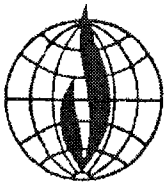
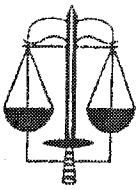
COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS
COLEGIO DE ABOGADOS DEL URUGUAY

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

CURSO DE ACTUALIZACION Y COMPLEMENTACION



MARZO DE 1993
MONTEVIDEO - URUGUAY



1ª edición, julio 1994

ISBN 9974-2-0000-0

ADVERTENCIA AL LECTOR

Las páginas que siguen recogen las ponencias presentadas por destacados juristas nacionales e internacionales en el Curso de Complementación y Actualización en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, realizado en Montevideo, del 23 al 26 de marzo de 1993.

El curso estuvo dirigido principalmente a operadores del derecho del Uruguay. En él participaron como invitados numerosos magistrados, fiscales, defensores de oficio y abogados, quienes además aportaron al debate de cada tema. Lamentablemente, por razones de extensión, esta publicación no puede recoger las riquísimas opiniones vertidas por los invitados en las distintas sesiones.

Los ponentes presentaron sus exposiciones en forma verbal. A los efectos de esta edición, en aquellos casos en que fue posible, se le solicitó al autor que elaborara una versión escrita de sus palabras. En aquellas situaciones en que no se contó con la versión escrita corregida por el autor, los encargados del cuidado de este volumen realizaron las adaptaciones de estilo que creyeron necesarias. En esta tarea, en todo momento se procuró ser fiel a las palabras del autor, corrigiendo únicamente detalles de estilo y manteniendo, en la medida de lo posible, la frescura propia de una intervención oral. En todo caso, quienes se encargaron de la revisión del material piden disculpas al ponente y a los lectores por los errores que pudieran haberse cometido en la labor de adecuación.

Se espera que esta obra contribuya al debate más general de los derechos humanos a todos los niveles. El lector evaluará si este objetivo es plausible.

Por los organizadores del Curso
Dra. Inés Martínez Moreira
Dr. Javier Miranda
Responsables del cuidado de esta edición.

Montevideo, junio de 1994


CURSO DE COMPLEMENTACION Y ACTUALIZACION EN MATERIA
DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS
23 AL 26 DE MARZO DE 1993
COLEGIO DE ABOGADOS DEL URUGUAY
MONTEVIDEO - URUGUAY
Curso de complementa ualización en materia
de Derecho Internacio s Derechos Humanos
23 al 26 de 1993


Curso de complementación y actualización en materia
de Derecho Internacional de los Derechos Humanos
23 al 26 de marzo de 1993

INTRODUCCIÓN

Por el Dr. Alejandro Artucio,
en representación de la Comisión Internacional de Juristas

Deseamos expresar en palabras muy breves, nuestro agradecimiento a todos los que nos han permitido llegar a la presente etapa del curso propuesto. En primer lugar a la Comisión Internacional de Juristas, con sede en Ginebra, a la cual tengo el orgullo de representar, concediéndome el placer y a la vez el honor de estar aquí en esta tierra —que por supuesto, también es mi tierra— a fin de compartir con ustedes una reflexión y con ella la esperanza de avanzar cada vez más en la defensa y protección de los derechos humanos; en segundo lugar, al señor Intendente de Montevideo por auspiciar este evento y por habernos facilitado estos amplios y confortables locales para desarrollarlo; en tercer lugar y muy especialmente, al Colegio de Abogados del Uruguay. Por cierto tendría que mencionar a muchos de los compañeros y amigos del Colegio de Abogados del Uruguay, al que además me honro por pertenecer como miembro, pero quizás pueda concentrar este agradecimiento en los nombres de los Dres. Beatriz Rovira, Inés Martínez Moreno, Rodolfo Schurmann y Javier Miranda.

Hace ya algunos meses comenzamos a discutir este proyecto y esta posibilidad en Ginebra, con el Dr. Rodolfo Schurmann, y somos conscientes que el Colegio de Abogados ha hecho un gran esfuerzo. A la Comisión Internacional de Juristas le consta que el Colegio de Abogados tiene credenciales más que suficientes para convocar un evento de esta naturaleza, credenciales acreditadas en circunstancias difíciles para el país, que afortunadamente no son las que vivimos hoy día.

Queremos transmitir también un agradecimiento a los señores magistrados y fiscales por haber aceptado participar y comunicarnos sus puntos de vista, que contribuirán a esclarecernos sobre la mejor manera de proteger los derechos humanos en Uruguay. Podríamos, seguramente, tratar algunos temas desde el ángulo académico, pero sin ustedes, señores magistrados judiciales y fiscales, nos faltaría la experiencia, la cotidiana praxis como basamento realístico.

Agradecimiento que por igual extendemos a los colegas abogados que defienden el derecho, la justicia y la dignidad humana. Desde siempre me ha impresionado mucho una de las frases que nos legara Eduardo Couture, quien de manera

directa o indirecta, fue maestro de todos nosotros, cuando en uno de sus diez mandamientos dirigidos al abogado, decía: «tu deber es luchar por el derecho, pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia». En sus precisos términos esta frase encierra una cuota muy alta de sabiduría.

Un agradecimiento a los expertos tanto uruguayos como extranjeros y muy particularmente a quienes viajaron desde lejos para entregarnos su tiempo de manera honoraria. Todos ellos, con larga experiencia en estos temas y reconocido comportamiento en materia de protección de derechos y libertades fundamentales.

Finalmente, nuestra gratitud a la Comisión de las Comunidades Europeas y a la Agencia para el Desarrollo del gobierno de Suecia, que hicieron lo necesario, desde el punto de vista financiero, para que podamos estar aquí reunidos.

Dos palabras por último sobre la Comisión Internacional de Juristas. Una organización que ya ha cumplido sus primeros cuarenta y dos años de existencia, que dispone de Estatuto Consultivo ante la Organización de Naciones Unidas —lo que le permite desarrollar una parte de su trabajo en el marco de Naciones Unidas— que dispone de Estatuto Consultivo ante el Consejo de Europa, ante la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, y ante el Sistema Interamericano, aun cuando allí no existe propiamente un estatuto consultivo, pero sí una práctica que ha ido concediendo un lugar para las organizaciones no gubernamentales.

En definitiva pensamos que la mayoría de nuestros actos, de nuestra misma vida en sociedad, de una u otra manera tienen que ver con derechos humanos. Proteger derechos humanos es una tarea de todos los días; a los derechos humanos hay que cuidarlos como hay que cuidar a la democracia. Existe un vínculo indisoluble entre democracia y derechos humanos. Es cierto que puede haber violación de derechos humanos en regímenes democráticos, pero lo que inevitablemente sucede es que no puede haber respeto de los derechos humanos sin democracia.

El sistema de los derechos humanos no se limita a su protección en situaciones de dictadura o de represión política; también en democracia hay que reclamar el derecho a una vivienda adecuada, a poder mandar a los hijos a la escuela, a tener acceso al cuidado de la salud, a tener condiciones de trabajo adecuadas, y muchos otros. En este sentido se orienta la actividad de la Comisión Internacional de Juristas.

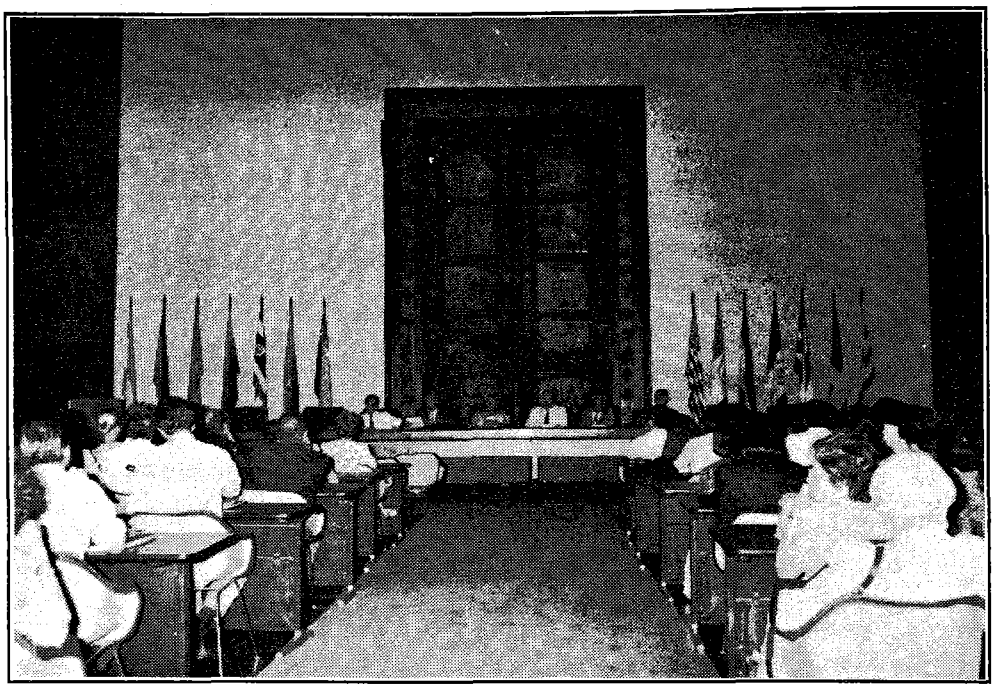
Nuestra organización tiene la pretensión de trabajar en todas las regiones del mundo. En algunas está un poco más presente que en otras, en otras no tanto —las realidades son más difíciles— pero eso nos permite también ver la universalidad de los problemas. Y comprender que hay un núcleo de derechos que deben ser universalmente aceptados y respetados y que en eso no habría que ceder ni un milímetro.

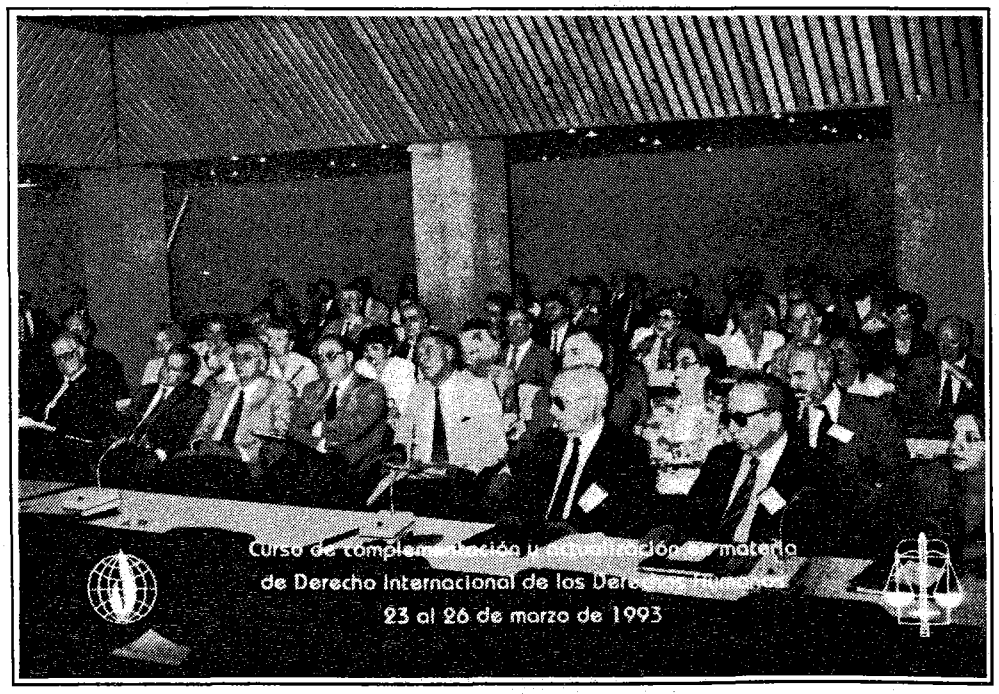
Más compleja es la tarea desde que existen realidades culturales distintas, que hacen poner un énfasis distinto en ciertas categorías de derechos. En ciertos países de confesión islámica, por ejemplo, la situación de la mujer es probablemente infinitamente más preocupante que en otras regiones del mundo. El tema

de los menores también cambia según sean los entornos culturales que se le dan. Nuestra pretensión es tratar de cubrir todo el ámbito de los derechos humanos.

Quizás un aspecto —entre muchos otros— sobre el que hay que insistir es el del control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado, o sea, el respeto de las normas libremente consentidas. En este punto hay un gran esfuerzo que realizar; habrá que ver cómo mejorar los mecanismos de control y completar el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Completarlo, pues pese al grado de eficiencia logrado, continúa en formación, careciendo de uno de los elementos más importantes del derecho en general, su poder compulsivo. Cómo poder aplicarlo, aun contra la voluntad del Estado transgresor.

Y para terminar, ¿cuál es la razón de este curso? ¿por qué lo hacemos? Como lo manifestamos en la invitación cursada, el «porqué» radica en el afán común de cooperar en una actualización cognoscitiva de todos nosotros y en un intercambio de experiencias. Los expertos de otros países nos harán conocer su realidad, los de Uruguay la suya, todos con un objetivo bien definido: mejorar la promoción y la defensa de los derechos y las libertades fundamentales.




Curso de complementación y actualización en materia
de Derecho Internacional de los Derechos Humanos
23 al 26 de marzo de 1993

LA MILITANCIA DEL JURISTA EN EL ÁMBITO DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dr. Rodolfo Schurmann Pacheco

En primer término el Colegio de Abogados del Uruguay quiere, por mi intermedio, dar la más cordial bienvenida a todos los presentes, expertos en Derechos Humanos y profesores, tanto extranjeros como compatriotas, en Derechos Constitucional, Internacional, Penal y Procesal. Jueces, fiscales, abogados, defensores de oficio, en su calidad de principales operadores de la potestad punitiva nacional.

Bienvenidos pues, a quienes nos honran con su presencia y que enriquecerán con sus reflexiones nuestro acervo científico en materia de *control social* y *sistemas penales* como salvaguarda de los Derechos Humanos, siguiendo la metodología de los dos enfoques, *dogmático* y *realístico*, como ya es costumbre, buena costumbre y buen método.

En segundo término quiere expresar su agradecimiento a la *Comisión Internacional de Jurist*as, hacedora moral y material de este encuentro, demostrando una vez más su apoyo a los juristas y a la justicia penal, en esta oportunidad uruguayos, pero como parte de su lucha permanente por la vigencia del Estado de derecho en la región y en todo el mundo.

En tercer término, expresar igualmente su gratitud a la Intendencia Municipal de Montevideo, por su auspicio altruista así como por su generoso acogimiento, ya subrayado por Alejandro Artucio en representación de la CIJ.

Pasando ahora a la *idea motriz* que pretendemos impulse la reunión, nuestra reunión, y a su desarrollo, la cual, en lo posible, será diversa a los comunes encuentros «científico-culturalizadores», como hoy suelen denominarse, caracterizados por un perfil monologal, obra de sucesivas disertaciones magistrales ante un auditorio las más de las veces silente, que, sin perjuicio de su intenso, vivo interés, no alcanza a materializar ese rol propulsor creativo y decisivo que va de lo individual a lo grupal, propio de los grandes avances en materia de *efectividad* de las normas.

La clave de los derechos humanos, específicamente de su vigencia, en una reunión de jueces, fiscales y defensores *encargados de actuarlos,* frente a un *con-*

trol social generalmente excedido en sus áreas administrativas, es proscribir las actuaciones declamatorias o contemplativas exigiéndonos una serena postura dogmática crítica pero de ninguna manera neutra, temerosa o débil.

Afinando términos, diríamos una postura de *legítima militancia*. *Baratta* nos decía en una de sus visitas que, en la historia del poder de castigar, al igual que en la del control social, la intervención del derecho como *límite* a los desbordes ha operado una transformación cualitativa muy importante: *su legitimidad a través de la legalidad*.

Esta aserción nos resulta por cierto incuestionable, en el entendido de que ella importa un juicio de valor, que en términos lógico-tradicionalistas comprende:

- por un lado *el objeto a valorar*, que en la especie se materializa en el ordenamiento positivo, *legalmente* vigente;
- y por otro, el *criterio valorativo* integrado por aquel conjunto de normas que en su desarrollo han logrado aprehender los baremos fundamentales del Estado de Derecho concebido conforme a la clásica división de poderes, así como a la independencia del Poder Judicial concebido, en el tema a tratar, por su *exclusiva titularidad* de la potestad punitiva en sus máximas funciones decisorias y en las subpotestades accesorias; desde el momento de la denuncia o de la noticia *criminis*, pasando por el de procesamiento y terminando con el de la condena; así como de las subpotestades que la acceden, como lo son en primer término la *función indagatoria* de hechos supuestamente delictivos o, en segundo término, *la directa intervención durante la ejecución de la pena*; y por último, conforme al *supremo respeto de la persona humana*, considerada en su más amplia y actual acepción como *sujeto internacional de derechos intangibles* frente a la actuación estatal, cualquiera sea ésta.

El sistema penal destinado a regir en nuestro país como parte del ordenamiento positivo en sentido de totalidad, y valorado a su vez como conjunto de normas con calidad de especiales, se integra:

- con aportes del Derecho Constitucional;
- con aportes del Derecho Internacional y Regional que el Estado, a riesgo de incurrir en responsabilidad, se ha comprometido a respetar;
- finalmente, con aportes específicos de índole penal tanto sustancial como procesal, cuya exégesis requiere, sobre todo, congruencia y obediencia a la jerarquía de las normas.

El insuperable nivel jurídico y humanista de este ordenamiento complejo, apreciado *sub specie juris*, autoriza a calificarlo de *eficiente*, aun bajo su cuestionado aspecto garantizador de derechos y limitador de la operativa del control social. Naturalmente, se trata de un juicio valorativo *abstracto,* el cual pese a su trascendencia y necesariedad, no importa desde el ángulo óptico realístico —social y político— una afirmación concreta de *efectividad y de eficacia,* cualidades materiales de vigencia jurídica *en los hechos* y de substantivo logro de la finalidad por él perseguida. Ambas cualidades, a diferencia de la *eficiencia* —requiriente de un juicio de valor para su determinación— exigen para su aquilatamiento una simple verificación objetiva, por quienes analizan e indagan esta situación.

A esta verificación fáctica en la región, y por ende en el Uruguay, han tendido múltiples indagaciones, inobjetables e inobjetadas. Dentro de ellas, por su especialidad, destaco la realizada por el afamado *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, en ese entonces dirigido, excelentemente, por el *Profesor Hernán Montealegre*, aquí presente en calidad de renombrado expositor y publicista. Esta labor indagatoria insuperable fue coordinada magníficamente por *Eugenio Raúl Zaffaroni*, luego publicada con el ilustrativo título de *Sistemas Penales y Derechos Humanos en Latinoamérica*, para ser finalmente completada en materia de menores por ILANUD, cuya actual directora, *Dra. Jacinta Balbela de Delgue*, en esta oportunidad nos brindará su invalorable aporte dogmático y práctico.

Ambas indagaciones, y las complementarias llevadas a cabo por UNICRI y UNICEF por una parte, y por otra múltiples organizaciones no gubernamentales, entre ellas SERPAJ y IELSUR, han sido por completo desfavorables, en este planteamiento del tema, autorizando la afirmación de que el *ser de la realidad* operante no sólo no alcanza la adecuada y debida confusión con el *deber ser normativo,* sino que los mismos términos de la cuestión, sistema penal por un lado y control social por otro, se encuentran en tan abierta y relevante *contraposición* que las propias técnicas de este último han pasado a convertirse, muchas veces, en el más claro ejemplo de conculcación de los Derechos Humanos y, consecuentemente, de ilegalidad.

En suma, y aquí está la razón de ser de la propugnada *militancia del jurista*, junto al mensaje con que cierro el prólogo: lograda la eficiencia y validez del sistema penal integrado en là forma expuesta con anterioridad, nos resta cumplir aún la tarea final de tornarlo *efectivo y eficaz*, ya que en ello están en juego *nuestra dignidad y nuestro propio ser profesional*.

POSICIÓN QUE OCUPA EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA JERARQUÍA NORMATIVA DEL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL. POSIBLE CONFLICTO ENTRE NORMAS INCOMPATIBLES

Dr. Hernan Montealegre

Ante todo quiero expresar el agrado que tengo de estar con ustedes en este momento, aquí en Montevideo, y particularmente por la audiencia de esta reunión que está formada principalmente de jueces y personas vinculadas al Poder Judicial. Digo que esto me da una especial satisfacción porque es indudable que dentro del desarrollo de la normativa de los derechos humanos y, más que eso todavía, dentro del objetivo de que los derechos humanos formen parte real de nuestras sociedades, el papel de los jueces es fundamental.

Para preguntar ¿qué derecho rige en un país?, no basta ciertamente con mostrar las leyes. Mejor es mostrar las sentencias judiciales que se dictan en ese país. Las sentencias judiciales revelan mejor cuál es la realidad del derecho que rige en ese país, que las leyes. Y por lo tanto, mientras la ley no se encarna en una sentencia no es derecho que está verdaderamente reglando la conducta de esa sociedad.

El Juez, como sabemos, ocupa el lugar que agota el ordenamiento jurídico, es la última instancia de este ordenamiento. De modo que juega un papel central.

En él termina la norma y él crea una norma en el caso particular. Es por eso que el Juez es la última instancia que determina cuál es el derecho real que rige en un país.

Pero además de esta razón de principio, como persona interesada, involucrada en los derechos humanos, que me da la satisfacción de estar con ustedes en este momento, también hay un motivo contingente, y por qué no decirlo: como abogado de los derechos humanos yo tuve múltiples problemas con la justicia en mi país, con los jueces. Discutí con los jueces, fui enemigo de los jueces, porque los jueces no aplicaban las normas de derechos humanos.

Tal vez hay muchas razones explicables de por qué esto ocurrió así en mi país, y creo que en muchos países de América Latina. Se vivía un momento de emergencia, un momento muy peligroso, entonces es natural que surgieran temores en las personas. Me atrevo a decir esto porque creo que en lo que a mí perso-

nalmente se refiere, me arriesgué y vencí los temores, lo que me significó la cárcel. Pero me arriesgué.

Por eso creo que hoy, en que han pasado esos regímenes de emergencia en nuestro continente, es el momento propicio y adecuado para que reflexionemos, tranquilamente, sin ser opositores el uno del otro, jueces y juristas, en esta materia de derechos humanos. Para que recapacitemos: ¿qué es esto de los derechos humanos, y por qué ocurrió lo que pasó, y por qué fue que los tribunales de justicia no aplicaron los instrumentos de derechos humanos?

Todo el curso se va a referir a esto. Mi objetivo y mi misión en este momento, es solamente precisar la posición jerárquica que ocupa el Derecho de los Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico, de modo que va a ser una referencia de tipo general: voy a dar un marco general sobre el tema, pero espero asentar ciertos principios básicos sobre la materia, que me interesa mucho que queden sumamente claros.

Lo primero que quiero expresar es que pienso que nuestras sociedades, no solamente latinoamericanas, pero hablemos de nosotros en primer lugar, estamos viviendo en un período de transición de un derecho tradicional a un derecho moderno. Hay muchas transiciones en nuestra sociedad; la transición política es solamente una de ellas. Mucho más interesante, creo yo, y de mucho más alcance, es la transición jurídica que se está produciendo de un derecho antiguo a un derecho moderno.

¿Cuál es este derecho tradicional al que me refiero en primer lugar? Es el derecho que nosotros aprendimos en nuestras facultades. Cada uno de nosotros, cuando estudió la carrera de derecho, estudió un derecho que me voy a permitir llamarlo tradicional, con ciertas características bien precisas y que de alguna manera fueron también, se expresaron posteriormente en el comportamiento de las personas ligadas al derecho, en los sucesos que ocurrieron en nuestros países. Estábamos formados con una mentalidad jurídica tradicional.

Y ¿qué era lo fundamental de esa tradición jurídica de nuestros sistemas jurídicos? Yo diría que se trataba de derechos de corte netamente positivistas, y creo que la persona que dio la formulación doctrinaria y científica más exacta de ese derecho fue el jurista Franz Kelsen, que todos nosotros aprendimos en la Universidad como el auténtico pontífice del derecho.

Como ustedes saben, la teoría de la norma de Kelsen, y su teoría del ordenamiento jurídico lo lleva a concebir al derecho como un sistema fundamentalmente impositivo de sanciones. Su visión del derecho es una visión formalista. La norma jurídica para Kelsen está integrada por elementos puramente formales. Los sujetos, el objeto, la relación jurídica y la consecuencia jurídica. Pero en Kelsen no existe la condición de que las normas tienen que tener valores para que sean jurídicas. A él solamente le basta con que la norma sea coercible y pasa a ser jurídica.

De manera que derecho es sinónimo, para Kelsen, a norma coercible, o mejor dicho disposición coercible; y quien hace la coercibilidad de la norma es el Estado. Y Kelsen identifica derecho con Estado. Él dice que derecho y Estado es exactamente lo mismo, reduce el derecho al Estado. ¿Por qué? Porque el Estado es el

portador de la coercibilidad, es el que aplica la fuerza, es el que aplica la sanción, y por lo tanto es el portador del derecho.

Sin embargo Kelsen introduce otro aspecto en su teoría del derecho que me parece muy importante a efectos de mi exposición, y es su noción del ordenamiento jurídico como un orden jerárquico de normas. Eso me parece muy valioso. Kelsen admite que las normas tienen jerarquía diferente. Por eso hablamos de *orden* jurídico y no de *desorden* jurídico.

Kelsen habla de la ley; debajo de la ley el decreto, para simplificar; y por sobre la ley, la Constitución; y conocemos la pirámide invertida de normas de Kelsen. Lo que me interesa recalcar es que en esa visión del derecho, y la rescato, la jerarquía es esencial al orden jurídico. Solamente que Kelsen remite la Constitución, y al final la totalidad del derecho, a una norma que no es norma positiva sino que es un mero juicio hipotético: lo que él llama la norma fundamental. Toda la normativa y el orden jurídico de un Estado emanan en última instancia de una norma fundamental que no es más que un juicio lógico, no un juicio valórico.

Y creo que Kelsen ha expresado con eso, extraordinariamente bien, lo que yo denomino el derecho tradicional que nos ha formado como juristas. Y sobre todo que nos ha formado como juristas en tanto cuanto creemos que el sujeto principal que interesa en el derecho es el Estado, porque es el que aplica coerciblemente este sistema jerárquico de normas.

Frente a esta noción de derecho como un conjunto de reglas centradas en el Estado y que el Estado aplica, ha surgido —y lo voy a decir abruptamente porque tengo media hora solamente para mi exposición, y no puedo explicar por qué ha surgido, lo cual es ciertamente de excepcional interés— una nueva noción del derecho, completamente distinta, que dice que el centro del derecho no es el Estado sino la persona. La persona es el centro del derecho. ¿Y de dónde ha surgido esta concepción?, que, lo adelanto, es absolutamente revolucionaria en la noción del ordenamiento jurídico, es una absoluta revolución en el derecho que se está asimilando y la estamos asimilando gradualmente. No ha sido completamente asimilada hasta ahora. La estamos asimilando.

La primera rama del derecho que recogió esta noción de que en verdad el centro del derecho es la persona y no el Estado, y que la norma no es una realidad formal sino sustantiva, fue el Derecho Internacional. Es la primera rama en la cual aparece esta idea de que la persona es el verdadero centro del derecho, sin perjuicio de las anticipaciones que hay en el Derecho Constitucional del siglo XIX.

El Derecho Internacional recoge esta noción, en primer lugar, en la Carta de las Naciones Unidas. Es muy importante saber que los derechos humanos fueron consagrados en primer lugar no en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, sino en la misma Carta de las Naciones Unidas. Luego de 1945, con la Carta de las NU, la misma idea se reitera en forma más detallada en la Declaración Universal: todos los hombres, dice, cada persona, tiene los siguientes derechos. Y eso es algo revolucionario, que en el orden jurídico se diga: aquí está la persona humana en primer lugar, ella tiene estos derechos fundamentales, y el Estado tiene como misión servir a la persona, y no al revés.

Esta misma idea continúa desarrollándose en el Derecho Internacional también en 1949, en la redacción de los Convenios de Ginebra. También en los principios de Derecho Penal Internacional que dicta al Asamblea General de Naciones Unidas. También están elaborados estos principios de Derecho Penal Internacional en el sentido de que el sujeto del derecho es la persona y no el Estado.

Lo mismo tenemos, posteriormente, en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y así en todo el desarrollo de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Todos estos instrumentos traen la noción, que tratan de concretizar cada vez más, de que el centro del derecho es la persona humana, que tiene ciertos atributos fundamentales, y que los poderes públicos están para servir a la persona y no al revés.

Quiero dejar en claro que esta noción del ordenamiento jurídico es en primer lugar revolucionaria para el Derecho Internacional. No crean ustedes que esto surge de las premisas propias del Derecho Internacional. No. El Derecho Internacional ha sido siempre un derecho que regula las relaciones entre Estados, y se divide en el estudio de las relaciones durante la paz y durante la guerra. Pero nunca ha estudiado el Derecho Internacional a la persona. Es una relación interestatal, no una relación de las personas.

Por eso es que esto es revolucionario para el Derecho Internacional, y el Derecho Internacional se encontró con este desarrollo del derecho, de pronto se encontró que se le introducía al Derecho Internacional un sujeto jurídico nuevo. Y ese sujeto jurídico nuevo era la persona humana, que pasaba a ser titular de derechos internacionales, y que pasaba a ser reglada en un aspecto fundamental por el Derecho Internacional Público.

Por lo tanto, la teoría de los derechos humanos cambió el Derecho Internacional. Por eso es que yo, personalmente, prefiero no hablar de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y ya se los voy a explicar más adelante. Porque en realidad los derechos humanos pertenecen tanto al Derecho Internacional como al Derecho Interno.

Y, como digo, hablar de Derecho Internacional de los Derechos Humanos lleva a pensar que los derechos humanos son como un elemento natural que surgió de la evolución propia del Derecho Internacional. Y eso es falso. Porque el objeto del Derecho Internacional ha sido siempre y únicamente el bien jurídico de la paz. Y la paz es una relación entre los Estados. En cambio, el objeto propio de los derechos humanos es la dignidad de la persona humana, y de eso nunca se había preocupado el Derecho Internacional.

Como ustedes saben, en las expresiones de Derecho Internacional se consagró esta idea de que la persona era el centro del derecho, no solamente en pactos universales sino también regionales. Y así tenemos la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Cada una de las cuales constituyó órganos supranacionales para velar por los derechos humanos de las personas, consagrados en sus pactos respectivos. Desde 1950 existe este sistema en Europa, y desde 1978 existe ya el funcionamiento de una Corte en nuestra región interamericana. Desde 1978, con lo cual ustedes ven que la fecha

de funcionamiento de la Corte entra justamente en mitad de los problemas que vivimos. Y de alguna manera se explica por qué a la Corte no la hemos tenido presente suficientemente, porque entró en un momento en que se habían producido terremotos dentro de nuestras sociedades.

Ahora bien, el impacto de los derechos humanos produce que esta noción de que la persona es el centro del derecho, continúa en el Derecho Internacional. No solamente se trata de que se incorporan nuevos sujetos de Derecho Internacional, la persona humana concreta. Se trata de que el Derecho Internacional incorpora de tal manera a la persona dentro de su orden jurídico internacional, que llega a dividir el Derecho Internacional y se da cuenta que hay principios de Derecho Internacional mucho más importantes que otros principios de Derecho Internacional, y vienen entonces a jerarquizarse dentro del propio Derecho Internacional, dos tipos de normas fundamentalmente distintas.

Los relatores en las comisiones de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, fundamentalmente los ingleses, Lauter, Parfill Maurice, Humphrey Waldorf, introducen la noción de que en Derecho Internacional hay lo que ellos llaman ciertos principios absolutos de Derecho Internacional, que hay que distinguirlos por tanto de otros que no son principios absolutos de Derecho Internacional. Y estos principios absolutos son los que van a formularse posteriormente en la Convención de Viena de 1969 de Derecho de los Tratados, en el artículo 53, como norma de *jus cogens*, es decir, de derecho imperativo.

¿Por qué es un derecho imperativo? Porque los Estados no pueden, como antes podían, desentenderse de esas normas imperativas. En la noción del derecho tradicional el Estado es soberano absoluto dentro de su territorio, pero también es soberano absoluto fuera de su territorio. Por eso es que el derecho internacional le concede al Estado, omnímodamente, la *facultas belandi*, la facultad del recurso a la guerra. Precisamente porque es soberano absoluto.

Esta soberanía absoluta del Estado es la que viene a cuestionar esta nueva filosofía de los derechos humanos. Primero internamente, porque pone a la persona con derechos más importantes que los del Estado. Pero también externamente, porque dice que hay ciertos principios absolutos, los que no pueden ser violados por los Estados.

De modo que hoy un Estado no puede firmar cualquier tratado con otro Estado. Podría firmar, ciertamente, entre dos Estados, un tratado en que regulen las relaciones comerciales entre ellos de la manera que mejor les parezca. ¿Y por qué? Porque las relaciones comerciales entre los Estados no están dentro de las normas imperativas del *jus cogens*. En cambio, no podrían firmar un acuerdo entre ellos para violar garantías constitucionales o principios penales. ¿Por qué? Porque esos principios son normas de derecho imperativas de Derecho Internacional, normas de valor absoluto.

De modo que ya hay un orden público internacional, consagrado no sólo por los convenios de derechos humanos. He citado la Convención de Viena, que es la Convención sobre Derecho de los Tratados. Hay un orden público internacional que admite que la comunidad universal tiene principios absolutos, que no pueden

ser ignorados, a llevar por los Estados. Esto significa una nueva jerarquización dentro de la normativa internacional. Y lo que importa es que entre esos principios absolutos están los derechos humanos.

La Corte Internacional de Justicia, posteriormente a 1970, en una importante sentencia, confirma la existencia de obligaciones de los Estados, no sólo respecto a otros Estados particulares sino respecto a la comunidad internacional como un todo en su conjunto, obligaciones que el Estado no puede vulnerar. Y nuevamente tenemos allí las normas de derechos humanos.

Quiero agregar que incluso dentro de los derechos humanos hay una jerarquía. Nuevo principio de jerarquización. Porque los tratados de derechos humanos distinguen entre los derechos suspendibles y los insuspendibles. De modo que hay derechos que, en ciertas situaciones muy claramente determinadas por los tratados de derechos humanos, pueden ser suspendidos. Pero hay otros que incluso en las más graves de las situaciones, sea guerra interna o externa, no están sujetos a derogación alguna, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, y lo que me interesa desde el punto de vista de la Convención Americana de Derechos Humanos, las garantías judiciales que sean necesarias para el respeto de esos derechos. Nuevo principio de jerarquización.

Ahora quiero referirme al impacto de esta normativa de derechos humanos en lo que se refiere al derecho interno de nuestros Estados. En principio se acepta por nuestros derechos internos, hoy día, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene primacía sobre el derecho interno. ¿Y por qué?

La verdad es que en el caso de los derechos humanos, no se da el problema que tradicionalmente nosotros aprendimos en nuestra cátedra de Derecho Internacional, entre la escuela monista y dualista. Porque el problema de la escuela monista y dualista solamente se da en las relaciones entre los Estados. Pero la cuestión de los derechos humanos no es un problema de relaciones entre los Estado en primer lugar, y eso es lo interesante de los derechos humanos. Los derechos humanos son un problema de derecho interno, no de relaciones entre los Estados.

¿Donde están llamados a regir los pactos internacionales, en primer lugar? ¿En las reuniones de Naciones Unidas? ¿En los organismos internacionales? ¿En los foros diplomáticos? ¡No! Los pactos son derecho para regir dentro de cada uno de los países. Son derecho interno. Nueva objeción que tengo a la noción de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, porque son derecho interno.

¿Y por qué son derecho interno? Son derecho interno porque los efectos jurídicos que producen los pactos son internos. Lo que ocurre es que hoy, en el mundo, el derecho se está desarrollando a través de dos fuentes generadoras de derecho. Una de ellas son nuestros Parlamentos nacionales, pero otra son los acuerdos internacionales.

Es el mismo Estado el que está creando derecho nacional a través de dos fuentes distintas. Crea leyes a través del Parlamento, y los Parlamentos están básicamente preocupados de cuestiones de urgencia. Pero también es ese mismo Estado el que crea leyes para su país, pero en un foro que no son los congresos nacionales, sino llamémoslos los congresos internacionales.

Porque esos tratados de derechos humanos que ese mismo Estado firma, ese tratado está llamado a regir internamente y por eso es que el derecho de los derechos humanos es un derecho *interno*, es tan interno como internacional. Es internacional en cuanto a la fuente donde se genera la norma, pero es interno en cuanto a donde se producen los efectos jurídicos de esa norma.

En el Derecho Internacional tradicional las normas jurídicas se producían solamente entre los Estados, y ese era efectivamente un derecho interestatal. Y por eso es que existía el problema de cuál norma prima, la internacional o la interna, en caso de pugna. Pero en el caso de los derechos humanos, ¿cómo va a haber pugna entre el derecho internacional y el derecho interno, si la propia naturaleza del pacto de derechos humanos es derecho interno? De modo que es una norma de derecho interno, que cuando produzca algún conflicto con otra norma interna, se soluciona.

No hay para qué recurrir a la solución de un conflicto entre una norma de derechos humanos y una norma de derecho nacional, no hay para qué recurrir a la teoría monista y dualista. Basta recurrir al principio básico de derecho que todo Juez sabe: la norma jerárquica superior prima sobre la inferior.

¿Cómo están asimilando nuestros Estados todo este nuevo derecho que se está elaborando, que es ese derecho centrado en la persona humana? Lo están haciendo incorporando directamente los tratados internacionales, ya sea por mecanismos legislativos, que es la forma tradicional en que se reconocen los tratados internacionales, u otros más avanzados. Han entendido que en realidad la normativa de derechos humanos trata aspectos tan fundamentales de la persona humana que tienen por supuesto categoría de garantías constitucionales, en este caso generadas vía internacional.

Pero sabemos muy bien que cuando una ley está en contra de una disposición constitucional, el principio de jerarquización inmediatamente nos lleva a aplicar la norma constitucional, y es la misma reflexión, esa, la que nos debe llevar a aplicar el principio de la norma de derechos humanos cuando exista un conflicto entre la norma interna, entre la norma generada nacionalmente y la norma generada internacionalmente de derechos humanos.

Algunos Estados en América Latina ya están incorporando, y mi país en concreto, una disposición en la Constitución en la cual se expresa que la soberanía nacional reconoce como límites los derechos de la persona humana, tal como esos derechos están consagrados en las garantías constitucionales y en los tratados de derechos humanos. Es decir, se les está dando un rango incluso supranacional.

Esa es una manera de asimilar la normativa de derechos humanos, «en bloque». Hay otra manera de asimilación de la normativa de derechos humanos que está prevista en los pactos, y que obliga los Estados Parte de los tratados de derechos humanos a modificar su legislación de acuerdo a esos tratados internacionales.

Quiero terminar con una reflexión breve en relación al papel fundamental que tiene en esta materia la judicatura. Yo les expreso: estamos en un momento de transición, de un derecho antiguo y tradicional a un nuevo derecho. Este nuevo

derecho, para que cobre realidad, tiene que ser implementado por los jueces. Y los jueces pueden hacer un papel creador extraordinario para que se termine imponiendo este derecho que favorece a la persona y a cada uno de sus derechos fundamentales, por sobre los derechos del Estado.

El Juez juega un papel que no puede jugar ningún jurista. Una sentencia de un Juez vale más que muchos volúmenes de tratados. Tienen, en ese sentido, el poder jurisdiccional, para aplicar la norma y dictar la sentencia que otorgue a los derechos humanos primacía por sobre los derechos del Estado.

El concepto pues, que concluyo, es que el derecho nacional es un todo jerárquico, y eso no cambia nada de lo que hemos aprendido. Lo que ocurre es que sabemos ahora cuál es la norma clave de ese todo jerárquico. Las normas claves de ese todo jerárquico ahora no son formales, no tenemos una norma fundamental como juicio hipotético a la cual recurrir, como quería Kelsen. No, tenemos la norma fundamental en los derechos humanos. Esa es la norma fundamental, es la norma sustantiva. Hemos pasado de un derecho formal a un derecho sustantivo, de un derecho estatal a un derecho personal.

Creo que la justicia, bien vista, más que un poder público es un poder de las personas, porque ahí en la justicia es donde las personas buscan el refugio y la protección de sus derechos humanos. Es la persona la que recurre a la justicia y su principal defensor son los tribunales. Por eso es que digo: los tribunales, desde esta nueva perspectiva, más que un poder estatal son un poder de las personas.

DIFERENTE VALOR JURÍDICO DE LAS NORMAS EMERGENTES DE TRATADOS MULTILATERALES POR UN LADO, Y POR OTRO, DE AQUELLAS QUE DERIVAN DE DECLARACIONES Y RECOMENDACIONES ADOPTADAS POR LOS ÓRGANOS DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA UNIVERSAL Y DEL REGIONAL

Dr. Alejandro Artucio

Me toca desarrollar el tema del valor jurídico y la eficacia vinculante de los diversos instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos; por un lado de las declaraciones y resoluciones de órganos de las Naciones Unidas o de los sistemas regionales (interamericano, europeo, africano); por otro lado, el de las convenciones, pactos, convenios y tratados en general (estos últimos podemos englobarlos todos bajo el nombre genérico de Tratados). Dejaremos de lado los tratados y acuerdos de naturaleza comercial, cultural, pues no hacen al objeto del curso.

La primera observación a efectuar es la de que el derecho internacional de los derechos humanos se ubica en el campo de las ciencias jurídicas; es un verdadero derecho y no solo un conjunto de normas morales ni de usos sociales como alguna vez se pensó. Pero es *un derecho en formación, que no ha completado su desarrollo total*. La misión de este conjunto de normas es promover y proteger el disfrute por todos de sus derechos humanos, previniendo, en la medida de lo posible, su violación y buscando fórmulas para hacerla cesar, si ella se hubiere producido.

Pero como derecho en formación que es, tiene limitaciones en cuanto a su eficacia real y concreta. Una norma jurídica que por esencia está destinada a regular conductas humanas, debe contener, para ser completa, diversos elementos, entre los cuales la coercitividad, o sea la posibilidad de hacerla cumplir por la fuerza si fuere necesario y contra la voluntad del transgresor. Si no fuera así, la norma que impone una conducta o una prohibición —no matar, no torturar— quedaría limitada a una declaración de buenas intenciones.

Y precisamente porque el derecho internacional de los derechos humanos no ha alcanzado su pleno desarrollo, salvo muy raras excepciones, no existe la posibilidad de hacer aplicar compulsivamente a los Estados reacios a respetarlo, par-

ticularmente en situaciones de crisis interna o de graves convulsiones. Esta primera constatación es esencial.

La comunidad organizada de naciones, sea en el marco de la organización mundial, sea en el marco de sus agencias u organismos especializados como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), sea en el de organizaciones regionales como la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización de la Unidad Africana (OUA), el Consejo de Europa, ha venido aprobando una larga serie de instrumentos jurídicos reconociendo específicamente derechos humanos, definiéndolos, e incluyendo normas para vigilar por su respeto, promoción y protección tanto por parte de los Estados como de particulares. Estos instrumentos tienen diferente valor jurídico y a ello quisiéramos referirnos.

I. ¿QUÉ OBLIGACIONES CON RESPECTO A DERECHOS HUMANOS, HA CONTRAÍDO UN ESTADO POR SU CALIDAD DE MIEMBRO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERGUBERNAMENTAL EN PARTICULAR DE LA ONU?

Un Estado, por ser miembro de la ONU (hay 180 países que integran la ONU, desde que muchos nuevos se han creado como consecuencia del derrumbe en Europa oriental) queda obligado a promover, respetar y desarrollar a nivel interno, los derechos humanos y las libertades fundamentales. Y con las adaptaciones del caso —*mutatis mutandi*— a similar conclusión se llega con respecto a quienes son miembros de organizaciones regionales, como la OEA, la OUA y el Consejo de Europa.

Quienes ingresaron a la Organización de Naciones Unidas contrajeron un compromiso solemne, que reviste caracteres de juridicidad y cuyo cumplimiento puede reclamarse, aún cuando, lamentablemente, no imponerse. Bastaría para afirmarlo así, releer el Preámbulo de la Carta donde se dice que «los pueblos de las Naciones Unidas» están resueltos «...a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...» Y los artículos 1 par. 3, 13 inc. b), 55 inc. c), 62 par. 2, y 68 de la Carta.

Contra esta afirmación que hacemos, y por natural consecuencia contra la actuación de los órganos de Naciones Unidas encargados de supervisar el respeto de los derechos humanos por parte de un Estado, se ha levantado y se sigue insistiendo —aunque mucho menos que antes— en la barrera «protectora» que fija la soberanía de los Estados. Ya Hernán *Montealegre* nos ha dado ideas muy precisas al respecto.

Soberanía de los Estados. No intervención en los asuntos internos

En función de ella, la comunidad internacional y los demás Estados no pueden en ningún caso inmiscuirse en «asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados» (art. 2, num. 7 de la Carta de la ONU).

Este artículo consagra los principios fundamentales de «soberanía y no intervención». En nuestra opinión, esta disposición de la Carta ha sido invocada a veces erróneamente, y otras con mala fe, por parte de ciertos gobiernos, a los efectos de impedir que se llevaran a cabo investigaciones o encuestas internacionales en sus territorios, sobre hechos relativos a presuntas violaciones de derechos humanos. Sin dejar en ningún momento de reconocer y afirmar la importancia de los principios de soberanía y no intervención (sobre todo para un pequeño país como el nuestro), no nos parece posible en el estado actual de la ciencia jurídica, aceptar un concepto absoluto e irrestricto de soberanía, que impida actuar a los órganos creados por la comunidad civilizada de naciones para defender los derechos humanos. Su defensa constituye precisamente uno de los propósitos fundamentales de las Naciones Unidas y una de las formas de asegurar la paz y la seguridad internacionales. Porque hay un vínculo también claro entre violación masiva o sistemática de derechos humanos y seguridad internacional, y creo que en nuestro continente tenemos relativamente cerca el ejemplo de América Central, donde una situación de violación sistemática puso en riesgo toda una región.

La vigencia de los derechos y las libertades no puede ser un asunto que competa exclusiva y únicamente a la soberanía interna de cada Estado, sino que es un asunto que interesa a la comunidad internacional. Esta no podría desinteresarse de los casos y las situaciones en que esos derechos son violados y desconocidos. Es a la organización mundial, a las organizaciones regionales y a los propios Estados a quienes corresponde velar por la realización plena y el disfrute de los derechos humanos por todas las personas, sin discriminaciones de ninguna especie. En suma, que no es posible sostener que un Estado pueda hacer lo que se le ocurra con quienes viven en su territorio. Es también claro que esta posición no autorizará a que un solo Estado (o varios), se arrogue la facultad de convertirse en juez y gendarme de los actos de otro Estado, llegando a aplicar por sí solo medidas de fuerza que constituirían formas de intervención o de agresión, éstas sí ilegítimas (casos de Granada, Panamá, Afganistán, etc.).

El Estado que practica o que tolera que en su territorio se practiquen violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, está incumpliendo compromisos que derivan del hecho de ser miembro de Naciones Unidas. Y tratándose de violaciones de una particular gravedad y masividad, la comunidad internacional podría exigir su cese aun a Estados que no son miembros de la ONU. Vale la pena recordar las conclusiones de la Corte Internacional de Justicia, al emitir una opinión consultiva, en mayo de 1951, sobre si la Convención contra el Genocidio podría ser aplicada a Estados que no son parte de ella. La Corte sostuvo que sí, sobre la base de que los principios que plasma la Convención resultan obligatorios para todos los Estados, independientemente de vínculos convencionales.

El punto es, indudablemente, más claro cuando se trata del incumplimiento de obligaciones derivadas de un tratado o convención, pues en esos casos el Estado Parte ha aceptado de antemano una limitación de su soberanía, en pro de un interés común que se estima superior. Y ese interés común y superior es la dignidad e integridad de la persona. Cuando se actúa en virtud de normas de un tratado para proteger derechos humanos, no hay intervención en los asuntos internos,

sino ejecución de compromisos libremente asumidos; es hacer funcionar el derecho internacional.

Esta discusión debió haber sido zanjada, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la «Declaración sobre los Derechos y Deberes de los Estados», que en su artículo 14 dice: «Todo Estado tiene el deber, en sus relaciones con otros Estados, de conformar su conducta al derecho internacional y al principio de que la soberanía de cada Estado está sujeta a la supremacía del derecho internacional».

II. ¿QUÉ VALOR JURÍDICO TIENEN LAS DECLARACIONES ADOPTADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS? (1)

Mucho se ha discutido sobre este tema, que reviste gran importancia. Tales «Declaraciones» son instrumentos dotados de formalidad y solemnidad, en las que se enuncian principios o normas generales de conducta destinadas a regir y ser aplicadas en un número indeterminado de situaciones. No van dirigidas a un caso concreto, ni a un Estado o período de tiempo determinados; sus destinatarios son todos los miembros de la comunidad internacional. Se diferencian de otros actos de la Asamblea General como las «Resoluciones», que contienen llamamientos y recomendaciones. Las Resoluciones se refieren a una situación específica, bien determinada, y tienen por objeto invitar a uno o varios Estados a adoptar un determinado comportamiento, sea por vía de acción o de abstención (ej. respetar los derechos humanos, retirar tropas de un territorio, abstenerse de prestar ayuda militar, etc.).

Se ha escrito por algunos autores, que la Asamblea General de Naciones Unidas está dotada de facultades legislativas, lo que los conduce a sostener que sus decisiones (y particularmente sus «Declaraciones»), tienen un valor jurídico vinculante para sus destinatarios. Con todo respeto, nos parece que *no es así*; en los artículos 10 a 14 de la Carta de Naciones Unidas, que establecen los poderes y las facultades de la Asamblea General, solamente se la faculta a dirigir recomendaciones a los Estados, lo que debe interpretarse como una invitación a seguir un comportamiento determinado. La Corte Internacional de Justicia, al emitir su opinión en el asunto del Sudoeste Africano (2), dijo que:

> «...no son obligatorias, sino que sólo tienen carácter de recomendaciones. La fuerza persuasiva de las resoluciones de la Asamblea General puede ser, ciertamente, muy considerable, pero esa es otra cuestión. Opera en el nivel polí-

(1) Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948; Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, 1960; Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, 1979; Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada, diciembre, 1992. A nivel americano: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, 1948 (estas dos últimas aprobadas por la Asamblea General de la OEA).

(2) International Court of Justice; Judgements - Reports, 1966, pág. 50.

tico, no en el jurídico; no convierte estas resoluciones en jurídicamente obligatorias...»

No vemos obstáculos para aplicar estos mismos argumentos a las llamadas «Declaraciones», aunque éstas sean de carácter general.

Creemos entonces que la Asamblea General no tiene competencia legislativa; en sus Declaraciones se plasman intenciones y objetivos a lograr. Sirven de base para la redacción de tratados y convenciones, que luego siguen su proceso normal de ratificación y adhesión, con lo que impulsan concretamente la codificación y el desarrollo del derecho internacional. Pero por sí mismas no crean derecho internacional vinculante.

Para resumir, si bien tales Declaraciones tienen un enorme valor moral y persuasivo, los Estados no están jurídicamente obligados a cumplirlas, ni podría exigírseles su cumplimiento forzado. Proceder de acuerdo a ellas queda reservado en última instancia a la voluntad de cada Estado, en cuya conformación jugará un papel primordial la opinión pública nacional e internacional.

Lo dicho con respecto a las Declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas es aplicable —*mutatis mutandi*— a las Declaraciones de la Asamblea General de la OEA.

Pero es necesario analizar un caso particular, como lo es la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Se trata de uno de los documentos internacionales mejor conocidos en el mundo.

Nadie —o casi nadie— duda hoy en día del valor jurídico vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A nuestro juicio, ello se debe a diversos factores:

- Si bien los derechos humanos ya habían encontrado expresión en la Sociedad de Naciones, con la creación de la OIT en 1919, la Declaración Universal constituyó el primer texto en que la comunidad organizada de naciones afirmaba cuáles eran los derechos y las libertades fundamentales del ser humano.

- En la Declaración se enuncian con validez universal un mínimo de derechos que deben respetarse, fuere cual fuere la experiencia histórica de cada país, su sistema político, económico o social, las ideas religiosas dominantes. Se agrupan en un mismo documento los derechos de ascendencia liberal, como los civiles y políticos, junto con los económicos, sociales y culturales y se busca asegurar su respeto, protección y promoción por parte de los Estados (3).

- La Conferencia Internacional de Derechos Humanos convocada por Naciones Unidas en Teherán en 1968 declaró solemnemente:

«La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos, de los derechos iguales e inalienables de todos los

(3) Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes entre sí, por lo que están íntimamente ligados unos a otros. No es posible concebir la realización de algunos, en ausencia de los otros. Debe prestarse igual atención e interés a la promoción y protección de los derechos civiles y políticos, como a la de los derechos económicos, sociales y culturales (Ver Resolución de la Asamblea General 32/130, de 16 de diciembre de 1977).

miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional.»

- Sus disposiciones son citadas como fundamento de importantes decisiones de Naciones Unidas; inspiraron la redacción de numerosos textos internacionales de derechos humanos dentro y fuera de Naciones Unidas; sirvieron de base para muchas constituciones nacionales y leyes internas, y algunas de sus disposiciones han entrado en la jurisprudencia nacional de muchos Estados, al haber sido invocadas y aplicadas por tribunales nacionales.

- La Declaración fue aprobada al término de la Segunda Guerra Mundial, como primer paso hacia una futura Carta de Derechos Humanos, que sería completada luego con los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y estos dos ya fueron elaborados como Tratados multilaterales de derechos humanos.

