PN-ABK-870 76435

Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos

Antología Básica

IIDH
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Consejo

Presidente	Thomas Buergenthal
Vicepresidentes	Pedro Nikken Oliver Jackman
Miembros	Lloyd Barnett Allan Brewer-Carías Marco Tulio Bruni-Celli Augusto Cançado Trindade Máximo Cisneros Margaret E. Crahan Carmen Delgado Votaw Louis Henkin Héctor Gros Espiell Emilio Mignone Marco Monroy Cabra Jorge Arturo Montero Máximo Pacheco Carlos Roberto Reina Luis Adolfo Siles Salinas Rodolfo Stavenhagen Walter Tarnopolsky Cristian Tattenbach Edmundo Vargas Carreño Fernando Volio Jiménez
Miembros Ex-Officio	Héctor Fix-Zamudio Rafael Nieto Navia Policarpo Callejas Bonilla Orlando Tovar Tamayo Rodolfo Piza E.
Directora Ejecutiva	Sonia Picado S.
Subdirectores:	Roberto Cuéllar M. Daniel Zovatto

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos es una entidad internacional autónoma de naturaleza académica, dedicada a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, que tiene en cuenta, en especial, los problemas de América.

Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos

Manual de Conferencias

Serie Educación y Derechos Humanos

b'

Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos

Manual de Conferencias

IIDH
Instituto Interamericano de Derechos Humanos
1990

-C-

Primera Edición
IIDH, Costa Rica, 1990

323.407
I-59c Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Curso interdisciplinario en derechos humanos: Manual de Conferencias / Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Presentación Sonia Picado S.-- 1. ed.-- San José, C.R.: IIDH, 1990.
340 p; 13 x 21 cm. (Serie Educación y Derechos Humanos)

ISBN 9977-962-09-X

1. Derechos humanos (América Latina). 2. Derecho penal (América Latina). 3. Discriminación (América Latina). 4. Indios. I. Título.

Reservados todos los Derechos
Hecho el Depósito de Ley

Esta es una producción del Servicio Editorial del IIDH
Coordinadora: Cecilia Cortés

Levantado de Textos: Contactos Gráficos S.A.
Diseño de Portada: Roberto Salazar
Impreso por: Varitec S. A.

© IIDH - CAPEL
San José, Costa Rica

Presentación

El Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, actividad principal y permanente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, es un foro continental de especial importancia por su carácter académico y pluralista.

El estudio a profundidad de los distintos temas en esta materia, y el intercambio entre sectores y regiones son características que distinguen al Curso como encuentro internacional. La calidad de los conferencistas se une a la participación directa de más de ciento veinte representantes del trabajo en Derechos Humanos: desde las oficinas estatales hasta los organismos no gubernamentales y desde los miembros de instituciones académicas de investigación hasta los encargados del curriculum educativo.

En 1990 celebramos el VIII Curso Interdisciplinario. A lo largo de estos ocho años, hemos reunido un excelente material que sirve de respaldo a las dos semanas de duración de esta actividad educativa. En la presente publicación ofrecemos una selección de conferencias y temas que conforman la estructura fundamental del Curso. La variedad de aspectos analizados da idea de la perspectiva que ha orientado el desarrollo de nuestro Curso Interdisciplinario.

Confiamos en que este material será de utilidad no sólo para la ocasión que le da origen, sino que servirá de apoyo a las acciones que en el campo de la educación en Derechos Humanos, realicen los participantes del Curso en sus respectivos países.

Nuestro especial agradecimiento a los profesores que colaboraron con el material que hoy informa esta publicación.

Sonia Picado S.
Directora Ejecutiva IIDH

9'

APUNTES SOBRE LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS*

Sonia Picado S.
Directora Ejecutiva
IIDH

* Adaptación de las Conferencias "Fundamentos histórico, filosófico y jurídico de los Derechos Humanos", I Seminario Interamericano sobre Educación y Derechos Humanos, San José, 1986 y "Los Derechos Humanos en la Filosofía del Derecho en América Latina", IV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, San José, 1986.

Los derechos humanos como concepto en la cultura occidental

El concepto de Derechos Humanos es, hoy en día, uno de los temas constantes en las grandes agendas nacionales e internacionales. Nadie pone en duda su puesto central en el análisis político; su consagración normativa lo ha convertido en una rama jurídica. Sin embargo, distamos, todavía, de hallar acuerdos en cuanto a su definición.

Es común, en efecto, escuchar referencias a los derechos humanos como aquellos "inherentes a la persona humana"; o bien, "consustanciales a la naturaleza humana".[1] Si bien estas expresiones indican los altos valores que los derechos humanos deben cumplir, nos dicen muy poco sobre la entidad misma de esta institución jurídica.

Evidentemente, estas concepciones encuentran su base en las doctrinas jusnaturalistas, que ligaron, de una u otra manera, la base misma del ordenamiento jurídico – "derechos naturales"– [2] a aspectos esenciales del ser humano: su razón, su conciencia, su igualdad con Dios, etcétera, dependiendo de la corriente a que nos afiliemos.

Lamentablemente, estas posturas no sólo no resuelven el problema del fundamento de los derechos huma-

1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, diciembre 1948.
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, abril 1948.
2 Es la expresión de la Escuela Clásica del Derecho Natural.

nos, ni cuentan en su definición, sino que, además, envían su discusión al campo meramente axiológico, con todos los problemas que de allí derivan.

Quizá buena parte del problema a la hora de enfocar el fundamento de los derechos humanos estriba, precisamente, en que representan la consagración normativa de un viejo anhelo de la humanidad y encuentran una larga historia de corrientes filosóficas que han defendido, por esencia, el valor del ser humano. Pero tales corrientes no han sido unívocas en sus postulados. En algunos casos se ha tratado de un fuerte individualismo;[3] de una explicación del sentido del Estado,[4] o su sublimación;[5] o de la búsqueda de la hermandad entre los hombres.[6] Las consecuencias también han sido distintas.

Repasar la historia de estos fundamentos filosóficos significa, en mucho, releer la evolución del pensamiento humanista –y aun el colectivismo más extremo– en los aportes que han dado las bases para lo que hoy conocemos como derechos humanos.

