Con respecto a este requisito y el anterior, la Corte Interamericana se pronunció en su sentencia en el caso *Gangaram Panday* (1994). En este caso, la Corte falló que una detención efectuada por agentes del Estado de Suriname fue ilegal, por violar las propias leyes de Suriname, y ordenó el pago de una indemnización compensatoria de \$10,000 a los familiares.⁵

En el párrafo 47 de la sentencia, la Corte explicó que estas prohibiciones de detención ilegal, en el Artículo 7.2 de la Convención Americana, significan que "nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)."

Estas disposiciones efectivamente elevan cualquier violación de ley nacional sobre detención preventiva –sea elemento formal o material– al nivel de una violación internacional. Tal y como es la importancia del Derecho a la libertad personal.

Las violaciones de las leyes nacionales en cuanto a detención preventiva también constituyen violaciones del Pacto de la ONU. Así lo ha resuelto el Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano competente para interpretar el Pacto, y también para tramitar denuncias de violaciones en caso de que sean en contra de Estados que hayan aceptado su competencia. En el caso de *Bolaños v. Ecuador* (1989),⁶ el Comité observó que la violación del plazo procesal de derecho interno de Ecuador, de 60 días para iniciar la acusación formal, también constituye una violación del Artículo 9 del Pacto de la ONU.

4. Arbitrariedad. Nadie puede ser sometido a una detención preventiva arbitraria (CA 7.0, ONU, 9.1) No basta, pues, que la detención cumpla con las leyes nacionales, sino que también tiene que cumplir con el criterio internacional de que no sea arbitraria.

5 El detenido en *Gangaram* fue encontrado sin vida en el lugar de detención. Por una mayoría de 4 a 3, los jueces de la Corte Interamericana decidieron no responsabilizar al Estado de Suriname por su muerte. Véase párrafos 57-62 de la sentencia, y el voto disidente de los jueces Picado Sotela, Aguiar-Aranguren, y Caçado Trindade.

6 Comunicación No. 238/1987, Observaciones de 26 de julio de 1989, párr. 2.1, 9.

En *Gangaram Panday*, párrafo 47, la Corte Interamericana explicó que este criterio prohíbe detenciones "por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltas de proporcionalidad."

Entre tales "otras cosas" según el Comité de la ONU, son lo inapropiado, lo injusto y violaciones del debido proceso de ley.

Ver las resoluciones del Comité en los casos *Van Alphen v. Los Países Bajos* (1990)⁷ y *Mukong v. Camerún* (1994).⁸

Además, el Comité ha resuelto que la detención preventiva tiene que ser no solamente **razonable** en todas las circunstancias (*van Alphen*, párr. 5.8) sino también **necesario** en todas las circunstancias (*Mukong*, párr. 9.8) Es de destacar que en el caso de *Oló Bahamonde v. Guinea Ecuatorial* (1993),⁹ el Comité resolvió que una detención preventiva por razón de disidencia política fue arbitraria.

5. Informe de Razones. La persona detenida tiene derecho de ser informada (CA 7.4), hasta en el momento de su detención (ONU 9.2), de las razones de la misma.

6. Informe de Cargos. Además, tiene derecho de ser notificada, sin demora, del cargo formulado en su contra.

7. Juez. Y tiene derecho a ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (CA 7.5, ONU 9.3).

7 Comunicación No. 305/1988, Observaciones de 23 de julio de 1990, párr. 5.8 En este caso, el Comité opinó que mantenerle detenido a un abogado quien se negó a revelar información confidencial de un cliente, aun cuando el cliente consentía a la divulgación de tal información, no fue razonable y, por eso, fue arbitrario.

8 Comunicación No. 458/1991, Observaciones de 10 de agosto de 1994, párr. 9.8.

9 Comunicación No. 468/1991, Observaciones de 10 de noviembre de 1993, párr. 9.1, 9.5.

10 Véase *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por órganos de Derechos Humanos Creados en Virtud de Tratados*, Naciones Unidas, doc. HRI/GEN/1, 4 de septiembre de 1992, p.9, párr.2.

11 Comunicación No. 277/1988, Observaciones de 26 de marzo de 1992, párr. 5.3

En su Observación General No. 8,¹⁰ el Comité de la ONU opina que esta demora no debe de exceder "unos pocos días." El Comité resolvió, en el caso *Terán Jijón v. Ecuador* (1992),¹¹ que una demora de 5 días de detención incomunicada fue violatoria de este requisito, y en el caso de *Fillastre v. Bolivia* (1991),¹² que una demora de 10 días fue violatoria.

8. Juicio Pronto. La persona detenida preventivamente también tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad (ONU 9.3), sin perjuicio de que continúe el proceso (CA 7.5).

La Corte Interamericana no ha tenido oportunidad para pronunciarse sobre la cuestión de la duración permisible de un plazo "razonable." El Comité ha expresado en su Observación General No. 8, *supra*, párr. 3, que la prisión preventiva debe ser "lo más breve posible."

En varios casos, el Comité ha opinado que demoras de, por ejemplo, 31 meses (*Chiiko v. Zambia*, 1993),¹³ o de cuatro años (*Fillastre, supra*, párr. 6.5), no fueron razonables en las circunstancias. Mientras que esos plazos excedan por mucho los plazos límites propuestos o vigentes en varias reformas o proyectos de reforma en América Latina, no excedan las demoras que sufren a menudo en varios países del continente.¹⁴

También es importante que el Comité haya señalado que la apreciación de los plazos depende de los hechos de cada caso, e identificando algunos factores que sí son permisibles como para justificar demoras, y otros que no. Por ejemplo, se puede tomar en cuenta la complejidad de la investigación o falta de ella (*Fillastre, supra*, párr. 6.5 y 6.6) y la participación de la defensa en causar demoras. *Koné v. Senegal* (1994).¹⁵

Por otro lado, las demoras en juzgar al detenido no se justifican por el hecho de que la investigación se hace por escrito, o por limitaciones presupuestarias (*Fillastre, supra*, párr. 6.5).

9. Detención Excepcional. De todos modos, la detención no debe de ser la regla general (ONU 9.3), sino la excepción. Según datos recientes, el

12 Comunicación No. 336/1988, Observaciones de 5 de noviembre de 1991, párr. 6.4.

13 Comunicación No. 314/1988, Observaciones de 14 de julio de 1993, párr. 6.3.

14 Por ejemplo, durante la Conferencia Internacional Sobre Prisión Preventiva en San José, Costa Rica, en agosto de 1995, un participante de Bolivia observó que el promedio de demora en ese país puede ser de unos 4 años y 8 meses.

15 Comunicación No. 386/1989, Observaciones de 27 de octubre de 1994, párr. 8.7.

cumplimiento con este requisito es dudoso en varios países del continente, por ejemplo Uruguay, donde 85% de los presos no han sido condenados, tanto como Honduras (83%), Panamá (79%), El Salvador (77%), Ecuador (67%), Perú (67%), Argentina (Prov. de Buenos Aires) (66%), Chile (59%), entre otros.¹⁶

10. **Recurso.** Toda persona detenida tiene el derecho adicional de recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida sin demora (CA 7.6), y a la brevedad posible (ONU 9.4), sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si fuera ilegal.

11. **Deudas.** Nadie puede ser detenido por deudas (CA 7.7) (con excepción no relevante). De este principio podría surgir un argumento de que mantenerle detenido preventivamente a una persona porque no tiene con qué pagar una fianza violara la Convención Americana.

12. **Reparación.** Finalmente, toda persona detenida ilegalmente tiene derecho efectivo a obtener reparación (ONU 9.5).

Cabe recordarse que estos doce requisitos, que se consagran en los Artículos de los Pactos sobre el Derecho de libertad personal, no son los únicos derechos que pueden aplicarse a la situación de personas que se encuentran en detención preventiva. Están fuera del alcance de este breve análisis, por ejemplo, los derechos de los procesados de estar separados de los condenados y de recibir un tratamiento distinto y adecuado a su condición de no ser condenados (CA 5.4, Pacto ONU 10.2.a); de no ser sujetos a tratos crueles, inhumanos o degradantes (CA 5.1 Pacto ONU 7); de beneficiarse de la presunción de inocencia (CA 8.2, Pacto ONU 14.2); y de ser juzgados sin dilaciones indebidas (Pacto ONU 14.3.c).

III. REFORMAS Y PROYECTOS DE REFORMA

Finalmente, mientras que aplaudo los diversos códigos reformistas y proyectos de reforma de los códigos procesales penales en materia de la prisión preventiva en América Latina, quisiera señalar una cuestión relacionada con ellos.

16 "El Estado Actual de la Prisión Preventiva en América Latina" Elías Carranza, Proyecto Sistema Penal y Derechos Humanos, ILANUD / Comisión Europea, agosto 1995, monografía para la Conferencia Internacional Sobre Prisión Preventiva, San José, Costa Rica, p. 4, cuadro I. Es de destacar que los datos son de distintos años entre 1991 y 1995, según el país, y pueden haber habido mejoramientos en algunos países desde la fecha de los datos.

Típicamente disponen que la prisión preventiva se permite únicamente cuando hay elementos de prueba suficientes para sostener que el imputado es el probable participante en un hecho delictivo y, además, que hay peligro de fuga o de obstaculización de la investigación.¹⁷

Es decir, no se permite que se considere el posible peligro que un acusado puede presentar a la comunidad o a un individuo determinado. Por contraste, en los Estados Unidos de América, a partir de 1970 con el código del Distrito de Columbia, y actualmente en el código federal y en los códigos de unos 34 de los 50 estados, se permite tomar en cuenta el posible peligro, como un factor en la decisión de detener preventivamente o no.¹⁸ Además, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha fallado que la detención preventiva por tal razón no viola la Constitución. *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987).

No pretendo pronunciarme sobre esta cuestión. Fácilmente el permitir que el posible peligro se tome en cuenta, se convierte en una justificación para que continúen los abusos de la detención preventiva excesiva. Por otro lado, cabe preguntarse si no existe ningún caso en lo cual sería legítimo tomar en cuenta este factor. Y si se debe abrir la puerta, y si hay manera de hacerlo sin invitar a abusos.

Lo que sí sugiero es que estas cuestiones merecen estudio y consideración. No deben resolverse por dejarlos al lado.

17 Véase, por ejemplo, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, artículo 202.

18 Véase Pretrial Services Resource Center "El Proceso de Toma de Decisiones de la Liberación antes del Juicio: Metas, Políticas Actuales y Retos," Washington, D.C., marzo de 1995, borrador para la Conferencia Internacional Sobre Prisión Preventiva, San José, Costa Rica, agosto de 1995, p. 4, nota a pie 6.

A SINGLE COURT OF HUMAN RIGHTS IN STRASBOURG

Andrew Drzemczewski

Directorate of Human Rights, Council of Europe

Introduction

Protocol No. 11, signed by all the Council of Europe member States and already ratified by thirteen of them (Bulgaria, Czech Republic, Cyprus, Hungary, Iceland, Lithuania, Malta, Norway, Slovakia, Slovenia, Sweden, Switzerland and the United Kingdom), establishes a full-time, single court to replace the Convention's present monitoring machinery. It will enter into force one year after all State Parties to the Convention have ratified it.

This text, opened for signature on 11 May 1994, constitutes the first concrete result of the decisions taken by the Council of Europe's Heads of State and Government at their summit meeting in Vienna on 8 and 9 October 1993.

Main aspects of the reform

1. The present part-time monitoring institutions, namely the European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights, will cease to exist. A new European Court of Human Rights, operating full-time, will be set up in Strasbourg.
2. The system will be streamlined and, above all, all applicants will have direct access to the new Court.

Any cases that are clearly unfounded will be sifted out of the system at an early stage by a unanimous decision of the Court, sitting as a three-judge committee (they will therefore be declared inadmissible). In the large majority of cases, the Court will sit as a seven-judge Chamber. Only in exceptional cases will the Court, sitting as a Grand Chamber of

17 judges, decide on the most important issues. The President of the Court and the presidents of Chambers will always be able to sit in the Grand Chamber so as to ensure consistency and uniformity of the main case-law. Whichever judge is elected in respect of the State Party involved in the case will also sit in the Grand Chamber in order to ensure a proper understanding of the legal system under consideration.

3. All allegations of violations of individual's rights will be referred to the Court; the Committee of Ministers will no longer have jurisdiction to decide on the merits of these cases, though it will retain its important role of monitoring the enforcement of the Court's judgments.
4. The right of individual petition will be mandatory and the Court will have jurisdiction over all inter-State cases.

Operation of the new procedure

As under the present system, individual applications and inter-State applications will exist side by side. As the Secretariat of the Commission does at present, the registry of the Court will establish all necessary contacts with the applicants and, if necessary, request further information.

Then, the application will be registered by a Chamber of the Court and assigned to a judge-rapporteur. The judge-rapporteur may refer the application to a three-judge committee, which may include the judge-rapporteur. The Committee may, by a unanimous decision, declare the application inadmissible; the decision will be final.

When the judge-rapporteur considers that the application raises a question of principle and is not inadmissible or when the Committee is not unanimous in rejecting the complaint, the application will be examined by the Chamber. (This procedure matches the system currently in force before the Commission.)

A Chamber, composed of seven judges, will decide on the merits of an application and, if necessary, its competence to adjudicate the case. The judge-rapporteur will prepare the case-file and establish contact with the parties. The parties will then submit their observations in writing. A hearing may take place before the Chamber. The Chamber will also place itself at the parties disposal with a view to a friendly settlement. If no friendly settlement can be reached, the Chamber will deliver its judgment.

The Chamber may decide *proprio motu* to refer a case to the Grand Chamber when it intends not to follow the Court's previous case-law or

when a question of principle is involved. This procedure may be adopted on condition that none of the parties objects to it (see new Article 30 of the ECHR).

Once the judgment has been delivered, the parties will have three months to request that the case be referred to the Grand Chamber. However, this procedure will be restricted to exceptional instances, i.e. when a case raises a serious question concerning the interpretation or application of the Convention and its Protocols or a matter of general interest. A panel of five judges of the Grand Chamber will determine whether the request for a re-hearing is admissible (new Article 43 of the ECHR).

The Chamber's judgment will become final when there is no further possibility of a referral to the Grand Chamber. The Grand Chamber's judgment will be final and, as at present, binding in international law. As under the current system, the Committee of Ministers will supervise the execution of the Court's judgment.

Transitional arrangements

The Protocol, in Articles 4 and 5, regulates the transition from the present to the new system. As Protocol No. 11 is an amending protocol, all Parties to the Convention must express their consent for the text to become mandatory. It will come into force one year after the final ratification.

However, as specified by Article 4, the election of new judges and other preparatory steps will have to take place immediately after the last ratification.

Conclusions

Revision of the Convention was necessitated by the increase in the number of applications, their growing complexity and the widening of the Council of Europe's membership. The Convention was designed for 10 or 12 member States, and it is quite simply impossible for the present monitoring arrangements to work effectively with the expected 35 or 40 States Parties. Revision of the monitoring machinery was therefore essential to strengthen its efficiency.

In brief, the new system should, in particular:

- make the machinery more accessible to individuals;
- speed up the procedure and
- make for greater efficiency.

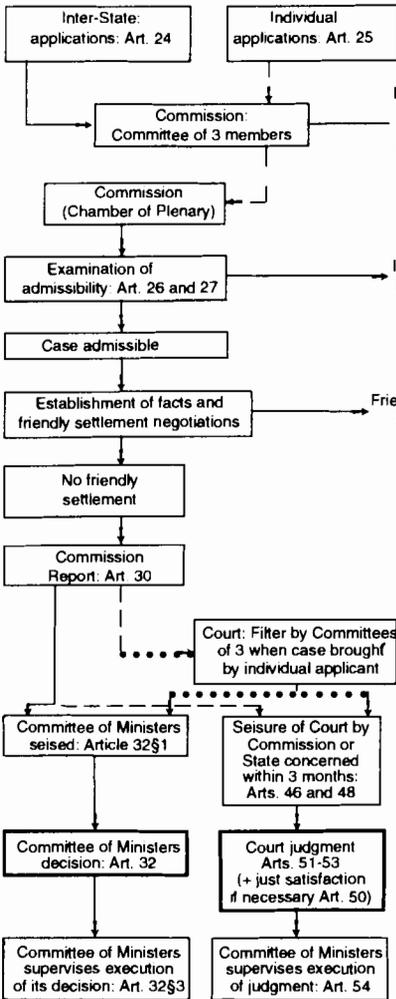
For further details, consult:

- Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Explanatory Report (Council of Europe Press, 1994, ISBN 92-871-2482-5);
- Vol. 15 Human Rights Law Journal (N.P. Engel, Publisher, 1994), pp. 81-115.

THE LOW ECHR CONTROL MECHANISM + LOW CHART:

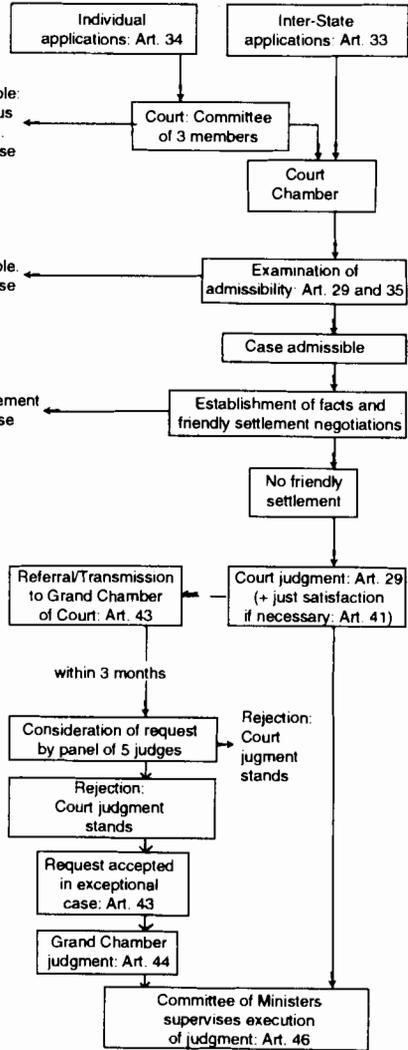
PRESENT CONTROL MECHANISM

[Two distinct procedural stages before part-time Commission and then before part-time Court on Committee of Ministers]



FUTURE CONTROL MECHANISM:

[Full time Court]

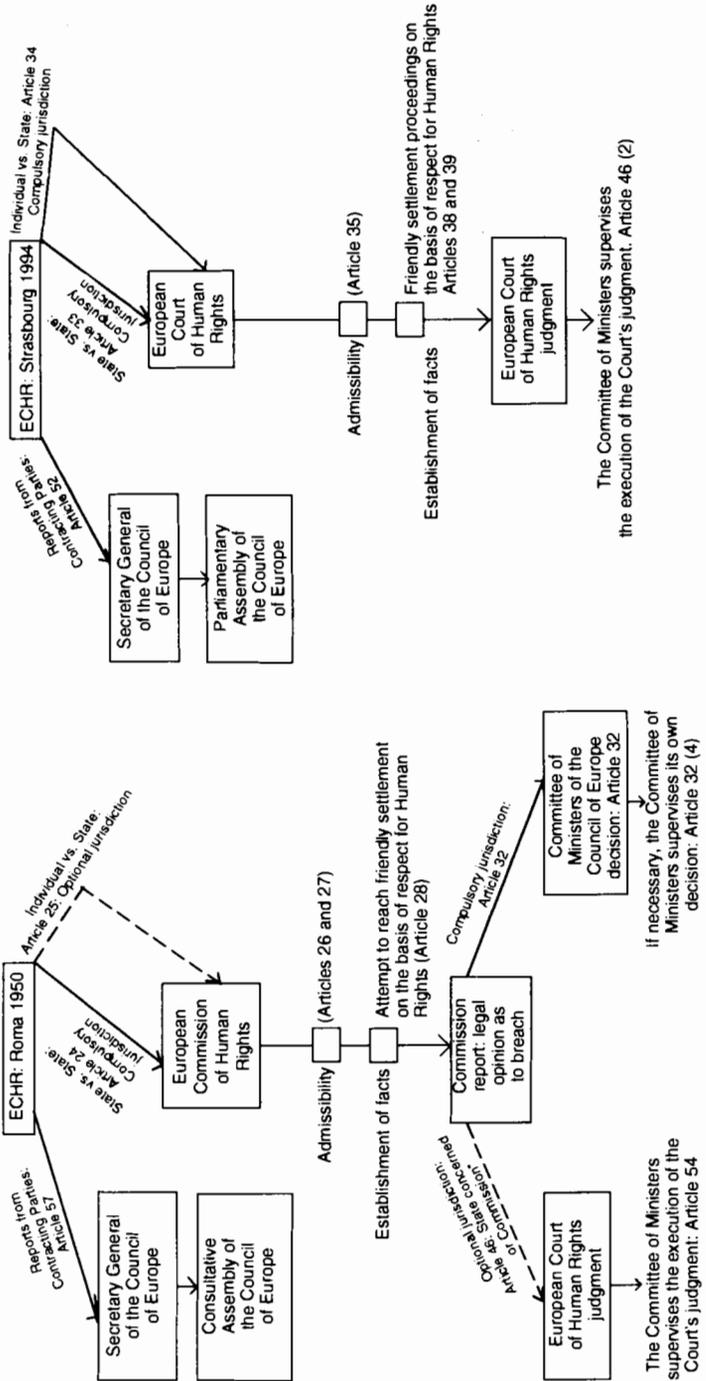


Key: - - - - - optional jurisdiction
 _____ compulsory jurisdiction
 optional procedure: protocol N°9 in force since 1.10.94

COMPARATIVE SCHEMA OF THE IMPLEMENTATION MACHINERY OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (ECHR)

PRESENT CONTROL MECHANISM

FUTURE CONTROL MECHANISM



KEY: — Compulsory jurisdiction
 - - - Optional jurisdiction
 * Individual applicant with respect to States which have ratified Protocol Nº 11

LA ADOPCIÓN POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, EN 1966, DE LOS DOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DEL PROTOCOLO FACULTATIVO AL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: RECUERDOS Y REFLEXIONES

Héctor Gros Espiell

*Delegado del Uruguay a la XXI Sesión de la Asamblea General de las
Naciones Unidas (1966)*

Ex-Miembro de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Ex-Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ex-Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay

1) Escribo estas páginas en 1995, a veintinueve años de la adopción, en 1966, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos y del Protocolo Facultativo al de Derechos Civiles y Políticos.

Lo hago basándome exclusivamente en mi memoria. Las notas que tomé durante las reuniones, las actas resumidas de la 3a. Comisión en las que constan mis intervenciones, las instrucciones dadas a la Delegación uruguaya a la XXI sesión de la Asamblea General, el acta de la Asamblea General del 16 de diciembre de 1966, en la que incluye el discurso que pronuncié ese día en el Plenario y el informe de la Delegación del Uruguay que actuó en la Comisión de Asuntos Sociales y Humanitarios de la Asamblea General y el informe de la relatora de esas Comisión, la Sra. Ponce de León, de Colombia, están en mi archivo que dejé en Montevideo.

Hoy, desempeñando la Embajada del Uruguay en Francia y la Delegación Permanente ante la UNESCO, luego de haber sido, después de 1966, representante del Uruguay en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, relator especial, enviado especial y experto de la misma sobre los casos de Bolivia y Guatemala, Miembro de la Sub-Comisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, Relator Especial sobre el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos, Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Ministro de Relaciones Exteriores, estimo que además de los recuerdos, puede tener interés una reflexión, a la luz de lo vivido en estas casi tres décadas, sobre el significado de la adopción de los Pactos y la incidencia de este hecho en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la realidad de los mismos.

2. Yo tuve a mi cargo la representación del Uruguay, en cuanto integrante de la Delegación de la República, en la Asamblea General de 1966, en todo lo relativo al tema de los Derechos Humanos, tanto en la 3a. Comisión como en el Plenario de la Asamblea.

Al comienzo de las sesiones de la 3a. Comisión, en septiembre de 1966, antes de que se iniciara la discusión del ítem relativo a los Pactos de Derechos Humanos, participó en las reuniones de la Comisión el Profesor Enrique Rodríguez Fabregat, ex Delegado Permanente del Uruguay ante las Naciones Unidas e integrante de la delegación al período de sesiones de 1966. Pero desde el momento que empezó la consideración de los proyectos de Pactos, hasta su adopción, participé sólo yo, contando con la colaboración, como secretaria, de la Sra. Graciella Ponce de León de Catarozzi.

La Srta. Graciella Dubra, que iniciaba entonces su carrera diplomática, y que luego fue mi adjunta en la Sub-Comisión y en la Comisión, trabajó también conmigo en la Asamblea General de 1966.

3. Las instrucciones a la Delegación del Uruguay a la XXI Asamblea General en lo que respecta a este ítem, indicaban solamente que debía actuarse en forma de impulsar el rápido fin de la consideración de los proyectos de Pactos en la 3a. Comisión, de forma de adelantar en lo posible su adopción final, actuando según la tradición de la República en la materia ⁽¹⁾. Se habría de bregar por un eficaz sistema de aplicación. Eran genéricas y flexibles. Precisaban que debería lucharse para proscribir la pena de muerte. Imposible en 1966, esto se logró con el 2do. Protocolo Facultativo adoptado por Asamblea General el 15 de diciembre de 1989.

(1) Héctor Gros Espiell. "El Uruguay y la Protección Internacional de los Derechos Humanos", en *De Diplomacia e Historia*, Montevideo 1989, pág. 147-167.

Yo mismo había trabajado en la preparación de las instrucciones ya que desde 1964, luego de haber sido Subsecretario de Relaciones Exteriores en 1963 y a partir del 64 había sido designado Embajador y desempeñaba la Consultoría Diplomática de la Cancillería uruguaya. Actuaba en estas funciones cuando fui designado para integrar la Delegación a la Asamblea General de 1966, cuya presidencia ejercía el Delegado Permanente ante las Naciones Unidas, Embajador Pedro Berro, y que estaba formada por mí, por el Dr. Héctor Payssé Reyes, por el Dr. Carlos María Larghero, por el Embajador Enrique Rodríguez Fabregat, por el Prof. Hugo Fernández Artucci y por el Delegado Alterno Sr. Mateo Márquez Seré.

4. La Consideración de los Pactos en 1966 comenzó sin esperanzas ni optimismo.

Los proyectos de Pactos estaban discutidos desde poco después de la adopción de la Declaración. En diecisiete años, en la Comisión de Derechos Humanos primero y en la 3a. Comisión de la Asamblea después, se había avanzado mucho. Prácticamente se había finalizado lo relativo a los derechos que serían enumerados, al contenido y a la forma de su tipificación, a la obligación de los Estados partes de respetarlos y garantizarlos y a su clasificación y división en dos partes: una de derechos civiles y políticos y otra de derechos económicos, sociales y culturales.

Varias resoluciones de la Asamblea General, en los años anteriores a 1965 habían ido pautando e impulsando el proceso de redacción de los Pactos.

Pero en 1966, al iniciarse el XXI Período de Sesiones de la Asamblea General, no se sabía si habría voluntad política de concluir y existía un gran pesimismo en cuanto a si sería posible culminar la tarea. Faltaba revisar globalmente la obra ya cumplida, actualizándola y quedaba por decidir todo lo relativo al sistema de aplicación del o de los dos Pactos, es decir el punto esencial de cómo se establecería la forma de asegurar el respeto y de garantizar el cumplimiento de los deberes que, en materia de derechos humanos, los Estados se obligarían convencionalmente a cumplir.

Pero faltaba, además, lo esencial y primario.

No se sabía a mediados de 1966 si los Estados tendrían la voluntad política de adoptar, finalmente, un sistema convencionalmente obligatorio que asegurara el respeto internacional de los derechos humanos.

No hay que olvidar que en 1966 la división Este-Oeste y la confrontación entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, y entre la democracia

occidental y la concepción comunista del Estado y de la Sociedad Internacional, estaba en su apogeo.

No hay que olvidar que en 1966, al comienzo del fin del proceso de descolonización, los nuevos Estados que habían ingresado recientemente a las Naciones Unidas estaban más preocupados por afirmar su independencia y asegurar su desarrollo económico, que en obligarse sobre el respeto de los derechos humanos, en especial de los civiles y políticos.

No hay que olvidar en 1966 no se había logrado aún, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, una tendencia clara y afirmativa en cuanto a que la persona humana era sujeto de Derecho Internacional ni en cuanto a que los Derechos Humanos no podían ser una materia reservada a la jurisdicción interna, reducto inviolable de la soberanía nacional.

No hay que olvidar que en 1966 no se había superado aún la dicotomía excluyente entre el universalismo y el regionalismo en cuanto a la protección internacional de los Derechos Humanos y que los Estados de Europa Occidental, ligados ya por la Convención Europea de Derechos y Libertades fundamentales de 1950 no estaban plenamente convencidos aún de la compatibilidad de ésta, –o en todo caso de la conveniencia de la coexistencia– con un sistema de protección universal por las Naciones Unidas.

No hay que olvidar que en 1966 no se había afirmado la interpretación de la Declaración de 1948 en cuanto a que de ella emanaban obligaciones jurídicas para los Estados y no solo –como se pensó en los primeros años– pautas políticas y éticas, no jurídicamente vinculantes. Solo después de la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán en 1968, se aceptó internacionalmente el criterio de la obligatoriedad del respeto de la Declaración Universal.

Y finalmente hay que recordar, que en muchos regímenes del Mundo la democracia estaba lejos de ser aceptada y afirmada. En Europa misma subsistía en España el régimen autoritario de Franco, en Portugal no se había iniciado el proceso democrático luego del fin de Salazar. En Grecia faltaba poco para el golpe de Estado militar de 1967. En términos generales puede decirse que en el Mundo –con algunas excepciones– predominaban los regímenes autoritarios con poca sensibilidad por el tema de los derechos humanos. En América Latina la situación no era políticamente favorable. A la existencia de Estados tradicionalmente opuestos a todo régimen de protección internacional de los Derechos Humanos, –considerado por ellos como violatorio del principio de no intervención– se sumaba el hecho de que en importantes Estados de la región existían gobiernos militares naci-

dos de golpes de Estado, en los que se violaban abiertamente los derechos humanos.

El Uruguay era una excepción. En 1966 había un gobierno democrático, elegido libremente por el pueblo. La tradición uruguaya en materia de derechos humanos podía expresarse con firmeza y claridad. En noviembre de 1966 se habrían de celebrar –y se celebraron–, elecciones libres, que confirmaron la democraticidad del proceso electoral y la rotatividad de los partidos políticos en el gobierno.

5. Las perspectivas de adopción de los Pactos en 1966, en consecuencia, no eran buenas. Parecía, a primera vista, que los elementos contrarios a la finalización del trabajo eran más fuertes que los favorables.

Sin embargo, ocurrió todo el contrario. El trabajo se concluyó y los Pactos se adoptaron.

Fue un triunfo inesperado de los que apostaron, –con constancia, trabajo y habilidad–, a que se diera este paso decisivo.

Muchos elementos, políticos y humanos, –algunos circunstanciales, muchos personales–, se conjugaron para que este resultado se lograra.

6. Antes de contar mis recuerdos sobre lo que se hizo entre octubre y diciembre de 1966 en la 3a. Comisión y en la Asamblea, quiero reproducir lo que dije en 1985, luego de cumplirse los 40 años de la Carta, sobre los Pactos y su relación con la Declaración Universal⁽²⁾

“Durante el proceso de elaboración de la Declaración Universal se decidió que este instrumento sería seguido por uno o varios textos de tipo convencional que concretaran la obligación jurídica de respetar los derechos humanos y establecieran los procedimientos internacionales de promoción y protección.

Se inició así lo que llegaría a ser una tradición prácticamente invariable en la materia: la aprobación inicial de una declaración adoptada por la Asamblea General y luego la redacción, firma y ratificación o adhesión de un instrumento convencional.

Pero los Pactos no se limitaron –aunque ese fue el objetivo esencial– a consagrar convencionalmente la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar derechos humanos que se encontraban ya pro-

(2) Héctor Gros Espiell “Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos”, en *Estudios sobre Derechos Humanos*, II, Editorial Cívicas, Madrid, 1988, págs. 33-38.

clamados en la Declaración Universal y a establecer mecanismos y procedimientos de control.

El tiempo transcurrido entre 1948 y 1966 hizo que los Pactos hubieran necesariamente de referirse a derechos no incluidos en la Declaración, como el derecho a la libre determinación de los pueblos (art. 1 de los dos Pactos) –derecho de los pueblos, condición para la existencia de los demás derechos humanos y derechos en sí mismos⁽³⁾–, que la conceptualización de determinados derechos se hiciera en forma distinta y que otros, que aparecen en la Declaración, como el derecho a la propiedad privada, no se encuentre en los Pactos.

Por eso mismo, si bien no puede decirse que haya incompatibilidad entre la Declaración y los Pactos, ni que respondan a criterios ideológicos, es evidente que se encuentran diferencias que, aunque no cambian el criterio o el fundamento del concepto de los derechos y de su protección internacional, muestran las consecuencias de las modificaciones ocurridas en los casi veinte años que tardó su elaboración⁽⁴⁾, evidencia del influjo sobre la redacción de estos instrumentos internacionales de la ampliación internacional, del proceso al colonialismo, cumplido en especial a partir de 1960, como consecuencia de la Declaración 1.514 (XV) y del aumento espectacular del número de miembros de las Naciones Unidas con la incorporación de los Estados del Tercer Mundo, especialmente de Africa, Asia, del Pacífico y del Caribe.

Luego de hesitaciones diversas, se decidió que se procediera a la redacción de dos Pactos: uno, de Derechos Civiles y Políticos, y otro, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esta división se fundó en razones meramente procesales, en cuanto al distinto régimen de aplicación que, sin perjuicio de algunas excepciones, se requiere para cada uno de estos tipos de derechos humanos. Pero no implicó negar su esencial unidad conceptual ni su interdependencia y condicionamiento recíproco⁽⁵⁾.

-
- (3) Héctor Gros Espiell, "El derecho a la libre determinación de los pueblos y los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. I, Inst. de Derechos Humanos, Univ. Comp., Madrid, 1980; Héctor Gros Espiell, *Aplicación de las Resoluciones de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos*, Naciones Unidas, New York, 1979.
 - (4) J. Bernard Marie, "Les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme confirment-ils l'inspiration de la Déclaration Universelle?", en *Revue des droits de l'homme*, Paris, Pedone, vol. III, núm. 3, 1970.
 - (5) Véase, en especial, la Res. 32/130 de 16 de diciembre de 1977, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que hemos comentado en H. Gros Espiell, "Interdependencia e indivisibilidad del respeto de los derechos humanos", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, cit., vol. I, Caracas, 1985, pp. 16-18.

El respeto de los derechos económicos, sociales y culturales se logra por los Estados partes en el Pacto, en general, mediante la dedicación de los recursos económicos de que disponen a la satisfacción de esos derechos y a la creación de las condiciones que hacen posible la existencia real y el goce de los mismos. Es decir, que exigen un hacer estatal y una política dirigida a lograr su progresiva efectividad, aunque esta afirmación debe ser matizada y no puede considerarse absoluta, porque hay derechos económicos, sociales y culturales —como libertad sindical, el derecho a la huelga, la libertad de enseñanza, etc.—, que permiten un control del tipo del que se aplica al caso de los derechos civiles y políticos⁽⁶⁾.