En suma, la Declaración constituye un caso muy particular; enuncia reglas de conducta de validez universal, que se han vuelto compulsivas para los Estados —sean o no miembros de la ONU— en virtud de la costumbre, que es también fuente creadora del derecho internacional; son normas de *"jus cogens"*.

Pasando a otro aspecto, encontramos también otro tipo de actos, como las «Resoluciones», relativas a problemas de derechos humanos —violaciones, incumplimiento de la ley nacional e internacional, abusos, arbitrariedades— adoptadas por órganos intergubernamentales como el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los Comités Especiales encargados del estudio de una situación concreta, etc. Estas Resoluciones disponen también de un considerable peso moral y político, aunque menor al de las Declaraciones de tipo general adoptadas por la Asamblea General (N.U.). Se trata más bien de llamados de atención a gobiernos que violan derechos humanos. Ciertamente no tienen tampoco un valor jurídico compulsivo, no pueden imponerse forzadamente. En el caso de América, la solución es similar con respecto a Resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA o por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Similar también en los sistemas regionales europeo y africano.

III. VALOR JURÍDICO DE LOS TRATADOS, CONVENCIONES, PACTOS Y CONVENIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS (EN ADELANTE TRATADOS)

Los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen sí un valor jurídico vinculante; los Estados que los han ratificado o que se han adherido a ellos, están jurídicamente *obligados a cumplirlos*.

Los derechos reconocidos a los particulares por estos instrumentos pueden hacerse valer y exigirse ante los Tribunales nacionales del Estado en cuestión, o ante la Administración. Ello dependerá de la legislación interna de cada país, pero particularmente en los latinoamericanos, las normas de un tratado aceptado

tienen el mismo valor que la ley nacional, por lo que su cumplimiento puede exigirse compulsivamente. La situación es diferente en algunos sistemas que tienen su fuente en el derecho anglosajón. En ellos es necesario hacer una «transformación» de la norma internacional en norma interna, a través de un acto legislativo. Pero en lo que respecta a Uruguay, creemos que la situación es clara y que lo único que se requiere es que el Parlamento apruebe el Tratado. A partir de ese momento puede exigirse ante los tribunales la aplicación de la norma internacional.

Con los tratados se da un paso adelante en el derecho internacional. Los principios generales contenidos en las Declaraciones son transformados en obligaciones jurídicas vinculantes. El Estado que los ratifica o que adhiere libremente a ellos, queda obligado, tanto jurídica como éticamente, a: a) respetar y garantizar los derechos reconocidos por el texto a toda persona sujeta a su jurisdicción; b) establecer recursos jurídicos efectivos y ponerlos a disposición de toda persona que se sienta atacada en sus derechos.

Los Estados están obligados a cumplir de buena fe los tratados, tanto frente a los demás Estados que son parte en él, como frente a su propio pueblo. Esto es particularmente así en el caso de tratados sobre derechos humanos. Como dijera en setiembre de 1982 la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* en su Opinión consultiva N° 2 y cito:

> «Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, *sino hacia los individuos* bajo su jurisdicción.»

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que «una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado...»

Para desligarse de las obligaciones que emanan de un tratado, no bastará con sancionar una ley que lo anule o que se oponga a él, sino que se requerirá previamente denunciar el tratado y esperar el plazo que éste fija para que tenga efecto la denuncia.

Lo dicho en los párrafos anteriores se aplica ciertamente tanto a tratados universales como regionales (4).

Como dijimos, en algunos Estados las normas de los tratados pasan a integrar el derecho interno al mismo nivel que la ley —y aun superior— desde que no

(4) A título de ejemplo: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre la Abolición de la Esclavitud y su Convención suplementaria; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y sobre el Estatuto de los Apátridas; los más de cien Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario y sus dos Protocolos Adicionales, etc. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

pueden derogarse por la simple vía de una nueva ley; en otros Estados el sistema que se sigue es el de incorporar a la ley interna normas idénticas a las contenidas en los tratados; es lo que se conoce como sistema de «transformación».

Es evidente que el que se respeten las normas de un tratado dependerá en la práctica de la situación interna de cada Estado; si la justicia no funciona de manera independiente, si los mecanismos democráticos están corrompidos, si no funciona el Estado de Derecho en el sentido de que tanto gobernados como gobernante se hallan sometidos a la ley y pueden ser responsabilizados por sus actos, no puede razonablemente esperarse el respeto de un tratado que regula derechos y obligaciones; ésta es una constatación de la experiencia.

En tales situaciones, puede acudirse al campo internacional. Esto nos lleva a señalar otra constante del derecho internacional: los mecanismos de control previstos en tratados internacionales, son siempre *subsidiarios*. Sólo puede acudirse a ellos cuando se hayan agotado las vías y recursos que ofrece el derecho interno. Unicamente cuando las víctimas que sienten sus derechos atacados no logran encontrar solución en el derecho interno, pueden acudir a la esfera internacional. Esta es una condición *sine qua non*, destinada a evitar recargar innecesariamente los órganos internacionales, y que también toma debidamente en cuenta la soberanía de los Estados.

Para no dejar el cumplimiento de sus obligaciones librado a la voluntad de cada Estado, se han ido creando mecanismos de control o supervisión a cargo de órganos intergubernamentales. Generalmente estos mecanismos, tal como están concebidos —y ello es una limitante—, no llegan más allá de constatar la infracción, el no respeto de normas y a llamar la atención del gobierno infractor, de los otros Estados Partes en el sistema y de la comunidad internacional. Por ser el derecho internacional un derecho en formación —incompleto— no dispone de coercitividad. La obligación para el Estado será analizar con toda atención los informes de los órganos de control sobre cómo el Estado respeta el tratado y procurar ajustarse a sus recomendaciones, llamamientos y solicitudes (5).

Pero es claro, a nuestro juicio, que el efectivo cumplimiento de tales recomendaciones, llamamientos y solicitudes, quedará librado a la actitud que asuma el gobierno respectivo.

Diferente a lo que venimos considerando, es el caso de los *órganos jurisdiccionales intergubernamentales*. Tres de ellos funcionan en la actualidad:

a. *Corte Internacional de Justicia*, como órgano judicial de las Naciones Unidas, al que pueden acudir la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y los Estados —pero no las víctimas— a fin de solucionar litigios y controversias, o solicitar una opinión consultiva sobre cuestiones jurídicas. Para los Estados que han aceptado previamente su jurisdicción como obligatoria, los fallos de la Corte deben ser acatados. Si una parte no los cumple, la otra parte podrá comunicar el hecho al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, el que está facultado para adoptar las medidas apropiadas.

(5) Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura, Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

b. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tiene la facultad jurídica de dictar fallos, en materia de violaciones a la Convención Europea, fallos que los Estados deben acatar. Si no lo hicieren, el Tribunal podrá comunicar la desobediencia al Comité de Ministros (de Relaciones Exteriores) de los Estados Miembros, el que podrá adoptar las medidas conducentes al cumplimiento del fallo.

c. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. A ella pueden acudir los Estados y la Comisión Interamericana —pero no las víctimas— a fin de obtener una decisión jurisdiccional cuando se haya denunciado una violación de las normas interamericanas de derechos humanos, o para obtener una opinión consultiva sobre la interpretación de tratados. Sus fallos deben ser acatados por los Estados que hayan aceptado previamente su jurisdicción. Si alguno no acatare el fallo, éste, en cuanto disponga el pago de indemnizaciones, podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno para la ejecución de sentencias contra el Estado. Y comunicará a la Asamblea General los casos en que un Estado no haya cumplido sus fallos.

La Comisión Internacional de Juristas ha venido promoviendo en distintos foros internacionales, la idea de la creación de un Tribunal o Corte Penal Internacional Permanente, facultado para investigar, juzgar y aplicar penas a los autores y partícipes de violaciones graves a los derechos humanos, así como para indemnizar económicamente a las víctimas. Dentro de su competencia estarían: los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de derecho internacional, las infracciones graves a los Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario. También la tortura, el homicidio político y la desaparición forzada, cuando estos últimos hechos se presenten de manera sistemática, reiterada o masiva.

Tampoco es una idea demasiado novedosa; aparece en el derecho internacional en 1948 cuando se aprueba la Convención contra el Genocidio, que ya habla de la creación de una Corte Penal Internacional. Y vuelve a aparecer en 1973 con la Convención contra el Apartheid donde también se habla de un Tribunal Penal Internacional. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, los Estados no se han puesto de acuerdo para establecerlo, en ninguno de los dos casos.

Un tal Tribunal sería un arma eficaz en la lucha contra la impunidad de que se benefician muchos violadores de derechos humanos. Impunidad que agravia a la justicia, afecta la igualdad ante la ley, destruye totalmente la finalidad disuasiva de la sanción penal, y puede convertirse involuntariamente en un «estímulo» para reiterar conductas criminales.

No queremos seguir viendo a Stroessner viviendo cómodamente en Brasil, a Duvalier en Francia, a Idi Amin en Arabia Saudita, a Hissein Habré en Senegal, y muchos otros que tenemos por aquí, muy cerca, responsables de muy graves violaciones, y todavía impunes.

Y así llegamos a la conclusión final: en último término todo queda librado a la opinión pública, a la imagen internacional que todo gobierno busca imponer y

preservar, a las presiones diplomáticas que pueden ejercer otros Estados sobre el infractor. Pero es claro que esto último es un mecanismo peligroso, pues en esas presiones pueden influir consideraciones políticas, estratégicas, militares y económicas, con lo que nos separamos de la idea de justicia y puede abrirse la puerta a intervenciones ilegítimas. Pero también es cierto que puede haber, y hay, presiones legítimas y son las que se hacen representando a la comunidad internacional.

Siendo así las cosas, y si la única fuerza reside en la opinión pública, podría pensarse que de poco sirve el derecho internacional y que no se ve la utilidad práctica de seguir codificándolo. Pensar de esta manera sería un error; los regímenes que se colocan fuera del derecho y la legitimidad, no respetan tampoco las leyes nacionales ni sus propias constituciones políticas. No por ello deduciríamos que las leyes carecen de importancia y que debemos olvidarlas. Nadie puede negar tampoco que la ley penal ayuda a prevenir y disminuir los delitos, pese a que en ninguna parte del mundo ella ha logrado eliminarlos. Pero es necesario mantenerla y perfeccionarla, al mismo tiempo que se combate la delincuencia con otros métodos, como la educación, las medidas económicas y sociales, etc. Similar tipo de tareas nos espera en materia del derecho internacional de los derechos humanos. El día en que los pueblos sean dueños de su destino y en que los hombres y las mujeres sean iguales en derecho y puedan disfrutarlo por igual sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, linaje, origen nacional, social, étnico, u opinión política, las violaciones a los derechos humanos disminuirán y las que se presenten —producto inevitable de defectos propios de la condición humana— podrán corregirse y respetarse dentro de las normas establecidas y de sistemas justos y adecuados.

La aplicación del derecho internacional en el ámbito interno debe tomar en cuenta las diferencias en el valor jurídico de las normas. Es esencial que jueces, fiscales y abogados sigan muy de cerca la evolución constante del derecho internacional de los derechos humanos. Su aplicación suplirá posibles lagunas del derecho interno, y colaborará en una mejor promoción y protección de la dignidad humana. Y estos son los objetivos que orientan la acción del Colegio de Abogados del Uruguay y de la Comisión Internacional de Juristas.

LA CUESTIÓN DEL MONISMO Y EL DUALISMO, APLICACION COMPULSIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO INTERNO (ANTE LA ADMINISTRACION Y ANTE LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL). CÓMO SE PRESENTA EL TEMA EN OTROS ESTADOS

Dr. Edgar Camacho Omiste

Mi exposición se saldrá un poco de los lineamientos generales, tocando tres temas. Primero, una visión más o menos teórica respecto a lo que aparece en el programa del curso. En segundo lugar quisiera hacer algunas apreciaciones de orden político sobre la realidad internacional en la cual se está moviendo este derecho de los derechos humanos, porque es la base material histórica en la que deben actuar los hombres y sus instituciones. Y en tercer lugar mencionar algunos temas que son muy bolivianos, muy particulares nuestros, pero que los presento a modo de una experiencia nacional desde la perspectiva jurídica, porque creo que va a ser interesante para ustedes poder también ver algunas experiencias de esta naturaleza.

Vivimos en la época de la internacionalización de la vida económica, social y política de la humanidad. Se habla de la globalización en el orden económico, en el orden cultural, también por supuesto en el orden jurídico. Entonces nos encontramos en una época nueva y diferente para el derecho y el Derecho Internacional contemporáneo específicamente. Epoca en la cual encontramos algunos elementos que no se habían dado en el pasado. Si bien sucede que algunas instituciones pueden denominarse del mismo modo a través de diferentes épocas, en su esencia los cambios que vienen produciéndose muestran realidades bastante distintas unas de otras.

Tenemos por ejemplo el tema de la extensión del Derecho Internacional a todos los pueblos y territorios. En el pasado estaba limitado a los centros hegemónicos políticos, a los países «solamente civilizados». Actualmente abarca todas las regiones y pueblos de la tierra. Segundo, hay un proceso por el cual se vienen transformando las relaciones internacionales cada vez más, de relaciones de carácter moral o político en relaciones jurídicas, o sea que aparecen nuevas instituciones para regular esa nueva realidad.

Después, habría que mencionar que esta expansión, se refiere o tiene la forma de relaciones cada vez más multifacéticas, de distinto carácter. Y, en cuarto

lugar, el desarrollo en el ámbito espacial comprende desde los fondos marinos, materias que hace cincuenta años no se regulaban, y oceánicos, el subsuelo, hasta el espacio ultraterrestre y los temas más variados. Esto significa que las transformaciones del derecho, pues, abarcan ámbitos cada vez más amplios e impensados para las generaciones anteriores.

Luego está el ya mencionado avance impetuoso en el proceso de internacionalización, institucionalización y regionalización. Y por último el fortalecimiento de la cooperación y el derecho y la creciente preocupación por los temas de la paz, la seguridad y la independencia cierta de los pueblos.

Estos temas han sacado a los pueblos de su tradicional aislamiento, y cualquier problema que suceda en cualquier lugar del mundo, afecta a la paz y a la seguridad de todos los pueblos del mundo.

En su desarrollo teórico el Derecho Internacional nos muestra algunas doctrinas principales respecto de las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno del Estado.

La llamada teoría dualista, que se expresa en varios autores –Charles Rousseau podría ser una expresión de la teoría dualista– parte de que el Derecho Internacional y el derecho estatal son completamente distintos por su carácter y su esfera de acción, por lo cual existen independientes uno de otro, como dos sistemas jurídicos autónomos que solamente están en contacto.

Como contraposición a esta teoría surgió la llamada teoría de la primacía del derecho interno sobre el Derecho Internacional. Se apoyaba en la teoría hegeliana del derecho estatal externo y en la teoría de la soberanía absoluta del Estado. Según esta teoría las normas de Derecho Internacional son obligatorias para el Estado únicamente cuando forman parte de su derecho nacional.

Después aparece una concepción distinta, conocida como teoría de la primacía del Derecho Internacional, elaborada principalmente por Hans Kelsen. Según esta teoría el Derecho Internacional y el derecho estatal interno componen las dos partes de un sistema jurídico único. En este sistema el Derecho Internacional es un derecho de orden supremo y de él dimana la validez del derecho estatal interno.

Kelsen fundamentó esta teoría por vía puramente lógica, tomando pie en la norma básica o norma fundamental sobre la que descansa, según él, el Derecho Internacional y a través de él el derecho interno del Estado. Sin embargo, históricamente, en la génesis de las relaciones internacionales, están los Estados soberanos y sus sistemas jurídicos, y no el Derecho Internacional, que se crea y modifica por los Estados. Históricamente el Estado, pues, es anterior al Derecho Internacional.

Hay otras teorías que han tenido menor importancia, pero cierto apogeo en determinados momentos, como la llamada teoría del derecho transnacional, que afirma que hay un derecho que abarca todo el derecho regulador de las acciones o hechos y que rebasa los límites del Estado.

En conclusión, el problema de la correlación entre el derecho nacional y el Derecho Internacional puede ser resuelto, desde mi punto de vista, correctamente, tan sólo si se enfocan estos sistemas en su interacción real. No podemos jugar

solamente con esquemas lógicos, abstractos. El derecho nacional influye en la formación de la voluntad de los Estados participantes en la creación de normas jurídicas internacionales, y por tanto en el Derecho Internacional. Por otra parte, el Derecho Internacional repercute en el derecho nacional, o sea que hay una interinfluencia recíproca. Los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales también en los casos que exigen para ello modificar su legislación nacional.

El problema de la correlación entre el Derecho Internacional y el nacional puede surgir igualmente en caso de colisión entre las normas de estos dos sistemas jurídicos.

Así, en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados Internacionales, se preceptúa que un miembro no puede alegar cláusulas de su derecho interno en justificación de su incumplimiento de un tratado. Y segundo, en caso de colisión de normas del derecho nacional con normas del Derecho Internacional, el Estado debe asegurar la observancia de las normas del Derecho Internacional.

La transformación del Derecho Internacional moderno, como consecuencia de esta dinámica y esta aceleración histórica en la cual vivimos, ha originado determinados cambios en todo el sistema del ordenamiento jurídico internacional. Hay nuevos sujetos del Derecho Internacional. El lugar central de este derecho lo ocupan sus principios básicos, y las ramas tradicionales del Derecho Internacional, como el Derecho de los Tratados, el Diplomático, el Marítimo y otros, los que son ahora mucho más amplios que en el pasado. Han surgido nuevas disciplinas dentro del Derecho Internacional, como el Derecho Cósmico, como el Derecho de los derechos humanos, el Derecho de seguridad internacional, el Derecho económico internacional, el Derecho de los fondos marinos a que hacíamos referencia, etc. De modo que vivimos una época de profunda aceleración y de cambio.

Respecto de esta interrelación entre el Derecho Internacional y nacional, hay una Declaración que parece interesante, formulada en 1916 por el Instituto Americano de Derecho Internacional de Washington, la que decía: «El Derecho Internacional es a la vez nacional e internacional». Estamos hablando del Instituto Americano de Derecho Internacional, una institución muy importante en esta disciplina, y de una Declaración de 1916. «El Derecho Internacional es a la vez nacional e internacional. Nacional en el sentido de que es la ley del país y se aplica como tal para la resolución de las cuestiones que conciernen a sus principios. Internacional en el sentido de que es la ley de la Sociedad de las Naciones y como tal se aplica a todas las cuestiones que surjan entre los miembros de la Sociedad y que conciernen a sus principios».

Al derivar de una sola y misma autoridad suprema, ambas normas jurídicas, internas e internacionales, tienen la misma fuerza vinculante para todos los órganos y sujetos de los países de que se trate. Cuando concluye un acuerdo internacional, la autoridad gobernante se compromete inmediatamente, si ello se estima necesario, a modificar su legislación interna en consonancia con lo pactado. Por otra parte, al promulgar una ley que contraviene claramente el Derecho Internacional, el gobierno en cuestión viola el ordenamiento jurídico internacional, violación de que tal Estado es internacionalmente responsable.

Sin embargo, quisiera hacer notar que el tema del Derecho de los derechos humanos, o sea de qué manera se incorporan estos tratados, acuerdos internacionales en la legislación interna, ha sido también materia de estudio profundo, y lo es todavía, en el llamado derecho comunitario o derecho de la integración, sobre todo en la Comunidad Económica Europea, donde se han venido produciendo transformaciones jurídicas importantes en relación al papel de los individuos en esta nueva modalidad de Derecho Internacional y la persona humana como sujeto de derechos también económicos, sociales y de distinta naturaleza.

¿De qué manera y en qué condiciones las normas de un ordenamiento jurídico de integración son aplicables en el ámbito del territorio de los Estados? No es entonces exclusivo del derecho de los derechos humanos esa relación directa con los ciudadanos en el interior de un Estado.

Las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y el orden jurídico interno de los Estados es uno de los temas más extensamente debatidos en la doctrina actual del Derecho Internacional. La coexistencia de estos dos órdenes normativos plantea dos problemas. El primero de ellos consiste en determinar si el Derecho Internacional puede ser aplicado directamente en el ámbito interno de los Estados, o si necesita para ello de una norma del derecho nacional que lo integre a este sistema jurídico. Y el segundo, si se quiere, a la relación jerárquica entre ambos ordenamientos.

El derecho comunitario considera y resuelve una problemática nueva con fórmulas y procedimientos igualmente nuevos, algunos de los cuales se han venido examinando. Cuando en los tratados internacionales que constituyen el Derecho Internacional convencional, el efecto directo es que una norma afecte directamente a un ciudadano, es y queda como un fenómeno excepcional. En cambio el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea tiene objetivos y características contrarias, pues el efecto directo asume en el contexto comunitario los rasgos de un fenómeno ordinario y normal. De esta manera los sujetos del derecho comunitario no son únicamente los Estados miembros -personas del Derecho Internacional clásico- sino que son también los ciudadanos, personas naturales y jurídicas que normalmente son sujetos del derecho interno.

Tradicionalmente el Derecho Internacional reposa sobre el principio bien conocido de *pacta sunt servanda*, por cuya virtud los Estados que son los sujetos se obligan a respetar los acuerdos que estipulan y confirman entre ellos, aunque en realidad están obligados a respetar también una serie de normas que son preceptivas. En caso de controversia les queda siempre la facultad de someterse, o no, a la competencia del Tribunal Internacional de Justicia.

El derecho comunitario, o sea derecho de la integración, crea de modo directo, o independientemente de la situación de los Estados miembros, toda una gama de obligaciones para los particulares, quienes al mismo tiempo gozan de derechos que pueden invocar ante sus jurisdicciones nacionales, que tienen deberes tutelares, y también ante órganos supranacionales para la solución de sus conflictos con el Estado o con el sistema del proceso de integración.

En el derecho positivo de los derechos humanos, encontramos un conjunto de convenios internacionales y declaraciones, que podrían clasificarse en tres cate-

gorías, no en función de un orden cronológico sino tomando en consideración su objeto, ya que diferentes temas coinciden en el tiempo. En primer lugar debemos considerar las declaraciones.

Se ha discutido si estas declaraciones son obligatorias para los Estados, y el grado de obligatoriedad que tienen. Pero en realidad constituyen orientaciones jurídicas generales que han influido profundamente en el contenido de las constituciones promulgadas tras la segunda guerra mundial.

Muchos Estados han incorporado la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros convenios sobre la materia a sus textos constitucionales. Este no es el caso de la Constitución política del Estado boliviano, que fue reformada en el año 1967 y que en este momento se encuentra en nuevo proceso de reformas. Pero las declaraciones de derechos humanos constituyen un referente esencial del sistema constitucional y del sistema jurídico de todos los países miembros de las Naciones Unidas.

En segundo lugar se encuentran las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Este es un agrupamiento distinto. La adopción de convenciones obligatorias para los Estados signatarios ha representado un cambio cualitativo esencial en materia de derechos humanos. En efecto, contrariamente a las declaraciones, las convenciones son clara y definitivamente obligatorias, pues se convierten en parte integrante del derecho interno de los países signatarios.

En general estipulan expresamente que el Estado está obligado a presentar informes sobre la incorporación de las disposiciones de las mencionadas convenciones en las legislaciones, y sobre la aplicación de las mismas por los Tribunales. Estos informes deben someterse a comisiones especiales previstas por las convenciones, encargadas de discutirlas en presencia de delegados del Estado concernido y de emitir sus observaciones y comentarios.

Las convenciones más importantes son aproximadamente veinte. Entre ellas son consideradas particularmente importantes el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Hay otras también que son muy importantes. Menciono estas tres porque, paradójicamente, los Estados Unidos no han ratificado ninguna de estas tres convenciones, a pesar del énfasis que en su política exterior, en distintas administraciones, se ha venido dando al tema de los derechos humanos. Además existen varias convenciones regionales sobre los derechos humanos.

El tercer tema es el relativo a la protección de los derechos humanos. El desarrollo de los derechos humanos se ha visto acompañado en el plano internacional por violaciones graves y flagrantes en diversas partes del mundo. Por ello la importancia acordada a los derechos humanos en el plano internacional ha alcanzado una fase esencial y delicada. La de su protección.

Esta protección se sitúa en dos niveles: en primer lugar, garantizar la aplicación de las convenciones de derechos humanos a través de los informes sometidos a las Naciones Unidas y a los mecanismos regionales; y en segundo lugar, el procedimiento para acoger las quejas contra los Estados que se supone violan los

derechos humanos, o sea el acceso que tienen las víctimas o las personas íntimamente vinculadas a estas víctimas.

Sin embargo, en materia de derechos humanos, el individuo es considerado como beneficiario directo o indirecto del Derecho Internacional. Por ello la orientación en materia de protección de derechos humanos se dirige constantemente a la búsqueda de los medios que permitan al individuo denunciar las violaciones de sus derechos por el Estado.

En cuanto a la tendencia a considerar al individuo como sujeto del Derecho Internacional, esta no es unánime y se topa con la oposición de muchos Estados que ven en ello una injerencia en sus asuntos internos, de conformidad con el párrafo 7° del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Aquí el tema político empieza a cruzar, porque por razones políticas muchos Estados consideran que el tema de los derechos humanos puede constituir una injerencia en sus asuntos internos. Del mismo modo que muchos Estados, por razones políticas, buscan inmiscuirse en problemas internos de otros, a título de derechos humanos, de modo que desde esta perspectiva política, la situación es delicada para ambas partes.

Existe en las Naciones Unidas un proyecto para la creación de un puesto de Alto Comisionado de los derechos humanos. No sé qué pasó exactamente con el proyecto. Creo que la Unión Soviética y los llamados países socialistas se opusieron a la creación de esta institución, pero no sé si este proyecto puede ser reflotado con las nuevas situaciones históricas de la humanidad.

La importancia que revisten los derechos humanos en el mundo actual es pues evidente. Llevan consigo, en efecto, los gérmenes de una mutación profunda del Derecho Internacional.

Hasta aquí estos planteamientos son de carácter general. Yo quisiera referirme ahora a algunos temas que creo que son también muy importantes. El tema de los llamados derechos humanos colectivos. La visión que normalmente prevalece es una visión inspirada en las corrientes liberales e individualistas. El derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, son fundamentales, son importantes, pero las declaraciones de derechos humanos no se agotan en esta vertiente, muy importante, sino que también existen los llamados derechos humanos colectivos.

El individuo aislado es una abstracción del pensamiento, algo así como Robinson Crusoe, porque ni Adán vivió solo, tuvo una compañera y varios hijos. El individuo es un ser efectivamente social, no tiene otra forma de realización sino en la sociedad. Y entonces considerar solamente sus derechos como individuo se ha estimado insuficiente, y por eso un área importante de los derechos fundamentales está cubierta por lo que se llama los derechos colectivos. Los derechos de las sociedades, los derechos de los pueblos, los derechos del hombre como miembro de esa sociedad.

En este proceso de definición de los derechos humanos, diríamos que en nuestra época ha pasado a convertirse el respeto de estos derechos en un elemento esencial de la convivencia democrática. Como sabemos, la ética y la fuerza son dos

elementos que componen todo derecho. La ética y la fuerza. Aunque no debe confundirse el fenómeno jurídico que trata de la legitimidad y la justicia con la cuestión moral propiamente dicha. Los derechos humanos son algo mucho más importante que otras facultades jurídicas. Son exigencias llenas de contenido real, por la cual los hombres de sucesivas generaciones han luchado hasta convertirlas en normas jurídicas, pero sobre todo para hacerlas prácticas existentes. Es el aporte de la generación, nuestra generación o la generación de nuestros padres, a la convivencia internacional. Porque hace cincuenta años, o hace cien años, el modo de ver y enfocar estos problemas era totalmente distinto, para no hablar de los cien mil años de la especie humana, o más aún, si cabe.

De ese modo, el derecho resulta no solamente un medio de control de integraciones sociales sino también un sistema de seguridad, un factor de certeza, estabilidad y disminución de riesgos, tanto para la sociedad como para los individuos. Desde esta perspectiva se ha dicho, a mi modo de ver acertadamente, que los derechos humanos constituyen una amalgama de derecho constitucional y de derecho internacional, aseguran la convivencia civilizada dentro de la sociedad y entre los Estados en la comunidad internacional. Es impensable la forma de convivencia pacífica fundada en la seguridad dentro o fuera de la sociedad, si no es sobre la base de los derechos humanos.

De allí que los derechos humanos no pueden quedar como principios solamente abstractos y de cumplimiento relativo. Lo importante será poder garantizarlos para impedir, como decía Diego García Sayán, de la Comisión Andina de Juristas, que a pesar de las declaraciones solemnes sean continuamente violados, que es lo que viene sucediendo en muchas partes del mundo.

En suma, los derechos humanos constituyen un conjunto de obligaciones jurídicas nacionales e internacionales. De su cumplimiento y del funcionamiento de los sistemas de garantía establecidos, depende la posibilidad de la convivencia civilizada dentro de la sociedad y entre los Estados.

Todos estos derechos están siendo también cuestionados, muchos de estos derechos, en esta nuestra época de transición y de cambios como vamos a ver a continuación.

Me referí a los derechos colectivos de la sociedad. De acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el primer derecho del cual dependen todos los demás, los individuales y colectivos, es el derecho de los pueblos a su libre determinación. En virtud de este derecho, dice el artículo 1º de ambos pactos, se establece libremente la condición política, los pueblos... establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Yo doy mucha importancia a este tema de la autodeterminación, por cuanto si la libertad, la libertad del individuo, es la base y la esencia sobre la cual se construye toda la estructura de los derechos humanos individuales, el principio de autodeterminación de los pueblos es el principio de la libertad colectiva de los pueblos y de las sociedades. Es imposible pensar en un adecuado funcionamiento

de todo el sistema de los derechos si es que la libertad individual o la libertad colectiva está siendo violada, está siendo interferida, dentro de la sociedad o en el sistema internacional en su conjunto.

Ahora, este tema de la libre determinación tiene como expresión política y jurídica una categoría muy conflictiva en nuestra época, que es el de la llamada soberanía nacional. Entro en estos temas porque yo soy profesor de Política Internacional antes que de Derecho Internacional, entonces mi preocupación es ver constantemente la interrelación entre el fenómeno jurídico, que es importante y es esencial, y el fenómeno político, que es donde se reflejan los fenómenos sociales, no como quisiéramos que sean, como decía Maquiavelo, sino como son efectivamente en la realidad.

Entonces resulta que el concepto de soberanía nacional, que es un fundamento esencial de la convivencia internacional, que es una base fundamental de la Carta de Organización de las Naciones Unidas a la finalización de la segunda guerra mundial, es un principio sin el cual es imposible entender la convivencia entre Estados independientes. Está vinculado el tema de la soberanía al otro principio llamado de la no intervención, que es también otro principio jurídico y político.

Hay corrientes de pensamiento que objetan la vigencia o la importancia de la soberanía. Se supone que en una época de transnacionalización de la vida económica, cultural, política, etc., las soberanías representan cada vez menos en la vida de los Estados, y que terminarán por diluirse en un proceso más o menos largo o más o menos corto. Y se cita como ejemplo las constantes violaciones que se cometen a la soberanía, al derecho de no intervención, etc., lo cual podría ser, de acuerdo con estos autores, un anticipo de esa desaparición de la soberanía.

Yo no comparto ese punto de vista. Creo que la soberanía es una categoría y un fenómeno construido a través de muchos siglos, que ha sufrido profundas transformaciones. Evidentemente la soberanía del siglo XX no es la misma del siglo XIX ni la del XVII ni la del XVI, ni la de la época de quienes formularon estas teorías originales. Tiene expresiones diferentes en cada época.

Pero el hecho real es que no podemos entender el funcionamiento de la comunidad internacional si no es sobre la base de ese principio fundamental. Yo no creo que la soberanía represente cada vez menos en el sistema internacional. La prueba está que al finalizar la segunda guerra mundial, existían aproximadamente cincuenta Estados soberanos en el mundo. En la actualidad existen cerca de ciento noventa Estados, ciento ochenta en el interior de las Naciones Unidas, diez o doce, o algo más, fuera de las Naciones Unidas. Está muy cerca de doscientos Estados, en un proceso de cuarenta y cinco años.

¿Qué pasará en los próximos cuarenta y cinco años? Si se mantuviera este ritmo de multiplicación de los Estados soberanos, tendríamos que estar llegando a los trescientos o trescientos cincuenta Estados.

Está en el fundamento del Derecho Internacional que si no hubiera, pues, soberanía, no habría Derecho Internacional, sería simplemente Derecho interno. No hay que olvidar que el Derecho Internacional es un derecho de coordinación, y el derecho interno es un derecho de subordinación.

Si todas las sociedades quedaran subordinadas de manera absoluta a un poder central o a un núcleo hegemónico de poderes centrales, prácticamente no existiría el Derecho Internacional. Eso no es lo que está sucediendo en la realidad histórica y política, pues el Derecho Internacional tiene un ámbito muy largo de proyección. Y la soberanía es la expresión jurídica e institucional de este fenómeno, pues el derecho fundamental de los pueblos en torno al cual se sustenta, es el derecho de autodeterminación, que por supuesto está vinculado también al otro derecho, la integridad territorial de los Estados. Porque no a título de autodeterminación van a ir desintegrándose los Estados, como ha sucedido en algunas regiones del mundo.

Pero este es un problema político e histórico complicado, detrás del cual se encuentra un derecho colectivo fundamental, reconocido por la comunidad internacional.

Al finalizar la guerra fría, o sea después del derrumbe del muro de Berlín, la desaparición de la Unión Soviética, etc., han surgido corrientes ideológicas muy fuertes en el mundo que hablan del derecho a la injerencia. Se dice que si el respeto a la no intervención fue el resultado jurídico y político posterior a la segunda guerra mundial, al concluir la guerra fría, los acuerdos de Yalta y las consecuencias de aquella guerra no se justifican. Parecería que la nueva configuración de hegemonías internacionales permitiría que por fin el Consejo de Seguridad podría asumir aquel rol que se había pensado originalmente, para resolver los problemas de la seguridad internacional.

Entonces está muy en boga, en Estados Unidos y en los países desarrollados, el concepto del derecho a la injerencia, suponiendo que terminó la era del derecho de no intervención. Entonces acá se va a dar un conflicto no solamente político sino jurídico, teórico, de distintos órdenes. Se dice que la interdependencia de la comunidad internacional es tan grande que en los casos en que está en peligro la seguridad internacional, en los casos en que haya graves violaciones a los derechos humanos, en el caso en que la pobreza o el hambre, como en la situación de Somalia, o que pudiera estar en riesgo el medio ambiente, podría justificarse por una decisión del sistema de Naciones Unidas y sus órganos, el derecho a la injerencia.

Esto ha pasado ya en el caso de Irak, está pasando en Somalia, va a pasar en Yugoslavia, etc. Una situación complicada para los países pequeños y los países débiles. Porque evidentemente, que nosotros tratemos de ir a garantizar los derechos humanos o a cuidar el medio ambiente en los Estados Unidos va a ser muy difícil. Pero lo probable es que suceda lo contrario. Entonces, hay un tema en controversia sumamente complicado.

Estos temas que hemos estado tratando me llevan a relatar a ustedes dos temas ya muy bolivianos pero que están vinculados con las cuestiones de derechos humanos individuales y colectivos.

Uno de ellos es la cuestión del narcotráfico. Evidentemente el narcotráfico y los problemas de adicción a estas drogas es un problema muy grave para la seguridad interna de los Estados Unidos, y si tuviera que aplicarse las nuevas teorías del derecho a la injerencia, no deberíamos extrañarnos de que la presencia de

tropas norteamericanas, estilo Rambo por ejemplo, pudiera generalizarse en países del Asia y América Latina. De ahí que nosotros somos muy cuidadosos con este derecho de no intervención.

La ley boliviana contra el narcotráfico N° 1.008, hace una declaración complicada. Declara al narcotráfico como delito de lesa humanidad, tema que podría ser discutido desde el punto de vista del derecho penal y doctrinario. De modo que una persona que anda llevándose un kilo de cocaína de un lado a otro es más o menos igual que Hitler. Habría que analizar las consecuencias de esta declaración.

El tema del narcotráfico nos preocupa, porque está fundado en la coca, que es un producto nacional de la cultura boliviana. Vinieron, pues, científicos extranjeros y este producto ancestral de la cultura boliviana lo convirtieron en una droga peligrosa para los países desarrollados. Es como si vinieran a Uruguay y a partir de la yerba mate hicieran una yerbamateína, y resolvieran erradicar todas las plantaciones de yerba mate, porque de ahí deriva la yerbamateína. Eso ha sucedido con la coca. Y en vez de Coca Cola hubiera Yerba Cola, o Mate Cola.

Eso es lo que pasó con la coca. Y bueno, hay obligaciones de cooperación internacional que está desarrollando el gobierno y las autoridades judiciales. Este es viejo principio, hay tratados de derecho penal internacional, el tema de la piratería, trata de blancas, etc., y también se introduce el tema del narcotráfico.

Acá ha venido complicándose el tema de la extradición. Presiones cada vez mayores para que se aplique la extradición, el traslado de ciudadanos nacionales de un país -en el caso, de Bolivia- para ser juzgados por tribunales americanos por delitos cometidos sí en Estados Unidos, pero ciudadanos que estaban también bajo la jurisdicción penal nacional boliviana. El tema de la extradición es un tema que está debatiéndose enormemente en nuestro país.

Y el otro tema que nos ha preocupado mucho es el de las políticas de erradicación de las plantaciones de coca, para lo cual se han llevado adelante acciones militares extranjeras en el país. Ha habido presencia de tropas extranjeras en diversas oportunidades, sin autorización del Congreso, o sea fuera del sistema constitucional, y presencia permanente y muy numerosa de policías de las oficinas contra las drogas. Lo cual a nosotros nos preocupa y nos inquieta demasiado.

Esto respecto al tema del narcotráfico. El tema del narcotráfico vinculándolo al tema del derecho a la autodeterminación y a resolver internamente los problemas.

El último tema es el tema de la impunidad contra los violadores de los derechos humanos. Desgraciadamente en Bolivia hemos tenido varias dictaduras que han violado todos los derechos humanos habidos y por haber. En algunos casos se ha aplicado la prescripción, porque había procesos, juicios de responsabilidades, entonces se produjeron golpes de Estado, transcurrieron gobiernos de facto, como consecuencia prescribieron esos derechos, y alguno de esos dictadores ahora es candidato a la Presidencia de la República con muchas posibilidades de ser Presidente constitucional.

Entonces vemos aquí cómo el tema de la impunidad y de la prescripción está creando situaciones nuevas, complicadas.

El otro caso sin embargo es el de la dictadura de García Mesa, que fue el más feroz de los dictadores de este siglo. Se ha llevando adelante con mucho esfuerzo, con mucho sacrificio de la *sociedad civil*, esto es importante, de los familiares y de la sociedad civil, un proceso largo, complicado, lleno de recovecos, que ha durado siete años (¡siete años el proceso!) y que el expediente tiene más o menos treinta mil fojas. Porque son muchos grupos de delitos, muchos delincuentes, etc., testigos, recursos... ¡treinta mil hojas!. Está a punto de salir esa sentencia. A pesar de que el acusado principal está prófugo, oculto, protegido por el sistema político, pero de todos modos el proceso está a punto de dictar la sentencia.

Nosotros creemos que esta va a ser una contribución muy importante, de mi país, del sistema jurídico boliviano. La sentencia se espera que salga en las primeras semanas del mes de abril, en los próximos días, porque va a ser el primer caso probablemente, en América Latina, en que puede concluir un juicio de responsabilidad de estas características, hasta sus últimas consecuencias. Entonces estaremos dando un golpe a la impunidad, a los violadores de derechos humanos, de la Constitución, etc., y a delincuentes comunes en su más clara expresión.

NORMAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, CONSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNO

Dr. Francisco Eguiguren Praeli

Uno de los primeros obstáculos que afrontamos cuando tenemos que abordar aspectos vinculados a las normas internacionales sobre Derechos Humanos y su aplicación en el Derecho Interno, incluso cuando lo hacemos ante miembros de la comunidad jurídica (abogados, jueces o fiscales) es la dificultad para vencer el inicial prejuicio o hasta el escepticismo que muchas veces tiene el auditorio sobre la utilidad práctica de estos temas en su quehacer profesional cotidiano.

Esta actitud podría explicarse debido a que la enseñanza universitaria de cursos referidos a Derechos Humanos y sus mecanismos de protección internacional, constituye un fenómeno más bien reciente en nuestras facultades de Derecho. A su vez, por regla general, el ejercicio profesional tradicional de la abogacía o de la función jurisdiccional, sólo en muy pocos casos ha solido aproximarnos al tratamiento sistemático de esta materia.

Pero existe también otro inconveniente surgido del hecho que, a menudo, el ejercicio de la profesión legal genera un cierto conservadurismo mental y un exagerado pragmatismo positivista. Nos cuesta adaptarnos a los cambios que se producen en la realidad, éstos sólo posteriormente suelen plasmarse en las normas, y mucho después son asimilados por nuestra conciencia jurídica. De esta forma, el derecho que se estudia en la universidad y el que ejercen cotidianamente buena parte de los jueces y abogados, normalmente anda un poco a la zaga de las demandas sociales y de las nuevas prácticas predominantes a nivel internacional.

El desconocimiento y el insuficiente desarrollo que aún caracterizan al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los ordenamientos políticos y jurídicos de nuestros países, encuentran pues alguna explicación en estas deficiencias. Sin embargo, las experiencias de muchos países latinoamericanos ilustran sobre la utilidad concreta que pueden brindar las normas y los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos para la defensa de estos derechos, en especial cuando la realidad imperante determina escasas posibilidades de acceso o satisfacción a estas demandas en el marco del ordenamiento judicial interno.

EL PROBLEMA DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO

Mientras a nivel de la doctrina subsiste la discusión entre monismo y dualismo, para determinar la relación existente entre las normas de Derecho Internacional y de Derecho Interno en el sistema u ordenamiento jurídico del Estado, desde el punto de vista lógico y práctico resulta poco coherente imaginar que un Estado, de un lado, elabore sus normas internas de conformidad con su Constitución siguiendo una determinada orientación y, de otro lado, celebre compromisos internacionales adoptando normas que conllevan obligaciones de un contenido contrapuesto a lo dispuesto en dicha Constitución.

La idea de una unidad del sistema jurídico es indispensable, y considero que en corto tiempo la discusión referida anteriormente dejará de tener relevancia. Sin embargo, el problema actual continúa siendo cómo se ubican las normas emanadas de tratados internacionales, especialmente las referidas a Derechos Humanos, dentro de la estructura jerárquica piramidal del ordenamiento jurídico del Estado.

Resulta oportuno recordar que tras la segunda guerra mundial, empezó a observarse el tratamiento expreso por parte de algunas constituciones al tema de las normas internacionales y de Derechos Humanos en relación a su inserción dentro del sistema jurídico nacional. Así, se tienen los antecedentes de las constituciones italiana y austríaca. Desde entonces, puede decirse que existen hasta cuatro posibilidades a adoptarse por los ordenamientos jurídicos nacionales con respecto a la posición y jerarquía de las normas internacionales de Derechos Humanos:

La primera de ellas, quizás la más difundida y tradicional, consiste en ubicar a los tratados internacionales en un rango similar a las leyes. Es el caso normalmente conocido de Italia, Austria, Estados Unidos, Inglaterra, Argentina y también el Uruguay.

Una segunda posición, plantea que los tratados internacionales tienen rango superior a la ley interna pero inferior a la Constitución. Aquí tenemos ejemplos como los de Francia y Alemania, en Europa; y los de Costa Rica y Perú en nuestro continente.

Recientemente han surgido otras dos posiciones adoptadas por algunos Estados, ya sea mediante reformas constitucionales o en nuevos textos constitucionales, que ubican a los tratados y normas internacionales referidas a los Derechos Humanos en un rango similar o hasta superior a la Constitución.

Así por ejemplo, la Constitución peruana de 1979 establece que las normas referidas a Derechos Humanos contenida en pactos internacionales ratificados por el país tienen rango constitucional. Se trata de la primera Constitución latinoamericana que estableció expresamente el rango constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos, criterio luego acogido en otras constituciones.

Asimismo, en la Constitución de Guatemala se plantea la posibilidad que las normas internacionales de Derechos Humanos estén por encima de todo Derecho Interno, pudiendo incluir dentro de éste incluso a la Constitución. Se les otorga entonces una categoría supraconstitucional.

LA RECIENTE EXPERIENCIA PERUANA

Para empezar el tratamiento de este punto, considero conveniente revisar el contenido de algunos artículos de la Constitución peruana referidos a la jerarquía de los tratados y las normas internacionales sobre Derechos Humanos, para luego pasar a analizar algunas experiencias concretas de su aplicación en el Derecho Interno, los mismos que plantean problemas de interpretación constitucional en el desenvolvimiento de la función jurisdiccional.

En primer lugar, cabe destacar que la solución adoptada por la Constitución peruana en materia de la jerarquía de los tratados internacionales en el Derecho Interno no es una sola. En el artículo 101 de la Carta de 1979 puede decirse que se encuentra la regla general o básica, según la cual los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados forman parte del Derecho nacional, agregando que en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero. Así, cualquier tratado internacional ratificado por el país está por encima de la ley, porque aunque tienen igual rango, prevalece en caso de conflicto.

Pero la Constitución va más lejos, pues el artículo 103 establece que cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que se sigue por la reforma constitucional antes de su ratificación por el Presidente de la República. Es decir, admite la posibilidad de suscribir un tratado internacional y aprobarlo, aunque contenga normas contrarias a la Constitución, a condición que para su ratificación se siga el procedimiento propio de la reforma.

Entiéndase que ello no implica que se produzca la reforma de la Constitución, sino que para aprobar el tratado, el procedimiento a seguir es uno agravado y más engorroso, cual es el establecido para reformar la Constitución. Aquel exige la aprobación por una mayoría calificada de más de la mitad de los miembros de ambas Cámaras, que se da en una primera legislatura y se convalida o se vuelve a ratificar en la primera legislatura ordinaria del año siguiente.

Asimismo, el artículo 105, el más avanzado de la Carta de 1979, establece que los preceptos sobre Derechos Humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Perú tienen jerarquía constitucional, precisando que no pueden ser modificados sino por el procedimiento que se sigue para la reforma de la Constitución. Es decir que, incluso si se quiere modificar un precepto contenido en una norma de Derechos Humanos que ya forma parte del Derecho Interno y que tiene rango constitucional, deberá seguirse también el procedimiento de la reforma constitucional.

Por último, otra norma interesante de la Constitución peruana es el artículo 305, que señala que una vez agotada la jurisdicción interna quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución le reconoce puede recurrir a los Tribunales y Organismos internacionales de Derechos Humanos. De esta forma se establece expresamente el acceso a la jurisdicción internacional a nivel constitucional, conteniendo a su vez la Carta una ratificación expresa al Pacto de San José y al sometimiento del Estado peruano a la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A partir de este panorama de la Carta de 1979, deben comentarse, muy brevemente, algunos problemas que involucran la interpretación y aplicación de dichas normas en el caso peruano.

1. Hábeas corpus y régimen de excepción

El primer tema interesante respecto a la relación entre normas internacionales de Derechos Humanos, Constitución y Derecho Interno, es el referente a los estados de excepción, que aunque la naturaleza de esta institución suele sugerir la existencia de situaciones ocasionales o excepcionales, en países como Perú o Colombia alcanzan una duración tan prolongada que llegan virtualmente a constituir la regla antes que la excepción.

En el caso peruano, la violencia subversiva y los actos de terrorismo determinaron la declaración gubernamental del estado de emergencia, situación que se mantiene ininterrumpidamente desde fines de 1980 en diversas zonas del país. En verdad, más del sesenta por ciento del territorio y de la población nacional, incluida Lima, se encuentran bajo estado de excepción en todo este extenso período.

Esta situación ha motivado diversas interrogantes de indudable importancia jurídica y singular utilidad práctica: ¿Qué sucede con la vigencia, e incluso con la posibilidad de un pronunciamiento judicial, en relación a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los pactos internacionales durante los estados de excepción?

Si bien en algunos países ha habido un desarrollo jurisprudencial, que posteriormente ha sido plasmado en la legislación, resolviendo expresamente este problema, en el Perú no ha sido así. Es más, la tradición constitucional y jurisprudencial peruana entendían que decretado un estado de excepción —que según la Carta de 1979 puede ser el de emergencia y el de sitio— la acción de hábeas corpus resultaba improcedente.

El estado de emergencia prevé la posibilidad de suspender o restringir cuatro derechos: libertad personal, libertad de tránsito, derecho de reunión e inviolabilidad del domicilio. El problema fundamental está en determinar cuál es el alcance concreto de estos derechos durante el estado de emergencia, y, sobre todo, qué pasa si durante la vigencia de un estado de excepción alguno de ellos es vulnerado por parte de la autoridad política, policial o militar.

Hemos indicado que las normas contenidas en pactos internacionales en materia de derechos humanos tienen rango constitucional. Y como la Constitución no es explícita respecto a la procedencia de las acciones de hábeas corpus o amparo durante los estados de excepción, en relación a derechos suspendidos, obviamente nos encontramos ante un necesario problema de interpretación, que es la clave del quehacer jurisdiccional.

En el plano legislativo, en diciembre de 1982, se aprobó la Ley de hábeas corpus y amparo (Ley 23.506) texto bastante idóneo y progresista. Sin embargo, dicha ley contiene un artículo bastante cuestionable y que agudiza el problema en el tema que nos ocupa. En efecto, el artículo 38 dispone enfáticamente, bajo el

título denominado «De la suspensión de los derechos constitucionales», que no proceden las acciones de hábeas corpus y amparo respecto de las garantías y derechos constitucionales incursos en la suspensión mientras rija el estado de excepción.

En este sentido, ¿qué ocurre con el juez a quien durante el estado de excepción se le interpone un hábeas corpus en demanda de la libertad personal del detenido, o en materia de amparo para la defensa del derecho de inviolabilidad del domicilio o de reunión?

Cabe mencionar que muchas resoluciones judiciales encontraron la salida en el artículo 38 de la ley y se basaron en él a fin de evitar enfrentamientos con el Ministro del Interior, con la Policía o con la autoridad política. Así, los jueces declaraban la improcedencia de la acción de garantía constitucional sin entrar a analizar el caso o la eventual vulneración arbitraria del derecho conculcado.

Ante esta situación, algunos juristas comenzaron a cuestionar este accionar, primero desde la cátedra y luego en algunas publicaciones, afirmando que si bien la ley establece la improcedencia de las acciones de garantía respecto a los derechos suspendidos durante un estado de excepción, también es indiscutible la inconstitucionalidad e incompatibilidad de este criterio frente a los pactos internacionales que tienen rango constitucional.

De esta forma, comenzó a surgir una corriente jurídica orientada a hacer tomar conciencia a los magistrados acerca de lo errado de circunscribirse al precepto legal y sobre la conveniencia de basarse en la Constitución, lo que a su vez demandaba buscar la solución en la aplicación de las normas internacionales.

Así, resultaba pertinente invocar la norma contemplada en el artículo 27.2 de la Convención Americana, que establece un núcleo de derechos fundamentales insuspendibles o inderogables, incluso durante cualquier estado de excepción. Esta norma dispone también la imposibilidad de suspender o la inderogabilidad de las garantías judiciales destinadas a la protección de estos derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en dos opiniones consultivas, manifestó que las garantías judiciales referidas son el hábeas corpus, el amparo y recursos análogos, y que no cabe su suspensión incluso durante los estados de excepción.

Aunque en estricto una opinión consultiva carece de mérito vinculante directo, ilustra sobre cuál puede ser la interpretación de la Corte en un caso litigioso que sea sometido a su conocimiento. Así, lo que afirma esta nueva tendencia, que ya se ha abierto paso en países como Argentina (donde desde el año 1984 tiene consagración legislativa expresa) es que puede limitarse el ejercicio de un derecho en un estado de excepción, pero que de ninguna manera puede eliminarse la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional en busca de una decisión judicial, y eventualmente de una protección a ese derecho conculcado.

Este criterio no significa limitar el margen de acción de la autoridad política o policial durante un estado de excepción, sino que más bien busca que exista un contralor judicial, un contrapeso esencial acorde con el principio de separación y control de poderes, imprescindible en un sistema democrático, donde el juez evaluará si la medida es razonable, justificada, proporcionada o no; y, en caso de encontrarla arbitraria, la dejará sin efecto para el caso particular.

Cabe finalmente anotar que a principios de 1992 se dictó una ley que complementa la regulación de las acciones de hábeas corpus y amparo. Dicha norma contiene un precepto que incorpora el control judicial parcial o de razonabilidad durante los estados de excepción, reafirmando la procedencia de estas garantías incluso en su lapso de vigencia. El aporte de las normas internacionales de Derechos Humanos y algunos solitarios y valerosos fallos judiciales, han permitido este resultado favorable. Resta ahora evaluar el comportamiento que asuman las autoridades y los magistrados judiciales.

2. La ampliación de la pena de muerte

Un segundo e interesante problema, de gran actualidad en el Perú, es el de la pena de muerte. La Constitución de 1933 que precedió a la Carta de 1979, tenía una fórmula abierta, contemplando algunos casos específicos para la procedencia de la pena de muerte y dejando a la ley su eventual ampliación a otros delitos. De esta forma, el legislador ordinario podía seguir extendiendo la aplicación de la pena capital a cualquier otra conducta o delito que fijara una ley.

En cambio, la Carta de 1979, enmarcada en una concepción protectiva de la persona y de los derechos humanos, si bien no abolió la pena de muerte limitó drásticamente su aplicación. Así dispone en su artículo 235 que sólo hay pena de muerte en caso de traición a la patria en situación de guerra exterior.