En todo caso, antes de esbozar algunas ideas al respecto, debemos fijar nuestra posición sobre el concepto de derechos humanos. Lo característico de esta rama jurídica es que se otorgan facultades y se da protección a derechos que no tienen su antecedente jurídico en ninguna relación previa. Es decir, el Estado las otorga sin que reciba una contrapartida, una contraprestación. Su pertenencia a los seres humanos no tiene por antecedente más que su nacimiento al mundo jurídico.

En el desarrollo moderno del Derecho Internacional, esto es aún más claro: los derechos humanos se consagran en tratados internacionales –acuerdos entre Estados– y sus efectos producen que los individuos –que

3 Giordano Bruno o Sartre, por ejemplo.
4 Rousseau es un caso evidente.
5 Hegel, sin duda.
6 La corriente Estoica.

obviamente no son partes en el acuerdo– que se encuentran en el territorio de los ratificantes puedan exigir el cumplimiento de estas obligaciones internacionales.

Las expresiones arriba indicadas y relacionadas con la naturaleza, la dignidad o el carácter intrínseco del ser humano, se refieren, por tanto, no a "qué" son los derechos humanos, sino "por qué" son así.

En esta materia, no existe siquiera acuerdo en lo relativo al mismo nombre. Se habla, así, de "derechos naturales", "derechos públicos", "libertades públicas", etcétera y cada autor subraya sus argumentos en favor de la denominación que define. Así, el Dr. Enrique Pedro Haba[7] distingue entre las esferas de "derechos humanos", "derechos fundamentales" y "libertades individuales", acordando a la primera categoría una entidad axiológica, la cual sirve de base para la formulación positiva de textos legales. Esta formulación constituye los "Derechos Fundamentales", esto es, continentes de un carácter jurídico y ya no valorativo. La última categoría la reserva para las esferas de libertad fácticas, es decir, la manifestación real de lo preceptuado jurídicamente. Por otro lado, el Dr. Gregorio Peces Barba señala: "Por mi parte prefiero, entre todas esas denominaciones, la de derechos fundamentales, más adecuada que la de "derechos humanos", que aunque más generalizada en más confusa. Todos los derechos son humanos, puesto que el hombre es el sujeto de derechos por excelencia".[8]

Otros autores, en particular la doctrina francesa, siguen inclinándose por el nombre de "libertades públicas", al considerar que los derechos protegidos no son sino manifestaciones de un único valor, la libertad, respetada por los poderes públicos. Pero la denominación "derechos humanos" es la más usual, en particular desde

7 Derechos Humanos, Libertades Individuales y Racionalidad Jurídica, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 31, San José, Costa Rica, página 167.

8 Derechos Fundamentales, Universidad de Madrid, Madrid, 1983, página 13.

rechos humanos" es la más usual, en particular desde que la Declaración Universal de 1948 se tituló en ese sentido, y además porque involucra una carga valorativa favorable, en tanto se les entiende universales ya que el único requisito para su atribución es el de ser humano.

Mayor diversidad que la relativa al nombre se nos presenta al analizar el problema de la existencia y fundamentación de los derechos humanos. Probablemente la tesis mayoritaria en este punto es la sustentante de que existen derechos inalienables, que el hombre tiene por su propia naturaleza, impuestos como obligación para el poder político. El ordenamiento jurídico, así, no "crea" los derechos humanos, sino que simplemente los "reconoce". En tal sentido, los derechos humanos equivaldrían a valores anteriores o superiores a las normas legales. Esta posición, sin embargo, ha sido duramente combatida por las más modernas corrientes del pensamiento jusfilosófico, en especial a partir del hecho de que nos remite un tema adicional, la existencia y contenido de los valores mismos, punto en el que tampoco existe unidad. Por tanto, si se toma una postura como la expuesta, deberá además asumirse una determinada tesis axiológica. Y las tesis axiológicas tienen orientaciones muy encontradas como para obtener claridad. Reseñemos su diversidad:

a) Tesis objetivista absoluta: Sostiene que los valores son entes que existen en forma no dependiente de ninguna posición humana, aunque no se manifiesten concretamente. Los valores existen por sí mismo, únicos e inmutables. Lo que puede variar es la percepción de ellos por los individuos pero, en todo caso, el valor debe descubrirse, no asignarse. Trasladados al plano de los derechos humanos, ello equivale a afirmar que éstos son eternos e irrenunciables, sin requerir reconocimiento positivo para su validez. Diversos autores se ubican en

esta corriente, desde la antigüedad hasta los tiempos modernos. Objetivistas axiológicos han sido Platón (quien por cierto no concedía derechos humanos), Santo Tomás de Aquino y, más actualmente, Scheller.

b) Tesis subjetivista: En esencia, la tesis subjetivista sostiene que los valores carecen de existencia real sin la presencia de un sujeto. En sus derivaciones absolutas, esta corriente niega toda entidad a los valores, juzgando que sólo existen las "valoraciones", las "calificaciones" de los individuos. En sus aspectos relativos, indica que los valores dependen de características individuales, y que por lo tanto varían de persona a persona, en razón del gusto, las preferencias, etcétera. Bertrand Russell pertenece a los absolutos, Ehrenfels, a los relativos. En el caso de los derechos humanos, la adherencia a esta corriente implicaría la negación de normas vinculantes para el ser humano antes de su consagración positiva.

c) Tesis objetivista relativa: Sostiene una posición conciliadora. Respalda la existencia de una fundamentación objetiva de los valores, pero toma en cuenta que su contenido se ve afectado por las condiciones historicas y sociales que rodean a cada individuo. Autores como Rigieri Frondizi con su teoría estructuralista, se ubican en esta corriente: "El valor es una cualidad estructural que tiene existencia y sentido en situaciones concretas. Se apoya doblemente en la realidad pues la estructura valiosa surge de cualidades empíricas y el bien al que se incorpora se da en situaciones reales. Pero el valor no se reduce a las cualidades empíricas ni se agota en sus realizaciones concretas, sino que deja abierta una ancha vía a la actividad creadora del hombre".[9]