Por lo demás, no es posible dejar de indicar que ciertas políticas económicas —y hoy no se puede omitir la referencia a las exigencias para asegurar el pago de la deuda externa, habiendo esto sido objeto de atención en reiteradas ocasiones por las Naciones Unidas— pueden involucrar una violación de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas sometidas a la jurisdicción del Gobierno que las adopta⁽⁷⁾.

Ya en la última etapa de la redacción de los Pactos, en la III Comisión, en 1966, para salvar un *impasse* que podía haber hecho fracasar el objetivo de lograr ese año la adopción de los Pactos, se resolvió que hubiera un Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que incluiría la posibilidad de las comunicaciones individuales por violación de los derechos humanos.

El sistema de aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁽⁸⁾ reposa en la obligatoria remisión de informes al Comité de Derechos Humanos que se establece en el Pacto (arts. 28-45). Por medio de una declaración independiente de la ratificación o la adhesión, los Estados pueden reconocer la competencia del Comité para actuar en un conten-

(6) H. Gros Espiell, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*, San José, 1986, pp. 47 y 48. Véase al respecto la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitida durante su XV período de sesiones (1986) en respuesta al pedido de la Asamblea General de la OEA, de 9 de diciembre de 1985 (AG/Res. 781), con referencia al Proyecto de Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(7) A. Cassese, "Estudio del impacto de la ayuda y asistencia económica extranjera en el respeto de los derechos humanos en Chile" (E/CN.4/Sub.2/412); H. Gros Espiell, "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia" (E/CN.4/1983.22, párr.33).

(8) Sobre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, "The International Bill of Rights", en *The Covenant on Civil and Political Rights*, L. Henkin (ed.), Nueva York, Columbia University Press, 1981.

cioso interestatal por denuncias relativas a la violación del Pacto (arts. 41-42). El Comité ejerce, asimismo, respecto de los Estados partes en el Pacto que además lo sean del Protocolo Facultativo, la competencia de recibir, tramitar y decidir las comunicaciones individuales por denuncias de violaciones (arts. 1-6 del Protocolo). La coexistencia de procedimientos internacionales, universales y regionales basados en estas comunicaciones ha generado complejos problemas interpretativos⁽⁹⁾, exitosamente salvados por la práctica internacional de los últimos años. La distinción entre el contencioso interestatal y el que resulta de comunicaciones individuales constituye un elemento que se encuentra en casi todos los instrumentos convencionales sobre derechos humanos, tanto a nivel universal como regional.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene un sistema de aplicación basado exclusivamente en la obligación de remitir informes (arts. 16-17)⁽¹⁰⁾. El Comité de Derechos Humanos no tiene competencia para considerar estos informes, que se remiten al ECOSOC (art. 16.1) y que eventualmente pueden ser analizados por la Comisión de Derechos Humanos (art. 19). Los organismos especializados pueden llegar, eventualmente, a intervenir en el proceso de aplicación del Pacto. Este sistema elemental no fue reglamentado de manera adecuada durante largos años. No ha funcionado prácticamente, marcando una diferencia muy negativa respecto a la forma de considerar los informes sobre derechos económicos y sociales en la OIT o en el sistema de la Carta Social Europea. Esta situación comenzó a cambiar con la Res. 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del ECOSOC, que estableció un Comité de Expertos que, a partir de 1987, supervisará la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Res. 1986/17, de 10 de marzo de 1986, de la Comisión de Derechos Humanos (párrafo 10), acogió con complacencia esta solución del ECOSOC.

Adoptados en 1966, los Pactos y el Protocolo Facultativo entraron en vigencia en 1976, al haberse alcanzado el número de ratificaciones o

-
- (9) M. Tardú, "The Protocol to the United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the Inter-American System: A Study of co-existence of Petition Procedures", en *American Journal of International Law*, vol. 70; id., "Human Rights", en *The International Petition System, 1979-1985*, 3 vols., Oceana Publications. Sobre esta cuestión hay que agregar hoy la excelente obra de Antonio Cançado Trindade, *Co-existence and co-ordination of mechanisms of Internal Protection of Human Rights*, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, vol. 202, 1987.
- (10) H. Gros Espiell, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, cit., pp. 58-60; P. Alston, "The United Nations Specialized Agencies and the Implementation of the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights", en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 18, 1979; E. Schwelb, "Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en *Revue des Droits de l'Homme*, vols. I-III, París.

adhesiones exigidas (arts. 27 y 49 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, y art. 9 del Protocolo Facultativo).

Al día de hoy (junio de 1986), ochenta y cinco Estados son partes en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ochenta y uno lo son en Derechos Civiles y Políticos; y treinta y seis, del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Son partes en los Pactos Estados pertenecientes a todas las regiones geográficas, a todos los sistemas políticos, ideológicos y económicos y de todos los niveles de desarrollo. Una excepción destacable es la de los Estados Unidos, que firmó los dos Pactos en 1977, durante la Administración del presidente Carter, pero que no han sido ratificados por la falta de acuerdo y consentimiento del Senado.

Los dos Pactos y el Protocolo constituyen hoy textos de gran importancia en la acción de las Naciones Unidas. Pero la verdad es que el número de Estados partes aún es bajo, alcanza apenas, en el caso de los Pactos, la mitad de los Estados miembros de las Naciones Unidas y que, salvo para los Estados partes en el Protocolo Facultativo, el sistema de aplicación y control no se ha demostrado eficaz.

El contencioso interestatal previsto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 41) —solo dieciséis Estados han hecho la declaración reconociendo la competencia del Comité para actuar en estos casos— no ha funcionado, como tampoco ha tenido aplicación en otros instrumentos universales y regionales, como es el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 11) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 45). Constituyen una excepción algunos ejemplos notables que han existido como consecuencia de la aplicación del sistema establecido por la Convención Europea. (art. 24).

Hoy los Pactos constituyen una realidad, que funciona y vive, pero su importancia política y su fuerza como elementos de lucha en pro de los derechos humanos continúan siendo muy inferiores a los de la Declaración Universal. Por lo demás, se acepta, en la práctica actual de las Naciones Unidas que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos deriva de la Carta y de la Declaración Universal, y que existe, efectiva y prácticamente, aunque el Estado no sea parte en los Pactos Internacionales o en otros instrumentos convencionales pertinentes" (11).

(11) Un amplio estudio de la práctica de las Naciones Unidas al respecto, en H. Gross Espiell, "Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia" (E/CN.4/1983.22, párr.14, nota 10).

7. A estas palabras mías, escritas hace ya tantos años, debo agregar hoy que los Estados Unidos, –que en el proceso de elaboración de los Pactos, y especialmente en 1966, mostraron una actitud favorable y positiva, aunque no entusiasta, sin tomar nunca una posición de liderazgo ni de impulsión fervorosa–, firmaron los Pactos recién en 1977, durante la Presidencia de Carter y no ratificaron hasta 1993, durante la Presidencia de Clinton, el de Derechos Civiles y Políticos. No han ratificado el Protocolo Facultativo ni el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Al 31 de mayo de 1994 el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contaba 129 Estados Partes, el de Derechos Civiles y Políticos 127 y su Protocolo Facultativo 75.

8. El milagro inesperado de haber logrado en 1966 la adopción de los Pactos debe mucho al esfuerzo y la determinación y la inteligencia de pequeños Estados que lucharon para lograr ese objetivo contra la apatía, el desinterés y el escepticismo de la mayoría. Entre estos pequeños Estados se contó, –y lo digo con satisfacción y orgullo– el Uruguay.

Debe mucho también, naturalmente, a los representantes de estos Estados, que impulsaron las decisiones, a veces más allá de sus instrucciones, que crearon un clima favorable en el seno de la 3a. Comisión y que supieron formar un grupo de presión activo y hábil, unidos entre sí por lazos de compañerismo, de comprensión y a veces hasta de amistad. Como no recordar que fue esa Comisión la única que organizó un baile al finalizar sus trabajos en 1966.

9. La 3a. Comisión trabajó intensamente durante los meses de octubre, noviembre y la primera quincena de diciembre en la preparación de los proyectos. Fue éste, prácticamente, el único tema tratado por la Comisión. Al asunto dedicó su atención casi exclusiva, en sesiones matutinas y vespertinas. En la última semana de noviembre y en la primera de diciembre, la Comisión trabajó además, en sesiones nocturnas.

10. Es imposible para mí traer a la memoria hoy todos los nombres, entre estos delegados, que merecerían el recuerdo. Pero no puedo olvidar algunos, por ejemplo, todo lo que ayudaron a encontrar una solución y una fórmula realista y aceptable, la Sra. Irena Erika Daes, de Grecia y la Sra. Suad Tabbara de Líbano. Recuerdo, asimismo, la acción eficaz y positiva que cumplieron Erik Nettel de Austria y Jean D. Paolini de Francia.

Quiero, en un solo nombre, rendir homenaje a todos los que trabajaron con ahínco para terminar la tarea.

Es el nombre de la Presidenta de la 3a. Comisión, Sra. Halima Warzazi, de Marruecos. Su inteligencia, su habilidad, su simpatía y su belleza, hicieron mucho para crear el clima favorable a la adopción de los Pactos y para el encuentro de soluciones que posibilitaron votaciones mayoritarias favorables.

La recuerdo aún, muchas veces presidiendo con hermosos trajes típicos de su país, sonriendo a veces, con enérgica decisión otras, dando la palabra en inglés, en francés, en árabe, en español y a veces hasta en ruso. Su moderación, su espíritu de transacción y conciliación, lograron en múltiples ocasiones más que un gran discurso.

Estoy convencido de que a ella debe mucho el milagro inesperado de que en 1966 la Asamblea hubiera podido aprobar, el 16 de diciembre, la resolución 220A adoptando y abriendo a la firma, ratificación o adhesión, los dos Pactos y el Protocolo Facultativo.

11. El punto más difícil fue la cuestión del sistema de aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En 1966 aún había un auténtico "horror" ante la posibilidad de establecer un sistema de denuncias o comunicaciones individuales, contra los Estados, por violación de los derechos humanos.

La creación de un Comité de Derechos Humanos (arts. 28-40), el régimen de contencioso interestatal (arts. 42, 42, 43) y la fórmula de un Protocolo Facultativo relativo a la competencia del Comité para recibir comunicaciones individuales (arts. 1-5), fueron la transacción que permitió salir del *impasse* y terminar la tarea.

No satisfizo plenamente, en ese momento a nadie. Pero fue la fórmula "mágica" que hizo posible avanzar. El Protocolo Facultativo fue una idea, nunca encarada antes, que permitió superar el *impasse*.

Confieso que en aquellos días, inicialmente, estuve en contra. Bregué para que el sistema de comunicaciones individuales, de denuncia, por las víctimas, por las violaciones de los derechos humanos, se incluyera en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y fuera inmediatamente aplicable, sin necesidad de una Declaración expresa de aceptación. Hablé varias veces en la 3a. Comisión patrocinando esta fórmula maximalista. Pero fue imposible adoptarla entonces. Confieso que la idea de un Protocolo Facultativo fue hábil. Finalmente la voté y hoy me complazco de que fuera aceptada y desus resultados obtenidos.

12. El 16 de diciembre de 1966 fui uno de los pocos oradores, en el Plenario de la Asamblea, en hablar en ocasión de la adopción de los dos Pactos y del Protocolo Facultativo. Hice en este discurso un resumen de la tradición uruguaya en la materia, del significado, trascendencia y valor jurídico de la Declaración de 1948, del contenido y proyección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en función de los conceptos de soberanía, dominio reservado y del ser humano como sujeto de Derecho Internacional. Sostuve que pese al carácter obligatorio de la Declaración de 1948, era necesario precisar convencionalmente el deber jurídico de respetar los derechos humanos y establecer un mecanismo internacional de vigilancia y control. Señalé la importancia de los Pactos y expresé la disposición del Uruguay de ratificarlos rápidamente.

La relectura, hoy, de ese viejo discurso, me llena de orgullo y satisfacción. Pienso lo mismo hoy y siempre, contra viento y marea, he luchado para traducir esas ideas en mi acción internacional y política.

13. Ese 16 de diciembre, en la noche, volé de regreso a Montevideo. Se habían celebrado las elecciones, en noviembre, y un nuevo gobierno asumiría el 1o. de marzo de 1967.

A mi regreso informé de la misión cumplida al Ministro de Relaciones Exteriores, Sr. Luis Vidal Zaglio, y al Presidente del Consejo Nacional de Gobierno, Sr. Alberto Heber. Redacté, de mi puño y letra, el mensaje y proyecto de ley a ser remitido por el Poder Ejecutivo a la Asamblea General, por el cual el Parlamento habría de aprobar los dos Pactos y el Protocolo Facultativo, paso requerido constitucionalmente para su ratificación por el Poder Ejecutivo.

14. Durante los Gobiernos del Presidente Gestido y de su sucesor Jorge Pacheco Areco –que en esta materia de política exterior nacional tenían los mismos criterios del anterior, de diferente color político–, la ratificación se realizó.

Y así, cuando se produjo el eclipse de la democracia uruguaya, entre 1973 y 1984, el Uruguay estaba ya ligado por las obligaciones en materia de derechos humanos derivados de los Pactos. El Comité de Derechos Civiles y Políticos, pudo, de tal modo, realizar una grande e inolvidable tarea, con el agradecimiento de todos los demócratas uruguayos, para defender y proteger, en la medida de lo posible, los derechos humanos en mi país.

15. Los dos Pactos y el Protocolo Facultativo del de Derechos Civiles y Políticos son hoy una realidad viva. Se aplican, se respetan y, obviamente, también se violan –pero esta violación engendra una responsabilidad internacional. La acción del Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

(arts. 28-40 del Pacto y art. 15 del Protocolo Facultativo), así como del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado por la resolución 1985/17 del Consejo Económico, Social del 28 de mayo de 1985 aseguran la existencia y funcionamiento de un sistema internacional de vigilancia y control.

16. Nadie duda hoy del gran aporte de los Pactos al desarrollo y eficacia, aunque relativa, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional General.

Pero quizás haya que pensar ya en un futuro tercer pacto relativo a los derechos que no están aún convencionalmente codificados y que hasta hoy solo han sido proclamados o declarados por resoluciones de la Asamblea General, como, entre otros, el Derecho al Desarrollo (Declaración del 4 de diciembre de 1986 y Declaración y Programa de Acción de Viena de junio de 1993, párrafo 10), el Derecho a la Paz (Resoluciones 33/75 del 15 de diciembre de 1978 y 39/11 de 12 de noviembre de 1984), el Derecho a gozar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Derecho a Beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad, etc. ⁽¹²⁾

17. Es también una vía abierta al futuro la cuestión de la regulación convencional de la responsabilidad penal internacional en relación con las personas físicas que han cometido graves y específicas violaciones de los derechos humanos, tipificados como crímenes o delitos internacionales, en especial en el caso de crímenes y delitos contra la humanidad y crímenes y delitos cometidos en ocasión de conflictos bélicos internos o internacionales. De tal modo la coordinación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, con la existencia de una jurisdicción internacional y un código de delitos internacionales es una gran tarea futura ⁽¹³⁾.

(12) Héctor Gros Espiell, "Derecho Internacional del Desarrollo", *Cuadernos de la Cátedra J.B. Scott*, Universidad de Valladolid, 1975; Héctor Gros Espiell, "El Derecho al Desarrollo como un Derecho de la Persona Humana", *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. I, No. 1, Madrid, 1980; Héctor Gros Espiell, *El Derecho al Desarrollo Veinte Años Después*, Universidad de Valladolid, 1994; Héctor Gros Espiell, *El Derecho a la Paz*, Congreso Internacional sobre la Paz, Tomo 1, pág. 61, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987; Héctor Gros Espiell, "El Derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del patrimonio común de la Humanidad", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, Vol. 1, IIDH, Caracas, 1985; Héctor Gros Espiell, "El Derecho a Vivir y el Derecho a un Medio Ambiente sano y ecológicamente equilibrado", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, V, 1992-1993, págs. 45-75.

(13) Héctor Gros Espiell, Una Reflexión sobre el Sistema Regional Americano de Protección de los Derechos Humanos, *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 1994, págs. 176-177.

Por último no puede olvidarse la contribución de los Pactos a la afirmación de la idea de la relación entre el núcleo esencial de los derechos humanos y el *jus cogens*. Es esta una cuestión esencial, encarada por la doctrina y atisbada en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, pero aún no aplicada por la práctica internacional en toda su riqueza y en todas sus posibilidades ⁽¹⁴⁾.

18. Hoy, a veintinueve años de 1966, habiendo vivido tanto, me siento realmente orgulloso de lo que hicimos ese año en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Para todos los que trabajamos para que los Pactos fueran redactados y adoptados, el recuerdo de esas jornadas es satisfactorio y enriquecedor. Pero, sobre todo, nos deja la enseñanza de que casi siempre es posible, incluso cuando las circunstancias parecen no ser favorables, lograr el fin deseado, si se emplea la inteligencia y la voluntad en función del esfuerzo para alcanzar los mejores objetivos éticos, jurídicos y políticos en beneficio de la Humanidad.

19. Los Pactos fueron redactados, como toda norma jurídica, para regir hoy y mañana. Son, por tanto, presente y futuro. Su vigencia se extenderá indefinidamente hasta que se produzca su derogación, su sustitución o su caducidad. Pero hoy existe, –ante los nuevos desafíos provenientes de la deteriorización permanente y alarmante del sistema ecológico, de la posibilidad de empleo de armas que aniquilen la vida y la especie humana, de cuestiones demográficas y económicas que pueden hacer prácticamente invivible el Planeta y de aterradoras perspectivas derivadas del progreso científico aplicado a la manipulación genética–, el deber ético de lucha para que las generaciones futuras, constituidas por seres humanos poseedores de una dignidad plena, puedan vivir en un medio capaz de permitir el goce de los derechos que todos los seres humanos poseen y han de poseer, hoy y mañana.

Las generaciones futuras tienen el derecho a que se den condiciones que aseguren que los derechos humanos de sus integrantes puedan existir, ejercerse, respetarse y constituir una realidad.

Y nuestra generación tiene el deber de trabajar para que las condiciones vitales esenciales no desaparezcan ni continúen deteriorándose, por obra de un hacer humano, divorciado de la ética y del bien común.

(14) Héctor Gros Espiell, "Los Derechos Humanos y el Jus Cogens", en *Estudios sobre Derechos Humanos*, Vol. I, -IIDH, Caracas, 1985, pág. 26-29.

EL FUNDAMENTO JURÍDICO Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL ENCARGADO DE JUZGAR LAS INFRACCIONES AL DERECHO HUMANITARIO COMETIDAS EN LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

Edgar Nassar Guier

*Abogado costarricense; Profesor universitario
especialista en Derecho Internacional*

“Hase bien también de saber que los reyes y los que obtienen un puesto parecido a los reyes tienen derecho a exigir penas no sólo por las injurias cometidas contra sí o contra sus súbditos, sino también por aquellas que no tocan a ellos peculiarmente, sino que violan inhumanamente en cualesquiera personas el derecho natural o de gentes”.

HUGO GROCIUS, “Del Derecho de la Guerra y de la Paz”, Capit. XX, § XL, pár. 1.

INTRODUCCIÓN

Ninguna sociedad puede abstenerse de instaurar un sistema represivo para asegurar la defensa de sus intereses superiores. El sistema jurídico internacional tiene la difícil tarea de desarrollar normas, estructuras, estrategias y recursos aptos para lograr las metas de preservación y protección de la comunidad mundial, que al mismo tiempo posibiliten su transformación y evolución conforme a sus propias necesidades¹.

La rama penal del derecho internacional abarca directamente los individuos culpables de haber cometido actos ilícitos de manifiesta gravedad

1 BASSIOUNI, Ch. “Derecho Penal Internacional”, Tecnos, Madrid, 1984.

internacional. Con independencia de que aceptemos o no la subjetividad internacional de la persona física², podemos afirmar que determinadas normas jurídicas internacionales le imponen deberes cuyo desconocimiento la hace incurrir en responsabilidad penal internacional. Para que ésta sea efectiva, es necesario que el derecho internacional delimite las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de trascendencia universal. Al no existir aún un código penal internacional, los deberes y las responsabilidades que incumben a los individuos han sido establecidos de manera fragmentaria y empírica a través de la costumbre o de convenciones internacionales³.

Sin embargo, la internacionalización del derecho penal en el plano normativo⁴ no se ha traducido necesariamente en una internacionalización en el plano institucional, coexistiendo dos tipos de sistemas de repre-

-
- 2 La Profesora E. ZOLLER observa que: "...a realistic view of universal international law at the present time reveals a high degree of fiction in insistence upon the commonplace that individuals have been turned into international persons. This does not mean that, failing an international legal personality, individuals cannot be held responsible for international crimes. The Nuremberg Tribunal, as well as many municipal courts, have held individual responsible for such crimes without ever feeling a need to state the individual was subject of international law" ("The status of individuals under international law", in *"The Nuremberg Trial and International Law"*, editada por G. Ginsburgs y V.N. Kudriavtsev, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1990, pág. 102).
 - 3 La resolución 177 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947 encargó a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, y que prepara un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad. En 1950 la Comisión adoptó una formulación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y en las Sentencias del Tribunal de Nuremberg. En 1954 presentó un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad a la Asamblea General, la cual consideró que el proyecto planteaba problemas relacionados estrechamente con la definición de la agresión y decidió aplazar todo nuevo examen del asunto hasta tanto el comité especial sobre la cuestión de la definición de la agresión no presentara su informe. No será sino en 1974, que la Asamblea General al adoptar la resolución 3314 (XXIX) defina lo que será entendido por agresión. En 1981, la Asamblea General en su resolución 36/106, invitó a la Comisión para que reanudara su labor con miras a elaborar un proyecto de código. En 1991, la Comisión sometió un proyecto al Secretario General para que los estados hicieran las observaciones y comentarios que estimaren oportunos. Ver: *"La Comisión de Derecho Internacional y su obra"*, Naciones Unidas, Nueva York, 1989, págs. 28-38, 126-130; E. ZOLLER, "Grounds for responsibility", in *"The Nuremberg Trial and International Law"*, op. cit., págs. 102-106.
 - 4 Esta internacionalización normativa es relativa, si se considera que la mayor parte de las convenciones internacionales se limitan a imponer a los Estados Partes la obligación de incorporar en su legislación penal interna los delitos que previamente han sido calificados como internacionales.

sión de las infracciones internacionales: la represión nacional, asumida directamente por los tribunales penales internos por delegación expresa del derecho internacional; y la represión propiamente internacional, es decir, ejercida a través de una jurisdicción internacional encargada de conocer determinadas infracciones internacionales de particular gravedad.

Al no existir una jurisdicción criminal internacional permanente⁵, y al mostrarse los instrumentos convencionales insuficientes por sí solos para combatir las graves violaciones a las normas de derecho humanitario que tienen lugar en el territorio de la antigua Yugoslavia⁶, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, valiéndose de las facultades que le atribuye el Capítulo VII de la Carta, ha instaurado un tribunal penal internacional *ad hoc* para juzgar a los individuos acusados de cometer graves violaciones al derecho internacional humanitario durante el conflicto.

La creación de este Tribunal Internacional se enmarca dentro del esfuerzo de la Comunidad Internacional por institucionalizar la justicia penal internacional, el cual tiene su inicio luego de la II Guerra Mundial con el establecimiento de los tribunales militares internacionales de Nuremberg⁷ y de Tokio⁸, creados para juzgar a los grandes criminales de guerra nazis y

5 A instancias de la Asamblea General (resolución 47/33 de 25 de noviembre de 1992), la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas elaboró un proyecto de estatuto de un Tribunal Penal Internacional permanente, cuya primera versión fue presentada en 1994. Ver: "Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session", (A/48/10), *International Legal Materials*, vol. 33 I.L.M. 253 (1994). Las convenciones internacionales sobre los crímenes de genocidio (1948) y de *apartheid* (1973), se refieren un tanto vagamente a la existencia de una posible corte penal internacional.

6 "The global and regional norms relating to humanitarian law and basic human rights, established since the Second World War, made us believe that large-scale violations of human rights would not easily happen again, at least not on the European continent. And if such violations should incidentally take place, adequate instruments would be available to monitor and redress these violations and to prevent further violations. The Yugoslav crisis has ruined this belief to a considerable extent" (H. von HEBEL, "An International Tribunal for the former Yugoslavia: An act of powerlessness or a new challenge for the International Community?", *Netherlands Quarterly Human Rights*, vol. 4, 1993, pág. 437.

7 Creado en el Tratado de Londres del 8 de agosto de 1945, suscrito entre Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética, y ratificado posteriormente por otros diecinueve estados.

8 Creado por decisión del 19 de enero de 1946 del Comandante en Jefe del ejército americano de ocupación del Japón.

japoneses⁹. Recientemente, ese esfuerzo se ha cristalizado en la adopción por la Comisión de Derecho Internacional de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional permanente con competencia general¹⁰.

El presente análisis gira en torno de las soluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en relación al fundamento legal y la competencia del nuevo Tribunal Internacional¹¹. En estas soluciones se reflejan el nuevo clima internacional imperante tras la desaparición del declive este-oeste, y los desarrollos que en materia de derecho humanitario han tenido lugar en los últimas décadas. En una primera parte nos ocuparemos de estudiar el procedimiento que utilizó el Consejo de Seguridad para crear el Tribunal Internacional y del fundamento legal del que se valió. En una segunda parte, abordaremos las diversos componentes de la competencia que ha sido atribuida al mismo Tribunal.

I. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL

A. LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

Luego de haber examinado el "Reporte interino"¹² preparado por una comisión de expertos encargada por el Secretario General de las Naciones

9 No obstante, vale recordar que en 1919 un tribunal especial para juzgar al Kaiser Guillermo II fue creado por el artículo 227 del Tratado de Versalles. El Tribunal no pudo funcionar al negarse el Gobierno holandés a extraditar al Kaiser alemán. Sobre los intentos para crear unas jurisdicciones penales internacionales ver: H. von HEBEL, op. cit., págs. 437-442; "Historical survey of the question of International Criminal Jurisdiction", A/CN.4/7.

10 El Estatuto del Tribunal Internacional se ha nutrido de los principios adoptados por los únicos precedentes en la materia, y de las discusiones que sobre la creación de una jurisdicción criminal internacional permanente han tenido lugar en el seno de la Comisión de Derecho Internacional en los últimos años. El Presidente del Tribunal Internacional, Antonio Cassese, señala que a la hora de adoptar el Tribunal Internacional sus propias reglas de procedimiento los tribunales militares internacionales de Nuremberg y de Tokio no han sido de mucha ayuda en la medida que estos últimos se fundamentaron en principios morales y jurídicos diferentes a los que condujeron a la creación del primero ("Statute, rules of procedure and evidence", E-F.94.IILP.1., pág. VII).

11 Nos referiremos a la jurisdicción internacional criminal *ad hoc* para Yugoslavia como el "Tribunal Internacional", tal como lo hace el Secretario General en su Reporte (S/25274).

12 "Interim report of the Commission of Experts, established by resolution 780 (1992)", documento S/25274. La creación de esta Comisión de Expertos había sido decidida por el Consejo de Seguridad en la resolución 780 del 6 de octubre de 1992. Los integrantes fueron escogidos por el Secretario General y fue presidida por el Profesor Kalshoven.

Unidas para estudiar las violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia¹³, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió unánimemente, en el párrafo 1 de la resolución 808 (1993) del 22 de febrero de 1993, la creación de un Tribunal Internacional "para juzgar las personas que se presumen son responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991". En el párrafo 2 de la misma resolución, el Consejo de Seguridad solicitó al Secretario General un nuevo reporte que contuviera proposiciones concretas para la implementación de la misma decisión.

El 3 de mayo de 1993, el Secretario General, con el asesoramiento de treinta y dos expertos en la materia, sometió al conocimiento del Consejo de Seguridad el reporte que le había solicitado¹⁴, el cual consistió en un estudio de los aspectos jurídicos más relevantes que suponía la creación y puesta en operación del Tribunal.

Tal como lo reconoció el Secretario General en su Reporte al Consejo de Seguridad, el método normalmente utilizado para crear un Tribunal Internacional, es decir, la conclusión de un tratado internacional en el cual los estados signatarios aprueban el estatuto que lo regirá¹⁵, se revela inoperante en el caso del conflicto yugoslavo. En efecto, el método convencional presenta el inconveniente de que la conclusión del tratado internacional y la obtención del número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigencia tomaría mucho tiempo, lo cual no se ajustaría a la situación de

13 Para un análisis detallado de las medidas adoptadas por las Naciones Unidas en relación con el conflicto bélico en la antigua Yugoslavia, ver P. AKHAVAN, "Punishing war crimes in the former Yugoslavia: A critical juncture for the New World Order", *Human Rights Quarterly*, vol. 15, 1993, p. 262-289; H. von HEBEL, op. cit., págs. 442-445.

14 Documento R/25704.

15 Durante el juicio de Nuremberg, la validez del tratado que instituía el Tribunal Militar Internacional fue puesta en entredicho por la defensa. En su Sentencia el Tribunal, rechazando los alegatos de la defensa contra su fundamento jurídico, determinó que: "The making of the Charter was the exercise of the sovereign legislative power by the countries to which the German Reich unconditionally surrendered; and the undoubted right of these countries to legislate for the occupied territories had been recognized by the civilized world. The Charter is not an arbitrary exercise of the power on the part of the victorious nations, but in the view of the Tribunal, as will be shown, it is the expression of international law existing at the time of its creation; and to that extent is itself a contribution to international law" ("Judgement of the International Military Tribunal", *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pág. 216). Ver W. SIMONS, "The jurisdictional bases of the International Military Tribunal at Nuremberg", in *"The Nuremberg Trial and International Law"*, op. cit., págs. 39-59; G. GINSBURGS, op. cit. págs. 9-37; H. MEYROWITZ, *"La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi no. 10 du Conseil de Contrôle Allié"*, Pedone, Paris, 1960, págs. 156-190.

emergencia que se vive en la antigua Yugoslavia. Además, nada garantizaría que el tratado en cuestión vaya a ser ratificado por los Estados que deben hacerlo para que el Tribunal Internacional sea realmente efectivo, es decir, el grupo de Estados en los que se desmembró la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia¹⁶.

En virtud de la urgencia que presentaba la situación en la antigua Yugoslavia, el Secretario General propuso en su informe un método alternativo: la creación del Tribunal Internacional mediante una decisión del Consejo de Seguridad¹⁷.

B. EL RECURSO AL CAPÍTULO VII DE LA CARTA

Esta recomendación sería seguida por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993) del 25 de mayo de 1993, la cual fue adoptada con fundamento en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 39 dispone que:

El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

El Consejo de Seguridad consideró que el Tribunal Internacional constituía una medida coercitiva dirigida al restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales, y específicamente, una medida que no implicaba el uso de la fuerza armada, es decir, de las previstas en el artículo 41 de la Carta¹⁸. Vale recordar que el Consejo de Seguridad es soberano para

16 Sobre las desventajas que puede suponer la creación del Tribunal internacional a través de un tratado multilateral, ver P. AKHAVAN, op. cit., pág. 278.

17 Ver P. AKHAVAN, op. cit, págs. 279-280. J. O'BRIEN considera que el recurso al Capítulo VII no es contrario al principio de la soberanía de los Estados ("The international tribunal for violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia"), *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, págs. 642-644. Durante el período de sesiones de 1992 de la Comisión de Derecho Internacional, se discutió la posibilidad de crear tribunales penales internacionales *ad hoc* a través de una resolución del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General ("*Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 44o. período de sesiones*", documento A/CN.4/446).

18 "ARTICULO 41. El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrá comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas."

determinar si un acontecimiento constituye o no un quebrantamiento a la paz y a la seguridad internacionales.

En lo que respecta al conflicto bélico en la antigua Yugoslavia, en anteriores resoluciones el Consejo de Seguridad había constatado que las violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario que habían sido cometidas constituían una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales. Esas mismas infracciones internacionales, aparte de haber tenido como resultado la pérdida masiva de vidas humanas en virtud de la política de "limpieza racial" ("*ethnic cleansing*") practicada por las partes en el conflicto, podrían además ser fuente de futuros conflictos internacionales¹⁹.

La decisión de crear el Tribunal Internacional como medida para el restablecimiento y mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a juicio del Secretario General, está legalmente justificada tanto en virtud de su objeto y de su fin, como en la práctica anterior del Consejo de Seguridad. En diferentes ocasiones, el mismo órgano de las Naciones Unidas ha adoptado en virtud del citado Capítulo VII decisiones que conllevan la creación de un órgano subsidiario con fines diversos²⁰, tal como está previsto en artículo 29 de la Carta de las Naciones Unidas²¹. Su carácter subsidiario no implica, de manera alguna, que el Tribunal Internacional en el ejercicio de sus funciones judiciales estará sometido a la autoridad o al control del Consejo de Seguridad, sino que contará con la independencia funcional propia de los órganos jurisdiccionales.

La circunstancia de que el Tribunal haya sido creado en virtud de una decisión adoptada con base en el artículo VII de la Carta de las Naciones Unidas implica que todos los Estados tienen la obligación de tomar todas las medidas necesarias para hacer efectiva esta decisión. En este sentido, el párrafo 4 de la resolución 827 del Consejo de Seguridad establece el deber de todos los Estados de cooperar plenamente con el Tribunal Internacional, debiendo adoptar las medidas necesarias, de conformidad con sus propios ordenamientos jurídicos, para implementar lo dispuesto en la misma resolu-

19 Sobre la calificación de la situación imperante en la antigua Yugoslavia como contraria a la paz y a la seguridad internacionales, ver J. O'BRIEN, ídem, pág. 640; H. von Hebel, *op. cit.*, pág. 445-446. Ver además resoluciones del Consejo de Seguridad números 713 (1991), 752 (1992), 764 (1992), 770 (1992) y 771 (1992). Sobre la noción de "*ethnic cleansing*" ver: N. LERNER, "*Ethnic cleansing*", *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 24, 1994, págs.103-118.

20 Ver resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad y resoluciones ulteriores relativas a la situación entre Iraq y Kuwait. Ver también: J.R. CROOK, "*The U.N. Compensation Commission- A new structure to enforce State responsibility*", *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, pág. 144.

21 "ARTICULO 29. El Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones."

ción y en el Estatuto, incluyendo la obligación de los Estados de cumplir con las solicitudes de asistencia judicial y con toda orden del Tribunal Internacional en los términos del artículo 29 de su Estatuto.

II. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El artículo primero del Estatuto del Tribunal fija, de manera general, la competencia del Tribunal Internacional en los términos siguientes:

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, de conformidad con disposiciones del presente Estatuto²².

De esta manera, la competencia atribuida al Tribunal Internacional, puede descomponerse en cuatro elementos, a saber, la competencia objetiva, la competencia personal, la competencia territorial y la competencia temporal. Luego de analizar cada uno de estos aspectos, procederemos a abordar la solución adoptada por el Estatuto en relación con el problema de la concurrencia de jurisdicción que eventualmente podría plantearse entre el Tribunal Internacional y los tribunales internos de los Estados donde las infracciones se cometieron.

A. COMPETENCIA TEMPORAL (*jurisdictio racione temporis*)

El artículo 8 del Estatuto fija el 1° de enero de 1991, siete meses antes de que Eslovenia se convirtiera en la primera de las repúblicas que declarara la independencia, como fecha a partir de la cual serán consideradas las violaciones al derecho internacional humanitario cometidas como susceptibles de ser conocidas por el Tribunal Internacional. Con la adopción de esta fecha, que podríamos calificar de "neutra", el Secretario General evitó tomar como referencia ningún acontecimiento específico y pronunciarse sobre el carácter interno o internacional del conflicto bélico que se desarrolla en el territorio de la antigua Yugoslavia²³.