La Convención Americana de Derechos Humanos señala expresamente que aquellos países que al momento de su ratificación hayan abolido la pena de muerte no podrán reimplantarla, y que aquellos que la hayan restringido no la podrán ampliar. En consecuencia, en armonía con la Convención Americana, el Perú no puede, sin violar el pacto, ampliar la pena de muerte a causales distintas a la de traición a la patria en caso de guerra externa.

Sucede, sin embargo, que como consecuencia del fenómeno subversivo y terrorista, han habido en los últimos años diversos intentos gubernamentales de extender la aplicación de la pena de muerte a estos delitos, sin necesidad de recurrir al procedimiento más engorroso y notorio de la reforma constitucional. La poca consistencia jurídica de estas pretensiones, no obstante, impidieron finalmente que tales propuestas llegaran a concretarse legalmente.

Pero con la instalación del congreso constituyente, donde el oficialismo cuenta con una cómoda mayoría, el asunto ha tomado un nuevo giro. La declarada intención del gobierno de extender la pena de muerte a los casos de terrorismo, así como la inclusión de un precepto de este contenido en el proyecto de Constitución, hace más que probable que la nueva Carta peruana (que previamente deberá ser aprobada por referéndum popular) amplíe la aplicación de la pena de muerte a estos delitos, lo que conllevaría una violación expresa a lo dispuesto en el Pacto de San José.

Aunque nada impide que un Estado realice una reforma constitucional, es notorio que esta eventual ampliación en la aplicación de la pena de muerte colisiona con la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que el gobierno peruano tendría que denunciar este tratado y apartarse de él (con todas las graves

implicancias que ello conlleva) o incluso podría ser demandado ante la Corte Interamericana por este acto.

Aunque sectores gubernamentales han sostenido la tesis de realizar una reserva o de efectuar una denuncia parcial al pacto, sólo para efectos de la ampliación de la pena de muerte, pero manteniéndose dentro del mismo, consideramos que tal posición resulta improcedente. Y es que debe recordarse que las reservas caben al momento de suscribir o ratificar un tratado, y no luego de diez o doce años de incorporado al sistema jurídico interno. De otro lado, según la Convención de Viena no cabe denuncia parcial de un tratado si ello no está expresamente previsto en el texto de dicho instrumento internacional. En la Convención Americana no se prevén mecanismos de denuncia parcial, y no hace mucho hubo una decisión de la Corte Interamericana que estableció que no caben denuncias parciales del Pacto.

Las normas internacionales de Derechos Humanos aportan así un importante marco de protección a dichos derechos, limitando incluso la actuación en este campo de la voluntad constituyente, del legislador o de la propia población.

3. Acceso a la jurisdicción supranacional y recursos internos

Finalmente, un tercer problema atañe directamente a los jueces. Luego del 5 de abril aproximadamente seiscientos magistrados judiciales han sido cesados en el país, sin procedimiento alguno, pero bajo acusaciones gubernamentales de corrupción, incompetencia y partidarización política.

Si bien el problema de corrupción es serio, se ha negado a todas esas personas un elemental derecho de defensa, al cesarlos sin motivaciones ni procedimiento algunos, enterándose de lo sucedido al ver sus nombres en una lista publicada en el Diario Oficial. Cabe destacar que todas las normas que dispusieron estos ceses de magistrados, establecen que contra ellas no cabe interponer acción de amparo ni recurso judicial alguno, amenazando con la destitución al juez que las admitiera o diera trámite.

La norma referida hizo que muchos magistrados honestos e indebidamente cesados, constataran la imposibilidad de encontrar dentro de las normas y tribunales del Derecho Interno un mecanismo o salida para defender sus derechos. Ello ha permitido a sectores de la judicatura tomar debida nota y valorar la importancia de las normas y órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, especialmente cuando el acceso al debido proceso y al derecho a la defensa resulta vulnerado o simplemente impedido.

En definitiva, la aplicación de las normas internacionales de Derechos Humanos y los sistemas de protección que ellas establecen, ofrecen a los abogados, jueces y fiscales posibilidades que deben optimizarse en el quehacer profesional cotidiano. Sólo con su utilización concreta alcanzarán mayores niveles de difusión y desarrollo, convirtiéndose en un soporte importante para la vigencia de los Derechos Humanos, en países como los nuestros donde su violación está aún llena de muchas experiencias dolorosas recientes y de otras aún vigentes.

OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LOS ESTADOS AL RATIFICAR O ADHERIR A TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. ARMONIZACIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL CON LA INTERNACIONAL. REVISIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL Y EVENTUAL SANCIÓN DE NUEVAS NORMAS

Dra. Jacinta Balbela

Cada vez me convenzo más que América no es un parque de diversiones. La existencia en la realidad cotidiana de una sociedad con dispar distribución del poder entre los ciudadanos nos conduce como de la mano hacia aspectos conflictivos que son válidos con mayor o menor intensidad en las sociedades políticas de este continente.

Ni bien nos ponemos a analizar el problema, salta a la vista que en función de ese dispar poder del poder, suscita la reflexión lo que Germán Wettstein llama «minorías problematizadas», que determinan según cómo se resuelvan en el lenguaje de los derechos humanos, juicios valorativos, demostrativos de la cultura de un país y en definitiva de la vigencia, o no, real de la democracia.

Aclaro que no hablo nada más que a título personal. Aun cuando el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que me honro en presidir, traduce en sus lineamientos generales y programáticos un proyecto específico de administración de justicia, basado sobre valores éticos y políticos plasmados en el ideario de Naciones Unidas, lo que diré tiene por único mérito recoger una experiencia de varios años transitados en el ámbito del derecho penal de este país y, ahora, en la realidad latinoamericana.

El punto es muy vasto y polémico. A la complejidad misma del concepto de derechos humanos encarados en el sentido estático deontológico, se agrega su noción dinámica, que se enriquece con el devenir histórico, según los distintos campos históricos en que se desarrolla.

Para quienes hemos vivido in situ los problemas que padecen los países americanos, especialmente los de la región central, observamos que desde los derechos civiles y políticos por un lado, pasando por los económicos, sociales y cultura-

les, hasta los de solidaridad, desarrollo, derecho de los pueblos, etc., asistimos a un verdadero enjambre de opiniones diversas, no siempre ricas en contenido, y muchas veces demagógicas.

Mis hipótesis de trabajo se han ido formando a través de reflexiones que me ha suscitado la comparación entre los textos normativos, específicamente los textos constitucionales y documentos internacionales, los legales y reglamentarios que pretenden interpretarlos, y la realidad de nuestra América.

Empezando por la Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, específicamente ésta, constituyen el punto de partida y de referencia obligada en el sistema que consagran los instrumentos internacionales posteriores en materia de derechos humanos.

Desde entonces, se ha operado una notable evolución en el sistema interamericano. Al principio fue el derecho interno, especialmente el constitucional, que consagró todo el paquete de derechos y garantías; los que pasaron poco a poco a la problemática internacional, para regresar consagrados en tratados, en pactos, en convenciones, en resoluciones, destinados a incorporarse al derecho interno, ya sea manteniendo su carácter de instrumento internacional, ya sea incorporándose como un todo a los textos constitucionales.

Ello explica cabalmente la existencia simultánea de iguales principios en la mayoría de las constituciones actuales, y una suerte de perplejidad ni bien uno se pone a analizar el valor que han de darse a los documentos internacionales cuando no están incorporados a texto expreso en el ordenamiento vigente como integrando el elenco de los derechos humanos.

Una primera hipótesis es la del lugar y momento histórico a considerar. América, como decía el ilustre Benedetti, es indudablemente un mosaico de realidades, en la que la lucha por los derechos humanos sólo es creíble si se sitúa en el plano de la vida real.

Y aquí dos observaciones que son, a mi juicio, de importancia fundamental para la consideración de los derechos humanos en América:

La primera. Después de la llamada «década perdida», caracterizada por el predominio de las dictaduras militares, se observa que bajo el título generoso de «tutela» continúa intacto en varios países y en total impunidad, ese poder. En otros, aún no se ha consolidado plenamente la democracia como forma natural de vida. Cuando un pueblo se acostumbra a una realidad resulta harto difícil el esfuerzo de mudar, el esfuerzo de pensar de otra manera, el esfuerzo de enfrentar situaciones irritativas y transformarlas en promotoras de una concepción más justa de la vida. Este es precisamente el gran desafío de la teoría de los derechos humanos.

La segunda observación. Es muy notoria la distancia entre los derechos constitucionales, específicamente los constitucionalizados derechos humanos y lo que está ocurriendo en la vida real. Ellos mismos, no son un sistema que se concrete y colme en determinadas normas jurídicas. Se integra además con principios generales de derecho y aun con las propias costumbres de los pueblos, sus tradiciones éticas, étnicas, religiosas y aun políticas. De aquí que la concepción global com-

porte situaciones que no siempre ofrecen respuestas válidas para todos los sistemas.

Estas breves reflexiones presidirán el examen más detallado de algunas de las constituciones americanas, las que nos ofrecen algunas características especiales.

En primer término, se observa en la normativa constitucional una diversidad terminológica que en muchos casos confunde al intérprete. Un mismo concepto se intitula a menudo de diversa manera: garantías constitucionales, garantías sociales, políticas, económicas, junto a «derechos» en cuyo elenco se encartan derechos individuales, derechos sociales, derechos políticos, y en una etapa cronológicamente más avanzada y a la par de éstos, derechos humanos, bajo cuyo título se comprende tanto aquellos que en unas cartas se limitan a los derechos individuales estrictamente considerados —vida, libertad, honor, etc.—, como a las variedades y especies que contemplan los aspectos económicos, culturales, ecológicos, etc.

Segundo punto: si se comparan las constituciones clásicas de principios de siglo, aún vigentes en muchos países americanos, con las actuales que están vigentes en otros, se percibe que la expansibilidad o reconocimiento categórico del concepto específico de derechos humanos se ha operado en un triple sentido:

—Primero, en el de la comprensión de un número ilimitado de derechos que con esa denominación, derechos humanos, gozan de garantía constitucional.

—Segundo, en el de la inclusión de los instrumentos internacionales que los consagran, que muchas veces no se denominan justamente derechos humanos pero son auténticos derechos humanos, en la consagración dentro de los derechos de rango constitucional.

—Y tercero, en el afianzamiento de las garantías de que dispone el individuo o los núcleos comunitarios en caso de lesión de esos derechos.

Nada más que algunos ejemplos.

Con relación al primer punto, el de la comprensión de un número ilimitado de derechos con garantías constitucionales, tenemos por ejemplo la Constitución peruana, vigente a partir del 12 de julio de 1979. Se inicia como todas las constituciones americanas modernas con una enumeración detallada de los derechos y deberes fundamentales. Y se agrega expresamente que ello «no excluye otros de naturaleza análoga o que deriven de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de Derecho, y de la forma republicana de gobierno» (art. 42). Es tan amplia la gama que yo osaría decir que si en realidad se efectivizaran todos estos derechos, poco tendrían que hacer los tratados internacionales.

Similares preceptos contiene la Constitución de Venezuela, vigente a partir del 23 de enero de 1961; la de Brasil, vigente a partir del 5 de octubre de 1988; y la de Paraguay —la más moderna— vigente a partir del 20 de junio de 1992.

Con relación al segundo punto, la inclusión de los instrumentos internacionales que los consagran dentro de los de rango constitucional, se ha operado en América por una doble vía. Primero, por la del reconocimiento de ese valor, man-

teniendo empero la separación instrumental; y segundo, por la de la incorporación del instrumento mismo en la Constitución.

Ejemplos: *La Constitución peruana* dispone que los tratados tienen rango constitucional si se refieren a principios que coincidan con su normativa y con los derechos humanos. Pero va mucho más allá de eso, al ratificar expresamente en todas sus cláusulas «El Pacto Internacional de Derechos Políticos, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Humanos de San José de Costa Rica».

Se trata de una norma importantísima, en cuanto asegura que por estar incorporados al ordenamiento vigente, la simple denuncia del tratado no invalida sus normas si no se hacen sus modificaciones por el procedimiento de la reforma de la Constitución.

La Constitución de Colombia, vigente desde el 20 de julio de 1991, presenta como característica muy interesante la de ser de extracción eminentemente popular, en cuanto en su formulación se dio participación a estudiantes, a campesinos, a indígenas, a políticos e intelectuales.

Consagra un sistema muy amplio en el reconocimiento de los derechos humanos. Dos principios: Los tratados y convenios (habla sólo de tratados y convenios) que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. El segundo principio, también importante, la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta deberá realizarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Si partimos de la base de la prevalencia de los tratados y convenios de derechos humanos de ambas categorías, toda la normativa constitucional, legal y reglamentaria del país deberá interpretarse a la luz de dichos instrumentos, lo que constituye formalmente un sistema de garantías excepcional.

La Constitución de Guatemala. Todos sabemos el conflicto que existe en Guatemala desde hace unos cuantos años, con una Constitución excelente. La Constitución de Guatemala, vigente desde el 14 de enero de 1986, dispone que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana. Y disciplina expresamente que en materia de derechos humanos los tratados y convenios aceptados y ratificados tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Esta norma, aparentemente muy clara, ha suscitado reflexiones en la misma Guatemala, sobre el alcance de los términos «derecho interno», en el sentido de si se comprende también dentro de esta denominación a la misma Constitución, en cuyo caso los tratados internacionales tendrían una jerarquía superior a la Constitución, otorgada por la misma Constitución.

La Constitución de Nicaragua, país sufriente, país que ha transcurrido durante varios años por transiciones muy difíciles. La Constitución de Nicaragua, vigente desde el 19 de noviembre de 1986, le acuerda rango constitucional no precisamente a los tratados, sino a los derechos humanos consignados en varios de ellos. Transcribe determinados documentos: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos del Hombre, el Pacto In-

ternacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

La Constitución de Paraguay, vigente como les decía a partir del 20 de julio de 1992, consagra la preeminencia de la Constitución y en orden de jerarquía los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, la protección nacional de los derechos humanos y la admisión de un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de l os derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y el desarrollo en lo político, en lo económico, en lo social y en lo cultural.

Con relación al tercer punto, el del afianzamiento de las garantías, es el aspecto a mi juicio más importante, el que llama a la responsabilidad de todos los americanos. La lucha por la vigencia de los derechos formalmente consagrados, sólo es creíble en el momento en que se traduce en acción, en la que el Estado asegure la efectividad de los mismos o posibilite el normal ejercicio de los resortes legales para restablecerlos, así como en aquella que corresponde a todo ser humano, en todo momento, como defensor y promotor de ellos. No solamente a los magistrados, a los jueces, a los fiscales, a los defensores, al hombre común; es lo más importante, el hombre común que acude a las autoridades en defensa de sus derechos, pero que también defiende los derechos de los demás.

El valor prevalente del sistema garantístico constitucional, especialmente cuando están incorporados los tratados de derechos humanos, deviene a través del prestigio de la norma en sí, porque en ella, en la Constitución, el pueblo deposita su soberanía. Es en la Constitución que el pueblo deposita su soberanía, no es en los hombres en particular, sino en la propia Constitución.

Sin embargo, su desconocimiento por los centros de poder, sea a través del sistema legal o reglamentario, sea a través de actos inconsultos, actos arbitrarios, se produce con inusitada frecuencia en todos los países americanos. Las minorías problematizadas, sea en el campo social, político, económico, penal, resultan ser denominador común en toda América, agravadas sus situaciones por la impotencia ante la impunidad.

El sistema pretendidamente garantístico de las constituciones reconoce varios cauces para la acción. Unos emanados de los propios textos constitucionales. Otros, de la normativa legal que pretende interpretarlos.

Las constituciones más modernas consagran garantías específicas expresamente referidas a los derechos humanos. Citaré solamente tres ejemplos:

—*En Guatemala*, la institución del Procurador de los Derechos Humanos, Comisionado del Congreso, con facultades instructoras amplísimas, con posibilidades de censurar públicamente los actos o comportamientos de los centros de poder, violatorios de los derechos humanos, y promover las acciones y recursos administrativos y judiciales tendientes a igual fin, ha sido en ese convulsionado país una figura sumamente destacada. El Instituto Latinoamericano tiene en su poder riquísima documentación.

—*En Colombia*, el Defensor del Pueblo, funcionario dependiente del Procurador General de la Nación, con atribuciones muy amplias, comprensivas de la

facultad de interponer acciones populares en defensa de los derechos humanos, trabaja en un Estado netamente convulsionado, dominado por el narcotráfico, dominado por la droga, dominado por el tráfico de armas.

—*En Paraguay*, el Defensor del Pueblo, catalogado como un Comisionado Parlamentario, cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios, impuesto de incompatibilidades e inmunidades, no actúa como órgano jurisdiccional y carece de competencia ejecutiva, pero tiene muy amplias facultades de instrucción, sea a denuncia de parte o de oficio, pudiendo emitir censura pública por actos o comportamientos violatorios de los derechos humanos. El ciudadano común tiene, además, la posibilidad de reclamar ante cualquier autoridad pública la defensa de los intereses difusos, acción confiable también al Defensor del Pueblo.

Fuera de estas previsiones, y con mayor o menor amplitud y rigor técnico jurídico, los ejemplos de control formal clásico se repiten en las cartas constitucionales a la vez que al impulso de las necesidades de cada sistema, esa normativa se ha complementado mediante disposición de rango legal o meramente reglamentario, pretendiendo perfeccionar dichos resortes tanto en aspectos sustanciales como procedimentales, como en estructura de sus órganos.

Sin entrar al detalle de cada uno de los sistemas, se señalan como vías de ejemplo más común en las constituciones americanas las de control administrativo y las de control jurisdiccional.

En las de control administrativo, señalo las encomendadas al Defensor del Pueblo; ya dije que les estaba vedado actuar en vía jurisdiccional, pero los textos no le impiden entablar las acciones correspondientes ante las autoridades judiciales en representación de personas o grupos afectados en sus derechos. En los países, por ejemplo, donde existen comunidades indígenas, especialmente en Guatemala y Colombia, me consta que han desarrollado una amplia actividad.

El segundo punto del control administrativo: las acciones que corresponden a los defensores de oficio, donde está organizada la defensa pública como institución del Estado. La responsabilidad de estos funcionarios entiendo que no debe concretarse al mero examen de un expediente judicial. Nadie ignora que en América la victimación del individuo se concreta en múltiples formas, empezando por aquellas que no respetan el derecho a guardar silencio como derivado ineludible de principio de inocencia. Que admite formas sutiles de tortura, como lo son indudablemente la detención e incomunicación sin orden judicial. Que permiten que los resortes de la investigación policial se transformen en instrumentos exitistas de situaciones coyunturales. Que se exacerben las potestades de custodia de la paz pública, degenerando en operativos represivos impunes, totalmente impunes, comprensivos tanto de las privaciones de libertad sin delito, de las redadas callejeras, de las detenciones individuales inconsultas, como los actos que conducen a una sentencia injusta, a procesos nulos por falta de elementales garantías individuales. De tratamiento carcelario cruel e inhumano. Y, en definitiva, a la muerte institucionalizada.

Diría que luchar contra ellos es tarea de titanes. Pero sólo así será realidad la vigencia de los derechos humanos.

Por último, entre los medios de control social, la tarea que llevan a cabo los organismos no gubernamentales de derechos humanos, con distintas atribuciones, conformes con el reconocimiento del país donde funcionen, y según las circunstancias históricas en que les corresponde actuar.

El control jurisdiccional se opera en forma similar en casi todos los países. En el control jurisdiccional tendríamos el hábeas corpus, el amparo y la inconstitucionalidad. Y luego, las vías comunes de la jurisdicción ordinaria propiamente dicha, a la cual todos los ciudadanos deben acudir, ante los jueces, ante los magistrados, para agotar la vía administrativa y la vía jurisdiccional interna para poder ocurrir ante los organismos internacionales.

Termino con una breve reflexión de García Lorca, quien decía que «hay un vivir amargo», que hay «un mundo de mil ventanas». Se me figura que en esta instancia, este Congreso que nos reúne, es un gran desafío, para lograr que la luz, en un mundo mejor, penetre por esas mil ventanas que está requiriendo, que está abriendo América.

OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LOS ESTADOS AL RATIFICAR O ADHERIR A TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. ARMONIZACIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL CON LA INTERNACIONAL. REVISIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL Y EVENTUAL SANCIÓN DE NUEVAS NORMAS

Dr. Alberto Pérez Pérez

Estamos viviendo en el momento, lo que es una entrada masiva de normas de derechos, de deberes, de obligaciones que tienen una fuente internacional pero que por su contenido son de carácter constitucional en el ordenamiento interno. Y están pasando esas normas, esas obligaciones, esos derechos de los seres humanos de carne y hueso, a ser parte del ordenamiento directamente aplicable a esos seres humanos de carne y hueso. Tienen que estar estas normas, y lo recalcaremos dos o tres veces en esta exposición a riesgo de ser pesados, en los mismos anaqueles en que está el Código Civil, el Código Penal o el Código del Niño o el Tributario, y quizás en uno de más arriba, junto a donde está la Constitución.

El que vamos a analizar, es un tema que podríamos decir que tiene dos caras fundamentales: una de cuando vivimos el cumplimiento de las normas, con la situación más o menos normal de cumplimiento; otra cuando vivimos la situación extraordinaria de incumplimiento de ese ordenamiento normativo protector de los derechos humanos con carácter general.

Cuando vivimos la etapa normal, la etapa de cumplimiento, estamos pensando sobre todo en la vida real de esas normas jurídicas y de esos derechos dentro de los ordenamientos internos de cada país. En el caso que nos toca examinar, dentro del ordenamiento interno de nuestra República Oriental del Uruguay.

Es sobre todo cuando vivimos situaciones de incumplimiento, situaciones extraordinarias, excepcionales, donde el ordenamiento de los derechos humanos no se cumple en la mayoría o en una parte importante de los casos, que pasamos a la otra esfera, en la que también legítimamente se puede poner, en otras exposiciones y en otros momentos, el acento, a la esfera internacional de la protección que tiene que acudir, como los bomberos en momentos de incendio, a tratar de

sofocar la crisis que se ha producido. Y sabemos que no siempre llegan a tiempo, que no siempre llegan en forma suficiente, que no siempre se logran con toda la eficacia, los efectos deseados.

Y tenemos que pensar también en tres niveles de análisis de este tema jurídico. El primer nivel de análisis que les quiero mencionar es el nivel del sentido común.

¿Qué quiere decir esto de obligaciones asumidas por un Estado que ratifica el tratado internacional de derechos humanos? Pues el sentido común nos dice: quiere decir que ese Estado se compromete a respetar los derechos humanos; ese Estado se compromete a que dentro de su territorio sean realidad los distintos derechos humanos de carácter fundamental que figuran en esos tratados. Si no, también nos lo dice el sentido común, no habría firmado y ratificado ese tratado, o no se habría adherido a él. Salvo que la firma de los tratados sean actos de propaganda de otra naturaleza. Pero nosotros creemos en la buena fe de quienes actúan así en la vida internacional, y entonces el sentido común es el primer argumento que nos indica que si acá pueden aparecernos con argumentaciones, o con bibliotecas como a veces se suele decir, contrarias a la aplicabilidad directa, a la efectividad de las normas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, nosotros podremos contestarles, pues no señor, o no señora, esto es lo que dice el tratado, este Estado lo firmó, y eso es lo que el ciudadano común de ese Estado, el habitante común de ese Estado tiene *derecho* a creer y tiene derecho a que se aplique.

Por otro lado, esto no es -también seguimos el sentido común- algo que debamos colocar en el plano de las obligaciones que un Estado tiene frente a los demás. Aunque también lo es, aunque también es por cierto, y hay procedimientos y mecanismos en esos tratados para que los demás Estados firmantes insistan en el cumplimiento de los tratados de derechos humanos por su co-contratantes.

Son normas que se aplican a los seres humanos. Si los Estados no hubieran querido que cambiara el Derecho Internacional tradicional de los tratados que no se aplicaban directamente a la persona humana sino por el intermediario de la realidad política, que es el Estado, no habrían firmado tratados con este contenido. Habrían firmado tratados de otra naturaleza.

Los otros dos niveles de análisis que mencionábamos son uno internacional y otro interno, constitucional. Uno internacional que es, sobre todo, en cuanto a la fuente de las normas, a las que nos vamos a referir. El otro, que nosotros seguimos llamando constitucional, referido sobre todo al contenido. Digo en los dos casos, sobre todo, fundamentalmente, porque hay sin ninguna duda aspectos de contenido que han pasado a ser internacionales y también aspectos de fuentes, o relacionados con la fuente de estos tratados, de estas normas jurídicas, que corresponden al derecho constitucional.

En el nivel de análisis de Derecho Internacional tendríamos a su vez que subdistinguir lo que significa estudiar el Derecho Internacional general, que en algunos momentos nos sentimos inclinados a decir a este respecto, tradicional; y por otro lo que es ese Derecho Internacional más moderno que el tradicional, pero

sobre todo específico, de los derechos humanos. Porque hay una serie de cosas que pueden ser verdaderas, y lo son, si lo analizamos desde el punto de vista del Derecho Internacional general; pero que resultan todavía mucho más verdaderas y aplicables a estas situaciones si nos ponemos en el prisma de análisis de esa verdadera nueva rama del Derecho Internacional que es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Y por otro lado, también dentro de ese plano internacional, deberíamos distinguir lo que es un análisis general o de perspectiva incluso comparada, de lo que es el Derecho Internacional tal como se entiende y se aplica en cada uno de estos países. Y en el caso de esta exposición, tal como se entiende y se aplica en el caso de la República Oriental del Uruguay. Nos recuerda los viejos tratados de la práctica internacional de los distintos Estados, por ejemplo de los Estados Unidos, que eran del Derecho Internacional tal como se interpreta y se aplica en los Estados Unidos de América. Hagamos nosotros el Derecho Internacional tal como se interpreta y se aplica en la República Oriental del Uruguay, aunque sea un poco más pequeña y no siempre en las noticias internacionales con la misma frecuencia.

Por otro lado, no podemos olvidar para terminar de caracterizar estos niveles de análisis, el que llamábamos derecho constitucional. Es que, como varios de los expositores anteriores ya señalaron, las constituciones surgieron fundamentalmente, o por lo menos en un cincuenta por ciento de lo que tienen de fundamental, para consagrar, proteger los derechos humanos, que incluso en Francia en el período de su revolución vino primero la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y después vino la Constitución. En los Estados Unidos de América, algunos años antes, vino primero esa Declaración de Independencia que también es fundamentalmente una declaración de derechos fundamentales, y vino después la etapa constitucional.

Esto sigue siendo, para nosotros, un punto fundamental de lo que es el derecho constitucional con sus dos caras, que en el fondo no son más que una sola: la del poder frente a los seres humanos, la de los seres humanos viviendo en sociedad frente al poder.

Comencemos con ese nivel de análisis de Derecho Internacional. No es esta la exposición en que se deba aludir, porque ya se ha hecho en otras y con mucha mayor autoridad que la mía, al análisis general del tema, a las posiciones del monismo, del dualismo, de si hay una supremacía de un ordenamiento sobre otro o no la hay. Nos parece que para el nivel de exposición y del tiempo de que disponemos ahora, tendríamos que concentrarnos en saber cuál es la interpretación del Derecho Internacional y especialmente del Derecho Internacional convencional, que se ha hecho y se sigue haciendo en el Uruguay.

Comencemos por decir que nuestra Constitución tiene algunas disposiciones sobre tratados; son pocas, y no tienen ninguna comparable ni a las añejas pero todavía válidas e importantísimas cláusulas de supremacía de la Constitución de los Estados Unidos de América o de la Constitución argentina que la tomó en buena medida como modelo, ni de varias constituciones europeas de la primera y

sobre todo de la segunda postguerra mundiales, que reconocen la supremacía del Derecho Internacional y en particular del de los tratados. Nuestras normas son, fundamentalmente, no más de cuatro, quizás cinco.

Una, en la primera Sección de la Constitución, donde se impone a la República la obligación de proponer en todo tratado que negocie la inclusión de una cláusula de soluciones pacíficas, la de arbitraje u otras soluciones pacíficas. Y concordantemente con eso, la serie de competencias del Poder Ejecutivo cuando se habla de la ruptura de relaciones y de la guerra, previo decreto de la Asamblea General. Ello debe ocurrir siempre que no hubieran dado resultado para evitarlo el arbitraje u otros medios pacíficos.

Luego tenemos tres normas en cada una de las secciones dedicadas a los tres poderes. Una, comenzando por la aplicación cronológica ya que no por el orden numérico, en el art. 168, sobre competencias del Poder Ejecutivo, donde le asigna la de concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo. Es el artículo 168 en su ordinal 20. Concordantemente el 85, competencias del Poder Legislativo, ubica entre estas, en el ordinal 7°, la de aprobar o reprobar los tratados que celebre el Poder Ejecutivo, especificando además el alcance amplio de esa competencia. Y por otro lado a la Suprema Corte de Justicia le corresponde, como parte de su competencia originaria y exclusiva, la de resolver las cuestiones sobre tratados.

Ninguna de estas nos resuelve problemas de supremacía o de integración al ordenamiento jurídico en una forma directa. Sí nos recuerda lo que es el recorrido de la manifestación de voluntad, o recorrido que hay que seguir para perfeccionar la manifestación de voluntad definitiva por la cual nuestro Estado, nuestra República, se obliga por un tratado internacional. Hay un primer momento que compete al Poder Ejecutivo, que es el que negocia y concluye o celebra o suscribe el tratado.

Pero para seguir adelante, porque eso no alcanza, tiene que ir al Poder Legislativo necesariamente y obtener su aprobación. Aprobación que en la práctica reciente, y desde hace ya unos cuantos años, se hace con la forma de una ley, a través de una ley formal, pero que no es exactamente lo mismo que decir que se incorporan al ordenamiento interno las disposiciones del tratado. Porque lo que hace ese acto es simplemente aprobarlo a los efectos de habilitar al Poder Ejecutivo a su ratificación.

No es una ley de tantos artículos como artículos tenga el tratado, sino una ley de prácticamente un único artículo de fondo o de contenido, el de aprobar ese tratado. Lo cual habilita al Poder Ejecutivo, normalmente no lo obliga tampoco, aunque también normalmente el Poder Ejecutivo luego de obtener esa aprobación, ratifica. Se han dado casos, creo que no en nuestro país pero sí en la práctica de otros, donde no se ha ratificado después de una aprobación. Y a veces, como ocurre que las aprobaciones parlamentarias en nuestro país vienen muy tarde, los tratados han envejecido.

Luego viene la etapa de ratificación, que habría que extender también, ya que estamos analizando una práctica internacional que varía con respecto a lo

que era la que tuvieron en su mente nuestros primeros constituyentes de 1929 al 30, cuando pensaron en las disposiciones antecedentes de estas, que las mismas normas deben aplicarse a las otras formas de manifestación de voluntad que el ordenamiento internacional actualmente reconoce, que abreviadamente podríamos resumir en la adhesión, que funciona sobre todo cuando se trata de integrarse a un tratado en cuya elaboración inicial no se ha participado, que también quepan algunas variantes formales a este respecto.

Eso terminaría la etapa interna de elaboración de la voluntad del Estado. No tenemos que olvidar que después eso debe ser manifestado a otros Estados. Y cuando se trata de tratados bilaterales suele operarse a través del llamado canje de ratificaciones; en los multilaterales, normalmente, a través del depósito de las ratificaciones en, también normalmente, la secretaría de algún organismo internacional.

Eso concluiría lo que es la manifestación de voluntad de un Estado y su expresión frente a los demás. No tenemos que olvidar, aunque la práctica uruguaya a veces lo olvidó, que para que un tratado entre en vigencia tienen además que cumplirse los requisitos normales de entrada en vigencia que establece ese tratado, que suele ser un determinado número o porcentaje, a veces calificado, a veces no, de ratificaciones. Y en algunos tratados, por ejemplo, los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, suelen conformarse con que haya por lo menos dos ratificaciones, pero en una etapa de apuro de nuestra vida en la década de 1950, nuestro país llegó a aplicar internamente un Convenio Internacional de Trabajo que a esa fecha sólo había sido ratificado por Uruguay. Es decir que todavía no estaba vigente como norma internacional. Hubo luego que rectificar el camino.

Son cosas que parecen elementales, pero que en la forma en que a veces se desarrollan estas etapas de la vida internacional y de la vida institucional interna del país, pueden llegar a no tenerse en cuenta.

Es importante también tener presente que como acá estamos hablando de tratados que no van a incidir sólo ni fundamentalmente, mucho menos fundamentalmente, en la conducta de órganos políticos del Estado, o de grupos selectos de funcionarios de un Estado, sino de la población en general, es todavía más importante que en otros casos que la población en general los conozca.

Sin embargo el ordenamiento jurídico uruguayo es incompleto en este sentido, y la práctica, que ha variado a lo largo de los años, no es la mejor en los últimos decenios, en cuanto a lo que debe ser un aspecto también elemental de la formación de toda norma jurídica: el que haya un acto formal del Estado, en este caso debería ser del Poder Ejecutivo, que anuncie que se han completado los requisitos para la entrada en vigencia, en general y respecto de nuestro país, de un tratado determinado, y que publique el texto de ese tratado con la indicación de la fecha de vigencia. En esto tenemos tremendas carencias, diría yo.

Aunque después, con respecto a los principales textos internacionales de hoy, esas carencias, un poco de manera casera, fueron suplidas a través de la publicación que se hizo en el Diario Oficial del 22 de marzo de 1985, y como anexo de la

ley N° 15.737, o de Amnistía, de los textos de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de los dos pactos internacionales de Naciones Unidas de 1966, y del Protocolo Facultativo.

Digo de una manera bastante casera, porque esa ley (N° 15.737) incluía un artículo un tanto peculiar, el N° 15, que no sólo decía, como en esos artículos únicos aprobatorios de tratados: «Apruébase la Convención Americana de Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969», sino que a continuación de eso y después de una coma agregaba: «... cuyo texto forma parte de la presente ley».

Allí sí había una situación diferente, incluso aunque el Uruguay nunca hubiera llegado a ratificarla, aunque no hubiera estado en vigencia, que ya lo estaba, con carácter general, para esta Convención en particular, este artículo o esta parte final del artículo implicaba una integración directa al texto de una ley del ordenamiento uruguayo. Una cosa que no es habitual, que yo creo que es única en nuestra historia institucional o internacional, pero que significó una integración inmediata en el ordenamiento jurídico uruguayo.

Era un año donde las cosas se hicieron rápidamente en esta materia, era 1985, no era todavía 1986. Y menos fines de 1986, y la ratificación fue rápida, el depósito del instrumento también, pero no hubiera estado de más que nos hubiéramos enterado cuándo había entrado en vigencia realmente ese tratado.

A continuación de la ley se publica, casi sin solución de continuidad, de una manera bastante peculiar, el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y hasta ahí entendemos. Después, nos vienen los textos de los tratados internacionales. Primero el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; luego el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y luego el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin que ninguna disposición de la ley ni del trámite nos hubiera advertido por qué se había llegado a esa circunstancia, tratados que habían sido aprobados legislativamente en 1969, si no me equivoco, que habían sido ratificados poco después, y que felizmente, como teníamos un gobierno que se ocupaba de muchas minucias con bastante ensañamiento, vamos a decirlo por decir poco, en los años 1973-1985, pero no se ocupaba de las cosas importantes, no se enteraron a tiempo de que habían entrado en vigencia, para todos los Estados ratificantes, allá por marzo de 1976 si no me equivoco.

Y también, para terminar todavía la curiosidad, después de un párrafo que dice: «En fe de lo cual los infrascriptos debidamente autorizados... etc., han firmado el presente pacto en Nueva York el décimo noveno día del mes de diciembre de mil novecientos sesenta y seis...» dice: «Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Justicia. Cúmplase, acúsese recibo, etc..» La fórmula de la promulgación.

Sería mejor que en esto nos perfeccionáramos. Que los tratados, en el futuro, como en alguna época se hizo en la práctica del país, el día que entran en vigencia alguien del Ministerio de Relaciones Exteriores le cuente al Presidente, se haga el acuerdo, se firme la proclamación, se publique y nos enteremos. Por suerte, los

que tratamos ninguno tiene dudas de que están en vigencia al día de hoy.

En otro aspecto de la práctica uruguaya, aquí sí con una claridad bastante grande a partir de la doctrina y seguida por la práctica y la jurisprudencia, la consecuencia por lo menos de la doctrina monista en cuanto a la integración inmediata al ordenamiento interno de estas normas internacionales, especialmente de las convencionales, ha sido seguida. Creo que no vale la pena hacer una enumeración de las posiciones doctrinarias en la materia, porque la autoridad máxima en este sentido, el profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, lo viene sosteniendo desde sus primeras monografías sobre el tema, luego en su curso de Derecho Internacional Público y las obras posteriores que ha publicado, y no ha sido realmente discutido.

Quizás sea menos conocido, pero ya que estamos en un acto que organiza el Colegio de Abogados del Uruguay, por qué no recordar que en la Revista del Colegio de Abogados del Uruguay se publicó un trabajo del Dr. Héctor Gros Espiell donde sostenía conclusiones análogas aunque fundadas más bien en la naturaleza convencional de las normas de los tratados, y sin rechazar la doctrina monista decía, si no me equivoco, «sin necesidad de aceptar las consecuencias doctrinarias, el solo carácter convencional de estas normas así lo hace sostener».

La práctica, además —antes de que hubiéramos tenido que ocuparnos del tema de los derechos humanos—, confirmaba esta doctrina a través de la aplicación normal del derecho laboral, normas de convenios, de tratados internacionales, los Convenios Internacionales del Trabajo son el derecho vigente, aplicable directamente al Uruguay, desde el momento en que entran en vigencia, con aquella salvedad que les contábamos del... prematuro, vamos a llamarle así... hecho de aplicación de los tratados. No se ha discutido, se aplican.

Lo que puede llegar a discutirse, y allí se hace la tradicional distinción entre el planteamiento del problema ante el Juez nacional, ante el órgano nacional, generalizaríamos, o ante el órgano o Juez internacional, es el caso en que hay un conflicto entre una norma de un tratado y una norma de rango por lo menos legislativo, de fecha posterior. Y allí nuestra doctrina y nuestra práctica en general se han inclinado por decir que en la aplicación práctica, dentro del territorio del Estado, debería predominar la norma de fecha posterior.

Tenemos que distinguir los casos en que ese conflicto se produzca no con una ley de fecha posterior sino con un acto jurídico o con una práctica que no tenga rango legislativo, de fecha posterior. Por ejemplo algún decreto del Poder Ejecutivo, alguna aplicación de medidas prontas de seguridad, alguna otra cosa que no tenga esa jerarquía normativa indicada.

En cuanto a los textos de los tratados de derechos humanos, a su vez, también hay una serie de normas, y estas sí expresas, sobre lo que viene a ser la relación con el ordenamiento interno. Y establece sobre todo, en una forma directa que a nosotros nos parece concluyente, en sus primeras disposiciones, lo que sería el artículo 2° en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales, o el 1° del Pacto de San José de Costa Rica, el compromiso de respetar y garantizar a todos los individuos que se en-

cuentren en su territorio o a toda persona sujeta a su jurisdicción, que es otra terminología utilizada también en esta materia, todos los derechos que establecen esos tratados, sin discriminación alguna. Con la interesante salvedad del párrafo 3º del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interesante aunque no feliz, que admite que los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyas.

También en las primeras disposiciones de estos tratados, 2º párrafo del artículo 2º en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 1º del artículo 2º en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 2º en el Pacto de San José de Costa Rica, se establece el compromiso de adoptar medidas o disposiciones, legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en esos pactos.

Digamos desde ya, antes de analizar cuál es la situación en el Uruguay por aplicación de nuestras normas constitucionales, que no creemos que esto signifique mediatizar la aplicación de las normas de fondo de los pactos internacionales de derechos humanos a la necesaria adopción de medidas legislativas cuando la legislación anterior no estuviera ya en consonancia con ella. Nosotros creemos que, en principio, todo lo que se presenta con forma de norma jurídica es una norma jurídica, y debemos buscar la forma de hacerla efectiva y no comenzar por predicar el carácter programático de determinadas disposiciones para después decir que, como son programáticas, no pueden aplicarse directamente. Si su texto lo permite, sin duda deberíamos hacerlo.

Pero en particular, frente al texto del Pacto de San José de Costa Rica, que parece marcar de una manera un tanto más intensa esta necesidad de adopción de medidas legislativas como elemento para hacer efectivos los derechos, me parece que resulta bastante ilustrativo contraponer, para la interpretación, lo que dispone el artículo 28 del Pacto de San José de Costa Rica, con la llamada cláusula federal, donde allí sí, para los Estados federales, utiliza una forma de aplicación mediata para aquellos casos en que se trate de asuntos que no sean de jurisdicción del Estado central sino de los Estados miembros.

Me parece que de la contraposición de un artículo y otro surge con bastante claridad que en el 2º no se quiso decir que no se pueden aplicar hasta tanto no haya medidas legislativas, sino al contrario, poner el acento en la necesidad de adoptar medidas legislativas para evitar la incertidumbre y facilitar la aplicación y la efectividad.

Entrando al nivel de análisis del derecho constitucional, o del contenido, creo que acá para nosotros es fundamental que tengamos presente, que en todos nosotros se haga carne y se haga conciencia de que lo que dicen estos tratados es parte de nuestro derecho positivo.

Cada vez que nosotros estudiamos la libertad física o que estudiamos el derecho de asociación, o que estudiamos el derecho de huelga, o que estudiamos la libertad sindical o que estudiamos el derecho a la salud o a la vivienda, tenemos

que estudiar y aplicar las normas que están en la Constitución y tenemos que estudiar y aplicar, también, las normas que están en esos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos. Esto es, el articulado concreto de los pactos entró a formar parte de nuestro derecho positivo. No es una abstracción que está por allí sino que eso es lo que, cuando venga un cliente a plantear un asunto, cuando haya que resolver una controversia, habrá que tener como parte de nuestra conciencia lo que es todo el ordenamiento jurídico, el cual en la parte pertinente tendremos que hacer el análisis y la aplicación en ese momento.

Pero, a su vez, articulado concreto de los pactos que tenemos que insertar en nuestro texto constitucional, también. Nuestra Constitución tiene algunas disposiciones que en particular sobre este tema me interesa que destaquemos ahora, y que recordemos, los artículos 7, 72 y 332.

Los artículos 7 y 72, porque de ellos surge con claridad cuál es, para nuestro ordenamiento jurídico, el valor y la fuente verdadera de los derechos humanos de carácter fundamental.

El artículo 7º dice que los habitantes o todos los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. No dice, no consagra como algo nuevo que tengan derecho a la vida. Consagra como algo nuevo sí, por parte del ordenamiento jurídico, el derecho a ser protegidos en el goce de esos bienes que son, por su definición y su esencia, preexistentes a la referencia contenida en el texto constitucional.

El artículo 72 nos dice que la enumeración de derechos -y no olvidemos que dice también de derechos, deberes y garantías- hecha en la Constitución, no excluye a los demás que sean inherentes a la personalidad humana o que se deriven de la forma republicana de gobierno. Otra vez, derechos que son inherentes a la personalidad humana, que como tales no precisan una consagración específica, positiva y minuciosa en el texto constitucional.

Y el artículo 332, importantísimo en cuanto a la aplicabilidad inmediata, efectividad inmediata del texto constitucional, aunque muchos podemos sostener que aun sin él se llegaría a la misma conclusión, que nos dice que los preceptos de la Constitución que reconocen derechos a los individuos o que atribuyen facultades o imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación, la reglamentación respectiva. Y establece cuáles son las normas supletorias que hay que aplicar en ese caso. Hay que recurrir a los principios generales de derecho, habrá que recurrir a los fundamentos de las leyes análogas, habrá que recurrir a las doctrinas generalmente admitidas.

Y esto es lo que nos permite a nosotros sostener que en el estado de conjunción de nuestro derecho constitucional con nuestro derecho internacional, es decir con el derecho internacional en la medida y en la forma en que confluye con nuestro ordenamiento jurídico, es que los tratados internacionales de derechos humanos vienen a ser una especie de interpretación generalmente obligatoria de lo que dicen nuestras normas constitucionales sobre derechos humanos. Vienen a estar frente a esas normas en una relación parecida a la que alguno de los expositores anteriores mencionó que está la Declaración Universal de Derechos

Humanos con respecto a las disposiciones constitucionales de la Carta de las Naciones Unidas que reconocen y protegen los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos.

Esta exposición se proponía terminar con una parte práctica dando algunos ejemplos de aplicabilidad directa. Vamos a convertir esa parte final nada más que en un catálogo, en un índice de lo que nos proponíamos decir, a fin de no extendernos más de lo debido.

Lo primero que diríamos en este punto es que nos parece que tenemos que equilibrar lo que es el análisis de exposición habitual sobre los temas de derechos humanos cuando analizamos los pactos internacionales o las normas internacionales, o desequilibrarlo al revés de como está ahora, en el sentido de no dar tanto tiempo o tanta importancia -y no porque no la tenga, pero no darlo porque justamente ha oscurecido la otra parte- al estudio de los mecanismos internacionales de protección, que es sumamente importante, que vaya si nos interesaba desde 1973 en adelante, o un poco antes a algunos de nosotros, porque la verdad es que en el 73 no empezó lo que ya tenía como cinco años de prólogo bastante duro.

Pero tenemos que pensar que la vida institucional de nuestros países debería ser normalmente normal, por decir un pleonasmo un poco torpe. Es decir que normalmente deberíamos estar en aquella cara que decíamos nosotros del cumplimiento normal o habitual, y entonces pensando en la aplicación y pensando en qué es lo que hay hacer para que no venga un Juez o una Comisión Internacional y nos diga: «Usted violó la ley internacional, y tarjeta amarilla o tarjeta roja, por lo que ha hecho».

Por otro lado, tenemos que ir pensando que en nuestro ordenamiento tenemos por ejemplo derechos que no están reconocidos expresamente por la Constitución y que pueden, sí, estar reconocidos expresamente, y por esa integración a través del artículo 72 que mencionábamos, vendrían a cumplir ese papel los tratados internacionales. Por ejemplo, nuestra Constitución no protege la integridad física expresamente, salvo en alguna disposición indirecta, no prohíbe las torturas salvo a los presos, de modo que con tal de no llevarnos presos podrían estar torturándonos... en fin... Hay algunas de estas cosas donde no está de más que recurramos al texto internacional.

Hay otros derechos o garantías que están insuficientemente reglamentados o que no cubren todas las posibilidades, y creo que en algún caso práctico donde intervino si no me equivoco el señor Fiscal Dr. Langón, incluyó la liberación provisional de una persona que estaba acusada de un delito en el que iba a recaer pena de penitenciaría pero a través de un proceso que se había prolongado demasiado. La Constitución uruguaya, en el artículo 27, dice que los jueces podrán poner en libertad a los procesados en las causas criminales en las que no haya de recaer pena de penitenciaría. En ese caso, en una decisión que consideramos acertada, el Tribunal de Apelaciones, con el apoyo por supuesto del Defensor pero también del Fiscal, pero no del Juez de Primera Instancia, entendió que correspondía la libertad provisional por aplicación de las normas de los pactos internacionales, que dan el derecho a un juicio rápido o a ser juzgado sin demora, y ya

había ocurrido una demora excesiva en ese proceso.

Las normas de los tratados internacionales sobre nacionalidad nos van a permitir también interpretar más racionalmente las normas de nuestra Constitución sobre nacionalidad y ciudadanía, y en particular la absurda interpretación de que los ciudadanos legales son extranjeros. Les ahorro un largo desarrollo, yo creo que los ciudadanos legales son ciudadanos legales uruguayos naturalizados según lo que surge claramente de la interpretación armónica del artículo 81 por lo menos de la Constitución, pero sobre todo frente a las normas internacionales sobre el derecho a la nacionalidad, no cabe duda de que esto es así.

Hay también ciertos poderes sobre las posibilidades de limitación de los derechos, que no están suficientemente reglamentados o aclarados, por ejemplo el límite normal de los derechos humanos, que para nuestra Constitución queda planteado como una posibilidad de limitación por ley dictada por razones de interés general, que nos parece que en muchos casos está más adecuadamente precisado en las interesantísimas normas internacionales que hablan de que esa limitación puede hacerse en la medida necesaria en una sociedad democrática, cosa que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge con carácter general y tanto este como el de San José de Costa Rica especifican, por ejemplo, para los casos de reunión, asociación y sindicatos en el caso del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

O para los casos de suspensión de garantías, instituto que en nuestro país vivimos o soportamos durante tantos años y con tanto abuso de las medidas prontas de seguridad y aun de la suspensión de la seguridad individual. No olvidemos que estos tratados internacionales obligan a los Estados a ajustarse a causales más limitadas, aclaran que hay ciertos derechos que en ningún caso pueden ser suspendidos, y establecen una obligación de comunicación.

Y por último, pienso que una lectura contextual de la Constitución con las normas de los pactos internacionales que nos hablan del derecho a la salud y a la atención médica nos permitiría lograr lo que yo creo que podemos llamar una humanización de ciertas normas francamente repugnantes de nuestro texto constitucional, como las que hablan de los indigentes como algo que vamos a seguir teniendo siempre.

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: BREVE VISIÓN DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN EL SISTEMA UNIVERSAL

Dr. Ronald Herbert

Agradezco la invitación de la Comisión Internacional de Juristas y del Colegio de Abogados del Uruguay para intervenir en estas charlas, aun a sabiendas de que no soy un especialista en el tema, pero creo que sí a sabiendas de que de que soy un Defensor de Oficio muy ansioso, que tiene mucho interés en el tema de los derechos humanos, aun cuando le falte esa perspectiva global que a veces es necesario tener para desarrollar este tipo de temas en estas charlas.

Pero como aquí estamos reunidos jueces y fiscales y abogados y defensores de oficio, los que discutimos a diario este tipo de temas en los expedientes, tengo la tranquilidad de que van a comprender mis limitaciones.

Voy a retomar estas charlas a partir del último pensamiento de quien me precedió en el uso de la palabra, que fue el profesor Pérez Pérez. El tema sobre el cual tengo que hablar es el de «Breve visión de los mecanismos de protección en el sistema universal». Entonces voy a tomar el pensamiento del profesor Pérez Pérez, en el sentido de que no se dé tanta importancia en este ciclo de charlas a los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos sino a cierta incidencia que esta evolución internacional ha tenido con respecto al cumplimiento de los derechos humanos en la vida diaria en situación normal, que es el problema que nosotros, en este momento, estamos teniendo.

Para esto me he de valer de la siguiente argucia: por un lado, voy a tratar brevemente (porque así lo estipula el programa) el tema de los mecanismos de protección en el sentido estrictamente técnico, la protección como se entiende, tal como se entiende en el Derecho Internacional.

Mas por otro lado diré algunas palabras referentes a cómo o en qué medida el sistema universal de derechos humanos ha contribuido o puede contribuir a la protección de derechos humanos, a través de los órganos de cada Estado, porque son los órganos del Estado los aplicadores de ese derecho aun de fuente internacional, en situaciones normales. En este caso estaría tomando el sentido de la expresión «protección» en un sentido lato.

Y esto porque, siguiendo las palabras del profesor Pérez Pérez, en esta cuestión hay dos caras: una, la situación normal de cumplimiento razonable de las normas sobre derechos humanos; y la otra es la situación de incumplimiento generalizado, notorio.

Es en esta última situación que operan los mecanismos internacionales para proteger los derechos humanos, porque es precisamente la situación en que la estructura de poder puesta en acción por el Estado fracasa y sólo puede ser corregida por algo así como una supraestructura de poder.

Pero en la primera situación, esto es en la situación de normalidad, la que vivimos hoy, aquí, a diario, esa protección de los derechos humanos se realiza a través de personas físicas que ocupan cargos, que son jueces, administradores, abogados, y que en definitiva intervienen en el proceso normal de aplicación del derecho y de protección a los derechos humanos.

En el sistema universal de derechos humanos, tenemos por un lado normas y por otro lado órganos. Ya sabemos que las normas básicas del sistema universal están dadas por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos del Hombre y los Pactos de 1966, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Esto, según se ha dicho, comporta en su conjunto un verdadero International Bill of Rights, es el conjunto de instrumentos constituidos en base a otros instrumentos y convenciones que se han desarrollado a nivel regional e incluso a nivel nacional, a nivel constitucional, como nos había muy bien enseñado ayer la Dra. Balbela.

El profesor Montealegre ayer habló de un nuevo orden internacional cuyo centro es la persona y no el Estado. Yo diría que no hay que olvidar que ese proceso está en vías de ejecución. Se necesita primero una concientización, que se va dando rápidamente a nivel internacional, pero no tan rápido a nivel nacional. No debemos olvidar tampoco, que la Carta de las Naciones Unidas vio la luz en el contexto clásico del Derecho Internacional y que todos los mecanismos de protección a nivel internacional sufren las mismas incapacidades o limitaciones que sufre la mismísima organización. Y es absolutamente necesario partir de esa base para no evaluar mal el alcance y las posibilidades de esa protección.

Por eso entiendo que la segunda parte, esta a que yo hago referencia en esta conversación, es válida, porque si bien en un criterio estrictamente técnico la protección de los derechos humanos a nivel universal no es fuerte, es una protección débil, en cambio la obra de promoción de las Naciones Unidas por su influencia en los derechos estatales y con respecto a los órganos estatales que deben aplicar el derecho —y en definitiva hacer valer el cumplimiento de los derechos humanos— ha sido excelente.