Igual posición sostiene, por ejemplo, Ortega y Gasset al postular su "historicismo axiológico", que relativi-

9 ¿Qué son los valores?, páginas 160-168.

za los valores a la visión histórica que de ellos se tenga. Durante el ciclo de conferencias que el conocido pensador español Joaquín Ruiz Giménez impartió en el Segundo Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos patrocinado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en setiembre de 1984, se asumió una postura concordante con esta tesis: "Entiendo, en efecto, que los valores, que forman el contenido de los derechos humanos, no pueden concebirse como un sistema cerrado y estático de principios absolutos situados en la esfera ideal anterior e independientemente de la experiencia, como pretende el objetivismo; ni pueden reducirse al plano de los deseos o intereses de los individuos, como propone el subjetivismo. La fundamentación intersubjetivista, por la que me inclino, parte de la posibilidad de llegar a establecer las condiciones de las que la actividad discursiva de la razón práctica permite llegar a un cierto consenso abierto y realizable sobre el fundamento de los derechos humanos. Un consenso que, de otro lado, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales, que constituye un soporte antropológico".[10]

También, la determinación de a partir de qué momento surgen los derechos humanos en la preocupación filosófica, nos presenta actitudes discrepantes. Para un sector de analistas en esta materia, la historia de los derechos humanos se inicia con las declaraciones receptivas o normativas del siglo XVIII. Por el contrario, quienes sustentan una actitud integradora más amplia analizan los orígenes de la preocupación por los derechos humanos desde el comienzo mismo de la historia de la búsqueda por la dignidad humana.

Por supuesto, la no univocidad en el punto de arranque de la historia de los derechos humanos obedece a di-

10 Reflexión en dos tiempos sobre el fundamento de los derechos humanos, en perspectiva histórica y proyección de futuros, página 11, punto 1.

ferentes concepciones sobre la esencia misma de tales derechos, concepciones que pueden ubicarse desde el jusnaturalismo señalado arriba, hasta la posición positivista, según la cual no hay razón alguna para tratar de descubrir "derechos humanos" antes de su formulación en leyes vigentes, en tanto no hay derecho antes de su positivización. En cambio, para los jusnaturalistas las fuentes deben, necesariamente, hallarse desde la preocupación original por ubicar lo que a todo ser humano debe corresponderle.

La anterior discusión nos impediría, sin tomar partido en ella, desarrollar un esbozo histórico de los derechos humanos. Sin embargo, aún si se asume la posición positivista, no es posible negar la existencia de "fuentes materiales" de las normas positivas, esto es, los fundamentos filosóficos, ideológicos, sociales y de otra índole que constituyen la base de la decisión de adoptar determinada normativa. De modo que, cualquiera que sea la posición que en cuanto a la esencia de los derechos humanos asumamos, resulta necesario hacer un recorrido por el desarrollo del pensamiento sobre los valores fundamentales del ser humano.

En la cultura occidental, la idea de que todos somos iguales por naturaleza, encuentra sus raíces en el pensamiento greco-romano y hebreo-cristiano. Ya en "Los trabajos y los días" de Hesíodo (siglo VII a.C.) señala la existencia de una ley divina que está por encima de la ley corrupta de los hombres. Antígona desafió a Creonte para obedecer la ley natural proveniente de Zeus, ley natural que le ordenaba enterrar a su hermano a pesar de la prohibición del monarca (Sófocles, siglo V a.C.). Posteriormente, y en lo que podemos denominar la culminación del jusnaturalismo pagano, el pensamiento estoico hace énfasis en un "derecho natural absoluto" basado en la igual racionalidad de todos los hombres. Si se toma en cuenta el contexto histórico dentro del cual

se hace esta afirmación, comprenderemos la importancia de la lucha que por uno de los derechos fundamentales del hombre se inicia allí. En Roma, Cicerón nos hablará de una ley natural que es "la recta razón congruente con la naturaleza, la cual se extiende a todos los hombres y es constante y eterna".[11]

Ya en el pensamiento hebreo, los Diez Mandamientos encierran una forma de protección a los derechos actuales de la propiedad y la vida. La doctrina cristiana equiparó la virtud con el amor al prójimo y San Pablo expresamente señaló la universalidad de ley natural al manifestar: "En efecto, cuando los gentiles que no tienen ley, para sí mismos son ley, como que muestran entender la realidad de esa ley escrita en su corazón atestiguándola su conciencia".[12]

En el pensamiento medioeval, dominado por la Patrística y la Escolástica, la figura de Santo Tomás de Aquino refleja la expresión más pura del jusnaturalismo cristiano, en su obra jurídica, Santo Tomás sujeta la"ley humana" a la ley eterna proveniente de Dios, pero ya que esto deja un margen de libertad excesivo al monarca, busca la protección del individuo ante el poder por medio de su elaboración del "bien común" como destino necesario de toda normativa promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.[13]

En concordancia con los cambios socioeconómicos que ocurren en los siglos XVII y XVIII, la creencia en el origen divino de los derechos naturales se traslada al hombre mismo, en su naturaleza racional. El cambio de mentalidad implica el desplazamiento de Dios como centro del universo para convertir al hombre en el eje del pensamiento filosófico. Jacques Maritain señala cómo el humanismo "tiende esencialmente a convertir

11 La República, libro tercero.
12 Romanos II, 12-16.
13 Summa Theológica, II a, IV, 3.

al hombre en verdaderamente humano a manifestar su grandeza original haciéndola participar de todo lo que puede enriquecerla en la naturaleza y en la historia".[14]

Obviamente, la vuelta hacia el hombre que caracteriza al Renacimiento, prepara el camino para una preocupación más profunda por los valores del ser humano.