Habiendo sido creado el Tribunal a título de medida coercitiva con fundamento en el Capítulo VII, la duración de su mandato estaría condicio-

22 La traducción al español de la versión francesa de los artículos del Estatuto es del autor.

23 "Its seems reasonable to assume that the Yugoslav conflict started as an internal conflict but developed into a international conflict, although it is impossible to determine at what point in time the character of the conflict changed. In order to prevent any legal dispute on the applicability of the Geneva Conventions and the Additional Protocols, the Secretary General considers the grave breaches as laid down in the 1949 Geneva Conventions as norms of customary law" (H. von HEBEL, op. cit., pág. 449). Ver también: J. O'BRIEN, op. cit., pág. 647.

nada a la restauración y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en el territorio de la antigua Yugoslavia y a las decisiones que sobre el particular adopte el Consejo de Seguridad²⁴.

B. LA COMPETENCIA OBJETIVA (*jurisdictio ratione materiae*)

Conformándose con lo dispuesto en el párrafo 1 de la resolución 808 (1993), el artículo 1 del Estatuto estipula que el Tribunal está habilitado para juzgar a las personas presuntamente responsables de "violaciones graves al derecho internacional humanitario" cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde enero de 1991. Es a partir de las normas de derecho internacional humanitario de carácter universal adoptadas como derecho aplicable, que en el Estatuto se definirán las "violaciones graves" en relación con las cuales el Tribunal Internacional es competente.

1. El derecho aplicable y el principio "nullum crimen sine lege"

El Estatuto dispone que el Tribunal Internacional deberá valerse del derecho internacional para identificar las normas sustantivas, en tanto que echar mano del derecho interno de la antigua República de Yugoslavia para determinar las penas de prisión correspondientes. La circunstancia de que el derecho internacional no establezca por sí solo sanciones específicas, sino que deje esta tarea al derecho interno, no es un obstáculo para su aplicación, ni es contrario al principio de "*nullum crimen sine lege*", tal como veremos más adelante.

En lo que respecta a las normas sustantivas, el Secretario General en su informe estimó que "la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique reglas de derecho internacional humanitario que formen parte sin ninguna duda posible del derecho consuetudinario"²⁵. De esta manera se evita el problema que podría surgir

24 "...it is unquestionable that once the situation in the former Yugoslavia has been normalized and the Council concludes that article 39 of the UN Charter does not apply any more, the International Tribunal must cease its activities. In this respect, however, he noted that article 39 of the Charter relates not only to the restoration but also to the maintenance of international peace and security. Thus, even after a cessation of hostilities will be reached in the former Yugoslavia, the Security Council has the power to take action under chapter VII of the Charter in order to maintain the peace in that area" (H. von HEBEL, op. cit., pág. 446).

25 Documento S/25704, pág. 34. Para el Tribunal de Nuremberg, el principio *nullum crimen sine lege* no constituía un obstáculo para el ejercicio de su jurisdicción: "The maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty but is a general principle of justice" ("Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 217). La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado en relación con la identidad de normas internacionales consuetudinarias y convencionales particularmente en los casos "North Sea Continental Shelf" (1969) y "Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua" (1986).

en el caso de que ciertos Estados no fueran partes en los tratados internacionales de derecho internacional humanitario.

A criterio del Secretario General, la parte del derecho internacional humanitario convencional, que, sin lugar a dudas ha venido a constituirse en normas internacionales consuetudinarias, son: las Convenciones de Ginebra de 1949, para la protección de las víctimas de guerra, la IV Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907 referente a las leyes y las costumbres de la guerra terrestre y sus reglas anexas; la Convención para la prevención y la represión del crimen de Genocidio del 9 de diciembre de 1949, y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945.

Al igual que se hizo luego de la II Guerra Mundial, en el Estatuto del Tribunal Internacional, el principio de territorialidad de la legislación penal, según el cual el derecho interno del Estado donde se cometió el acto es el único competente para determinar la legalidad o ilegalidad del mismo²⁶, es hecho a un lado: el Tribunal, actuando como la "conciencia de la humanidad", aplicará normas internacionales en tanto que tales, en lugar del ordenamiento penal de la antigua República Yugoslavia, a pesar de que este último las haya implementado y adicionado con sanciones penales²⁷.

Tal como señalamos anteriormente, el Tribunal Internacional, de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto, recurrirá al derecho internacional para determinar las conductas criminalmente castigadas, pero deberá inspirarse de lo que disponían los tribunales penales de la antigua Yugoslavia a la hora de fijar la duración de las penas de prisión que se impondrán a los condenados, según los términos del artículo 24.1. del Estatuto²⁸. Esto

26 De otra manera, tal como lo señala la Profesora E. ZOLLER: "The norm of responsibility would lose its universal customary validity if the principle of territoriality of criminal law could unexpectedly shield the perpetrator of the crime" ("The territorial effect of the norm of responsibility", in *The Nuremberg Trial and International Law*, op. cit., pág. 108).

27 "After all the international community is primarily shocked by the fact that the atrocities committed in the former Yugoslavia constitute a flagrant negation of fundamental international humanitarian norms. The International Tribunal must therefore be considered as acting on behalf of the "conscience of mankind". It would be contrary to this approach if that tribunal should apply national law instead of international law, the latter being the legal expression of that "conscience of mankind" (H. von HEBEL, op. cit., pág. 447).

28 El artículo 53 del proyecto de estatuto para una jurisdicción penal internacional permanente propuesto por la Comisión de Derecho Internacional dispone que el Tribunal para fijar las penas podrá considerar –sin estar obligado a seguir– lo dispuesto sobre el particular por el derecho interno del Estado del cual es nacional el condenado, por la *lex loci delicti commissi* o por el derecho del Estado que tenía bajo su custodia y jurisdicción al acusado antes de ser juzgado ("Draft Statute for an International Criminal Tribunal and Commentaries thereto"), *International Legal Materials*, vol. 33, 1994, 253.

con el fin de conformarse con el principio de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, al no contar el derecho penal internacional con un sistema de fijación de penas preestablecido. A efecto de llenar esta laguna jurídica, el Tribunal Internacional podrá fundarse específicamente en el sistema de penas que el Capítulo XVI del Código Penal de la República Socialista de Yugoslavia preveía para los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio²⁹.

A criterio del Profesor Reshetov, el recurso al sistema de penas previsto en la legislación penal nacional se hace innecesario en la medida en que la calificación de determinado acto como un crimen internacional implica un cambio en los efectos temporales del derecho aplicable, de manera que en derecho internacional la reglamentación *ex post facto* de las sanciones por crímenes internacionales no sería contraria al principio de irretroactividad de las leyes. En este sentido señala el mismo autor:

A particularity of international law consists of the fact that international law documents, as a general rule, establish the criminality of certain acts, while leaving open the question of concrete sanction for their performance (...). Hence, it is even possible to affirm that the principle of justice –there is no law, there is neither crime nor punishment– operates in international law with the sole provision that the specific type and measure of punishment can be established after commission of the crime³⁰.

La particularidad anterior se explica, a juicio del citado autor, en el hecho de que al principio de irretroactividad de las leyes se superpone el principio básico de la "inevitabilidad del castigo"³¹.

29 "For every person in the former Yugoslavia it was therefore perfectly clear what kind of activities were forbidden under international (and national) law and what kind of sanctions were attached to these norms by national law" (H. von HELBE, op. cit., pág. 447).

30 lu. A. RESHETOV, "The temporal operation of norms on criminal responsibility", in "The Nuremberg Trial and International Law", op. cit., págs. 113-114.

31 Este principio fue enunciado por la Comisión de Derecho Internacional en su codificación de los principios reconocidos por el Estatuto y por la Sentencia del Tribunal de Nuremberg, en los términos siguientes: "Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeto a sanción" ("Anuario de la Comisión de Derecho Internacional", 1950, vol. II). En su Sentencia el Tribunal Militar de Nuremberg estimó que: "To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighboring States without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished" ("Judgment of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 217).

2. Violaciones graves al derecho internacional humanitario

En los artículos 2, 3, 4 y 5 de Estatuto del Tribunal Internacional son definidas lo que debe entenderse por "violaciones graves al derecho internacional humanitario". El Tribunal es competente para conocer dos categorías de crímenes: crímenes de guerra "*stricto sensu*" y crímenes contra la humanidad, incluido el crimen de genocidio. Los crímenes contra la paz, que fueron incorporados en la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y en la de Tokio³², han sido deliberadamente omitidos en el Estatuto del Tribunal Internacional. Su inclusión hubiera obligado tarde o temprano al Tribunal Internacional a pronunciarse sobre las causas mismas del conflicto yugoslavo y sobre los aspectos políticos que lo rodean.

Los artículos 2 y 3, que otorgan competencia al Tribunal Internacional para conocer las violaciones del derecho internacional de los conflictos armados ("*ius in bello*"), constituyen la base de la mayor parte de la labor del Tribunal internacional, en razón de que virtualmente cualquier acto que pueda ser calificado de crimen contra la humanidad o de genocidio, es también un crimen de guerra. El artículo 2 establece que el Tribunal Internacional es competente para juzgar a las personas que directamente o a través de subordinados cometieran infracciones a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Cada una de las violaciones es enumerada expresamente en el Estatuto a solicitud del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Las Convenciones de Ginebra de que se hace mención son las que regulan desde un punto de vista humanitario la conducción de las operaciones de guerra. De esta manera, estas convenciones establecen una protección especial a una cierta categoría de personas: Convenio I, para mejorar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato de prisioneros de guerra; y Convenio IV, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra. Cada una de las Convenciones enumera expresamente los actos que serán considerados como violaciones graves o "crímenes de guerra". Tal como se señaló, esta lista de violaciones graves a las convenciones será retomada por el artículo 2 del Estatuto propuesto por el Secretario General y adoptado por el Consejo de Seguridad, el cual dispone:

32 Previstos en los artículos 6(a) de la Carta del Tribunal de Nuremberg y 5(a) de la Carta del Tribunal de Tokio. Básicamente esta categoría de crímenes comprende la preparación, desencadenamiento y prosecución de una guerra de agresión o en violación de los acuerdos internacionales, incluyendo la participación en un plan concertado para realizar tales actos.

El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan u ordenen cometer infracciones graves a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, los actos siguientes dirigidos contra las personas o los bienes protegidos en los términos de las disposiciones de la Convención de Ginebra pertinente:

- a) El homicidio intencional;
- b) La tortura o los tratamientos inhumanos, incluidas las experiencias biológicas;
- c) El hecho de causar intencionalmente grandes sufrimientos que atenten contra la integridad física o a la salud;
- d) La destrucción y la apropiación de bienes que no sea justificada por necesidades militares y ejecutadas en grande escala de manera ilícita y arbitraria;
- e) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a un civil a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga;
- f) El hecho de privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado debida e imparcialmente;
- g) La expulsión o la transferencia ilegal de civiles o su detención ilegal;
- h) La toma de civiles como rehenes.

Los Protocolos I y II de 1977 de las Convenciones de Ginebra relativos, respectivamente, a las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, no son mencionados en el artículo 2 del Estatuto, a pesar de que amplían de un modo significativo la protección de la población civil en su conjunto contra los peligros de la guerra. La necesidad de dicha inclusión pareciera evidente, considerándose que en el conflicto yugoslavo la mayoría de las víctimas pertenecen a la población civil³³.

El artículo 3 enumera una serie de conductas que serán consideradas como "violaciones a las leyes y costumbres de la guerra", dejando abierta la posibilidad de que el Tribunal Internacional identifique otras formas de

33 No obstante, hay quienes los consideran aplicables por a través del artículo 3 del Estatuto: "The United States, the United Kingdom and France explained, when voting for Resolution 827, that the laws and customs of war under Article 3 included all law of armed conflict in force in the territory of the former Yugoslavia, in addition to customary international law. The Tribunal may thus apply the provisions of the Geneva Conventions on nongrave breaches, including common Article 3 concerning internal armed conflict, and the Additional Protocols to the Conventions" (J. O'BRIEN, *op. cit.*, pág. 646).

violaciones del derecho humanitario³⁴. Dentro de este artículo se incorporan las reglas contenidas en la IV Convención de La Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y su Reglamento anexo de 1939, las cuales, a juicio del Secretario General, forman parte del derecho internacional consuetudinario. Estos instrumentos convencionales, además de regular ciertos aspectos del derecho internacional humanitario que serían luego retomados por las Convenciones de Ginebra de 1949, reconoce que el derecho a hacer la guerra no es ilimitado y que el recurso por parte de los beligerantes a ciertos métodos para hacerla no es permitido.

Señala el Secretario General que dichas reglas tal como fueron interpretadas y aplicadas por el Tribunal de Nuremberg sirven como fundamento para su inclusión en el artículo 3 del Estatuto. En efecto, antes de la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el derecho consuetudinario no establecía directamente la responsabilidad criminal de los individuos por violaciones al derecho de la guerra. Si bien en la Convención IV de La Haya hay una obligación de asegurar por parte de los estados partes que las normas del Reglamento se cumplan, no existe ninguna obligación convencional de convertir las violaciones a éstas en crímenes susceptibles de castigo. El artículo 6(b) de la Carta del Tribunal de Nuremberg, al igual que lo hace el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional, se encargan de calificar directamente a las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra como crímenes por los cuales los individuos serían declarados personalmente responsables. En este sentido, el referido artículo 3 estipula:

El Tribunal Internacional es competente para juzgar a las personas que cometan violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. Esta violaciones comprenden, sin estar limitadas a éstas:

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles;
- b) La destrucción sin motivo de ciudades y pueblos o la devastación que no justifiquen las exigencias militares;
- c) El ataque o el bombardeo, por cualquier medio que sea, de ciudades, pueblos, casas o edificios no defendidos;

34 En este sentido, precisamente es en el Preámbulo de la IV Convención de La Haya que está incorporada la denominada "cláusula Martens" que hace constar: "...que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". Esta cláusula podría eventualmente orientar al Tribunal internacional en la labor de identificar las "otras formas de violaciones del derecho humanitario" a que hace referencia el artículo 3 del Estatuto.

- d) La toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia o a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a monumentos históricos, a obras de arte y a obras de carácter científico;
- e) El pillaje de bienes públicos o privados.

Los artículos 4 y 5 del Estatuto otorgan competencia al Tribunal para conocer los denominados "crímenes contra la humanidad", incluido el genocidio. Este último es tratado en el Estatuto como un caso especial de crímenes contra la humanidad³⁵, retomando el artículo 4 la definición contenida en la "Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio" de 1948, a saber:

...cualquiera de los actos mencionados a continuación, cometidos con el propósito de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, tales como:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Producción de graves daños corporales o mentales a los miembros del grupo.
- c) Sumisión deliberada del grupo a condiciones de vida calculadas para producir su destrucción física total o parcial.
- d) Imposición de medidas encaminadas a evitar los nacimientos dentro del grupo.
- e) Transferencia de niños de un grupo a otro.

El mismo artículo dispone que además de la comisión efectiva del genocidio serán punibles la organización, la tentativa, la incitación y la complicidad para cometerlo. El Secretario General propuso este artículo respaldándose en un dictamen consultivo rendido por la Corte Internacional de Justicia en 1951, en el cual se consideró que la Convención sobre el genocidio de 1948 era parte del derecho internacional consuetudinario³⁶. El artículo 5, por su parte, enumera una serie de actos delictivos que son calificados de "crímenes contra la humanidad", los cuales requieren ser cometidos en el transcurso de un conflicto bélico de carácter internacional o interno, y dirigidos indiscriminadamente contra una población civil. Los actos inhumanos de extrema gravedad que son considerados crímenes contra la humanidad son: el asesinato, la exterminación, la reducción a la

35 La particularidad del crimen de genocidio es ilustrada por los requisitos de la prueba: "Because genocide requires proof of the intention to destroy a group, not only criminal intention against an individual (as is true of war crimes) or on the basis of group membership (as may be the case with crimes against humanity), it may be the most difficult charge to prove, particularly against lower-level persons whose connection to a policy may be hard to trace" (J. O'BRIEN, op. cit., pág. 648).

36 *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la C.I.J.*, 1951.

esclavitud, la expulsión, el emprisionamiento, la tortura, la violación³⁷, y la persecución por razones políticas, raciales o religiosas. Con la fórmula "otros actos inhumanos", se deja la puerta abierta para que el Tribunal Internacional incorpore otras conductas delictivas como crímenes contra la humanidad³⁸. En este sentido, el Secretario General considera que dentro de los actos que constituyen crímenes contra la humanidad y que se han cometido en la antigua Yugoslavia bajo la forma de la denominada "limpieza étnica", se deben incorporar a otras formas de violencia sexual aparte de la violación, como por ejemplo la prostitución forzada³⁹.

El hecho de que el Estatuto del Tribunal establezca la condición de que los crímenes contra la humanidad deban ser dirigidos contra una población civil supone que los mismos hayan sido cometidos de manera sistemática y organizada, no esporádica y aislada.

Alejándose de la jurisprudencia de algunos tribunales militares que funcionaron luego de la II Guerra Mundial, el Estatuto del Tribunal Internacional no requiere que las autoridades gubernamentales deban estar necesariamente implicadas en la comisión de crímenes de esta naturaleza. De esta manera, los integrantes de grupos armados que operen de manera desorganizada e indisciplinada, sembrando el terror entre la población civil, podrán ser juzgados por las atrocidades que cometan. Esta omisión es oportuna, si se considera que una gran parte de las violaciones al derecho internacional humanitario en la antigua Yugoslavia ha sido cometida por organizaciones paramilitares que actúan aisladamente, bajo ningún o poco control de las autoridades militares.

C. COMPETENCIA PERSONAL (*jurisdictio racione personae*)

De conformidad con la resolución 808 (1993) el Tribunal Internacional estaría encargado de juzgar a las personas físicas que incurran en las violaciones señaladas, excluyendo a las personas morales⁴⁰. Las personas físicas serían juzgadas por el Tribunal Internacional con independencia de su pertenencia o no a un grupo armado determinado.

37 Ver Th. MERON, "Rape as a crime under international humanitarian law", *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, págs. 424-428.

38 Ver nota 34.

39 Documento S/25704, pár. 48.

40 "Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced" ("Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 221).

En el inciso 1 del artículo 7 del Estatuto se dispone que todas las personas que participen en la planificación, preparación o ejecución de actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario en el territorio de la antigua Yugoslavia, contribuyen a cometerlos y son, en consecuencia, individualmente responsables por los mismos. En este sentido, el alcance de su competencia *ratione personae* del Tribunal Internacional, lo hace diferir de los tribunales internacionales penales *ad hoc* que lo precedieron, los cuales se encargaron de juzgar únicamente a los grandes jefes nazis y japoneses, y no a sus subordinados. Estos últimos fueron juzgados por los tribunales militares que, en sus zonas de ocupación respectiva, fueron creados por las Potencias Aliadas fundándose en la Ordenanza número 10 del Consejo de Control Aliado, de 20 de diciembre de 1945⁴¹. Por otro lado, el mismo inciso 1 del artículo 7 constituye una base para juzgar eventualmente a las personas que han suministrado material bélico y ayuda financiera a las partes beligerantes.

Por su parte, el inciso 2 del mismo artículo dispone que el acusado no podrá valerse de la inmunidad de jurisdicción fundada en la condición de Jefe de Estado o de gobierno. En este sentido, el Estatuto no hace más que retomar los términos del artículo 7 de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁴². Este Tribunal en su Sentencia se pronunció sobre el valor de la doctrina del "*Act of State*", de la que pretendían valerse los acusados, en los términos siguientes:

It was submitted that international law is concerned with the actions of sovereign States and provides no punishment for individuals; and further, that where the act in question is an act of State, those who carry it out are not personally responsible, but are protected by the doctrine of the sovereignty of the State. In the opinion of the Tribunal, both these submissions must be rejected. That international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon States has long been recognized⁴³.

41 Mientras que el Tribunal de Nuremberg únicamente juzgó a 19 importantes criminales de guerra nazis, los Estados Unidos condenaron a 1814 en su zona de ocupación, Gran Bretaña 1085, Francia 2107 y la U.R.S.S. alrededor de unos 10.000. Ver Ch. BASSIOUNI, op. cit., págs. 62 y ss.

42 El artículo 7 de la Carta del Tribunal de Nuremberg disponía: "The official position of defendants, whether as Head of States or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment".

43 "Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 220). De igual manera el III de los "Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg", codificados por la Comisión de Derecho Internacional", señala: "El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional" ("*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*", 1950, vol. II). Ver Iu. A. RESHETOV, "Groundlessness of the doctrine of act of state", in "*The Nuremberg Trial and International Law*", op. cit., págs. 117-118.

Más adelante agrega la misma Sentencia en relación con la inmunidad de jurisdicción de los particulares que ostentan cargos gubernamentales:

The principle of international law, which under certain circumstances, protects the representatives of a State, cannot be applied to acts which are condemned as criminal by international law. The authors of these acts cannot shelter themselves behind their official position in order to be freed from punishment in appropriate proceedings⁴⁴.

El inciso 3 del artículo 7 del Estatuto establece que la persona física que cuenta con autoridad dentro de uno de los grupos armados en conflicto, además de ser responsable por las órdenes ilegales que haya dado, puede ser declarada responsable si sabía o contaba con suficientes elementos para suponer que un subordinado se aprestaba a cometer un acto contrario al derecho humanitario⁴⁵, sin que tomara las medidas "necesarias y razonables" para impedirlo⁴⁶. Dada la cobertura que han hecho los medios informativos sobre las atrocidades cometidas en el conflicto yugoslavo, alegar ignorancia de las mismas será difícil para los superiores que eventualmente sean juzgados por el Tribunal Internacional.

De igual manera será responsable criminalmente el superior que, enterado de que un subordinado había cometido un acto violatorio del derecho internacional humanitario, no tomó las medidas correspondientes para castigarlo⁴⁷. Esta obligación de los superiores de "reprimir" a los individuos

44 "Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 221.

45 "For persons in command positions, notice may be imputed to defendants either from evidence of regular reporting or from the existence of widespread reports that would have been known to a reasonable person" (J. O'BRIEN, op. cit., p. 652).

46 Respecto al deber de "prevenir" de los superiores, el Estatuto retoma el principio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en "Re Yamashita", 327 U.S. 1, (1946) y "Homma v. United States", 327 U.S. 759, (1946), al confirmar las sentencias de las comisiones militares creadas por los Estados Unidos en Filipinas luego de la Segunda Guerra Mundial. Ambos casos fueron criticados por establecer un criterio sin precedentes en relación con la responsabilidad del mando, a saber, que los dos generales en cuestión "debían haber conocido y prevenido los crímenes de guerra cometidos por soldados a sus órdenes" (citadas por Ch. BASSIOUNI, op. cit., pág. 63).

47 Ambos deberes de los superiores militares de "prevenir" y "reprimir" violaciones del derecho internacional humanitario son estipulados en los artículos 86 y 87 del Protocolo I de las Convenciones de Ginebra de 1977. En particular el artículo 86 (2) dispone: "El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción".

bajo su mando es de particular importancia en virtud de la manera desordenada en que se han desarrollado las hostilidades en la antigua Yugoslavia entre las fuerzas beligerantes. En el caso de que no sea posible establecer que quienes perpetraron las violaciones habían actuado bajo las órdenes directas de sus superiores, estos últimos serán igualmente responsables por haber permitido que permanecieran impunes⁴⁸.

Con respecto a los subordinados, el inciso 4 del artículo 7, dispone que el hecho de actuar bajo las órdenes de un superior no exonera de responsabilidad penal al autor del crimen, y no puede valerse de esta situación como una causa de exoneración⁴⁹. Sin embargo, la obediencia a órdenes superiores será considerada como una circunstancia atenuante al momento de fijarse la pena, al mismo título que la coerción o la ausencia de posibilidad moral de opción. El Estatuto sigue al pie de la letra lo dispuesto por el Tribunal de Nuremberg sobre el particular en su Sentencia:

The true test which is found in varying degrees in the criminal law of most of the nations is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible⁵⁰.

En el informe del Secretario General se señala que el Tribunal se fundará sobre los "principios generales de derecho reconocidos por todas las nacio-

48 En este sentido señala el Profesor J. O'BRIEN: "In the former Yugoslavia, the military situation appears to be chaotic, with front-line forces operating under opaque (and perhaps nonexistent) lines of authority, spotty communications and rare direct orders. If orders or direct involvement cannot be found, prosecutions of political and military leaders will rest on the doctrine of command responsibility, which requires commanders to repress or punish violations of international humanitarian law by their subordinates" (op. cit., pág. 651).

49 El artículo 8 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg disponía: "The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment".

50 "Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 221. En igual sentido el IV principio de derecho internacional que la Comisión de Derecho Internacional codificó del Estatuto y las sentencias del T. de Nuremberg dispone: "El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción". Ver Iu. A. RESHETOV, "Responsability for the execution of criminal orders", in "The Nuremberg Trial and International Law", op. cit., págs. 118-120. R. CLARK estima que la exclusión de la excepción de obediencia debida y de la doctrina del "act of state" por el Tribunal de Nuremberg no han estado al origen de normas consuetudinarias en derecho penal internacional, lo que se demuestra al constatar que la mayor parte de los tratados posteriores en materia de crímenes internacionales no los han retomado ("Codification of the Principles of the Nuremberg Trial and the subsequent development of international law"), in "The Nuremberg Trial and International Law", op. cit., pág. 262.

nes⁵¹ para pronunciarse en relación con las diversas causas de exoneración de responsabilidad penal que eventualmente alegue la defensa de los imputados, tales como aquellas fundadas en la edad y la incapacidad mental.

Un aspecto que restringe la competencia personal del Tribunal Internacional, es la imposibilidad de juzgar a los presuntos delincuentes *in absentia*. A juicio del Secretario General, la ausencia del acusado en el juicio quebrantaría los principios básicos de la justicia penal, así como las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente el artículo 14. Tal restricción la establece el artículo 21.4(d) del Estatuto del Tribunal Internacional, que dispone que el imputado debe estar presente físicamente⁵². En este sentido, el Tribunal Internacional constituye un progreso, si así se puede calificar, respecto del Tribunal de Nuremberg, en el cual Martin Bormann fue condenado *in absentia*⁵³.

51 El artículo 38.1 (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que este órgano jurisdiccional aplicará "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas". El Tribunal Militar de Nuremberg habla de "principios generales de justicia": "The law of war is to be found not only in treaties, but in customs and practices of states which gradually obtained universal recognition, and form the general principles of justice applied by jurists and practiced by military courts" ("Judgement of the International Military Tribunal", op. cit., pág. 219). Ver BINCHENG, "General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals", Stevens, Londres, 1953; A. VERDROSS, "Les principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1935, to. II, págs. 195-251; McNAIR, "The General Principles of Law as recognised by Civilian Nations", *British Yearbook of International Law*, 1951, 1 y ss; P. WEIL, "Principes généraux du droit et contrats d'Etat", in "Mélanges Goldman", Litec, Paris, 1982, págs. 387-414. Sobre las causas de exoneración de la responsabilidad penal ver: E. ESSER, "Defenses in war crime trials", *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 24, 1994, págs. 201-222.

52 La misma fórmula es retomada por la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de estatuto para una jurisdicción penal internacional permanente (artículo 44 (1)h). Ver: "Draft Statute for an International Criminal Tribunal and Commentaries Thereto", op. cit., pág. 281.

53 No todos comparten el criterio del Secretario General; la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y la Comisión Europea de Derechos Humanos aceptan los juicios *in absentia* como una excepción a la regla de que el defendido debe estar presente, siempre y cuando sus derechos estén satisfactoriamente garantizados (H. VON HEBEL, op. cit, p. 453). En igual sentido manifiesta P. AKHAVAN que: "...although it is highly desirable to secure the physical apprehension of suspected individuals, it is not inconsistent with international law to hold trials *in absentia* if the individuals in question do not exercise their right to trial" (op. cit., pág. 282). El Profesor J. O'BRIEN estima que en el contexto de la antigua Yugoslavia los juicios *in absentia* son innecesarios si se pretende aprovecharlos para presentar pruebas contra los acusados en rebeldía, puesto que el Estatuto establece en sus artículos 18 y 19 un procedimiento de investigación preliminar que debe ser llevado a cabo por el Procurador del Tribunal Internacional y dirigido al establecimiento de una acusación formal contra un supuesto responsable (op. cit., págs. 656-657).

D. COMPETENCIA TERRITORIAL (*jurisdictio ratióne loci*)

El artículo 8 del Estatuto dispone que la competencia *ratióne loci* del Tribunal se extiende al territorio de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia, incluyendo su espacio terrestre, aéreo y sus aguas territoriales. Esta competencia territorial restringida, atribuida al Tribunal Internacional, contrasta con la atribuida por las Potencias Aliadas al Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, la cual le facultaba para juzgar precisamente a los criminales cuyos crímenes no era posible ubicar geográficamente. Los criminales "menores" y aquellos cuyos crímenes podían ser localizados geográficamente debían ser juzgados por los tribunales de los estados donde cometieron las atrocidades. En este sentido la Declaración de Moscú del 1º de noviembre de 1943 disponía:

Those German officers and members of the Nazi party who have been responsible for, or have taken a consenting part in the above atrocities, massacres and executions, will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of the free governments which will be created therein ... without prejudice to the case of the major criminals, whose offenses have no particular geographical localization and who will be punished by the joint decision of the Governments of the Allies⁵⁴.

De la cita anterior se desprende que desde antes de finalizada la II Guerra Mundial, los Aliados habían previsto un sistema de tratamiento diferenciado ("*double standard*") dependiendo de la "categoría" del criminal de guerra en cuestión, fundado en la localización geográfica de los crímenes. Cuando las infracciones de que fuere un individuo acusado se hubiesen llevado a cabo en un área geográfica determinada, el principio de territorialidad determinaría el foro competente y la ley aplicable ("*lex loci delicti commissi*").

La circunstancia de que el teatro de las operaciones bélicas está limitado al territorio de la antigua Yugoslavia, influyó en que no se adoptara un desdoblamiento semejante que pudiera limitar sustancialmente la competencia del Tribunal Internacional.

Por otra parte, si bien la guerra civil en Bosnia-Herzegovina es la que más ha conmovido la opinión pública mundial, de los términos en que está redactado el Estatuto se desprende que las infracciones al derecho internacional humanitario que se cometan en otras regiones de lo que constituía

54 "Department of State Bulletin", Nov. 6, 1943, pág. 311. En la Declaración de Moscú, suscrita el 1 de noviembre de 1943, los Aliados reafirman enérgicamente su intención de castigar a los criminales de guerra una vez finalizada la guerra.

hasta 1991 la República Socialista Federativa de Yugoslavia, caen igualmente dentro de la competencia del Tribunal Internacional. Aún más, de ocurrir en el futuro una intervención militar directa en el conflicto por parte de terceros Estados, el Tribunal Internacional estaría habilitado para conocer de las violaciones al derecho internacional humanitario que pudieren ser cometidas eventualmente por las fuerzas armadas de esos terceros Estados beligerantes.

E. LA CONCURRENCIA CON LOS TRIBUNALES INTERNOS

En virtud de que el "*locus delictis*" de las violaciones graves del derecho internacional humanitario es el territorio de uno o varios Estados recientemente independizados, y de la circunstancia de que terceros Estados cuentan con una competencia universal para juzgar muchos de los crímenes cometidos, la labor del Tribunal Internacional podría verse obstaculizada por el ejercicio concurrente de la jurisdicción criminal por parte de los tribunales internos de esos Estados. Cuidándose de respetar el principio del "*non bis in idem*"⁵⁵, el Estatuto ha establecido una competencia principal, aunque no exclusiva, en favor del Tribunal Internacional para juzgar a los supuestos criminales de guerra. En igual sentido, ha omitido manifestarse respecto del resarcimiento civil, reservando implícitamente esta cuestión a los tribunales internos.

1. El principio de "*non bis in idem*"

No obstante los términos del artículo primero del Estatuto, el Tribunal Internacional carece de una jurisdicción exclusiva sobre las infracciones al derecho internacional humanitario que se cometan en el territorio de la antigua Yugoslavia. En efecto, de conformidad con el artículo 9 del Estatuto, la competencia del Tribunal para conocer de los crímenes señalados, no impide a los tribunales internos de cada uno de los Estados implicados en el conflicto yugoslavo juzgar a los inculcados con fundamento en sus leyes y procedimientos internos. Sin embargo, el Tribunal Internacional cuenta con un derecho de prioridad que, en caso de concurrencia, le permite solicitar a un tribunal interno el traslado de una causa específica, en cualquier etapa en que se encuentren los procedimientos.

En igual sentido, y de conformidad con el principio del *non bis in idem*, el artículo 10 del Estatuto dispone que el acusado no podrá ser juzgado por un tribunal interno por los mismos actos por los que ha sido juzgado anteriormente por el Tribunal Internacional. Por otra parte, para los casos

55 Principio reconocido en el párrafo 7 del artículo 14 del Convención sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

en que el Tribunal Internacional tramite una causa contra un individuo que haya sido previamente juzgado por un tribunal interno, el inciso 2 del mismo artículo enumera dos excepciones al principio del *non bis in idem* en los términos siguientes:

2. Nadie que haya sido procesado por una jurisdicción nacional por hechos que constituyan graves violaciones al derecho internacional humanitario puede subsecuentemente ser procesado por el Tribunal Internacional, excepto si:

- a) El hecho por el cual ha sido juzgado fue calificado como un delito común; o
- b) La jurisdicción nacional no falló de manera imparcial o independiente, el procedimiento seguido buscaba sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional, o el procesamiento no fue llevado a cabo diligentemente.⁵⁶

El párrafo 2 (a) hace mención al caso en que un acto hubiese sido tratado como un delito común distinto de un crimen internacional a pesar de reunir las características de los crímenes internacionales mencionados en los artículos 2, 3, 4 y 5 del Estatuto. Por su lado, el párrafo 2 (b) establece prácticamente un procedimiento de revisión de lo resuelto por un tribunal interno. Algunos de los juicios que por crímenes de guerra fueron llevados a cabo por tribunales internos luego de la Primera y la Segunda guerras mundiales demuestran la necesidad de una disposición semejante, que, por lo demás, podría estimarse como contraria al principio de soberanía de los estados.

Cabe señalar que la cuestión de los procedimientos alternativos o de concurrencia de jurisdicciones no se plantearon en relación con los procesos de Nuremberg y de Tokio: las Potencias Aliadas custodiaban ya a los acusados y los estados del que eran nacionales los acusados habían sido derrotados incondicionalmente.

2. La fijación de la reparación civil

El Estatuto en el párrafo 3 de su artículo 24 señala que, además de las penas de prisión, la Cámara de Primera Instancia podrá ordenar la restitución a sus propietarios legítimos de los bienes adquiridos ilegalmente. Sin

56 La Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de Estatuto de una jurisdicción penal internacional permanente adoptó una solución similar, con modificaciones menores para tomar en cuenta la posibilidad de un juicio previo por otro tribunal internacional (artículo 45). Ver: "Draft Statute for an International Criminal Tribunal and Commentaries thereto", op. cit., págs. 282-283.

embargo no concede a las víctimas y a sus familiares acción alguna para interponer una reclamación civil por daños y perjuicios contra el acusado ante el Tribunal Internacional⁵⁷.