El documento, la Carta básica, es, entonces, la Carta de las Naciones Unidas que alude por un lado a los derechos fundamentales, efectúa referencias conspicuamente vagas a los derechos humanos —aunque los designa varias veces, los nombra—; pero por otro lado ratifica el principio de la jurisdicción doméstica, que responde al principio de la soberanía estatal. De manera que siguen aquí los principios del Derecho Internacional clásico.

Sin embargo, en sus normas de los artículos 55 y 56 establece que la Organización promoverá el respeto a los derechos humanos y a la libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, y que los miembros (y esto es lo importante) se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, de cooperación con la Organización para realizar esos propósitos.

Por supuesto que la conciliación de estas cláusulas dio lugar a una serie de discusiones en un primer momento, ya no. Creo que ya es historia, no vale la pena entrar en este tema.

Pero el documento fundamental es, en cambio, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, como creo que ayer indicaba el profesor Artucio, no pretendió ser jurídicamente vinculante, era una declaración; pero en los hechos, tal vez porque medió mucho tiempo, casi dos décadas entre la Declaración y los Pactos, se convirtió en una norma jurídica.

Y de hecho los Pactos se basan en esa Declaración, como así también muchas otras normas jurídicas a nivel internacional, incluso las de los sistemas regionales, que beben de su fuente. Lo importante de la Declaración Universal es que establece un estándar común adoptado por la unanimidad de los Estados que integran las Naciones Unidas, y repito, esto es importantísimo, porque si bien se trataba de una enumeración apenas menos que la suma de los más importantes derechos civiles y políticos más tradicionales que estaban consagrados en muchas constituciones nacionales, el hecho es que era la primera vez que se reconocía universalmente un estándar común sobre la materia.

Luego tenemos los Pactos. En los Pactos se avanza sobre estos derechos. La razón por la cual existen dos Pactos es porque se consideraba que unos derechos eran inmediatamente aplicables o ejecutables, mientras que otros derechos, los económicos, sociales y culturales, necesitaban de un período de implantación progresiva. Lo cual no implicó, o no implicaba, de acuerdo a la propia declaración de la Asamblea General, un establecimiento de jerarquías sino un establecimiento de diferencia de procedimientos.

Los hasta ahora referidos son los documentos básicos. Fuera de ellos, hay una cantidad de documentos específicos, referidos a una serie de situaciones especiales como el genocidio, la discriminación, la tortura y los tratos crueles o inhumanos, la Convención sobre Represión del Delito de Apartheid, la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y de la Mujer, convenciones referentes al niño, las convenciones internacionales de trabajo, etc.

En resumen, por un lado tenemos el núcleo, las tres convenciones que componen el International Bill of Rights, y por otro lado tenemos un mosaico de convenciones especiales, lo cual ha sido motivo de muchas críticas por algunos autores, que sostienen, que si los derechos humanos son quintaesencialmente generales, parece una contradicción conceptual que por un lado se los declare en unos documentos generales, y por otro, se los especifique en documentos especiales.

Sin embargo, creo que esto es parte de la dinámica de las Naciones Unidas, parte de la dinámica del orden internacional. Porque los derechos declarados se confrontan con diferentes coyunturas en diferentes lugares del mundo, y esa di-

námica es la que permite que las Naciones Unidas, que la Organización Mundial, de alguna manera vaya participando, vaya siendo recipiendaria de ese progreso dinámico en la interpretación de los derechos y los vaya ofreciendo a cada uno de los Estados.

Esta es la estructura de normas. Después tenemos una estructura orgánica. En esta estructura orgánica, obviamente la principal responsable del cumplimiento de los derechos humanos es la Asamblea General; como órgano más directamente encargado de este asunto tenemos al Consejo Económico y Social; y luego los órganos subsidiarios del ECOSOC, sobre todo la Comisión de Derechos Humanos.

Hay, además, una cantidad de otros órganos especiales que han intervenido, y han intervenido muy útilmente, en no sólo la elaboración de normas, o sea en la promoción de los derechos humanos, sino también en el control. Aquí se vuelve a producir una especie de apertura o mosaico de órganos que se encargan no sólo de promover los derechos humanos sino de controlarlos.

En cuanto a las tareas que realiza el sistema universal, la de promoción de los derechos humanos ha sido una tarea que la organización ha cumplido muy eficientemente; en la de control de cómo se cumplen las convenciones que se han ratificado, en cambio, ha dejado que desear.

Pero la razón de esto, vuelvo a repetir, es que la organización misma no ha nacido ni se ha independizado aún de un criterio tradicional en la concepción del Derecho Internacional, en donde el Estado sigue jugando un rol preponderante como sujeto de Derecho Internacional.

En este sentido técnico de protección, es decir, control internacional de cumplimiento de los derechos humanos, tenemos dos sistemas básicos.

Uno, al cual no me voy a referir ahora porque es muy particular, me llevaría mucho tiempo desarrollarlo, y además, no siendo especialista realmente no aportaría nada a nuestros efectos, que es el de los mecanismos especiales. Hay una cantidad de convenciones sobre derechos específicos que prevén la institución de órganos que se encargan de ese control, los cuales tienen a su vez procedimientos especiales de control.

En cambio, hay un sistema general al que refieren los Pactos de 1966. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos prevé la existencia de un Comité de Control y prevé la posibilidad de que los Estados acepten el control a través de ese Comité. El Protocolo Opcional a ese tratado prevé además la posibilidad de que los Estados acepten que los individuos acudan a ese mecanismo.

Ahora bien, no hay un sistema universal de control efectivo, el sistema universal carece de un mecanismo general de protección. No se prevé siquiera un comité similar en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, salvo la constitución de la Comisión de Derechos Humanos como organismo subsidiario del Consejo Económico y Social.

La característica de este control en sentido estricto es que prevé una serie de medidas, como la información, la investigación (ya sea investigación permanente o a través de organismos ad-doc) la conciliación o tratativas amistosas, mas no existe la posibilidad de obtener una decisión jurisdiccional ni de aplicar sanciones. Y esto es lo que ha hecho de estos mecanismos de control, mecanismos que no

llegan al grado de coerción, mecanismos débiles. Más aún, el sujeto de los derechos, la persona humana, carece en absoluto de acceso al Tribunal Jurisdiccional de la Organización y las posibilidades de su intervención en los mecanismos son escasas.

El Consejo Económico y Social hasta el año 1967, al menos, sostuvo la doctrina de que no podía siquiera intervenir en una comunicación efectuada por algún individuo o grupo de individuos.

Es notable ver cómo la dinámica y el desarrollo de las coyunturas internacionales hacen cambiar en algo esa posición. En 1969, a través de una Resolución, la 1.235 del Consejo Económico y Social, se le otorgan algunas atribuciones a la Comisión de Derechos Humanos y luego, más tarde, en el año 1970 o 71, a través de la 1.530, se amplían esas posibilidades reglamentando el procedimiento para que los particulares pudieran acceder al mecanismo de denuncia o de una comunicación sobre la violación de derechos en determinados Estados.

Pero aun en estas hipótesis, en última instancia la decisión llega a través de Recomendaciones, en el mejor de los casos, a los órganos políticos de la Organización. Y difícilmente se toman medidas de fuerza. Están contados con los dedos yo creo que de una sola mano, las medidas de coerción que ha tomado el Consejo de Seguridad en esta materia.

De manera que el sistema es francamente ineficiente en este aspecto. Y por eso me interesa entrar al segundo aspecto, que es el más importante para mí. Esto es, en qué medida el trabajo del sistema universal ha contribuido o puede contribuir a la protección de los derechos humanos a través de los órganos de cada uno de los Estados.

Creo que por principio la protección de los derechos humanos debe realizarse a través de los órganos estatales porque es el único sistema estructurado para ello, no se puede pensar —en el actual estadio de desarrollo— en un sistema generalizado de protección a nivel internacional. La protección se realiza a través de los órganos nacionales.

Lo que brinda el sistema internacional es perspectiva y sustancia a los órganos nacionales, y los órganos nacionales deberían tener un ojo siempre puesto en esa circunstancia para la interpretación del alcance de los derechos humanos.

Porque obviamente los órganos internacionales son receptores naturales de los estándares mínimos universalmente admitidos y tienen una experiencia mucho mayor que cualquier órgano nacional. Porque ellos son recipiendarios de una continuidad histórica, los derechos humanos responden a demandas que han permanecido por un lapso mantenido y sostenido, y que refieren cuidadosamente no a lo meramente bueno sino a lo fundamental.

Hay en ellos una experiencia acumulada universalmente en un amplio espectro de actividades humanas que se dan en diferentes partes del globo, que obviamente no puede tener un órgano nacional.

La organización internacional ha llegado, además, a legitimar los derechos humanos. Esto es importante, porque se ha discutido en algún momento el ambiguo status que podrían tener estos derechos entre una naturaleza jurídica y una naturaleza moral. Y resulta que el orden jurídico internacional los ha consagrado

como de naturaleza jurídica, lo cual facilita enormemente la labor a los órganos nacionales. Ha operado entonces como una fuente formal de derecho

El otro aspecto, la organización internacional, mantiene al día la interpretación de estos derechos, porque vive una realidad dinámica, la vida humana se da en el mundo globalmente considerada, y la evolución conceptual de los derechos humanos o su interpretación progresiva, no puede depender de contextos fácticos parciales sino de una experiencia global.

Y finalmente, la sociedad internacional, sin las condicionantes que sufre el orden estatal, es el ámbito natural de determinación y definición de los derechos fundamentales de la persona humana. Es en el ámbito internacional que se puede dilucidar mejor los problemas de legitimidad y alcance de los derechos humanos, y aun el tema tan discutible de la jerarquía entre ellos.

Para terminar, desearía hacer las siguientes consideraciones finales.

Primero, los mecanismos de protección de los derechos humanos en el sistema internacional, el sistema universal, tal cual están dados hoy, son imperfectos. Pero ello no resulta frustrante, si se tiene en cuenta la influencia de toda la estructura sobre los sistemas nacionales, a través de los cuales debe efectuarse dicha protección.

Segundo, cada Estado, y aquí vuelvo a aquella aclaración del profesor Pérez Pérez, cada Estado se ha comprometido a cumplir las obligaciones estipuladas en estos convenios. Y eso es derecho positivo. De manera que el aplicador del derecho tiene que tener un ojo en ese orden internacional, y lo tiene que tener tanto en las normas como en la jurisprudencia de ese orden internacional. Y aun del orden regional. Porque por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos tiene excelente jurisprudencia que puede ayudar en muchos aspectos. A mí, personalmente, me ha ayudado con algunos, concernientes al tratamiento carcelario en mi calidad de Defensor de Oficio.

Tercero, la oportunidad de la observancia de los derechos humanos se da todos los días, a la hora del uso de la coerción implicada en la estructura de poder del Estado. Toda persona que tiene posibilidad de mover esa estructura de poder del Estado, debe tener una cierta cultura en materia de derechos humanos.

La observancia de los derechos humanos es fundamentalmente una cuestión de cultura, porque como decía muy bien la Dra. Balbela, de nada sirve tener muy buenos textos si no se tiene una cultura fundamental que sirva para aplicar esos textos. Y esos textos se aplican por personas de carne y hueso que ejercen funciones por las cuales se pone en funcionamiento esa estructura de poder estatal.

Cuarto, rol fundamental juegan tanto la educación de los aplicadores del derecho como el material proporcionado por la comunidad internacional, que no sólo ha generado normas sino que viene proporcionando al aplicador nacional criterios de interpretación.

Por eso, porque ese compromiso atañe al orden jurídico nacional, obliga a los prácticos y aplicadores del derecho a tener un ojo puesto en los desarrollos universales, que son estándares mínimos fijados a través de los órganos de la sociedad internacional y que corresponden, como decíamos, al concepto de lo fundamental, no de lo meramente bueno, y que son ejecutables en la mayoría de los

casos en forma inmediata. El principio es el de la ejecutabilidad inmediata. De manera que hay que despojarse de parroquialismos, y voy a dar dos ejemplos negativos para hacerlo más claro:

El primero: ante la norma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dice que una persona debe ser juzgada en tiempo razonable, se ha sostenido por un Tribunal de Apelaciones en lo Penal uruguayo, recientemente, que la misma no es autoaplicable, no es *self executing*, porque no hay norma nacional que defina qué es «tiempo razonable». Creo que este es un problema de cultura, es un problema de no estar al día con la interpretación de las normas referentes a derechos humanos.

El segundo: ante la suspensión de la aplicación de un arcaico reglamento carcelario por parte de una Juez que debe estar aquí presente, que tuvo las agallas de suspenderlo, que preveía la prohibición de lectura, el no recreo por tiempo prolongado y la no comunicación con el exterior del preso como sanciones disciplinarias, se formuló el siguiente comentario: «Bueno, si no hay reglamento se está libre para aplicar cualquier sanción...». Por supuesto, era un comentario sin connotaciones jurídicas, pero no deja de ser un problema de cultura.

El hecho es que el reglamento sigue vigente, se sigue aplicando y aún no se ha modificado. Y eso ya es un problema de cultura pero a un grado un poquito más elevado.

Quinto y por último: en lo que la sociedad internacional ha jugado un rol importantísimo para la protección de los derechos humanos es que da testimonio de la universalidad inexcusable de los derechos humanos, para que los aplicadores de todos los días y a toda hora de esos derechos, se sientan respaldados y se liberen de los fantasmas de la soberanía estatal o del derecho constitucional, se sientan respaldados por el consenso universal, porque el consenso universal es el receptor de la experiencia acumulada a niveles mucho menos parroquiales que los de la sociedad nacional.

Este es, para mí, un factor de invalorable ayuda del sistema internacional en la protección de los derechos humanos a través del mecanismo natural de protección, esto es a través de los órganos estatales de cada país.

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: BREVE VISIÓN DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Dra. Mónica Pinto

La comunidad internacional institucionalizada ha adoptado como uno de sus objetivos la realización de la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos, sin discriminación. Para ello, no sólo ha facultado a las Naciones Unidas a promover el respeto universal y la efectividad de tales derechos, sino que también ha comprometido a los estados miembros a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para lograrlo.

Si la meta del respeto universal impone la búsqueda de los medios idóneos para obligar a los estados a observar los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, la de la efectividad llama al establecimiento de mecanismos de control, complementarios o subsidiarios de los previstos en los derechos internos, respecto del cumplimiento de las obligaciones que en esta materia contraen los estados.

De esta suerte, el orden jurídico internacional, universal y regional, ha concebido sistemas normativos de derechos humanos, esto es, instrumentos jurídicos que enuncian derechos protegidos, establecen su contenido y alcance, sus restricciones legítimas y las posibilidades de suspender el ejercicio de algunos derechos durante situaciones de excepción, y sistemas de protección, es decir, instancias internacionales de control competentes para evaluar la observancia por parte de los estados de las obligaciones asumidas.

En este contexto, el concepto de derechos humanos no sólo implica el reconocimiento de derechos protegidos, de los cuales son titulares todas las personas físicas, sino que importa un compromiso para la responsabilidad internacional del estado en caso de violación no reparada.

En esta tarea de hacer de los derechos humanos un orden universal efectivo coadyuvan los esfuerzos universales y los regionales.

Cuando la Novena Conferencia Interamericana, celebrada en Bogotá en 1948, constituye la Organización de Estados Americanos, incluye en su Carta una serie de normas que aseguran el respeto por los derechos humanos. En la misma oca-

sión se adopta una Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta de la OEA. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en general y en el Sistema Interamericano en particular jerarquizará a la Declaración Americana como una fuente de obligaciones internacionales para todos los estados miembros de la OEA.

Con posterioridad, en 1969 se adopta la Convención Americana sobre derechos humanos, que entra en vigor el 18 de julio de 1978 y que comporta el reconocimiento de derechos humanos y la asunción de obligaciones por los estados partes, a la vez que establece un sistema propio de protección.

En la actualidad, este espectro normativo se integra también con la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (1985) y un Protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte (1990). En un futuro deberá agregarse el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador.

Si la génesis y el desarrollo del sistema normativo interamericano de derechos humanos no presenta peculiaridades que lo diferencien sensiblemente de sus semejantes a nivel universal y regional, el sistema de protección no recorre la misma ruta. En efecto, si bien la Carta de la OEA es clara en cuanto a consagrar derechos protegidos y exigir de los estados miembros una conducta de observancia, no prevé órgano alguno con competencia específica en la materia.

El Sistema Interamericano parece coincidir con el poema de Antonio Machado, «Caminante no hay camino, se hace camino al andar»,, y probablemente por ello en el devenir del Sistema Interamericano, la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores resuelve crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) encargada de promover el respeto de tales derechos.

Integrada por siete miembros, elegidos a título personal, con un mandato de cuatro años con posibilidades de una reelección, la CIDH comienza a trabajar en 1960 fundándose en las normas de la Carta de la OEA, la Declaración Americana y el Estatuto que ella misma se da.

La evolución del sistema reconoce un primer hito en 1966 con la modificación del Estatuto de la Comisión, que la faculta para conocer de denuncias individuales en las que se aleguen violaciones a los derechos protegidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. De esta suerte, la CIDH es el segundo órgano en el mundo encargado de tramitar peticiones sobre alegadas violaciones a los derechos humanos: el primero es la Comisión Europea de Derechos Humanos establecida por la Convención de Roma de 1950, que empieza a actuar en 1953. Pero, además, la Comisión Interamericana es en ese momento el único órgano que cumple esa función sin que su mandato surja de un tratado. Trátase, indudablemente, de una expresión de la universalidad de la protección de los derechos humanos que logra concretarse a nivel regional.

Posteriormente, el Protocolo de Buenos Aires de 1967 que modifica la Carta de la OEA desde 1970 hace espacio a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entre los órganos principales de la organización regional.

La entrada en vigor de la Convención Americana sobre derechos humanos dota a la Comisión de competencias específicas respecto del control de las obligaciones contraídas por los estados partes y crea un segundo órgano de control, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los fines de que en su carácter de institución judicial autónoma resuelva las controversias jurídicas que planteen los casos que tramitan ante la Comisión y que le sean presentados por ésta o por los estados partes que acepten su jurisdicción.

De esta suerte, coexisten en el Sistema Interamericano un mecanismo de control, a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aplicable a todos los estados miembros de la OEA y otro aplicable a los estados partes en la Convención Americana sobre derechos humanos, también a cargo de la Comisión y, respecto de los estados que hayan aceptado su jurisdicción, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las modalidades de control previstas son esencialmente las siguientes:

—el tratamiento de peticiones en las que se alegue la violación de algún derecho protegido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre o en la Convención Americana sobre derechos humanos, presentadas por personas u organizaciones no gubernamentales ante la Comisión;

—la elaboración de informes sobre la situación de los derechos humanos en cualquier país del Sistema Interamericano, cuya puesta en marcha corresponde, en principio, a una decisión de la Comisión ante situaciones que afecten gravemente la vigencia de los derechos humanos;

—la realización de observaciones in loco por la Comisión en el territorio de un estado miembro, a su invitación o con su consentimiento y que tienen por objeto determinar hechos que, generalmente, se investigan en los informes o las peticiones;

—la solución judicial de controversias jurídicas no resueltas en el sistema de peticiones, que involucren a estados partes en la Convención Americana sobre derechos humanos que hayan aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como surge de lo anterior, con excepción de la solución judicial, todas las modalidades de control previstas en el Sistema Interamericano rigen, aunque con distinto alcance, respecto de todos los estados miembros de la OEA, sean partes o terceros respecto de la Convención Americana.

Si bien es cierto que el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos se ha inspirado con abundancia en la experiencia surgida de la práctica del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, no lo es menos que en muchos aspectos se han realizado ajustes para adaptar las normas al medio social al cual está destinado el tratado americano.

Ilustra este aserto la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, no sólo la CIDH es el único órgano que tramita denuncias individuales que comprometen a estados que no son partes en un tratado de derechos humanos sino que, en relación con la Convención Americana sobre derechos humanos, su competencia para conocer y tramitar denuncias individuales

queda habilitada con la sola entrada en vigor de la Convención para el estado parte.

Trátase, pues, de la exacta inversión de la regla imperante en el sistema europeo y en muchos tratados universales, que debe entenderse como una respuesta normativa a la urgencia.

LOS INFORMES DE LA COMISIÓN

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito universal, en el que el sistema de informes es un método de control regular, que consiste en la obligación de los estados partes en un tratado de derechos humanos de comunicar al órgano de control designado el estado de su derecho interno en relación con los compromisos asumidos en dicho tratado y la práctica que se ha verificado respecto de las situaciones comprendidas en el tratado, en el Sistema Interamericano, los informes son elaborados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Además de constituirse en un método para determinar hechos, precisar y difundir la objetividad de una situación, los informes de la Comisión sirven para modificar la actitud de gobiernos remisos a la vigencia de los derechos humanos, a través del debate interno que ellos generan o, en su caso, del debate internacional. Así ha podido verificarse, por ejemplo, respecto del Uruguay y de la Argentina.

La CIDH elabora dos tipos de informes: unos sobre la situación de los derechos humanos en un determinado país y otros que presenta anualmente a la Asamblea de la OEA.

Los *informes sobre la situación de los derechos humanos* en un estado miembro de la OEA son decididos por la propia Comisión ante situaciones que afectan gravemente la vigencia de los derechos humanos. Ello no impide que actúe a pedido de un órgano político de la OEA o del mismo estado. Lo primero sucedió, por ejemplo, en 1988 cuando el Consejo Permanente de la OEA solicitó un informe sobre Haití luego de la caída del régimen de Leslie Manigat; también, en 1978, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores pidió un informe sobre Nicaragua. La iniciativa de los estados fue clara en los casos de Panamá bajo la presidencia de Torrijos en 1977 y de Nicaragua a propuesta del Presidente Ortega en 1979.

Los informes intentan cubrir aproximadamente una gestión de gobierno. En el caso de la Argentina, el informe fue precedido de una observación *in loco,* abarcó el período comprendido entre el derrocamiento de la Sra. de Perón y los inicios del año 1980 y compulsó 6.000 denuncias recibidas en la Argentina y otro número semejante en Washington.

El informe incluye las razones que lo motivan, la descripción del régimen político imperante y del sistema jurídico vigente en el país, un análisis pormenorizado de los derechos que son materia de examen: cierra con conclusiones y recomendaciones.

El informe se trasmite al estado en cuestión del que se espera algún gesto tendiente a adecuar su conducta a las recomendaciones que en él se brindan.

En general, el destino de estos informes es la Asamblea General de la OEA, órgano plenario del Sistema Interamericano. Pero ello puede no ser así. De esta suerte, por ejemplo, el Informe sobre Nicaragua bajo el régimen de Somoza fue remitido a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, no solamente porque ella lo solicitó sino también porque las conclusiones evidenciaban situaciones urgentes y de interés común, que son los motivos para convocar a ese órgano. A su vez, el informe sobre Panamá en la época de Torrijos no fue remitido a la Asamblea porque la Comisión consideró que la situación estaba resuelta y no había mérito para generar debate.

Los criterios que inspiran la elaboración de estos informes y su factura son luego recreados en el ámbito universal por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y su Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección de las Minorías en los denominados «procedimientos especiales».

Por otra parte, los Informes Anuales a la Asamblea General de la OEA actualizan la situación de los derechos humanos en distintos países, brindan una crónica de la labor de la Comisión, contienen las resoluciones adoptadas respecto de casos particulares y la opinión de la Comisión sobre las áreas en las cuales es necesario redoblar esfuerzos así como las propuestas de nuevas normas.

EL SISTEMA DE PETICIONES

De las modalidades de control adoptadas por el Sistema Interamericano, el sistema de peticiones es, probablemente, el que con mayor frecuencia ha sido incitado y el que ha permitido un espectro mayor de protección.

Trátase de un sistema que persigue el objetivo limitado de solucionar la situación específica de uno o más afectados por la violación de derechos protegidos. Se lo reconoce como un método de carácter cuasi judicial, subsidiario de la protección nacional, que funciona *ex post facto.*

Sin perjuicio de dar trámite a las peticiones que le son presentadas, cuando el volumen de denuncias recibidas permite inferir un esquema de violación reiterado o constante en un determinado país, la Comisión las considera para decidir la elaboración de un informe sobre la situación de los derechos humanos en ese país y las meritúa con el fondo.

Dos son las partes en una petición: el reclamante, peticionario o denunciante y el estado al que se atribuye la alegada violación a los derechos humanos.

Puede acceder a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con peticiones referentes a presuntas violaciones de un derecho humano protegido en el Sistema Interamericano, en calidad de reclamante, cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más estados miembros de la OEA.

La denuncia interestatal sólo está prevista en el artículo 45 de la Convención Americana respecto de estados que acepten expresamente la competencia de la Comisión bajo condición de recriprocidad y, hasta ahora, no se ha verificado.

A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas de protección, en el ámbito interamericano se establece una clara distinción entre reclamante y víctima. Esta

última es *conditio sine qua non* para la existencia de una petición pero no es parte en ella sino cuando asume el papel de reclamante. Cabe recordar, entonces, que la víctima debe ser necesariamente una persona física que se haya encontrado sujeta a la jurisdicción del estado contra el cual se presenta la denuncia en el momento de la alegada violación.

Un peculiar disposición del Reglamento de la CIDH, en la versión adoptada en 1980, dispone que la Comisión puede *motu propio* tomar en consideración cualquier información disponible que le parezca idónea y en la cual se encuentren los elementos necesarios para iniciar la tramitación de un caso que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin.

El otro sujeto de la relación jurídica es necesariamente un estado miembro de la OEA, parte o tercero respecto de la Convención Americana sobre derechos humanos, al que se atribuye la alegada violación. En este sentido, y de conformidad con los principios generales del derecho internacional en la materia, el estado responde internacionalmente por las acciones y omisiones de sus agentes y de aquéllos que sin serlo formalmente mantienen un vínculo de dependencia estatal o actúan con el consentimiento o tolerancia del estado.

El hecho de que la atribución de responsabilidad quede acotada a los estados miembros de la OEA sustrae al ámbito de conocimiento de la Comisión las denuncias contra terceros estados, los que tampoco están facultados para presentar peticiones, y a los grupos armados respecto de los cuales no es posible acreditar un vínculo de dependencia estatal.

Esta es la posición unánime de los órganos de control establecidos por los tratados de derechos humanos y en el seno de las organizaciones intergubernamentales. Sólo Amnesty International, organización no gubernamental, ha variado esta política al decidir en su Reunión de Yokohama, en setiembre de 1991, que se ocuparía también de las víctimas de los actos perpetrados por los grupos armados de oposición sin que ello comporte un efecto sobre el estatuto jurídico de tales grupos ni sobre el carácter legítimo del recurso a la fuerza.

Las peticiones deben satisfacer ciertos requisitos formales y sustanciales. Entre los primeros, su formalización por escrito, con indicación de los datos del denunciante, la víctima, el estado al que se atribuye la alegada violación, la descripción de los hechos que motivan la denuncia y la indicación de las gestiones realizadas en el ámbito interno a los fines de restablecer el ejercicio del derecho que se estima conculcado. La omisión de estos requisitos permite a la Comisión solicitar al denunciante que complete los extremos insatisfechos.

Más allá de las cuestiones formales apuntadas, la Comisión considera otras circunstancias de fondo en cuanto a las peticiones que le son presentadas. En este sentido verifica si se han agotado los recursos internos, si la petición fue presentada dentro del plazo fijado al efecto y si ella ha sido sometida a otro mecanismo de control internacional.

De todos los requisitos que hacen a la admisibilidad de una denuncia, uno de los más relevantes es el relativo a la interposición y agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna de conformidad con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos. Herencia del instituto de la protección diplomáti-

ca, el agotamiento de los recursos internos es el punto de conexión con la protección nacional.

La regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos por sus propios medios.

Por ello, el no agotamiento de los recursos internos es, en general, la primera defensa que opone el estado concernido en una denuncia. Ello debe suceder en la primera oportunidad procesal, normalmente cuando se le traslada lo esencial de la petición para que informe, y a él incumbe la carga de la prueba sobre la existencia de recursos adecuados y efectivos en el caso de especie.

Este derecho del estado de remediar por sus propios medios lo que *prima facie* es una violación a los derechos humanos conlleva la obligación de proporcionar recursos humanos de conformidad con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos. Trátase de los recursos ordinarios, el hábeas corpus, el amparo, y de cualquier otro remedio legal que ofrezca el sistema democrático, todos los cuales deben ejercerse dentro del marco del debido proceso legal.

En este orden de ideas, lo que se exige no es sólo la existencia formal de los recursos sino que sean adecuados —que tengan idoneidad para proteger la situación jurídica infringida— y efectivos que sean capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos.

La presunción *iuris tantum* de que los recursos existen y son adecuados y efectivos se desvirtúa cuando el peticionario alega la inexistencia de recursos, la denegación o el retardo injustificado de justicia. En estos casos se invierte la carga de la prueba y corresponde al peticionario acreditar las razones que justifiquen el no agotamiento.

La excepción relativa a la inexistencia de recursos no sólo refiere a la ausencia formal de recursos sino también al caso de que no resulten adecuados. Por el contrario, la denegación y el retardo injustificado de justicia se vinculan con la eficacia de los recursos.

En todo caso, la comprobación de que no ha lugar exigir el agotamiento de los recursos internos configura una violación a los derechos humanos distinta de la alegada en el caso de especie y concurrente con ella.

La praxis de la Comisión, esencialmente la desarrollada previamente a la entrada en vigor de la Convención Americana, conoce de una excepción de tipo global a este requisito. Trátase de los denominados «casos generales», es decir de violaciones generalizadas en cierta forma susceptibles de quedar comprendidos en el «cuadro persistente de violaciones manifiestas» a que alude la resolución 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Ellos suponen, pues, un cuadro sistemático de violaciones generalizadas que permite presumir *iuris tantum* que los recursos internos no son adecuados ni eficaces, y por ello se prescinde de exigir su agotamiento.

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue consultada por la Comisión acerca de la procedencia del requisito del agotamiento de los recursos internos en dos situaciones concretas: la de un indigente que debido a

circunstancias económicas no puede hacer uso de los procedimientos jurídicos y la del individuo que no puede obtener un abogado debido a una situación de temor generalizado respecto de su vida y bienes por parte de los profesionales.

El Tribunal de San José entendió que el artículo 8 de la Convención exige asistencia legal solamente cuando ella es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el estado que no la provea gratuitamente no puede alegar luego que dicho proceso existe pero no fue agotado. En el segundo caso, la Corte consideró que el estado tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan oponerse a que los individuos disfruten de los derechos humanos; por ello, cuando existe un medio generalizado de los abogados para prestar asistencia legal a una persona que la requiere y ésta no puede, por consiguiente, obtenerla, se configura un caso de denegación de justicia y la persona queda relevada de agotar los recursos internos.

En todo caso, cabe en las facultades de la Comisión apreciar el requisito según el contexto del caso de especie. En un sistema democrático en el que existe un Poder Judicial independiente e imparcial, el agotamiento de los recursos internos debe tener el sentido de un elemento de garantía en favor de la víctima.

Esta lectura de la regla del agotamiento de los recursos internos impone fortalecer la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, adecuar la legislación de modo que no sólo consagre los derechos protegidos sino que también prevea recursos internos adecuados y efectivos, reducir la brecha entre los hechos y el derecho en el trámite de los procesos, consagrar un amplio acceso a la jurisdicción.

La exigencia del agotamiento de los recursos internos determina la existencia de un plazo para la presentación de las peticiones: seis meses desde la fecha de la notificación de la sentencia firme que agota la instancia interna o un plazo razonable cuando se alega cualquiera de las excepciones.

En punto al plazo, no hay coincidencia entre los órganos del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos respecto a si se trata de un plazo de prescripción o de caducidad. En el primer caso, el plazo debería ser alegado fundamentalmente a título de excepción por el estado y la Comisión debería resolver; en el segundo, la verificación del incumplimiento del plazo efectuada de oficio por la CIDH produciría el rechazo *in limine* de la petición.

Si la letra de la Convención Americana parece inclinarse por considerar que se trata de un plazo de caducidad, la práctica de la Comisión es ambigua y la de la Corte se define por el lado de la prescripción.

Esta última parecería ser la lectura del plazo que más se adecua al criterio *pro homine* que informa la interpretación de los instrumentos de derechos humanos. En todo caso, sería deseable que la ética de los gobiernos transformara el plazo en algo meramente indicativo.

Otro de los requisitos de los que hace mérito el Sistema Interamericano consiste en que la materia de la petición no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional. Trátase de un criterio de economía procesal que apunta a evitar la litispendencia.

Las normas reglamentarias de la Comisión disponen que no obsta al trámite el hecho que la petición esté sometida a otro procedimiento si éste se limita al examen de la situación general de los derechos humanos en un país y no hay decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición o cuando el peticionario ante el otro órgano internacional sea un tercero y no la propia víctima. Así, por ejemplo, en una serie de casos en los cuales el gobierno del Perú intentó excepcionarse invocando al intervención del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana consideró que no entraba en el mandato de dicho Grupo decidir respecto de los hechos específicos alegados en los casos y conoció de los asuntos planteados.

Por el contrario, la litispendencia se ha planteado en relación con el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, especialmente en los casos relativos al Uruguay, y puede plantearse también respecto del Comité contra la Tortura. En estas situaciones, la Comisión se ha valido de la máxima *prior tempore, prior ius* para mantener abierto un caso que eventualmente puede estar radicado ante otra instancia internacional hasta el momento en que el peticionario lo retire expresamente.

En este aspecto, y a la luz de la meta de la efectividad, se impone una flexibilización de la apreciación de la litispendencia que permita una más amplia cooperación entre los órganos de control, de manera de lograr una solución pronta y efectiva a la cuestión planteada.

La admisibilidad de una denuncia puede ser definida como la declaración que efectúa la Comisión señalando que una petición o comunicación dirigida a ella reúne los requisitos para que pueda ser considerada.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito europeo y en muchas instancias del universal, en el Sistema Interamericano, en general, la Comisión se pronuncia respecto de la admisibilidad conjuntamente con el fondo de la queja planteada. Esencialmente ello es debido a que las normas relativas a las peticiones no exigen de la Comisión una declaración expresa de admisibilidad.

Por el contrario, existe una positiva obligación de declarar la inadmisibilidad de una petición cuando falte alguno de los requisitos solicitados, cuando ella no exponga hechos que caractericen la violación de un derecho protegido, cuando sea manifiestamente infundada o improcedente, cuando sea la reproducción de una petición anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

A esta declaración de inadmisibilidad también llega la Comisión luego de estudiar el fondo del caso, fundamentalmente cuando comprueba que la violación de derechos humanos ha sido posible por la inexistencia o ineficacia de los recursos internos para proteger los derechos esenciales de las víctimas. También es necesario analizar detenidamente una petición para concluir que ella no expone hechos que caractericen una violación a los derechos humanos o que es improcedente o infundada. Todas estas cuestiones pueden exigir de un estudio a la luz de las circunstancias propias de cada caso. Así, al menos, lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando decidió que el tema del agotamiento de los recursos internos en los casos hondureños debía ser tratado en la sentencia

de fondo y cuando opinó sobre la exigibilidad de tal requisito en los casos del indigente y de la imposibilidad de obtener asistencia legal debido a una situación de temor generalizado.

La decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la admisibilidad de una petición tiene efectos jurídicos claros respecto del reclamante y del estado. Al primero le asegura que una instancia internacional no jurisdiccional verificará si los hechos alegados comportan violación de los derechos humanos de la víctima y, en caso de ser así, exigirá del estado una reparación. Para el estado ello importa la sujeción a un mecanismo de control respecto de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que ha asumido y, eventualmente, que un tribunal de justicia decida sobre el tema.

Desde los inicios del contencioso judicial en materia de derechos humanos, los estados se han excepcionado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos alegando defectos en el trámite de la petición ante la Comisión. En contra de la opinión de ésta, el Tribunal de San José ha reivindicado para sí la facultad de revisar la admisibilidad de una denuncia; empero, hasta ahora, no ha hecho lugar a ninguna de las excepciones opuestas en este sentido.

Las denuncias tramitan ante la Comisión por un procedimiento contradictorio. Se establece así que la CIDH debe solicitar informaciones al gobierno del estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada. De esta suerte se implementa un mecanismo de ida y vuelta entre el peticionario y el gobierno en el que cada una de las partes tiene la oportunidad de brindar su versión de los hechos y de formular observaciones respecto de lo informado por la otra dentro de plazos razonables.

El propósito del procedimiento contradictorio es permitirle a la Comisión ejercer la función de investigación de los hechos alegados a la luz de los derechos protegidos. En todo caso, se prevé expresamente que la solicitud de información no prejuzga sobre la decisión que en definitiva se adopte respecto de la admisibilidad de la petición.

El incumplimiento de la obligación internacional de informar por parte del estado habilita a la Comisión a presumir verdaderos los hechos relatados en la petición siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa.

Resulta increíble la enorme cantidad de ocasiones en las cuales la Comisión ha tenido que aplicar esta regla de presunciones ante el silencio del estado, o el mero acuse de recibo sin suministro alguno de información, o ante respuestas que no resultaban idóneas para esclarecer los hechos denunciados.

A los fines de la investigación de los hechos, la prueba juega un papel preponderante que, curiosamente, las normas del Sistema Interamericano no han regulado más que en líneas generales. En este sentido, la práctica de la Comisión y las apreciaciones de la Corte Interamericana coinciden en señalar que los criterios de valoración de la prueba son menos formales que en los sistemas legales internos y en cuanto a los medios, hacen espacio no solamente a la prueba directa, sea testimonial o documental, sino también a los indicios y presunciones siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes con los hechos.

Asimismo, por iniciativa propia o a solicitud de parte interesada, la Comisión puede decidir la celebración de una audiencia con el objeto de recibir las exposiciones verbales o escritas de las partes respecto a las informaciones adicionales sobre la admisibilidad del caso, a las posibilidades de una solución amistosa, a la comprobación de los hechos, sobre el fondo del asunto sometido a la consideración de la Comisión o sobre cualquier otro asunto pertinente relativo al trámite del caso.

Cualquiera sea la modalidad elegida para la realización de una audiencia, ella brinda a los comisionados la posibilidad de efectuar todas las preguntas que estimen pertinentes a las partes y a los testigos o expertos. Trátase de una ocasión no desdeñable para acercar precisiones sobre los sistemas jurídicos nacionales o sobre prácticas habituales que permiten a la Comisión comprender más acabadamente el contexto de un caso.

Durante el trámite de una petición, la Comisión, a iniciativa propia o a pedido de parte, puede tomar cualquier acción que considere necesaria para el desempeño de sus funciones.

En este sentido, a los efectos de la comprobación de los hechos, el Sistema Interamericano incorpora el instituto de la investigación *in loco* en una disposición de carácter general que ha servido de fundamento jurídico a las visitas realizadas a distintos estados con el objeto de estudiar la situación general de los derechos humanos. Ello no obstante, la investigación *in loco* tiene una regulación específica en el contexto del sistema de peticiones.

Si a nivel general, la Comisión debe contar con la invitación o el consentimiento del estado concernido para realizar una investigación *in loco* y debe gozar de todas las facilidades necesarias para cumplir su misión, en el área de las peticiones el estado debe aceptar la visita y proporcionar las facilidades necesarias para esclarecer el caso de especie.

La regla del consentimiento previo del estado sólo rige en el ámbito del sistema de peticiones cuando la investigación *in loco* se decide en un caso grave y urgente con sólo la presentación de una petición que reúna los requisitos formales de admisibilidad, ya que el estado no ha tenido oportunidad procesal de pronunciarse respecto de la demanda.

Con el objeto de evitar daños irreparables a las personas en momentos en que una petición está en trámite, la Comisión puede adoptar medidas cautelares o solicitar la adopción de medidas provisionales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las *medidas cautelares* corresponden a casos urgentes cuando son verdaderos los hechos denunciados. Su decisión y la determinación de su alcance corresponden a la Comisión y son de aplicación respecto de todos los estados del Sistema Interamericano. La práctica de la Comisión es consistente en el sentido de solicitar medidas cautelares en los casos de condenas a muerte, para que los gobiernos se abstengan de toda medida de ejecución mientras el caso está a estudio. Es ésta una forma más de consolidar la tendencia abolicionista en el continente.

Las *medidas provisionales* constituyen una novedad del Sistema Interamericano, ya que no están previstas en ningún otro sistema de protección. Ellas sola-

mente pueden ser solicitadas en relación con estados partes en la Convención Americana que hayan aceptado la jurisdicción de la Corte, estando el caso en trámite ante la Comisión y en situaciones de extrema gravedad y urgencia.

Las medidas provisionales fueron inauguradas en 1990 respecto del caso del asesinato de dos periodistas en el Perú y fueron ensayadas por segunda vez para proteger a los miembros de organizaciones de derechos humanos en Chunimá, una localidad de Guatemala en 1991.

Finalmente, durante el trámite de una petición relativa a un estado parte en la Convención Americana sobre derechos humanos, la Comisión puede ponerse a disposición de las partes a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos. Si la iniciativa corresponde a las partes, ella puede tener lugar en cualquier momento del trámite; si, por el contrario, ella parte de la Comisión es necesario que se hayan precisado suficientemente las posiciones y pretensiones de las partes y que el asunto, por su naturaleza, sea susceptible de ser arreglado por esa vía.

La intervención de la Comisión puede cesar si advierte que el asunto no es susceptible de solución amistosa o que ésta no es consentida por alguna de las partes o si no demuestra voluntad de querer llegar a una solución. En todo caso, rigen aquí los principios generales del derecho internacional en materia de negociación.

La praxis de la Comisión revela que no son tenidos por susceptibles de solución amistosa los casos en los cuales se ha aplicado la regla de presunciones, aquéllos en los cuales el motivo de la queja es una cuestión eminentemente jurídica, los casos de desaparición forzada de personas.

Asuntos de alta complejidad política, como las denuncias de violaciones a los derechos de la población de origen miskito en Nicaragua, permitieron intentar, aunque sin éxito, este tipo de arreglo. Recientemente, el procedimiento fue implementado con resultados positivos en una serie de casos en los que se reclamaba al gobierno de la República Argentina indemnizaciones a favor de ex detenidos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional durante el último período de facto.

Lograda una solución amistosa basada en el respecto de los derechos humanos, el caso termina y ello da lugar a un informe a tenor del artículo 49 de la Convención que contendrá una sucinta exposición de los hechos y de la solución adoptada.

El trámite de un caso ante la Comisión puede tener distintas derivaciones. Así, por ejemplo, si no subsisten los motivos de la denuncia, se ordena el archivo del expediente; si el caso está inactivo porque el reclamante o porque él y el estado no brindan informaciones adecuadas, se puede disponer la suspensión del trámite; si hubo una solución amistosa satisfactoria, se elabora un informe a tenor del artículo 49 de la Convención.

Si nada de ello ocurre, la Comisión debe pronunciarse sobre el asunto sometido a su consideración. En este punto, las normas reglamentarias son distintas según se trate de estados partes o terceros respecto de la Convención Americana sobre derechos humanos.

Los artículos 50 y 51 de la Convención fijan las pautas en este sentido. Así, la Comisión tiene la obligación de elaborar un informe confidencial exponiendo los hechos y sus conclusiones, esto es, si tales hechos resultan o no en una violación de derechos protegidos y tiene la facultad de proponer recomendaciones fijando un plazo para su cumplimiento. Resulta, pues, que este primer informe tiene carácter provisional ya que se espera del estado una adecuación de su conducta a lo recomendado.

No por obvio es menos importante señalar que al dar su opinión respecto de la existencia o no de una violación a los derechos protegidos, muchas veces la Comisión debe pronunciarse sobre la compatibilidad de una norma interna con los compromisos asumidos por los estados en materia de derechos humanos. Este punto que ha sido objeto de un pedido de Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Argentina y el Uruguay es de la esencia de las conclusiones de todo órgano de control universal o regional.

En el plazo de tres meses desde la remisión del informe a las partes, pueden suceder varias situaciones: que el caso se solucione a satisfacción y, por ende, se cierre; que no se solucione y la Comisión decida remitirlo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque el estado involucrado ha aceptado la jurisdicción de ésta y el caso es susceptible de solución judicial; o que el caso no se solucione y no sea remitido a la Corte porque el estado no ha aceptado su jurisdicción o porque no es susceptible de solución judicial.

Esta última alternativa da lugar a un segundo informe, esta vez definitivo, que debe obligatoriamente incluir recomendaciones a ser cumplidas en un plazo fijado, transcurrido el cual la Comisión debe decidir si lo publica o no.

En este contexto puede considerarse que el primer informe es tentativo en cuanto está sujeto a ser modificado si en el plazo de tres meses surgen nuevos elementos. Fuera de ello, no hay más diferencias entre ambos informes que, en punto a las conclusiones sobre los hechos y su encuadre jurídico, están llamados a ser un mismo dictamen.

Este segundo informe guarda correspondencia con la resolución final prevista en relación con los estados que no son partes de la Convención Americana sobre derechos humanos.

En esta etapa, las normas reglamentarias de la Comisión prevén que los estados pueden solicitar la reconsideración de la resolución final en virtud de hechos nuevos o de consideraciones de derecho que no se hubiesen efectuado con anterioridad. La praxis de la Comisión ha extendido la reconsideración al ámbito de la Convención Americana.

La publicación de los informes de la Comisión, además de contribuir a la transparencia del sistema de control, tiene por objeto el conocimiento de los hechos analizados por el público en general y engendra una corriente de opinión internacional que favorece al ejercicio de presión sobre los estados violadores.

Respecto de la remisión de casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las únicas pautas que brinda la Convención Americana son formales: que el estado concernido haya aceptado la jurisdicción del tribunal y que se haya agotado el procedimiento ante la Comisión.

La Corte Interamericana se ha pronunciado al respecto estimando que deben serle sometidos los casos que imponen cuestiones de índole jurídica que hayan planteado controversia en niveles anteriores a ella, que posean cierta entidad en el contexto interamericano. Además, entiende que ante la falta de *ius standi* del individuo, la Comisión debe someterle el caso en representación del interés legítimo del primero en que su situación sea resuelta judicialmente.

La praxis de la Comisión en este aspecto sólo permite verificar la conjunción de los requisitos formales y además su declaración respecto de la existencia de violaciones a los derechos protegidos. Pero como un buen número de casos reúne estos requisitos y no ha sido remitido a la Corte, debe concluirse que la Comisión también tiene en cuenta su posibilidad de «armar» un caso y la virtualidad de éste para ser resuelto adecuadamente por la vía judicial.

LA SOLUCIÓN JUDICIAL

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es «una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos», integrada por siete jueces elegidos a título personal por los estados partes en la Convención.

Como sucede con todos los tribunales de justicia internacionales, su jurisdicción es voluntaria y requiere ser aceptada expresamente por los estados partes en la Convención.

Esta aceptación puede hacerse a través de una declaración unilateral de aceptación, incondicionada o sujeta a condición de reciprocidad, formulada en el momento de depositar el instrumento de ratificación o en cualquier oportunidad posterior. Este mecanismo, denominado técnicamente «cláusula opcional», es el que han elegido los estados.

Empero, nada obsta a que la jurisdicción pueda aceptarse respecto de un caso concreto, mediante un «compromiso judicial». En algunas oportunidades, la Comisión recomendó esta vía pero fracasó. Ello sucedió respecto de Nicaragua en 1986 en el caso de Edgar Macías, de Panamá en 1987 en el asunto de Hugo Spadafora Franco y de El Salvador en 1991 en el caso de Alfaro Carmona.

También ingresa en el terreno de lo jurídicamente legítimo la celebración de un tratado sobre derechos humanos que incluya una cláusula de aceptación de la jurisdicción de la Corte.

La Corte Interamericana tiene competencia contenciosa y consultiva. A tenor de la primera, en su carácter de tribunal de justicia, debe resolver las controversias de naturaleza jurídica que, habiendo tramitado ante la Comisión, le sean sometidas por ésta o por cualquier estado que haya aceptado su jurisdicción en relación con otro estado del Sistema Interamericano que también reconozca su jurisdicción.

Hasta el presente, sólo la Comisión ha sometido casos a la Corte: en 1987 tres casos de desapariciones forzadas de personas en Honduras (casos Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbi y Solís Corrales); en 1990 un caso de des-

aparición de personas alojadas en el penal conocido como El Frontón en el Perú (caso Neira Alegría y otros) y dos casos de ejecuciones extrajudiciales en Suriname (casos Gangaram Panday y Aloeboetoe y otros). En 1992 se presentó también un caso respecto de Colombia. Previamente, la Corte se había pronunciado en una cuestión de competencia en el Asunto de Viviana Gallardo y otras, planteado por Costa Rica directamente al Tribunal, renunciando al agotamiento de los recursos internos y al procedimiento ante la Comisión.

Sólo son partes en los casos que se ventilan ante la Corte, la Comisión y los estados partes en la Convención Americana sobre derechos humanos que hayan aceptado su jurisdicción. Ello excluye al reclamante. Por ello, en la tramitación de los casos hondureños la Comisión inició la práctica de designar como sus asesores a abogados que representaban, al mismo tiempo, los intereses de los familiares de las víctimas.

Esta carencia de *ius standi* del individuo debería ser remediada mediante un protocolo adicional, con entrada en vigor independiente para cada estado.

El procedimiento ante la Corte consta de dos etapas, una escrita y otra oral. En la primera, las partes se presentan ante el Tribunal, acreditan a sus agentes y asesores, constituyen domicilio y presentan sus escritos describiendo los hechos, alegando el derecho y acompañando la prueba documental. Durante la etapa oral, se reciben los testimonios, la deposición de peritos y las partes alegan sobre el mérito de la prueba.

La Corte tiene la facultad de decidir sobre el carácter previo de las excepciones opuestas por las partes. Así, por ejemplo, en los tres casos hondureños, la excepción de previo agotamiento de los recursos internos fue reservada para ser tratada con el fondo del asunto.

El Tribunal puede ordenar medidas provisionales en los casos sometidos a su jurisdicción y conocimiento en las mismas circunstancias en las que la Comisión puede solicitárselas cuando el caso no le ha sido trasmitido. En los casos de Honduras fue necesario requerir tales medidas para proteger la vida de testigos claves del juicio.

La sentencia de la Corte se adopta por mayoría y a ella se adjuntan las opiniones disidentes o individuales de los jueces; su valor jurídico es obligatorio. Cuando la sentencia impone una indemnización puede ser ejecutada en el ámbito interno por el procedimiento previsto para ejecutar sentencias contra la Nación.

La jurisprudencia de la Corte se ha encargado de precisar cuestiones importantes del contencioso judicial como los criterios de valoración de la prueba. También ha permitido incursionar en cuestiones de fondo como la atribución de hechos internacionalmente ilícitos al estado, el contenido de la responsabilidad, la figura de la desaparición forzada de personas.

En virtud de su competencia consultiva, la Corte Interamericana puede dar su opinión a cualquier estado miembro de la OEA o a los órganos de ésta que se lo soliciten respecto de la interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos o de cualquier cláusula relativa a derechos humanos contenida en un tratado, bilateral o multilateral, regional o universal, en que sea parte un estado del Sistema Interamericano.

Hasta la fecha, la Corte ha emitido doce opiniones consultivas que le han permitido profundizar aspectos sustanciales de la Convención —como el alcance de su competencia consultiva, el sistema de reservas, las restricciones a la pena de muerte, los límites del derecho de asociación, el sentido del término «leyes» cuando se trata de imponer restricciones al ejercicio de determinados derechos, la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, el hábeas corpus y las garantías judiciales en los estados de excepción, la interpretación de la Declaración Americana, las excepciones al agotamiento de los recursos internos— y pronunciarse respecto de la compatibilidad de leyes internas con la Convención.

CONCLUSIONES

A modo de síntesis es posible afirmar que el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos ha demostrado gran aptitud de efectividad en un contexto en el que las violaciones no han sido pocas ni pequeñas.

El sistema internacional, universal o regional, no debe entenderse acotado a las situaciones de violación generalizada sino, fundamentalmente, para la violación ocasional, que es la moneda corriente. El sistema no debe funcionar sólo en relación con estados totalitarios que violan constantemente los derechos humanos. No existe estado en el que los derechos humanos no sufran alguna suerte de menoscabo; de lo contrario, el régimen sería tan autoritario que no reconocería el mínimo de libertad necesario como para la imputación de un ilícito.

El estado que respeta los derechos humanos es aquél en el que ante la violación se pone en marcha un mecanismo de investigación, sanción y reparación y en el que el episodio sirve para rever el mecanismo de prevención. La experiencia europea es, en este sentido, aleccionadora. Cientos de casos llegados al Tribunal de Estrasburgo escriben la historia del respeto a los derechos humanos en Europa.

Durante años en ambas márgenes del Plata hemos coincidido en visualizar a los derechos humanos a través de lo que podría denominarse un estándard mínimo —el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, el derecho a un juicio imparcial, etc.—. Es imperativo ampliar la concepción de los derechos humanos de modo de dar cabida en ella a todos los derechos civiles y políticos y a los económicos, sociales y culturales.

Fortalecer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es necesariamente, empezar por fortalecer el sistema interno de protección: ello implica robustecer la autonomía e independencia del Poder Judicial, cooperar con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el esclarecimiento de las denuncias que se le presentan, aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En definitiva, lograr que el estado asuma que la intervención del sistema internacional de protección no es una herida a su honor sino una contribución a su legitimidad democrática.

La labor desarrollada por la Comisión y por la Corte es, obviamente, susceptible de mejoras. Ellas deben ser el fruto de una profunda reflexión respecto de aquellos aspectos que efectivamente requieren de una modificación y no una mera

adecuación del derecho vigente a los intereses prevalecientes en un conjunto de sociedades cuya memoria parece querer olvidar demasiado rápido un doloroso pasado reciente.

La asignatura pendiente es, todavía, concebir un mecanismo de prevención.