El humanismo como actitud supone la defensa de la libertad y por ello su ética se convierte en un instrumento para el burgués que anhela y necesita intensamente esa libertad. Ligada al humanismo encontramos también la exaltación por lo natural. El método racional matemático aplicado a la naturaleza humana dará así las pautas y normas ideales a las que debe ajustarse el derecho positivo. De esta fuente se nutre la Escuela Clásica del Derecho Natural, la que planteará, por medio de sus múltiples autores y destacando Hobbes, Locke, Rousseau, los tres temas que forjarán el pensamiento político de los siglos XVII y XVIII: Estado de Naturaleza, Contrato Social y Derechos Naturales. La razón como instrumento de conocimiento permitirá, con fundamento en el contrato social, regular al poder estatal para que se convierta en el guardián y protector de esos derechos. La racionalidad se exalta hasta convertirla en el fundamento mismo del Estado, tal como señala Locke; "Siendo... los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político sin que medie su propio consentimiento. Este se otorga mediante convenio hecho con otros hombres, de juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica...".[15]

El pensamiento de la Escuela Clásica influye notablemente en las reivindicaciones de derechos que realizan ya las comunidades a partir del siglo XVII. Merece

14 Jacques Maritain y Humanismo Integral, París, Primera Edición 1936.
15 Ensayo sobre el Gobierno Civil, Aguilar, Madrid, 1969.

así destacarse el *Bill of Rights* como consagración positiva estable de derechos de los ciudadanos frente al poder, y que encuentra sus antecedentes de los fueros españoles de los siglos XI y XII y la Carta Magna inglesa de 1215. Es la época de las declaraciones de derechos que, iniciada por la francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1879), reconocen la universalidad de los valores en ellas reconocidos. Los revolucionarios de esta época consideraban que la ignorancia, el olvido y el desprecio eran las solas causas de todos los males públicos y la corrupción de los gobiernos.

El siglo XIX se caracteriza por la progresiva constitucionalidad de los derechos humanos. Inspirados en la Constitución norteamericana, los países de reciente independencia agregan todos un capítulo sobre derechos humanos a sus cartas magnas. Sin embargo, estas cartas recogen fundamentalmente las garantías individuales, o sea, los derechos de cada individuo frente a la autoridad pública. Esto es lo que se conocerá después como la primera generación de derechos humanos.

El Romanticismo y la Escuela Histórica se convierten en la primera manifestación filosófica contra el racionalismo francés, y basan en el "espíritu popular" la esencia misma del derecho. En lugar de principios inmutables y normas codificadas, ven en la costumbre la fuerza vivificante del derecho. El famoso jurista alemán Savigny, máximo representante de estas tendencias, llega a comparar el derecho con el lenguaje, como un subsistema social, persistente y relativamente autosuficiente, que puede y debe amoldarse al cambio social. Así, las instituciones jurídicas no deben nacer de la letra muerta de la ley, sino que son emanaciones mismas de la vida en comunidad. Cada pueblo, junto con sus costumbres, lenguaje y tradiciones, genera determinadas formas jurídicas.

También en reacción a las ideas racionalistas que impregnaron el iluminismo francés y la posterior consolidación del individualismo dominante políticamente, aparece el enfoque desarrollado por Marx y Engels que analiza el derecho como instrumento de poder de las clases dominantes. El Derecho, a partir de esta perspectiva, forma parte de la superestructura ideológica de la sociedad, nutrida y determinada por la infraestructura económica en sus medios y relaciones de producción. Cada sociedad, de acuerdo con las condiciones económicas en las cuales se asiente, dará lugar a diferentes concepciones y formulaciones de lo jurídico y moral; los principios inmutables que se supone tiene el hombre por naturaleza, son creación de las propias condiciones del ser humano y su visión mítica sólo merece ser considerada factor de retroceso: "... rechazamos toda pretensión de querer imponernos como ley eterna, definitiva, y por lo tanto, como ley moral inmutable, cualquier dogmática moral bajo el pretexto de que también el mundo moral tiene sus principios permanentes, que están por encima de la historia y de las diferencias de los pueblos. Por el contrario, afirmamos que hasta hoy toda teoría moral ha sido, en última instancia, producto de una situación económica concreta de la sociedad".[16] Así, de una u otra forma, a lo largo de la historia, las clases detentadoras del poder económico subliman su dominación concretándola en un supuesto derecho ideal. Esta concepción marxista tuvo el enorme mérito de hacer notar la primordial importancia que en el desarrollo del Derecho ha jugado el factor económico. Constituye, además, una rebelión contra el individualismo y una denuncia social que hace conciencia sobre la necesidad de brindar al ser humano una protección más allá de las meras libertades formales, enfatizando la trascendencia de los requerimientos básicos. Los derechos económicos y sociales se abren paso y se integran a las Decla-

16 Engels, Federico, Anti-Dühring, Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1948.

raciones ya vigentes, como complemento esencial de las garantías individuales.

Otro ataque al jusnaturalismo se realiza, hacia fines del siglo XIX, desde la nueva perspectiva del positivismo jurídico del que ya hablamos anteriormente. Esta posición, elaborada inicialmente por George Austin, llega a su máxima expresión en el pensamiento de Hans Kelsen. Considera que el derecho es promulgado por el Estado y tanto los aspectos sociales como los sociológicos resultan meta-jurídicos y no deben convertirse en preocupación de quien pretenda hacer "ciencia jurídica". Los estudios se centran en el derecho promulgado y sancionado por el Estado exclusivamente y así considera que serán derechos humanos, únicamente, aquellos que la legislación positiva haya acogido en su seno. Esta tendencia llevada a sus implicaciones externas, conlleva la obediencia irrestricta a la ley. Esta tesis, ya sustentada en Grecia pero por Sócrates –quien bebió la cicuta para acatar una sentencia injusta pero respaldada por la ley de su ciudad–, puede llevar a aceptar como derecho aún aquellas normas que promueven acciones injustas. El caso a citar es, evidentemente, las leyes que se promulgaron durante el gobierno del nacional-socialismo en Alemania contra el pueblo judío y la obediencia que alegaron quienes acataron las órdenes. Los juicios de Nuremberg responden a la necesidad que sintió la humanidad de regresar a los preceptos generales y universales del Derecho Natural, al comprender la tragedia que produjo la creencia en que lo importante es la forma en que la norma se ha promulgado y no su contenido ético. El resurgir de las teorías axiológicas en los últimos años y la exaltación de la tesis de los derechos humanos como valores, responde a un pensamiento que pretende evitarle al mundo una tragedia similar a la que vivió.