En este sentido, la restitución de bienes de que se hace mención, fundada en el principio del enriquecimiento ilícito, difícilmente puede ser calificada como una "*restitutio in integrum*", es decir, como una medida dirigida al restablecimiento del *statu quo ante*, que es la regla en materia de la responsabilidad en derecho internacional. Ante tal laguna jurídica, no queda más a las víctimas y a sus familiares que recurrir a los tribunales internos para buscar reparación civil adecuada. En todo caso, ser el Tribunal Internacional a través de su práctica y lo que disponga en su Reglamento, quien tendrá la última palabra al respecto. Podemos explicar esta omisión en la medida que el Consejo de Seguridad al crear el Tribunal Internacional ha tenido en mira establecer un procedimiento exclusivamente criminal, es decir, que castigue a los culpables de las infracciones contrarias al derecho internacional humanitario⁵⁸.

Por otra parte, puede cuestionarse la habilidad del Tribunal Internacional para determinar la propiedad de los bienes adquiridos ilícitamente en la ausencia de una reclamación por parte del legítimo propietario⁵⁹.

CONCLUSION

Por sus aspectos innovativos, la instauración del Tribunal constituye un progreso del derecho internacional en general, y en particular de la causa por el respeto del derecho internacional humanitario. En su Estatuto se retoman los desarrollos que en materia de derechos humanos y de derecho penal internacional han tenido lugar desde que los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio fueron creados. Al abarcar la jurisdicción del Tribunal todas las violaciones al derecho internacional humani-

57 El artículo 53 del proyecto de estatuto de una jurisdicción penal internacional de la C.D.I. faculta al tribunal para que imponga, además de las penas de prisión, multas por el monto que estime conveniente (*Ibid.*, págs. 287-288). El artículo 106 del Reglamento del Tribunal Internacional remite a las víctimas y a sus familiares a los tribunales internos para que formulen las reclamaciones civiles contra los condenados.

58 En igual sentido, al discutirse el párrafo 3 del artículo 53 del citado proyecto de estatuto de una jurisdicción criminal internacional permanente, algunos de los miembros de la C.D.I. consideraron que no era apropiado autorizar al tribunal penal internacional para que pueda ordenar la restitución de los bienes ilícitamente obtenido, labor que se estimaba era propia de una jurisdicción civil. (*Idem.*, pág. 288).

59 La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de narcóticos, drogas y sustancias psicotrópicas de 1988, contiene una reglamentación detallada de la confiscación de bienes de procedencia ilícita.

taria que se cometan en el conflicto que tiene lugar en la antigua Yugoslavia, con independencia de la jerarquía de quien las tolera, las ordene o las cometa, la justicia penal internacional se "democratiza": la circunstancia de ser juzgado por un tribunal penal internacional cesa de ser el "privilegio" de los jefes de un régimen en desgracia.

No podemos dejar de impresionarnos por la rapidez con que se obtuvo el consenso necesario para la creación del Tribunal Internacional ante la ineficacia de los instrumentos previstos convencionalmente para el control de la aplicación de las normas internacionales de protección de los derechos humanos y de las normas internacionales de derecho humanitario. Más aún, si se considera que ha tomado a la Comisión de Derecho Internacional más de cuarenta años para adoptar un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y para proponer la creación de un Tribunal Penal Internacional permanente.

Sin lugar a dudas, el hecho de que el conflicto yugoslavo se desarrolle a un par de horas de vuelo de las principales capitales europeas ha influido en el trato especial del que ha sido objeto en los principales foros internacionales. La creación de un Tribunal penal internacional *ad hoc* no es más que un ejemplo de este tratamiento privilegiado. Crímenes como los que se pretende ahora juzgar, y algunas veces más atroces, han sido reiteradamente cometidos en otras regiones del mundo en las últimas décadas sin que las Naciones Unidas se haya preocupado por instaurar mecanismos jurisdiccionales semejantes al aquí analizado con el fin de impedir que las violaciones al derecho internacional humanitario permanezcan impunes⁶⁰.

Cabe sospechar que el Tribunal Internacional ha sido creado para esconder la incapacidad de la Comunidad Internacional para tomar medidas realmente efectivas con relación a la crisis en los Balcanes. Al no requerir la creación del Tribunal Internacional el asentimiento de las partes involucradas, la misma puede ser analizada como una medida fácil, comparada con las que se requeriría para poner fin de manera adecuada a las violaciones graves de las normas humanitarias internacionales. El tiempo se encargará de demostrar si el Tribunal Internacional ha sido utilizado ante la opinión pública internacional para disfrazar la falta de determinación de la Comunidad Internacional⁶¹.

60 Es prematuro opinar hasta qué punto esta observación es desvirtuada por la reciente creación del Tribunal Internacional para Ruanda por el Consejo de Seguridad mediante resolución 955 (1994).

61 Sobre la actividad desplegada por el Tribunal luego de su constitución ver: L. VIERUCCI, "The first steps of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", 6 *American Journal of International Law* (1995), pág. 134 ss. M. BERGSMO, 'International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Recent developments', 15 *Human Rights Law Journal* (1994), pág. 405 ss.

VIOLENCE, DROITS DE L'HOMME ET DÉVELOPPEMENT EN AFRIQUE*

Isaac Nguema

Président de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples

I.- LES FORMES D'EXPRESSION ET D'ACTION DE LA VIOLENCE EN AFRIQUE

L'Afrique se présente à l'aube du 21ème siècle comme un immense brasier recouvert tout entier par une épaisse flamme rouge de sang et de la chaleur des larmes répandues par des manifestations de violence de tous ordres et de tout acabit: qu'il s'agisse du drame récemment vécu par l'Afrique du Sud, où pendant près de trois siècles, une minorité blanche a eu à opprimer, au nom de la supériorité de la race, une majorité de ce qu'il était convenu d'appeler "des gens de couleur" (expression ô combien aseptisée!), composés d'Indiens, de Métis, et de Nègres; qu'il s'agisse des assassinats et des meurtres perpétrés en Afrique du Nord au nom de l'intégrisme musulman; qu'il s'agisse des explosions et des massacres qui embrasent périodiquement le Burundi et le Rwanda et qui mettent, face à face, pasteurs et guerriers tutsi d'origine nilotique, d'une part, agriculteurs et cultivateurs hutu, d'origine bantou, d'autre part; qu'il s'agisse de guerres opposant, depuis bon nombre d'années, les populations chrétiennes et "animistes" du sud Soudan à celles du nord islamisées; qu'il s'agisse des exécutions sommaires, arbitraires ou extra-judiciaires qui scandent la vie des dictateurs et autocrates assoiffés de sang et de pouvoir; qu'il s'agisse des exactions et des crimes qui précèdent ou accompagnent l'instauration de régimes issus de coups d'Etat militaires; qu'il s'agisse du désarroi vécu par des réfugiés victimes des rivalités des grandes puissances, de guerres tribales, de famines cycliques ou endémiques; qu'il s'agisse du désespoir des communautés villageoises en voie de paupérisation ou de populations

* Les grandes articulations de cette étude ont été publiées dans le Revue "Parlements et Francophonie", no. 94-95, 1995.

en état de déchéance humaine provoquée par la maladie, voire la déliquescence de l'Etat.

Cette énumération, bien que longue, ne saurait être exhaustive. Elle ne concerne que l'action de ce que l'on serait tenté d'appeler des violences "structurelles", fruit du jeu et du dysfonctionnement des structures qui constituent pour ainsi dire la partie visible de l'iceberg.

Depuis les années 1989-1990, l'Afrique, en effet, est en proie à des vagues ininterrompues de violence que l'on pourrait croire (à tort) "conjoncturelles": ce sont en fait des échos et des ondes provenant de lames de fond dont le flux et le reflux accompagnent ou précèdent le déroulement des opérations électorales, consécutives à l'émergence du processus de démocratisation en cours en Afrique; elles constituent, pour reprendre la même image, la partie invisible de l'iceberg. Les rouslis et les remous provoqués par ces lames de fond, ont déjà donné lieu à l'irruption de quelques tourbillons dont les effets n'ont épargné, malgré la sagesse proverbiale de leurs dirigeants, ni le Togo ni le Congo, ni le Gabon ni le Soudan, ni le Zaïre ni l'Algérie, ni la Somalie ni Djibouti, ni l'Angola ni le Nigeria, ni le Kenya ni le Libéria, ni le Cameroun ni le Sénégal, etc.

Dans l'un et dans l'autre cas, la Communauté internationale et les Etats africains de l'ère post-coloniale ont mis en œuvre des thérapies de choc destinées à éteindre des flammes, à instaurer ou à restaurer la paix et la sécurité, ou tout au moins à réduire l'impact des violences invisibles, à défaut de pouvoir contenir le déferlement des violences ouvertes. Dans la plupart des Etats, ces remèdes de cheval ont abouti à des échecs. Quatre sources d'erreur ou de malentendu semblent à l'origine de ce fiasco.

La première concerne l'attitude adoptée par les Etats africains pour lutter contre les manifestations de violence génératrices de violations des droits de l'homme. La plupart des Etats, en effet, courent "après" les violences, attendent que les violences éclatent pour tenter "ensuite" de les juguler: ils se placent délibérément "derrière" les violences; c'est l'attitude de ceux qui semblent se préoccuper avant tout de protéger et de défendre leurs privilèges et leurs intérêts.

La conséquence, c'est qu'ils arrivent toujours trop tard sur le champ de bataille, le mal étant déjà consommé. A notre humble avis, les Etats doivent se placer "face" à la violence, aller à l'encontre de la violence, négocier avec la violence, prévenir la violence.

Dans la plupart des Etats, au lieu de mettre en œuvre cette politique de prévention, les dirigeants laissent se constituer des milices privées (voire

tribales), laissent circuler des armes, provoquent parfois de évènements pour pouvoir justifier l'intervention massive et brutale des forces de sécurité. D'autres opposent les ethnies les unes aux autres, les tribus les unes aux autres, les provinces les unes aux autres, etc. D'autres, enfin, optent pour une politique d'impunité quand ils ne vont pas jusqu'à soutenir le terrorisme d'Etat. C'est ainsi que l'appareil d'Etat semble se trouver entre les mains, au service de la protection et de la reproduction, d'une oligarchie de seigneurs de la guerre et d'une bureaucratie de la terreur.

La prévention des actes de violence peut pourtant se faire notamment par l'éducation; celle-ci doit commencer au sein de la famille; se poursuivre à tous les niveaux de l'enseignement: préscolaire, primaire, secondaire, supérieur; dans toutes les filières de formation technique ou professionnelle (écoles nationales d'administration, écoles de police, écoles de gendarmerie, écoles des instituteurs, écoles de la magistrature, écoles des infirmiers, écoles des ingénieurs, écoles des cadres du parti, etc); cette éducation doit porter aussi bien sur l'enseignement des droits de l'homme et de la démocratie que sur celui du droit humanitaire et de l'Etat de droit; cet enseignement peut se faire "à ciel ouvert" (par la presse écrite, radiodiffusée, télévisée, etc.) ou à l'intérieur de cadres ou de groupes fermés (syndicats, organisations religieuses, clubs, forces de sécurité, etc.).

La deuxième source d'erreur concerne l'origine ou la nature de la violence. Certains esprits pensent que les manifestations de violence observées en Afrique proviennent des pulsions de l'instinct tribal lié à la mentalité primitive (voire animale) de certains peuples de notre continent. D'autres croient que les manifestations de violence qui éclatent dans les Etats proviennent de l'étranger, et surtout des perversions et des scories que charrie la société de production et de consommation sur laquelle semble reposer la civilisation occidentale. Dans les deux cas, les dirigeants recherchent avant tout un bouc émissaire: c'est une démission, au mieux une fuite en avant; ils préfèrent confier aux forces de sécurité, aux tribunaux, au droit étatique et aux gens de robe, le soin de résoudre les problèmes de violence.

Les Etats africains doivent pourtant avoir recours à un système de gestion des conflits impliquant une participation directe (et non par intermédiaire), une action personnelle (et non par procuration), un rôle dynamique (et non mécanique) des parties et des acteurs sociaux en présence; système ayant pour objectif principal non seulement un règlement pacifique et amiable (par voie de négociation, par voie de persuasion, par voie de consensus ou de compromis), mais également un dénouement juste et durable ayant pour fondement et pour finalité, la sauvegarde, la garantie, la conservation, le renforcement de l'équilibre, de la cohésion, de la paix et de l'harmonie de la communauté.

La troisième source d'erreur concerne le sens de la violence en Afrique. La violence est universelle; elle existe de tout temps, elle existe dans toutes les sociétés; la violence coexiste avec la vie dont elle est inséparable. Seulement, chaque société, chaque civilisation, chaque culture possède dans les limites de temps déterminé et par delà des facteurs géo-stratégiques, politico-démographiques, techno-économiques et socio-culturels, sa propre manière de résoudre ses problèmes de violence correspondant aux objectifs et aux enjeux de son modèle de développement, de son projet de société ou de sa vision du monde.

En matière de gestion de la violence, les Etats africains se contentent d'imiter et de copier le modèle occidental de développement qui leur a été légué notamment par la société coloniale; de ce fait ils copient et imitent la manière dont les anciennes puissances coloniales, réglaient, sous l'époque coloniale, les problèmes de déviance sociale: par des coups de chicotte et par la voie de l'exil. Seulement, les coups de chicotte ont été remplacés, de nos jours, à la faveur du bouleversement des valeurs et de la transformation des techniques, par des coups de mitraillette, tandis que l'exil a été remplacé par la peine de mort.

La conséquence, c'est qu'on ne cherche plus à résoudre le problème social, on tient plutôt à le supprimer par l'élimination physique et radicale de ceux qui en révèlent l'existence: il n'y a plus de tolérance, il n'y a plus de possibilité de diversification, ni de différenciation des opinions; dans la meilleure des hypothèses, on prétend avoir recours à des élections pluralistes. Mais toute la société fonctionne sur le mode d'exclusion et d'uniformisation, et non sur le mode d'une démocratie de participation et de libération préalable à l'émergence de la patrie et du sentiment national.

La quatrième source d'erreur, enfin, concerne la signification de la violence telle qu'elle semble vécue par les masses africaines et telle qu'elle semble se dégager des représentations mentales des dirigeants.

La violence actuelle exprime et symbolise la volonté et la détermination de plus en plus affirmée des populations de sortir, coûte que coûte, du mode de vie tribal ou de la conscience ethnique et monolithique dans laquelle elles ont été tenues enfermées par la culture et le culte du monopartisme; ces populations entendent désormais vivre du commerce des idées et des valeurs correspondant à la construction et au développement de la communauté nationale, à la promotion de la communauté africaine, à l'émergence d'une nouvelle communauté internationale, aux exigences d'une nouvelle communauté humaine universelle, plus solidaire et plus juste. Ce mouvement est irréversible; il est même appelé à s'accélérer et à se cristalliser.

Ce mouvement est interprété, en revanche, par les dirigeants comme des manifestations des partis d'opposition dont le seul objectif viserait à les déposséder du pouvoir et à les priver des avantages et des privilèges acquis, pensent-ils, de haute lutte et de mains de maître.

Dans les deux cas, peuple et élite ne communiquent plus sur la même longueur d'onde; ils sont déconnectés; leurs intérêts divergent, leurs destins aussi. C'est le régime de la contestation permanente, de la confrontation systématique, de l'incompréhension généralisée et de la violence institutionnalisée.

A notre humble avis, cette situation ne peut exister si la base se reconnaît dans la personne et les attitudes de ceux qui sont censés l'incarner au sommet, et si les dirigeants reflètent dans leurs actes et dans leur comportement les aspirations et les valeurs des peuples avec lesquels ils sont censés être en interconnexion. Cela s'appelle la transparence démocratique. C'est le "chef" qui en détient la clé, compte tenu des fonctions pédagogiques (entre autres) que lui confère, en Afrique, le statu d'"ancien": en lui, le verbe se fait chair, l'expérience fonde et confirme la science, le savoir-faire et le savoir-être consacrent la sagesse et la liberté. Il n'y a plus de distance entre le dire et l'agir, entre l'être et le paraître, entre le discours et le parcours politique. Ce résultat ne peut être obtenu en Afrique que par voie d'intercommunication, de consultation, de discussion et de concertation permanente, entre la base et le sommet, d'une part, entre le sommet et la base, d'autre part. C'est le régime de l'interdépendance, de la solidarité, de la responsabilité et de la confiance réciproque entre les divers acteurs et les différentes couches de la communauté.

II. LE PROJET DE DÉVELOPPEMENT COMME PROCESSUS DE RESTRUCTURATION ET D'HUMANISATION DE LA VIE

Au moment où, face à cette situation, certains esprits considèrent l'Afrique comme un malade désemparé, au moment où d'autres enfin rêvent d'une "Afrique sans Africains", une question incontournable brûle sur toutes les lèvres. Que faire pour sortir l'Afrique de ce climat de violence apparemment généralisé, sinon institutionnalisé? C'est pour tenter d'entrevoir quelque pistes de réflexion destinées à enrichir l'orientation à donner à cette interrogation qu'il nous sera permis de consacrer la deuxième partie de cette étude.

Pour tenter de résoudre le problème posé, il convient d'écarter au préalable une voie faite de facilités: elle consiste à plaquer des morceaux d'étoffe neuve sur des trous béants qui se sont déjà déclarés sur le pagne

usagé qui sert d'habit de fête et de costume d'apparat à notre Patriarche qu'est l'Afrique. Il est évident qu'un tel raccommodage, un tel rafistolage ne résistera pas à l'usure de l'ensemble de notre vêtement. C'est pourtant la méthode préconisée et appliquée jusqu'ici par les divers programmes d'ajustement structurel, qu'il s'agisse de la dévaluation du franc CFA pour les pays africains de la zone franc, qu'il s'agisse de la réduction des effectifs pléthoriques de la fonction publique, qu'il s'agisse de la réduction drastique des salaires, qu'il s'agisse de la réduction des dépenses budgétaires pour honorer le service de la dette publique extérieure des pays africains.

Une autre approche tout aussi séduisante, consiste à éteindre le feu au fur et à mesure que les foyers d'incendie éclatent sur notre Continent. Cette deuxième voie ne nous semble pas féconde non plus, le feu pouvant prendre simultanément à plusieurs endroits à la fois. C'est pourtant le "réalisme" qui a présidé à la conception, à la définition, à la mise en œuvre et à l'application des programmes des régimes à parti unique de l'Afrique postcoloniale, qu'il s'agisse de régimes d'inspiration marxiste, qu'il s'agisse de régimes d'inspiration libérale.

En réalité, ce qu'il faut bien comprendre, c'est que l'Afrique vit et prétend vouloir se développer à partir de structures qu'elle n'a ni conçues, ni mises en place; ces structures sont le fait de puissances coloniales (ou néo-coloniales), qui n'avaient ni les mêmes objectifs, ni les mêmes intérêts, ni les mêmes stratégies, ni la même vision du monde. Il est tout à fait évident que l'Afrique vouée à l'indépendance dans l'interdépendance, solidaire, responsable, réconciliée avec elle-même et avec le monde, ne peut que connaître des échecs en voulant utiliser systématiquement et en toute candeur ces structures pour son développement.

D'un autre côté, ce qu'il nous faut souligner, c'est que même conçues et mises en place par l'Afrique elle-même, certaines structures et certaines valeurs ancestrales, sont aujourd'hui déconnectées des objectifs légitimes et dignes du développement de l'Afrique; elle sont devenues de simples mythes ou des pièces de musée témoins d'un passé révolu. A leur égard, l'enjeu commande de ne faire preuve ni de sentiment, ni de complaisance, mais de s'armer d'un bon sens de discernement, de lucidité, de rigueur et de vigilance permanente.

Enfin, que l'Afrique veuille se développer à partir de structures conçues et mises en place par son propre "génie", qu'elle se développe en prenant soin de se défaire et de se débarrasser, après les avoir exorcisés, des valeurs et des mythes ne répondant plus aux objectifs de la nouvelle vision du monde, le nouveau projet de société ne peut naître, être mis en œuvre que de la prise en considération préalable du cadre de vie et de la dimension du

sous-développement auxquels le projet doit pouvoir apporter de nouvelles structures et de nouvelles mentalités, aussi bien dans l'ordre interne que dans l'ordre international.

Dans ces conditions, une des solutions valables, à notre humble avis, consiste à faire table rase et à débarrasser l'Afrique de toutes les structures et de toutes les mythologies, qu'elles soient d'origine exogène, qu'elles soient d'origine endogène, qui ont été montées de toutes pièces, qui se sont tissées et qui se sont cristallisées autour du sort et du destin de notre Continent. En clair, l'Afrique a besoin d'un autre projet de société ou d'un autre projet de développement conforme à la vision de l'Afrique de l'an 2000.

Tout projet de développement ou tout projet de société se définit essentiellement par la conjugaison de deux séries d'éléments:

10. Les objectifs du projet de société ou du projet de développement se déployant par voie d'action et d'interaction.
20. Les stratégies et les mécanismes mis en œuvre, de façon à la fois cohérente et convergente, destinés à la réalisation des objectifs du projet de société ou du projet de développement.

Dans le cadre de l'Afrique, la définition des objectifs et des stratégies doit désormais s'effectuer à la lumière et sous la supervision de deux principes directeurs:

10. La nécessité de prendre en compte, d'une part, la situation actuelle de l'Afrique, d'autre part, les aspirations populaires et les besoins du continent africain;
20. La nécessité de prendre en compte les valeurs fécondantes et pertinentes des civilisations africaines actuelles, qu'elles soient d'origine endogène ou d'origine exogène.

S'agissant des objectifs, en effet, il va de soi que pour ce qui est du premier principe directeur, c'est-à-dire la prise en compte de la situation actuelle de l'Afrique, d'une part, des aspirations populaires et des besoins de notre continent, d'autre part, une double démarche s'impose.

Il convient en premier lieu de prendre la mesure de la nature et de la consistance du terrain sur lequel l'Afrique entend bâtir son nouveau projet de société ou son nouveau projet de développement.

La nature et les caractéristiques de ce terrain sont constituées, à titre principal (mais non exclusif), par l'héritage qui nous a été légué par

l'Afrique post-coloniale composée, comme chacun sait, par des régimes à parti unique. Sans avoir la prétention de le rappeler aux acteurs et aux victimes de ces régimes que nous sommes tous les uns et les autres, qu'il me suffise de dire que cet héritage se compose essentiellement de quatre piliers. Le premier pilier est constitué par l'absolutisme de chefs d'Etat. Ce pilier s'est construit, pour la clarté de notre exposé, à travers trois étapes successives:

- la personnalisation du pouvoir;
- l'autocratisation du pouvoir;
- la théocratisation du pouvoir à la faveur de laquelle ont été institutionnalisés le culte de personnalité et la sacralisation du chef de l'Etat. De cette conception du chef d'Etat, résultent dans la vie quotidienne, un certain nombre de conséquences.

La première, c'est que la vie et la mort du citoyen dépendent de la seule volonté du chef d'Etat qui détient, à cet effet, entre ses mains, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire, le pouvoir médiatique; d'où la politique d'impunité et le terrorisme d'Etat pratiqués par certains régimes africains. La violence et l'arbitraire se trouvent de ce fait institutionnalisés.

La deuxième conséquence, c'est l'institutionnalisation des présidences à vie, qu'elle soit de fait, ou " de jure", sans aucune possibilité d'alternance.

La troisième conséquence, c'est l'institutionnalisation des coups d'Etat militaires, ce qui a déclenché à son tour, d'une part, le réflexe d'"ethnicisation" des forces armées chargées de la sécurité de l'Etat, d'autre part, le phénomène de "mercénarisation" de la garde présidentielle, terme ultime du processus de privatisation de ce qui autrefois, faisait fonction de garde républicaine.

La dernière conséquence, c'est la vocation des chefs d'Etat à soumettre à leur autorité les chefs des diverses communautés religieuses, quand ils ne réunissent pas eux-mêmes sur leur tête la qualité de chef des différentes familles spirituelles, voire des diverses sectes ésotériques (maçonnique, islamique, rosicrucienne, chrétienne, voire synchrétique, etc.) officiant sur le sol national.

Le deuxième pilier légué par les régimes à parti unique, est constitué par la patrimonialisation de l'Etat.

L'Etat postcolonial fait partie intégrante du patrimoine personnel du chef d'Etat, dont l'actif, constitué par les ressources de la Nation, profite au

seul titulaire du patrimoine, et dont le passif est mis sur le compte de l'Etat au titre de charges publiques. En outre, la plupart des services gérés par les agents de l'Etat sont susceptibles d'être négociés ou commercialisés moyennant notamment perception de sommes d'argent, que cela s'appelle "frais de commission" à l'occasion de la fourniture de marchés publics, que cela s'appelle "pot-de-vin", que cela s'appelle "dessous de table", "bakchich", que cela s'appelle "pommade" destinée à "huiler" les mécanismes de fonctionnement de l'appareil administratif, ou plus simplement "crème" (à raser) destinée à ramollir la barbe (des agents de l'Etat).

De cette conception de l'Etat, on ne retiendra ici que les principales conséquences:

1. la personnalisation des règles de gestion et la personnalisation de la finalité de l'Etat (d'où l'absence de transparence totale observée ou niveau de la gestion et du destin de l'Etat);
2. l'institutionnalisation des détournements des deniers publics et l'émergence du problème de la dette publique extérieure des Etats africains;
3. la précarisation et la fragilisation de l'Etat, qui conduit les investisseurs, nationaux ou étrangers, à rentabiliser leurs entreprises à très court terme au prix de bénéfices fort exorbitants.

Le troisième pilier légué par le monopartisme, c'est la tribalisation de la société et de la politique de développement et d'aménagement du territoire.

Dès qu'un chef d'Etat a été choisi en effet dans un groupe ethnique, une tribu, un clan, un village, automatiquement les membres du village, du clan, de la tribu et du groupe ethnique deviennent, "mutatis mutandis", de petits chefs d'Etat, que l'on retrouve à la tête de tous les secteurs d'activités aussi bien public, parapublic que privé, parfois au mépris des règles de compétence technique ou des exigences de moralité attachées aux conditions d'exercice de certaines fonctions, le chef d'Etat, dans tous les cas, ayant juridiquement le pouvoir discrétionnaire de nommer aux emplois de l'Etat et de procéder à la promotion et à l'avancement des titulaires.

Pendant le même temps, tous les autres citoyens ne sont plus identifiés et reconnus qu'en fonction de leurs origines ethniques, tribales, claniques, à l'exclusion de leurs aptitudes, de leurs travaux personnels, de la formation assumée, ou de leur mérite particulier, etc.

Deux conséquences résultent du phénomène de la tribalisation de la société en particulier.

La première, c'est l'incompétence et l'irresponsabilité des agents de l'Etat aussi bien dans l'ordre interne qu'au plan international (diplomatique, notamment).

La deuxième conséquence, c'est l'institutionnalisation de la politique des quotas ou des équilibres ethniques, linguistiques, tribaux ou provinciaux des candidats, à l'occasion de l'admission à l'université, de l'intégration dans la fonction publique ou du recrutement dans le secteur privé, certains Etats s'appuyant pour ce faire, sur le concept fallacieux de discrimination positive.

La tribalisation de la politique de développement et d'aménagement du territoire national a eu, quant à elle, pour cause et pour conséquence, la création et la consécration de pôles d'excellence ou de véritables métropoles situés dans les provinces dont les chefs d'Etat sont originaires, les autres provinces étant laissées pour compte, constituées tout au plus en réservoir de main d'œuvre, de matières premières ou de matières grises, statut qui était jadis réservé aux anciens territoires d'outre-mer sous le régime colonial.

Dans ce même registre, une autre opposition a fait son apparition dans le paysage socio-politique national, celle plus scandaleuse et plus injuste qui prend corps, qui se développe et qui se cristallise entre, d'une part, la vie opulente, sinon insolente menée dans les villes, d'autre part, la vie misérable, parfaitement indigne et pleine d'incertitude menée dans les villages et la périphérie des agglomérations urbaines, ce qui n'empêche pas le village du chef de l'Etat de devenir, au fil des ans, le nombril et le soleil de la nation.

Le dernier pilier légué par les régimes à parti unique, c'est l'accumulation, la monopolisation, la capitalisation et la confiscation des ressources par une oligarchie de privilégiés et une ploutocratie d'autant plus arrogante qu'elle est d'origine bureaucratique.

Deux conséquences semblent résulter de cette situation.

La première, c'est l'exclusion et la marginalisation de la majorité des nationaux, des centres de conception et de prise de décisions portant sur la vie et le destin de la Nation, ce qui entraîne la paupérisation et la misère du peuple, quant celui-ci ne se nourrit pas plutôt du parasitisme né de la clientélisation et de la lazarisation du citoyen.

La deuxième conséquence, c'est la désacralisation, pour ne pas dire, la prostitution des règles de la vie publique (favoritisme et laxisme, népotisme et tribalisme, égoïsme et matérialisme, sectarisme et dogmatisme, pour ne pas dire intolérance et fanatisme).

Tels apparaissent les piliers légués par le monopartisme; ils doivent être connus et consacrés comme des modèles à éviter et non à imiter, comme des modèles à déboulonner et non à conserver.

Mais, avons-nous dit plus haut, la nécessité de prise en compte de la situation actuelle de l'Afrique s'accompagne également de la nécessité de prise en considération des besoins du continent et des aspirations populaires pour la définition des objectifs nouveaux. Les besoins sont connus: lutte contre la faim, la sécheresse, la pauvreté, la maladie, l'ignorance, l'analphabétisme, etc. La satisfaction de ces besoins constitue une condition préalable à défaut de laquelle le projet est voué à l'échec. Les aspirations ont été, quant à elles, proclamées et énoncées en effet tout au long des conférences nationales qui se sont déroulées autour des années 1990.

Ces aspirations concernent, selon la nouvelle structuration de la société, le domaine politique, le domaine économique, le domaine social, le domaine des valeurs morales, spirituelles, intellectuelles et éthiques.

Elles s'appellent séparation, partage, contrôle du pouvoir et participation populaire à son exercice; partage équitable des privilégiés et des richesses, participation à la conception, à la gestion et à l'orientation de l'appareil économique, aussi bien en ce qui concerne la production, la distribution, la commercialisation qu'en ce qui concerne la consommation des biens et services. Ces aspirations s'appellent solidarité et unité nationale, égalité des citoyens ou des communautés devant la loi et les chances de progrès, justice sociale. Ces aspirations s'appellent liberté et dignité du citoyen, culte de la conscience nationale, de la conscience professionnelle, amour de la patrie, primauté de l'intérêt général et de l'intérêt supérieur de la Nation. Ces aspirations s'appellent, enfin, sur le plan administratif, décentralisation et autonomie administrative, séparation de l'Eglise et de l'Etat, neutralité des forces de sécurité et devoir de réserve des serviteurs de l'appareil administratif.

Voilà de quelle manière la situation actuelle, les besoins et les aspirations populaires de l'Afrique commandent la définition de nouveaux objectifs. Pour ce qui concerne la définition de nouvelles stratégies, celles-ci doivent également être déterminées compte tenu de la situation vécue sous le régime du monopartisme, d'une part, compte tenu des valeurs et des aspirations populaires, d'autre part.

Sans vouloir reprendre l'étude exhaustive des fondements et de fonctions de ces nouvelles stratégies, disons simplement que les aspirations et les revendications entendues tout au long des conférences nationales précédemment évoquées, visent essentiellement l'instauration d'un Etat de

droit et son corollaire, le respect et la protection des droits de l'homme; ces aspirations visent ensuite l'instauration d'élections multipartistes, populaires, démocratiques, libres et transparentes; elles visent l'instauration de l'indépendance judiciaire et la promotion du droit à la justice; elles visent enfin l'instauration de la liberté d'expression et la promotion du droit à l'information.

Examinons à présent l'influence et la portée du deuxième principe directeur qui doit inspirer la définition ou la conception du nouveau projet de développement ou du nouveau projet de société: il s'agit de la nécessité de tenir compte des valeurs positives de nos civilisations africaines et corrélativement de la nécessité de nous défaire et de nous débarrasser des valeurs mortes, déconnectées des objectifs actuels de développement.

La nécessité de tenir compte des valeurs humaines des civilisations africaines (traditionnelles, notamment) doit commander aujourd'hui la définition des institutions et des procédures; elle doit commander aussi les conditions de mise en œuvre de ces institutions et de ces procédures. Nous prendrons à cet égard deux exemples dont le premier concerne la conception de l'Etat, dont l'autre concerne la conception de la Démocratie.

L'Etat qui a été légué à l'Afrique par les anciennes puissances coloniales est généralement conçu comme étant fait à l'image de Dieu (il s'agit du Dieu chrétien). De cette conception et de ces représentations symboliques et mentales résultent ses principales caractéristiques.

Il s'agit d'abord d'un Etat unitaire qui ne peut souffrir la présence d'autres divinités ou d'autres communautés devant sa face, que ces divinités s'appellent race, ethnie, tribu, clan, que ces communautés s'appellent corporation, clubs, classes sociales, etc. L'Etat occidental est un Dieu jaloux de ses prérogatives. Il s'agit ensuite d'un Etat tout puissant, centralisateur, autoritaire, doté d'un pouvoir absolu. Il s'agit en troisième lieu d'un Etat omniscient, extérieur à la société des hommes dont il connaît pourtant les besoins et les désirs et qu'il gouverne de façon objective, abstraite, neutre et impersonnelle par des lois et des décrets. Il s'agit enfin d'un Etat transcendant qui trône au-dessus des hommes et qui ne tient compte ni de leur race, ni de leur couleur, ni de leur sexe, ni de leur âge, etc. L'Etat a une conception mécanique et statique de la société humaine. C'est un Etat souverain, d'une souveraineté et d'une impartialité absolues.

L'Etat africain traditionnel relève, quant à lui, d'une toute autre vision. Cette vision agit et s'exprime par une pensée animée par une logique qui n'est plus conceptuelle, mais à la fois fonctionnelle et pluraliste. A quoi sert l'Etat? se demande la pensée traditionnelle africaine. La question "Qu'est-

ce que l'Etat?" lui est étrangère. De cette vision résultent ses principaux caractères.

Le premier caractère de l'Etat traditionnel africain, c'est son caractère pluraliste: il n'y a pas un Etat, mais plusieurs structures remplissant des fonctions étatiques. En Afrique, l'uniformité comme le silence tue. En Europe, la cohésion sociale résulte de l'homogénéité et de l'uniformité d'un modèle décapant, pur et dur, pour ne pas dire desséchant et déshumanisant.

Le deuxième caractère de l'Etat traditionnel africain c'est son caractère dynamique: certes celui-ci est formé en effet de plusieurs structures ayant chacune une fonction sociale distincte; mais c'est la mise en œuvre de toutes ces fonctions distinctes, à la fois interdépendantes et complémentaires qui assure la prospérité, la paix, la cohésion, l'harmonie, la sécurité, la solidarité, l'équilibre, la pérennité, bref, le bonheur de la communauté villageoise, aucune de ces structures ne pouvant à elle seule, assurer, comme le fait l'Etat moderne, le bonheur du village.

Le troisième caractère de l'Etat traditionnel africain, c'est sa vocation à mettre en œuvre, pour gouverner la société, non pas la force et l'autorité des lois et des conventions, mais le savoir faire et le savoir être de l'homme entendu au sens concret du terme. Les conflits se règlent non en fonction des normes pré-établies et impersonnelles, mais par le dialogue permanent (sans doute patient) et le frottement continu résultant du contact direct entre les intéressés, l'Homme africain étant réfractaire à l'effet dévitalisant et mortifère des lois et des conventions. L'Homme africain assume sa propre responsabilité, sa propre sécurité, sa propre liberté, sa propre souveraineté. L'Homme est le remède de l'Homme, comme disent les Wolofs (Sénégal).