Decía Mario Benedetti que para gozar el mañana hay que pelear el ahora, y yo creo que tiene razón.

ANEXO
SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Modalidades previstas en los Tratados generales y particulares, universales y regionales

Convención	Organo	Informes	Peticiones	Solución Judicial
Pacto internacional de derecho civiles y políticos Protocolo Facultativo 1966/1976	Comité de Derechos Humanos art. 28	art. 40	Estados* art. 41 Individuos	—
Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales 1966/1976	Cté de derechos económicos, sociales y culturales. Res. 1987/15	art. 16/17	—	—
Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial 1965/1969	Cté para la eliminación de la discriminación racial art. 8	art. 9	Estados art. 11/13 Individuos* art. 14	—
Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid 1973/1976	Grupo de Tres art. 9	art. 7	—	—
Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer 1979/1981	Cté para la eliminación de la discriminación contra la mujer art. 17	art. 18	—	—

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes 1984/ 1987	Cté. contra la Tortura art. 17	art. 19	Estados* art. 21 Individuos* art. 22	—
Convención de los derechos del niño 1989/1991	Cté. de los derechos del niño art. 43	art. 44	—	—
Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales 1950/1953	Comisión Europea de Derechos Humanos art. 19 Corte Europea de Derechos Humanos art. 19	—	Estados art. 24 Individuos* art. 25	Comisión) Estado parte) art. 48 Individuo - Prot. Nº 9
Carta Social Europea 1961/1965	Cté. de Expertos Cté. Gubernamental de la Carta	art. 21		
Convención Americana sobre derechos humanos 1969/1978	Comisión Interamericana de Derechos Humanos art. 33 Corte Interamericana de Derechos Humanos art. 33	—	Individuos* art. 44 Estados* art. 45	Comisión- art. 61 Estado parte - art. 61
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Protocolo de San Salvador 1988/...	(Consejo Interamericano Económico y Social- Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura) (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) (Corte Interamericana de Derechos Humanos)	art. 19	Respecto art. 8 a) y 13: individuos y Estados*	Respecto art. 8 a) y 13: Comisión y Estado parte
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos 1981/ 1986	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos - art. 30	art. 62	Estados - art. 47 Individuos - art. 66	—

*Se requiere una manifestación expresa del consentimiento de estado.

Modalidades previstas en el ámbito de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas.

-**Tratamiento de comunicaciones** («Situaciones») E/Res./1235 (XLIII) - E/Res./1503 (XLVIII)
- Grupo de Trabajo de la Subcomisión
- Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías
- Comisión de Derechos Humanos
- Consejo Económico y Social / Asamblea General

-**Procedimientos especiales** para la investigación de la situación de los derechos humanos en determinados países (informes sobre países) y para la investigación de fenómenos que producen graves violaciones a los derechos humanos en todo el mundo (informes temáticos).
- Grupos de Expertos (v.g. sobre el Africa Meridional)
- Grupos de Trabajo (v.g. sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias)
- Relatores Especiales (v.g. sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias, sobre la situación de los derechos humanos en Afghanistán)
- Representantes Especiales de la Comisión (v.g. en la República Islámica de Irán).

PROYECTO DE PROTOCOLO FACULTATIVO A LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA (SISTEMA DE VISITAS)

Dra. Liliana Valiña

Como ya se dijo a lo largo de este curso, dentro de los mecanismos de protección de derechos humanos, encontramos instrumentos a nivel universal y a nivel regional. Por supuesto, también a nivel nacional. Son normas destinadas a proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Todo esto podemos clasificarlo en tres áreas fundamentales, tres áreas que dividimos en forma bastante arbitraria porque están realmente muy interrelacionadas, y solamente las dividimos con un objetivo meramente metodológico. Conocemos normalmente las áreas de promoción de los derechos humanos, la de protección y la de prevención. Más exactamente, tendríamos que hablar de mecanismos o normas que son esencialmente de promoción, fundamentalmente de protección o de prevención. Pero, en general, todos los instrumentos inciden en las tres áreas.

En el tema que nos ocupa en este momento, que es el tema de la tortura y de los malos tratos, a nivel de Naciones Unidas existe la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Esta Convención crea un Comité de expertos (Comité Contra la Tortura —CAT—), que está encargado prioritariamente de examinar los informes periódicos que deben presentar los Estados Partes a la Convención para explicar en qué forma estos Estados aplican las obligaciones asumidas al haber ratificado dicha Convención.

Este sistema de informes es el mecanismo de seguimiento más común a casi todos los tratados de derechos humanos; esta función existe igualmente en otros Comités que han sido creados por otros instrumentos internacionales. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que creó el Comité de Derechos Humanos, también cuenta con este sistema de contralor de la aplicación de la Convención, o del Pacto en este caso, a través de informes periódicos. El Comité de Derechos Humanos también es competente en materia de tortura, puesto que el artículo 5 del Pacto se refiere a la prohibición de la tortura, estableciendo que «Nadie será sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

Hablando específicamente del primero de estos órganos, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, creado por la Convención, dijimos primeramente

que se le encomendó la función de examinar estos informes. También tiene una segunda función, y es la de examinar comunicaciones, es decir denuncias de violación de alguno de los artículos de la Convención, por algunos de los Estados Partes a la Convención. Para poder presentar una comunicación contra un Estado Parte se necesita una aceptación por parte del Estado de la competencia del Comité para pronunciarse en materia de comunicaciones. Estas comunicaciones pueden ser presentadas por los individuos o por uno o varios Estados Partes contra otro Estado Parte; en este último caso, siempre y cuando el Estado denunciante haya aceptado a su vez esa competencia.

Excepcionalmente, el Comité Contra la Tortura puede realizar una tercera tarea, y es la de poder llevar a cabo una investigación, a raíz de una situación urgente, con la posibilidad de realizar una visita sobre el territorio del Estado, pero siempre y cuando el Estado Parte dé su consentimiento para esta visita.

Este sería más o menos el sistema dentro de la Convención contra la Tortura. Evidentemente, este último mecanismo tiene esencialmente, la característica de funcionar *a posteriori,* es decir, *ex post facto,* puesto que ya ha habido una violación de derechos humanos protegidos por la Convención; en este caso, hay víctimas que han sido torturadas o que han sido sometidas a malos tratos. Ante esta situación, el órgano internacional interviene para proteger a personas víctimas de violaciones de la Convención contra la Tortura, y para tratar de mejorar una situación determinada, investigándola y realizando las observaciones y sugerencias que estime pertinentes.

Dentro de la tercera área a la que aludíamos al comienzo, la de la prevención, empiezan a buscarse otras estrategias y otros objetivos que van más allá de solucionar situaciones concretas, de mejorar o de reparar ciertos resultados a raíz de una violación de derechos humanos, sino que se busca más bien, fundamentalmente dentro de una dimensión preventiva, examinar las causas y las condiciones para mejorar una situación o impedir, dentro de lo posible, futuras violaciones de derechos humanos. A raíz de esta idea, que es relativamente nueva, empieza a hablarse cada vez más de la prevención, puesto que ya no sólo interesa trabajar para solucionar una situación urgente sino también para el futuro, para tratar de mejorar la situación en el futuro. Surge entonces la idea de un Protocolo facultativo a la Convención contra la Tortura.

Esta idea surge de un humanista y banquero ginebrino, que un buen día se dijo, pensando un poco en el ejemplo del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) —que realiza visitas principalmente a prisioneros políticos, en el marco esencialmente de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales— que una de las formas fundamentales, aunque no la única, para prevenir la tortura tendría que ser un sistema de visitas para tratar de examinar las situaciones respecto a las condiciones de detención y el tratamiento de las personas privadas de libertad, y recomendar los cambios pertinentes. En ese momento, este ginebrino, Jean Jacques Gautier, crea el Comité Suizo contra la Tortura (una organización no gubernamental de derechos humanos) con el fin de promover esta idea.

En 1980, el gobierno de Costa Rica presenta a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el proyecto de Protocolo facultativo, sobre la base

del proyecto presentado por el entonces Comité Suizo contra la Tortura y la Comisión Internacional de Juristas. Este proyecto no fue estudiado en 1980 porque se pensó que era mejor esperar la adopción, y luego la entrada en vigencia, de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, que todavía no estaba adoptada, y, posteriormente, la adopción de una Convención Europea para la Prevención de la Tortura, que establece, a nivel regional, el mismo sistema al que nos referiremos seguidamente.

En 1984 se adopta la Convención contra la Tortura, entra en vigor en 1987 y, en 1989 entra en vigencia la Convención Europea. Nosotros, por nuestra parte, seguimos mientras tanto trabajando, tratando de actualizar un proyecto que dé vida a esta idea de un sistema de visitas preventivas a nivel universal.

Finalmente, en febrero de 1992, la Comisión de Derechos Humanos creó, a solicitud de Costa Rica y de unos cuarenta otros países copatrocinadores, un Grupo de Trabajo de Naciones Unidas, es decir un grupo de trabajo abierto de la Comisión, encargado de estudiar este tema. Este grupo se reunió en octubre pasado, con la participación de los Estados Miembros de la comisión de Derechos Humanos, otros Estados no miembros, y varias organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

¿En qué consiste este sistema?

El protocolo prevé la creación de un Subcomité, un órgano diferente del Comité contra la Tortura que existe en el marco de la Convención. El Subcomité estará integrado por miembros independientes, es decir, por miembros que no representan a sus países, sino que actúan a título personal, con el mandato de efectuar visitas a cualquier lugar de detención de los Estados Partes a este Protocolo.

Cuando decimos cualquier lugar de detención, nos referimos realmente a cualquier lugar que esté sometido a la jurisdicción del Estado Parte, ya sea judicial, policial, administrativo, penitenciario, psiquiátrico, militar u otro, incluyendo otros lugares no oficiales o clandestinos, puesto que se hace referencia igualmente a lugares donde se encuentren, o «puedan encontrarse», personas privadas de liberad. Esta disposición surge por las experiencias pasadas, donde sabemos que en Estados dictatoriales o autoritarios, muchas veces las personas estaban detenidas justamente en lugares no oficiales, clandestinos, tal como fuera el caso de las personas desaparecidas.

¿Qué tipo de visita hace este Subcomité?

Se prevén dos tipos de visitas. Primeramente, visitas regulares, ante todo preventivas, lo cual significa que no se espera que se reciba una denuncia. Según la experiencia de funcionamiento del Comité Europeo, el órgano encargado establece anualmente un programa donde hay una cierta cantidad de Estados que serán visitados. Al año siguiente serán otros, y cuando se completó la lista de los

Estados Partes, se comenzará nuevamente. Estas visitas son las que llamamos visitas regulares o periódicas.

Pero también se prevé la posibilidad de otras visitas que son las *ad hoc* o visitas urgentes, cuando la situación lo requiera por su gravedad y dimensión.

¿Cómo se realizan estas visitas; cuál es su modalidad?

Normalmente, el Subcomité hará una notificación general anunciando los países que serán visitados ese año. Luego establecerá un calendario, que no será inmediatamente puesto en conocimiento de los Estados. Cuando se decide que se hará una visita a un Estado Parte, solamente un breve plazo antes se le comunicará la fecha en la cual el Subcomité efectuará dicha visita. Esta idea no está estrictamente formulada así en el Protocolo pero surge de la práctica del Comité Europeo que ya está funcionando con el mismo sistema de visitas, y que visita regularmente países europeos del Consejo de Europa que han ratificado la Convención. El principio de un preaviso muy breve, obviamente se hace en función de evitar un «maquillaje» de la situación, y de que realmente se pueda verificar cuál es la situación real en un lugar de detención determinado.

Asimismo, se establece la lista de la delegación que va a visitar el país, puesto que no va a desplazarse el Subcomité en pleno, se determinarán algunos miembros, así como los expertos que van a acompañar al Subcomité y los intérpretes, en caso de ser necesarios.

Además de esta notificación, también se comunica los lugares que van a ser visitados. Pero el Subcomité, una vez en el terreno, puede decidir visitar otros lugares que no estuvieran previstos.

¿Cuál es la obligación de los Estados; a qué se comprometen los Estados ratificando este Protocolo?

Ante todo, conceden una autorización general. Así, para cada visita no se requerirá la autorización del Estado: la autorización está dada cuando el Estado ratifica o se adhiere al Protocolo facultativo.

El primer compromiso de los Estados es obviamente la cooperación. Deben permitir el acceso a todo lugar de detención y el desplazamiento sin restricciones. Asimismo, durante la visita, la delegación debe poder entrevistarse con personas determinadas, sin testigos; con toda persona privada de libertad que la delegación solicite, así como con cualquier otra persona, familia, abogados u organizaciones susceptibles de informar.

Excepcionalmente, un Estado puede presentar objeciones respecto a una visita, cuando hay circunstancias urgentes y apremiantes relacionadas con graves disturbios. Este es un punto interesante, porque durante la primera reunión del Grupo de Trabajo se discutió este tema, aclarándose que esta disposición no se refería para nada a los casos de estados de excepción, estados de sitio o de emergencia, puesto que es en esas situaciones donde se hace más necesaria la protec-

ción de las personas privadas de libertad. En este mismo sentido se pronunciaron los países del Cono Sur, incluyendo Uruguay. Simplemente, esta disposición se refiere a situaciones donde un problema determinado, en alguna prisión, por ejemplo, impide que hoy por hoy se realice efectivamente una visita. Puede ser inclusive un incendio o una catástrofe, pero a la brevedad, la delegación y las autoridades del Estado deben entrar en contacto y establecer cuándo o dónde podrá realizarse esa visita.

¿Cuál es la consecuencia de estas visitas?

El Subcomité, luego de cada visita, debe realizar un informe, que será trasmitido al Estado visitado, en el cual se incluirán las recomendaciones que el Subcomité estime pertinentes.

Una característica esencial de este sistema, que es la contraparte de la cooperación del Estado —que permite entrar en su territorio sin autorización— es la confidencialidad. El informe del Subcomité, incluyendo las discusiones, las entrevistas que se realizaron, todas las informaciones, es absolutamente confidencial. Sin embargo, se prevén algunos casos en los cuales esta confidencialidad puede ser dejada de lado. En caso de no cooperación por parte del Estado Parte, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, puede realizar, a pedido del Subcomité, una declaración pública, o bien decidir la publicación del informe. Esto sería a modo de sanción por la no cooperación. Pero quedaría siempre dentro del área de prevención. Es decir, sólo se hace pública la no cooperación del Estado Parte y eventualmente las recomendaciones y observaciones del Subcomité.

No se establece, cuando se hacen las visitas, que hubo violación de tal o cual derecho, que en ese país se tortura o no se tortura, que se maltrata o no se maltrata. La idea fundamental es aportar un asesoramiento al Estado para que pueda hacer modificaciones y mejoras en la situación de las personas privadas de libertad.

Sabemos que, normalmente, hay muchos problemas en todos los lugares de detención: en las cárceles, en las comisarías, en los institutos de menores, etc. Muchas veces se ejerce la tortura y los malos tratos de forma verdaderamente deliberada. Pero también existen casos donde, si bien la persona que está encargada de un prisionero, o está encargada de dirigir un establecimiento, tiene las mejores intenciones, las condiciones no son propicias para que la situación mejore. Sería entonces un apoyo para esa persona, que quisiera hacer cambios pero que no encuentra el campo propicio para hacerlos —ya sea porque tiene presiones externas o internas, en su mismo establecimiento— puesto que permitiría que esa persona pudiera justificar determinadas medidas, teniendo el aval de un órgano internacional, así como las recomendaciones de ese órgano.

Evidentemente, tenemos que recordar los principios fundamentales de este Protocolo, de este mecanismo.

En primer lugar, que es de naturaleza preventiva, por lo tanto innovadora. No va a buscar únicamente la tortura, apunta a identificar las condiciones de

riesgo que sean susceptibles de provocar una degradación, también las condiciones que sean en sí mismas torturas, evidentemente, o aun cuando no lo sean, permitan que la situación sea propicia para torturar, maltratar, etc.

En el Protocolo no se establece ninguna definición de tortura, y es justamente por eso. Porque cuando hablamos de la prevención estamos dentro de un campo amplio, no podemos por lo tanto pensar que vamos a buscar si la situación entra dentro de la definición estricta de tortura. Vamos a considerar, más bien, cómo mejoramos la situación. Y sabemos muy bien cuándo una situación es preocupante o no, sin necesidad de tener una definición, justamente, porque hablamos de prevención.

Obviamente, el principio fundamental es la cooperación, a través de un servicio de, podríamos decir, asesoramiento. Este mecanismo previsto no es jurisdiccional, por lo tanto, su labor no consiste en acusar a los Estados diciendo «se viola o no se viola tal derecho», sino tratar de comprometerlos en las mejoras necesarias respecto a las condiciones de detención y el trato de las personas privadas de libertad.

Las premisas fundamentales para que esto funcione son varias.

En primer lugar, el compromiso real asumido por los Estados Partes, que presten verdaderamente una cooperación activa y efectiva.

En segundo lugar, la composición del subcomité. Como bien decía Mónica Pinto antes, la importancia de que si los Estados están verdaderamente comprometidos, propongan como integrantes de este subcomité, personas competentes o independientes para realizar estas visitas. Ya no es suficiente con juristas, o con políticos o funcionarios, porque para apreciar una visita se necesita un subcomité con una pluridisciplinariedad. Necesitamos médicos, psiquiatras, juristas también, especialistas en sistemas penitenciarios, en visitas inclusive. O sea, necesitamos un subcomité que sea lo suficientemente amplio en competencias.

La tercera condición, por supuesto, es la condición financiera, que el mecanismo pueda contar con los recursos necesarios, también con los medios logísticos apropiados.

Otra condición es la circulación de la información, y aquí tienen una especial importancia las organizaciones no gubernamentales, nutriendo al mecanismo de las informaciones necesarias. En esto consiste parte de nuestra actividad en el seno de la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), que aquí represento (ex Comité Suizo contra la Tortura), realizando una tarea de preparación de las visitas del Comité Europeo, antes de que vaya al país, para proveerlo de la información necesaria, indicándole cuáles son las personas que conocen más de la situación y que pueden informar, cuáles son los lugares prioritarios a visitar porque son los más problemáticos, etcétera.

Y por último, yo diría que una de las condiciones también es la continuidad y el seguimiento de las visitas. Qué pasa después. El subcomité no podrá realizarlo solo en forma cien por ciento efectiva. Porque habrá límites respecto al número de expertos, insuficiente número de visitas en los países, etc. Y es ahí donde toca, a nivel nacional, controlar si la situación mejora, si las recomendaciones se respetan.

Alejándonos un poco del mecanismo enunciado y «aterrizando» en lo que nos toca a nosotros cotidianamente como trabajadores por la justicia y el derecho, por los derechos humanos, yo diría simplemente:

La tortura y los malos tratos no pueden ser jamás una sanción. Las sanciones para cualquier delito están previstas en las normas. Hay penas alternativas, hay prisión, hay sanciones claramente establecidas en la ley. Las torturas y los malos tratos —a pesar de que a veces a la población le parezca «normal» que prisioneros, porque han sido criminales, o han sido ladrones, o han sido lo que hayan sido, reciban estos tratos— no tienen justificación en una sociedad que se pretenda democrática. Y esto nos toca de cerca a nosotros, el contribuir verdaderamente a sensibilizar. Nunca dichos actos pueden constituir una sanción legítima.

La tarea de prevención es una tarea que nos corresponde a todos. Y, como dijimos, la prevención comparte las áreas de promoción y de protección. Dentro de la prevención, el sistema de visitas puede ser uno de los mecanismos. Pero no es el único. Necesita ser complementado.

Dentro de la promoción, encontramos este tipo de cursos, pero no únicamente los cursos destinados específicamente a derechos humanos. Creo que en cada decisión, en cada alegato, en cada participación del jurista en una cuestión de derecho y de justicia, estamos trasmitiendo una enseñanza, a nivel nacional y a nivel de la comunidad regional o internacional.

Dentro del área de prevención también encontramos mecanismos esencialmente de protección, como la investigación, el juicio y la sanción a los responsables, y la reparación a las víctimas, ya que implica disuadir, para que en el futuro no se cometan nuevos crímenes y nuevas violaciones. Evitar la impunidad es también una acción preventiva. Y evitando la impunidad, justamente disuadimos para que no se repitan nuevos hechos que lesionen la integridad y la dignidad de toda persona humana, y contribuimos igualmente a fortalecer el Estado de Derecho y el afianzamiento de los principios democráticos.

LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES Y SU PAPEL ANTE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dr. Octavio Carsen

I. INTRODUCCIÓN

El sistema internacional de protección de los derechos humanos surge a partir de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948.

El mundo, horrorizado ante las masivas violaciones a los derechos humanos durante la Segunda Guerra Mundial y, ante la evidencia de que la guerra en sí misma constituye la mayor de las violaciones, emite la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

En 1966 las Naciones Unidas aprueban, en forma separada, dos pactos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Paralelamente a este largo proceso, los estados americanos, reunidos sus gobiernos en Bogotá, aprueban en 1948 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Veinte años después, en 1969, se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, el que entró en vigor diez años más tarde.

Al mismo tiempo, mientras en los foros internacionales, los representantes de los distintos gobiernos pronunciaban brillantes discursos sobre derechos humanos, en el ámbito interno éstos eran sistemáticamente violados.

Al margen de las organizaciones gubernamentales, fueron surgiendo en todos los países y especialmente en Latinoamérica, organismos defensores de los derechos humanos, que trataron de poner de manifiesto la realidad de lo que estaba sucediendo.

Simultáneamente, en Nueva York, Washington, Ginebra, etc., se empezaron a formar organizaciones no gubernamentales, aprovechando el marco que abrieron las distintas convenciones para tratar que los gobiernos violadores de los derechos humanos, modificaran su comportamiento, a través del peso de la opinión pública internacional. Las más conocidas de ellas: Amnesty International, SOS

Tortura, Americas Watch, La Comisión Internacional de Juristas —que convoca este evento—, The Lawyers Committee for Human Rights. Sin la solidaridad de éstas, la tarea de las organizaciones no gubernamentales nacionales no habría trascendido las fronteras.

Para llegar a la comprensión del papel de las organizaciones no gubernamentales ante el sistema internacional de protección de los derechos humanos, debemos hacer una referencia a su origen y especificidad, partiendo de mi experiencia.

Mi actividad, como la de otros muchos, no fue precisamente de jurista especializado en derecho internacional, sino la de un abogado al servicio de un organismo no gubernamental de derechos humanos de un país sometido a una dictadura militar como lo fue en su comienzo el Centro de Estudios Legales y Sociales en Argentina. Los primeros casos de los que me hice cargo fueron los de los uruguayos desaparecidos en la Argentina, y a partir de ese momento me fui vinculando también a la lucha contra las demás violaciones de los derechos humanos en ese país. Pero, y así fue considerado, no ha sido un trabajo solamente jurídico sino de concientización a nivel popular, y de apoyo a las víctimas de violaciones a los derechos encarado desde el punto de vista interno más que del internacional. Así, el aporte de nuestro conocimiento técnico fue una forma de apoyo a todos aquellos a quienes, durante la dictadura, no se les reconocía ningún derecho, en este caso las víctimas de la represión política: familiares de desaparecidos y presos políticos.

II. ORIGEN Y ESPECIFICIDAD DE LOS ORGANISMOS NO GUBERNAMENTALES DE DERECHOS HUMANOS DE LA ARGENTINA

El Movimiento de Derechos Humanos históricamente estuvo integrado por: la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Madres de Plaza de Mayo, Abuelas de Plaza de Mayo, Centro de Estudios Legales y Sociales, Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas, Liga Argentina por los Derechos del Hombre, Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos, Servicio de Paz y Justicia, Movimiento Judío por los Derechos Humanos.

1. Liga Argentina por los Derechos del Hombre

Es la organización de derechos humanos más antigua de la Argentina. Fue fundada en 1937 por militantes del Partido Comunista. A pesar de que desde 1975 se constituyó en un centro de acogida para los familiares de las víctimas de la represión oficial (durante algunos años funcionó en su local Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas), no logró atraer a los perseguidos de otros grupos políticos.

2. Asamblea Permanente por los Derechos Humanos

En diciembre de 1975, un grupo de personalidades pertenecientes a distintas comunidades políticas, sociales y religiosas, a título exclusivamente personal, es decir, sin representar a las colectividades a las que pertenecían, constituyen la

Asamblea Permanente por los Derechos Humanos. Superando viejas luchas ideológicas entre grupos confesionales y entidades políticas agnósticas, convergieron en la necesidad de defender los derechos del hombre frente a los crímenes cada vez más graves y frecuentes cometidos por grupos parapoliciales y paramilitares, cuya actuación era tolerada, o más bien, propiciada, desde el entorno del Poder Ejecutivo. En la APDH, encontraron su lugar, personalidades como el obispo católico De Nevares, el obispo metodista Carlos Gattinoni, el rabino Marshall Meier, el dirigente gremial de la educación Alfredo Bravo, el socialista Simón Lázara, los radicales Juan José Prado y Horacio Ravenna, etc.

Su pluralismo fue a la vez su fuerza y su debilidad. Aquélla radicaba en la representatividad política muy grande que tenían sus declaraciones, y ésta en que, como contrapartida, las razones de conveniencia y oportunidad política que determinaba la pertenencia a las distintas comunidades, llevaron a arduas discusiones entre sus integrantes, previas a cada declaración.

Esto fue muy notorio en dos momentos de la APDH. Frente al gobierno militar: la posición de algunos grupos que las promovían para evitar la condena directa a los responsables de la represión. Y también por la omisión de aquellos que no querían ver lo que estaba sucediendo realmente en el país.

Frente a los gobiernos civiles: la pertenencia a uno u otro partido en el poder que debilitó la contundencia de sus declaraciones contra la impunidad que se venía instrumentando por los gobernantes.

Las tareas más importantes desarrolladas durante la etapa militar fueron la recepción de más de 5.500 denuncias de desapariciones de personas, la presentación de denuncias colectivas ante el Poder Judicial (la APDH nunca presentó casos individuales) y la publicación de solicitadas.

3. El Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos

Fue fundado en febrero de 1976, por un grupo de Iglesias Protestantes a las que más tarde se sumó la diócesis de Quilmes de la Iglesia Católica. Esta entidad centró su trabajo en la asistencia económica, jurídica y espiritual a los familiares de las víctimas. Y acompañó a las demás organizaciones en sus declaraciones y actos públicos.

4. Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas

Fundada en 1976, en octubre de 1977 realiza su primera manifestación, durante la cual fueron detenidas 300 personas. Realizó una muy eficaz tarea de asistencia a los presos políticos «legalizados», que se encontraban dispersos en cárceles de todo el país. Para ello, facilitaron a los familiares su traslado para las visitas a los presos y pusieron abogados para sus defensas.

5. Madres de Plaza de Mayo

En 1977, el Ministerio del Interior anunció que centralizaría la información sobre los presos y recibiría denuncias sobre desapariciones de personas. De inmediato se formaron larguísimas colas de familiares que buscaban obtener noticias

de sus hijos, cónyuges, padres, hermanos, frente a las oficinas habilitadas para ello. A pesar de lo infructuoso de la gestión, esas colas sirvieron como lugar de encuentro de personas, en su mayoría madres, que seguramente por razones de afecto, mientras sus maridos o hijos trabajaban, habían asumido la búsqueda.

Ante la inutilidad de las gestiones, una de las madres, Azucena Villaflor, tuvo la idea de reunirse una vez por semana en la Plaza de Mayo, en un día hábil y a una hora de mucho movimiento en la zona. Para ello se eligió el día jueves de cada semana a las 15.30. La primera marcha se realizó el 30 de abril de 1977, con la presencia de catorce madres, cubiertas sus cabezas con pañuelos blancos en los que luego bordaron los nombres de sus hijos. Madres de uruguayos desaparecidos en Argentina, participaron en innumerables de estas marchas.

La actitud de la dictadura, al principio, fue de reprimirlas, pero la presencia de turistas, del público que a esa hora concurre a bancos y a instituciones del Estado (incluso a la propia Casa de Gobierno), y de periodistas extranjeros, hizo que el gobierno militar tuviera que tolerarlas.

El 10 de diciembre de 1977, Azucena Villaflor fue secuestrada en un operativo en el que participó el entonces teniente de fragata Alfredo Astiz, infiltrado entre las Madres. Astiz fue beneficiado por las leyes de impunidad y aún continúa en servicio activo en la Marina, con el grado de capitán de fragata, a pesar de haber sido juzgado y condenado en contumacia por los tribunales franceses que han solicitado su extradición a la Argentina.

Azucena Villaflor, primera presidenta y fundadora de Madres de Plaza de Mayo, integra la nómina de detenidos-desaparecidos.

Más tarde, Madres de Plaza de Mayo se constituyó en Asociación. Se produjo una división en su seno y las Madres de Plaza de Mayo se encuentran actualmente agrupadas en dos entidades: La Asociación Madres de Plaza de Mayo y Madres de Plaza de Mayo-Línea Fundadora. Esta última sigue unida a los demás organismos de derechos humanos y aquella ha dejado de asistir, por decisión propia, a las convocatorias.

6. Abuelas de Plaza de Mayo

Un grupo de Madres de Plaza de Mayo, que además de buscar a sus hijos, buscaban también a sus nietos desaparecidos, constituyó, en octubre de 1977, esta asociación. Más de doscientos niños, entre los secuestrados junto con sus padres y los nacidos durante el cautiverio de sus madres, luego desaparecidas, constituyeron el botín de guerra de la dictadura militar, como consecuencia de una doctrina preestablecida por los mandos para «evitar que los hijos de los desaparecidos fueran criados con odio hacia las instituciones militares» (1).

El primer niño desaparecido fue un uruguayo, Amaral García, actualmente reunido con su familia. La semana pasada, la prensa argentina informó acerca de la condena a una pareja que tuvo en su poder a otra uruguaya: Mariana Zaffaroni.

(1) Carlos H. Cerdá, citado por Mario Amadeo en «Derechos humanos y sociedad» E. Mignone, Bs. As. 1991.

Otros niños, entre ellos el uruguayo Simón Riquelo, siguen en poder de sus secuestradores. Las Abuelas de Plaza de Mayo continúan la búsqueda de sus nietos y han logrado que la legislación argentina estableciera un Banco Genético de Datos, que facilitó el retorno de muchos de estos niños a sus familias de origen.

7. Centro de Estudios Legales y Sociales

En 1979, un grupo de abogados, padres de desaparecidos y miembros de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, sus esposas, integrantes de Madres de Plaza de Mayo, ante la posición de la APDH de no tomar casos individuales, deciden formar una entidad de servicio legal para cubrir las tareas que las demás organizaciones, de familiares, etc. no podían realizar.

Durante la dictadura, el CELS desarrolló tres programas:

a) *Jurídico*: atención de causas individuales modelo ante los Tribunales (leading cases) relacionados con desaparecidos, centros de detención clandestinos y presos políticos. Las más destacadas de ellas fueron entre otras: la de Automotoras Orletti, centro en el que estuvieron detenidos numerosos uruguayos, algunos desaparecidos y otros trasladados al Uruguay, la de la Escuela de Mecánica de la Armada, la del centro de detención El Vesubio, la del Club Atlético, etc.

b) *Documentación*: realizó la recolección de testimonios de personas, víctimas de la represión, de detenidos en centros de detención clandestinos, de nombres de represores, archivo periodístico, de informaciones relativas a la etapa dictatorial y con la que se realizaron publicaciones. Entre ellas, el folleto publicado durante la dictadura, titulado: «Uruguay - Argentina. Coordinación represiva».

c) *Cooperación con otras organizaciones:* toda esa documentación fue puesta al servicio de otras organizaciones, tales como la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, Amnesty International, la Comisión Internacional de Juristas, la Comisión de Familiares de Uruguayos Desaparecidos en la Argentina, de Madres de Plaza de Mayo, de Abuelas de Plaza de Mayo y finalmente, ya en la etapa post-dictatorial, de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas y de la Fiscalía de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Federal de la Capital Federal, para los históricos juicios a los integrantes de las tres primeras juntas, a los jefes de policía de la Provincia de Buenos Aires, Camps y Richieri, y para los que se iniciaron posteriormente a los militares represores y que fueron cerrados por las leyes de «Obediencia Debida», «Punto Final» y los indultos.

8. Servicio de Paz y Justicia

En realidad es un movimiento de carácter latinoamericano, creado en 1974 por Adolfo Pérez Esquivel, integrante también de APDH. Pérez Esquivel fue detenido en 1978 y en 1980, luego de ser liberado, recibió el Premio Nobel de la Paz. Este premio destacó ante la opinión pública mundial la labor que desarrollaban las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

9. Movimiento Judío por los Derechos Humanos

Como consecuencia del elevado número de judíos desaparecidos y de las connotaciones de antisemitismo de los militares argentinos, el rabino Marshall Meier, el periodista Hermann Schiller y otros, fundaron esta organización, que actualmente ya no existe.

III. REPERCUSIÓN INTERNA DEL TRABAJO DE LOS ORGANISMOS DE DERECHOS HUMANOS EN LA ARGENTINA

En los últimos años de la dictadura, se constituyeron la Asociación de ex-Detenidos y Desaparecidos, la Fundación de la Memoria Histórica y Social, la Oficina de Solidaridad para Exiliados Argentinos. Cada partido político, cada centro estudiantil y muchos sindicatos formaron sus comisiones de derechos humanos, que se sumaron al Movimiento por los Derechos Humanos, obligando a los partidos políticos, a su pesar, a incluir la temática en sus agendas.

El investigador argentino Héctor Ricardo Leis, en «El movimiento por los derechos humanos y la política argentina» dice:

«El año 1981 es el año del «despegue» del Movimiento de Derechos Humanos. Los desaparecidos son reclamados ahora en las calles. El Movimiento de Derechos Humanos comienza a movilizar públicamente... La sociedad argentina recién entonces se dispone a ver lo que pasa. Las madres dejan de ser vistas como «locas». Son las madres de Plaza de Mayo, quienes, precisamente, llaman a la primera concentración pública, al cumplirse el cuarto aniversario de su creación. El grupito de Madres de aquel primer jueves, es engrosado y alcanza ahora el número de dos mil personas, a pesar de la prohibición reiterada de la policía federal para realizar el acto. La consigna de «APARICION CON VIDA» ahora se puede escuchar en la calle y también leer en los diarios. Son numerosas las solicitadas que publican los diarios, firmadas por las distintas agrupaciones del Movimiento de Derechos Humanos, quebrando la censura y la autocensura anterior. Distintas personalidades y grupos políticos y sociales que antes no participaban del Movimiento de Derechos Humanos, comienzan a acercarse. El gobierno militar siente la necesidad de pronunciarse sobre el tema de los desaparecidos; ya no puede desconocer el problema e intenta justificarse, reivindicando su lucha contra el terrorismo subversivo, en defensa de la Nación. Son muchas las dificultades de gobierno que encuentran las Fuerzas Armadas, en el plano social y económico, para garantizar su continuidad en el poder. Pero el tema de los derechos humanos no introduce una nueva dificultad, sino la discusión sobre la legitimidad del régimen. Cuestionar los principios éticos que habían orientado tal lucha suponía deslegitimar al régimen. Y esto es lo que producía el creciente reconocimiento del tema de los derechos humanos, a través del espacio público que iba ganando. el Movimiento por los Derechos Humanos había planteado una demanda ética que empezaba a tener traducción en términos de confrontación pública. El corte con la dictadura adquiere su mayor nitidez en este campo. Las posiciones se presentaban como inconciliables y en realidad lo eran. Tomar partido por el Movimiento por los Derechos Humanos había planteado una demanda ética que empezaba a tener

traducción en términos de confrontación pública. El corte con la dictadura adquiere su mayor nitidez en este campo. Las posiciones se presentaban como inconciliables y en realidad lo eran. Tomar partido por el Movimiento de Derechos Humanos significaba, en aquellas circunstancias, cuestionar globalmente a la dictadura, más que algunos aspectos de su accionar. La reivindicación de los derechos humanos marcaba una diferencia irreductible, respecto al orden político de la dictadura. Invocaba la necesidad de otro orden.» (2)

Para este autor, la guerra de las Malvinas y la estruendosa derrota militar, interrumpió un proceso, que con el liderazgo del Movimiento de Derechos Humanos, podría haber conducido a una derrota total de la dictadura. En cambio, el fracaso bélico determinó que las Fuerzas Armadas llamaron a los partidos políticos a un acuerdo para únicamente convocar a elecciones, dejando dos asignaturas pendientes: derechos humanos y situación económica.

Continúa el autor citado diciendo:

«Mientras los partidos preparan sus internas, el Movimiento por los Derechos Humanos moviliza. El 5 de octubre de 1982, el Movimiento por los Derechos Humanos organiza una marcha nacional en la que participan todos los organismos que lo componen y gran cantidad de sectores políticos y gremiales. El Movimiento por los Derechos Humanos se transforma en la cabeza visible de la oposición político-social a la dictadura, en esta reducida fase de transición (3). Pese a la expresa prohibición del gobierno, la «Marcha por la Vida» es encabezada por importantes personalidades y reúne más de diez mil personas. Los diarios le dieron gran cobertura y se hicieron eco de la demanda, comentando que el problema de los derechos humanos no preocupa solamente a las familias afectadas sino también a la comunidad nacional en su conjunto. Estas marchas se repiten constantemente. Los jueves de las Madres concitan ahora la simpatía de numerosas personas, sobre todo jóvenes, que las acompañan en sus rondas. En abril de 1983, el Movimiento por los Derechos Humanos reúne más de 200.000 firmas, en un petitorio dirigido al gobierno militar, en el que reclama la «aparición con vida de los detenidos-desaparecidos», la «inmediata libertad de los detenidos», «juicio a los responsables» de las violaciones a los derechos humanos y donde además se rechaza «cualquier tipo de amnistía o manto de olvido» (4). *En junio de 1983, el Movimiento por los Derechos Humanos convoca a una «Marcha de repudio al Informe Final de la dictadura» y reúne casi 50.000 personas. La clase política dio su apoyo a la misma, casi sin restricciones. La nómina de adhesiones incluía a los que después llegarían a ser los principales líderes de los partidos mayoritarios. El 30 de junio de 1983, la totalidad de los organismos hacen una presentación judicial contra el acto institucional que considera actos de servicio a las violaciones a*

(2) Héctor Ricardo Leis: «El Movimiento por los Derechos Humanos y la Política Argentina»/I. Bs. As., CEAL, 1989, pp. 21/22.

(3) M. Sondereguer: «Aparición con vida: el Movimiento de los Derechos Humanos (1976-1983)». En Elizabeth Jelin, compiladora: «Los nuevos movimientos sociales/2», Bs. As. CEAL, 1985.

(4) M. Sondereguer op. cit.; A. H. Colombo: «Movilización y pluralismo en la Argentina», en Colombo y Palermo: «Participación política y pluralismo en la Argentina contemporánea». Bs. As., CEAL, 1985.

los derechos humanos. La presentación tiene esta vez un petitorio con 260.000 firmas. Después de sancionada la Ley de Autoamnistía, el Movimiento por los Derechos Humanos organiza su última marcha antes de las elecciones y cuenta con el apoyo de la mayoría de los partidos políticos. Entre marchas y petitorios, salvo la derecha conservadora, no quedó nadie de la clase política sin apoyar activamente las demandas del Movimiento por los Derechos Humanos, en uno u otro momento de esta corta fase de transición, iniciada con la derrota militar ante los ingleses. No estaban saliendo del todo mal las cosas para el Movimiento por los Derechos Humanos. Es más, los dos partidos mayoritarios incorporan a sus programas un rechazo explícito de la doctrina de la seguridad nacional, en nombre de la cual la dictadura justificó las violaciones a los derechos humanos. Había comprometido a la clase política en términos personales y programáticos y conformado un movimiento social en donde la heterogeneidad inicial no había impedido lograr la unidad en todas las grandes decisiones de esta etapa. Todas las marchas y petitorios, casi sin excepción, habían sido organizadas por las ocho entidades. ¿Y qué ocurría con la gente? Particularmente creo que al Movimiento por los Derechos Humanos no puedo irle mejor. Las elecciones de octubre de 1983 son la mejor prueba de la penetración del Movimiento por los Derechos Humanos en los distintos estratos de la sociedad civil... El Partido Radical triunfa porque, en todo caso, es el que aparece menos comprometido con la continuidad del poder militar y más comprometido con la democracia.» (5).

Emilio Mignone, por su parte, no cree que el Movimiento por los Derechos Humanos hubiera estado en condiciones de encabezar una acción eficaz contra la dictadura. Al respecto dice:

«Las ocho organizaciones no poseían suficiente fuerza, lucidez, unidad y recursos como para una empresa de esa envergadura. Las condiciones del país tampoco lo permitían. Desde antes de la aventura malvinense, los partidos políticos estaban dispuestos a negociar con las Fuerzas Armadas, sin otra condición que el llamado a elecciones... El momento adecuado para el aniquilamiento de las bases programáticas y de poder del régimen militar fue el de la derrota del Atlántico Sur en junio de 1982. No se lo aprovechó porque los dirigentes políticos prefirieron aceptar la oferta de elecciones, en vez de utilizar esa circunstancia para la destrucción total del régimen castrense, con la reforma integral previa y la subordinación de las Fuerzas Armadas.» (6).

Personalmente, pienso que la dictadura militar y su programa económico fueron puestos en evidencia por el accionar creciente del Movimiento por los Derechos Humanos, que hicieron poco a poco perder el miedo a amplios sectores de la sociedad. Los mismos militares fueron tomando conciencia de su paulatino e inexorable aislamiento de la opinión pública nacional y mundial. El 31 de marzo de 1982 la CGT realizó su primer acto público, ferozmente reprimido. Dos días más tarde se produjo el desembarco en las Malvinas. La derrota solo aceleró los tiempos. La dictadura estaba llegando a su fin.

(5) Ib. Leis pp. 29 y 31

(6) Emilio Mignone: «Derechos Humanos y Sociedad». Bs. As. 1991 pp. 122/123.

IV. LA ACTUACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES EN LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

Como consecuencia del fracaso de las Malvinas, se produjo la desintegración de la Junta Militar, con el retiro de la Marina y de la Fuerza Aérea. En ese momento se da una curiosa situación -como dijo Jorge Sábato- en la cual en un país de treinta millones de habitantes, el Presidente de la República es elegido por el voto de un ciudadano, El Comandante en Jefe del Ejército. Es el nuevo presidente de facto, el General Reynaldo Benito Brignone. Asumió el 22 de junio de 1982. Dos días más tarde, los líderes políticos y gremiales entrevistaron al nuevo presidente y plantearon su único interés: el llamado a elecciones. En ningún momento se refirieron a la revisión de la represión clandestina, ni tampoco se puso en duda que el gobierno civil restablecería la plena vigencia de los derechos humanos, pero al mismo tiempo, los dirigentes políticos, debido a la presión de los organismos de derechos humanos y de la opinión pública, se mostraron renuentes a un pacto que permitiera la impunidad de los crímenes cometidos.

Ante esa situación, los militares, el 28 de abril de 1983 dieron a conocer el llamado «Documento Final», en el cual justificaron y ensalzaron la represión y sin mayores explicaciones, dieron por muertos a los detenidos-desaparecidos.

Luego de fracasar en el intento de un compromiso con la Multipartidaria para lograr la impunidad, debido a la influencia de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, la Junta Militar, el 23 de setiembre de 1983, aprobó la «Ley de Pacificación Nacional», más conocida por la «Ley de autoamnistía». Con ello se pretendió extinguir las posibles acciones penales contra los que habían cometido graves violaciones a los derechos humanos.

El 30 de octubre de 1983 los argentinos eligieron como presidente al Dr. Raúl Alfonsín, el que había basado su campaña en el juzgamiento de los responsables de la represión. El 13 de diciembre de 1983, el Presidente de la República, por decreto 158 y de acuerdo con los términos del Código de Justicia Militar, ordenó el juzgamiento de los integrantes de las tres primeras Juntas Militares y en el mismo día presentó un proyecto de ley introduciendo reformas al Código de Justicia Militar y la derogación de la Ley de autoamnistía. Por estas reformas, las violaciones de derechos humanos cometidas por los integrantes de las Fuerzas Armadas, policiales, etc., tendrían que ser juzgadas por los Tribunales Militares.

En toda esta etapa, los organismos de derechos humanos argentinos desempeñaron un papel protagónico. En las elecciones nacionales, la elección del diputado Augusto Conte fue prácticamente apoyada por todas las organizaciones de derechos humanos de las que él fue candidato. La actividad desarrollada permitió introducir con la Ley 23.049, un mecanismo de contralor civil sobre las actividades de los Tribunales Militares, que permitió llegar a la condena de los integrantes de las Juntas, en la causa 13, a quienes sus pares se negaban a juzgar. La actividad desarrollada por los Organismos primero y luego por la CONADEP, permitió reunir las pruebas necesarias para la condena de los responsables mayores de la represión. Sin la presencia de los Organismos, ese juicio no habría podido llegar al resultado ejemplar que tuvo.

A partir de allí, comienza el camino hacia la impunidad. Se condenó a cinco de los acusados y posteriormente a dos más: los ex-Jefes de Policía de la Provincia de Buenos Aires, generales Camps y Ricchieri y además al Comisario Miguel Etchecolatz y al médico policial Jorge A. Bergez. Estos dos últimos fueron liberados por las leyes de «Obediencia Debida» y de «Punto Final», que amnistiaron a la mayoría de los integrantes de las Fuerzas Armadas.

Estas dos leyes, que iniciaron el camino de la impunidad para los violadores de los derechos humanos, encontraron su culminación en los dos indultos decretados por el Presidente Carlos Saúl Menem, a pesar de la tenaz oposición de los organismos de derechos humanos.

Aprobadas las normas legales que dieron la impunidad a los violadores de derechos humanos, algunos organismos, por iniciativa de algunos de sus abogados, decidieron impugnarlas a la luz de las obligaciones emergentes para el Estado de las Convenciones Internacionales sobre derechos humanos, que habían sido ratificadas durante el gobierno del presidente Alfonsín.

A partir de ese momento se encaró una nueva forma de lucha: ampararse en las distintas declaraciones y convenciones que recogieron el *jus cogens* materia de derechos humanos.

En tal sentido, el primer paso fue el agotamiento de los recursos internos. Para ello, los familiares de desaparecidos y las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos, acompañadas por abogados de algunos organismos, se opusieron a la aplicación de las referidas leyes y decretos por parte de los jueces. Al no lograrlo, transitaron las distintas instancias hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Confirmada la impunidad, se procedió a denunciar al Estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación de la Declaración Americana de Derechos Humanos, del Pacto de San José y de las Convenciones Internacionales por actos administrativo, legislativo y judicial que emergieron de la aprobación de las leyes de impunidad, su promulgación por el Poder Ejecutivo y su convalidación por el Poder Judicial.

Después de largos trámites, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 2 de octubre de 1992, aprobó dos informes simétricos para Uruguay y Argentina. Si bien ambos informes son muy similares, presentan algunas diferencias en mérito a los distintos caminos seguidos por la impunidad en ambos países. En Uruguay, no se llegó a condenar a ningún militar, pero hubo un amplísimo debate que terminó en el referéndum, por el cual se mantuvo la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, contraviniendo por un acto interno, las obligaciones internacionalmente asumidas. En Argentina, hubo condena definitiva para siete militares de lata graduación y la impunidad se logra a través de leyes y decretos que contravinieron lo dispuesto por las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos, ratificadas por el gobierno constitucional del presidente Alfonsín.

Sólo me voy a referir al informe N° 28/92 aprobado por la comisión en su sesión N° 1.169 del 2 de octubre de 1992, relacionado con Argentina.

El 4 de noviembre de 1991, por una mayoría de cinco a uno, se aprobó el informe N° 34/91, conforme al artículo 50 de la Convención Americana sobre De-

rechos Humanos. Dicho informe fue remitido al gobierno argentino en fecha 8 de octubre de 1991. El 20 de enero de 1992, el gobierno de la República Argentina remitió sus observaciones a dicho informe. Estas observaciones fueron cuidadosamente consideradas por la Comisión en el nuevo informe N° 28/92, previsto por el artículo 51.1. de la Convención, el cual fue aprobado por unanimidad, con la sola abstención del miembro de la Comisión Dr. Oscar Luján Fappiano, quien por su calidad de argentino, se abstuvo de participar en la consideración y votación de ambos informes. Acoto aquí que el Dr. Fappiano, además de ser miembro de la Comisión es Procurador General de la Nación, cargo equivalente al de Fiscal de Corte en el Uruguay.

A partir de fines de 1987, la CIDH comenzó a recibir peticiones contra el gobierno de la República Argentina, en la que se denunciaba que la sanción por el Poder Legislativo de las leyes 23.492 -Ley de Punto Final- y la ley 23.521 -de Obediencia Debida-, promulgadas por el Poder Ejecutivo, y su aplicación por el Poder Judicial, violaban, entre otros, el derecho de protección judicial (art. 25) y las garantías judiciales (art. 8), consagrados en la Convención. En total, seis casos fueron abiertos. A partir de noviembre de 1989, algunos peticionarios ampliaron su denuncia por los mismos agravios, contra los efectos del decreto presidencial de indulto, N° 1.002, del 7 de octubre de 1989, que operó el «desprocesamiento» de personas enjuiciadas por violaciones a los derechos humanos, que no se habían beneficiado por las anteriores leyes.

«En razón de la identidad material de las reclamaciones, así como de la naturaleza esencialmente jurídica de la cuestión, ya que no se discuten hechos sino la compatibilidad de un género de Leyes y Decreto con la Convención, la Comisión ha decidido la acumulación y consideración conjunta de estas peticiones»(7).

A continuación el Informe hizo un resumen de las denuncias y de las respuestas del gobierno, en los siguientes términos:

«6. *En todos los seis casos, los peticionarios alegaron que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos* -desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros- cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas, fueron cancelados, impedidos o dificultados, en virtud de las Leyes y el Decreto, y que ello constituye la violación de sus derechos garantizados por la Convención.

«7. En todos los seis casos, el gobierno sostuvo que las alegadas violaciones ocurrieron antes de la ratificación por ese Estado por la Convención y, en consecuencia, eran inadmisibles *ratione temporis*. El gobierno también adujo que algunos de los casos habían sido ventilados ante otras instancias internacionales. Respecto del fondo de la cuestión, dicho gobierno ha sostenido el haber realizado una exhaustiva investigación oficial y haber condenado a los ex-líderes militares y que, en consecuencia, no había violación de la Convención. En lo relativo a la Carta de la OEA y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Argentina ha insistido en que si bien estos instrumentos consagran derechos, reservan su aplicación a las cortes nacionales.» (8)

(7) Informe N° 28/92 CIDH - OEA/Ser. L/V/II.82 - Doc. 24 p. 3.
(8) Ib. párrafos 6 y 7.

A pesar de la importancia del tema, no voy a extenderme mucho más sobre el mismo. Sin embargo voy a hacer la siguiente consideración sobre las opiniones y conclusiones de la Comisión, respecto del fondo de la cuestión, en lo que puede tener que ver con el papel de los magistrados.

«...Dado que todas las quejas no buscan denunciar ni comprobar hechos controvertidos, sino la compatibilidad de la Convención con las Leyes y Decreto impugnados, la Comisión considera que estas reclamaciones presentan solamente una cuestión de puro derecho.» (9)

«En consecuencia, la cuestión ante esta Comisión, es la de la compatibilidad de las Leyes y el Decreto, con la Convención.

«A. *Con respecto a la interpretación de la Convención...*» (10) dice: «*La Comisión recuerda que la interpretación de la Convención debe hacerse de acuerdo con esta disposición cuando examina por primera vez un caso*» (11).

«B. *Con respecto a las garantías judiciales*

«32. El efecto de la sanción de las Leyes y el Decreto fue el de extinguir los enjuiciamientos pendientes contra los responsables por pasadas violaciones de derechos humanos. Con dichas medidas, se cerró toda posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados; identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponer las sanciones penales correspondientes. Los peticionarios, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos.»

«Lo que se denuncia como incompatible con la Convención *son las consecuencias jurídicas de las Leyes y el Decreto respecto del derecho a garantías judiciales de las víctimas.* Uno de los efectos de las medidas cuestionadas fue el de enervar el derecho de la víctima a demandar en la jurisdicción criminal a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. En efecto, en buena parte de los sistemas penales de América Latina, existe el derecho de la víctima o su representante a querellar en el juicio penal.» (12)

«En consecuencia, el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan como el argentino, deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia, en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal.» (13)

«La cuestión de si los derechos de la víctima o sus familiares, garantizados por la legislación interna, se halla amparado por el derecho internacional de los derechos humanos, conlleva determinar: a. Si esos derechos consagrados en la constitución y las leyes de ese Estado, en el momento de ocurridas las violaciones, adquirieron protección internacional mediante la posterior ratificación de la convención y, por ende, b. Si es posible abrogarlos absolutamente mediante la

(9) Ib. párrafo 29.
(10) Ib. párrafo 30.
(11) Ib. párrafo 31.
(12) Ib. párrafo 33.
(13) Ib. párrafo 34.

promulgación ulterior de una ley especial, sin violar la Convención o la Declaración Americana» (14).

Y concluye: «*Las Leyes y el Decreto buscaron, y en efecto impidieron, el derecho de los peticionarios emanados del artículo 8.1 citado. Con la sanción y aplicación de las Leyes y el Decreto, Argentina ha faltado a su obligación de garantizar los derechos a que se refiere el artículo 8.1 y ha violado la Convención.*» (15)

«C. *Con respecto al derecho a la protección judicial...* la comisión declara que se ha cometido una nueva violación de la Convención con la aprobación de las Leyes y el Decreto.» (16)

Finalmente, lo mismo declara: D. *Con respecto a la obligación de investigar,* ... con la sanción de las Leyes y Decreto, Argentina ha faltado al cumplimiento de su obligación que emana del artículo 1.1 y ha violado los derechos de los peticionarios que la Convención les acuerda.» (17)

La Comisión, luego de expresar satisfacción por las indemnizaciones, la investigación realizada por la CONADEP y los juicios a los principales responsables de la dictadura, dice: «no obstante, la Comisión debe aclarar que la materia de los casos, objeto del presente Informe, debe ser distinguida del tema de las compensaciones económicas por daños y perjuicios causados por el Estado» (18).