Surge así una época de progresivo auge en el proceso de positivización de los derechos humanos: la Decla-

ración Americana de Derechos u Deberes del Hombre, de abril 1948; la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en el marco de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966; la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales), de 1950, y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969, estos dos últimos representativos de un nuevo proceso de internacionalización pero regionalizada de los pactos sobre la materia.

Deseo además, y para terminar este enfoque histórico muy general, señalar la importancia de la escuela sociológica, en este siglo. Así, Eugene Ehrlich, profundiza los análisis sobre Derecho y Sociedad señalando que el intentar aprisionar el Derecho de una época o de un pueblo entre los artículos de un código es tan razonable como intentar confinar un arroyo dentro de un estanque.[17] Famosa es la frase de Oliver Wendell Holmes, en la que señala: "La vida del Derecho no es lógica sino experiencia". En concreto, las normas jurídicas no pueden separarse de la realidad social, surgen de ella y su aplicación y validez están sujetas a que realmente concuerden con esa realidad. Las concepciones más modernas en la filosofía buscan una visión integradora del Derecho que lo analice desde una triple perspectiva: hecho social, norma y valor jurídico. En América Latina cabe mencionar a Luis Recaséns Siches y a Miguel Reale, como impulsores de esta posición.

Después de este esbozo histórico, deseamos cerrar con una reflexión sobre el tema inicial: el concepto de Derechos Humanos. Quizá lo que más llama la atención es que todo el movimiento político y social que provoca-

17 Los Métodos de la Sociología Jurídica. Cap. II.

ron las ideas humanistas –de los griegos a Marx–, ha llegado a crear un impresionante cuerpo normativo local e internacional. La lucha por la consagración positiva del valor del ser humano ha triunfado.

Queda ahora, por delante, la tarea de reducir la brecha entre norma y realidad, para que los Derechos Humanos lleguen a ser, realmente, una protección para el desarrollo de la persona, como tal, sin adjetivos calificantes y para que la dignidad sea, por fin, la base y no la meta del progreso de la humanidad.

Los derechos humanos en la filosofía del derecho en América Latina

El Dr. Constantino Láscaris califica al Cacique Nicarao como uno de los primeros filósofos de América y cita así a Pedro Mártir de Angleria quien cuenta que, cuando Gil González Dávila entró en las tierras que hoy son Nicaragua, se encontró con el Cacique Nicarao, el cual le recibió con simpatía. Entre ambos se estableció entonces un diálogo, en el cual el Cacique fue preguntando y él respondiendo. Señala don Constantino "No voy a entrar a discutir qué sea el ser filósofo. Sólo aludiré a Sócrates, ya que rompe todos los módulos. Si ser filósofo es preguntarse por lo desconocido-presente, no limitarse a mirar sin ver, sino problematizar lo dado, podemos apreciar en el Cacique Nicarao una actitud "filosófica".

Las preguntas que dirigió a Gil González fueron: Si conoce un diluvio pasado, si se repetirá, si vienen del cielo los españoles, si bajaron en línea recta en arco, si la tierra se volcará, cuál será el fin del linaje humano, el fuego que caerá del cielo, cuándo se apagará el sol, la luna y los astros, los vientos, el calor y el frío, los días y las noches, etc. Y luego dos de otra naturaleza: Puedo sin culpa comer, beber, etc.? Qué debo hacer para agradar a ese Dios?, etc.

Las preguntas responden a tres preocupaciones: información sobre los españoles, información sobre su dios, y las dos últimas, que tenga información sobre el status de Nicarao cuando dependa del Dios de los espa-

ñoles. O sea, no es simplemente un Cacique curioso o receloso. Es un Cacique que primero, escucha el requerimiento del conquistador, pero planteando sus propios temas, segundo, "una vez" requerido, acepta el requerimiento.

Nicarao, por cuanto era un hombre profundamente reflexivo, era filósofo en el sentido griego de la prolepsis, la prudencia racional. (Historia de las ideas en Centro América, pág. 37-38).

Era importante señalar la actitud filosófica de uno de los aborígenes de nuestra América. Esto fundamentalmente porque, en el campo filosófico, los latinoamericanos hemos sido parcos en el filosofar. Nuestras ideas, nuestras leyes, han venido fundamentalmente de afuera y el pensamiento original latinoamericano realmente no ha sido muy profundo. Cada día es más importante hacer un análisis crítico de nuestras actitudes para poder proyectar hacia el futuro una visión más realista sobre nuestras verdaderas fuerzas o debilidades. Esto es especialmente cierto en el campo jurídico ya que la mayoría de nuestras legislaciones han sido formuladas con base a documentos legales altamente valiosos pero extraños a nuestras realidades. El divorcio entre la ley formal y la práctica de los derechos es hoy en día, uno de los temas fundamentales de los filósofos y estudiosos en esta materia. Por esta razón, al analizar los fundamentos filosóficos de los derechos humanos en América Latina, era necesario irnos al pensamiento original que nos sirvió de base.

Debe señalarse aquí la trascendencia que tuvo para el mundo conocido el descubrimiento de América, pues si bien las implicaciones primarias fueron de tipo científico (una ampliación geográfica del universo, nuevas especies botánicas y zoológicas y muchos otros desafíos de distinta índole), lo cierto es que lo más importante para nuestro tema es el aspecto humano. Los conquistado-

res entran en contacto con otros hombres, otras culturas y todo ello plantea problemas de tipo social, político, religioso, etc. La conquista de América tiene una influencia predominantemente cristiana, pues se lleva a cabo para propagar la fe. Se plantea todo el cuestionamiento de las relaciones entre la cristiandad y los infieles. El Dr. Silvio Savala en su interesante análisis sobre "La Defensa de los Derechos del Hombre en América Latina", señala que "No fue la cristiana, la única corriente ideológica que dejó huella perceptible a la meditación de la conquista. Algunos escolásticos y otros de formación renacentista acogieron la teoría clásica acerca de la relación de los hombres prudentes con bárbaros llegando a predicar la servidumbre natural de los indios y el derecho de los españoles a sujetarlos por medio de la fuerza.