Le quatrième caractère, c'est l'absence de séparation entre société civile et Etat. L'Etat n'est ni transcendant, ni extérieur, ni souverain. C'est un Etat immanent, qui cohabite, qui communique, qui communit avec la société dont il est inséparable. L'Etat-nation n'est pas, quant à lui, une somme, une addition, une collection d'individus, mais une communauté globale.

Il n'est pas exclu que l'on puisse avoir recours aux caractères de l'Etat africain traditionnel pour déterminer la conception de l'Etat africain d'aujourd'hui, lequel gagnerait à être décentralisé, déconcentré, foncièrement démocratique, vivant en interconnexion avec la société civile.

Pour ce qui est de la conception, non plus des institutions et des procédures mais des conditions de mise en œuvre des institutions et de procédures, nous avons choisi de retenir l'exemple de la Démocratie.

Sans avoir l'ambition de faire une étude exhaustive et approfondie sur cette notion, notamment quant à sa légitimité et quant à sa finalité dans les sociétés traditionnelles africaines, il suffit de rappeler, selon l'opinion actuellement dominante, que dans une civilisation ou dans une société donnée, au-delà des variations dues en particulier à des facteurs géographiques, démographiques, technologiques et historiques, la manière de concevoir le modèle de société et la manière de concevoir le système de démocratie sont, l'une et l'autre, prisonnières d'une même logique, dont le contenu ne varie pas (ou en tout cas ne change que sur le très long terme) et sans laquelle aucune vie sociale (sans violence) ne serait possible. En d'autres termes, tout système de démocratie n'a de sens qu'intégré au sein d'un modèle de société lequel obéit à des objectifs et à une logique propre¹.

Cette logique détermine à la fois le système démocratique, mais en même temps le dépasse, en ce sens qu'elle limite et en même temps permet des possibilités d'action et d'innovation du système démocratique, qui corrélativement, à son tour, rétroagit sur le modèle de société dans la mesure des possibilités que lui laisse la logique du modèle de société.

Chaque modèle de société crée ainsi le système démocratique correspondant; ce dernier rétroagit à son tour, en l'inspirant par la même logique qui est mise en œuvre, sur le modèle de société dont le système démocratique va refléter en même temps les traits caractéristiques.

Partant de cette approche nouvelle, nous devons constater que sur quatre points au moins, la démocratie africaine se distingue de la démocratie occidentale.

En premier lieu, l'on ne peut s'empêcher de relever dans l'organisation des activités majeures et la conduite des fonctions vitales de la communauté, la participation, le concours, l'implication et la responsabilité de tous les acteurs et de toutes les composantes de la communauté de référence, qu'il s'agisse du rôle de la femme, de l'homme, du jeune, du vieillard dans la communauté villageoise, qu'il s'agisse de la fonction des clans, des castes, des classes sociales ou des lignages au sein de la communauté tribale, etc. Dans cette société ancestrale à la fois diversifiée et pluraliste, chacun des membres de la communauté et chacun des acteurs de la vie sociale se trouve en effet investi d'un statut spécifique privilégié auquel se trouve attaché l'exercice d'un rôle ou d'une fonction spécialisée, imposée par la tradition.

1. Cf. Isaac NGUEMA, "La démocratie, l'Afrique et le développement", Revue de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et de Peuples, tome 2, numéros 1/2, 1992, p.87.

C'est la mise en œuvre de toutes ces fonctions et de tous ces rôles à la fois complémentaires et interdépendants, qui assure la cohésion sociale et le bien-être de la communauté. Nous sommes assurément en présence d'une démocratie de participation, à responsabilité partagée, fonctionnant pour ainsi dire comme une "société en nom collectif".

De la nature de cette démocratie de participation et de partage, il résulte que le mode normal de transmission des pouvoirs, des fonctions, des statuts et des rôles se fait par la voie héréditaire, de façon progressive et pragmatique, excluant tout mode mécanique, instantané et radical pouvant déboucher sur des décisions irréversibles et définitives.

Le mode de règlement des conflits s'opère, quant à lui, au moyen de solutions acquises à la suite d'un long processus de discussion, de négociation, de persuasion, de concertation ("la palabre africaine") où chaque membre de la communauté s'efforce de participer, d'exprimer et de justifier ses opinions et ses convictions. La solution, virtuelle et potentielle au départ, se dégage et sort petit à petit de la gangue et des faisceaux de possibilités et d'opportunités offertes par le contexte de référence, elle s'actualise par touches et retouches répétées, par des avances progressives, susceptibles d'être remises en question, le cas échéant, par des reculs ou des arrêts momentanés et successifs, jusqu'à ce que l'intérêt et le destin de la communauté commande que les membres et les acteurs s'engagent, en fin de compte, sur la voie d'une symphonie de tons consensuels d'abord, sur celle d'une mélodie harmonieuse ensuite, où la pluralité et la diversité des tons discordants n'ont aucune peine à se rapprocher et à se fondre à la faveur et en vue d'un compromis dynamique et durable. Sous ce rapport, la démocratie de participation prend l'allure et la forme d'une démocratie de consensus ou de conciliation.

Dans les sociétés homogènes occidentales produites par la philosophie des lumières et qui conçoivent la vie comme fondée en revanche sur les lois et les principes de la primauté de la libre initiative, de la libre entreprise, de la libre concurrence et de la libre détermination de son destin, c'est surtout la notion de démocratie d'exclusion et de rejet, corrélative de la notion de démocratie d'accumulation et de concentration, sans partage possible de responsabilité, qui prédomine; elle correspond à la logique du modèle de société: une majorité électorale exclut, élimine mécaniquement en principe la minorité de la gestion et de la conduite des affaires de la société; la notion de majorité (ou de minorité) est conçue et vécue de façon mécanique et comptable, là où en Afrique les conflits se règlent, non en fonction de lois (électorales) préétablies et extérieures, mais par le jeu de solutions pour ainsi dire autocentrées, puisque sorties du frottement, de l'intimité, des entrailles et des profondeurs des "ventres" des membres et des composantes de la communauté.

De la nature de ce système de démocratie d'exclusion, il résulte que le jeu et la scène politique exclut l'implication et l'intervention de la société civile; dans cette société civile, les riches éliminent les pauvres et les clochards, les vieillards sont ressentis et repoussés comme des déchets qui empoisonnent l'existence de leurs enfants, quand ils ne sont pas parqués dans des réserves baptisées, hospices de vieillards; les nouveaux-nés sont rejetés par les mères célibataires; les femmes pour survivre se livrent à la prostitution, pendant que les hommes pour s'affirmer s'adonnent aux secrets plaisirs de l'homosexualité. On serait tenté de dire que la société occidentale est une forme de perversion de la vie.

En réalité, c'est l'essence même d'un autre modèle de développement: un modèle d'exclusion.

Sur le plan de la gestion administrative de l'Etat, la démocratie d'exclusion donne naissance à l'institutionnalisation du "spoils system" américain, et de la pratique de "la chasse aux sorcières" des pays francophones, à la résignation et au désespoir des laissés pour compte et au désarroi de tous les autres mécontents: "le chien aboie, la caravane passe".

Sur le plan des mentalités, la démocratie d'exclusion chère aux sociétés occidentales débouche aujourd'hui sur la promotion d'un modèle de développement dans lequel la composante économique et financière, au lieu de concourir, en interaction et en équilibre, avec les autres composantes, du modèle de société, à donner un sens à la vie, a acquis par elle-même une telle valeur et un tel "prix" que la satisfaction des seuls besoins correspondants constitue le seul objectif, le seul programme, le sens unique et la finalité ultime de la vie. Cette démocratie à la fois concurrentielle et matérialiste, fonctionnant sur la base de l'individualisme et de la recherche fébrile du gain et du profit, consacre enfin de compte² la logique de l'autonomisation, de l'omnipotence, de la suprématie et de l'oppression de la rationalité économique. C'est la démocratie fondée sur la logique des lois du marché.

En deuxième lieu, une des caractéristiques majeures de la démocratie africaine est, comme cela a été relevé plus haut, constituée par l'importance et le rôle de solutions mises en œuvre, en cas de conflits, par voie de concertation et de négociation entre le sommet et la base, d'une part, entre la base et le sommet, d'autre part, de la communauté. En Afrique, il convient de le rappeler, de même qu'il n'y a pas, sur un plan horizontal, d'opposition entre individu et groupe, il n'y a pas sur un plan vertical d'opposition entre "gouvernant" et "gouverné". Le rapport n'est ni un rapport de domination

2 Comme le dit si bien Serge LATOUCHE, dans son ouvrage "la planète des naufragés", La Découverte. Paris 1991, p.371),

ni un rapport de subordination. Le rapport est un rapport d'interconnexion: le "gouvernant" n'est pas séparé, ni détaché de la catégorie des "gouvernés": les "gouvernés" ne consentent aucune délégation de pouvoir à la catégorie des "gouvernants". Il n'y a ni classe ni caste inférieure. La hiérarchie n'est pas linéaire, mais pour ainsi dire circulaire et synallagmatique.

C'est que la démocratie africaine n'est, par sa nature et ses structures par son esprit et par sa pratique, ni une démocratie de confrontation, ni de contestation: c'est un mode de vie et d'action fondé sur l'intercommunication l'intercompréhension, le dialogue, la visibilité, la transparence, la confiance, l'interdépendance et la solidarité.

Dans les sociétés occidentales en revanche, il existe une cassure et une rupture entre le "gouvernant" et le "gouverné", entre l'élite et le peuple, entre l'élu et l'électeur. La démocratie occidentale dite représentative fonctionne en fait à la manière d'une "société anonyme" dans laquelle actionnaires et dirigeants qui s'ignorent les uns les autres, sont reliés uniquement par la logique du profit: les gestionnaires ne se soucient pas de la couleur, de l'odeur et de l'origine des capitaux, préoccupés qu'ils sont uniquement par la marche et la prospérité de l'entreprise. Les actionnaires, de leur côté, ne se soucient guère des conditions de vie faite aux agents de l'entreprise, bienheureux et fiers qu'ils sont de recueillir, d'accumuler et de capitaliser, sans coup férir, dividendes et bénéfices.

La démocratie occidentale est pour ainsi dire une démocratie "anonyme" où les seules rencontres entre les divers acteurs et les diverses composantes de la société (qui sont à l'origine des diverses disciplines intellectuelles) n'ont lieu qu'à l'occasion de lutte, des revendications et des confrontations sociales. Elle met en permanence et face à face, des gens sourds et muets, d'un côté, des gens aveugles et constipés, de l'autre: toute communication humaine s'avère impossible. La démocratie occidentale débouche enfin de compte sur "un désert d'hommes", envahie, traversée, subjuguée et affectée qu'elle est par la sécheresse des cœurs et des valeurs spirituelles, par le poids de la solitude de la condition humaine, par un déficit avéré de confiance et de communion. Elle est au service d'une poignée et d'une collection d'individus. C'est la démocratie de la peur.

En troisième lieu, il convient de relever le caractère éminemment concret et non abstrait de la notion de démocratie dans les civilisations africaines: celle-ci ne se proclame ni ne se décrète par des discours; elle se vit et c'est par les actes que posent les membres et les acteurs de la communauté que s'affirme l'essence et la substance de la démocratie. La notion de démocratie n'est pas, comme dans les sociétés occidentales, simplement formelle et pour ainsi dire hypocrite. La démocratie africaine est une

démocratie centrée sur l'action et l'effectivité de la participation du citoyen; elle n'est pas fondée sur les déclarations, les proclamations, les discours et les professions de foi des dirigeants, tout spectacles formels dont on assure en revanche de façon rituelle, le culte, la célébration et la sacralisation dans les sociétés occidentales.

Enfin, il y a lieu de relever que la démocratie africaine est d'une conception fondamentalement libertaire et non autoritaire. Chaque acteur, chaque communauté y joue son rôle selon un rythme qui lui est particulier. C'est cette diversité qui crée la vie. "Quand, en parcourant les villages de la contrée, dit un proverbe de mon terroir, tu trouves les habitants en train de danser debout, tu dois (en ta qualité d'étranger) danser debout; si tu les trouves en train de danser couchés, tu dois danser couché; si tu les trouves en train de danser assis, tu dois danser assis, s'ils dansent à genou, tu dois danser à genou, car chaque village, à propos de la même danse, possède son propre pas et son propre style, qui lui permet d'atteindre, par rapport aux autres villages, le prix d'excellence, qui n'est autre chose que la consécration de la plénitude de la vie"; "c'est la diversité et la variété des ingrédients qui donnent du goût et de la saveur à la sauce". La démocratie n'est pas un système rigide, coulé dans des moules figés une fois pour toutes. Elle est avant tout au service du destin de la communauté et des besoins vitaux de la conscience communautaire; d'où la plasticité, sinon l'élasticité, la spontanéité même des règles et des solutions mises en œuvre.

Il n'est pas exclu que l'Afrique puisse remettre aujourd'hui en œuvre une démocratie de participation et non d'exclusion. Dans la société ancestrale en effet, la logique africaine commande que les pôles de sens contraires s'attirent et qu'ils soient condamnés à l'union, là où la pensée occidentale semble condamner les pôles de sens contraires à être en opposition perpétuelle pour ne pas dire en situation d'exclusion permanente.

S'agissant en effet des besoins actuels de l'Afrique, il est dangereux d'exclure de la gestion des affaires les partis qui n'ont pas eu la majorité aux élections. Il est dangereux de laisser cette gestion uniquement entre les mains du seul parti majoritaire. Deux raisons principales conduisent à ces conclusions:

1. la nécessité de créer l'unité et la conscience nationales au lieu et place des consciences tribales ou ethniques;
2. la nécessité de s'assurer du concours et de la participation de toutes les énergies en vue de la réalisation du projet de développement.

C'est donc dire que l'Afrique doit refuser et fuir comme la peste le "spoils system" américain (système de dépouilles), ou le système de la chasse aux

sorcières inspiré des traditions démocratiques françaises, par exemple, alors que dans le même temps, ces traditions occidentales s'appuient sur la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (entre autres) qui interdit de tenir compte de la race, de la classe, des options religieuses ou des opinions politiques des citoyens dans l'exercice de leurs fonctions.

C'est ce nouveau projet de société ou ce nouveau projet de développement que l'Afrique doit pouvoir mettre en œuvre pour assurer son développement.

III. LES NOUVEAUX MÉCANISMES DE GESTION DE DROITS DE L'HOMME

La conception de ce nouveau projet de développement doit inspirer la nature et la structure des nouveaux mécanismes de promotion et de protection des droits de l'homme et des peuples.

Cette entreprise commande désormais la révision des dispositions contenues dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981; elle exige ensuite la mise en œuvre de nouvelles méthodes de travail au sein de ces nouveaux mécanismes.

La définition des nouveaux mécanismes africains de la gestion des droits de l'homme et des peuples doit viser la prise en compte de nouvelles missions: aux deux missions fondamentales énoncées dans la Charte (que sont la mission de promotion et la mission de protection des droits de l'homme), on doit ajouter la mission de régler les conflits et d'exercer un pouvoir juridictionnel permettant de prendre des décisions dans le traitement des plaintes soumises à examen (ce rôle étant exclusivement réservé jusqu'ici à la Conférence des Chefs d'Etats): les chefs d'Etat ne devraient plus être à la fois juges et parties. L'Afrique réclame la séparation et de la coopération des pouvoirs!

Ces mécanismes devraient notamment assurer le suivi et l'exécution de ces décisions de caractère juridictionnel: d'où la nécessité de créer, à part, parmi ces mécanismes, une Cour Africaine des Droits de l'Homme, en outre, ces structures devraient être chargées de façon responsable et solidaire des missions de supervision du déroulement du processus de démocratisation, tâches pour lesquelles la Commission a si souvent été appelée par les gouvernements soucieux de garantir l'objectivité et l'impartialité des résultats.

Les objectifs de la révision des principes et des mécanismes de gestion des droits de l'homme et de la démocratie devraient concerner en deuxième

lieu la définition des règles de leur organisation et de leur fonctionnement: il serait souhaitable en effet d'instituer des incompatibilités entre l'exercice de certaines fonctions nationales (membres de gouvernement, ambassadeurs, etc.) et l'exercice de fonction de membre des nouvelles institutions (ce qui n'est pas le cas actuellement); en outre, le nombre de membres pourrait être augmenté pour tenir compte de la création ou de l'admission (au sein de l'Organisation de l'Unité Africaine) de nouveaux Etats (Afrique du Sud, Erythrée, etc.); dans tous les cas, la répartition des membres devrait obéir à la tradition d'une représentation équitable de toutes les régions et des sexes de l'Afrique (la Commission ne compte qu'une seule femme en 1994 et aucun représentant de l'Afrique australe); les membres de la Commission devraient enfin relever d'un corps spécialisé et assurer l'exercice de leurs fonctions de façon permanente.

La révision devrait viser, en troisième lieu, les règles de procédure concernant les situations d'urgence suscitées par l'existence de violations massives et systématiques des droits de l'homme (article 58 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981), et les conditions de recevabilité des plaintes émanant des particuliers (article 56 de la Charte), l'expérience vécue par la Commission n'étant pas spécialement concluante, dans ce domaine, les dirigeants des Etats n'étant pas disposés à mettre en cause les violations des droits de l'homme commises par leurs pairs et encore moins à favoriser l'accélération du déroulement des procédures judiciaires.

En quatrième lieu, la révision devrait concerner la définition de nouveaux moyens logistiques (moyens en personnel, moyens financiers, moyens en équipement et moyens en locaux, etc.) et juridiques (dispositions du règlement intérieur).

Quant aux nouvelles normes et méthodes de travail à instituer au sein des mécanismes de supervision de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, la prise en considération des principes directeurs énoncés ci-dessus devrait conduire à redéfinir le contenu de certains droits et devoirs (de la femme, des personnes âgées, des enfants, de l'étranger, des handicapés, etc.).

L'institution de nouvelles méthodes de travail devrait, en particulier, conduire à privilégier le travail en équipe (que ne permet pas l'impossibilité dans laquelle se trouve la Commission, pour des raisons financières, de traduire les textes examinés, dans les différentes langues de travail de la Commission) et à privilégier le travail permanent (et non temporaire).

Ces nouvelles méthodes de travail devraient mettre un accent particulier sur la nécessité d'assurer la transparence (et non la confidentialité) des

conditions de travail et la rapidité de traitement des procédures; elles devraient assurer la participation des organisations non gouvernementales et des délégués des Etats aux travaux des organes à mettre en place; elle devraient enfin imposer la disponibilité permanente de leurs membres.

Telles nous semblent, dans les grandes lignes, les réformes à apporter aux mécanismes de supervision de la Charte; elles pourront permettre d'assurer, dans les conditions actuelles de l'Afrique (et sous réserve des réformes à apporter au niveau international) un fonctionnement régulier de l'institution des mécanismes de sauvegarde des droits de l'homme en Afrique, mécanismes dont on espère à leur tour qu'ils pourront rétroagir sur le niveau de développement des droits de l'homme en Afrique.

THE FUTURE OF THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS

David J. Padilla*

In thinking about today's conference on the Inter-American System for the protection and promotion of human rights, and specifically the future of the system, I reflected on what I consider to be the principal problem facing us, namely: We try to do too much in too little time.

More hearings, more on site visits, more contentious cases in the Court, more reports, etc. But the solution is not to undertake fewer activities and to do them better as has been suggested, for instance, in making a trade off between *in situ* investigations and preparing individual cases reports.¹

The correct response in my view is to do what we are currently doing, and then some, but to do it better. With this goal in mind I propose a reform which I think is indispensable for the next century.

The member states of the Organization of American States should create a full time Commission composed of persons dedicated exclusively to Commission business. This is the trend in Europe² and each of our periods of sessions demonstrates why this is the direction in which the Commission must move.

* This views expressed in this article are the author's own.

1 On site visits are provided for in the American Convention on Human Rights. (Article 48) and are further regulated in the Commission's Rules of Procedure (Article 44). To date the Commission has conducted over 60 on site visits in 18 OAS member States during its 36 year history. *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, OEA/Ser.L/V/II.82 doc. 6 rev. 1 July 1, 1992.

2 Protocol N° 11 to the European Convention on Human Rights, October 9, 1993.

The part time model which served the Americas well for the first 35 years is no longer adequate. Two fortnights of meetings per year with a few days tacked on for hearings are not sufficient to satisfy the demands and expectations of OAS member governments, NGOs and victims.³ Adding another week in the interim between regular meetings will not pick up the slack. No amount of contortions to take into account the Permanent Council's rules of procedure,⁴ the General Assembly's rules of procedure,⁵ or the commissioners own personal and professional commitments under the current modus operandi, will enable the Commission to meet its treaty based obligations.

Of course a better use of Commission time would help. The Secretariat could also be improved. Nor would more resources hurt. But at the end of the day, the Commission's time would still be insufficient.

Simply increasing the number or length of meetings is not a solution either. It may be a necessary palliative until the real problem is addressed, but as currently configured this prospect is seriously limited since Commission members' primary professional commitments are to their individual careers.

This is not a reproach. It is a statement of the current temporal reality.

Along with the creation of a full time Commission, a concomitant reform should be adopted. The holding of any government employment in any branch should constitute an incompatibility for Commission membership.⁶

This recommendation is not intended to criticize present or past members. On the contrary, in my experience Commission members on the whole have been remarkably independent of government influence even when employed in some capacity by their own governments. Rather, this reform goes primarily to appearances. It is not seemly that an independent Com-

3 Inter-American Commission on Human Rights. Rules of Procedure, Article 15. See *Basic Documents*.

4 Rules of Procedure of the Permanent Council of the OAS, OEA/Ser.6C.P./doc. 1112/80 rev. 1, 22 August 1984.

5 Rules of Procedure of the General Assembly of the OAS. OEA/Ser.P/1, rev. 9, 17 December 1990.

6 See *Basic Documents*: Statute of the Inter-American Commission on Human Rights, Articles 3, 8 and 10. Also Rules of Procedure of the Inter-American Commission, Article 4.

mission have several of its members working for governments whose conduct, from time to time, is the subject of Commission consideration.

At present governments wishing to nominate candidates for Commission election face a dilemma. They can offer retirees who have free time and independence but sometimes lack the stamina to perform some of the more demanding tasks faced by Commission members, such as on-site visits. They can nominate younger candidates who are academicians and generally enjoy greater scheduling flexibility than practicing lawyers. Or they can offer government officials who will be granted the leave time necessary to engage in the whole range of Commission activities.

Last year the Commission held six weeks of regular meetings.⁷ It also carried out seven on site visits and three protocolary visits to various member states. Commission members and staff lawyers also made nine appearances before the Inter-American Court of Human Rights. In addition, Commission members took depositions both at headquarters and abroad, met with U. N. and observer government officials, conducted a series of activities in connection with its anniversary, and participated in various academic events throughout the Americas.⁸

The upshot of this sustained burst of energy, however, has not been the easing of demands on the Commission's scarcest resource—its time. On the contrary, success generates renewed demand and heightened expectations. Thus, the Commission is pursuing more complex friendly settlement negotiations at present than at any point in its history. It is also litigating more contentious cases and requests for precautionary measures than at any other time. All of this is good, but in my view we are approaching a point of saturation and perhaps diminishing returns.

During the last period of sessions, thirteen working days in total, literally half of the Commission's time was consumed in hearings. The Commission did not have sufficient time to adequately deliberate on those hearings and evaluate the myriad of requests, recommendations, petitions and motions before it.

During the same meeting the Commission adopted a 400 page annual report, a 100 page country report,⁹ several individual case reports and a

7 Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights for 1994. OEA/Ser.L/V/II.88, doc. 9 rev., February 17, 1995. See Chapter 2.

8 *Ibid.* págs. 9-36.

9 Report on the Human Rights Situation in Haiti, OEA/Ser.L/V/II 88, doc. 10 rev., February 8, 1995.

quantum of miscellaneous but vital ordinary work. At the same meeting, however, a number of draft individual case reports and one country report were put over and an extraordinary session was scheduled for next week. The number of items pending in that session make me doubtful about accomplishing the entire agenda.

With a new administration in the General Secretariat, it is encouraging that new resources are on the way.¹⁰ New posts are being advertised and in due course will be filled by competitive selection. In the meantime the Secretary General has made new appointments and approved new contracts to enlarge the Commission's staff. These developments, while welcome, and indeed overdue, also promise to substantially augment the work of individual commissioners.

Simply trying to conscientiously read and critique staff work has come to take up an enormous amount of the members' time while away from headquarters. With the addition of more staff and the members' correct insistence on timely presentation of more individual case reports, demands on their time will inexorably increase.

Since 1990 the Commission's published product has increased five fold.¹¹ The number of cases brought to the Court has, and I think, will continue to grow. In many countries, the bar has learned to use the Commission as was the Convention framers' intent. Canada and Argentina come to mind to name only two.

For its part the Commission has designated country and thematic rapporteurs, incorporated a foundation to augment its resources,¹² and raised money by special contributions from member and non-member states alike. It has utilized conference calls, electronic transfers of texts, faxes and E mail. All of these efforts reflect the genuine commitment of members to their high responsibilities. Yet they are limited and essentially palliative.

10 Secretary General César Gaviria notified the Commission in March of this year that he had reassigned \$300,000 in additional resources to the Commission for fiscal year 1995. This brings the Commission's total budget to approximately \$2 million, less than 2% of the overall OAS budget.

11 If one simply counts pages of reports published by the Commission in 1989 and compares it with Commission output in 1994, the increase is staggering. With the increase of contentious cases, advisory opinion requests and special measures petitions also presented to the Inter-American Court, the total output of the Commission clearly has achieved impressive proportions.

12 The Inter-American Human Rights Foundation was incorporated in the District of Columbia in December 1994.

The member states of the Council of Europe are fusing that organization's Commission and Court. Judges in Europe will earn approximately \$180,000 per annum and will devote themselves exclusively to court work.¹³

I do not recommend a fusion of Commission and Court in the Inter-American System although an enhanced role for the victim in litigation is a topic that deserves further consideration. That is the subject of another presentation.

For purposes of my remarks today, I submit that if the Commission's work on behalf of human rights is to be taken to the next level, it must move away from its status as a part time body and be allowed to devote itself full time to what are full time challenges.

13 Source: The Secretariat of the European Commission on Human Rights.

LOS PROCEDIMIENTOS INCIDENTALES ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

*Juan José Quintana A.***

Primer Secretario en la Embajada de Colombia en La Haya

En su primera década de existencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de ejercer a cabalidad su función jurisdiccional y su función consultiva, y ha podido así mismo poner en ejecución diversas modalidades de competencia incidental. En particular, ya se cuenta con un cuerpo de jurisprudencia de la Corte en materia de procedimiento litigioso ante ella y con pronunciamientos judiciales sobre los diversos tipos de procesos incidentales que pueden presentarse en el curso del examen de casos contenciosos. El presente comentario intenta describir cómo funcionan dichos procedimientos en la práctica de los litigios ante la Corte Interamericana, a la luz de sus instrumentos constitutivos, del nuevo Reglamento de la Corte –en vigor desde agosto de 1991– y de la práctica y jurisprudencia recientes del tribunal regional.

I. La Competencia Incidental de la Corte Interamericana

Al igual que sucede con los demás tribunales internacionales en existencia, la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se basa en el consentimiento de los Estados a los cuales la Corte está abierta, que, en este caso, son los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o "Pacto de San José de Costa Rica", de 1969.

* El presente artículo se basa en un capítulo de una monografía inédita del autor titulada "El Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

** Las opiniones expresadas en este artículo son de carácter personal y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Gobierno de Colombia.

El principio del consentimiento como fundamento de la jurisdicción es generalmente considerado como una derivación del principio de la igualdad soberana de los Estados, y ha sido reiterado jurisprudencialmente en múltiples ocasiones por la Corte Internacional de Justicia.¹ La propia Corte Interamericana ha dicho lo siguiente a este respecto, en el contexto de la consideración de objeciones al ejercicio de su competencia en materia consultiva:

En materia contenciosa el ejercicio de la competencia de la Corte depende normalmente de una cuestión previa y fundamental, como es el consentimiento de los Estados para someterse a su jurisdicción. Si ese consentimiento ha sido otorgado, los Estados que participan en el proceso toman técnicamente el carácter de partes en el mismo y se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte (artículo 68.1 de la Convención). En cambio, mientras no exista tal consentimiento, la jurisdicción de la Corte no podrá ejercerse, de modo que carece de sentido examinar los asuntos de fondo que determinan la controversia sin antes haber establecido si las partes involucradas han aceptado o no su jurisdicción. (Corte I.D.H. Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Series A y B N° 3, párr. 21)

Como es apenas lógico, el principio figura también de manera ostensible en la Convención, la cual dispone que la competencia de la Corte se extiende a cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido *y con respecto a las cuales los Estados partes hayan reconocido o reconozcan dicha competencia*, por la vía que fuese (Art. 62.3) [subrayado nuestro].

Hay, sin embargo, un hecho que mitiga considerablemente la rigidez del principio del consentimiento, y es la distinción entre jurisdicción principal y jurisdicción incidental. La primera es la jurisdicción de la Corte para decidir sobre el fondo del asunto, o sea los aspectos sustantivos de la reclamación o de las pretensiones de las partes, tal como quedan planteados en el curso del procedimiento. La segunda comprende todas las restantes cuestiones que la Corte se vea obligada a examinar y que estén conectadas con, o se deriven de, la decisión sobre la cuestión principal; el ejercicio de la competencia incidental se extiende entonces a todos los aspectos procesales que **no** constituyen el fondo mismo del asunto.

El verdadero rasgo característico de este tipo de jurisdicción es que al tratarse de la jurisdicción "inherente" a un tribunal de justicia, ella no

1 De la jurisprudencia de la Corte Internacional sobre este punto, pueden citarse los siguientes pronunciamientos: *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, Fallo No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, pág. 16; *Anglo-Iranian Company*, I.C.J. Reports 1952, págs. 102-103; *Oro Amonedado Removido de Roma*, I.C.J. Reports 1954, pág. 32; *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima*, I.C.J. Reports 1990, pág. 133.

depende del consentimiento específico o inmediato de las partes sino de un hecho objetivo cuya existencia es independiente de la voluntad de aquellas. Estos hechos objetivos y las condiciones exigidas para el ejercicio de cada manifestación particular de competencia incidental están regulados en la Convención, en el Estatuto de la Corte o en su Reglamento, y en los principios generales de la administración de justicia que aplica el Tribunal e incorpora a su jurisprudencia en materia procesal. De esta manera, al ratificar la Convención, los Estados americanos han manifestado su consentimiento al ejercicio por la Corte de diversas modalidades de jurisdicción en materias incidentales; en este sentido, puede decirse que **todos** los Estados que tienen acceso a la Corte han aceptado que esta ejerza diversas modalidades de jurisdicción.²

No es fácil definir el alcance de la competencia incidental de la Corte Interamericana, pero se pueden mencionar los siguientes elementos, que agruparemos bajo el título genérico de "procedimientos incidentales":

- Medidas provisionales de protección (Convención, Art. 63.2; Reglamento, Art. 24);
- Excepciones preliminares (Reglamento, Art. 31);
- Fijación de reparaciones e indemnizaciones (Convención, Art. 63.1; Reglamento, Arts. 44 y 47);
- Interpretación de Sentencias (Convención, Art. 67; Reglamento, Art. 50).

La doctrina suele agregar por su cuenta una categoría procesal adicional, consistente en la competencia general de la Corte para controlar la marcha del procedimiento (Estatuto, Art. 25).

El rasgo común de todas estas modalidades de ejercicio de jurisdicción por la Corte es que en ninguno de estos casos se requiere el consentimiento expreso de las partes para dicho ejercicio, ya que se entiende que dicho consentimiento ha sido otorgado al ratificar el instrumento en virtud del cual se le asignan directamente a la Corte estas competencias –o su facultad general para determinarlas–, es decir, la Convención.

2 Una muy clara formulación del fundamento estatutario de la competencia incidental fue hecha recientemente por una Sala *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia, a propósito de la solicitud de intervención de Nicaragua en el asunto *Controversia Fronteriza Terrestre, Insular y Marítima* (El Salvador/Honduras) (I.C.J. Reports 1990, pág. 133, párr. 96).

II. Procedimientos Incidentales Aplicables en la Corte Interamericana

Como se dijo, los instrumentos reguladores del funcionamiento de la Corte Interamericana contemplan cuatro clases de procedimientos incidentales: medidas provisionales, excepciones preliminares, indemnización compensatoria e interpretación de fallos. Los dos últimos pueden también clasificarse como procedimientos "derivados", debido a que ellos siempre tienen lugar *luego* de expedido el fallo sobre el fondo, y constituyen, de hecho, auténticas derivaciones procesales del caso principal.

Los procedimientos incidentales y derivados presentes en otros tribunales internacionales y que no tienen o no han tenido hasta ahora aplicabilidad ante la Corte Interamericana, por no figurar en ninguno de sus instrumentos constitutivos o reguladores, son la reconvencción, o demanda reconvenicional; la intervención de terceros en el proceso y la revisión de los fallos. Con respecto a ellos, hay que anotar que un sector de la doctrina opina que a pesar del hecho mencionado de que estas instituciones procesales están ausentes de los instrumentos constitutivos y reguladores de la Corte Interamericana, ellos tendrían operatividad ante ella "por aplicación de principios generales" y podrían presentarse en el examen de casos concretos.³

El elemento distintivo, ya subrayado, de los procedimientos incidentales es que en ninguno de ellos la jurisdicción de la Corte descansa en el consentimiento inmediato de los Estados partes, sino en el consentimiento genérico al ejercicio por la Corte de sus facultades jurisdiccionales, otorgado por ellos al momento de ratificar la Convención. Cada uno de estos elementos, entonces, se fundamenta en un artículo de este instrumento, con la prominente excepción de las excepciones preliminares, las cuales tienen una base puramente reglamentaria.

III. Los Procedimientos Incidentales Propiamente Dichos

A. Medidas provisionales de protección

La base legal de lo que se denomina "medidas provisionales de protección" o "medidas cautelares" es el artículo 63.2 de la Convención, según el cual la Corte puede, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. La Corte ha precisado el carácter excepcional de esta disposición:

3 Gros Espiell, H.: "El Procedimiento Contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en "Estudios sobre Derechos Humanos II", IIDH-Civitas, Madrid, 1988, págs. 174 (sobre reconvencción); 177 (sobre intervención) y 181 (sobre revisión).

La terminología utilizada (en el artículo 63.2) permite deducir que se trata de un instrumento extraordinario, necesario en situaciones excepcionales. (Corte I.D.H., Medidas Provisionales Solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Guatemala, Caso Chunimá, Resolución del 1 de agosto de 1991, Párr. 6.b de la parte motiva).