«En el presente informe, uno de los hechos denunciados consiste en el efecto jurídico de la sanción de las Leyes y el Decreto, en tanto y en cuanto privó a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables de los delitos cometidos... Estos hechos se produjeron con la sanción de las medidas cuestionadas, en 1986, 1987 y 1989, con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para Argentina en 1984» (19)

Concluye: «Si bien ambas cuestiones (la denegación de justicia por la cancelación de los procesos criminales y la compensación indemnizatoria por violaciones al derecho a la vida, integridad física y libertad) están estrechamente relacionadas, es preciso *no confundirlas en tanto quejas materialmente diferentes.* Cada una de las cuestiones denuncia un hecho diferente, que tuvo lugar en tiempos diversos y que afecta derechos o disposiciones, también distintas, de la Convención.» (20)

Por todas dichas consideraciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolvió que las Leyes de Obediencia Debida y de Punto Final y el Derecho de Indulto, son incompatibles con el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como la Comisión no puede ordenar, efectúa dos recomendaciones: la primera es otorgar a los peticionarios

(14) Ib. párrafo 35.
(15) Ib. párrafo 37.
(16) Ib. párrafos 38 y 39.
(17) Ib. párrafos 40 y 41.
(18) Ib. párrafo 49.
(19) Ib. párrafo 50.
(20) Ib. párrafo 52.

una justa compensación por la promulgación de las leyes y el decreto. La segunda -que no figuraba en el anterior informe- *la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidos durante la pasada dictadura militar* (21).

La parte resolutiva del informe respecto a Uruguay es exactamente igual.

La puesta en marcha de este mecanismo, ha sido el resultado del accionar de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, que agotados los mecanismos internos de protección a los derechos humanos, acudieron a las instancias del sistema internacional. Todavía el procedimiento no ha terminado.

V. EL PAPEL DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES DE DERECHOS HUMANOS EN LA ACTUALIDAD

La concepción de derechos humanos, va adquiriendo forma en el transcurso de los últimos años de la segunda guerra mundial. Es así que en 1948 se aprueba la Declaración Universal de los Derechos del Hombre por parte de las Naciones Unidas, que reúne el consenso de los distintos países que las integraban.

Pero cuando se trata de plasmar en una convención internacional de derechos del hombre, surge la primera división de fondo en lo que debe ser el contenido de los derechos humanos. Por un lado, aparecen aquellos para los que los derechos humanos individuales, los de la típica concepción liberal, son la base misma de la libertad y la igualdad capitalista. Estos estaban de acuerdo en incluir los llamados derechos civiles y aun los políticos, como forma de protección frente al despotismo. Por otro lado, estaban los que consideraban que derechos humanos también son los derechos económicos, sociales y culturales. Los países centrales se aferraron al concepto de que estos últimos eran meramente programáticos. Esta discusión terminó en que se trataran por separado dos convenciones: una, la Convención Internacional Derechos Civiles y Políticos y la otra, la Convención Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Una vez más, nuestra teoría se vio influida por una corriente colonizadora cultural. En nuestros países del Cono Sur, nuestro primer contacto con los derechos humanos proviene de la confluencia de la persecución política llevada a cabo por gobiernos militares o cívico-militares, instrumentadores de la doctrina de la «seguridad nacional», con las estrategias de los gobiernos de Estados Unidos. Ya en 1985, el peruano Francisco Miró Quesada sostuvo que «los derechos humanos adquieren un nuevo sentido en América Latina. Porque el intento de interpretar nuestra historia conduce a un resultado definitivo: mientras se mantenga la actual estructura social y económica, los derechos humanos no podrán realizarse plenamente. Incluso cuando las circunstancias favorecen a la democracia representativa y puede funcionar el Estado de derecho, los derechos humanos no quedan plenamente garantizados. Porque en una estructura social como la que impera en América Latina, se pueden garantizar, en circunstancias especiales favora-

(21) Ib. página 12.

bles, el hábeas corpus, la libertad de pensamiento y de expresión, el secreto de la correspondencia y la inviolabilidad del domicilio, pero no hay ninguna posibilidad de garantizar los derechos sociales. El derecho al trabajo, el derecho a una remuneración justa, el derecho a una posición social respetable, en la que el individuo pueda realmente expandir las mejores virtualidades de su personalidad, no pueden garantizarse, en un mundo asolado por la miseria, la pobreza y la explotación. Para lograr el total respeto de los derechos humanos, es necesario cambiar el orden interno y externo. Mientras el mundo siga dividido en naciones dominantes y dominadas, mientras los países latinoamericanos estén regidos por el poder económico de grupos privilegiados, no será posible hablar auténticamente sobre los derechos humanos. Aunque se logre romper definitivamente el péndulo que impone el retorno de la tiranía de manera periódica, mientras no se cambie el orden social, los derechos humanos no pasarán del reconocimiento formal de los derechos individuales.» (22)

La verdad de esta afirmación es notoria en nuestra Latinoamérica. Por ejemplo, cuando en Argentina, Uruguay, Chile los gobiernos militares violaban los derechos civiles y políticos en forma masiva, era más fácil entender la denuncia que cuando gobiernos formalmente democráticos violan esos mismos derechos, tal como ocurre actualmente en todos los países, desarrollados o no.

Hoy la tarea de todos, como dice el padre Pérez Aguirre «no es cuestión de discursos teóricos. Es antes que nada *un estilo de vida,* una manera de ser ante el azote, el más devastador y el más humillante, que es la situación de pobreza inhumana en la que viven millones en América Latina. Esta situación infrahumana de la no-persona viola todos los derechos humanos, pero al mismo tiempo ella puede también ser el lugar de una experiencia de liberación y de dignidad» (23), «... se necesita entonces *cambiar de lugar social...* se necesita pasar del lugar social de las elites de los derechos humanos, al lugar social de los pobres. Es a partir del mundo de los pobres que debemos intentar leer la realidad social y comprometernos a su transformación defendiendo el derecho de los empobrecidos. La visión de los pobres y de los oprimidos de los derechos humanos va a ser el punto de partida y el primer criterio dentro de la lectura y la comprensión real del hombre y del mundo de los derechos humanos» (24).

Para cerrar esta exposición, permítanme recordar una frase de Charles Péguy: «Una sola miseria basta para condenar a una sociedad entera. Basta que un solo hombre viva, o a sabiendas sea mantenido en la miseria, para que todo contrato social sea nulo.» (25)

---

(22) Francisco Miró Quesada. Los derechos humanos América Latina, en «Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos.» Ed. UNESCO pp. 343/346.

(23) L. Pérez Aguirre «Si digo derechos humanos» Ed. Serpaj (Uruguay) 1991, p. 14.

(24) Pérez Aguirre, Ibídem, p. 16.

(25) Citado por Pérez Aguirre, ob. cit. p. 24.

EL PAPEL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DEL URUGUAY

Dra. Beatriz Rovira de Pessano

Creemos oportuno señalar en primer término que el Colegio de Abogados del Uruguay fue fundado en el año 1929. Es una asociación profesional que agrupa a más de dos mil abogados. Es decir casi la mitad de los abogados del país, tratándose de una asociación de afiliación voluntaria, dado que nuestro país no cuenta todavía con una ley de colegiación obligatoria.

Sus órganos son la Asamblea General de socios, el Directorio, integrado por once miembros e igual número de suplentes, la Comisión Fiscal y el Tribunal de Honor. Y en él funcionan además una Comisión de Arancel, una Comisión de Derechos Humanos y numerosas otras comisiones, como la de Asuntos Judiciales, Asuntos Legales, Publicaciones (que tiene a su cargo la publicación del Boletín y la Revista) y, como dije, también una Comisión de Informática, y una Comisión de Seguridad Social, entre otras. La verdad es que el Colegio funciona a través de comisiones: No son sólo las que acabo de mencionar, sino que hay otras comisiones que funcionan permanentemente.

Está organizado en forma democrática y pluralista, y no responde a intereses político-partidarios. Entre los fines que le asignan sus estatutos destacaremos, por estar especialmente referidos a la temática que se aborda en este curso: mantener vivo el culto de la justicia; propugnar por el mejoramiento de la organización judicial y administrativa y el respeto de los principios esenciales de la Constitución; propiciar el perfeccionamiento del orden jurídico procurando el mejoramiento de la legislación conforme a las necesidades sociales y económicas del país; la reforma de las leyes, colaborando con los poderes públicos en materia jurídica y con otras asociaciones que persigan fines de interés nacional; propugnar la relación con entidades similares de orden profesional, nacionales y extranjeras; la vigilancia del cumplimiento de los deberes que la ética profesional impone, sancionando sus transgresiones; la organización de ciclos de conferencias y cursos sobre temas de interés gremial y general; entre otros.

Se destaca que si bien por cláusula expresa de sus estatutos le está impedido al Colegio comprometer su conducta en problemas de orden religioso y/o político, podrá hacerlo -y así se establece expresamente en ellos- toda vez que resulten afectados los principios esenciales de la democracia.

Como institución que agrupa a los abogados del país, el Colegio cumple una finalidad que podemos calificar como de estrictamente de orden gremial, al lado de la cual le corresponde otra función, esta casi pública, junto a los poderes del Estado.

Creemos fundadamente que como institución reconocida en nuestro país y de acuerdo a lo que hemos oído al Dr. Carsen, tiene el Colegio de Abogados del Uruguay suficiente investidura y autoridad moral no sólo para postular la defensa de los derechos humanos sino para reclamar ante las autoridades nacionales e incluso internacionales competentes la garantía de esos derechos.

Esto no debemos verlo como una prerrogativa del Colegio. Muy por el contrario, entendemos que constituye un deber que tiene que asumir toda vez que tiene conocimiento de que han sido violados o amenazados derechos humanos reconocidos por la Constitución, por las leyes, o por los tratados o convenciones internacionales ratificados por nuestro país.

Como institución gremial apoya la labor de los abogados bregando por su perfeccionamiento técnico y mejor capacitación, tarea que especialmente dirige a los jóvenes profesionales, organizando para ello cursos anuales, muchos de ellos junto con la Facultad de Derecho, y siempre a cargo de especialistas de reconocida versación en las materias que se traten.

Sin duda, son todas ellas elevadas y comprometidas tareas que la vida social pone en manos de nuestra institución, y que por ello constituyen motivo de constante atención y preocupación por parte de quienes la dirigen.

En el cumplimiento de esa trascendente misión actúa relacionándose permanentemente con los poderes del Estado, y en este aspecto debemos remarcar su relación con el Poder Judicial, al que ofrece permanentemente franca colaboración y del que ha recibido también, a la vez, pronta y valiosa respuesta.

Como representantes del Colegio, nos sentimos orgullosos de la posición que ha sustentado éste, invariablemente, en su lucha por la independencia del Poder Judicial, la que entiende que no puede limitarse al aspecto técnico, en lo que refiere a la aplicación del derecho, sino que debe comprender además la derivada de la forma de elección de sus titulares y la independencia en el orden administrativo y económico.

El Colegio ha hecho pública más de una vez su opinión en el sentido de que la eficacia del sistema judicial radica en la integridad, imparcialidad e independencia de los jueces, esencial para el mantenimiento y salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales.

La voz de nuestro gremio ha sido oída cada vez que se ha tratado de obtener una justa retribución para magistrados y funcionarios, por entender que ello contribuye a las condiciones de una mejor justicia.

El Colegio mantiene por igual una constante y fluida relación con el Parlamento de nuestro país, brindándole permanente aporte en materia de asesoramiento jurídico, especialmente en lo que refiere a la preparación de leyes de interés nacional, que requieren la participación de especialistas preparados académicamente para ello.

En este aspecto quisiera hacer mención a alguna de las numerosas intervenciones del Colegio de Abogados, especialmente en lo que refiere a la participación en la preparación de proyectos de códigos y leyes referidos a los derechos humanos.

Desde antes de crearse su Comisión de Derechos Humanos, el Colegio participaba ya en las comisiones parlamentarias, aportando su opinión a través de reconocidos especialistas. Pero a la vez que señalamos esa actividad cumplida por nuestro Colegio colaborando en el trabajo con las comisiones del Parlamento, no podemos dejar de citar la posición que adoptó el Directorio de nuestro Colegio, presidido entonces por el Dr. Rodolfo Canabal, cuando al ser invitado por el Ministro de Justicia de la dictadura militar –tal vez él no recuerde este episodio– para integrar la Comisión de Reforma del Código Civil, con valentía dirigió al Ministro una nota donde le expresaba la firme negativa del Directorio a integrar esa comisión, por considerar que la eventual reforma de un cuerpo de leyes fundamental para la vida nacional, como sin duda lo es el Código Civil, es tarea que por su trascendencia rebasa las facultades de cualquier gobierno de facto como lo era, se señalaba en la nota, el que existía en esa época en nuestro país. Y que la participación en trabajos de esa naturaleza hubiera importado contradecir el criterio sustentado por el Colegio de no contribuir a lo que se llamaba, con fundamento, la desestimación de la legalidad.

En esta materia de participación del Colegio de Abogados del Uruguay en iniciativas legales no quiero dejar de referirme, por su importancia, a la relacionada con la elaboración del proyecto de ley de delitos de lesa humanidad, tarea dirigida a cumplir una exigencia de la Convención contra la Tortura, ratificada oportunamente por nuestro país, con cuyo proyecto se tendió a colmar un vacío que existía en la materia, vacío que, lamentablemente, había quedado de manifiesto con los horrores padecidos en el largo período de dictadura que soportó nuestra República.

La Comisión de Derechos Humanos del Colegio, esto es, cuando todavía soportábamos el gobierno de facto, se integró con numerosos especialistas en esta materia, quienes brindaron generosamente su aporte en cumplimiento de una labor que no era demasiado fácil en esa época.

Recordamos, y no queremos ser injustos si olvidamos a algunos, los nombres de los Dres. Schurmann Pacheco, Artucio, Sarthou, Urioste, Pessano, López Goldaracena, Fossatti, Revelles, Piazza, entre otros.

Esa comisión, decíamos, preparó algunos años más tarde el proyecto de delitos de lesa humanidad al que hacíamos referencia antes, proyecto en el que se trató de materializar disposiciones que tipifican los delitos de tortura, homicidio político, ocultamiento de paradero y desaparición forzada, detención ilegítima, asociación para cometer delitos de lesa humanidad, y una serie de formas omisivas, todas ellas figuras que no estaban tipificadas como tales por nuestro derecho penal.

Se determinaron las conductas, los sujetos activos, y se calificaron como crímenes contra la humanidad. Con todas sus consecuencias, esto es: no son suscep-

tibles de asilo político, son imprescriptibles, extraditables, y no pueden ser extinguidos por medio del indulto, la amnistía o la gracia, como tampoco puede aplicarse respecto a ellos la eximente del cumplimiento de la orden del superior.

Este proyecto de ley fue aprobado en 1986 por el Directorio del Colegio luego de numerosos debates en foros especialmente organizados para ello, a los que fueron invitados especialistas de nuestro país y especialistas de la Argentina especialmente. El Colegio entendía contribuir con ello al cumplimiento de la obligación asumida por el Estado uruguayo frente a la comunidad internacional, ante la población del país, en cuanto a establecer normas claras en su legislación interna que definieran esos gravísimos delitos y establecieran las correspondientes sanciones.

Fue además tarea del Colegio darle al proyecto la más amplia difusión luego de su envío a la comisión correspondiente del Parlamento, difusión que se hizo por medio de la prensa y en numerosos foros, seminarios y cursos realizados en nuestro país y en el exterior, a los que delegados de nuestro Colegio llevaban invariablemente nuestro proyecto.

Enaltece al Colegio, por eso lo referimos, que el mismo haya sido considerado como un meritorio avance en el proceso concientizador de nuestra sociedad en orden a la importancia del respeto a los derechos humanos, y el consiguiente castigo a quienes osaran violarlos de manera cruenta y sistemática.

Para la caracterización de los distintos tipos delictivos se creyó adecuado recurrir a las más recientes definiciones adoptadas por los organismos internacionales, me refiero a las recientes de la época, y se buscó realzar y establecer positivamente el principio fundamental y de largo arraigo en la conciencia universal de imponer el necesario castigo a quienes desde el gobierno de un Estado o con su complicidad desconocen o violan sistemáticamente los derechos humanos fundamentales, reafirmándose además la confianza en cuanto a que el fortalecimiento del sistema democrático y el respeto y la realización de esos derechos implica, necesariamente, el castigo ejemplar a quien los viola.

Poco tiempo después el Colegio de Abogados habría de reiterar esa posición en notas y declaraciones públicas emitidas a raíz del proyecto de ley que se conoció luego como ley de caducidad del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, larguísimo título que puede quedar reducido al de «ley de amnistía».

Volviendo al proyecto de delitos de lesa humanidad, agregamos que pese a que fue remitido sin demora a la Comisión de Legislación y Códigos del Parlamento, donde permaneció largos años sin ser considerado, hace apenas unos meses nuestro Colegio fue invitado a través del Dr. Schurmann a concurrir a la Comisión de Derechos Humanos del Parlamento. Es una comisión de reciente creación, es decir, a lo sumo de un año de actividad en la que se volvió a requerir del Colegio su opinión respecto del proyecto, lo cual nos hace pensar con cierto optimismo que por fin se ha decidido hincarle el diente, es decir, entrar a su consideración.

El proyecto, novedoso por su contenido, no lo decimos nosotros sino que lo hemos oído tantas veces, ha sido recomendado además -y ello enaltece la labor cumplida por el Colegio, como instrumento básico en la materia, en el Seminario

que celebraron los médicos, que se llamó *Los médicos ante la ética y la tortura*; organizado por el Sindicato Médico del Uruguay en diciembre de 1987. Concurrimos en representación del Colegio de Abogados, junto con el Dr. Schurmann, y estaban invitados prestigiosos especialistas uruguayos y extranjeros. Recuerdo haber encontrado en él a juristas venidos de muchas partes del mundo.

Señalábamos recién que considerábamos también digna de mención la intervención activa del Colegio en oportunidad de conocerse el proyecto de ley de caducidad, el que en definitiva consagró una impunidad respecto a delitos cometidos por funcionarios militares, policiales, equiparados o asimilados. En esa oportunidad el Colegio emitió valiente y fundada opinión, abiertamente contraria al proyecto, la que dio a conocer por la vía de comunicados, conferencias de prensa, notas a los organismos internacionales de derechos humanos, etc., señalando la grave violación que el proyecto contenía del principio del Estado de Derecho al admitir y legalizar la inaplicabilidad de la Constitución por la vía de los hechos, en cuanto declara sin norma habilitante legítima, caducado el poder punitivo del Estado para delitos cometidos por los funcionarios mencionados.

En su declaración de setiembre de 1986 el Colegio señalaba que los artículos 3° y 4° del mismo que adjudican al Ejecutivo la facultad de determinar si los actos delictivos referidos son o no incriminables, y si están o no comprendidos en los artículos 1° y 2° de la ley, implica un cercenamiento inconstitucional de poderes jurídicos esenciales, privativos de la función jurisdiccional que los artículos 233 y siguientes de nuestra Constitución atribuyen en forma privativa al Poder Judicial, infringiendo de tal forma el principio de separación de poderes, la independencia del Poder Judicial y quebrantando las bases de nuestra organización democrática.

Reafirmaba asimismo el Colegio su plena confianza en el Poder Judicial como garantía última del Estado de Derecho, y denunciaba enfáticamente que el proyecto era violatorio de las obligaciones derivadas de tratados y convenciones internacionales ratificadas por el país y de los compromisos asumidos por el gobierno ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en abril de 1985, en cuanto a su obligación de esclarecer por medio de la justicia las denuncias que hubieran sido formuladas.

Se reiteraba en esa ocasión la urgente necesidad de legislar en materia de delitos de lesa humanidad, como forma de contribuir a evitar la repetición de los abusos de poder sobre la persona humana, a través de la función preventiva general que caracteriza a las normas legales.

Tiempo después de aprobada la ley, lamentablemente fue aprobada, y fue posteriormente además sometida a plebiscito conforme a los textos constitucionales, tema sobre el cual se abundó en debates anteriores, el Colegio evaluó su aplicación en lo que refería especialmente, en ese caso, a las desapariciones forzadas entre las que se contaba las de tres ciudadanos uruguayos, uno de los cuales era el ilustre jurista, amigo y colaborador de nuestro Colegio, el escribano Fernando Miranda.

En la ocasión, nuestra institución emitió una declaración pública en la que denunciaba el desinterés de las autoridades de la época en la indagación de esas

desapariciones, y las derivaciones negativas que para la individualización y castigo de los culpables de violaciones de derechos humanos representó el traspaso de las facultades constitucionales del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, sobre lo que había alertado ya antes el Colegio, antes de la sanción de la ley.

Reivindicamos enérgicamente la competencia del Poder Judicial debidamente dotado de independencia como Poder, como la única institución competente del Estado para esclarecer y sancionar esos delitos cometidos durante el régimen de facto.

La actitud vigilante del Colegio en punto a los derechos humanos se evidenció, además, en sus numerosas intervenciones ante los poderes públicos. A vía de ejemplo, y por referirnos a algunas nada más, mencionaremos la asumida en oportunidad de habérsele excluido por decreto del Poder Ejecutivo de 1987, de la Comisión creada en diciembre de 1985 cuyo cometido era asesorar en la preparación del informe correspondiente al año 1983, que debía presentar nuestro país al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, respecto a la situación de los derechos humanos en Uruguay.

En esa ocasión, representantes del Colegio se entrevistaron incluso con el entonces Ministro de Relaciones Exteriores a quien le planteamos el profundo desagrado y preocupación por esa decisión del Ejecutivo, pese a lo cual y a haber sido oídos muy respetuosamente en la oportunidad, nunca obtuvimos una respuesta satisfactoria.

En este mismo orden queremos destacar también la posición del Colegio ante *determinadas propuestas legislativas* que pretendían reducir el límite de imputabilidad y reimplantar medidas de seguridad eliminativas. Y aquí, lamentablemente, tengo que hacer mención a algo que me parece que nos tomó un poco distraídos, pero que el Colegio había luchado mucho por evitar que esto sucediera, pero nos desayunamos hoy con la noticia de que el Senado había aprobado el proyecto aquel que tenía media sanción, en cuanto a las medidas de seguridad eliminativas. No sabemos, porque no vi el texto, si además es comprensivo de alguna otra medida.

También se había preocupado el Colegio cuando se pretendió revivir la ley de estado peligroso para menores abandonados, proyectos estos de aparición *recurrente* y que se reflotan ante circunstancias extraordinarias que movilizan la opinión pública, tal como ha sucedido recientemente con hechos criminales de particulares características.

Se ha hablado así de «olas de criminalidad que azotan al país», etc.. Ante ello, la posición de nuestro gremio a través del Colegio ha sido invariablemente la de situar las cosas en su justo lugar, con posiciones sólidas adoptadas en foros a los que se invitan a especialistas en la materia, posición que da a conocer inmediatamente a las autoridades correspondientes.

A su vez ha organizado, toda vez que las situaciones lo requirieron, mesas redondas y seminarios donde se han tratado temas tales como el de las razzias, que con demasiada frecuencia ocurrían en nuestro medio, ahora parecería que no son tan novedosas, la situación de los detenidos en las dependencias policiales,

etc., denunciando públicamente hechos gravísimos como las frecuentes muertes por suicidio que también sucedían no sólo en los establecimientos policiales sino también en otros establecimientos de detención, como el penal de Libertad y aun el Centro de Reclusión de Menores Infractores.

Lamentablemente muchos de esos hechos se repiten. Estos días se ha dado a conocer públicamente la decisión valiente de una señora magistrado de nuestro país que ordenó la clausura del Establecimiento de Miguelete, verdadero depósito de menores infractores, ante la evidencia de graves violaciones de los derechos humanos sobre estos menores.

En los foros y mesas redondas que sobre temas como estos organiza el Colegio, han participado invariablemente abogados, autoridades nacionales, magistrados, sociólogos, psicólogos, etc.. En general, en sus conclusiones se ha coincidido en la necesidad de difundir a todos los niveles los derechos y deberes de los habitantes, y realizar además una labor docente dirigida a difundir los convenios internacionales, especialmente la Convención sobre la tortura y la legislación de las Naciones Unidas sobre institutos policiales, etc., dentro de cuyo marco se inscribe este y otros cursos.

En sus conclusiones el Colegio ha propuesto, además, soluciones o correcciones posibles, conclusiones que inmediatamente da a conocer a las autoridades correspondientes. Creemos no equivocarnos –a lo mejor no somos muy modestos– al afirmar la convicción de que la opinión del Colegio de Abogados del Uruguay no es desoída, y por el contrario, ella es considerada por las autoridades del país y por la propia población.

Ayer me dio mucha alegría Jacinta cuando me dijo que no era sólo optimismo mío, sino que tal vez esto es realidad... no sé... Jacinta Balbela lo dice.

En el tratamiento de los temas referidos el Colegio ha insistido, además, en la necesidad de una verificación estadística y con alcance nacional, sobre las causas y dimensión real del fenómeno delictivo en nuestro país, propugnando por no concurrir al derecho penal sino como último extremo de control, haciendo hincapié en la necesidad de una prevención social anterior y más importante que la puramente punitiva, e instando a las autoridades a ofrecer a los individuos posibilidades ciertas de realización y bienestar.

En materia de establecimientos de detención ha sido y es norma del Colegio denunciar a las autoridades, cada vez que suceden, las irregularidades que se constatan en ellos. Tarea para la cual actúa en colaboración estrecha y permanente con los señores defensores de oficio en lo penal, al igual que con los señores magistrados y con otras organizaciones no gubernamentales.

Queremos destacar especialmente que delegados de nuestro Colegio integran el grupo de trabajo que actúa desde hace ya tiempo en esta materia de establecimientos de detención, y lo hacen junto a delegados de SERPAJ, IELSUR, Iglesia Católica, Iglesia Metodista, Asociación de Asistentes Sociales, Sindicato Médico del Uruguay, Federación Médica del Interior, Centro de Estudiantes de Derecho, Coordinadora de Reinserción de Presos Sociales, psicólogos y distinguidos especialistas que concurren a título personal.

Este grupo de trabajo elabora periódicamente serios informes que se elevan a la Suprema Corte de Justicia y al Ministerio del Interior, donde se señalan las irregularidades y violaciones de derecho verificadas.

Se han denunciado así, entre otras, situaciones conculcatorias de derechos fundamentales de los reclusos y graves irregularidades, entre otras la referente a la falta de una adecuada categorización y separación de los reclusos, la falta de asistencia médica, o defectuosa asistencia médica; señalamos también la falta de separación de los reclusos en primarios, secundarios y por edades; la deficiente alimentación; el ocio compulsivo; la falta de formación técnico-laboral; sin hablar de que falta hasta la preparación primaria, obligatoria. Conspira todo ello contra una real adaptación y recuperación del recluso en el medio social en el que le tocará vivir.

Nuestro Colegio, luego de la visita de cárceles anual a la que es invitado desde hace unos años por la Suprema Corte de Justicia, denunció esas y otras irregularidades, proponiendo a la vez, como es su conducta en estos casos, las soluciones que entiende pertinentes.

Así, entre otras propuestas, ha aconsejado la aceleración de los procesos penales a fin de evitar el elevado porcentaje de reclusos sin condena, casi un noventa por ciento. Y en punto a un control más adecuado, además, del cumplimiento de las penas, aconsejó que se hiciera efectiva la competencia de jueces de ejecución o que, de no poder ocurrir así, se encomendara esa tarea a un funcionario especializado, al estilo del *ombudsman*.

Queremos destacar también las actividades del Colegio en punto al proyecto del Código del Proceso Penal, elaborado por la Comisión Honoraria creada por disposición de la ley 15.844, con integrantes del Poder Ejecutivo, Suprema Corte de Justicia, Universidad de la República y Colegio de Abogados.

Este proyecto, una vez estructurado en sus bases fundamentales fue llevado por los delegados del Colegio al seno del Directorio, mereciendo un estudio exhaustivo y meditado, especialmente por parte de uno de sus integrantes, el experto en la materia Dr. Schurmann. El Dr. Schurmann redactó un informe muy completo, que fue publicado en la revista que edita nuestra institución, en el cual valorándolo críticamente insistió en su conocida posición, compartida por el Colegio, en cuanto a que es preciso legislar integralmente los sistemas penales, no por medio de leyes penales o procesales especiales sino por soluciones de *lege ferenda*, integrales. Lo que sintetizó con palabras de Ratbruch, expresando que la solución no está en mejorar el derecho sino en hacer un derecho mejor.

En su informe destacó la praxis del sistema como resultado de las normas e institutos procesales hasta ahora vigentes, y a la luz de ella analizó las soluciones que aporta ahora el proyecto, en cuanto a eliminar prácticas defectuosas. Señaló aspectos negativos de la praxis, especialmente en la etapa administrativa o policial.

Voy a referirme un poco más precisamente a esto, porque realmente es un trabajo largo, muy importante, la verdad es que como está publicado, simplemente digo que en este módulo, como lo llama Schurmann, este módulo administrati-

vo, es donde se plantean los problemas más críticos: detenciones en averiguaciones, redadas, razzias, allanamientos, indagaciones policiales, etc.

Schurmann señala en su informe que en el proyecto se mantiene vigente la detención en averiguaciones, autorizada por un decreto de la dictadura del año 1980, que concede a la policía el poder ilimitado de encarcelar a una persona por veinticuatro horas, sin orden ni conocimiento judicial, a efectos de su indagatoria.

Lo mismo sucede con las razzias y las indagaciones policiales, práctica esta última que según el catedrático aparecería justificada por la ley orgánica policial, que dispone o que atribuye a la policía ese carácter de auxiliar de la justicia, que le atribuiría, según ese ordenamiento, «investigar los delitos, reunir sus pruebas y entregar los delincuentes a sus jueces».

Un apartado especial creemos que merece la referencia a la participación que le cupo al Colegio en la Comisión Nacional de Ética Médica, creada por resolución de la VII Convención Médica Nacional de julio de 1984, Comisión de Ética que finalizó su labor en diciembre de 1990, habiendo sido su cometido el de recibir y dar trámite a las denuncias de infracción a las bases éticas fundamentales y a las declaraciones de las Naciones Unidas de 1982, y de la Asociación Médica Mundial de Tokio de 1975.

Actuaron en dicha Comisión, junto a delegados del Sindicato Médico, de la Federación de Médicos del Interior, Comisión Nacional de Derechos Humanos, delegados del Plenario de la VII Convención Médica Nacional y Asociación de Estudiantes de Medicina, destacados juristas integrantes de la Comisión de Derecho de nuestro Colegio. La participación de médicos y abogados especializados en la temática de los derechos humanos y el derecho penal, aseguró que se atendieran en forma correcta y ajustada a derecho tanto los aspectos técnico-médicos como el adecuado desarrollo del proceso y la consideración de los asuntos que le fueron sometidos, dentro de los criterios de la ciencia jurídica, en lo sustancial y en lo procesal.

Se fue muy cauto en asegurar el control severo de todas las actuaciones por parte del denunciado y su defensa por el abogado de su elección, asegurándosele el debido ejercicio del derecho de defensa.

La Comisión recibió ochenta denuncias contra médicos, de los que resultaron sancionados nada más que nueve, por cuanto los miembros de aquella Comisión fueron muy rigurosos en el análisis y valoración de las pruebas, a fin de que las condenas tuvieran el fundamento fáctico debido.

Otra de las razones de ese resultado fue, en algunos casos, la negativa a comparecer por parte de algunos médicos denunciados, y en otros la falta de ratificación por los denunciantes. Aquí están los Dres. Canabal, Schurmann y Artucio también, que integraron esa comisión junto a otros distinguidos colegas.

Sin embargo es preciso subrayar que al evaluar la Comisión de Ética Médica las actuaciones cumplidas, concluyó, y así se consigna en su informe final, que la realidad de los establecimientos de reclusión militar durante el régimen de facto indicó la institucionalización de la tortura.

Se hizo especial referencia a la conducta de los militares y policías actuantes, *con la colaboración por coparticipación o encubrimiento de médicos, abogados* (lo

digo dolor) *y políticos partidarios del régimen de facto contra los indagados, procesados y condenados.*

En ese mismo orden, y siendo uno de los cometidos del Colegio, velar por el estricto cumplimiento que la ética profesional impone a los abogados, sancionando sus transgresiones, el Tribunal de Honor del Colegio consideró ineludible obligación tipificar y proponer sanciones a conductas de los profesionales del derecho que durante el período de facto colaboraron en la violación, o colaboran en la violación de la Constitución, vulnerando principios democráticos del Estado de Derecho.

El Tribunal elaboró un conjunto de normas deontológicas que se consideran pautas que deben orientar el ejercicio de la profesión, como compromiso a la realización de la justicia y la paz social, y que deben ser observadas por todos los abogados, sean o no socios de la institución profesional.

En su exposición de motivos el Tribunal de Honor enfatizó el imperativo para la corporación que nos agrupa, de indagar la conducta de sus pares que consintieran o participaran en prácticas violatorias de los derechos humanos, entendiendo que la tolerancia en su violación, la no oposición y el olvido configuran conductas no éticas, incompatibles con lo establecido en el apartado 1º de las referidas normas, en cuanto determinan que el abogado debe actuar buscando la realización de la justicia y la paz social, y respetando la autoridad de la ley.

De ese modo se consideraron -esto quiero señalarlo especialmente- faltas gravísimas:

- 1º) la autoría, coautoría, encubrimiento o complicidad en la violación de derechos humanos;
- 2º) el desempeño de cargos con responsabilidad política en gobiernos de facto;
- 3º) ejecutar o inducir a realizar actos que impliquen lesión de entidad al derecho, a las instituciones y autoridades legítimas, etc..

Amén de una serie de faltas de menor gravedad, referidas especialmente a la tarea gremial o al ejercicio de la profesión.

Este tema merecía, por su importancia, un tratamiento más profundo pero, repito, en el tiempo de que disponemos sólo podemos resumir apretadamente una labor que entendemos ha sido intensa y vasta; creo que podríamos hacer mucho más, y debemos hacer mucho más en esta materia de protección de derechos humanos. Esperamos haber podido darles una visión lo más aproximada posible a esa realidad, y trasmitirles que alentamos la esperanza de que a nuestro Colegio le sea posible continuar en esa línea trazada hace largos años, de ser custodio permanente de los derechos fundamentales del hombre, colaborando en esa labor con abogados, magistrados, defensores de oficio y fiscales.

Y queremos señalar además, la importancia de actuar -como decía el amigo Carsen- junto a otras asociaciones no gubernamentales.

EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS JUDICIALES DEL URUGUAY

Dr. Dardo Preza

Había una vez una generación de estudiantes universitarios que un día cálido y soleado como los de este mes de marzo se acercó al aula, aún con ese dejo de curiosidad e incertidumbre propio de aquellos jóvenes que todavía no saben si ese será o no el comienzo de un definitivo encauzamiento vocacional, y oyeron decir a aquel inolvidable profesor: «El derecho configura una herramienta indispensable para transitar por la vida. Una herramienta que nos permite encarar y solucionar los problemas del diario vivir».

La vida y el hacer jurídico nos iba a demostrar luego cuánta sabiduría trasuntaban aquellas palabras. Las había emitido el profesor Héctor Hugo Barbagelata, ese eximio laboralista cuya sapiencia ha sido reconocida internacionalmente.

Luego, al transitar por la vida, esa formidable herramienta se transformó en el instrumento que habría de acompañarnos en toda nuestra existencia. No en vano, tres años antes, y vaya casualidad, un hermano de Héctor Hugo, otro insigne profesor, grababa indeleblemente en nuestra mente y en nuestro corazón: «La democracia no es sólo un sistema de gobierno: es una concepción del mundo y de la vida». Así enseñaba en las aulas liceales y universitarias, el profesor Aníbal Barbagelata.

Y ayer, cuando el profesor Montealegre evocaba a Kelsen y destacaba con todo acierto cómo el formalismo de Kelsen se desnutría de realismo jurídico al prescindir de los valores, afloró el recuerdo de aquel gran humanista que fue y es don Justino Jiménez de Aréchaga. Nuestra generación de juristas se formó entonces en ese clima de humanismo liberal que pautó definitivamente nuestro transitar por la vida. Y hoy, treinta años después de aquel ingreso inolvidable a la Facultad de Derecho, vemos cómo esos valores tan sabiamente inculcados, poseen plena vigencia.

Fue entonces a partir de las enseñanzas de Barbagelata, de Jiménez de Aréchaga y de Vescovi, con su Introducción al Derecho, que comenzamos a andar por el inconmensurable ámbito de los derechos humanos. Y fue otro Jiménez de Aréchaga, don Eduardo, quien nos abrió las puertas del conocimiento en el Derecho Internacional Público.

Entonces, ¿cómo podríamos incursionar en el tema sin evocar emocionados a tan ilustres profesores? Pertenecemos a una generación que, portadora de ideales, un día vio cómo se derrumbaba el marco político institucional que habría de posibilitar la realización de esos mismos ideales, y que pudo comprobar tras largo período de oscurantismo, que los valores que nos impulsaban a la realización de esos ideales afloraban resplandecientes con el renacer de la democracia.

Hoy, orillando ya el medio siglo de existencia, comprobamos con alegría y no sin devoción que la democracia es, como lo enseñaba Barbagelata, la mejor concepción del mundo y de la vida tendiente a la realización de una convivencia civilizada más fraterna y más justa.

Luego de transitar por diversos escaños del Poder Judicial aprendimos con Couture cuánto se puede acercar el juez a la justicia sin dejar de aplicar el derecho. Por eso, cuando en la jornada inaugural escuchábamos atentos la disertación del profesor Artucio, comprobábamos el manejo de un mismo idioma en materia de derechos humanos. Es que sin democracia no habrá justicia, pues imperará la arbitrariedad y no se preservarán los derechos humanos si carecemos de jueces independientes y de profunda convicción democrática.

Por ende, cuando se nos pide que hablemos del rol de nuestra Asociación de Magistrados en la defensa y realización de los derechos humanos, no podemos desvincular ese rol con ese marco de valores proveniente de una larga y firme tradición humanista liberal que encuentra sus albores en la Revolución Francesa, que se proyecta a nuestro continente con el ideario de Bolívar y de Artigas, entre otros preclaros defensores de la libertad y la justicia, y que se plasma institucionalmente en la Carta de las Naciones Unidas.

En la realización de esos valores, ¿cuál debe ser el papel de la Asociación? Velar por la independencia absoluta del juez. Luchar por la independencia económica del Poder Judicial. E inculcar en nuestros pueblos la firme convicción según la cual cuanto más se fortalezca institucionalmente el Poder Judicial más cerca estará el día en el cual, como lo quería nuestro prócer, los más infelices serán los más privilegiados.

Para la efectiva realización de estos valores es preciso que los otros poderes del Estado comprendan definitivamente que el desarrollo pleno del Estado democrático implica la independencia plena del Poder Judicial. Que resulta ineludible en una próxima reforma de la Constitución desterrar para siempre a nuestro Poder Judicial del artículo 220 de la Constitución, figurando hoy injustamente junto a los entes autónomos del Estado.

Recién cuando el magistrado goce de un status acorde con la dignidad y jerarquía institucional que el pueblo le reconoce, tendremos un Poder Judicial plenamente independiente.

Para ello es preciso dar pasos firmes y coherentes. Debemos fortalecer el rol social de la Asociación, evitando el dispendio de energías. Ello pasa por la fusión definitiva de ambas asociaciones, AMI y AMJU [1], que esperamos concretar en los

[1] La Asociación de Magistrados del Interior (AMI) y la Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay (AMJU) son las dos gremiales que aglutinan a los jueces en Uruguay.

próximos días. Lo contrario significa ceder terreno ante los embates de aquellos que quieren un Poder Judicial débil y timorato. Ello pasa por la acción mancomunada con otras asociaciones amigas, directamente vinculadas al hacer jurisdiccional: Asociación de Fiscales, Asociación de Defensores de Oficio y Colegio de Abogados. Si bien es mucho lo que hemos hecho juntos hasta ahora, tanto o más nos queda aún por hacer.

La afirmación de los derechos humanos comprende la obtención de remuneraciones dignas a todos los protagonistas del proceso penal, y la conquista de un sistema jubilatorio que asegure al magistrado, al retirarse de la función, el disfrute de una pasividad decorosa y sin desvelos. Para que estas metas puedan ser posibles, es preciso que los dirigentes de las asociaciones sean eximidos, mientras dure el mandato soberano, de los apremios cotidianos que impone la función jurisdiccional. Es preciso que bajo ningún concepto pueda rozarse ni aun indirectamente la independencia técnica y funcional del magistrado, independencia que significa también la consagración de una efectiva carrera judicial, colmada de garantías y que plasme en realidad el designio constitucional, según el cual no se reconozca otro distingo entre los jueces que el de sus talentos y sus virtudes.

Paralelamente a la realización de tan caros propósitos, es preciso que el juez crezca intelectualmente, que estudie cada día, para que no sienta, como lo advertía Couture, que es cada día menos abogado y, por ende, menos juez.

Y en este marco institucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es mucho lo que el juez puede contribuir a realizar y poco lo que ha logrado aportar. En lo que respecta a este aporte, es evidente que los jueces del Uruguay imparten justicia diariamente desde un plano de probidad e independencia que me place destacar. Ello debe ser complementado por un conocimiento cabal de los mecanismos internacionales protectores de los derechos humanos y por la convicción según la cual figura entre sus cometidos funcionales hacer realidad los derechos fundamentales de la persona humana, no sólo en el marco constitucional sino también cuando el reconocimiento de esos derechos se inserta en el Derecho Internacional.

Pero seamos realistas. Como lo destacaba el profesor Artucio, hoy nos reafirmamos en esa convicción. Sin democracia no habrá un Poder Judicial plenamente independiente, y sin jueces independientes no habrá justicia. Sin democracia entra en crisis el derecho humanista y liberal y los derechos fundamentales se tornan ilusorios, hasta tanto el Derecho Internacional Público no disponga ciertamente y en todos los casos del elemento coactividad propio de la norma jurídica.

En definitiva, luchando por la reafirmación de los valores democráticos, imperará la justicia en libertad. Sin libertad no habrá derecho ni habrá justicia.

Pero no completaríamos esta visión sobre el rol protagónico de nuestra asociación en defensa de los derechos humanos si dejáramos de hacer referencia a lo mucho que aún nos queda por perfeccionar en el marco institucional del proceso penal y del proceso tutelar del menor inimputable.

Con relación al primero, es preciso que la Asociación de Magistrados luche, como lo destacara con todo acierto el Dr. Catenaccio, por la realización de un escenario forense decoroso, del cual distan grandemente nuestros juzgados penales.

Ello pasa también por la introducción de sustanciales reformas a nuestra ley carcelaria. Reformas que habrán de asegurar el rol protagónico del juez en la fiscalización de cómo y en qué condiciones se cumplen la prisión preventiva y la pena. Para ello es necesario que se consagre la reforma integral de nuestro proceso penal. Y si ello no fuere posible en lo inmediato, debe irse a la instauración del juez de vigilancia, para que todo lo atinente a la ejecución de la pena quede bajo la directa supervisión del magistrado.

También forma parte del rol social de nuestra asociación transmitirle a la comunidad que en cada imputado y en cada penado existe una persona de carne y hueso, que como tal tiene deberes pero también tiene derechos, que son inherentes a la persona.

Que como tal tiene el derecho a no ser apremiado ni física ni moralmente durante la indagatoria ni en la confinación. Y que si en definitiva se le impone una pena ello será al término de un proceso realizado con plenas garantías y a través de una sentencia dictada por un juez imparcial.

Que el encausado tiene derecho a un fallo justo y que si la pena es grave y de privación de libertad tiene derecho a la revisión total de lo actuado a cargo de un órgano pluripersonal de alzada.

Que la pena a recaer, en ningún caso podrá ser infamante, y que más allá de su finalidad retributiva, perseguirá siempre la efectiva resocialización del penado, como lo quiere la Constitución en su artículo 26.

Para ello es preciso que nuestras cárceles disten mucho de lo que actualmente son, y que se asegure definitivamente a todo penado el derecho al trabajo en reclusión, que es la vía adecuada para mantenerlo en un marco racional de convivencia humana y alejarlo de una existencia que, en caso contrario, nos aleja del hombre y nos aproxima a la vida vegetal.

Para la realización de estas metas, pláceme destacar el eficiente papel que en nuestros países latinoamericanos viene cumpliendo ILANUD, cuya actual directora es nuestra dilecta amiga la Dra. Jacinta Balbela de Delgue, magistrada por definición.

Es preciso, además, que abogados y magistrados, a través de los conductos naturales trasmitan a la población que el fenómeno de la criminalidad no se resuelve con el incremento de las penas. Más aún, que hablar de la pena de muerte como algunos lo hacen, significa retroceder brutalmente hacia tiempos definitivamente perimidos en la historia del derecho penal. En definitiva, que el fenómeno de la criminalidad pasa también por el conocimiento y la divulgación de las causas que lo determinan.

En el proceso tutelar de los derechos del menor, creemos que aún queda mucho por hacer. Que a pesar de los esfuerzos desplegados por los protagonistas del proceso y sobre todo por los magistrados y defensores de oficio, en los hechos muchas veces el tratamiento confinatorio que se le asigna al menor infractor en las actuales circunstancias, es claramente violador de los derechos humanos. Entonces, para que esta realidad cambie positivamente es necesaria una acción cada vez más militante de las respectivas asociaciones y colegios. Que los técnicos especializados en el derecho penal sustancial, en el derecho tutelar y en el dere-

cho procesal plasmen su experiencia en proyectos que se traduzcan en profundas reformas legislativa, que importen un verdadero *aggiornamento* en tan delicada materia.

Y ya que hablamos de tantas reformas vinculadas al proceso penal, sea esta la oportunidad para evocar una vez más la memoria y las enseñanzas de ese gran maestro que fue, para muchas generaciones universitarias, el profesor don José A. Arlas.

Por último, nuestro reconocimiento y felicitación a los organizadores de este curso que tan eficientemente y con tanto brillo vienen desarrollando. Creemos que este tipo de encuentros le hace mucho bien a nuestros abogados, a nuestros fiscales y a nuestros jueces, en la medida que podemos comprobar cuántas inquietudes podemos compartir y cuánto nos queda aún por hacer en materia de derechos humanos. Fundamentalmente porque este tipo de acontecimientos contribuye a fortalecer el único sistema que asegura la convivencia humana civilizada en un clima de paz y en procura de la realización del ideal de justicia. En definitiva, con este tipo de encuentros le hacemos mucho bien a la democracia.

GARANTÍAS EN EL PROCESO PENAL EN URUGUAY

Dr. Adolfo Gelsi Bidart

1. SIGNIFICADO

La circunstancia de ser en este momento Decano de la Facultad de Derecho y de ocupar como suplente el rectorado interino de la Universidad de la República, me permite, hablando en nombre de la institución mayor, de la Universidad, integrada a la misma la Facultad de Derecho, felicitar muy especialmente y agradecer a la Comisión Internacional de Juristas y al Colegio de Abogados del Uruguay por la realización de este Curso de Complementación y Actualización en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pienso que, efectivamente, es indispensable que hagamos este esfuerzo que se está realizando con tanto éxito por las personas —me excluyo— que están interviniendo en él, y poniendo el acento, como lo dice la orientación general del curso, en el sentido teórico-práctico que ha de tener siempre el derecho. El derecho es siempre teórico-práctico, nunca es, pienso, meramente teórico. Y si es solamente práctico, pocas veces alcanza su efectivo resultado.

2. APLICACIÓN CONCRETA

Todos sabemos, y en esta materia muy particularmente, que el problema principal radica no tanto en la adhesión a las declaraciones nacionales, universales, regionales, relativas a los derechos humanos, sino en la aplicación efectiva, la eficacia que tenemos que esforzarnos por lograr en la aplicación de estos derechos humanos.

Y como además el mundo cambia con una gran rapidez, y en la actualidad la rapidez se ha ido acentuando, es indispensable la actualización permanente, y yo diría que lo más importante de todo es que nos actualicemos en cuáles dificultades podemos apreciar en el cumplimiento de este programa en favor de las personas, que es el programa de derechos humanos.

Y cada uno de nosotros, después de sacar las conclusiones en el campo en que estamos actuando, en el campo teórico o de la investigación y de la enseñanza, tratando de que nuestra investigación y nuestra enseñanza no quede en las altu-

ras, sino que ponga los pies en la doliente tierra. Y desde el punto de vista práctico, cada uno de nosotros como abogados, como integrantes del ministerio público, como jueces, y así sucesivamente, viendo en qué hemos fallado (todos nos equivocamos) en la aplicación de esos derechos humanos en los casos concretos, que son los únicos que interesan efectivamente a cada persona, y de qué manera podemos corregir nuestros errores y ampliar nuestra tarea en pro de los derechos humanos.

3. PROCESO Y GARANTÍA

Entrando en el tema de garantías en el Proceso Penal Uruguayo, éste tiene que partir de una afirmación central: el proceso *es* la garantía última de los derechos humanos, cuando estos han sido violados o cuando pueden ser violados. Aquí es muy importante señalar la tarea preventiva que tiene que tener también la justicia en esta materia. Y que se refleja también, muy particularmente, en todos aquellos procesos para garantizar la efectividad de los derechos humanos, pero que también debe reflejarse en los procesos ordinarios que afectan a los derechos humanos, entre los cuales está, obviamente, y de manera tan particular, el proceso penal.

La larga tradición de toda la humanidad dice muy claramente que el proceso, y ahora entramos en el proceso penal, es efectivamente *el* instrumento adecuado para poder lograr que los derechos humanos sean, en un caso concreto, tanto los que han sido violados, como los que pueden ser violados en el proceso, o aquellos que más allá del proceso, de sus resultados, puedan todavía resultar violados, la garantía más eficaz.

El proceso penal, por lo demás, todos lo sabemos, ha sido en cierta medida el adelantado de los otros procesos en cuanto a las garantías que hay que aplicar en él. Precisamente porque en él las violaciones anteriores, en el proceso, después del proceso, son las que más llegan al fondo mismo de la conducta humana y de la vida del hombre. Y en cierta medida, en el seminario que en 1959 realizó la Facultad de Derecho en preparación de lo que luego habría de ser un seminario en Santiago de Chile que por último culminó en el Pacto de San José de Costa Rica, se señalaba en este caso la importancia que tenía que el proceso penal, tal como había sido organizado ya por constituciones y demás, para que se extendieran las garantías, que en él se habían establecido en forma genérica, a los demás procesos, en los que también hay que velar por los derechos humanos y evitar que sean conculcados.

Así, digamos, ocurre igualmente en nuestra Constitución. Pero la orientación de la doctrina procesal en este país y en todos los países es en el sentido de que tiene que haber, tiene que reconocerse una idea general del proceso. No en balde nuestro Código General del Proceso lleva esa denominación; es decir, hay ciertas garantías, ciertos principios que tienen que aplicarse en todo proceso. Porque el proceso es *un* instrumento que se aplica *a* distintas materias, y debemos, pienso yo, piensa la doctrina creo, tratar de erradicar la idea del proceso apéndice del

derecho sustantivo. Es al revés. El Derecho Procesal no es nada más que un instrumento para la aplicación del derecho sustantivo. Y hay ciertos aspectos globales, generales, que se aplican en todos, sin perjuicio de que haya ciertos aspectos específicos que tienen que ser tomados en cuenta según las materias a las que ese proceso se aplique.

4. ASPECTOS CONSTITUTIVOS DEL PROCESO

Pero el proceso es garantía en la medida en que se le reglamenta tal como es; no por el hecho de denominarse algo proceso *es* un proceso. El proceso tal como es, que desde épocas inmemoriales se denomina, cuando es un proceso contencioso, «acto de tres personas», como decían los romanos, que algo entendían de derecho. Es decir, que donde no hay tres personas no hay proceso. Habrá una aproximación al proceso, habrá un cuasiproceso, como a veces decimos, pero no habrá proceso. Y, por lo tanto, si esa es la garantía y no hay proceso, no está la garantía. Pura y simplemente. Estamos en otra cosa, estamos a lo mejor en otra garantía, pero no es la garantía procesal, que es la garantía fundamental.

Por eso, cuando se realizan medidas cautelares o medidas anticipativas y demás, éstas se realizan provisoriamente siempre, y luego tienen que ser ratificadas, examinadas desde el punto de vista trilateral en que el proceso consiste. Es decir, transitoriamente, el proceso puede no ser trilateral. Pero un proceso que en etapas fundamentales no es trilateral, está absolutamente fuera de la garantía procesal. Entonces, repito, podrá ser otra garantía, pero no es la garantía procesal, que es la garantía fundamental.

Ese proceso de tres personas, además, tiene que asegurar la igualdad de las tres personas, en muchos aspectos. Y ese principio de igualdad no lo referimos solamente a las partes, lo referimos también al juez. Por eso en el Código General del Proceso se reconoce que el juez tiene, como las partes, la iniciativa probatoria. Puede intervenir en la prueba, justamente porque *a los tres* les interesa saber lo que pasó, para poder aplicar el derecho que corresponde a ese caso concreto planteado.