Frente a esta ideología surge la de procedencia estoica y cristiana que afirma la libertad de los indígenas e interpreta la misión de los colonizadores conforme a los principios de una tutela civilizadora. Es la que siempre domina en el ambiente ideológico y legislativo de España y de Indias. (Universidad Autónoma de México, UNESCO, México, 1982, pág. 13).

Merece citarse aquí el gran debate entre Fray Bartolomé de las Casas y Juan Gómez de Sepúlveda en Valladolid, años 1550-51 considerado como el hecho más importante de la historia de la Guerra Justa en las Indias. Para Sepúlveda, escolástico y cronista real, era legal y necesario hacer la guerra contra los naturales por cuatro razones: Primero, por la gravedad de los pecados que los indios habían cometido, en especial sus idolatrías y sus pecados contra la naturaleza. **Segundo,** a causa de la rudeza de su naturaleza, que los obligaba a servir a personas que tuvieran una naturaleza más refinada, tales como los españoles. **Tercero,** a fin de difundir la fe, cosa que se haría con más facilidad median-

te la previa sumisión de los naturales. **Cuarto,** para proteger a los débiles entre los mismos indígenas.

De estos razonamientos deducía Sepúlveda que las personas y bienes de los que son conquistados en Justa Guerra pasan a los conquistadores. Sepúlveda basó sus argumentos fundamentales en las teorías aristotélicas sobre la naturaleza humana y las causas de la Guerra Justa analizadas por Tomás de Aquino. Sin embargo, debe notarse la utilización constante de la Biblia, en particular los versículos de Deuteronomio que dice "Herirás a todo varón suyo a filo de espada" (20:13); "Y comerás del despojo de sus enemigos, los cuales Jehová tu Dios te entregó" (20:14); "Destruireis enteramente todos los lugares donde las gentes que vosotros heredareis sirvieron a su Dios, sobre los montes altos y sobre los collados y bajo todo árbol espeso. Y derribareis sus altares, y quebrareis sus imágenes y sus bosques consumireis con fuego. Y destruireis las esculturas en sus dioses, y extirpareis el nombre de ella de aquel lugar" (12:2,3); "Así harás a todas las ciudades que estuvieron muy lejos de ti, que no fueren de las ciudades de estas gentes, (entendido gente como fueren de religión diferente)" (20:15).

Las Casas defendió valientemente la causa de los indios basándose tanto en Aristóteles como en Santo Tomás y agregando además su valiosísima experiencia vivida en las Indias. Cito tan sólo una de sus proclamas: "El fin que en las Indias y de las Indias, Cristo y el Papa y los Prelados pretenden y deben pretender y también los Reyes de Castilla como cristianos, es la predicación de la fe para que aquellas gentes se salven. Y los medios para efecto no son robar, escandalizar, cautivar, despedazar hombres y despoblar reinos y hacer ceder y dominar la fe y religión cristiana entre los fieles pacíficos, que es propio de fieles tiranos, enemigos de Dios y de su fe, como ya muchas veces contra la porfía y cegue-

dad del Dr. Sepúlveda habemos robado y tratado y proseguido".

El verdadero resultado y sentido de la disputa de Valladolid es cuestionable. Si bien Sepúlveda se convirtió en un héroe de los conquistadores, su doctrina no sólo no triunfó sino que sus libros y sus diversas apologías no pudieron publicarse durante toda su vida. La doctrina de Las Casas, por el contrario, permitió suavizar las leyes aplicadas a los indígenas y tuvo influencia en el proceso de humanización de la conquista. Desde nuestro punto de vista, resulta especialmente importante destacar que su mensaje fortaleció la idea de que todos los hombres son iguales independientemente de sus creencias, de su lugar de nacimiento, raza, origen, etc. (La información sobre la polémica fue tomada de Hanke, Lewis "La Lucha por la Justicia en la Conquista de América", págs. 312 a 354).

Merece destacarse en esta época la labor de Francisco de Vitoria quien desde su Cátedra de Teología de la Universidad de Salamanca propicia el respeto a los derechos de los americanos, a quienes estima señores y dueños de sus tierras. Se considera a Vitoria como uno de los precursores de toda la doctrina del Derecho Internacional contemporáneo sobre la paz y la seguridad y de la teoría de los derechos humanos como teoría de la persona protegida por el derecho de gentes.

En concordancia con los cambios socioeconómicos que ocurren en los Siglos XVII y XVIII, la creencia en el origen divino de los derechos naturales se traslada al hombre mismo, en su naturaleza racional. El cambio de mentalidad implica el desplazamiento de Dios como centro del universo para convertir al hombre mismo, en el eje del pensamiento filosófico.

Obviamente la vuelta hacia el hombre que caracteriza al Renacimiento, prepara el camino para una preo-

cupación más profunda por los valores del ser humano. Hugo Grocio señala que "El derecho natural existe aunque Dios no existiera", marcando así el inicio de la laicización del pensamiento renacentista.

El humanismo como actitud supone la defensa de la libertad y por ello su ética se convierte en un instrumento para el burgués que anhela y necesita intensamente esa libertad. Ligada al humanismo encontramos también la exhaltación por lo natural. El método racional matemático aplicado a la naturaleza humana dará así las pautas y normas ideales a las que debe ajustarse el derecho positivo.

La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776, los artículos de la Confederación del 15 de noviembre de 1877 y la Constitución Federal del 17 de setiembre de 1787 consolidan los principios de la libertad individual y los derechos fundamentales de la persona humana en el nuevo mundo.

Tanto la Declaración Americana como la Francesa, influyen en forma decisiva en el pensamiento latinoamericano que vivía los momentos de su independencia. Respecto a la Declaración Francesa de 1789 señala Alfredo Vázquez Carrizosa: "De esta declaración se tomaron las versiones aparecidas en América Latina, en la clandestinidad impuesta por la rigurosa censura de la Epoca Colonial, y el programa político de la generación de la Independencia de 1810. Bolívar, San Martín, O'Higgins, Artigas, Morelos e Hidalgo, Santander, Sucre, José Cecilio del Valle, Andrés Bello, se formaron con la lectura de las obras de los clásicos y de la literatura francesa de primera o de segunda mano; queremos decir con los textos originales de los revolucionarios de 1789 a 1795 o con los comentarios españoles de la corriente de los "afrancesados". Asimismo en Europa la influencia de las teorías revolucionarias se extiende desde Madrid hasta San Petersburg, pasando por Ita-

lia y los Balcanes. Francisco Miranda, el precursor de la Independencia de América Latina, tomó parte en la Revolución Francesa y llegó a ser general de los ejércitos que entonaban el himno de "La Marsellesa". ("Los Derechos como Normas Universales", "Juris Gentium", "Derechos Humanos en las Américas", "Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches", "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", pág. 10).