Esta es una técnica procesal muy utilizada ante la Corte, particularmente en casos sometidos por la Comisión. El aspecto más controvertido con respecto a ella es, sin duda, el de los efectos jurídicos de una indicación de medidas provisionales por la Corte. Dado que la disposición citada de la Convención se limita a facultar a la Corte para "tomar" medidas de ese tipo y que las resoluciones en las cuales se plasman ellas no están expresamente cobijadas por la fuerza de *res judicata* que por ejemplo tienen los fallos y sentencias en virtud del artículo 67 de dicho instrumento, la opinión más generalizada es que estas indicaciones son de carácter consultivo. De esta manera, al imponer a los Estados a los cuales van dirigidas únicamente la obligación de examinarlas de buena fe, las medidas provisionales indicadas por la Corte no serían obligatorias, por lo menos técnicamente. Sin embargo, hay que notar que la práctica de la Corte consiste en imponerles a los Estados un plazo —normalmente muy breve— para la ejecución de las medidas indicadas, el cual suele ser cumplido por estos. Por lo demás, dichas medidas consisten, por lo general, en el cumplimiento efectivo en casos concretos de obligaciones a las cuales ya están sometidos los Estados en virtud de la Convención, tales como asegurar la protección efectiva de determinados individuos o investigar abusos o violaciones en sus respectivos territorios.

Hay que recalcar aquí que la única mención que hace el Reglamento a la cuestión de la puesta en práctica de las medidas provisionales es una referencia oblicua en el artículo 24.5 (incorporado en la reforma de 1991), según el cual la Corte

*...incluirla en su informe anual a la Asamblea General una relación de las medidas provisionales que haya ordenado en el período del informe y, cuando dichas medidas no hayan sido debidamente ejecutadas, formulará las recomendaciones que estime pertinentes.*⁴

4 En el Informe Anual correspondiente a 1991, por ejemplo, se incluyó el siguiente párrafo en relación con el cumplimiento de unas medidas provisionales indicadas respecto de Guatemala:

"Además, la Corte analizó la información que el Gobierno de Guatemala remitió sobre las medidas provisionales ordenadas por ella mediante resolución de 1 de agosto de 1991 en el caso *Chunimá*, las que, de acuerdo con la misma resolución, finalizaron el 3 de diciembre de 1991. Ese mismo día el Presidente remitió una comunicación al Gobierno de Guatemala sobre este asunto." (Corte I.D.H. *Informe Anual 1991*, OEA/Ser.L/V/III.25 doc. 7, 15 de enero de 1992, Secretaría General, Washington, 1992, pág. 14; para el texto de la carta, ver pág. 124)

Un aspecto importante es que la indicación de medidas provisionales no tiene ninguna influencia sobre la cuestión general de si la Corte posee o no jurisdicción para conocer del caso, ni mucho menos sobre las cuestiones de fondo que le han sido sometidas. La jurisdicción de la Corte para indicar las medidas existe exclusivamente en virtud del artículo 63.2 de la Convención, y es totalmente independiente de la jurisdicción sobre el fondo, regulada por el artículo 62; por lo tanto, no hay ningún vínculo formal entre dicha facultad de la Corte y su jurisdicción sustantiva, la cual debe estar basada en un título válido de jurisdicción. Como dice un ex-miembro de la Corte:

...la Corte puede adoptar medidas provisionales incluso antes de decidir sobre su propia competencia, si se hubiere interpuesto la excepción preliminar de incompetencia. Esta posibilidad (...) coincide con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia...⁵

Esto queda subrayado por el hecho de que la disposición mencionada de la Convención le otorga a la Corte una facultad muy amplia, de la cual carecen otros tribunales internacionales, que es la de indicar medidas provisionales a solicitud de la Comisión incluso en "asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento". Como dice un comentarista, se trata de situaciones en las que la Comisión tiene razones fundadas para suponer que en un futuro próximo el caso va a ser sometido a la Corte, ya que de otra manera no se justificaría que el tribunal entrara a actuar en relación con una situación de hecho concreta.⁶

Debe distinguirse entonces entre dos tipos de medidas provisionales:

- (a) las medidas provisionales que puede indicar la Corte, de oficio o a petición de parte, en litigios de los cuales está conociendo, en cualquier estado del procedimiento; y,
- (b) aquellas que se refieren a casos que aún no le han sido sometidos y que le son solicitadas por la Comisión.

El procedimiento sobre medidas provisionales *del primer tipo* se rige por las siguientes reglas:

- i. la solicitud de indicación de medidas provisionales puede presentarse en cualquier momento en el curso del procedimiento, lo cual presume

5 Gros Espiell, *op. cit.*, pág. 170.

6 Vargas Carreño, E.: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Orrego Vicuña, F. & Irigoín, J. (Eds.) "*Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo-Experiencias y Visión de América Latina*", Vol. 2, I.E.I., Santiago, 1981, págs. 139-140.

que se ha dado comienzo formal al proceso, es decir que el caso ha ingresado en la Lista General de la Corte; sin embargo, se puede presentar simultáneamente con el depósito de la demanda sobre el fondo.

- ii. la solicitud puede ser presentada al Presidente, a cualquiera de los jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación; quien la reciba debe transmitirla de inmediato al Presidente (Reglamento, Art. 24.3).
- iii. en cuanto a su contenido, no se especifica lo que debe indicar la solicitud, pero puede aplicarse analógicamente lo que dispone al respecto el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, según el cual dichas solicitudes deben mencionar: (a) Los motivos en que se fundan; (b) las posibles consecuencias en caso de que se rechacen (que en el caso de la Corte Interamericana no es otra cosa que una descripción del daño irreparable a las personas que se menciona en la disposición convencional) y (c) las medidas que se solicitan.
- iv. si la Corte no está reunida, el Presidente la convoca sin demora, y adopta, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces, lo que se puede denominar "*medidas de urgencia*": mientras la Corte se reúne, el Presidente tiene la facultad de *requerir* del Gobierno interesado que tome las medidas urgentes necesarias y que "actúe de tal manera que las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte tengan los efectos pertinentes" (Art. 24.4). A este respecto, la Corte ha dicho:

... conviene precisar la distinción entre las medidas provisionales que la Corte puede dictar de acuerdo con el artículo 63.2 de la Convención (...) y las medidas de urgencia que, según el artículo 23.4 del Reglamento, puede en el ínterin el Presidente requerir de las partes, a fin de que las disposiciones que eventualmente pueda ordenar la Corte tengan los efectos buscados, esto es, que la Corte no se encuentre frente a un hecho consumado. (Ibid, párr. 5 de la parte motiva)

- v. en la misma Resolución del Presidente en la que se convoca a la Corte y se dictan las medidas de urgencia mencionadas, se suele convocar a las partes a una audiencia pública, a celebrarse en una fecha cercana. Por lo general, entonces, el procedimiento interlocutorio o incidental sobre medidas provisionales es de carácter exclusivamente oral, sin que esto impida que la Corte considere escritos sobre el particular que le puedan presentar las partes.
- vi. como ya se dijo, la Corte puede también en todo momento examinar de oficio si las circunstancias exigen que indique las medidas provisiona-

les que considere pertinentes. En la primera ocasión en que la Corte hizo uso de esta facultad, la Comisión le envió luego un escrito solicitando la indicación de medidas complementarias. La Corte recabó la opinión del Estado involucrado, la cual se plasmó en un escrito, y se vino a manifestar también en una audiencia especial celebrada para ello, y a los pocos días, expidió una nueva resolución adoptando medidas adicionales.⁷

- vii. se ha dado también el caso de que en la misma Resolución de la Corte indicando medidas provisionales se autorizaba al Presidente para que, en consulta con la Comisión Permanente, "tomara las medidas provisionales adicionales que estimara necesarias para asegurar el cumplimiento de la Resolución", y se le encomendaba a dicha Comisión que en el carácter de "comisión especial" verificara la ejecución de la Resolución.⁸

En cuanto a la indicación de medidas *del segundo tipo*, en casos aún no sometidos a la Corte, el Reglamento guarda silencio sobre el procedimiento, y se limita a estipular que en esos casos la Corte "podrá actuar a solicitud de la Comisión" (Art. 24.2). La práctica de la Corte a este respecto, en cambio, contiene algunas enseñanzas valiosas, como las siguientes:

- i. Según la Corte, en este tipo de situaciones, una vez que se toman las medidas y que el Estado las ha adoptado, el caso debe ser devuelto a la Comisión:

Según el artículo 63.2 de la Convención la jurisdicción de la Corte se limita a 'casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas...'. En un caso aún no sometido a la Corte una vez que el Estado ha adoptado las medidas provisionales y a menos que existan circunstancias apremiantes en contrario, ésta debe devolver las diligencias a la Comisión. Esta decisión no inhibe, sin embargo, a la Comisión, si la gravedad y urgencia así lo requieren, de solicitar a la Corte, en cualquier momento, la aplicación del artículo 63.2. (Corte I.D.H., Medidas Provisionales Solicitadas por la CIDH respecto del Perú (Caso Bustíos-Rojas), Resolución del 17 de enero de 1991, Considerando No. 4).

7 Corte I.D.H. Casos "Velásquez Rodríguez", "Fairén Garbí y Solís Corrales" y "Godínez Cruz", Resoluciones del 15 y 19 de enero de 1988 (Texto en *Revista IIDH*, No. 7, San José, Enero-Junio 1988, págs. 71-74).

8 Corte I.D.H., Medidas Provisionales Solicitadas por la CIDH respecto del Perú (Caso Bustíos-Rojas), Resolución del 17 de enero de 1991, parte preambular, párr. 1.

- ii. A consecuencia de lo anterior, en estos casos la Corte deja en manos de la Comisión la verificación del cumplimiento por parte del Estado involucrado de las medidas adoptadas.⁹
- iii. En estas situaciones también puede el Presidente de la Corte ejercer la facultad descrita arriba en relación con las "medidas de urgencia" que puede tomar hasta que la Corte se reúna.
- iv. Es a la Comisión a la que le corresponde suministrar toda la información pertinente para que la Corte pueda decidir en cada situación, y esta información no puede limitarse a reproducir las denuncias originales:

El artículo 29.2 del Reglamento de la Comisión dispone que cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas, [ésta] podrá pedir que sean tomadas medidas cautelares para evitar que se consuma el daño irreparable, en el caso de ser verdaderos los hechos denunciados. No se trata aquí de demostrar plenamente la veracidad de los hechos sino de que la Comisión tenga bases razonables para presumir como cierta su existencia. En el presente caso la Comisión no ha dado cumplimiento a lo anterior pues se ha limitado a transcribir en su solicitud los hechos informados por los denunciantes.

La presente solicitud de medidas provisionales se refiere a un caso 'aún no sometido a [la] jurisdicción de la Corte'. Esto significa que la Corte carece de las informaciones sobre los hechos y circunstancias del caso que sí debe poseer la Comisión la que, por consiguiente, debe hacerlas llegar con la respectiva solicitud para que el órgano jurisdiccional tenga los elementos de juicio adecuados para decidir. (Corte I.D.H., Medidas Provisionales Solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Guatemala, Caso Chunimá, Resolución del 1 de agosto de 1991, párrs.6.a y 7 de la parte motiva).

- v. Un último aspecto en relación con los casos que todavía no han sido sometidos a la Corte se refiere a la cuestión de la jurisdicción. ¿Puede la Comisión formular una solicitud de medidas provisionales por el artículo 24.2 del Reglamento en relación con un Estado que aún no haya aceptado la competencia de la Corte? La respuesta a esta interrogante no es fácil, puesto que los textos reguladores guardan completo silencio y tampoco ha surgido la cuestión ante la Corte. Si se tiene en cuenta el hecho de que no hay razón alguna por la cual el consentimiento a la jurisdicción no pueda ser manifestado por el Estado *después* de que un

9 Esto quedó así explícito en la parte dispositiva de la Resolución citada, en el caso *Bustios-Rojas*. En un asunto posterior, la Resolución confirmando las medidas previamente adoptadas por el Presidente concluía requiriendo de la Comisión y del Gobierno involucrado que mantuvieran debidamente informado a éste sobre el cumplimiento de la Resolución (Corte I.D.H., Medidas Provisionales Solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de Guatemala, Caso *Chunimá*, Resolución del 1 de agosto de 1991, punto III del dispositivo).

litigio contra él ha sido introducido ante la Corte, habría que concluir que dicha respuesta es afirmativa, y que el hecho en sí de que el Estado en cuestión no esté sujeto a la jurisdicción de la Corte en el momento en que la solicitud es presentada no afecta la facultad de ésta para indicar medidas provisionales en un caso que lo involucra.¹⁰ Refuerza este argumento el hecho ya mencionado de que esta facultad de la Corte le ha sido conferida directamente por la Convención, con lo cual todos los Estados partes en este instrumento, hayan o no formulado la declaración de aceptación de la competencia de la Corte, han aceptado el ejercicio por el tribunal de la misma, bajo la modalidad de un procedimiento incidental que, en principio, es independiente de la jurisdicción principal del tribunal.¹¹

-
- 10 Hemos sostenido en otro lugar que la jurisdicción de la Corte Interamericana bien puede basarse en la figura procesal del *forum prorogatum*, muy aplicada por la Corte Internacional de Justicia. Esta institución se basa en una modalidad muy especial de consentimiento a la jurisdicción, que podría calificarse de "consentimiento tácito", ya que se trata de un consentimiento que no es manifestado de manera formal, sino que se refleja en actos de procedimiento realizados por una parte en el caso y los cuales revelan que dicha parte no se opone a que la Corte entre a conocer del fondo del asunto, aún si no se cuenta con un título de jurisdicción válido en existencia en el momento del depósito de la demanda.

En relación con la Corte Interamericana, llama la atención la redacción del párrafo 3 del artículo 62 de la Convención de 1969, en la parte que dice que la Corte tiene competencia para conocer de determinado tipo de casos "siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o **reconozcan** dicha competencia..." (subrayado nuestro), lo cual se podría interpretar en el sentido de que la disposición en cuestión no prejuzga sobre el momento en el cual se puede producir el reconocimiento de la competencia, el cual bien podría tener lugar **después** de que el litigio ha sido sometido a la Corte. Así mismo, la Corte ha registrado expresamente su coincidencia con la Corte de La Haya en cuanto a que en el ejercicio de la jurisdicción internacional las consideraciones de forma no tienen la misma relevancia que en el derecho interno (*Corte I.D.H., Asuntos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbí y Solís Corrales (Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C No.1, párr.38)*). Otro elemento a tener en cuenta aquí es el artículo 50.3 del Reglamento de la CIDH, que faculta a este órgano para que en el evento de que un Estado Parte no haya aceptado la competencia de la Corte, "invite" a dicho Estado a hacerlo en un caso específico, sin sujetar dicha aceptación a ninguna formalidad especial.

Es posible así visualizar una situación hipotética en la cual un Estado o la propia Comisión presenten una demanda en contra de un Estado parte en la Convención que no haya formulado aún una declaración (según el artículo 62.1 y 62.2) y tampoco haya celebrado un acuerdo especial reconociendo la jurisdicción de la Corte (según el artículo 62.3). Si el Estado demandado contesta la demanda y ejecuta actos de procedimiento sin entrar a controvertir la competencia de la Corte, esta podría muy bien prevalerse de la doctrina del *forum prorogatum*, tal como ha sido ampliamente aplicada por la Corte de La Haya, y entrar a conocer del fondo del litigio. Esta situación, sin embargo, no se ha presentado todavía en la práctica de la Corte y, salvo el pronunciamiento citado sobre la irrelevancia de ciertas formalidades en el plano internacional, no hay jurisprudencia del tribunal regional al respecto.

- 11 Para una opinión contraria ver Gros Espiell, H. *op.cit.*, págs. 170-171.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en todos los casos presentados hasta ahora ante la Corte, en la Resolución inicial del Presidente se ha registrado invariablemente en la parte de considerandos el hecho de que el Estado en cuestión había reconocido la competencia de la Corte mediante una declaración bajo el sistema de la Cláusula Opcional o Disposición Facultativa. No puede descartarse que este hecho tenga efectos jurídicos en el futuro.

Para terminar, cabe destacar que la indicación de medidas provisionales se incorpora en una Resolución de la Corte, que usualmente es de corta extensión (2 ó 3 páginas). Esta Resolución, que lleva las firmas de todos los jueces y del Secretario, consta normalmente de una parte inicial de "visto", una segunda de "considerando" y una tercera, resolutive o dispositiva. La Resolución mediante la cual el Presidente adopta medidas de urgencia, pendiente la reunión de la Corte, sigue un formato similar.

B. Excepciones preliminares

Un aspecto general a tener en cuenta al examinar las cuestiones jurisdiccionales ante al Corte Interamericana es el de la jurisdicción de la Corte para determinar si posee competencia en un caso concreto o para decidir sobre su propia jurisdicción: es lo que se llama la "competencia de la competencia" ("compétence de la compétence" o "jurisdiction as to the jurisdiction"), que constituye una facultad propia de todos los tribunales internacionales, originada en el principio ya descrito de la voluntariedad de la jurisdicción internacional. Los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Europea de Derechos Humanos contemplan esta regla de manera expresa, con una fórmula notablemente escueta: "En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá" (C.I.J. Estatuto, Art. 36, párrafo 6; Convenio Europeo, Art. 49). Por razones que se desconocen, este no es el caso de la Convención que crea la Corte Interamericana, y la misma omisión se registra en su Estatuto y en su Reglamento.¹²

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte en materia contenciosa, lamentablemente esta no arroja luz sobre este particular, debido al hecho de que en ninguno de los siete casos de este tipo que ha considerado hasta ahora la Corte el Estado demandado ha presentado excepciones preliminares de jurisdicción o ha impugnado de otra manera la competencia de la Corte. En cada una de las sentencias respectivas, la Corte se ha limitado a

12 Esto es tanto más inexplicable si se tiene en cuenta que en todos los proyectos que sirvieron de base a los trabajos de la Conferencia Especializada de San José (Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Chile, Uruguay, CIDH) se contemplaba una norma en este sentido (Vargas Carreño, *op.cit.*, pág.142).

incluir un párrafo en la parte inicial en el cual se registra escuetamente la frase ritual "La Corte es competente para conocer del presente caso", y se mencionan expresamente la fecha a partir de la cual el Estado demandado es parte en la Convención y la fecha en que formuló la declaración de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte.

De todas maneras, la doctrina ha considerado con acierto que a pesar de la omisión de una disposición al respecto en el texto de la Convención, la competencia de la Corte Interamericana para decidir sobre su propia jurisdicción puede inferirse de los principios generales de derecho internacional y de los principios del derecho procesal que regulan el funcionamiento de los tribunales internacionales.¹³ Podría decirse entonces que la "compétence de la compétence" constituye una suerte de "jurisdicción inherente" a todos los tribunales internacionales, la cual poseen estos en virtud de su propia naturaleza como tales.¹⁴

De otra parte, el artículo 26 del Reglamento vigente de la Corte describe el contenido del documento de incoación de litigios ante la Corte, es decir, la demanda introductiva de instancia. Un aspecto importante de la demanda que omite el artículo 26 es la inclusión en dicho documento de una mención a los fundamentos de derecho en que se basa el demandante para considerar competente a la Corte, es decir, la indicación del título de jurisdicción aplicable al Estado y al caso de que se trate.¹⁵

13 *Ibid*; Gros Espiell, *op.cit.*, págs.171-172. La misma posición fue sostenida por el Gobierno de Costa Rica en el asunto *Viviana Gallardo y Otras* (Corte I.D.H., Serie B, No. G 101/81, pág.13 y s.). A esta cuestión se ha referido también un Juez de la Corte, aunque de manera tangencial (Corte I.D.H. Caso *Neira Alegria y Otros*, Resolución de 29 de junio de 1992, Opinión Disidente del Juez Nieto Navia; texto en *Revista IIDH*, No.15, San José, Enero-Junio 1992, pág. 190).

14 Un connotado especialista ha dicho lo siguiente, a propósito del "principio fundamental de derecho internacional... (de) que un tribunal internacional es el amo de su propia jurisdicción":

Hoy en día hay un principio establecido de derecho internacional en el sentido de que todo tribunal internacional posee jurisdicción para determinar su propia jurisdicción (compétence de la compétence), adquiriendo dicha determinación fuerza de *res judicata*." (traducción nuestra).

Rosenne, Shabtai: *"The Law and Practice of the International Court"*, 2nd. Ed., Martinus Nijhoff, 1985, pags.438-439.

15 Cabe hacer notar que en el texto de las demandas presentadas hasta ahora siempre se ha mencionado expresamente el título de jurisdicción aplicable al Estado demandado, el cual ha sido en todos los casos una declaración bajo el Sistema de la Disposición Facultativa (Artículo 62, párrafos 1 y 2, de la Convención).

Se trata de una exigencia que puede tener importantes consecuencias en la práctica: en primer lugar, si en una demanda dada no se menciona fundamento concreto alguno para la competencia de la Corte, el Presidente deberá, en su examen preliminar de la demanda (Reglamento, Artículo 27), solicitar que se especifique el acto en virtud del cual el demandante considera competente a la Corte, es decir, en la mayoría de los casos, la declaración de aceptación de la competencia de la Corte hecha por el Estado demandado y, si es el caso, por cualquier otro Estado involucrado.

Si dicho Estado no ha formulado una declaración tal a la fecha de introducción de la demanda, y no ha reconocido de otra forma la competencia de la Corte, el demandante tiene la opción de ignorar o soslayar este hecho y aguardar la reacción del primero, el cual puede muy bien entrar a litigar el caso sobre el fondo sin rebatir la competencia de la Corte, dando lugar así a la configuración de la institución denominada *forum prorogatum*, que, como se explicó atrás, bastaría para otorgarle jurisdicción plena a la Corte en un caso concreto.¹⁶ Incluso podría visualizarse la situación de que el demandante reconozca en la misma demanda que el Estado contra el cual se presenta esta no está formalmente sujeto a la competencia de la Corte y le invite a hacer el reconocimiento correspondiente en relación con ese caso.¹⁷ Como es natural, el demandado tendrá siempre la opción de rechazar esta "invitación" y negarse a ventilar el caso ante la Corte, bloqueando así el recurso a la figura del *forum prorogatum*. Dicha opción, sin embargo, debe ser ejercida en la etapa inicial del litigio, en la cual el Estado de que se trate no puede efectuar acto alguno del que pueda inferirse que consiente a litigar el caso, para luego pretender que en su opinión la Corte carece de jurisdicción en ese caso; por el contrario, si dicho Estado no está interesado en participar en el litigio, debe expresarlo claramente en el momento mismo de ser informado de la presentación de la demanda.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta la situación desde el punto de vista del Estado demandado: si este Estado ha reconocido la competencia de la Corte, por la vía que fuese, debe verificar cuidadosamente cuales son los "fundamentos jurídicos" que el demandante invoca para basar la jurisdicción de la Corte, ya que es el mérito de estos fundamentos (el título de jurisdicción) lo que le permitirá –si no está en su interés que la Corte entre a conocer del caso– evaluar la posibilidad de adelantar la estrategia de impugnar la jurisdicción de la Corte en el caso concreto. En últimas, la

16 *Supra*, nota 10.

17 Tal como se explicó atrás, la Comisión está expresamente facultada para hacer esto, por el artículo 50.3 de su Reglamento. Nada obsta para que los Estados hagan lo mismo, como enseña la práctica en relación con la Corte Internacional de Justicia.

facultad de la Corte para entrar a adjudicar sobre el caso viene a depender casi que exclusivamente de la solidez de este título y de su aplicabilidad a la materia de que se trate, al tiempo que una acción precipitada frente a la Secretaría de la Corte o frente a la otra parte puede bastar para perfeccionar un título de jurisdicción cuya existencia todavía es controvertible, lo cual precipitaría al Estado a un litigio para el cual posiblemente no esté preparado en ese momento preciso.

Según esto, cuando un Estado es notificado por la Secretaría de que se ha formulado una demanda en contra suya, sus autoridades competentes deben formularse el interrogante fundamental de si está dentro de los intereses del Estado que la Corte entre a conocer de la controversia en cuestión. Si la respuesta es afirmativa, se puede proceder a tomar las acciones del caso en respuesta de la demanda, de la forma prevista en el Reglamento de la Corte; pero si la respuesta es negativa –lo cual es más frecuente– se impone una evaluación cuidadosísima de los aspectos jurisdiccionales que suscite el texto mismo de la demanda, con el objeto de evaluar las posibilidades reales que se tienen de poner en duda la existencia o aplicabilidad en la especie del título de jurisdicción invocado por el demandante. Si tales posibilidades existen, se puede intentar la formulación de excepciones preliminares de jurisdicción; en este contexto, se puede argüir, por ejemplo, que el instrumento jurídico en el cual se materializa el título de jurisdicción es nulo o ya no está en vigor; que la controversia a la cual se refiere la demanda es anterior a la fecha límite mencionada en dicho título o cae dentro de una de las reservas incluidas en su texto, etc. Para ello debe seguirse el procedimiento incidental que se describe en detalle a continuación.

Pero aún si las autoridades del Estado demandado llegan a la conclusión de que efectivamente la Corte posee jurisdicción en el caso de que se trate y de que en consecuencia no es posible adelantar con éxito la impugnación de la competencia del tribunal, queda el camino alternativo de plantear la inadmisibilidad de la demanda. En este caso, muy frecuente ante la Corte Interamericana, se alega una causal determinada buscando que la Corte declare que la demanda es inadmisibile y por lo tanto se abstenga de conocer del litigio.

Vale la pena precisar la diferencia entre las excepciones de jurisdicción y las excepciones de admisibilidad: una excepción de jurisdicción es un alegato de que la Corte es por sí misma incompetente para juzgar en términos absolutos en relación con el Estado de que se trate. Una excepción de admisibilidad, en cambio, se refiere a la demanda considerada autónomamente, y no al Tribunal en sí, ya que consiste en un alegato de que el Tribunal, que se reputa con jurisdicción para conocer del caso, debe declarar

inadmisible la pretensión del demandante sobre una base diferente de sus propios méritos.

Las excepciones de este tipo están vinculadas estrechamente con el acto de introducción del litigio, que como ya se vio es la demanda de la Comisión o de un Estado. A nivel general, el Estado demandado puede sostener, por ejemplo, una o varias de las siguientes especies de excepciones preliminares de admisibilidad:

- que en la introducción del litigio no se han observado ciertas disposiciones de la Convención o del Reglamento;
- que la controversia no existe, o carece de objeto, o no es de las previstas en la Convención;
- que el fallo sería incompatible con la función de administración de justicia y de protección de los derechos humanos que le corresponde a la Corte desempeñar;
- que el demandante carece de interés jurídico en el asunto o de personalidad para actuar (*locus standi*);
- que no se han agotado otras posibilidades de solución de la controversia que constituyen requisitos previos al recurso judicial, etc.

Una objeción de admisibilidad muy frecuente en los casos ante la Corte Interamericana es la relativa al agotamiento de los recursos internos, que es uno de los requisitos de admisibilidad de denuncias por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y por ende, una condición de admisibilidad de litigios ante la propia Corte.¹⁸

Es evidente que la formulación de excepciones preliminares obedece a que el Estado que lo hace no desea ventilar el caso ante la Corte, por las razones que sea; en este contexto, entre más objeciones se las arregle para presentar dicho Estado, mayores probabilidades tendrá de bloquear efectivamente el conocimiento del litigio por la Corte, puesto que por regla general basta con que esta sustente una sola de las excepciones para que el caso se detenga y deba ser removido de la Lista.

Al igual que en el caso anterior, si el Estado demandado decide presentar excepciones de admisibilidad, debe emplear el procedimiento descrito a continuación.

18 Gros Espiell H., *op.cit.*, p. 157.

Resumiendo, el Estado contra el cual se presenta una demanda ante la Corte y que no desee ventilar judicialmente el caso, por las razones que sea, tiene siempre la opción de intentar el recurso a uno de los medios procesales que conducen al bloqueo del litigio. El más importante de estos medios es la formulación de excepciones preliminares, las cuales, sea cual sea su naturaleza, deben ser resueltas por la Corte antes de entrar a conocer de la cuestión de fondo. Como es evidente, entonces, aun si los argumentos que respaldan estas excepciones no son muy fuertes, en términos estrictamente jurídicos, el Estado demandado puede legítimamente recurrir a este procedimiento y ganar así, aunque no sea nada más, algo de tiempo para preparar mejor su caso sobre el fondo.

Hay varios tipos de excepciones preliminares, y las más importantes en el caso de otros tribunales internacionales son las que se refieren a la jurisdicción o competencia de la Corte para conocer del caso o para fallar sobre el Estado de que se trate. Estas no se han presentado hasta ahora en el caso de la Corte Interamericana, con lo cual este estudio se centrará en las llamadas "excepciones de admisibilidad", que van referidas a la alegación de una causal determinada buscando que la Corte declare que la demanda es inadmisibile y por lo tanto se abstenga de conocer del litigio.

En el régimen de la Corte Interamericana, la figura de las excepciones preliminares solo viene a aparecer en el Reglamento de la Corte, que le dedica el artículo 31. En esta disposición no se especifica ninguna categoría de excepciones, con lo cual hay que recurrir a la práctica de los Estados litigantes. En todos los asuntos contenciosos sometidos ante la Corte hasta el día de hoy, salvo en el primero, que presentaba características muy peculiares, el Estado demandado ha interpuesto excepciones preliminares. Estas excepciones pueden agruparse en dos grandes categorías:

- (a) las que se refieren a la incompetencia de la Comisión, que pueden ser de carácter general o procesal-temporal (Asunto *Neira Alegria y Otros*), y que incluyen la conocida regla del agotamiento de los recursos internos (Asuntos *Velásquez Rodríguez*, *Fairén Garbi y Solís Corrales* y *Godínez Cruz*; y Asunto *Gangaram Panday*).¹⁹

19 La aplicación de la excepción preliminar del no agotamiento de los recursos internos da lugar a considerables problemas en el plano del derecho internacional general, y en especial, en el campo de los derechos humanos. En el caso de la Corte Interamericana, son particularmente relevantes al respecto las sentencias de la Corte de 26 de junio de 1987, en la fase preliminar de los casos *Velásquez Rodríguez*, *Fairén Garbi y Solís Corrales*, y *Godínez Cruz* (Serie C, Nos.1, 2 y 3); las sentencias sobre el fondo en esos mismos asuntos, del 29 de julio de 1988, 20 de enero de 1989 y 15 de marzo de 1989 (Serie C, Nos. 4, 5 y 6, respectivamente); el Voto Razonado (Opinión Separada) que el Juez *ad hoc* Antônio Cançado Trindade agregó a la Sentencia de 4 de diciembre de

- (b) las que se refieren al desempeño de la Comisión en el tratamiento del caso. Entre estas están:
- falta de declaración formal de admisibilidad por la Comisión (Asuntos *Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godtnez Cruz*);
 - omisión del procedimiento de solución amistosa del asunto (*ibid*);
 - falta de realización de una investigación *in loco*;
 - omisión de una audiencia previa (*Ibid*);
 - aplicación indebida de los artículos 50 y 51 de la Convención (*ibid*);
 - caducidad de la demanda (Asunto *Neira Alegría y Otros*);
 - abuso de los derechos que le confiere la Convención a la Comisión (Asunto *Gangaram Panday*);
 - incumplimiento de lo establecido en los artículos 47 a 51 de la Convención (*ibid*).

Deben mencionarse también otros "aspectos de forma" que presentó un Estado como cuestión previa, aunque sin calificarlos de excepciones preliminares, y que la Corte entró a examinar incluso antes de las excepciones preliminares propiamente dichas. Se referían a cuestiones como la falta de firma en un documento de la Comisión y la representación de la Comisión en el proceso.²⁰

Sobre la oportunidad en la formulación de las excepciones preliminares, cualesquiera que estas sean, el artículo 31.1 estipula una regla perentoria: las objeciones solo podrán ser opuestas dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la demanda. En el Reglamento anterior, el

1991, en la fase preliminar del caso *Gangaram Panday*; y la Opinión Consultiva de la Corte titulada *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Art.46.1, 46.2a y 46.2b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A, No.11. Ver también Dunshee de Abranches, C.A.: "O esgotamento dos recursos da Juridição Interna na Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos" *Revista do Direito*, Rio de Janeiro (1972); Cancado Trindade, A.: *Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *X Revue des Droits de l'Homme* (1978); del mismo autor "A aplicação da regra do esgotamento dos recursos internos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos", en "*Derechos Humanos, Homenaje a C. Dunshee de Abranches*", Washington, OEA, 1984.

20 Corte I.D.H., Asunto *Gangaram Panday*, Excepciones Preliminares, Sentencia del 4 de diciembre de 1991, párr. 17.

plazo era el de la presentación de la primera pieza escrita por la parte que interponía la excepción, regla que se mantiene, solo que ahora dicha pieza es por lo general el escrito de contestación a la demanda.

Las excepciones deben figurar en un escrito que se presenta en la Secretaría en diez ejemplares y que contiene la siguiente información, de acuerdo con el artículo 31.2: (este contenido es prácticamente idéntico al de las Memorias sobre el fondo, en caso de que haya ocasión de presentar estas)

- (a) una exposición de los hechos referentes a las excepciones;
- (b) los fundamentos de derecho en que se basan las excepciones;²¹
- (c) las conclusiones; y
- (d) los documentos en apoyo.

Se establece además en dicha disposición que en el escrito se deben mencionar los medios de prueba que la parte contempla eventualmente hacer valer. Una vez recibido dicho escrito, el Secretario lo notificará de inmediato a las mismas persona a las que les ha notificado la demanda (Arts. 31.3 y 28.1).

El procedimiento para la evacuación de la fase de objeciones preliminares responde al mismo esquema básico del procedimiento ordinario, con una parte escrita y una parte oral: según el párrafo 5 del artículo 31, la etapa escrita está compuesta por los alegatos escritos que las partes "deseen presentar" y que serán depositados dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la comunicación. Luego de recibidos dichos documentos, viene un procedimiento oral, del cual se puede prescindir, a discreción de la Corte (Párrafo 6). Como es lógico, tanto los alegatos escritos como las intervenciones y presentación de medios de prueba durante el procedimiento oral, deben limitarse a los puntos a que se refiera la excepción. A pesar de lo que dispone el artículo 31.4, en el sentido de que la presentación

21 Un aspecto interesante es que la disposición pertinente del Reglamento anterior (Art. 27.2) establecía expresamente que el escrito contendría la exposición de hechos y de derecho y que "...sobre esta fundamentación se basar(í)a la excepción", frase esta última que desapareció del actual artículo 31.2. La Corte invocó expresamente esta disposición para abstenerse de considerar una excepción que no había sido sustentada ni en el escrito ni en la audiencia (Corte I.D.H., *Caso Gangaram Panday*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de diciembre de 1991, párrs. 36 y 41). Al haber desaparecido del Reglamento esta justificación, cabe preguntarse si en casos futuros la Corte seguirá exigiendo que cada excepción sea fundamentada o "sustentada" a cabalidad por la parte que la alegue.

de excepciones preliminares no suspenderá el procedimiento sobre el fondo,²² es un hecho que, por lo general, un procedimiento íntegro sobre excepciones preliminares retrasa el proceso principal en unos seis o siete meses.

A diferencia de lo que sucede en el caso de las medidas provisionales, la decisión sobre las objeciones preliminares se incorpora en un Fallo de la Corte.²³ Una vez concluido el procedimiento y oídas las partes, la Corte fija una fecha para la lectura de su decisión, la cual puede contemplar una de tres soluciones:

- i. La Corte acepta al menos una de las excepciones formuladas por una de las partes, caso en el cual el litigio llega a su término y debe ser removido de la Lista General de la Corte. (Es posible reanudararlo en el futuro, si la causal que originó la excepción ha sido resuelta, como por ejemplo al agotar los recursos internos);
- ii. La Corte rechaza una por una todas las excepciones formuladas, afirmando su jurisdicción para conocer del caso y determinando la admisibilidad de la demanda. En esta alternativa, el procedimiento sobre el fondo se reanuda en el punto en que fue interrumpido;
- iii. La Corte ordena que las excepciones u objeciones de que se trata sean resueltas junto a la cuestión de fondo.²⁴ En este caso el resultado procesal es idéntico al del caso anterior, y el Presidente debe proceder a fijar el siguiente plazo dentro del procedimiento sobre el fondo.²⁵

En dos de los casos en que se han formulado excepciones preliminares la Corte las rechazó o desestimó, en tres unió una (la del agotamiento de los recursos internos) al fondo del asunto, y en uno más no tuvo que pronunciarse sobre las excepciones.