Y en tercer lugar el proceso tiene una autoridad, que es, obviamente, la autoridad judicial. Pero es una autoridad que se diferencia esencialmente de todas las otras, porque es una autoridad de servicio de los derechos *al* servicio de los derechos que se discuten, se dialogan, se debaten en el proceso.

Por otro lado, el proceso es un instrumento evidentemente jurídico. No se puede hablar de ningún aspecto del proceso si no lo hablamos desde el punto de vista jurídico. Jurídico no quiere decir solamente una ley determinada, sino todas las que confluyen en un determinado caso. Pero también los principios jurídicos que están establecidos en la Constitución, en los códigos, en las leyes, etc. Es decir, no solamente para el proceder sino también para el resolver; para las relaciones entre las partes; todo eso tiene que llevarse a cabo según el derecho, según el sistema jurídico imperante en un país.

5. INSTRUCCIÓN INICIAL

Hay, naturalmente, algunas garantías básicas del proceso penal, sobre todo se denuncia la posible existencia de un delito. El juez toma en cuenta naturalmente esas denuncias, porque el juez no va por ahí buscando los casos, sino que los casos le llegan a él. Al juez le dicen que pasó tal cosa y que parece que hay unos testigos. El juez tiene que empezar. Una buena medida sería que los memorándum policiales no fueran incluidos en el expediente sino que fueran archivados por separado. Es decir, se toman en cuenta los elementos que se dicen, y se empieza la instrucción procesal.

Por otro lado, es exacto que el proceso es necesario en materia penal. Eso se cumple, efectivamente, como otra garantía. Pero ese proceso penal tiene una etapa que se llama presumario y que no da ninguna de las garantías que tienen que ir unidas al proceso. Es decir, hay una garantía final, la declaración indagatoria tomada en presencia del abogado. Y a veces se le permite al abogado ver lo que pasó antes; y a veces no se le permite. En ocasiones se le permite al abogado intervenir en las preguntas al indagado, y en otras oportunidades no se le permite.

Es indudable que la existencia de esos presumarios, dilatados en el tiempo, muchas veces duran meses y años, con el suspenso consiguiente de alguien que se sabe indagado y no se sabe por qué, y no se puede defender, y que un buen día le tocan el timbre para llevarlo. Es una falta de garantías total para todas las personas en el país.

El tercer aspecto, decíamos, es la garantía relativa a la libertad. En fin, lo que establece la Constitución, ustedes ya lo han visto de manera que no voy a insistir. Que fue mejorada con las leyes relativas a la excarcelación y al procesamiento sin prisión, que últimamente han tenido grandes embates.

No digo que no haya que tomar en cuenta los problemas que pasan en la vida real. Al contrario, creo que deben ser tomados en cuenta, porque del hecho nace el derecho. Pero es indudable que hay que tomar un poco de distancia para ver que a pesar de que en tal caso, y tal otro, y el de más allá, tiene que haber una protección general de las personas y de la sociedad. Porque a la sociedad no le interesa castigar a cualquiera, sino solamente sancionar al que realmente se ha probado, principio de la inocencia salvo que se demuestre lo contrario, al que efectivamente ha cometido el delito.

Es decir, hay tanto interés de la sociedad por la absolución como por la condena. Es un punto básico, que muchas veces se olvida. Cuando se habla del garantismo y todas esas cosas, se cree que eso es una garantía para los delincuentes; no, no es una garantía para los delincuentes, es una garantía para la sociedad; la sociedad quiere que sean sancionados efectivamente los delincuentes; pero quiere que previamente se destruya el principio de inocencia, de una manera clara, que no deje dudas. Y además la sociedad no tiene por finalidad penalizar todo, sino al contrario, la ilicitud no es siempre la ilicitud penal. Hay otras ilicitudes que a veces son más eficaces con su sanción respectiva, que la ilicitud penal.

La doctrina ha hecho un avance desde ese punto de vista, todo el asunto del tratamiento de la libertad dentro del proceso, asimilando el problema de las me-

didas privativas de libertad, etc, a las medidas cautelares. Es decir, mientras dura el proceso se adoptan determinadas medidas, no para que tengan eficacia en sí, sino para que sirvan para evitar que se pierda la prueba, que se escape el presunto delincuente, etc. Pero no pueden tener, como de hecho tienen, el sentido de una condena anticipada.

Lamentablemente, la mayoría de las personas que están presas no son condenadas, sino que están en vías de que algún día los condenen, o los absuelvan, o venga una ley de amnistía, o venga la gracia, o lo que fuere.

Por lo tanto, eso significa que el sistema procesal penal no ha funcionado adecuadamente. No por culpa de los operadores, como dicen ahora, del sistema, es decir los jueces, los abogados y los fiscales, sino por el *modus operandi* propio de un sistema procesal que hace muchos años que no sirve. Por otro lado, funciona sí la garantía del proceso penal como *intuitu personae.* Y la eliminación de lo relativo al juicio criminal en rebeldía, que en cambio existe en otros países.

6. LA DEFENSA Y EL PROCESO

Con respecto al tema de la defensa, creo que no es lo que debería ser. No es lo que debería ser en el presumario, y tampoco en el sumario. Nuestro procedimiento penal tiene la peculiaridad que el sumario, que es realmente en la inmensa mayoría de los casos la etapa probatoria, se realiza no en forma de proceso contencioso, sino que es un proceso conducido inquisitivamente por el juez.

En lo que me es personal estoy de acuerdo en que el juez tenga iniciativa probatoria, no solamente en el proceso penal, sino en todos los procesos. De manera que esto no va contra los jueces que estén presentes. Sino al revés. Lo que opino es que el proceso tiene que funcionar con los tres sujetos principales, también, y muy particularmente, en la etapa probatoria. Que en un problema de hechos es una etapa absolutamente fundamental.

Por otro lado, diríamos que en cuanto al proceso, al sistema acusatorio, que es el proceso dispositivo-contencioso que establece la Constitución, es evidente que no funciona ni en el presumario ni en el sumario. Ni siquiera en cuanto al auto de procesamiento, pasar del presumario al sumario, que el juez puede dictarlo sin la intervención del ministerio público. Se podrán tener las opiniones que se quieran sobre el tema del proceso, pero evidentemente no es un proceso que funcione de acuerdo con la orientación que la Constitución muy claramente ha establecido.

7. PUBLICIDAD

Voy a seguir diciendo durante toda mi vida, que la Constitución prohíbe las pesquisas secretas, a pesar de que la Corte sigue diciendo que en realidad es un problema para el proceso, y como el presumario no es proceso... Claro está que el Código del Proceso Penal actual establece que el presumario *integra* como primera etapa el proceso. De manera que no es exacto esto. Si hay una razón de más para pedir que no haya pesquisas secretas como dice la Constitución de la República desde 1830, es precisamente la etapa de presumario en que no hay defensa

ni hay garantías de ninguna especie. La garantía la da el juez, y estoy de acuerdo en que los jueces den garantías, y también lo estoy en que gracias a los jueces no se cometen más irregularidades desde ese punto de vista. Pero es una garantía muy especial. Porque el juez sin proceso, y lo digo con todo respeto, no es juez. Entonces es un funcionario que actúa de determinada manera. Está bien, está perfecto. Y gracias que actúa el juez y no otro, porque quién sabe lo que ocurriría. Pero no es la garantía procesal, de eso no cabe duda de ninguna especie, no se puede discutir.

Entonces el problema no es «yo estoy a favor de los jueces, o estoy en contra»..., ¿cómo en un Estado de derecho no vamos a estar a favor de los jueces? Creo que a lo largo de estos cincuenta y un años he demostrado suficientemente que estoy a favor de los jueces; que estoy a favor de la justicia y, por lo tanto, de quienes la ejercen. Pero no voy a dejar de decir que es una garantía que nos dan los jueces más allá de lo que les corresponde, porque a ellos les correspondería darnos la garantía en el proceso y no fuera de él.

Otro de los aspectos: no hay publicidad en el proceso, en algunos aspectos, en el presumario ninguna, ni siquiera en el plenario. De manera que el proceso, público no es.

8. INMEDIACIÓN

Pero además hay una constante delegación de funciones. Es decir, porque no hay número de jueces suficientes, por una cantidad de razones que todos sabemos y comprendemos perfectamente, pero la inmediación es una de las garantía más importantes en el proceso. Porque lo que se desea es que sea el juez quien juzgue, y que juzgue de primera mano, y no a través de lo que le relatamos los otros.

Eso se soluciona de una sola manera: aumentando el número de jueces. No hay otro modo de solucionar el problema que aumentando el número de los jueces, para que éstos no se vean precisados, de hecho, a delegar sus funciones en el desarrollo del proceso.

9. IMPUGNACIÓN

El último punto, la última garantía, es la relativa a la existencia de más de una instancia, lo cual es exacto. En nuestro proceso, después de las dos instancias, hay un recurso de casación. Francia nos legó muchas cosas buenas, como todos los países del mundo legan cosas buenas a los demás, pero en materia procesal penal, en mi opinión, nos legó dos institutos muy inadecuados. El primero es el juez instructor, y el segundo es la casación. La casación que, en mi concepto, es contraria justamente a la naturaleza misma de la actuación jurisdiccional. Que es para la justicia del caso concreto y no para defender la majestad de la ley. La majestad de la ley se defiende aplicando la ley al caso concreto, según lo que corresponde a la naturaleza misma del proceso.

10. UN CAMBIO POSIBLE

Sobre todo esto, habría mucho que decir, pero quisiera terminar simplemente señalando que de acá resulta una posición bastante pesimista con relación al proceso penal uruguayo y a las garantías que le brinda a la sociedad y a sus integrantes. Creo que sería absolutamente indispensable que esto se cambiara algún día, estamos desde 1830 tratando de cambiarlo. Hay un anteproyecto que fue presentado al Ministerio de Educación y Cultura en 1990, en febrero, y que está a estudio de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado.

Ese proyecto intenta en primer lugar procesalizar el proceso penal, de tal manera que la instrucción procesal, no la investigación policial, que es otra historia, una historia previa a la historia del proceso, se lleve a cabo de una manera adecuada, como lo establecen las distintas orientaciones internacionales y nacionales. Es decir, con efectiva intervención del ministerio público y de la defensa.

Por otro lado, de lo que se trata es de lograr un proceso oral, en el cual se obtenga o se tenga la inmediación, publicidad, la defensa del primer momento, proceso que ha sido ya realizado en distintos lugares del país, en Maldonado, Salto y Paysandú, de una manera constante desde hace un tiempo, y simplemente lo que deseamos es que se extienda a todo el país y que se extienda también a la etapa de instrucción procesal.

Entendemos desde ese punto de vista que el anteproyecto elaborado por una comisión designada por ley puede ser un punto de partida, se podrá cambiar, modificar una cantidad de cosas. Siempre que no se modifique que la defensa sea desde el primer momento. Siempre que no se modifique que el proceso sea oral, que el proceso suponga entonces la inmediación, que suponga la publicidad, que suponga la concentración de las actuaciones.

Lo demás, lo pueden modificar todo. Pero hay ciertas cosas fundamentales por las que se viene bregando, tanto por la doctrina como por la profesión organizada, como por los fiscales, los jueces, que realmente parecería que hubiera llegado el tiempo de empezar a cambiar.

SISTEMA PENAL Y CONTROL SOCIAL

Dr. Miguel Langón Cuñarro

El cometido de los integrantes del Poder Judicial y de los demás operadores del sistema penal, no es juzgar a la sociedad en su conjunto, sino al crimen y al delincuente concreto que se pone a su disposición.

La función de la justicia no es juzgar a una clase social en relación a otra, sino aplicar, con todo el realismo, pragmatismo y humanismo de que sea capaz, las leyes al caso específico objeto del proceso.

Y esto no obstante los múltiples inconvenientes y disfunciones que constaten a diario en el cumplimiento de sus obligaciones, y sin perjuicio de las críticas que, desde una óptica de política criminal, puedan formularse a las diferentes instituciones involucradas en la lucha contra el crimen.

El hombre no puede vivir sin estar integrado a una comunidad, es un ser social, por lo cual es connatural a la convivencia humana el establecimiento de reglas que la hagan posible, y de sanciones, para el caso de que sean conculcadas.

El control social es indispensable para el buen funcionamiento comunitario, no se conoce sociedad humana en que no haya un cierto tipo de control social, y no prevemos como posible, ni realista, en el actual estado de la civilización, salvo una mutación de la naturaleza del hombre, la desaparición del mismo de la faz de la tierra.

Por eso juzgamos de utópicas todas las teorías que, con las mejores intenciones, proponen sistemas supuestamente liberados de todo tipo de control el que involucra, por esencia, la coacción.

El derecho penal contemporáneo, continúa suponiendo la existencia de un comportamiento criminal al que sigue, como consecuencia, y provocado por ese comportamiento ilícito, una reacción social.

En otras palabras: el derecho penal, que se caracteriza fundamentalmente por el tipo de sanción que lo distingue, es una forma, probablemente la más aguda, del sistema formal del control social.

Las instituciones y las leyes son la armadura de la República, siendo el primer deber de los habitantes respetarlas y defenderlas.

En esta línea de pensamiento debe decirse que los jueces están para aplicar la ley y no para juzgarla, por lo que deben castigar a los infractores de las leyes, restaurando con ello la confianza de los ciudadanos en el sistema instituido.

El uso de ese poder, conferido a los magistrados, constituye un atributo primordial de la soberanía, y refleja, mejor que nada, el sentido de la independencia de juicio que debe tener el judiciario.

El Poder Judicial no está legitimado para transformarse en legislador, ni directa, ni indirectamente, so pretexto de interpretación extensiva, evolutiva o alternativa de los textos normativos.

La política criminal pertenece al Legislativo, no al Poder Judicial, y subvierte altamente el sistema institucional la pretensión de invertir los roles que puede advertirse en ciertos fallos, probablemente no conscientes de la envergadura del problema a consideración.

Y, sin perjuicio de excepciones puntuales que seguramente no conmueven los cimientos del viejo edificio, nos atrevemos a juzgar el conjunto de nuestras leyes como buenas, herederas de una larga tradición histórica, depósito de las más ricas experiencias de la humanidad.

Convencidos de ello sostenemos que debe ser un orgullo para nosotros tener esas leyes, y que es una obligación sagrada el respetarlas, y aplicarlas en todo su contenido, bregando por su conservación y fortalecimiento.

Ello sin perjuicio, claro está, de las modificaciones que los tiempos y las nuevas ideas hagan aconsejable introducir, pues la ley no tiene que ser inmodificable, sino adecuada a los tiempos, lo que permite el progreso y desarrollo de una comunidad, a condición, obviamente, que dicha reforma sea realizada por quienes tienen potestad para ello, que son el constituyente y el legislador.

Nuestro derecho tiene un fundamento ético de base cristiana, síntesis y herencia a su vez del viejo reservorio de metafísica sagrada de la antigüedad, de esencia espiritualista, que nos llega a través del tamiz de la gran revolución francesa, la ideología iluminista y del derecho natural.

Es inútil no querer ver que las Naciones Unidas, en definitiva, en su declaración fundamental de los Derechos del Hombre, no hacen otra cosa que recoger normativamente una ética universal, pues no hay ley que no refleje una ideología en el sentido superior de la palabra, y esta es la del respeto a los Derechos del Hombre.

Esos derechos humanos son de orden preternatural, en tanto y en cuanto no son creados por el hombre, sino apenas reconocidos por el legislador.

La dignidad de la persona humana, su libertad, la igualdad esencial de todos los hombres y mujeres del mundo, dejado de lado el fundamento religioso original, no deriva su razón de ser de un texto de ley, sino de otro fundamento de orden superior, meta-jurídico, que es la ética y el conjunto de ideas que vienen del fondo de la historia occidental, de corte liberal, a las cuales se encadena el edificio de los Derechos Humanos, siendo aquellos el ancla, la raíz, y el cimiento, que mantiene unido el conjunto.

No hay ningún ordenamiento social en el mundo que no admita que es necesaria cierta defensa de la sociedad frente al crimen, frente a aquellos comportamientos antisociales que atacan gravemente los valores esenciales del grupo comunitario de que se trate.

La sociedad, entonces, vulnerada en sus bases fundamentales, se defiende, cuando es necesario, para ser eficaz, y castiga aplicando una pena.

La pena basada al mismo tiempo en dos principios que coexisten: la justicia y la utilidad, es un castigo que supone una falta del recipendario, y por ende está basada en una responsabilidad que se asienta, a su vez, en la libertad.

Nos negamos a ver al hombre cual juguete del destino, en manos de un inconsciente que no conoce, de una disposición congénita que ha heredado, de una enfermedad que lo invade, o de una sociedad que lo determina.

Su dignidad de persona humana supone que es un hombre libre, capaz de dirigir sus acciones, que debe por tanto ser responsable de sus actos, lo que da al castigo un fundamento moral, pues la sociedad le da un significado moral a la acción humana y al individuo el sentido de su responsabilidad.

Esto no depende de la fundamentación filosófica de un libre arbitrismo que es tan improbable como su contraria, sino que es la base de todo el sistema normativo de las sociedades, al menos, en el área de nuestro ámbito de civilización, que, bueno es decirlo, y la Carta de las Naciones Unidas así lo acredita, tiene vocación universal.

Estas creencias, que tales son, estos actos de fe, son la base del sistema que nos rige, en ellos se fundan expresa o tácitamente nuestras constituciones, y en sus fuentes abrevan los Pactos Internacionales que nos rigen.

Las filosofías de la irresponsabilidad llevan a la defección de todas las autoridades, al desorden, o, en el mejor de los casos, a la consideración del hombre como un minusválido, al cual, perdida su capacidad de imputabilidad, se le tratará como a un menor o a un enajenado, y será objeto, en última instancia, no ya de una pena justa, adecuada al crimen cometido sino de inciertas medidas curativas, resocializadoras o de otro tipo, probablemente indeterminadas, acordes con su peligrosidad o con su forma de ser.

Con todo esto se corre el riesgo de que el derecho, más que un regulador de la conducta de hombres libres, se asemeje a meras técnicas de amaestramiento de animales, de sujetos a los que se les niega algo esencial en la vida de relación que es la capacidad de autodeterminarse, y de reconocer, como por otra parte hacen en todos los actos de su vida cotidiana, el bien del mal.

La corriente contraria puede hacer también perder sentido a algunos principios básicos del derecho penal contemporáneo, consagrados al cabo de arduas luchas de la humanidad, no siempre incruentas, como el derecho penal de acto, la culpabilidad como posibilidad de actuar de otra manera, la exterioridad de la acción, la igualdad ante la ley, y otros.

En múltiples oportunidades, en prácticamente todos los documentos oficiales de las Naciones Unidas, por ejemplo, en los de los sucesivos Congresos para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, se ha puesto el acento en el significado negativo que tiene el delito para las sociedades contemporáneas.

Estadísticas sobre el aumento global de la delincuencia (y algunas de sus características como la violencia, la composición etárea, etc.), las nuevas formas que adquieren los crímenes convencionales y los no convencionales, y la nueva

conciencia sobre la necesidad de proteger a las víctimas, han llevado a considerar que el mayor costo de la misma se puede visualizar en el fracaso del desarrollo económico y social de las naciones, visto que el orden, la tranquilidad y la confianza en el sistema son la base del bienestar general.

La consideración metajurídica de los derechos del hombre como atributos de la persona humana, o como inherentes a su personalidad prevista tanto en el art. 72 de la Constitución uruguaya, como en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, tiene su contrapartida en los deberes que la persona tiene para con su familia, la comunidad y la propia humanidad, como se establece en el art. 32 de la citada Declaración.

Nuestra Constitución, acorde con lo que venimos diciendo, declara que toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social en que los derechos y las libertades se hagan efectivos.

El orden social es pues vital para el desarrollo de la personalidad humana (art. 22), y supone, junto a los derechos, los deberes de todas las personas respecto de los demás, para satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática.

Estos deberes, estas obligaciones, son inconcebibles si no tenemos en mente a un hombre capaz de determinación, pues si bien puede tener derechos un irresponsable, solo puede asumir y comprender sus deberes un sujeto imputable moralmente.

Todo el esfuerzo educativo de los pueblos carecería de sentido, si no partimos de la base de un sujeto que está en condiciones de introyectar los principios básicos de la convivencia, y de apreciar la diferencia entre lo permitido y lo prohibido, así como comprender las razones de esta diferenciación.

Este hombre que tiene libertades fundamentales que deben ser protegidas, y que es personalmente responsable dado su deber de respetarlas en los demás, en orden a la seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común (art. 32 citado), deriva precisamente su dignidad de su responsabilidad.

Es por todo este orden de ideas que sostenemos la necesidad de tenerlas bien presentes cuando nos referimos, muchas veces en forma crítica, al control social y al sistema del derecho penal vigente, pues no queremos incurrir en la locura de Eróstrato, el incendiario del templo de Efeso, ya que es necesario no solo señalar las posibles falencias y disfunciones, sino, en su caso, las medidas alternativas propuestas, y las implicaciones que algunas de ellas pueden tener, para el delicado andamiaje antes brevemente expuesto, en que se basa nuestro sistema defensor de los derechos humanos, de base constitucional y jus-filosófica.

No podemos demoler el edificio, si éste en bueno, sin antes tratar de preservarlo o mejorarlo, y, en ningún caso, si no tenemos un instrumento real y creíble para colocar en su lugar.

La defensa de los derechos humanos no pasa hoy, a nuestro juicio, por la destrucción del derecho penal, ni de las instituciones establecidas para la defensa social, ni del control social, sino por establecer los mecanismos concretos y prácticos para hacerlos efectivos.

Y esto porque es preciso, según creo, pasar del progreso manuscrito al mundo de la realidad, de la mera declaración programática, a la consagración del pleno respeto a la persona humana, en todos los actos de la vida cotidiana.

En esta línea no sería poca cosa, más allá de las palabras inflamadas y elocuentes, establecer con toda modestia, pero firmemente, los instrumentos prácticos que pueden hacer avanzar, aunque sea un solo paso, en el sentido de la mayor aceptación comunitaria de los derechos fundamentales consagrados en los textos vigentes.

Así por ejemplo, superando una postura airada de descrédito hacia la policía, creemos que sería más efectivo establecer claramente, sin hipocresías, cuál es su campo de acción, cómo debe actuar, digamos por caso, cuando se trata de la privación de la libertad de una persona, determinando con detalles los diversos aspectos de su imprescindible actuación, tomando en consideración tanto como los derechos humanos, la razón de ser de su tarea, que es preventiva y represiva, comprendiendo cuales son los instrumentos que ésta requiere para ser eficaz, en defensa del conglomerado social que la sustenta y a cuya protección se debe.

Durante años (casi un siglo) discutimos sobre la constitucionalidad del presumario, que gozaba mientras tanto de buena salud, hasta que primó el buen sentido, y se lo legalizó, es decir, se lo reglamentó, se lo sujetó, se lo definió.

Este es, a nuestro juicio, el camino a seguir, y además del ejemplo propuesto podrían dictarse eficaces pragmáticas, entre otros, en lo que tiene que ver con los diferentes medios probatorios (especialmente la confesión), y el levantamiento de indicios, la determinación precisa respecto de la actuación del abogado defensor, la manera de hacer efectivos los derechos que tiene el detenido, el régimen penitenciario, etc.

En definitiva se exige precisión, claridad, determinación y voluntad de hacer efectivo, luego, lo que se normativizó en el papel, para lo cual la regla de oro es no dictar normas impracticables, absurdas, no admitidas por la comunidad o por el uso, extrañas a nuestras tradiciones e idiosincrasia, o irreales para las posibilidades del país.

Esta es, creemos, la tarea normativa que debería convocarnos a todos, si es que, más allá de una postura principista y meramente testimonial, sin contenido eficaz para los que ven conculcados sus derechos humanos, y al cabo objetivamente hipócrita, queremos empezar a dar algunos pasos concretos en pos de acercar la realidad al ideal, y sin arriesgar la incomprensión, bien justificada, en otro caso, del gran público.

SISTEMA PENAL Y CONTROL SOCIAL

Gonzalo D. Fernández

I. INTRODUCCIÓN

No resulta tarea nada sencilla, por cierto, la de exponer una visión panorámica sobre el sistema penal, el control social y los derechos humanos, de acuerdo a las exigencias programáticas de este Curso.

Desde luego, las tres áreas temáticas se vinculan estrechamente entre sí. En el transcurso de la última década, tanto la ciencia penal, como la criminología y la sociología del derecho han venido ocupándose —una y otra vez— de esta compleja cuestión. En general, lo han efectuado con agudo enfoque crítico —en ocasiones, de fuerza demoledora—, intentando desmitificar una realidad afanosamente encubierta por el discurso tradicional.

En tal sentido, me permito anticipar que las claves del problema son, a mi entender, de carácter ideológico. Cualquier reflexión honesta acerca del control penal roza, ineludiblemente, al modelo político de la sociedad y el proyecto que el sistema punitivo está llamado a reforzar.

Sobre todo en América Latina, ello me parece una verdad irrefragable. No se trata —no podría serlo— de una reflexión inocente, axiológicamente imparcial. Está en juego nada menos que la cuestión central del *poder*. Dicho de otra manera, la ideología se infiltra subrepticiamente y moldea los perfiles, las dimensiones que quieran asignársele a la función represiva del Estado en el marco del colectivo social.

Por ende, debe guardarse la ciencia —tanto la dogmática jurídica, cuanto la criminología—, de caer en el error de la neutralidad científica o creerse libre de valores e impurezas ideológicas cuando, las más de las veces, termina proveyendo legitimación a un determinado modelo político-penal.

Ha de ser el peor pecado de la fundamentación «cientificista», pues bajo cobertura de su pretendida imparcialidad, contribuye a justificar (legitimar) la imposición general de un modelo de *racionalidad tecnológica,* como lo ha advertido con agudeza *Jürgen Habermas.*

II. CONTROL PENAL Y SOCIEDAD

Parece bastante evidente que, cuando menos en la actual coyuntura histórica, el sistema penal viene a cubrir una honda necesidad social, así vivenciada en la opinión pública. Es un instrumento de política legal al cual difícilmente pueda renunciarse, reemplazándolo por otros mecanismos (sistemas) menos irritativos, de inferior nivel de violencia, en la resolución de los conflictos sociales.

Aquella frase patética del Proyecto Alternativo del Código Penal alemán —elaborado en 1966 por los catedráticos disidentes de la Comisión Oficial— no sólo recorrió el mundo académico, sino que traducía, a la vez, una irrefutable verdad. La pena no se explica a partir de fundamentos exclusivamente metafísicos —de ahí «el adiós a Kant y a Hegel»—, ni tampoco logra entenderse en forma cabal, desde la ética del idealismo retributivo. Antes bien, la pena ejemplifica «una amarga necesidad en una comunidad de hombres imperfectos». Sí, apenas una amarga necesidad, de momento irremplazable, so riesgo de caer en los estallidos de la venganza privada.

Semejante afirmación, de corte estrictamente realista, no supone otorgarle un certificado de sanidad y mérito al sistema penal. Admitir la irrenunciabilidad a la intervención penal —por lo menos en las actuales condiciones históricas—, no significa soslayar el enorme costo social de la respuesta represiva.

Una cosa es que no pueda llegar a prescindirse, por el momento, de un cierto margen de control penal, monopolizado por el Estado entre sus funciones principales. Y otra, bien distinta desde luego, es que la afirmación precedente incluya una valoración de mérito (positiva) respecto de los sistemas penales.

Simplemente, que ninguna política criminal —por ende, tampoco la propuesta abolicionista— puede despegarse del entorno socio-cultural. El diseño de cualquier política criminal se vuelve inescindible de los modelos socio-culturales de acción y no puede desentenderse de las tablas de referencia del sentimiento colectivo.

En caso contrario —lo ha señalado con toda razón *Winfried Hassemer*—, pasará a convertirse en una orientación peligrosa, precisamente en virtud de ese carácter radicalmente avanzado. Terminará entonces deprivada de consenso y, automáticamente, condenada al fracaso.

III. LAS TAREAS DE LA DOGMÁTICA CRÍTICA

Dando por sentado que el instrumento penal constituye un regulador imprescindible de la convivencia social, aún cabe agregar que la catastrófica realidad de los sistemas penales —su selectividad, su exceso de violencia, etc.— pueden llegar a convertir al discurso jurídico en una versión alucinatoria, en la medida que ninguno de los objetivos programáticos planteados a nivel teórico logra plasmarse efectivamente en la «praxis».

Dicha desgarrante constatación no puede ser irrelevante a la ciencia. Mal puede afirmarse, por ejemplo, que la pena persigue finalidades preventivas (disuasorias) o resocializantes, cuando todos sabemos que el sistema penal arrasa

con los derechos humanos elementales del justiciable y termina *desocializándolo,* a la inversa de lo que proclama.

He ahí, pues, el punto de inflexión ideológica para el discurso; la perspectiva política que alimenta a todo el derecho penal crítico y, en particular, a la propuesta minimalista («Derecho Penal Mínimo»).

La dogmática crítica —lo ha sostenido *Raúl Zaffaroni* con enorme lucidez— persigue un objetivo claramente *limitador.* Toda la teoría del delito debiera orientarse a limitar los niveles de violencia selectiva del sistema penal, a partir de revisar la interpretación jurídico-penal.

Y otros autores del pensamiento penal contemporáneo —se me ocurren *Juan Bustos Ramírez* o *Enrique Gimbernat Ordeig*— vienen insistiendo en el rol que le incumbe a la ciencia penal, en el ámbito del *control del poder,* para restringir al máximo la intervención penal («extrema ratio»), así como elaborar propuestas político-criminales minimalistas, de signo despenalizador.

En el fondo, se trata de reflexionar a partir de la urticante realidad de nuestra miseria continental y operacionalizar la teoría jurídico-penal, no ya para legitimar el sistema, sino —al contrario— para reducirlo a sus mínimas posibilidades de expresión.

IV. DERECHO Y PODER PENAL

Es imposible condensar, apenas en unas breves líneas, el fértil proceso de revisión de la teoría jurídico-penal, un auténtico proceso de reelaboración democrática —mejor sería llamarla «democratizante»—, desarrollado para reducir las expresiones del poder penal en el seno de nuestras sociedades latinoamericanas.

Quizá una de las líneas troncales pase por la revisión del bien jurídico, procurando determinar la médula de su contenido material, que para muchos viene a coincidir con los derechos humanos, definición teórica que contaría con apoyatura o respaldo constitucional.

Otros, en cambio, procurando desvincularse de esa referencia estrecha al derecho subjetivo (individual o supraindividual) que trae como lastre el concepto de bien jurídico, prefieren entenderlo como una relación social, naturalmente sensible a las posibilidades de participación social del individuo. De ahí que, en la tesis de *Francisco Muñoz Conde,* por ejemplo, la participación efectiva en el bien jurídico agredido es un presupuesto o contenido de la culpabilidad (conciencia del disvalor) y, en definitiva, de las posibilidades de reprimir el injusto.

Sin duda, la culpabilidad es otra de las grandes categorías de la dogmática del delito, donde la reelaboración ha sido enormemente fecunda.

La culpabilidad se ve, en la actualidad, como una estructura (o categoría) eminentemente *relacional.* Sólo se es culpable «en relación» a los otros, en una suerte de proceso comunicacional.

De consiguiente, los conceptos de *co-culpabilidad* o de *vulnerabilidad social* permiten evaluar, junto al autor, el grado de reproche que debe cargar sobre sí la sociedad; lo que incidirá en la exacta determinación de la pena.

Bien mirado, enfrentamos propuestas de «derecho penal de autor», pero de signo reduccionista, negativo, donde si el fundamento de la punibilidad sigue anclado a la responsabilidad de acto («culpabilidad por el hecho»), luego las características personales del autor suministran las pautas de mérito para abatir, hasta su justa medida, el grado de la sanción a discernir. En definitiva, se trata de administrar menos derecho penal para quien, básicamente por razones sociales, es menos culpable.

Pues bien, a fin de viabilizar semejantes interpretaciones, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos e incluso el Derecho Internacional Humanitario, son una fuente riquísima para el intérprete, para desarrollar —desde allí— sus cadenas argumentales.

Creo, finalmente, que esta propuesta —esbozada al vuelo— no tiene nada novedoso. En realidad, todo el desarrollo histórico del Derecho Penal nos lo muestra evolucionando al influjo de la libertad, como un auténtico derecho de resistencia al poder.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL E IMPUNIDAD NACIONAL

Robert Kogod Goldman

I. INTRODUCCIÓN

Una muy preocupante característica de la transición a gobiernos democráticamente electos en el continente americano durante la última década, ha sido la práctica recurrente de otorgar amnistías o medidas legales similares a las fuerzas de seguridad de estos estados por graves violaciones de derechos humanos cometidas durante los regímenes militares previos.

Por ejemplo, en años recientes se han otorgado amnistías en Argentina, Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Suriname y Uruguay. En algunos casos, regímenes militares han promulgado «auto-amnistías» antes de entregar el poder a las autoridades civiles. En otros, los militares han extraído una garantía de amnistía a los líderes civiles como precio al restablecimiento de la democracia. Y, en diversas instancias, los nuevos gobiernos, bajo presión de los militares, han conferido amnistías eufémicamente a nombre de la «democracia» o haciendo referencia a la «reconciliación» o «pacificación» nacional.

La pregunta sobre si los Estados Partes de tratados sobre derechos humanos están obligados a investigar y acusar a violadores de derechos humanos ha sido extensamente estudiada y debatida por juristas internacionales y expertos en derechos humanos en años recientes. En la primera decisión de cualquier organismo intergubernamental en abordar puntualmente los interrogantes sobre el tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos («La Comisión»), en un reporte publicado recientemente (1), encontró que la ley uruguaya de amnis-

(1) Reporte N° 29/82 (casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.374, 10.375 y 10.378) Uruguay, OEA/Ser. L./V/II.82, doc. 25, oct. 2, 1992.

En Reporte separado N° 28/92 (Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311) OEA/Ser. L/V/II.82, también de fecha octubre 2, 1992, la Comisión encontró que las leyes argentinas de «Obediencia debida» y «Punto final», así como el perdón presidencial N° 1002, violaban la Convención Americana. Aunque difiriendo fácticamente en los casos uruguayos, la Comisión de los interrogantes sobre las medidas argentinas siguiendo fundamentalmente el mismo razonamiento legal que en los casos uruguayos.

tía —la ley de caducidad— violaba disposiciones fundamentales de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Este documento resume brevemente los principales argumentos de los peticionantes y del gobierno uruguayo presentados oralmente y por escrito ante la Comisión, y resalta el razonamiento legal que subyace a la histórica decisión de la Comisión en los casos presentes.

II. POSICIÓN DE LOS PETICIONANTES

A. Teoría de las denuncias

La Comisión decidió ocho casos consolidados, con víctimas múltiples, los cuales fueron entablados contra Uruguay por el Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay y Américas Watch, poco después de que el parlamento uruguayo, bajo presión de los militares, expidiera la ley de caducidad el 22 de diciembre de 1986. Esta decisión terminó con el poder del Estado para investigar y castigar a personal militar y policial responsable por la violación de derechos humanos durante el período de gobierno militar de facto (junio de 1973 a marzo de 1985). La aplicación de esta ley desembocó en la terminación prematura de 40 procesos penales en cortes civiles, iniciados no por el Estado, sino por abogados de las víctimas de los abusos a los derechos humanos o sus parientes en contra de 180 militares. La Corte Suprema uruguaya sostuvo la constitucionalidad de dicha ley en mayo 2 de 1988. La ley recibió aprobación popular por estrecho margen en referéndum nacional llevado a cabo en abril 16, 1989.

Los ocho casos presentados ante la Comisión involucraban violaciones por parte de agentes estatales de ciertos derechos humanos «predilectos», *inter alia,* el derecho a la vida, el derecho a un trato humano y el derecho implícito a no ser sometido a «desaparición forzosa». Estas denuncias, no obstante, no se sustentaban directamente en violaciones a estos derechos, las cuales se sucedieron antes de que Uruguay hubiera ratificado la Convención Americana, sino en los efectos de la ley de amnistía, la cual fue expedida después de que Uruguay ratificara dicho instrumento.

Específicamente, la solicitud fundamental de los peticionantes era la de que la ley de caducidad, al impedir la continuación de la investigación judicial de los abusos y los procesos contra los autores, negó a los peticionantes el derecho a recurso judicial y reparación, en violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana en relación al artículo 1.1 de la misma.

B. Indebida aplicación de la amnistía

A través de tres largos argumentos orales ante la Comisión, los peticionantes libremente reconocieron que todo gobierno tiene la prerrogativa de amnistiar o perdonar ciertas ofensas u ofensores criminales bajo la ley doméstica. Pero los peticionantes alegaron que cuando los efectos de tal medida despojaban a las víctimas de las ofensas de la protección judicial garantizada por una convención internacional de la cual hace parte dicho estado, el asunto no puede ser conside-

rado ya como de naturaleza puramente doméstica o fuera de la órbita de competencia de organismos internacionales. Los peticionantes también afirmaron que la ley de caducidad era una aplicación moral y legalmente perversa del concepto de amnistía.

En este sentido, los peticionantes anotaron que conceptualmente la amnistía es la abolición o el olvido de la ofensa. Normalmente se aplica a delitos que atentan contra la soberanía de la nación; e.g. delitos políticos. Los peticionantes arguyeron que, visto apropiadamente, este concepto no debía aplicarse a la ley de caducidad y a medidas similares que perdonan a agentes del estado que han violado gravemente los derechos humanos de los ciudadanos. El derecho del Estado de abolir u olvidar los crímenes de aquellos quienes han atentado contra su soberanía mediante rebelión u otra forma, emana del papel del Estado como víctima. Así, el Estado puede encontrar que sus intereses, tales como la reconciliación nacional, se ven mejor servidos por una amnistía. Sin embargo, los peticionantes alegaron que el Estado no debería tener la prerrogativa de abolir u olvidar sus propios crímenes o aquellos de sus agentes cometidos contra sus ciudadanos. Si el derecho de abolir u olvidar dichos crímenes existe, este pertenece únicamente a las víctimas mismas.

C. Superioridad de la Convención Americana sobre la legislación doméstica

Otro de los argumentos fundamentales de los peticionantes fue el de que aun si la ley de caducidad pudiese negarles el resarcimiento legal, como asunto jurídico puramente doméstico, no podía despojar a los peticionantes de sus derechos a reparación de acuerdo con la Convención Americana, así como tampoco podía relevar a Uruguay del deber de cumplir con las obligaciones en ella contenidas. Los peticionantes alegaron que al negar el derecho de acceder al resarcimiento legal interno, Uruguay habría convertido en ilusoria su obligación básica de respetar, asegurar y remediar violaciones de derechos consagrados en la Convención y, en efecto, habría interpuesto su legislación doméstica como limitante al cumplimiento de la Convención. Los peticionantes anotaron que está bien establecido a nivel internacional que las obligaciones internacionales de un estado son superiores a cualquier obligación que éste pudiese tener bajo la legislación interna. Consecuentemente, un estado no puede invocar su propia ley interna como una excusa a su falta de cumplimiento con la ley internacional. En relación a acuerdos internacionales, este principio está codificado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que expresa, en su parte pertinente: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Consecuentemente, no obstante su inhabilidad para dar efecto legal interna a una(s) disposición(es) de la Convención Americana, Uruguay permaneció vinculado por dicho tratado y era responsable por su violación. Este principio ha sido invocado permanentemente y confirmado en decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) y de la

Corte Internacional de Justicia (CIJ), así como de otros tribunales internacionales (2).

Los peticionantes también citaron otro principio pertinente y fundamental de la legislación internacional sobre tratados, que directamente obliga a Uruguay: la norma consuetudinaria de la doctrina de *pacta sunt servanda,* contenida en el artículo 26 de la Convención de Viena. Dice: «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». Este principio implícito refuerza la doctrina de que las obligaciones adquiridas por los estados mediante tratados no se ven afectadas por cambios, ya sea por legislación o referéndum, en su legislación doméstica.

D. Sucesión gubernamental de las obligaciones internacionales

Igualmente, los peticionantes resaltaron que un cambio de gobierno, cualquiera que fuere la forma (debido a que no afecta la identidad de Estado), no altera la naturaleza vinculante de las obligaciones internacionales del Estado. Consecuentemente, las administraciones de Sanguinetti y Lacalle fueron responsables internacionalmente por la no reparación de violaciones a la Convención Americana atribuibles al régimen militar de facto. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos («La Corte») aplicó este principio específicamente para establecer violaciones de derechos humanos oficialmente patrocinadas en el caso de Velásquez Rodríguez (decisión fundacional de julio 29 de 1988, en la cual encontró responsable a Honduras por la desaparición de Manfredo Velásquez). La Corte dijo al respecto:

> «Según el principio de Derecho Internacional de la identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquel en que ella es declarada. Lo anterior es válido también en el campo de los derechos humanos aunque desde el punto de vista ético o político, la actitud del nuevo gobierno sea mucho más respetuosa de estos derechos que la que tenía el gobierno en la época en que las violaciones se produjeron (párr. 184).

E. Obligaciones del Estado bajo la Convención Americana

Durante las audiencias, los peticionantes enfatizaron particularmente la interpretación de la Corte del artículo 1.1 (3) de la Convención en el caso Velásquez

(2) Por ejemplo, la CPJI, en su opinión consultiva de 1930, en el caso de las Comunidades greco-búlgaras, estableció: «es un principio de derecho internacional generalmente aceptado que en las relaciones entre poderes que son partes contratantes de un tratado, las previsiones de la ley interna no prevalecen sobre aquellas del tratado». La Corte Permanente resolvió también que este principio se aplica incluso cuando un estado invoca su Constitución con «miras a evadir obligaciones derivadas del Derecho Internacional o de tratados en vigor».

(3) «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y las libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquiera otra condición social.»

para sustentar su alegato de que Uruguay estaba obligado a investigar y juzgar a los autores de violaciones de derechos humanos oficialmente patrocinadas.

En su decisión, la Corte determinó que el artículo 1.1 «constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por la Convención». (párr. 163). La Corte indicó que la obligación de «respetar» derechos reconocidos en la Convención está fundada en la noción de que «el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.» (párr. 165). Interpretó mucho más ampliamente la obligación del Estado de «garantizar» el «libre y pleno ejercicio» de estos derechos. La Corte dictaminó que esta «obligación implica el deber de los Estados Parte 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. Específicamente anotó que este deber «...no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.» (párr. 167) (4)

La Corte dictaminó que cuando quiera que un órgano estatal, agente o entidad pública, viola un derecho protegido en la Convención, el Estado es internacionalmente responsable no solamente por la violación del derecho infringido, sino por la violación de su deber, bajo el artículo 1.1. de respetar y garantizar dicho derecho. La Corte encontró que como consecuencia de su doble obligación bajo el artículo 1.1 los Estados Parte «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» (énfasis agregado) (párr. 166). La Corte también estableció que para el cumplimiento del artículo 1.1. necesariamente se requiere que el gobierno investigue todas y cada una de las violaciones a derechos protegidos. La ausencia de investigación o una investigación adelantada de manera «poco seria» y como una «simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa», resultando en la impunidad de la violación y la no compensación de la víctima, viola el deber «de garantizar» el completo y libre ejercicio del derecho afectado (parrs. 176 y 177).

En consonancia, los peticionantes arguyeron que debido a que la ley de caducidad terminó investigaciones penales que se venían adelantando, claramente se violó el artículo 1.1. Más allá, ellos alegaron, desde una perspectiva de política, que el juzgamiento de los delincuentes «asegura» la protección de los Derechos Humanos al prevenir y disuadir futuras violaciones por parte de los actores y de otros. Adicionalmente, tal juzgamiento simbólicamente representa un rompimiento

(4) La Corte, entonces, declaró esta obligación «mucho más directa» que la obligación del Estado bajo el artículo 2 de la Convención de incorporar a la legislación doméstica estos derechos y libertades reconocidos.

claro con el legado del pasado y ayuda a recobrar la confianza pública en las instituciones democráticas.

III. LA POSICIÓN DEL GOBIERNO URUGUAYO

A. *El contexto de la ley y sus propósitos*

Los argumentos fundamentales del gobierno uruguayo, algunos de los cuales fueron presentados oralmente, fueron resumidos y elaborados en su respuesta escrita al reporte preliminar de la Comisión (5), el cual le fue remitido en octubre 8 de 1991.

El gobierno, en su respuesta, criticó a la Comisión por haber ignorado el contexto «jurídico-político democrático», la «legitimidad doméstica» y los «altruistas fines éticos» de la ley de caducidad. Específicamente, aseveró que la cuestión de la amnistía «debe ser considerado en el contexto político de la reconciliación, como parte de un programa legislativo de pacificación nacional que abarca a todos los actores de pasadas violaciones de derechos humanos» (informe oficial de la Comisión, pág. 5, párr. 22). Resaltó que la ley fue expedida con la requerida mayoría parlamentaria y fue objeto de un referéndum nacional que expresaba «...la expresa voluntad del pueblo uruguayo, de cerrar una página dolorosa de su historia, para poner fin de modo soberano al enfrentamiento entre orientales...» (ibid.). Como tal, la ley «no es susceptible de condena internacional» (ibid.).

Adicionalmente, el gobierno puntualmente declaró que «no es posible aceptar la conclusión de la Comisión de que, si bien la legitimidad interna no es materia de su competencia, sí lo son los efectos jurídicos denunciados por los peticionantes» (ibid.).

C. *La ley autorizadamente restringía derechos*

El gobierno también alegó que la ley de caducidad no violaba ni la Convención Americana, ni compromiso internacional alguno, pero que era en cambio el ejercicio legítimo del derecho básico del Estado de otorgar clemencia y de establecer restricciones permitidas a los derechos. Arguyó que los artículos 8.1 y 25 de la Convención deben ser interpretados a la luz de los artículos 30 y 32 de la Convención, los cuales permiten a los Estados restringir el goce y ejercicio de derechos consagrados en la Convención «cuando las restricciones surgen de las leyes dictadas por razones de interés general o en función a los derechos de los demás, seguridad de todos y las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática» (Informe Oficial, párr. 23). Más aún, el gobierno alegó que el artículo 4.6 de la Convención, así como los artículos 6.4 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otorgaban a Uruguay la potestad de poder expedir la ley en disputa.

(5) Uruguay, que había aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, tenía 90 días desde el momento en que recibió el Reporte para remitir estos alegatos a la Corte, pero declinó dicha opción.

D. La Comisión malinterpretó los artículos 8.1 y 25 de la Convención

El gobierno afirmó que las garantías de debido proceso del artículo 8.1 de la Convención se refieren «al supuesto del inculpado en un proceso criminal y no de quien presenta la acción penal» (Informe Oficial, párr. 24). Al afirmar que «los particulares no son dueños ni titulares de la acción penal» y que la ley procedimental uruguaya no reconoce el derecho individual de interponer una denuncia penal independientemente del caso promovida por el fiscal, el gobierno concedió que intereses privados pueden «intervenir» en «casos excepcionales» (ibid.). El gobierno igualmente alegó que tal derecho individual no está «amparado por el derecho internacional de los derechos humanos» (ibid.).

El gobierno afirmó que no había violado el artículo 25.1 de la Convención, cuyo propósito, argumentó, buscaba «el restablecimiento del derecho lesionado y, de no ser posible ello, la reparación de los daños sufridos» (Informe Oficial, párr. 25). Continuó afirmando que «como es imposible —en los casos denunciados— reclamar el restablecimiento de derechos lesionados durante el régimen de facto, sólo cabe el derecho a la reparación patrimonial el cual no ha sido enervado por la ley de caducidad» (ibid.).

E. La ley no violó el artículo 1.1. de la Convención

El gobierno alegó que la ley de caducidad no violó el artículo 1.1. tal como fue interpretado por la Corte en el caso Velásquez. Anotando que el deber de investigar y el asunto de una ley de amnistía «debe ser analizada como un todo», el gobierno afirmó que la intención de la ley iba en consonancia con el bien común porque «investigar hechos del pasado puede revivir el enfrentamiento entre personas y grupos» y obstruir la reconciliación y el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Mientras reconoció que el sistema legal debía poner a disposición de las partes interesadas los mecanismos procedimentales para establecer la verdad, el gobierno, sin embargo, arguyó que por esas mismas razones, el Estado puede elegir «no poner a disposición del interesado los medios aptos para el conocimiento formal y oficial de la verdad en sede penal» (Informe Oficial, párr. 26).

IV. LA DECISIÓN Y LAS CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN

A. La competencia de la Comisión para examinar los efectos de la ley

Antes de hacer referencia a los méritos de los casos, la Comisión primero rechazó el alegato uruguayo de que no era competente para decidir sobre la compatibilidad de la ley de caducidad con la Convención Americana. Luego de admitir que carecía de jurisdicción para decidir sobre la legalidad doméstica o constitucionalidad de las leyes de los países, la Comisión estableció que «la aplicación de la Convención y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la Convención... sí es de su competencia» (Informe Oficial, párr. 31). La Comisión afirmó que su competencia surge

de la Convención misma, la cual, *inter alia,* la reviste de jurisdicción respecto de materias relacionadas con la observancia de los compromisos adquiridos por los Estados Partes a la Convención (artículo 33) y para recibir y adelantar acciones sobre la base de peticiones a ella dirigidas bajo dicho instrumento (artículos 41, 44 y 51). También resaltó que los Estados Partes están obligados por el artículo 2 de la Convención a adoptar «las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». Consecuentemente, concluyó, «a *fortiori,* un Estado *no puede evadir por medio de su legislación interna sus obligaciones internacionales*» (Ibid. párr. 32) (énfasis agregado).

B. Violación de las garantías de debido proceso del artículo 8.1 y el derecho a protección judicial del artículo 25.1

La Comisión anotó que al sancionar y aplicar la ley de caducidad, Uruguay no solamente, como efecto, había terminado con todo proceso penal contra los sindicados abusos pasados a los derechos humanos, sino que tampoco asumió investigación oficial alguna para establecer la verdad sobre estos eventos pasados. Puntualmente citó, como sigue, su propia «posición general... en la materia» como está contenida en su Informe Anual de 1985-1986:

> «... uno de los pocos asuntos en que la Comisión no desea inhibirse de opinar en esta materia, es la de la necesidad de esclarecer las violaciones a los derechos humanos perpetrados con anterioridad al establecimiento del régimen democrático. Toda 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... Tal acceso a la verdad supone no coartar la libertad de expresión, la que —claro está— deberá ejercerse responsablemente; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias.» (Informe Oficial, párr. 37)

La Comisión también indicó que tenía que «aquilatar... la naturaleza y gravedad» de los hechos a los cuales se aplicó la ley, tales como desapariciones forzadas y secuestro de menores, mencionando que «la necesidad social de su esclarecimiento e investigación no puede ser equiparada a la de un mero delito común» (Informe Oficial, párr. 38).

La Comisión indicó que la ley de caducidad «surtió varios efectos y afectó a numerosas partes o intereses jurídicos. Concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes». (Informe Oficial, párr. 39.)

Luego analizó los méritos de la solicitud esencial de los peticionantes, que hace referencia a que la medida disputada, como fue aplicada, violaba sus derechos al debido proceso y a la protección judicial garantizada en los artículos 8.1 y 25.1, respectivamente, de la Convención. El artículo 8.1 prevé, en su parte pertinente:

Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías (por tribunal competente)... en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La Comisión encontró, no obstante la aseveración del gobierno en contrario, que el Código de Procedimiento Penal uruguayo otorga a la víctima o damnificado el derecho a participar en procesos penales más allá de la formulación de la denuncia (6). Determinó que «en los sistemas que lo autorizan, el acceso a la jurisdicción de la víctima de un delito deviene un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal.» (Informe Oficial, párr. 41)

La Comisión razonó que debido a que la legislación doméstica uruguaya garantizaba a las víctimas de delitos este derecho, tanto en el momento en que las violaciones ocurrieron como cuando Uruguay ratificó la Convención Americana, este derecho quedó sujeto a protección bajo el artículo 8.1 de la Convención. (La Comisión rechazó entonces la posición uruguaya de que el artículo 8.1 únicamente se aplica a los derechos de los sindicados.) Concluyó que Uruguay, al expedir y aplicar la ley de caducidad después de que había ratificado la Convención, había deliberadamente evitado que los peticionantes ejercieran los derechos contenidos en el artículo 8.1, y, consecuentemente, había violado la Convención. Por las mismas razones, la Comisión encontró que Uruguay había violado el derecho de los peticionantes a la protección judicial establecida en el artículo 25.1 de la Convención (7).

C. *Violación de la obligación, bajo el artículo 1.1, a investigar abusos pasados*

La Comisión también concluyó que la ley de caducidad, al prevenir la investigación de abusos pasados a los derechos humanos, violó la obligación uruguaya bajo el artículo 1.1 «de garantizar» a los peticionantes el libre y pleno ejercicio de estos derechos contenidos en la Convención. Como es de prever, encontró la interpretación de la Corte Interamericana en el caso Velásquez del artículo 1.1 como guía autorizada en el tema de la investigación en estos casos. La Comisión citó aprobando, entre otros, el siguiente aparte de Velásquez:

«... si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Con respecto a la obligación de investigar señala que... debe tener sentido y ser asumida por el Estado como un

(6) El artículo 80 de dicho Código «faculta al damnificado a solicitar durante el sumario 'todas las providencias útiles para la comprobación del delito y la determinación de los culpables'.» (Informe Oficial, párr. 41.)

(7) El artículo 25.1 dice: «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra hechos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

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...» (Informe Oficial, párr. 50)

Las recomendaciones de la Comisión al gobierno

Basada en su conclusión de que la ley de caducidad era incompatible con la Convención Americana y violaba sus artículos 1.1, 8.1 y 25.1, la Comisión recomendó al gobierno uruguayo que: 1) pagara una justa compensación a las víctimas o sus correspondientes reclamantes por las violaciones de estos derechos; y 2) adoptar «las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el período de facto.» (Informe Oficial, párr. 54).