Deseo destacar tres figuras latinoamericanas que contribuyeron a difundir las ideas liberales en nuestro medio. A saber: Antonio Nariño, Mariano Moreno y Pedro Molina.

Los movimientos independentistas que se generalizan en toda nuestra América a partir de 1810, se nutren de las ideas iluministas ya sea de sus fuentes originales o a través de la influencia que también ejercieron en España y en los nuevos intelectuales criollos. En respaldo de lo que aquí digo, me interesa citar al Dr. Allan Brewer-Carías, distinguido constitucionalista venezolano, quien señala: "El movimiento revolucionario iniciado en Caracas en 1810, indudablemente que siguió los mismos moldes de la Revolución Francesa y tuvo además la inspiración de la Revolución Norteamericana. En esta forma, así como la Revolución Francesa fue una revolución de la burguesía, asimismo la revolución de Independencia en Venezuela y en el resto de América Latina, fue una revolución de la nobleza u oligarquía criolla, la cual, al igual que el Tercer Estado en Francia, constituía la única fuerza activa nacional. Inicialmente entonces, la revolución de Independencia de Venezuela, fue el instrumento de la aristocracia colonial, es decir, de los blancos o mantuanos, para reaccionar contra la autoridad española y asumir el gobierno de las tierras que habían sido descubiertas, conquistadas, colonizadas y cultivadas por sus antepasados. No se trató, por tanto, inicialmente, como revolución política, de una re-

volución popular. (Las Constituciones de Venezuela, pág. 16).

El dominio de la filosofía de la ilustración fue en América privilegio de unos pocos. En consecuencia, no puede hablarse de movimientos populares que realmente pudieran llevar a cabo un gobierno democrático "del pueblo, por el pueblo y para el pueblo". El mismo Simón Bolívar, cuando redacta para Bolivia la Constitución de 1826, establece una presidencia vitalicia y una vice-presidencia no vitalicia nombrada por el Presidente, en un intento por combinar formas monárquicas y democráticas. Esta actitud responde a la idea de que una minoría "ilustrada", debe girar al pueblo en el progreso por la educación. Abelardo Villegas, sociólogo mexicano analiza este fenómeno diciendo: "... Bolívar propone un presidente vitalicio, no propone un dictador. Es decir, un presidente vitalicio constitucional. En Angostura propone un senado vitalicio y propone un cuarto poder moral, es decir, propone un funcionario jefe de estado al margen de las elecciones, o un cuerpo colegiado que esté al margen de las elecciones, porque no confiaba en la "voluntad popular" que siempre estaba al servicio de los demagogos turbulentos. No era la "voluntad popular" la que se expresaba, lo que se expresaba era la voluntad de los caudillos. (Los Derechos Humanos en la Historia de la Cultura de América Latina, Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 1984, pág. 9).

Algo semejante ocurre en la región centroamericana en donde el pueblo tampoco formó parte del movimiento independentista. Es más, el 15 de setiembre de 1821, la junta de notables que, presidida por el Capitán General declaró la independencia del gobierno español, dejaba para un congreso el futuro de Guatemala. Quedaba en la duda si se había independizado respecto a España todo centroamericano o sólo la Ciudad de Guatemala.

Puntualiza Láscaris: "Entonces, San Salvador se opuso a Guatemala: Independiente de España y Guatemala. San Miguel se opuso a San Salvador y se solidarizó con Guatemala. Tegucigalpa se independizó de Comayagua. León declaró esperar a que pasen "los nublados del día", es decir lo sucedido en Guatemala. Granada se opuso a León, Cartago se solidarizó con Guatemala. San José se opuso a Cartago. Alajuela se quedó por su lado y así cada ciudad pretendió darse un gobierno independiente". (Op. Cit. pág. 364).

La lucha feroz entre conservadores y liberales se mantiene a través de todo el Siglo XIX fundamentalmente entre una clase ilustrada y dominante sobre una población indiferente y muy poco consciente de las luchas que se libraban en su nombre.

El distinguido jurista peruano Marcial Rubio Correa, escribe: "Este aislamiento de las élites criollas ha sido cuestionado posteriormente, más por la discusión interna de políticos, historiadores y científicos sociales que por su significación intrínseca.

Es evidente que la elitización ocurrió, pero lo es también que los grupos de poder nacional de ese entonces, a su medida y con los límites impuestos por la estructura social y política de entonces, cumplieron una tarea fundamental en la configuración del Estado. (El Sistema Jurídico, pág. 31).

El Siglo XIX se caracteriza por la progresiva constitucionalización de los derechos humanos. Inspirados en la Constitución norteamericana, los países de reciente independencia agregan todos un capítulo sobre derechos humanos a sus cartas magnas. Sin embargo, estas cartas recogen fundamentalmente las garantías individuales, o sea, los derechos de cada individuo frente a la autoridad pública. Esto es lo que se conocerá después como la primera generación de derechos humanos. Lo que

se promovió fueron los derechos a la libertad individual, a la libertad de prensa, de movimiento, de conciencia, el respeto a la propiedad privada, es decir, los derechos civiles y políticos, de manera formal, aunque no real, pasan a las constituciones latinoamericanas. Tres características se señalan a estos derechos. En primer lugar imponen un deber de abstención a los Estados. El Estado se limita a respetarlos y a garantizar esos derechos. Los titulares de estos derechos serán, en el caso de los civiles, el ser humano en general, y en los políticos el ciudadano en ejercicio. Segundo, la regulación de estos derechos políticos está determinada por los derechos nacionales. Como tercer característica se señala que los derechos civiles y políticos son reclamables, salvo en circunstancias de emergencia, en todo momento y lugar y no están sujetos a variación de factores sociales o políticos.