22 La norma contiene la excepción expresa "...a menos que la Corte así lo decida expresamente". Esto no figuraba en el Reglamento anterior (Art.27.3)

23 La Corte ha calificado expresamente a estos fallos de "sentencias interlocutorias" (Corte I.D.H., Caso *Neira Alegría y Otros*, Resolución de 29 de junio de 1992, párr. 124; texto en *Revista IIDH*, No.15, San José, Enero-Junio 1992, pág.181).

24 Comentando esta posibilidad, la Corte ha destacado que en el análisis de las excepciones preliminares ella puede tener que abordar "total o parcialmente el fondo" (Corte I.D.H., Caso *Neira Alegría y Otros*, Resolución de 29 de junio de 1992, párr. 28; texto en *Revista IIDH*, No.15, San José, Enero-Junio 1992, pág. 185).

25 Anota Gros Espiell que si la excepción se refiere a la competencia de la Corte ella deberá ser decidida de forma separada e inicial, luego se trata de de una excepción que por su propia naturaleza no puede ser unida al fondo (*op. cit.*, pág.172).

IV. Los procedimientos derivados

A. Reparaciones e indemnizaciones

El artículo 63.1 de la Convención prevé expresamente la posibilidad de que al término de un asunto contencioso la Corte concluya que ha habido violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención. En esta eventualidad, la Corte debe:

- (a) Disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados;
- (b) disponer, si fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos; y,
- (c) disponer, si fuere procedente, el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Como es lógico, depende de cada caso y de los derechos y libertades de que se trate que la Corte entre a decidir cada uno de estos tres puntos en virtud de una misma sentencia. En los casos de desapariciones forzadas a los cuales la Corte ya ha debido enfrentarse, por ejemplo, tuvo que reconocer que era evidente que no procedía la garantía mencionada en el punto i, aunque sí la reparación y la indemnización.²⁶

En su primera decisión sobre esta cuestión, la Corte tuvo la oportunidad de precisar los alcances y contenido del concepto de "justa indemnización" a que se refiere la disposición del artículo 63.1 de la Convención.

El principio de derecho internacional general aplicable es, según la Corte, el del deber de reparar, que frecuentemente asume la forma de una indemnización; la reparación es el género y la indemnización la especie:

Es un principio de derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado 'incluso una concepción general de derecho', que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo. (Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia del 21 de julio de 1989 (Art.63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, No. 7, párr. 25)²⁷

26 Corte I.D.H., Asunto *Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 189.

27 Aquí la Corte cita pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Fábrica de Chorzow* (1927 y 1928) y *Reparaciones por Perjuicios Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas* (1949).

La definición de reparación adoptada por la Corte es considerablemente amplia, abarcando la indemnización, bajo la noción del *restitutio in integrum*:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral. (ibid, párr. 26).

*La indemnización que se debe a las víctimas o a sus familiares en los términos del artículo 63.1 de la Convención, debe estar orientada a procurar la **restitutio in integrum** de los daños causados por el hecho violatorio de los derechos humanos. El desiderátum es la restitución total de la situación lesionada, lo cual, lamentablemente, es a menudo imposible, dada la naturaleza irreversible de los perjuicios ocasionados, tal como ocurre en el caso presente. En esos supuestos, es procedente acordar el pago de una "justa indemnización" en términos lo suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida. (Asunto Godínez Cruz, Interpretación de la Sentencia de Indemnización Compensatoria, Sentencia de 17 de agosto de 1990 (Art.67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, No. 10, párr. 27).*

Para fundamentar la procedencia de las indemnizaciones por violaciones de derechos humanos, la Corte se apoya en precedentes del Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de la Corte Europea de Derechos Humanos. De allí, el Tribunal pasa a determinar que la "justa indemnización" mencionada en el artículo 63.1 de la Convención tiene un alcance parcial y es de carácter compensatorio y no sancionatorio:

La expresión 'justa indemnización' que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la 'parte lesionada', es compensatoria y no sancionatoria. Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del Derecho Internacional.

Por todo lo anterior la Corte considera, entonces, que la justa indemnización, que la Sentencia sobre el fondo del 29 de julio de 1988 calificó como 'compensatoria', comprende la reparación a los familiares de la víctima de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron con motivo de la desaparición forzada de Manfredo Velásquez. (ibid, párrs. 38-39).

En cuanto al derecho aplicable al momento de fijar esta indemnización en casos concretos, este se limita a la Convención y al derecho internacional, estableciéndose así claramente la irrelevancia del derecho interno del Estado o Estados involucrados:

Ninguna parte de(1) artículo (63.1) hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquella no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo.

Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia." (ibid, párrs. 30-31)

Entre estos principios, se han individualizado los principios de equidad, en el caso de la liquidación del daño moral, y se ha especificado que un ejemplo de reparación de esta naturaleza está representado en la misma sentencia condenando al Estado autor de la violación:

En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de equidad. (ibid, párr. 27)

Por lo demás, la Corte entiende que la sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988 constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para los familiares de las víctimas. (ibid, párr. 36)

Dos artículos del Reglamento son relevantes con respecto a esta cuestión: el 44, relativo a la aplicación del artículo 63.1, y el 47, que individualiza las sentencias relativas a la misma disposición de la Convención. En virtud del primero, la invocación del artículo 63.1 puede tener lugar, o bien en el mismo texto de la demanda, o bien posteriormente, "en cualquier estado de la causa"; en ambos casos, la Corte puede invitar a los abogados representantes del denunciante original, de las víctimas o de sus familiares, que estén colaborando con los delegados de la Comisión en la presentación del caso, a que presenten alegatos en relación con la aplicación de dicho artículo.

Cuando se expide la sentencia sobre el fondo, y en ella la Corte ha determinado que hubo violación de la Convención, se abren dos opciones: decidir en la misma sentencia sobre la aplicación del artículo 63.1, o sea fijar en uno de los párrafos de la parte dispositiva el monto y forma de la indemnización debida a la parte lesionada; o posponer la decisión de esta cuestión para un momento futuro. La norma del artículo 47.1 del Reglamento estipula que lo primero sucede "si el asunto estuviere en estado de ser resuelto", lo cual significa que las partes hayan sometido argumentos sobre el punto específico de la forma y monto de la reparaciones o indemnizaciones debidas y que la Corte haya podido formarse un juicio al respecto.

Lo segundo opera si dicho asunto "no estuviere" en estado de ser resuelto, caso en el cual hay lugar a abrir un procedimiento derivado de

carácter interlocutorio sobre este punto: la Corte "reservará su decisión al respecto, en todo o en parte" y "determinará el procedimiento posterior."

En los dos litigios contra Honduras cuyo fondo fue decidido en fallos simultáneos y paralelos, por ejemplo, la Corte registró que a pesar de que la Comisión había reclamado durante el juicio el pago de indemnizaciones, no había aportado elementos para definir el monto y forma de pago de las mismas, tema que no había sido objeto de discusión entre las partes. En consecuencia, la Corte decidió que la indemnización podía ser convenida entre las partes y que si no se llegaba a acuerdo al respecto en seis meses la Corte la fijaría, para lo cual mantenía abierto el caso.²⁸ Si hubiera acuerdo, la Corte se reservaba el derecho de "homologarlo", y si no, se reservaba la potestad de fijar ella el monto y la forma de la mencionada indemnización. Sobre el eventual acuerdo, la Corte hizo la siguiente importante precisión:

En el Reglamento actual de la Corte las relaciones jurídicas procesales se establecen entre la Comisión, el Estado o Estados que intervienen en el caso y la Corte misma, situación esta que subsiste mientras no se haya cerrado el procedimiento. Al mantenerlo abierto la Corte, lo procedente es que el acuerdo (sobre la forma y monto de la indemnización) sea concluido entre el Gobierno y la Comisión aunque, por supuesto, los destinatarios directos de la indemnización sean los familiares de la víctima... (Corte I.D.H., Asunto Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 192).

A este acuerdo se refiere explícitamente el artículo 47.3 del Reglamento, que dispone que si la Corte es informada de que el lesionado y la parte responsable han llegado a un acuerdo "conforme a su sentencia sobre el fondo", la Corte debe "verificar" que el acuerdo sea justo (la "homologación" a que aludió la Corte en la decisión citada) y disponer lo conducente para sobreseer el caso y archivar el expediente.

En síntesis, se deja en manos de la Corte determinar cuál es el procedimiento a emplear para el conocimiento de la cuestión de la forma y monto de la indemnización. El Reglamento solo contiene una disposición sobre la composición de la Corte en esos casos, la cual debe ajustarse, en lo posible,

28 En el asunto *Aloeboetoe y Otros*, el Gobierno del Estado demandado (Suriname) reconoció en el curso del procedimiento oral sobre las excepciones preliminares su responsabilidad por los hechos alegados por la Comisión. La Corte decidió que la controversia que había dado origen al caso había cesado y que en consecuencia ahora correspondía "...decidir sobre las reparaciones y sobre las costas del procedimiento", para lo cual dejó abierto el caso. (Corte I.D.H., Sentencia del 4 de diciembre de 1991, párr. 23 y núm. 2 de la parte dispositiva).

a la composición original de la Corte cuando fue fallado el fondo del asunto.²⁹

En el caso mencionado, poco antes del vencimiento del plazo de los seis meses para el logro del acuerdo, la Corte expidió una Resolución autorizando al Presidente para que si se vencía dicho plazo sin que se le hubiera presentado el acuerdo entre el Estado y la Comisión, y en consulta con la Comisión Permanente, iniciara los estudios y designara los expertos necesarios para que la Corte contara con los elementos de juicio necesarios para fijar la forma y cuantía de la indemnización. Se le autorizaba además para que recabara el parecer de las partes y de los familiares de la víctima y para que, de ser necesario, convocara una audiencia sobre ese asunto. La Corte recibió varios escritos de cada uno de los actores mencionados y celebró efectivamente una audiencia oral; al término de este procedimiento, que duró unos seis meses, la Corte expidió lo que denominó una "Sentencia de Indemnización Compensatoria", que en lo formal se ajusta completamente a los requerimientos generales de los fallos sobre el fondo, y que concluía resolviendo que ella supervisaría "...el cumplimiento del pago de la indemnización acordada" y que solo "después de su cancelación" archivaría el expediente.³⁰

Cabe suponer que un procedimiento análogo se verificará en instancias futuras sobre indemnización compensatoria.

Para concluir el tratamiento de esta cuestión, hay que hacer referencia al texto del artículo 68.2 de la Convención, que estipula lo siguiente, al lado de la obligación genérica sobre cumplimiento de los fallos de la Corte por parte de los Estados partes:

La parte del fallo que disponga una indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Al respecto, anota un comentarista:

El artículo 68.2 de la Convención Americana es una disposición loable y acertada, que puede hacer posible una forma de ejecución de las sentencias de la Corte

29 Artículo 47.2. Se dispone también que en caso de fallecimiento, renuncia, impedimento, excusa o inhabilitación, se efectuará la sustitución del juez de que se trate por el juez que haya sido elegido en su lugar o por el juez que tenga precedencia entre los nuevos jueces (Art. 16).

30 En la parte dispositiva de esta sentencia la Corte fijó una cantidad específica en moneda nacional (750.000 lempiras) a ser pagada por el Estado hondureño a los familiares directos de la víctima (cónyuge e hijos) y precisó además la forma y modalidades de pago (un pago único en noventa días a la cónyuge y un fideicomiso bancario a favor de los hijos).

*Interamericana –en el caso de que el fallo disponga una indemnización compensatoria, eficaz y rápida, acorde con el objetivo de protección, real y cierta, de los Derechos Humanos.*³¹

B. Interpretación de sentencias

A diferencia de otros tribunales internacionales, ante la Corte Interamericana no tiene cabida la revisión de los fallos.³² Debido a esto, la interpretación es importante dentro del marco jurídico en el que opera el procedimiento ante la Corte, puesto que se trata del único recurso contra las sentencias que quedó previsto en la Convención.

En el artículo 67 de la Convención están presentes los rasgos distintivos del recurso de interpretación ante el tribunal interamericano:

- (a) la interpretación sólo procede respecto de fallos de la Corte, los cuales son "definitivos e inapelables";³³
- (b) la interpretación de un fallo sólo procede si hay desacuerdo real sobre el sentido o alcance del fallo, lo cual implica que por lo menos haya habido lugar a un intercambio de puntos de vista entre las partes y a un enfrentamiento de posiciones en cuanto al sentido o alcance del

31 Gros Espiell H., *op.cit.*, pág.180. Ver también Vargas Carreño E., *op.cit.*, pág.150 y O'Donnell, D.: "Protección Internacional de los Derechos Humanos" Comisión Andina de Juristas-Fundación Friedrich Naumann, 1988, pág. 485 y ss.

32 Para una opinión en contra ver Gros Espiell H., *op.cit.*, pág.181 y ss. Este autor destaca que en otros tribunales internacionales se ha admitido el recurso de revisión a pesar de no estar previsto expresamente en los respectivos instrumentos constitutivos, como es el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos (en su nuevo Reglamento) o del Tribunal Administrativo de la OIT (en su jurisprudencia).

33 Es muy interesante a este respecto la Opinión Separada que el Juez Rodolfo Piza Escalante añadió a la Sentencia de la Corte en la única instancia de interpretación que se le ha sometido hasta ahora. La solicitud (presentada por la CIDH) se refería a la interpretación de una Sentencia de Indemnización Compensatoria y no al fallo sobre el fondo. En opinión de este juez, las solicitudes del artículo 67 solo son pertinentes en relación con el fallo, es decir, la sentencia definitiva que resuelve el fondo del asunto; todas las restantes resoluciones de la Corte, tanto del proceso principal como de su fase de ejecución, aunque de hecho o por costumbre se llamen también "sentencias", son de carácter interlocutorio y están sujetas siempre a otras posteriores que las interpreten, complementen, aclaren, adicionen o incluso modifiquen o revoquen. Este no fue, desde luego, el parecer adoptado por la Corte, la cual aplicó sin más el artículo 67 y el artículo 48 (hoy art.50) de su Reglamento, a la solicitud de interpretación de la Sentencia de Indemnización, e incorporó su decisión al respecto en un nuevo Fallo.

fallo. Como dijo la Corte Internacional de Justicia: "Es necesario que exista una controversia sobre el sentido o alcance del fallo."³⁴

- (c) la solicitud de interpretación puede presentarla cualquiera de las partes;
- (d) la solicitud debe presentarse dentro de los noventa días a partir de la fecha de notificación del fallo.³⁵

La Corte ha tenido oportunidad de definir con cierta amplitud el alcance de su función interpretativa, la cual se extiende a la parte motiva de las decisiones:

La interpretación de una sentencia implica no sólo la precisión del texto de los puntos resolutivos del fallo, sino también la determinación del alcance, el sentido y la finalidad de la resolución, de acuerdo con las consideraciones de la misma. Este ha sido el criterio de la jurisprudencia internacional. (Asunto Godínez Cruz, Interpretación de la Sentencia de Indemnización Compensatoria, Sentencia de 17 de agosto de 1990 (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, No. 10, párr. 26)³⁶

Así mismo, la Corte ha aclarado que la forma para distinguir cuando se está en presencia de una auténtica solicitud de interpretación de un fallo consiste en determinar si existe un verdadero desacuerdo sobre el sentido o alcance del mismo:

34 *Asunto de la Interpretación del Fallo del 20 de Noviembre de 1950, en el Asunto del Asilo, I.C.J. Reports 1950, pág. 402.* En ese caso, la Corte de La Haya rechazó la solicitud de interpretación presentada por Colombia, basándose principalmente en el siguiente razonamiento:

"El artículo 60 del Estatuto estipula (...) que la interpretación solo puede pedirse si existe una 'controversia sobre el sentido o alcance del fallo'. Obviamente, no se puede tratar como una controversia, en el sentido de esta disposición, el mero hecho de que una Parte encuentre que la Sentencia es oscura cuando la otra la considera perfectamente clara. Una controversia exige una divergencia de opiniones entre las partes sobre puntos definitivos; el artículo 79, párrafo 2, del Reglamento, confirma esta condición al establecer que la demanda de interpretación 'debe especificar el punto o puntos precisos en disputa' (*Ibid.*, pág. 403).

35 Llama la atención el contraste con el sistema de la Corte Europea de Derechos Humanos, en el cual una demanda de interpretación puede presentarse dentro de los tres años siguientes al pronunciamiento del fallo; el recurso de revisión ante este tribunal, por su parte, procede dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento del hecho en el que se basa la solicitud de revisión (Ver Bandres-Cruzat, J.M.: "El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre", Bosch, Barcelona, 1983, pág. 62 y ss.)

36 En este punto, la sentencia cita una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos (Caso *Ringelsen* (Interpretación del Fallo de 22 de junio de 1972), Sentencia del 23 de junio de 1973, Serie A, Vol. 16).

Cabe observar que, según el artículo 67 de la Convención, la Corte está facultada para interpretar sus fallos cuando exista desacuerdo sobre el sentido o alcance de los mismos. En el escrito de la Comisión que ahora se analiza, no hay mención alguna sobre aspectos del fallo de la Corte cuyos sentido o alcance sean dudosos o controversiales. Por el contrario, se denuncia que no se han cumplido términos claros de dicha sentencia, como son los plazos dentro de los cuales debió pagarse la indemnización acordada por la Corte. No es procedente, en consecuencia, dar curso a la petición de la Comisión, como una 'ampliación' de la solicitud de interpretación anteriormente introducida por ella misma. (ibid., párr. 36)³⁷

Sobre la competencia de la Corte para interpretar sus propios fallos, es pertinente un pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia, el cual es aplicable por analogía a la Corte Interamericana:

La jurisdicción de la Corte para dar una interpretación de uno de sus propios fallos ... constituye una jurisdicción especial derivada directamente del (...) Estatuto. Por lo tanto, la Corte debe en todo caso considerar si las condiciones para la existencia de dicha jurisdicción se han cumplido. Aún más, las Partes en el caso, al convertirse en partes en el Estatuto de la Corte, han consentido a dicha jurisdicción sin ningún prerrequisito. (Asunto de la Demanda de Revisión e Interpretación del Fallo del 24 de Febrero de 1982 en el Caso Relativo a la Plataforma Continental (Túnez/Libia), I.C.J. Reports 1985, pág. 216).

La disposición reglamentaria pertinente en la Corte Interamericana es el artículo 50, que se refiere a los siguientes aspectos:

- i. La demanda de interpretación que llene los requisitos del artículo 67 de la Convención, enumerados arriba, se presenta en al Secretaría en 10 ejemplares, y debe indicar con precisión "las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida" (Art. 50.1). Siguiendo lo expuesto arriba, debe entenderse que hay que indicar en la demanda cual es el desacuerdo existente sobre tales cuestiones y en que consisten las convicciones enfrentadas de las partes a ese respecto.
- ii. El Secretario le comunica la demanda a las partes en el caso y las invita a presentar alegatos escritos (también en diez ejemplares) dentro de un plazo fijado por el Presidente (Art. 50.2). El resto del procedimiento a seguirse será determinado por la Corte (Art. 50.5).³⁸

37 Sin embargo, la Corte atendió la petición de la Comisión, no como interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria, sino en virtud de que en la parte final de dicha decisión ella se había reservado el derecho de supervisar el pago de la indemnización (*Ibid.*, párr. 37 y numeral 4 de la parte dispositiva).

38 En el único ejemplo de interpretación presentado hasta ahora, la Corte celebró una audiencia oral en la que participaron representantes de las partes.

- iii. La demanda de interpretación no suspende la ejecución de la sentencia (Art. 50.4).
- iv. Sobre la composición de la Corte, se aplica la misma regla que en el caso de las indemnizaciones compensatorias (*supra*, nota 29 y texto correspondiente) [Art. 50.3].³⁹

Finalmente, la frase final del artículo 50.5 del Reglamento contempla de manera explícita que la solicitud de interpretación será resuelta mediante una sentencia,⁴⁰ la cual sigue los patrones formales de los fallos sobre el fondo.

39 Esta regla no figuraba expresamente en el Reglamento anterior. En la fase de interpretación del asunto *Godínez Cruz* citado arriba (bajo el anterior Reglamento), la Corte aplicó por analogía el artículo 54.3 de la Convención, e incluso halló oportuno explayarse un poco sobre el punto (*Ibid.*, párr.11-13).

40 *Supra*, nota 33.

MEMORIAL EN DERECHO *AMICUS CURIAE*
PRESENTADO POR HUMAN RIGHTS WATCH/
AMERICAS (HRW/AMERICAS) Y EL CENTRO
POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO
INTERNACIONAL (CEJIL) A LA EXCMA. CÁMARA
FEDERAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DE
LA CAPITAL FEDERAL (ARGENTINA)
EN EL ASUNTO MIGNONE, EMILIO F.,
S/PRESENTACIÓN EN CAUSA NRO. 761, “HECHOS
DENUNCIADOS COMO OCURRIDOS EN EL
ÁMBITO DE LA ESCUELA SUPERIOR DE
MECÁNICA DE LA ARMADA (E.S.M.A.)”

I. PRESENTACIÓN Y OBJETO DEL *AMICUS CURIAE*

Juan E. Méndez, Director Jurídico (*General Counsel*) de Human Rights Watch (HRW); José Miguel Vivanco, Director Ejecutivo de HRW / Americas; Andreas Stein, asesor letrado de HRW, Joanne Mariner, asesora letrada de HRW / Americas; Viviana Krsticevic, Directora Jurídica del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL); Ariel Dulitzky, Director de CEJIL/Mesoamérica; Liliana Obregón, Directora de Publicaciones de CEJIL; Verónica Gómez, asesora letrada de CEJIL; Alejandro Garro, Profesor de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia (*Columbia Law School*), e integrante del Consejo Asesor de HRW / Americas; en nombre y representación de HRW y de CEJIL –entidades no gubernamentales internacionales con sede principal en 485 Fifth Avenue, New York, NY 10017, Estados Unidos, y 1522 K Street, NW, Washington DC 20005, Estados Unidos, respectivamente– con el patrocinio letrado de los Drs. Eugenio Raúl Zaffaroni, Diana Conti y Mariano Ciafardini y constituyendo domicilio legal en Suipacha 1031, piso 1° - No. 8, de la ciudad de Buenos Aires, a los efectos de estas actuaciones en los autos caratulados

- Documento histórico en el que por primera vez se admitió un “Amicus Curiae” en los tribunales de Argentina, (Revista El Derecho) N° 8835, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina (15-9-95).

MIGNONE, Emilio F. s/ presentación en causa Nro. 761 "Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (E.S.M.A.)", nos dirigimos respetuosamente a la Excma. Cámara para expresar lo siguiente:

En primer lugar, quisiéramos informarle a la Excma. Cámara que HRW/Americas y CEJIL son dos organizaciones internacionales dedicadas a la defensa y promoción de los derechos humanos universalmente reconocidos. Ambas instituciones tienen como mandato contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, a través de la utilización de instrumentos judiciales y cuasi-judiciales de derecho interno e internacional. Este es el interés que ha motivado la petición de HRW/Americas y CEJIL para participar en esta causa y que ha sido expuesto en el escrito en el que solicitamos la venia de la Excma. Cámara para hacer nuestra presentación; en este estado damos por reproducido lo manifestado en el mencionado escrito, *brevitatis causa*.

Sometemos a consideración de esta Excma. Cámara este memorial en derecho, en calidad de *amici curiae* ("amigos de la Corte") en el que ofrecemos un análisis del estado actual del derecho internacional aplicable a estas actuaciones. Es nuestra intención abordar, en particular, la cuestión de la obligación del Estado argentino de investigar cada violación de los derechos humanos fundamentales ocurrida entre los años 1976 y 1983 –etapa conocida como la "guerra sucia"– e informar a los familiares de las víctimas y a la sociedad en general del resultado de dicha investigación como parte de lo que se ha dado en llamar el "derecho a la verdad". Todo esto, independientemente de otras obligaciones que tenga el Estado respecto al castigo de los responsables –que no son objeto de esta presentación– y a raíz de las cuales la Argentina ya ha sido condenada en foros internacionales. También nos permitimos sugerir, respetuosamente, a la Excma. Cámara medidas concretas a fin de asegurar el eficaz cumplimiento por parte del Estado argentino de sus obligaciones internacionales.

II. HECHOS

Entre 1976 y 1983 fueron presentados ante los tribunales argentinos numerosos recursos de *habeas corpus* y demandas por privación ilegítima de libertad con el fin de obtener información sobre el destino y paradero de los miles de personas desaparecidas por la dictadura militar. Muchos familiares acudieron a instancias internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. A pesar de estas gestiones, nunca se logró determinar el paradero de estas personas o el lugar donde sus restos yacían.

Una vez reinstaurada la democracia, tras la publicación del Informe de la Comisión Nacional de Desaparición de Personas¹ (CONADEP) y durante la tramitación de la histórica *Causa 13*², tampoco fue posible obtener ninguna respuesta detallada sobre el destino de las personas desaparecidas.

Con tales antecedentes, más las pruebas fehacientes de que había funcionado un centro clandestino de detención en la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (E.S.M.A.), se iniciaron actuaciones judiciales en las cuales se procesó a 17 oficiales de la Armada por desaparición forzada. Con la promulgación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida fueron desprocesados la mayoría de los agentes del Estado que, *prima facie*, habían estado involucrados en la desaparición y posterior ejecución extrajudicial de las mencionadas víctimas. Finalmente, los indultos presidenciales dejaron en libertad a quienes todavía estaban procesados en la causa por no poder ser beneficiarios de las mencionadas leyes. Lo cierto es que, hasta el día de hoy, los familiares de los desaparecidos continúan en la más absoluta incertidumbre acerca del destino final de sus seres queridos.

A raíz de las recientes declaraciones públicas del Capitán de la Armada Adolfo Scilingo, el representante de los causahabientes de la desaparecida religiosa francesa Alice Domon elevó una presentación ante la Excma. Cámara, en la que se ponía en su conocimiento las declaraciones del mencionado Capitán. En la misma presentación se solicitaba que este Tribunal librara oficios con el objeto de conocer el listado de las personas detenidas-desaparecidas en la E.S.M.A. Haciendo lugar a lo solicitado en el escrito mencionado, la Excma. Cámara ordenó se librarán los oficios correspondientes, remitiendo entonces su pedido de informes al Presidente de la Nación, al Ministro de Defensa y al Jefe de Estado Mayor de la Marina de Guerra. Por su parte, el Dr. Emilio Mignone, padre de la desaparecida Mónica María Candelaria Mignone elevó, también ante la Excma. Cámara, una solicitud para la continuación de la investigación y esclarecimiento de lo ocurrido en el ámbito de la E.S.M.A., entre 1976 y 1983. La Excma. Cámara ordenó librar oficio al Jefe de Estado Mayor de la Armada para que obtuviera, o en su defecto reconstruyera, las listas de desaparecidos y declaró la inalienabilidad del derecho a la verdad, la obligación del respeto del cuerpo y del derecho al duelo. Sin embargo, en las contestaciones oficiales remitidas hasta el momento no solo se afirma que no existen listas de desaparecidos sino que se desconoce la jurisdicción de la Excma. Cámara para solicitar la información requerida.

1 CONADEP, *Nunca Más*, Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Eudeba, Buenos Aires, 1984.

2 *Caso Videla y Otros*, Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, 1985.

III. DERECHO

A. LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO CONFORME AL DERECHO INTERNACIONAL Y EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

Conforme a los principios básicos del derecho internacional actualmente en vigencia, todo Estado está obligado al pleno cumplimiento de buena fe de sus compromisos voluntariamente asumidos al momento de ratificar un tratado. Según lo expresara Hans Kelsen:³

Existe una norma de derecho internacional que ordena a los Estados respetar los tratados celebrados por ellos: la norma *pacta sunt servanda*.

Este principio general del derecho internacional, de origen consuetudinario, ha sido receptado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴, de la cual Argentina es un Estado Parte.

Como consecuencia de esta obligación, el Estado es sujeto pasivo de responsabilidad internacional en caso de violación de un tratado.⁵ Esta regla ha sido consistentemente reafirmada en numerosas sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia.⁶ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados también recepta el principio de que el derecho internacional tiene supremacía sobre el derecho interno:

una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.⁷

3 Véase Hans Kelsen, *Principios de Derecho Internacional Público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pág. 406.

4 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concluida en Viena el 23 de mayo de 1969, en vigor para la República Argentina desde enero de 1980, *UN Doc. A/CONF.39/27*, artículo 26.

5 Véase Georg Schwarzenberger, *International Law*, 3ra. Ed., 1957, págs. 533-72; D. Anzilotti, *Corso de diritto internazionale*, 3ra. ed., 1928, págs. 443-444; Alfred Verdross, *Volkerrecht*, 5ed., 1964, pág. 377; Ian Brownlie, *The System of the Law of Nations: State Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

6 CPJO, *Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930)*, Serie B, No. 17, pág. 24; *Caso de las Zonas Libres (1932)*, Series A/B, No. 46, p. 167; CIJ, *Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988)* 12, a 31-2, párr. 47. Véase también, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, págs. 35-37.

7 Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Véase también Brownlie, *op.cit.*, págs. 613-616.

Por su parte, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸ (en adelante "la Convención") resuelve esta discusión con un enfoque teleológico. Dicha norma establece que, ante un conflicto de preeminencia entre disposiciones de derecho interno e internacional en el ámbito de la protección de los derechos humanos, debe elegirse aquella interpretación que amplíe y no restrinja el goce de los derechos garantizados en la Convención.

Cada vez con mayor énfasis, el derecho internacional y el derecho interno interactúan auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos superando definitivamente la visión clásica que los distinguía radicalmente.⁹ En este sentido, muchas constituciones contemporáneas reconocen la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos o concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente protegidos. En los últimos quince años, diversas constituciones iberoamericanas han subrayado la importancia de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno.¹⁰

Es un principio jurisprudencial y doctrinariamente aceptado en el derecho argentino que, una vez ratificados, los tratados internacionales se constituyen en fuente autónoma del ordenamiento jurídico interno.¹¹ La

8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la Argentina (con aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) el 5 de septiembre de 1984. La parte pertinente del artículo 29 de la Convención establece que "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; (b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados..."

9 Susana Albanese, "Interacción entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y el ámbito interno" en *El Derecho* 09/12/91, pág. 1.

10 Véase Constitución portuguesa de 1976, artículo 16; Constitución española, artículo 10.2; Constitución Peruana de 1978; artículo 105; Constitución Política de Guatemala, artículo 46; Constitución de Nicaragua de 1987, artículo 46; Constitución chilena de 1989, artículo 5 (II); Constitución brasileña de 1988, artículos 4.11 y 5.2; Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 93.

11 Véase Jorge Vanossi, *Régimen Constitucional de los Tratados*, Bs. As., 1969; Werner Goldschmidt, "Los tratados como fuente del derecho internacional público y del derecho interno argentino", *El Derecho* 110-955; Ana María Reina, "El régimen jurídico de los tratados en la república Argentina" en *Atribuciones del Congreso Argentino*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales, pág. 333; Vinuesa, Moncayo y Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público T.I.*, Zavalía, Bs. As., 1977.

Constitución argentina, reformada en 1994, al otorgarle rango constitucional a los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado, definitivamente resuelve esta cuestión. En efecto, el artículo 75 inc. 22 de la Constitución estipula en forma genérica que: "los tratados... tienen jerarquía superior a las leyes." En cuanto a los tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina, incluyendo la Convención y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, establece que "tienen jerarquía constitucional".¹²

La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no está destinada solamente a servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que, necesariamente, implica condicionar el ejercicio de todo el poder público, incluido el que ejerce el Poder Judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. Dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye no solo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, sino también la violación de la Constitución misma. En el plano interno, la no aplicación de estos tratados por parte de los tribunales argentinos podría llegar a significar la adopción de una decisión arbitraria por prescindir de normas de rango constitucional.

Por ello, los tribunales internos son quienes tienen a su cargo velar porque todas las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina en materia de derechos humanos, incluidas las incorporadas en la Convención, sean plenamente respetadas y garantizadas por los otros Poderes del Estado. Según sostiene la doctrina:

El Estado tiene el derecho de delegar la aplicación e interpretación de los tratados en el Poder Judicial. Sin embargo, si los tribunales cometen errores en esa tarea o deciden no hacer efectiva la aplicación del tratado [...] sus sentencias hacen incurrir al Estado en la violación de aquel.¹³

Es esta quizás una de las más importantes conclusiones del fallo de la Corte Suprema de la Nación en el caso *Ekmekdjian c/Sofovich*¹⁴—en el que se

12 Véase entre otros, Augusto Mario Morello, "El Pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho interno argentino (En torno a algunas parcelas)" en *El Derecho*, Tomo 135 pág. 888; Miguel Carrillo Bascary, "Los Pactos sobre Derechos Humanos: Reflexión sobre su utilidad para el ejercicio profesional" en *Zeus*, Tomo 53 pág. 2; Osvaldo Gozáini, "Alcance y vigencia de los derechos humanos en el derecho interno" en *La Ley* 1990-D-567.

13 Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pág. 346. La traducción nos pertenece.

14 *Ekmekdjian c/Sofovich*, *La Ley* 1992 C, pág. 540.

reconoció, además, la primacía de los tratados por sobre las leyes internas aún antes de la reforma ya mencionada— donde se resolvió que los tribunales debían:

velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones profundas del derecho argentino.¹⁵

Vale decir que ante supuestos que podrían generar responsabilidad internacional al Estado, los tribunales internos deben tomar las decisiones que sean compatibles con el objeto y fin de aquellos instrumentos internacionales ratificados por la Argentina y que, en consecuencia, forman parte del derecho interno.

Los tribunales nacionales, en este caso la Excma. Cámara, deben asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección de los derechos humanos que vinculan a la Argentina. Esto significa que la Excma. Cámara, como tribunal interno que está conociendo en la presente causa, debe examinarla no solo en función de lo prescrito en la legislación penal interna, sino también a la luz de los tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina.¹⁶

Sobre el particular, la Excma. Corte Suprema argentina ha establecido concretamente el *rol* de los tribunales nacionales en la aplicación de estos tratados al señalar que:

entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin de [la Convención] deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercite en el caso concreto.¹⁷

Más aún, la Excma. Corte Suprema ha afirmado que para interpretar la Convención debe aplicarse la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁸ Esto significa que los precedentes sentados por la Corte Interamericana constituyen importantes antecedentes jurídicos que la Cámara debe tener en cuenta al resolver la presente causa.

15 *Ekmekdjian c/Sofovich*, consid. 19.

16 Antônio Cançado Trindade, "La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos" en *El Juez y la Defensa de la Democracia*, IIDH, págs. 242 y 246.

17 *Ekmekdjian c/Sofovich*, consid. 22.

18 *Ekmekdjian c/Sofovich*, consid. 21.