V. CONCLUSIÓN

Es de anotar que las amnistías otorgadas a los violadores de derechos humanos durante el régimen de gobiernos militares previos en Latinoamérica, raramente han disuadido y, en ocasiones, se han convertido en una licencia a estos agentes estatales para repetir los mismos crímenes bajo nuevos gobiernos. Al conferir, efectivamente garantizando la impunidad, estas leyes, antes que promover la genuina reconciliación nacional y consolidar la democracia, en cambio han dividido profundamente a la sociedad civil y comprometido la noción misma del Estado de derecho. En estas circunstancias, no es sorprendente que cambios de gobierno militar a civil en el hemisferio frecuentemente se hayan traducido en un tutelaje militar, más que en un real control civil sobre las fuerzas de seguridad.

La mayoría de estas transiciones, particularmente en el caso de Uruguay, también han sido acompañadas por una política de «amnesia» oficial que convierte en ciudadanos de segunda clase a aquellos que, habiendo sufrido violaciones de sus derechos encuentran que la democracia no les ofrece ningún recurso legal diferente a aquel que tenían como víctimas o procesados bajo el régimen militar. El nuevo gobierno civil, por omisión activa y por rehusarse a reconocer y abordar horrores pasados, se convierte en parte del continuo desprecio de los derechos fundamentales de ciertos ciudadanos. La completa medida y el pleno goce de la ciudadanía está entonces reservada para otros, quienes, bajo el régimen militar, inflingieron dolor, o quienes no sintieron directa y dolorosamente la pérdida de derechos garantizados. Muy a menudo, estas víctimas son dejadas con solamente memorias colectivas de sufrimiento por el cual no ha habido reparación.

En sus reportes sobre las medidas de amnistía de Uruguay y Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, clara y autorizadamente, el deber de los Estados Partes a la Convención Americana de investigar, identificar y procesar a los responsables de violaciones de derechos humanos oficialmente patrocinadas. No solamente son las decisiones de la Comisión un importante rechazo a la impunidad, sino que también deberían iluminar al Comité de Derechos Humanos, el cual actualmente está abordando retos comparables al de la ley de amnistía uruguaya de 1986, bajo su procedimiento de queja individual.

EL ROL DEL JURISTA ANTE LA REALIDAD SOCIAL Y JURIDICA

Dr. Raúl Zaffaroni

A mí me encomendaron un tema que es «sencillo», «breve», «simple» y «concreto», como es *El rol del jurista ante la realidad social y jurídica.* Realmente pensé que ante este tema sería conveniente hacer una síntesis para poder repartírsela a ustedes para que quede un poco fijado el núcleo central de la temática, y estaba en eso el domingo pasado en mi casa cuando abrí el diario y me encontré con que alguien había hecho la síntesis de un modo mucho más gráfico, con una capacidad expresiva que yo no tengo y de una manera mucho más artística, de modo que decidí reconocer la superioridad de esa síntesis, y por ende decidí repartírselas, si ustedes me lo permiten (1).

Eso que tienen ustedes, que van a tener ustedes en la mano en este momento, es lo que pasaría si el jurista no asume su rol ante la realidad social y jurídica. Es decir, terminaríamos de esa manera.

Hay que preguntarse ¿cuál rol, y frente a qué realidad? Es muy difícil hablar de la realidad en el mundo actual. Es muy difícil hablar de la realidad porque hay dos fenómenos que están íntimamente conectados: el agotamiento de algunas ideologías para acercarse a la realidad, y el agotamiento de las individualidades para reinterpretar la realidad.

Daría la sensación de que el modelo económico, ese modelo que hace que haya desaparecido el barón del dinero, ese señor de la caricatura de comienzos de siglo de los socialistas, con la cadena de oro y el habano, y haya sido reemplazado por un gris ejecutivo, que es un engranaje más. Y esto se trasladó también a lo político. Hoy tampoco tenemos los líderes políticos, hoy tampoco tenemos los hombres con autoridad moral, los hombres a quienes siguen las masas por su autoridad, por su conducta, por su peso personal. También tenemos unos ejecutivos de la política, y pareciera ser que cada uno se va insertando en una cosa corporativa donde va repitiendo un discurso sectorial corporativo, un conocimiento de la corporación o del sector, que le va privando de parámetros para una mediana comprensión de la realidad.

(1) El Prof. Zaffaroni se refiere a una caricatura de Quino, que distribuyó al público, la que se reproduce en este volumen.

Es decir, este predominio tan cerrado de discursos que responden a intereses sectoriales, es sumamente peligroso. Sumamente peligroso si nosotros, en definitiva, vemos un poco lo que los historiadores contemporáneos están evaluando acerca del fenómeno del *Dritte Reich*. Hay una discusión en la historia contemporánea entre si ese fenómeno es simplemente producto del advenimiento de un partido, del partido nazi al poder, o si eso lo posibilita, si la locura del holocausto la posibilita toda una larga tradición de discursos sectoriales sin mayores interconexiones, que fueron cerrando dentro de sus límites epistemológicos los discursos, aislándolos de la realidad y fomentando un proceso de general alienación. Al hablar de captar la realidad, o acercarse a la realidad, no me refiero a la realidad filosófica, no voy a discutir acerca de eso. Obviamente que la realidad es un fenómeno infinitamente complejo e infinitamente dinámico. Me refiero a acercarnos más a la realidad a través de cierta neutralización del fraccionamiento de la realidad.

Es decir, a cada uno de nosotros nos entrenan para ver determinadas cosas. Y eso, al mismo tiempo, nos idiotiza para ver otras. Ese entrenamiento para ver lo que está dentro de las fronteras de nuestro saber nos impide, al mismo tiempo, ver lo que pasa fuera de las fronteras de ese saber.

Acercarse a la realidad significa respetar, sí, límites epistemológicos para no caer en un discurso difuso, pero tratar de poder establecer el mayor límite, el mayor ámbito de conexiones con otros ámbitos de la realidad dentro de nuestro propio discurso. No cerrar el discurso. No hacer del límite epistemológico una especie de foso lleno de pirañas, infranqueable. Poder mirar por sobre esos límites otros ámbitos de realidad.

Y a través de eso ir aprendiendo que la verdad humana, la verdad científica, no es un dogma. Que siempre es provisional. Que siempre es una verdad «hasta que». Esto es exactamente lo contrario de lo que nos enseñó cierta metodología del saber jurídico (no voy a abundar en los detalles filosóficos de esa metodología, pero hubo una cierta metodología que nos fue enseñando que el derecho tiene que darnos certeza, seguridad, seguridad de que se va a hacer la voluntad del poderoso, pero seguridad, límites exactísimos, límites infranqueables). Y como el mundo no nos da esos límites, la realidad del mundo no nos permite esos límites, como el mundo no está hecho de blanco ni negro sino de muchos tonos y muchos colores, entonces esa metodología nos enseñó a inventar el mundo, a inventar la realidad. Y entonces fuimos exactos y ciertos, dentro de un mundo alucinado. El jurista, con esta metodología, inventó el mundo. Empezó a decir cosas dogmáticas, cosas tales como «el poder punitivo tutela bienes jurídicos». Leemos un artículo del Código y decimos: «tutela la vida». Eso, cuando se realiza en el sistema penal, ¿tutela la vida? No lo sabemos; simplemente lo deducimos normativamente porque desde el día que llegamos a la Facultad de Derecho nos dicen, «Señores, esta es la primera lección de esquizofrenia que reciben ustedes. Aquí empieza la relación de normatividad, y la relación de causalidad se quedó afuera. Si ustedes quieren aprender otra cosa, se van a otra facultad, acá no.»

Entonces el poder punitivo tutela bienes jurídicos. Metemos algo en un tipo penal, desaparece de la realidad. Metimos el aborto en el tipo penal, nadie aborta.

Punto, terminó el asunto. Metimos el adulterio en el Código Penal, no existe más adulterio. Listo. No sé por qué no ponemos el cáncer y el Sida dentro del Código Penal. Inventamos el mundo. Más pena, más seguridad. Más pena, más reproche. Más pena, más prevención. Inventos, mentiras. No es cierto, en la realidad social no es cierto. Es absurdo. El más infeliz de los sociólogos le diría que es absurdo. Pero el más genial de los juristas lo afirma.

Frente a esto, que ya se percibió que se venía abajo hace tiempo, hay dos reacciones. La reacción profética y la reacción inmoralista. Las dos tienen aspectos negativos y aspectos positivos ciertamente.

La reacción profética tiene dos líneas: el abolicionismo es una, el minimalismo es otra. La reacción profética abolicionista dice: «Bueno, si todo esto no sirve, todo este mecanismo de poder punitivo no sirve, tirémoslo por la ventana y resolvamos los conflictos con otros modos de solución de conflictos que sean efectivos». La solución minimalista dice: «Bueno, no sirve porque está armado de esta manera, ahora; pero mañana, cuando lo armemos de otra manera, va a servir para defender al más débil».

Históricamente, la primera no está probada y mucho menos la segunda. Quizá la primera hasta podría sostenerse que en alguna etapa histórica fue cierta. La segunda, directamente no. Pero de cualquier manera, ninguno de nosotros sabe lo que puede pasar en un mundo, si es que puede existir algún día, en el que haya otro modo de resolver el conflicto que no sea el poder punitivo. No sé cómo será ese mundo. Tampoco sé cómo puede ser un mundo en el cual el poder punitivo se ponga al servicio del más débil, cuando históricamente el poder punitivo siempre, desde su aparición hasta hoy, estuvo al servicio del más fuerte.

No oculto que una de esas tendencias parece estar cerca de la ideología verde, la otra de la ideología más o menos socialista, pero de cualquier manera estas perspectivas no dejan de ser proféticas, no dejan de mostrarse en un mundo que desde este ángulo, desde esta perspectiva, no sabemos cómo será, nos resulta impensable. Pero hay algo que es cierto y es actual en las dos: el abolicionismo es deslegitimante del discurso del poder punitivo; y el minimalismo tiene una esperanza de relegitimación parcial de ese discurso. Lo que rescato es: del abolicionismo la deslegitimación del discurso *actual*; no la perspectiva futura y profética, que no sé cuál será.

La otra es la reacción inmoralista. Es la reacción del funcionalismo más rabioso, el de *Luhmann*, traído al Derecho Penal por *Jakobs*, que dice: «Todo esto es cierto como descripción; es verdad. Todo lo que ustedes dicen es cierto. Pero sirve para que la gente refuerce su confianza en el sistema.» Es decir, nos engañan a todos, nos creemos que eso nos tutela y nos protege, y en función de eso reforzamos la confianza en el sistema.

Y para eso usan a unos infelices que son los presos, que son los ladrones más tontos y torpes que tenemos en cada una de nuestras sociedades, por supuesto. No están presos por lo que hicieron sino por la torpeza con que lo hicieron. No están presos porque robaron, sino porque no saben robar, roban mal. Por eso están presos. No están presos por lo que hacen sino por su vulnerabilidad.

Entonces, del enorme ámbito de ladrones que tiene nuestra sociedad se seleccionan los más tontos, los más torpes, los que más fácilmente se pueden prender. O sea, a esos les hacemos de todo y nos quedamos tranquilos, y con eso se refuerza nuestra confianza en el sistema.

Me parece que el principio de que el hombre no puede ser instrumentado (Kant, y antes Jesucristo) queda un poco de costado. Agarramos unos tipos, los metemos ahí como estacas, como límites, como espantapájaros de nuestra sociedad.

¿Cuál es el saldo? Porque el funcionalismo tiene un saldo positivo también. Se saca la careta. No es como el neokantismo que nos dice: «Esto es ciencia, la ciencia la tomo de la realidad». No, no. El funcionalismo dice: «Señores, los conceptos del Derecho Penal se elaboran en función política». Estoy de acuerdo. Sólo que la función política que yo le asigno al Derecho Penal no es la misma que le asignan los funcionalistas. Pero ese sacarse la careta, ese sinceramiento, se lo reconozco al funcionalismo y es uno de los aportes más interesantes del pensamiento penal contemporáneo.

Ahora, este sería el saldo positivo. Por eso que había algo que quería observar de la intervención de Gonzalo de esta mañana (2) cuando decía «esto no es jurídico». Cuidado. Este planteo es jurídico, este planteo es intrajurídico, y eminentemente jurídico. Si hoy estamos reconociendo desde distintos ángulos ideológicos, completamente dispares, pero estamos reconociendo que los conceptos se elaboran en función política, esclarecer desde un comienzo la función política que le asignamos al discurso jurídico penal, eso es jurídico. No estamos haciendo cuestiones metajurídicas ni parajurídicas, sino intrajurídicas.

Quería hacer una aclaración, también, con motivo de alguna expresión del discurso del Dr. Langón (3), que reitera una discusión que tuve el año pasado o el ante año con Nino, en la Argentina.

No hay nadie en este momento, que yo sepa, que propugne ni siquiera la desaparición del poder punitivo, ni siquiera la abolición del poder punitivo, junto con la abolición de los jueces, con la abolición de la policía. No. Esta identificación de abolicionismo con anarquismo, es falsa. Que al anarquismo fue abolicionista hasta cierto punto, eso es cierto. Pero el abolicionismo contemporáneo no es anarquista.

Y la identificación de coerción jurídica con pena es un abuso omnipotente del penalista. La coerción jurídica del Estado y la pena son dos cosas distintas. La pena es sólo una manifestación, pequeña, de la coerción, de la total coerción jurídica del Estado.

No es coerción punitiva sino coerción reparadora la que el Estado ejerce cuando me embarga algo y lo ejecuta para pagar una deuda. Cuando me saca de la casa que alquilo porque no pago el alquiler. No es tampoco coerción punitiva la de la policía que hace cesar una acción lesiva en curso. Me viene corriendo un señor con un cuchillo, corro yo adelante, el del cuchillo atrás, aparece un policía y lo para. Eso de punitivo no tiene nada. Es lo mismo que me corra un león que se escapó del circo o del zoológico (suponiendo que los leones del circo o del zoológico tengan dientes).

Nadie va a decir que porque pararon al león le aplicaron una pena. No. Esa es una medida de policía de detención de un proceso lesivo. Lo punitivo viene después, cuando el proceso lesivo paró. Ahí viene lo punitivo. De modo que ese es un pedazo de coerción jurídica.

Aunque con esto tengo que hacerme cargo de la defensa de otro cuya idea profética no comparto, ni siquiera los abolicionistas sostienen ese punto de vista. Lo que sostiene el abolicionismo contemporáneo es la posibilidad o la perspectiva de reemplazar un supuesto sistema de solución de conflictos que no resuelve ningún conflicto, porque deja la víctima afuera, por un sistema efectivo de solución de conflictos, paralelo y alternativo. Que esto se pueda hacer o no se pueda hacer, es profético, en el futuro. Vuelvo a insistir: no me meto en cosas proféticas sino que me quedo en este momento.

Y en este momento creo claramente que a lo que me lleva esto es a sustentar una teoría agnóstica de la pena. Es decir, no sé para qué sirve la pena ni nadie sabe para qué sirve la pena, pero ahí está. Esto nos lleva a fundar un nuevo liberalismo. Es decir, «Señores, ahí está la pena. Para qué sirve, no sé. Es un hecho, un hecho del poder». Nuestra función como operadores de un discurso jurídico penal o formuladores de un discurso jurídico penal, es reducir ese hecho de poder. Con eso estamos reduciendo al Estado de policía que vive dentro de todo Estado de derecho. Y lo estamos conteniendo.

El Estado de policía no ha desaparecido con la Declaración de Virginia, el Estado de policía no desapareció con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ni tampoco con la Declaración de Derechos Humanos. El Estado de policía está dentro de todo Estado de derecho. Si el Estado de derecho no tiene los suficientes elementos, las defensas como para contenerlo, este enano policial que está adentro sale y nos barre a todos.

De modo que hay una función política importantísima y básica del Derecho Penal que es la contención del Estado de policía que inevitablemente está metido dentro de todo Estado de derecho. Al contener la pena, al reducir la pena, estamos conteniendo a ese enano maldito que no podemos eliminar de ningún Estado de derecho históricamente conocido hasta hoy.

¿Por qué hablo de un nuevo liberalismo y por qué no hablo de una reiteración del liberalismo, del iluminismo del siglo XVIII, de la primera parte del siglo XIX? Hablo de un nuevo liberalismo porque creo que este tiene que fundarse sobre una teoría agnóstica de la pena y no sobre la defensa social que, de alguna manera, los viejos maestros liberales reconocían. Y al reconocerla tenían la semilla de su destrucción dentro. Estaban serruchando de alguna manera la rama en que estaban sentados.

Fue muy fácil decir la defensa social a través de la pena retributiva. Tan fácil como que en cierto momento alguien dijo: «¿Y por qué sólo retributiva?» Primero, desarrollo teórico de Kant; luego Romagnossi, que desarrolla más teóricamente lo de la defensa social, y en algún momento aparece Cattaneo y dice: «¿Por qué sólo

(2) Se refiere a la introducción del Prof. Gonzalo Fernández, «Sistema Penal y Control Social».
(3) Se refiere a la intervención del Prof. Langón, «Sistema Penal y Control Social».

retributiva?» Y detrás vino toda la banda de discurso policial de los positivistas. «Nada de retributiva, neutralizadora de peligrosidad». Punto. A otra cosa.

Creo que la única vacuna para un sano liberalismo que no corra este riesgo, es decir: «Señores, yo no me ocupo de legitimar el poder punitivo. Me ocupo de legitimar mi acción como operador jurídico, limitadora del poder punitivo».

«Ah, ¿pero estamos renunciando a una parte de nuestro discurso?» Sí, estamos renunciando a legitimar un ejercicio de poder que nunca tuvimos. Y estamos quedándonos en legitimar el ejercicio de poder que sí tenemos. Porque nosotros no ejercemos el poder punitivo. ¡Cuidado! No. El sistema penal es un conjunto de agencias, no voy a reiterar lo que muchas veces he dicho: agencias policiales, agencias políticas, agencias penitenciarias, agencias de comunicación social, es decir el gran aparato de propaganda, la caja idiotizante, etc., y nosotros, las agencias jurídicas, a las que nos buscan los clientes, otros. Los buscan: «Este tiene cara, ¡adentro!». Lo traen, inician el proceso de criminalización secundaria, y nosotros decidimos si eso sigue o si eso se para. Pero no salimos a la calle a buscar nuestros clientes.

Pero ni siquiera es ese el problema. Eso en cuanto a poder represivo, en cuanto al que enjaulamos, que no lo enjaulamos nosotros, decidimos si sigue o no en la jaula. Pero ese no es el poder punitivo. Eso es un pretexto. El pretexto de que a través de tener los ladrones más torpes de cada país encerrados, nos dan seguridad jurídica. Con ese pretexto el poder punitivo se ejerce en forma de vigilancia sobre todos nosotros.

Y nos va reduciendo los espacios de libertad social, de autonomía social. Es decir, vamos soportando que tenemos que salir a la calle con el documento, de la misma manera que sacamos al perro con la patente y llevamos la vacuna del perro en el bolsillo, el certificado de vacuna, de la misma manera llevamos la cédula de identidad nuestra. Y vamos pasando los puestos, las distintas aduanas, para prevenir y salvar la economía, y ahora salvar la salud con la cocaína y no sé qué otras cosas, mientras nos matan con alimentos envenenados y vino envenenado. Todo eso, nosotros de buen grado consentimos en abrir la maleta y que el señor Estado nos meta la mano en nuestras prendas íntimas.

Y así sucesivamente, nuestros espacios se van cerrando, nos van vigilando. Para tutelarnos del daño que nos van a hacer esos ladrones bobos... y el psicópata —siempre hay algún psicópata—. En todo país hay un psicópata. El psicópata es inevitable.

Nos creamos la película, hacemos la película, y vamos admitiendo eso. Y finalmente terminaríamos como el dibujo de Quino, claro. Seguridad absoluta, que nos metan presos de bebés, directamente... y listo. La más absoluta seguridad.

Nosotros tenemos este poder jurídico sumamente limitado. Poder de decisión sobre si la criminalización avanza o no avanza en estos poquitos casos que se seleccionan. Eso en cuanto a poder represivo, en cuanto a poder punitivo negativo. En cuanto a poder configurador, de vigilancia, absolutamente ninguno.

Bueno, esto nos lleva a preguntarnos: «¿Es que no tenemos poder? ¿Es que es cierto lo que se decía esta mañana: dejemos los cenáculos?» Claro que tenemos poder. Si no tuviéramos poder, los dictadores nunca se ocuparían de nosotros.

Ellos saben de poder, y ellos se ocupan de nosotros. Y se buscan sus escribas, y se buscan todas esas cosas, y si molestan mucho los sacan... etc. ¿Por qué? ¿Porque están engañados? ¡No! No, no... porque saben que tenemos poder. No tenemos que dejarnos llevar por algunas versiones bastante superficiales del marxismo o por algunas lecturas del propio Marx bastante superficiales sobre temas que no sé si los escribió en serio o si estaba ironizando.

Tenemos poder. Tenemos el poder del discurso. Hace unos días estaba leyendo un trabajo de Stanley Cohen. Y traía a colación lo siguiente, que es totalmente demostrativo de cuál es nuestro poder. Dice: «Nosotros descubrimos una pirámide». Pirámide, de repente vemos un monte, decimos: «Esto tiene una forma rara», empezamos ahí a sacar con la pala y encontramos las piedras y descubrimos que es una pirámide maya, trunca, ahí donde los sacerdotes se juntaban arriba para adorar el sol, la luna, etcétera.

Sacamos todo lo que hay encima de la pirámide, bajamos toda la selva que subió a la pirámide, una hermosa pirámide, tratamos de preguntarnos o de reconstruir, frente a ese monumento, lo antropológico, y nos imaginamos los esclavos y los siervos que iban llevando las piedras, que quedaron aplastados ahí abajo, los huesos, etc., y nos imaginamos la policía a látigo, ahí, que estaban dándole para que suban eso...

Pero esa pirámide es la materialización de una ideología de los sacerdotes. Sin esa ideología la pirámide no sería pirámide, sería un cubo, no sé qué sería... no sería la proyección tridimensional de la cruz como sabemos que antropológicamente es la pirámide, sería otra cosa. Sin la ideología de los sacerdotes las piedras no estarían en esa posición. Sin la *Weltanschauuhg* que traducen los sacerdotes y que se materializa en ese monumento, esos esclavos hubieran puesto las piedras en otro lado, hubieran hecho otra cosa, no una pirámide. Un pozo... no sé. Frente al fenómeno de poder punitivo, nosotros somos los sacerdotes. Tenemos bastante poder en ese sentido. No hay ejército sin discurso. No hay guerra sin discurso. Un ejército —como dijo un filósofo francés contemporáneo— no es una tropa, un poco de salchichón y un poco de ginebra, no. Es todo eso *y el discurso*. Y nosotros tenemos el discurso. Por eso nos cuidan. Por eso nos vigilan. Por eso nos soportan. No es gratuito ese poder. Y por eso es que tenemos la responsabilidad sobre la realidad. No le echemos la responsabilidad al cabo de policía que tortura. Será responsable, pero no es un ente que nació maligno. Lo dejamos hacer, le dejamos el espacio en nuestro discurso. Nos hicimos los tontos tolerándole la incomunicación. Y la incomunicación, en sí misma, ¿no es tortura para el que no está acostumbrado? ¿Qué pelo se necesita tocarle a alguien para que después de siete, ocho días de incomunicación, se confiese autor de los clavos de Cristo y el que se robó el collar de María Antonieta? Nada se necesita. Con que vaya uno, lo trate mal; va el otro, lo trata bien, «Confesá que te conviene, vas a salir más rápido...» Cuenta cualquier cosa. ¿Quiénes les concedimos ese espacio? ¿La policía? ¡Nosotros, con nuestro discurso! Pero claro, si nos arrimamos a esa realidad, ¿qué parámetros tenemos? Nos podemos volar a la utopía, el abolicionismo, el minimalismo...

Hay un parámetro cierto. Si tenemos poder, tenemos que medir nuestro poder. Jugarlo en cada caso y administrarlo en cada caso, por la solución o la alternativa menos violenta. Hacer un cálculo de rentabilidad en cada coyuntura que nos indique qué es lo menos violento. Y jugarnos por eso. Si esa violencia nosotros no la legitimamos, no sabemos si está legitimada, ni entramos en la discusión, sabemos que tenemos que reducirla, juguémosnos en cada caso conforme a nuestro espacio de poder, por lo menos violento.

Ese es el parámetro de realidad que no nos puede confundir. Ah, ¡pero claro! Está la opinión pública, está la policía, están los políticos, están los medios masivos que nos destruyen, está todo eso... Hoy estaba escuchando la discusión de ustedes de esta mañana... y perdonen que me meta. No tengo el gran honor de ser uruguayo, pero tengo el considerable orgullo de ser latinoamericano.

Estaban discutiendo esta mañana la reimplantación de las penas de relegación. Y las llamo penas de relegación porque tengo que llamarlas por su verdadero nombre, no por eufemismos. Estaban discutiendo esta mañana algo que va a contramano de la historia. La pena de relegación es una pena vieja, como ustedes saben, muy antigua. Casi más antigua que la prisión. Más antigua que la prisión.

Todos los países colonialistas la practicaron. A los indeseables los mandaban a sus colonias. Todos. Los no colonialistas no sabían qué hacer, realmente, pero los colonialistas hacían eso.

Cuando se les terminaron las colonias se les armó una terrible confusión también a los colonialistas porque no sabían dónde mandarlos, entonces se morían, con fiebre y todo eso, en sus propias cárceles...

La pena de relegación, ¿a qué responde? A un interés burocrático de las agencias policiales. Las agencias policiales hacen el cálculo: «Bueno, tenemos una serie de ladrones acá, que molestan, que están entrando y saliendo continuamente, unos ladronzuelos, no los podemos matar, no los podemos tener quince años en cárcel porque no matan a nadie...» Bueno, en definitiva, ¿qué hacemos? Los relegamos. Son los indeseables.

La pena de relegación es el equivalente de las viejas leyes de leva, leyes de vagos y malentretenidos de la recopilación española, de las recopiladas portuguesas, de las *ordenaçöes* portuguesas, son las leyes de enganche de nuestros países, las heredamos de ellos, las leyes de leva que lo llevan a Martín Fierro a la frontera. Esa es la pena de relegación.

Pena de relegación, de la que Napoleón III sancionó dos leyes regulándola. Pena de relegación que después el positivismo trata de cambiarle el nombre y le pone «medida»... «medida eliminatoria», le dicen, «medida eliminativa», no sé cuál es el neologismo.

Y Carl Stooss en definitiva, en el Código suizo, trata de mezclarla con la pena, y después viene Rocco, y en el Código fascista la acumula con la pena conforme a la ideología del idealismo actual de Giovanni Gentile.

Y de ahí la toma el código uruguayo, y de ahí la toma el Código de Brasil en 1940, el Código Rocco es de 1930. No hay otra fuente de inspiración, es esa. Que en definitiva era armar toda una cosa ideológica sobre la vieja pena de relegación.

Me permito decir que retornar a la pena de relegación en este momento es casi un papelón internacional. Cuando la pena de relegación fue eliminada del Código de Brasil de 1940, que era el que más cerca había seguido el modelo Rocco, en 1984 Brasil sanciona una nueva parte general, desaparece todo este tipo de pena de relegación, la Corte Suprema de Costa Rica acaba de declararlas inconstitucionales hace tres o cuatro meses, el Código de Perú las elimina totalmente, renuncia a toda su tradición suiza de Stooss, y elimina la reincidencia. El Código de Colombia de 1980 las eliminó, y eliminó la reincidencia. Alemania, 1986, la República Federal, eliminó la reincidencia. Y nosotros vamos a reincorporar la habitualidad. ¡Es raro!

Pero además de eso, la frase que se citaba esta mañana de Irureta Goyena no es un accidente. Decir: «Vamos a tener a este veinte años más hasta que quede tarado, y lo soltamos», no es un accidente, es de la naturaleza, es del espíritu de la pena de relegación. Saquémosle de circulación hasta que se inutilice, hasta que se neutralice su peligro porque quede inutilizado.

¿Y significa esto que Irureta era un fascista, o estoy queriendo decir eso? No. No estoy queriendo decir eso. Estoy queriendo decir que Irureta se había comprado un buzón, que era muy común que se vendiera en su época. Y lo compraron muy ilustres penalistas de su época. Muy ilustres penalistas.

El buzón consiste en que nos vendieron el Codice Rocco como un código tecnocrático, o ideológico, una elaboración técnica, científica, objetiva, sin política. Pero el Codice Rocco es fascista. Fue ese el buzón que le vendieron. Y no fue a Irureta solo... toda una generación compró ese buzón... Toda una generación lo reiteró y lo repitió. Y ya pasada esa generación ese buzón continuaron comprándolo los autores del Código Penal Tipo latinoamericano, hoy afortunadamente olvidado.

Pero además esto encierra una terrible mentira. La mentira que todos nuestros políticos reiteran con la apelación a las penas largas. ¡Mienten, son unos mentirosos despreciables! Penas de treinta años, cuarenta años, perpetua, cincuenta años de pena... ¡Mentira! No hay pena de cincuenta años, ni de cuarenta años, ni perpetuas, no hay ni puede haber, la pena tiene un límite temporal que es óntico. No hay más. Las cárceles no pueden convertirse en asilos de ancianos. ¿Qué cárcel conocen ustedes que sea asilo de ancianos? Estamos en 1993, ¿quién, en el año 2033 le va a hacer seguir cumpliendo la pena a un viejito? Una administración carcelaria que tendrá sus problemas, que tendrá la cárcel llena por otros problemas, etc., ¿va a tener un viejito allí adentro? Cuando ya no esté ninguno de nosotros, los pocos que quedemos estemos medio demenciados, etc, ¿va a tener un viejito allí adentro? Qué ingenuidad, o qué imagen absurda es esa, que voy a llevar al nene al zoológico carcelario a decirle: «Ah, nene, mirá, aquel viejito que está en la jaula comiendo la banana, está ahí porque mató al tío bisnono en la época del dictador Latorre».

¡Pero es absurdo! ¿En qué país del mundo pasa eso? Es una mentira. La pena durará quince años, veinte años, más no se queda nadie. Y es una mentira en todo el mundo. Ustedes me dirán: «Ah, no, pero esta pena de relegación que vamos a

establecer la mantiene el Código italiano». Sí, el Código Penal, pero vayan a las cárceles italianas. Nadie está preso en la cárcel italiana más de once, doce años. ¿Por qué? Porque a través de la ley de ejecución penal, los hacen salir. Y en España pasa lo mismo. El único que está más tiempo preso es Tejero, porque se quiso quedar y les ocasiona un problema. Nadie está más de once, doce años, ni en Italia ni en España, en la cárcel.

Es la gran mentira, mentira de nuestros políticos ¿demagogos? No, no son demagogos. No es que yo crea que el demagogo merezca respeto. Pero el demagogo es como el estafador, tiene cierto grado de genio. El demagogo es un tipo que deforma la democracia pero al que lo siguen multitudes. No nos confundamos. El demagogo, insisto, no me merece respeto, pero no confundamos al demagogo con aquel que es un pillito, que está defendiendo su espacio político, ver a quién nombra, cómo transa... su pequeño espacio político... y a veces su pequeño espacio de corrupción.

No. Demagogo, no. Simplemente pasa eso. También tenemos los ejecutivos de la política. Perdimos los barones de la políticas... La política es una actividad muy competitiva, en una actividad donde se hacen estas pillerías para ocupar estos espacios, tampoco hay una ideología detrás de eso, sería mentira decirlo... Y entonces bueno, se aprovecha la coyuntura, los medios masivos... Se ve el rating que tiene cada cosa. La pena de muerte, ¿tiene rating? Entonces salgo con la pena de muerte adelante.

Pero todo esto, de alguna manera, es mentir al pueblo. Tenemos que salir a decírselo al pueblo. Si no salimos nosotros no va a salir nadie a decírselo. Tenemos que decirle la verdad al pueblo. El pueblo nos va a creer. Somos nosotros que tenemos el deber moral de decirle la verdad. La verdad que no le dicen sus políticos digámosela sus juristas, sus jueces, sus abogados. Usemos los medios masivos. Digámosles: «¡No, señores, esta estadística policial, esto está amañado! Un momento, la estadística la tenemos nosotros, esto es lo que nos trae la policía». ¿Cuántos muertos tienen en este país, ciento y tantos de muertos por año? Correcto. Esos son los muertos que nos traen, este es el peligro de morir por homicidio doloso que usted tiene. Tal probabilidad en cien mil. Pero, ¡ojo! Que aquí tenemos la de suicidios, y el mayor peligro es por usted mismo, me parece. Y ¡ojo! que acá tenemos la de tránsito, y el peligro no está en psicópatas sino cuando cruza la calle, hablando del psicópata y mirando para otro lado... Y de estos ciento y pico que tengo aquí, el cincuenta por ciento o el sesenta por ciento fue en la familia. ¡De modo que cuídese del marido o de la mujer! Y el otro treinta y cinco por ciento fueron amigos, de modo que tenga cuidado con quien trata. Y después queda un pequeño margen, que es al que matan robándole en la calle, que es más o menos como el riesgo de contraer una fiebre tropical en Montevideo. Puede pasarle a uno, está bien, puede comer el ananá maldito, contraer la fiebre tropical.

Esto, se lo tenemos que decir al pueblo. Y contra el psicópata no lo vamos a proteger, ni nosotros ni la policía. Porque cuando sale un psicópata nadie sabe lo que va a hacer, y no hay forma de protegerse, en ningún país del mundo. De modo que si le agarró la enfermedad tropical por el ananá maldito, mala suerte. No podemos callarnos por miedo, miedo a la represalia, miedo a la policía, miedo a

las sanciones de las cúpulas. ¡No! Estamos traicionando a nuestros pueblos. Nuestros pueblos vienen de historias complicadas, de historias sangrientas, de historias duras. ¿Por qué no nos van a creer? Si les decimos la verdad. ¿Por qué les vamos a dejar el campo a los mentirosos? Porque esta alarma sale de una agencia poderosa. Bueno... sí. Pero ese es el problema que tiene el sistema penal uruguayo, como lo tiene el sistema penal boliviano, como lo tiene el sistema penal ecuatoriano. Es el problema que tienen todos los sistemas penales que tienen una policía única. Una policía única es un peligro, porque es una agencia que adquiere tal fortaleza que después no la pueden compensar las otras agencias del sistema penal, no pueden encarrilarla. Las agencias políticas le empiezan a tener miedo, y las agencias de comunicación social también. Además, sus intereses pueden coincidir en la búsqueda de rating. Cuanto más muertos muestran por televisión, mejor. La gente se deleita viendo muertos a la hora de comer. La sangre en la mesa, el televisor; cuantos más muertos proyectan, más lindo, y más rating, y más avisadores, y más dinero.

Sí, bueno, pero ese es un problema que hay que encararlo políticamente. Nosotros nos hemos copiado las constituciones de Estados Unidos, acá han echado mano de la suiza también, y al mismo tiempo nos hemos copiado la policía borbónica. Y la hemos hecho perfecta. Nosotros jamás hemos conocido la policía de la comunidad, el sheriff electo, todo eso de la tradición gringa, ¡no! No, no, la policía borbónica, vertical. Ahora, eso sí, eliminamos el Cabildo, porque era aristocrático. Y entonces nos fuimos a hacer una policía tipo ejército. Tenemos que corregir eso. Tenemos que controlar esa agencia, crear una administración penitenciaria separada, crear una policía judicial o de investigación separada, ir fortaleciendo las policías municipales como policías de seguridad, ir transfiriéndole funciones de seguridad a las policías municipales, e ir centrando una agencia nacional en cuestiones verdaderamente de carácter nacional, y reduciendo de esa manera un problema que debe ser tema central de la cuestión política. Pero, y con el Poder Judicial, ¿podemos hacer eso? Claro que lo tiene que hacer el Poder Judicial también. Si no, el Poder Judicial se va a encontrar cada vez con menos poder, cada vez más apretado en este juego de agencias. pero claro, el Poder Judicial está verticalizado. Todos los poderes judiciales de América Latina están verticalizados. Todos los poderes judiciales de América Latina han sido copiados de otro modelo. Decía, copiamos la Constitución gringa, copiamos la policía borbónica y nos copiamos el Poder Judicial napoleónico. Y todos son modelo napoleónico, donde el gobierno del Poder Judicial coincide con la Corte Suprema o el Tribunal Supremo. Variemos. Empecemos a pensar en un modelo de Poder Judicial horizontalizado. Un Poder Judicial verticalizado se va haciendo tan inviable como un ejército horizontalizado. Imagínense ustedes un ejército horizontalizado, donde el capitán diga «fuego», y el soldado responda: «Perdone mi capitán, pero yo opino que mejor esperamos». Un poder Judicial verticalizado niega la independencia interna del juez. Propongamos la quiebra del modelo napoleónico y la adopción del modelo horizontal de tipo italiano. Luchemos por un modelo judicial que garantice la independencia interna. Un ejército es verticalizado porque es un ejército, y un judicial debe ser horizontalizado porque es un judicial.

Digamos un día a nuestros tribunales supremos: «Señores, ustedes tienen una función demasiado importante, que es controlar la constitucionalidad o unificar la jurisprudencia. Dedíquense a ello y los ascensores y las bombitas se las dejan a otro organismo y al mismo tiempo, aún más, absténgase de cualquier sanción a sus colegas. Ustedes son iguales que los otros. Todos son jueces. Más respetables moralmente, por lo más delicado de su función. Sí, moralmente. Pero jurídicamente ustedes no sancionan a nadie. Y la administración y el gobierno los tiene otro cuerpo, con una representación democrática de todos los jueces y con una representación del pueblo a través de cierta designación parlamentaria. Equilibremos las cosas, y hagamos un consejo en esa forma».

Y hagamos el ingreso y la promoción de magistrados a través de concursos. No hay otro modo democrático de nombrar a un funcionario especializado que el concurso abierto, público y contradictorio. ¿Que lo pueden amañar? Es cierto. Las elecciones también. No por eso se dejan de hacer elecciones. Hay que tratar que no las hagan fraudulentas, que es otra cosa. El concurso, también.

¿Que se puede elegir a alguien que no está probada su conducta, que después tenga inconductas? Bueno, cualquiera de los que usa este argumento, si el nene llegara de la escuela y le dijera «Papá -o mamá- la maestra me puso un uno en matemática porque estaba hablando en la clase», iría a ver a la maestra y le diría: «Señora, usted está aplicando un método pedagógico equivocado, está confundiendo lo que es la inconducta con lo que es el conocimiento del chico». Bueno, lo mismo. Si ese señor que salió por concurso no funciona, tendremos que establecer los mecanismos, con suficientes garantías, para separarlo.

No hay otro modo de acceso, salvo que creamos que la función judicial es directamente política. En tal caso, hagámoslo electivo, entonces larguémoslo a la elección popular. Va a ser una catástrofe, claro. Pero si creemos que es una función técnica, una función especializada, la forma de designación a través de los representantes del pueblo más diáfana, es el concurso. Elijamos al mejor.

¡Ah, claro, pero se puede elegir un nazi! Sí, es cierto, se puede elegir un nazi. Puede venir el Sr. Karl Schmidt, presentarse a concurso y ganarlo. Me hubiera gustado estar en un Tribunal con Karl Schmidt, para pelearme. Lamentablemente a veces topamos con gente que piensa casi lo mismo, pero que no tiene su mismo nivel técnico.

Claro que todo esto parece irrealizable. ¿Por qué va a ser irrealizable? Ayer nos decía el Presidente de la Asociación de Magistrados que estaban comenzando a pensar en un modelo. Lo felicito. De los jueces tiene que salir el modelo. De la comunidad jurídica tiene que salir el modelo. Los partidos no lo van a hacer nunca. ¿Qué diablo van a hacerlo? ¡Nunca tienen interés en fortalecer un judicial!

Pero sin embargo en el mundo hay judiciales fuertes. Y tenemos el ejemplo, hoy, del judicial italiano. Y el señor Bettino Craxi, desde el momento en que asumió el gobierno, quiso limitar al Consejo Superior de la Magistratura italiana. Y ahora están a punto de quitarle los fueros. Y tenemos el modelo español. Y ahí está don Marino Barbero investigando al PSOE y allanando el Congreso.

Esos son poderes judiciales, y ¿por qué no vamos a tener nosotros un Poder Judicial así? ¿Qué vamos a esperar? ¿Qué nos lo hagan los políticos? No, nunca lo

van a hacer, a ver si les pasa lo de Bettino Craxi o lo del Partido Socialista. No, somos nosotros los que tenemos que hacerlo, señores. No va a caer como el maná del cielo. A los políticos no les gusta. Tienen que repartir poder, están controlados. Somos nosotros que tenemos que estar empujando, y tenemos que estar empujando con el pueblo y tenemos que estar empujando con la opinión pública.

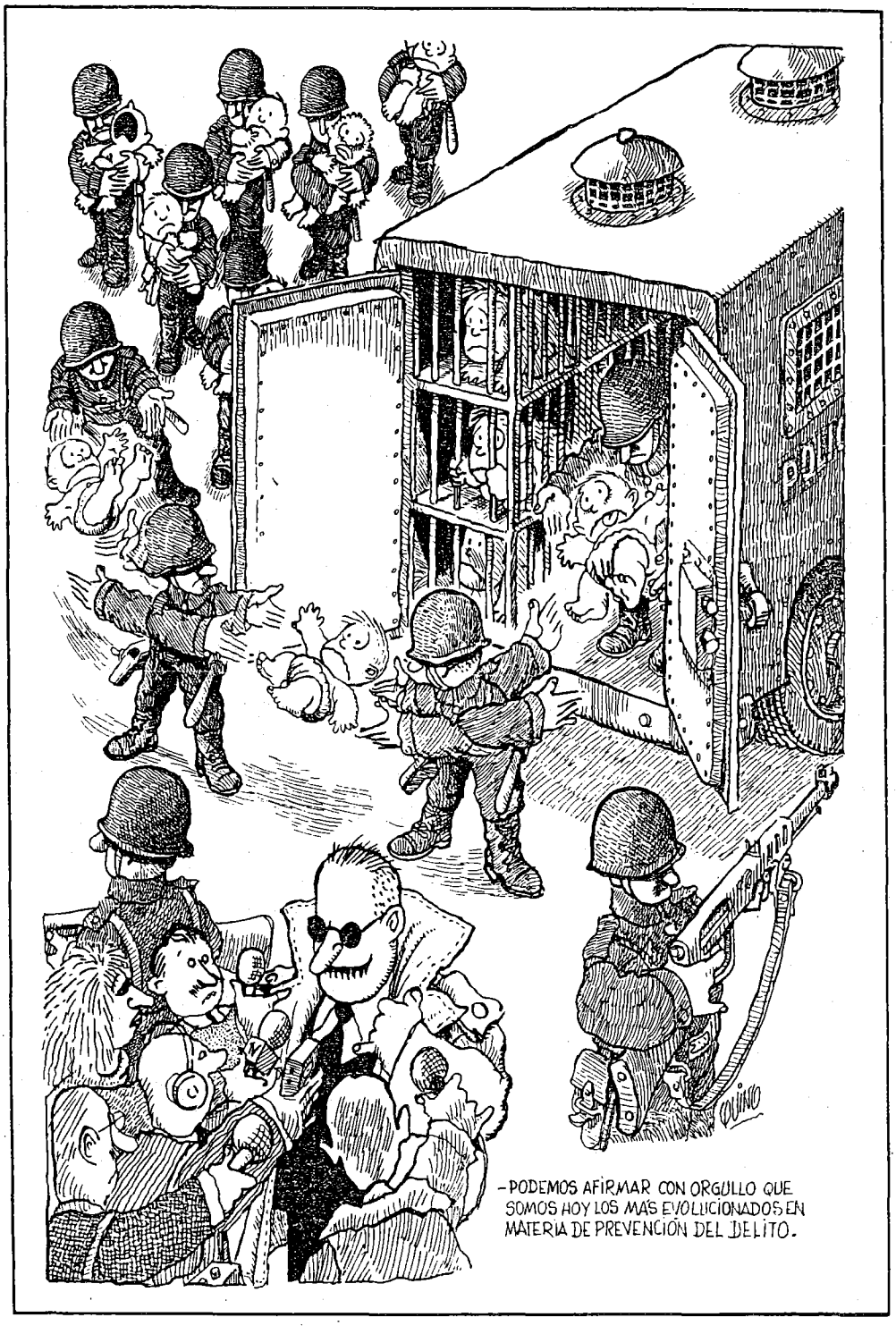
¿Y por qué no nos va a creer el pueblo? ¿O es que este no es el pueblo de Artigas? ¿O es que este no es el pueblo de la primera reforma agraria? ¿O que este no es el pueblo de Aparicio Saravia y Batlle y Ordóñez? ¿O de este pueblo no salió Rodó o Vaz Ferreira? ¿Por qué no nos va a creer, si van ustedes y se lo dicen? Y ocupan los medios masivos. Tengan la certeza de que se lo dicen ustedes o no se lo va a decir nadie. Y los políticos les van a seguir mintiendo. No porque sean grandes demagogos, sino por la naturaleza de su actividad y de la circunstancia política del país, de la región y del mundo. Simplemente. No nacieron malignos, no.

Por supuesto que todo esto es una cuestión de elección. Es una cuestión de decisión existencial. Por supuesto que elegir el camino de los derechos humanos es molesto, nos trae incomodidades, nos trae problemitas, nos puede ensuciar la foja de servicios. Pero hay cosas en la foja de servicios que son condecoraciones: «Me sancionaron por decirle la verdad a la gente». ¡Qué lindo! «Me sancionaron porque denuncié una tortura». ¡Qué bien! Sáquenle fotocopia, pónganlo en un marco y cuélguenlo en el despacho.

Recordemos que todos somos los sacerdotes que damos las ideas para la pirámide, y que abajo de la pirámide quedan unos cuantos huesos. Las ideas son nuestras. El discurso es nuestro.

La realidad es algo complejísimo y dinámico, y en esa dinámica nosotros mismos nos dinamizamos. No elegir en esta circunstancia es estar eligiendo, no hay nada que hacerle. No podemos decir: «Paren que nos bajamos».

No. Estamos eligiendo aunque no queramos elegir. De modo que aquí no me meto. La elección es de cada quien. La elección es una cuestión de conciencia individual, y la conciencia individual creo que es impenetrable. Simplemente me permito recordar que así como tendrá su precio elegir esto, también la mala conciencia tiene su precio, porque nada es gratis en la vida.



–PODEMOS AFIRMAR CON ORGULLO QUE SOMOS HOY LOS MÁS EVOLUCIONADOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DEL DELITO.

CURRICULUM DE LOS AUTORES

1. **Dr. Hernán Montealegre.** Cónsul de Chile en Inglaterra durante los años 1970 a 1973. Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos entre 1981 y 1984. Director Nacional del Colegio de Abogados de Chile entre los años 1985 a 1989. Profesor de la Cátedra de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales de Chile desde 1987 a 1993. Abogado de la Vicaría de la Solidaridad de Chile entre los años 1974 y 1980.

2. **Dr. Alejandro Artucio.** Abogado uruguayo. Representante de la Comisión Internacional de Juristas ante la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Responsable de la Comisión Internacional de Juristas en Ginebra por el trabajo en América Latina y el Caribe y la Península Ibérica. Miembro del Comité Director del Servicio Internacional para los Derechos Humanos y del Comité Director de la Asociación para la Prevención de la Tortura.

3. **Dr. Edgar Camacho Omiste.** Graduado en Derecho en la Universidad de Cochabamba, Bolivia. Realizó cursos de especialización en México y Buenos Aires. Ex Embajador de Bolivia. Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia en dos oportunidades. Consultor del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Profesor de la Universidad de La Paz, Bolivia. Catedrático de la Academia Diplomática Boliviana. Director de FLACSO-Bolivia.

4. **Dr. Francisco Eguiguren.** Abogado peruano. Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Lima desde 1983. Miembro de la Comisión de Constitución del Colegio de Abogados de Lima desde 1986.

5. **Dra. Jacinta Balbela de Delgue.** Abogada uruguaya, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Ingresa a la magistratura en 1952. Ministra de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay desde 1985 a 1989. Directora General del Instituto Interamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento de Delincuente (ILANUD).

6. **Dr. Alberto Pérez Pérez.** Abogado uruguayo, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Master of Comparative Law, Columbia University, Estados Unidos. Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de Derecho Latinoamericano, Columbia University, Estados Unidos. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en dos oportunidades (1971-1973 y 1985). Vicepresidente y Presidente de la Rama Uruguaya de la Asociación Americana de Juristas.

7. **Dr. Ronald Herbert.** Abogado uruguayo, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Profesor en esa Facultad de Derecho Internacional Privado. Defensor de Oficio en lo Criminal desde 1974. Director de la Defensoría de Oficio en lo Criminal desde 1981. Delegado uruguayo en las II, III y IV Conferencias especializadas en Derecho Internacional Privado de la Organización de Estados Americanos.

8. **Dra. Mónica Pinto.** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público y de Protección Internacional de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Subdirectora General de Derecho Público del Ministerio de Justicia de la Nación, Argentina. Entre los años 1991 y 1992 fue consultora contratada por la Unión Interparlamentaria. Consultora contratada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el PNUD en el marco del acuerdo de cooperación técnica entre el Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Gobierno de Paraguay (1990-1992).

9. **Dra. Liliana Valiña.** Abogada argentina, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Diplomada en Estudios del Desarrollo en el Instituto Universitario de Estudios del Desarrollo de la Universidad de Ginebra. Consejera Jurídica de la Asociación para la Prevención de la Tortura y responsable del seguimiento del tema ante los órganos de Naciones Unidas por dicha asociación. Miembro de la Asociación de Consultores Internacionales de Derechos del Hombre.

10. **Dr. Octavio Carsen.** Abogado uruguayo egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República; posee título revalidado en Argentina. Integrante del Centro de Estudios Legales y Sociales, Argentina, entre los años 1980 y 1989. Miembro de la Junta Directiva del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Coordinador Ejecutivo del Centro de Investigaciones Sociales y Asesorías Legales Populares (CISALP), Argentina.

11. **Dra. Beatriz Rovira de Pessano.** Abogada uruguaya, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Miem-

bro fundadora de la Rama Uruguaya de la Asociación Americana de Juristas. Ex integrante del Directorio del Colegio de Abogados del Uruguay, habiendo ocupado la Vicepresidencia de esa gremial.

12. **Dr. Dardo Preza.** Magistrado uruguayo. Ministro de Tribunal de Apelaciones en lo Civil. Presidente de la Asociación de Magistrados Judiciales del Uruguay. Profesor Adscripto de las Cátedras de Derecho Penal y Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

13. **Dr. Adolfo Gelsi Bidart.** Abogado uruguayo, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Profesor de Derecho Procesal y Derecho Agrario en la mencionada Facultad. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en dos oportunidades (1985-1989 y 1989-1993). Doctor Honoris Causa de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina. Doctor Honoris Causa de la Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Orden al Mérito Jurídico de San Raimundo de Peñaflor, España.

14. **Dr. Miguel Langón.** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay. Doctor en Diplomacia, egresado de la misma Facultad. Profesor de Derecho Penal de esa casa de estudios. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal desde 1977. Ex becario del Max Planck Institute de Friburgo, Alemania.

15. **Dr. Gonzalo D. Fernández.** Abogado penalista, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Profesor de Derecho Penal en esa Facultad. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Asesor Jurídico del Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR).

16. **Prof. Robert Goldman.** Profesor Louis C. James de Derecho en el Washington College of Law de la Universidad Americana de Washington. Graduado de la Universidad de Pennsylvania. Egresado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Virginia. Ex Editor Jefe del Virginia Journal of International Law. Decano Interino y Profesor Asistente del Washington College of Law (1971-1974). Miembro del Comité Ejecutivo de Americas Watch, de Helsinski Watch y de Middle East Watch. Miembro del Buró de Directores de Washington Office on Latin America, de Human Rights Law Group, de la Organización Mundial Contra la Tortura. En 1977 fue relator especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la preparación del informe sobre la situación de los derechos humanos en Uruguay. Entre 1988 y 1992 fue asesor de Americas Watch en ocho casos contra Uruguay que se presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

17. **Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni.** Nota del Editor. En oportunidad de la realización del Curso, le solicitamos al Prof. Zaffaroni que nos acercara su curriculum para su presentación. La respuesta que obtuvimos fue: «digan nada más que soy profesor de la Universidad de Buenos Aires» ¿Necesita el Prof. Zaffaroni mayor presentación?

INDICE

REALIZACION
GRAFICA
de

FUNDACION DE CULTURA
UNIVERSITARIA

Impreso en
GRAFISERVICE S.R.L.
25 de Mayo 736 - Tel. 91 22 48
11000 Montevideo, Uruguay

Depósito Legal N° 292.165/94

COMISION DEL PAPEL
Edición efectuada al amparo
del Art. 79 - Ley N° 13.349

Con el objetivo de completar y actualizar el estudio de las normas garantizadoras de los derechos humanos, tanto universales como regionales, la Comisión Internacional de Juristas y el Colegio de Abogados del Uruguay organizaron un curso que se llevó a cabo en el Salón Rojo de la Intendencia Municipal de Montevideo entre el 23 y 26 de marzo de 1993.

Este volumen recoge los diferentes aportes realizados por especialistas procedentes de diversos países a un muy calificado foro integrado por jueces, fiscales, defensores de oficio, abogados, profesores y expertos.

DISTRIBUYE:

FUNDACION DE CULTURA UNIVERSITARIA
25 de Mayo 568 - 96 11 52
MONTEVIDEO-URUGUAY

7863