En conclusión, de conformidad con la jurisprudencia uniforme desarrollada por la Excma. Corte Suprema de la Nación y el texto de la nueva Constitución, los tribunales argentinos cuando deban resolver sobre materias de derechos humanos deben tomar en consideración las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Como se explica a continuación, en el caso concreto pendiente ante la Excma. Cámara, esta obligación se traduce en la necesidad de investigar la suerte corrida por las personas detenidas-desaparecidas e informar de ello a sus familiares.

B. EL DERECHO A LA VERDAD Y LA OBLIGACION DEL ESTADO DE INVESTIGAR E INFORMAR

1. *El deber de garantizar los derechos protegidos*

La obligación fundamental de cada Estado Parte en un tratado multilateral de protección de los derechos humanos es la de respetar los derechos y libertades consagrados en él y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.¹⁹ La jurisprudencia y la doctrina distinguen entre el deber de garantía y la obligación de "respetar los derechos" protegidos en los instrumentos internacionales.²⁰ Así, hoy día el derecho internacional de los derechos humanos impone por un lado una obligación de no hacer, consistente en que los agentes del Estado deben abstenerse de realizar acciones que puedan invadir la esfera de libertad garantizada en cada uno de los derechos enumerados en el tratado. De otra parte, el Estado adquiere también obligaciones de hacer, es decir afirmativas, cuyo propósito es asegurar a cada persona el pleno goce y ejercicio de los mismos derechos.²¹

19 Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

20 *Ibidem*. Véase también el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ratificado por Argentina el 8 de agosto de 1986.

21 En cuanto a las obligaciones del Estado, la Corte Interamericana ha dicho que: "Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no están en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos." Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-13/93, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 16 de julio de 1993, párr. 26.

En la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Velásquez Rodríguez*,²² el tribunal tuvo ocasión de interpretar la llamada obligación de garantía del artículo 1.1 de la Convención que, según afirmó, representa:

el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar* toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el *restablecimiento*, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la *reparación de los daños* producidos por la violación de los derechos humanos.²³

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho de toda persona a un recurso efectivo contra violaciones de sus derechos fundamentales, e incluye el derecho a un recurso judicial (artículo 2(3)(a)). Igualmente, el derecho a un recurso efectivo está previsto explícitamente en el artículo 25 de la Convención. Otras normas de la Convención establecen el derecho a la reparación del daño causado por la violación de un derecho (artículos 63.1 y 68.2). Estos y otros instrumentos son, en este punto, declarativos de una norma de derecho internacional consuetudinario según la cual, ante la violación de un derecho, el Estado tiene la doble obligación de ofrecer un recurso rápido y eficaz para hacerla cesar y también identificar y facilitar los medios que permitan reparar los daños morales y materiales causados por dicha violación.²⁴

Solo se concibe un cumplimiento cabal de estas dos obligaciones si se conocen previamente las circunstancias de la violación que ha de cesar y cuyos efectos deben repararse. El conocimiento de la verdad, en consecuencia, es un requisito indispensable sin el cual estas obligaciones carecen de sentido, o hacen imposible verificar su cumplimiento. Antes de que se

22 Corte I.D.H., Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4.

23 *Ibidem*, párr. 166 (el énfasis nos pertenece).

24 Véase, por ejemplo, Naciones Unidas, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 39 U.N. GAOR, 39th Sess., Supp No. 51, art. 4, U.N. Doc. A/39/51, 23 I.L.M. 1027 (1984) art. 14 (1); Naciones Unidas, Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, AG Res. 47/133, U.N. GAOR, 47th Sess., Supp. No. 409, Agenda Item 97(b), at 207, U.N. Doc. A/47/49, art. 19, adoptada el 18 de diciembre de 1992; Art. 5(5) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sobre el carácter de norma consuetudinaria de esta obligación, Véase American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, Sección 906.

puedan adoptar medidas de prevención o de reparación, debe conocerse qué es lo que se debe prevenir y lo que se debe reparar.

Las obligaciones jurídicas de los Estados, derivadas de violaciones graves a los derechos humanos han sido estudiadas exhaustivamente por un Relator Especial designado por las Naciones Unidas, el jurista holandés Theo van Boven, profesor de la Universidad de Limburg en Maastricht. En su informe final sobre el derecho de las víctimas a la reparación y compensación, van Boven divide el derecho a la compensación en dos componentes claros.²⁵ Por un lado, el deber de reparar el daño se deriva de la obligación internacional de garantizar un recurso efectivo. Por otra parte, el mismo deber tiene una dimensión preventiva que surge de la obligación de respetar y asegurar (o garantizar) la vigencia de los derechos. Según el Relator Especial de las Naciones Unidas, la obligación de garantía incluye el deber de prevenir violaciones, el de investigarlas, el de tomar medidas apropiadas contra los autores de estos abusos y el de ofrecer recursos adecuados y eficaces a las víctimas.

2. *El deber de investigar e informar*

El Estado debe identificar todas las fuentes posibles de información sobre estos hechos y luego, como un primer paso, poner a disposición de los familiares de las víctimas, la información que obra en expedientes, archivos oficiales o *dossiers* que contengan, por ejemplo, listados de víctimas o agentes del Estado que hayan participado en estos hechos y que permitan su pleno esclarecimiento.

A este respecto la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los EE.UU., tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta obligación en un caso relativo a la constitucionalidad de una ley estadual que impedía la apertura –hasta el año 2027– de los archivos de una agencia oficial, dedicada a mantener la segregación racial en el estado de Mississippi.²⁶ El Tribunal sostuvo que:

Con la apertura de los archivos [oficiales] se daría cumplimiento al principio general que exige el debate público e informado sobre los actos de gobierno,

25 Theo van Boven (*Special Rapporteur*), "Final Report of the Study Concerning the Rights to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms", *UN-ECOSOC Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8*, 2 de julio de 1993, párr. 137.

26 *American Civil Liberties Union v. Maleus*, 719 F. Supp. 1345 (S.D. Miss., 1989).

27 La traducción es nuestra.

mientras que su no revelación perpetuaría el intento del Estado de evadir la obligación de responder por sus actos.²⁷

En el caso de desapariciones forzadas, el artículo 1.1 de la Convención le atribuye al Estado una obligación específica de hacer, es decir, una obligación de investigar y de informar. En todo caso, esta obligación de hacer no se satisface con el mero hecho de facilitar el acceso de los familiares documentación que se encuentre bajo control oficial. Ello sería, obviamente, un principio de cumplimiento que, en el caso argentino, aún hoy no se ha materializado en forma plena. El Estado está obligado a desarrollar una tarea de investigación y corroboración de los hechos, estén o no consignados en documentos oficiales, con el fin de esclarecer los hechos, establecer la verdad de lo ocurrido e informar a los familiares y a la opinión pública en general. Se trata, de una obligación afirmativa y activa enderezada a obtener y procesar información que permita un amplio conocimiento de los hechos que no están hoy debidamente documentados.

A pesar de que las desapariciones ocurrieron con anterioridad a la ratificación de la Convención por parte de la Argentina, estas obligaciones son exigibles al Estado, ya que en el caso de las desapariciones forzadas nos encontramos frente a una violación de ejecución continuada.²⁸ En este sentido la Corte Interamericana ha dicho que:

El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida.²⁹

La obligación de investigar e informar se funda en el derecho de los familiares de las víctimas, y de la sociedad toda a conocer la verdad sobre estos graves hechos que aún se encuentran presentes en la memoria nacional y de la comunidad internacional.

28 En su definición de "desaparición forzada", la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas —aprobada en la Séptima Sesión Plenaria de la Asamblea General de la OEA, 9 de junio de 1994— (OEA/Ser.P AG/Doc.3114/94 Rev.1) aclara en sus artículos 2 y 3 que esta conducta consiste en la privación de la libertad cometida por agentes del Estado o quienes actúen con su aquiescencia "...seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes" y que "dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima" (el énfasis es nuestro).

29 Caso *Velásquez Rodríguez*, *ibídem*, párr. 181.

(i) *El derecho de los familiares de las víctimas a conocer la verdad*

Una de las principales consecuencias del crimen de desaparición forzada es la incertidumbre en que sume a los familiares de las víctimas sobre el destino y paradero de sus seres queridos, además de la imposibilidad de dar sepultura digna a sus restos. En tanto el Estado no investigue e informe sobre las circunstancias de la desaparición y el lugar donde se encuentran los restos, falta a su deber elemental de hacer cesar la violación. En otras palabras, los familiares de las víctimas tienen el derecho a recibir información sobre el destino de sus seres queridos. Por ello, el Estado debe terminar con la incertidumbre mediante un esfuerzo investigativo verdadero y eficaz para aportar la información que corresponda.³⁰

La incertidumbre hace de cada familiar también una víctima directa de la violación. El Comité de Derechos Humanos del Pacto de Naciones Unidas se basó en este principio en el Caso *Quinteros v. Uruguay*, para concluir que la madre de un desaparecido tenía derecho a compensación como víctima del sufrimiento causado a raíz de la falta de información.³¹

El Comité comprende la angustia y el estrés causados a la madre por la desaparición de su hija y la continua incertidumbre respecto a su destino y su paradero. La peticionaria tiene el derecho a saber qué le ha ocurrido a su hija. En este sentido, ella también es una víctima de las violaciones al Pacto sufridas por su hija.³²

30 Véase Diane F. Orentlicher, "Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation" en Louis Henkin and John Lawrence Hargrove (eds.), *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, Studies in Transnational Legal Policies, No. 26, The American Society of International Law, Washington, 1994; Diane Orentlicher, "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime" en *Yale Law Journal* No. 100, 1990; Naomi Roht-Arriaza (comment), "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law", *California Law Review* No. 78, 1990; José Zalaquett, "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints" in *State Crimes: Punishment or Pardon*, Aspen Institute Justice and Society Program, New York, 1989. Con referencia expresa a la Argentina ver nuestra publicación: Americas Watch, *Verdad y Justicia en la Argentina: Actualización* (traducción del original en inglés *Truth and Partial Justice in Argentina*), Paz Producciones, Buenos Aires, julio de 1991. Véase además, Jo M. Pasqualucci, "The Whole Truth and Nothing But the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System" en *Boston University International Law Journal*, Fall 1994, págs. 321-369; Carlos Chipoco, "El derecho a la verdad: un análisis comparativo", documento presentado en la XVIII conferencia del *Latin American Studies Association (LASA)* el 12 de marzo de 1994.

31 Caso No. 107/1981.

32 La traducción es nuestra.

Sobre la base de esta decisión, se ha reconocido que el sufrimiento de los familiares constituye *per se* una forma de tortura o de trato cruel, inhumano o degradante.³³

La Corte Interamericana también admite la presunción de que los padres sufren "moralmente por la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de un hijo"³⁴ y por lo tanto tienen derecho a obtener una indemnización por daño moral.

Sin embargo, el deber de reparar integralmente el daño causado no se satisface únicamente con el ofrecimiento de una suma de dinero como monto indemnizatorio. Muy por el contrario, el derecho a la indemnización es antes que nada el derecho a una reparación integral. La primera forma de satisfacerlo es la *restitutio ad integrum*. Para el desaparecido mismo la *restitutio* es imposible si su destino ha sido la ejecución extrajudicial y el ocultamiento del cadáver. Pero para el resto de las víctimas, es decir los familiares, el primer paso de una *restitutio* sí es posible: consiste simplemente en poner fin al estado de incertidumbre e ignorancia en que se encuentran.

El conocimiento pleno de las circunstancias de cada caso también es parte de una forma de reparación "moral" a la que las familias de los desaparecidos son acreedoras. Universalmente se reconoce que la investigación de la verdad y su amplia difusión pública están incluidas entre los "recursos efectivos" que los Estados deben asegurar en caso de violaciones graves y sistemáticas.³⁵ Estos recursos de contenido puramente moral son, muchas veces, más importantes para los familiares de las víctimas que las indemnizaciones pecuniarias.³⁶

Únicamente una exhaustiva investigación judicial y la plena revelación de la verdad, puede en parte reparar el estigma y la culpa que la sociedad les asigna a los desaparecidos al imputarles, injusta y maliciosamente,

33 Orentlicher, *op.cit.*, pág. 457.

34 Corte I.D.H., *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (art 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Sentencia del 10 de setiembre de 1993, Serie C. No. 15, párr. 76.*

35 Para van Boven la verificación de los hechos, una sentencia declarativa en favor de las víctimas y una solicitud pública de perdón constituyen formas de reparación que, en todo caso, deben estar acompañadas de un reconocimiento público de los hechos y de la aceptación de la responsabilidad del Estado, *op.cit.*, párr. 137.

36 Emilio F. Miguone, "The Experience of Argentina" en *Seminar on the Right to Restitution, op.cit.*, págs. 125-129: "Los padres y familiares de los detenidos-desaparecidos reclaman información sobre su suerte, no dinero".

participación en actividades sospechosas para haber merecido tan terrible suerte. Solo el conocimiento detallado de las circunstancias de cada caso puede contribuir a reparar el daño causado y dar una satisfacción a los familiares de las víctimas.³⁷

(ii) *El derecho de la sociedad a ser debidamente informada*

El derecho a la verdad –vale decir, al pleno esclarecimiento de los hechos que rodean el caso– no solo pertenece a los familiares sino a la sociedad en su conjunto. Con el objeto de prevenir futuras violaciones, el Estado tiene la obligación de demostrar a la sociedad que está comprometido con la defensa y protección de los derechos humanos lo cual supone, como mínimo, la total transparencia acerca de la información que posea en torno a las actividades desarrolladas por los agentes que hayan participado en desapariciones forzadas. En este sentido, la Comisión Interamericana ha señalado que:

Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro.³⁸

Para la Corte Interamericana, las obligaciones preventivas del Estado conforme a la Convención comprenden:

todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promueven la salvaguardia de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito.³⁹

37 Universidad de Limburg & SIM, “Summary of the discussions” en *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Maastricht, Holanda, 11 al 15 de marzo de 1992, pág. 12. El Relator Especial van Boven afirma que los familiares insisten en la revelación de la verdad como primer requerimiento de la justicia. En el informe del Relator Especial se incluye, además, la identificación clara de los autores responsables como parte de ese recurso (párr. 131).

38 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-86*, OEA/Ser. L/V./ II.68, Doc. 8, rev. 1, 26 de septiembre de 1986, cap. V, pág. 205.

39 Corte I.D.H., Caso *Velásquez Rodríguez*, *ibidem*, párr. 175.

Luego, la Corte Interamericana precisa que dicha obligación le corresponde única y exclusivamente al Estado y que no puede ser sustituida por la iniciativa de los particulares:

[La obligación de investigar] debe tener sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.⁴⁰

En consecuencia, si lo que se persigue es desalentar la comisión de futuros abusos mediante la investigación de las violaciones del pasado, los resultados deben ser de público conocimiento.⁴¹ Sólo será posible desarrollar una conciencia social en contra de abusos de esta gravedad si se permite el máximo grado de información pública sobre los hechos y su clara condena por el Estado.

C. EL DEBER DE CASTIGAR Y SU RELACION CON EL DEBER DE INVESTIGAR E INFORMAR

Tanto HRW/Americas como CEJIL han tenido oportunidad, en múltiples ocasiones, de estudiar y exponer la incompatibilidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida y de los decretos de indulto presidencial, con las obligaciones internacionales del Estado argentino en materia de derechos humanos. Coincidimos con la opinión de la mayoría de los juristas que han estudiado el tema, en el sentido de que leyes y decretos de esa naturaleza violan la obligación internacional del Estado de procesar y castigar a los responsables de estos hechos al obstruir el avance de la acción penal. Sin embargo, ello no significa que tales leyes y decretos impidan el cumplimiento de las demás obligaciones del Estado relacionadas con su deber de investigar e informar, de acuerdo con la Convención.

Aun cuando la impunidad de graves y reiteradas violaciones a los derechos humanos violen el derecho internacional, de todos modos es necesario interpretar la legislación interna de forma tal que permita el mayor y mejor cumplimiento del Estado argentino con sus obligaciones internacionales. De allí que la Excma. Cámara debería interpretar restrictivamente los alcances de la legislación mencionada, de forma que se concluya que dichas leyes y decretos no impiden el cumplimiento de la Argentina con su deber jurídico de investigar e informar.

40 *Ibidem*, párr. 177.

41 Véase José Zalaquett, *op. cit.*, págs. 56-57.

El eminente jurista norteamericano Harry Blackmun, recientemente retirado de la Corte Suprema de su país, ha afirmado el principio de que: "una ley del Congreso jamás debe ser interpretada de modo de violar el derecho de gentes si existe cualquier otra interpretación posible".⁴² Sobre la base del principio según el cual debe prevalecer aquella interpretación que mejor garantice la vigencia de los derechos de la persona humana, la Corte Interamericana ha limitado las interpretaciones restrictivas de la Convención:

la interpretación hay que hacerla en forma tal que no conduzca "de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención" y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma "son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos."⁴³

La Excma. Cámara debe reconciliar el marco jurídico interno con la Convención. Por lo tanto, de la misma manera que estas leyes no podrían interpretarse ni aplicarse para impedir el acceso de los familiares de las víctimas a las compensaciones monetarias a que tienen derecho, tampoco puede otorgárseles una interpretación tan expansiva –más allá de su misma intención expresa– que, por una parte, les niegue el legítimo ejercicio de su derecho a la verdad y por otra, genere responsabilidad internacional al Estado por faltar a su deber de investigar.

En definitiva, la obligación de investigar estos crímenes debe ser entendida como independiente de la de sancionar a los responsable. Más aun, cuando los tribunales no pueden castigar porque, por ejemplo, se han promulgado leyes tales como la de Punto Final y Obediencia Debida o decretos de indulto, subsiste la obligación de investigar y de informar. La Corte Interamericana hizo referencia a la recíproca independencia de las mencionadas obligaciones del Estado al aclarar que:

Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance.⁴⁴

42 Harry A. Blackmun, "The Supreme Court and the Law of Nations," en 104 *Yale Law Journal* 39, citando un viejo caso de la jurisprudencia norteamericana: *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804).

43 Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4. (en adelante, OC-4/84)*, párr. 24.

44 Caso *Velásquez Rodríguez*, *ibídem*, párr. 181.

El caso hipotético al que se refiere la Corte Interamericana se ajusta exactamente a la materia que se encuentra pendiente ante la Excma. Cámara, donde las actuaciones penales han sido interrumpidas por disposición de los otros Poderes del Estado.

La Comisión Interamericana en su Informe No. 28/92⁴⁵ condenó expresamente al Estado argentino por haber privado a los familiares de las víctimas de ejercer su derecho a un recurso eficaz, mediante la promulgación de las mencionadas leyes y el dictado de indultos presidenciales con posterioridad a la ratificación de la Convención.⁴⁶ La Comisión Interamericana reiteró lo ya expresado por la Corte en el caso *Velásquez Rodríguez*, pero declarando expresamente que con la sanción de las mencionadas disposiciones, "Argentina ha faltado al cumplimiento de su obligación que emana del artículo 1.1 [del Pacto de San José]".⁴⁷ Fue sobre la base de esta violación del derecho internacional, que por lo demás forma parte del derecho interno argentino, que la Comisión Interamericana exhortó en 1992 a la Argentina a adoptar "las medidas necesarias para esclarecer los hechos" ocurridos durante la pasada dictadura militar".⁴⁸ Estas medidas son las que, en esta oportunidad, rogamos a la Excma. Cámara adoptar.

Como apreciará la Excma. Cámara, esta recomendación expresamente formulada al Estado argentino hace más de tres años por la Comisión Interamericana en aplicación de las obligaciones emergentes de la Convención, se encuentra aún incumplida.

La promulgación de leyes tales como la de Obediencia Debida y Punto Final, o los decretos de indulto, constituye una violación *de jure* a la obligación de garantía del Estado establecida en la Convención, no solo por la evidente contradicción entre los textos nacionales con el tratado, sino también porque esta legislación a menudo se adopta sin que medie un

45 Informe No. 28/92, Argentina, 2 de enero de 1992 e Informe No. 29/92, Uruguay, 2 de octubre de 1992, en el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-93*, OEA/Ser. L/V/II.83 Doc 14, 12 de marzo de 1993, págs. 42-53 y 162-174 respectivamente. Estos informes acumularon y consideraron en conjunto varias peticiones en razón de "la identidad material de las reclamaciones y la naturaleza esencialmente jurídica de la cuestión"; uno de los casos acumulados (el No. 10.309) está relacionado con las presentes actuaciones sobre la E.S.M.A..

46 Informe No. 28/92, Casos 10.174, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, 2 de octubre de 1992, en el *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993*, págs. 42-53 (en adelante, "Informe No. 28/92").

47 *Ibidem*, párr. 41.

48 *Ibidem*, pág. 53, punto 3 de las conclusiones.

esclarecimiento previo de los hechos o, peor aún, como un artificio para impedir dicho esclarecimiento. Argentina, de conformidad con los artículos 1.1 de la Convención y 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está obligada a garantizar el pleno esclarecimiento de la verdad. La privación del derecho a conocer la verdad por imperio de leyes de este tipo sumada a la falta de procesamiento y castigo, las hace doblemente inaceptables para el derecho internacional.

Muy recientemente, el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos —órgano encargado de interpretar autorizadamente y fiscalizar el cumplimiento del Tratado— también se ha pronunciado sobre el derecho a la verdad. Reunido en Nueva York, en marzo y abril del presente año, el Comité, al examinar el segundo informe presentado por la Argentina, sostuvo que las leyes argentinas antes citadas eran incompatibles con los requerimientos del Pacto, entre otras razones porque promovían un ambiente de impunidad para los autores de violaciones a los derechos humanos y, en consecuencia, debilitaba su protección.⁴⁹

Al igual que la Comisión Interamericana, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas no recomienda la derogación de las leyes pero sí aplicarlas sin crear una atmósfera de impunidad. Específicamente, el Comité insta a la Argentina a investigar las desapariciones, como forma de observancia de la obligación de garantía incorporada al artículo 2(1) del Pacto.⁵⁰ Sobre este particular, cabe subrayar que el derecho a la verdad de que gozan los familiares no se satisface del todo con un informe general sobre los hechos violatorios de los derechos humanos.

En la medida en que el “esclarecimiento de los hechos” constituye una obligación internacional que emana de un tratado internacional, no puede ni debe confundirse esta pretensión con la de reabrir las causas penales que fueron clausuradas por las llamadas leyes de Punto Final y Obediencia Debida y los indultos presidenciales. La distinción entre las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar fue claramente delineada en el caso, tantas veces mencionado, *Velásquez Rodríguez*.⁵¹ No se trata de buscar en esta instancia la persecución penal de sujeto alguno sino establecer las circuns-

49 Comité de Derechos Humanos, ONU, *Comentarios al Informe Argentino*, 5 de abril de 1995, Doc. CCPR/C/79/Add.46.

50 *Ibidem*, comentarios Nros. 10, 15 y 16.

51 En este caso la Corte Interamericana afirmó que de la obligación de “respetar y garantizar”, consagrada en el artículo 1.1 se derivan los deberes de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”). Caso *Velásquez Rodríguez*, citado supra, párr.172.

tancias en que cada una de las víctimas desapareció y dónde yacen sus cuerpos.

Los votos emitidos por algunos de los Magistrados de esta Excma. Cámara han destacado que la competencia del Tribunal, en términos generales, se limita a esclarecer hechos en el contexto de un litigio concreto y con la sola finalidad de punir a los responsables. Como esta última posibilidad se encuentra cercenada por las leyes de Punto Final, Obediencia Debida y los indultos presidenciales, entendemos que a juicio de estos Magistrados la única alternativa es no hacer nada. En el mismo sentido, cualquier medida de instrucción destinada a revelar cuál fue la suerte de los desaparecidos implicaría, necesariamente, la reapertura de un sumario clausurado para siempre por las leyes de Punto Final, Obediencia Debida y por los indultos presidenciales. No resulta extraño, entonces, que de acuerdo con este análisis algunos jueces sean renuentes a tramitar las peticiones de aquellos que buscan información sobre estos casos. Pero esta interpretación restringida del derecho que le asiste a las víctimas no se compadece con lo dispuesto por la Convención y que la Excma. Cámara debe tomar en cuenta.

Otros Magistrados de esta Excma. Cámara opinan, en cambio, que nada impide tomar medidas conducentes al pleno esclarecimiento de los hechos, siempre y cuando no se traspasen los límites impuestos por las leyes y decretos tantas veces mencionados. La labor cognoscitiva del Tribunal, entonces, no se reduce ni se vincula exclusivamente a la finalidad punitiva. Esta última nos parece que es la interpretación correcta, en función de lo establecido en los principios sentados en el derecho internacional invocado.

En las actuales circunstancias, no se pretende ingresar, ni siquiera tangencialmente, al ámbito de las responsabilidades penales. Pero el hecho de que este campo se encuentre vedado para los tribunales, de ninguna manera significa que no exista interés jurídico alguno sobre la materia. Es verdad que la acción penal en el derecho interno no se agota en la averiguación de los hechos sino que persigue la determinación de la responsabilidad penal y la sanción. Pero el hecho de que estos dos últimos objetivos se encuentren limitados no le resta a la averiguación de los hechos todo interés jurídico, especialmente cuando dicho interés encuentra su fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, que vincula a todo juez argentino tanto o más que el propio Código Penal.

En todo caso, a diferencia de la legislación penal que la Excma. Cámara aplica a diario –conforme al Código Procesal Penal de la Nación (C.P.P.N.)– el derecho internacional de los derechos humanos, incorporado a los tratados ratificados por la Argentina, no persigue determinar responsabilidades penales sino más bien la protección de víctimas de los abusos

del Estado. Este es el interés jurídicamente protegido en el caso que nos ocupa.

Si se acepta que existe un interés jurídicamente protegido, de acuerdo con el derecho argentino según el artículo 1.1 de la Convención, ahora reforzado con la expresa remisión que hace el artículo 75 (22) de la Constitución, el paso siguiente es determinar cuáles son las medidas que esta Excma. Cámara se encuentra facultada a adoptar a fin de satisfacer dicho interés.

D. LA IMPLEMENTACION DEL DERECHO A LA VERDAD

Indudablemente el proceso de búsqueda de la verdad es doloroso para la sociedad argentina, especialmente porque su descubrimiento la enfrenta con la impotencia que provoca la impunidad. Sin embargo, no es menos dolorosa la falta de información acerca del destino de los desaparecidos, que vienen sufriendo sus seres queridos desde hace muchos años. Más nocivo aún para la salud democrática de la Argentina es mantener un silencio oficial forzado que persigue olvidar lo que a las víctimas y sus familiares les es imposible olvidar y que una sociedad que aspira a consolidar el sistema democrático debe enfrentar.

Fuera de toda especulación valorativa, el derecho internacional de los derechos humanos le impone a los tribunales argentinos, y a esta Excma. Cámara dentro de los límites de la competencia material y territorial que le otorga el art. 10 de la ley 23.049, el deber de aplicar el derecho convencional internacional de los derechos humanos.

La Corte Interamericana fundó la obligación de investigar en el deber anterior y superior de "organizar todo el aparato del Estado y en general todas las estructuras mediante las cuales se ejerce el poder público de manera de garantizar jurídicamente el goce libre y pleno de los derechos humanos." La Corte elaboró seguidamente esa obligación como un deber jurídico de utilizar "los medios a su alcance" para investigar seriamente estas circunstancias⁵²; esta afirmación ha sido correctamente interpretada como la obligación de utilizar *todos* los medios al alcance del Estado para cumplir con tal cometido.⁵³ Es claro que algunos aspectos de estos trágicos acontecimientos podrán permanecer en la oscuridad a pesar de los esfuerzos que se realicen. Pero ello podría no constituir una violación de las obligaciones internacionales del Estado en la medida que la investigación

52 Caso *Velásquez Rodríguez*, *ibídem*, párr. 181.

53 La Corte misma menciona "todos" los medios en los párrs. 174, 175 y 177.

judicial haya sido seria, rigurosa y realizada de buena fe. No debe, por lo tanto, tratarse de reorganizar la información ya conocida (y en gran medida aportada por los propios familiares o por la sociedad civil), sino de un genuino esfuerzo de investigación y esclarecimiento que aporte los datos necesarios para conocer y entender lo que ocurrió en el caso de cada una de las víctimas desaparecidas.

Las medidas de instrucción que se solicitan son una continuación de aquellas que fueron ya ordenadas por esta Excma. Cámara en sus resoluciones del 20 de marzo (Registro No. 1/95), 6 de abril (Registro No. 2/95) y 20 de abril del presente año (Registro No. 3/95). Resulta ocioso entonces comentar un punto que este Tribunal ya ha dado por sentado. Sin embargo, la insistencia tiene sentido cuando se trata de encauzar el derecho a la verdad y la obligación de investigar, que emanan del derecho internacional, a través de mecanismos procesales o recursos que no se encuentran expresamente contemplados en el derecho interno.

A fin de recopilar toda la documentación que pudiera existir sobre las personas desaparecidas pareciera que no es suficiente con solicitar informes al Jefe del Estado Mayor de la Armada; tampoco bastaría con requerir un "listado de nombres" a un Ministerio o repartición castrense. La tarea es más compleja, y debe ser abordada con un impulso activo del Poder Ejecutivo de la Nación. En todo caso, es imprescindible que dicha labor sea controlada y supervisada por el Poder Judicial de la Nación, que es el Poder del Estado al cual le compete, en forma más directa que a ningún otro Poder, cumplir y hacer cumplir el derecho internacional convencional de los derechos humanos ahora consagrado a nivel constitucional.

El derecho interno argentino no ha diseñado mecanismos procesales específicos para el cumplimiento de la obligación internacional de investigar e informar. Los mecanismos que se encuentran disponibles son aquellos que apuntan a la determinación de la responsabilidad penal. Las diligencias previstas en el Libro Quinto del C.P.P.N. (arts. 493 y ss.) tienen sustento en la ejecución penal al cierre de una causa judicial. Por otra parte, no existe en el proceso pendiente ante la Excma. Cámara, causa judicial formal y las diligencias que se solicitan no persiguen probar la existencia de un delito o ejecutar una pena, sino satisfacer el derecho de las víctimas a ser debidamente informadas acerca de la suerte que corrieron sus seres queridos.

¿Cabe abstenerse de implementar esta obligación jurídica de investigar, por el hecho de que no existe una legislación procesal expresamente destinada a señalarle a los jueces qué tienen que hacer para reconstruir los hechos? Pensamos que no, y pedimos a esta Excma. Cámara que, en lo posible, recurra a la aplicación por analogía de los recursos procesales con

los que cuenta (v.gr., pedidos de informes, inspecciones oculares, declaración testimonial, etc.), pero ajustando estos mecanismos al objetivo de esta actuación, que no es ni contenciosa ni punitiva.

En cuanto a las medidas concretas que se podrían adoptar, teniendo en cuenta que el Poder Ejecutivo Nacional es el que se encuentra en mejores condiciones para brindar la información que se solicita, parece apropiado que esta Excma. Cámara requiera directamente del Presidente de la Nación y los Ministros con jurisdicción administrativa sobre esta materia, que suministren, dentro de un plazo determinado, toda la información pertinente acerca de las circunstancias del secuestro y destino de aquellas personas que fueron detenidas-desaparecidas en la E.S.M.A., entre 1976 y 1983.

La reconstrucción de los hechos criminales que afectaron a las víctimas en la E.S.M.A. debe comenzar con una compilación y sistematización de la documentación derivada de los numerosos procesos de *hábeas corpus*, pedidos de indemnización y otras presentaciones en sede judicial o administrativa e incluir la toma de declaraciones a los agentes del Estado que tengan conocimiento sobre estos hechos por imperio de su vinculación profesional y disciplinaria a la Armada o a otros cuerpos del Estado. En la medida en que estos antecedentes permitan identificar a personas que participaron en traslados o prestaron apoyo logístico a los grupos de tareas o agentes del Estado involucrados en desapariciones, el Poder Judicial debería, además, tomar declaración a estos individuos; cotejar la información obtenida con otras evidencias; y ordenar exhumaciones e identificaciones de restos humanos enterrados como N.N. que se presuma pertenecen a personas desaparecidas. Finalmente, deberá procederse a la elaboración de un informe sobre el destino y paradero de cada víctima, incluyendo la identificación de los autores de los hechos, información que deberá ser puesta a disposición de cada familia. Todo este procedimiento, si la Excma. Cámara lo estima procedente, puede delegarse en un funcionario de alta jerarquía que, desde luego, sea objeto de supervisión y control y que responda de sus acciones ante la Excma. Cámara.

IV. CONCLUSIÓN

En el caso concreto que nos ocupa, se puede constatar que las circunstancias de la detención-desaparición de múltiples víctimas del Grupo de Tareas que cumplió funciones en la E.S.M.A. siguen sin esclarecimiento. Después de casi veinte años de ocurridos los hechos, los familiares de la gran mayoría de las víctimas siguen en la más absoluta incertidumbre acerca del destino y paradero final de sus seres queridos. El Estado argentino, lejos de

activar todos los medios a su alcance para investigar tales hechos e informar a los familiares de las víctimas, ha puesto obstáculos legales, políticos y administrativos para dificultar una honesta, exhaustiva e independiente investigación judicial sobre estos hechos.

No es aceptable que en un Estado de Derecho la información de estos sucesos atroces siga dependiendo de la inquietud periodística y de esporádicas y abruptas confesiones. Como se ha visto, existe una obligación jurídica internacional de informar a los familiares de las víctimas y a la sociedad en su conjunto de lo ocurrido con los desaparecidos. Indudablemente que la revelación de estos hechos produce reacciones defensivas en los otros Poderes del Estado y suspicacias por parte de muchos acerca de los móviles políticos que puede inspirar a uno o a otro a decir la verdad. Solamente el Poder Judicial, representado por esta Excma. Cámara, cuenta con el grado de credibilidad necesaria para establecer, finalmente, la verdad de lo ocurrido con cientos de personas que fueron desaparecidas por agentes del Estado en Argentina.

Washington, D.C., 27 de junio de 1995

DOCTRINA

DESARROLLO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS

José AYALA LARA

TWO MAJOR CHALLENGES OF OUR TIME:
HUMAN RIGHTS AND THE ENVIRONMENT
Simone RIVO - Antonio A. CANCADO TRINDADE

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DETERMINACIÓN PREVENTIVA

Georgios CAHILL

A SINGLE COURT OF HUMAN RIGHTS IN STRASBOURG

Andrew DRZEMCZEWSKI

LA ADOPCIÓN POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, EN 1966, DE LOS DOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DEL PROTOCOLO FACULTATIVO AL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: RECUERDOS Y REFLEXIONES

Héctor GROS ESPIELL

MEMORIAL EN DERECHO AMICUS CURIAE PRESENTADO POR HUMAN RIGHTS WATCH/AMERICAS Y EL CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Juan E. MÉNDEZ, José Miguel YIVANCO, Andreas STEIN, Joanne MARINER, Viviana KRSTICEVIC, Ariel DULITZKY, Liliana OBREGÓN, Verónica GÓMEZ, HRW/AMERICAS/ICEJIL, Alejandro GARRO

EL FUNDAMENTO JURÍDICO Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL ENCARGADO DE JUZGAR LAS INFRACCIONES AL DERECHO HUMANITARIO COMETIDAS EN LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

Edgar NASSAR GUIER

VIOLENCE, DROITS DE L'HOMME ET DEVELOPPEMENT EN AFRIQUE

Isaac NGUEMA

THE FUTURE OF THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS

David J. PADILLA

LOS PROCEDIMIENTOS INCIDENTALES ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Juan José QUINTANA A.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
o
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

NACIONES UNIDAS