El Dr. Andrés María Lazcano y Mazón hace la siguiente clasificación de las libertades públicas establecidas uniformemente en los países del continente. **Primero**: igualdad de derechos; **segundo:** libertad individual que se subdivide en: A) inviolabilidad de la vida, B) habeas corpus, C) acciones privadas, D) cárceles; **tercero**: libertad de pensamiento; **cuarto**: libertad de circulación; **quinto:** libertad de conciencia; **sexto**: libertad de culto; **séptimo**: libertad de enseñanza; **octavo:** libertad de profesión; **noveno**: seguridad (inviolabilidad de domicilio); **décimo:** inviolabilidad de correspondencia, cartas, papeles y demás documentos; **onceavo:** derecho de reunión y de asociaciones y **doceavo:** derecho de petición. (Citado por Santos Cienfuentes, "Los Derechos Personalísimos", Buenos Aires, pág. 66).

Desafortunadamente es de conocimiento de todos que en nuestra América Latina esos derechos quedan a menudo, como un marco teórico que no se cumple, en la realidad.

En Europa, el Romanticismo y la Escuela Histórica se convierten en la primera manifestación filosófica contra el Racionalismo francés, y basan en el "espíritu popular" la esencia misma del derecho. En lugar de principios inmutables y normas codificadas, ven en la costumbre la fuerza vivificante del derecho. El famoso jurista alemán Savigny, máximo representante de estas tendencias, llega a comparar el derecho con el lenguaje, como un subsistema social, persistente y relativamente autosuficiente, que puede y debe amoldarse al cambio social. Así, las instituciones jurídicas no deben nacer de la letra muerta de la ley, sino que son emanaciones mismas de la vida en comunidad. Cada pueblo, junto con sus costumbres, lenguaje y tradiciones, genera determinadas formas jurídicas.

También en reacción a las ideas racionalistas que impregnaron el iluminismo francés y la posterior consolidación del individualismo dominante políticamente, aparece el enfoque desarrollado por Marx y Engels que analiza el Derecho como "instrumento de poder de las clases dominantes". El Derecho, a partir de esta perspectiva, formará parte de la superestructura ideológica de la sociedad, nutrida y determinada por la infraestructura económica en sus aspectos de medios y relaciones de producción. Cada sociedad, de acuerdo con las condiciones económicas en las cuales se asiente, dará lugar a diferentes concepciones y formulaciones de lo jurídico y moral: los principios inmutables que se supone tiene el hombre por naturaleza, son creación de las propias condiciones del ser humano y su visión mítica sólo merece ser considerada factor de retroceso: "... rechazamos toda pretensión de querer imponernos como ley eterna, definitiva y por lo tanto, como ley moral inmutable, cualquier dogmática moral bajo el pretexto de que también el mundo moral tiene sus principios permanentes, que están por encima de la historia y de las diferencias de los pueblos. Por el contrario, afirmamos que has-

ta hoy toda teoría moral ha sido, en última instancia, producto de una situación económica concreta de la sociedad". (ENGELS, Federico, Antiduhring pag...).

Así, de una u otra forma, a lo largo de la historia, las clases detentadoras del poder económico subliman su dominación concretándola en un supuesto derecho ideal. Esta concepción marxista, tuvo el enorme mérito de hacer notar la primordial importancia que en el desarrollo del derecho ha jugado el factor económico. Constituye, además, una rebelión contra el individualismo y una denuncia social que hace conciencia sobre la necesidad de brindar al ser humano una protección más allá de las meras libertades formales, enfatizando la importancia de los requerimientos básicos para su subsistencia.

En 1882, León XXIII, preocupado por el problema social, designó en Roma, para estudiarlo a fondo, un "comité íntimo" encargado de profundizar las cuestiones que interesan a los trabajadores. Surge así la Encíclica "Rerum Novarum" en la que el Papa expresa su angustia ante lo que llama "la miseria inmerecida" de los trabajadores. Es innegable la influencia que en nuestros países ha tenido la Iglesia Católica y, para el tema que hoy me ocupa, las diversas encíclicas que se promulgan a partir de la ya citada. Así, en 1931 aparece la Encíclica Quadragésimo Año del Papa Pío XII con soluciones teóricas y prácticas al conflicto social. Ya en época reciente, Juan XXIII ha sido llamado el Pontífice de la socialización por sus encíclicas "Mater e Magistra" y "Pacem in Terris". La doctrina social de la Iglesia juega un papel muy importante en la actualidad como doctrina orientada de la clase trabajadora cristiana.

Surge así al amparo de nuevas ideologías, la idea de los derechos económicos y sociales por medio de los cuales se pretende dar eficacia real a los derechos de salud, trabajo, educación y uso racional de la propiedad entre otros. Las constituciones que primero consagran estos

derechos son la mexicana de 1917, la de la Unión Soviética de ese mismo año, y la de Weimar alemana de 1918.

Como característica de este segundo grupo de derechos podemos indicar que prescriben un deber hacer al Estado, es decir, el Estado se obliga a proveer los medios materiales para la realización de servicios públicos. Podemos señalar además, que estos derechos más que individuales son colectivos, porque pretenden que el Estado brinde beneficio a todos los sujetos no sólo a unos de ellos.

Finalmente, es obvio que estos derechos no son reclamables directamente al Estado sino que están condicionados a las posibilidades reales de cada país. Responden, fundamentalmente a la idea de que el ser humano debe tener igualdad de oportunidades para su total y amplio desarrollo. Esto es lo que algunos han llamado la "herencia protegida", o sea, alimentos adecuados, albergue y ropa, educación que permita un desarrollo saludable, atención médica y toda la ayuda indispensable para capacitar y orientar al ciudadano.

A pesar de lo dicho sería absurdo creer que este nuevo orden de derechos humanos suplanta al viejo. Se trata esencialmente de una contraposición entre aquéllos que sostienen que la preservación de los derechos civiles y políticos es fundamental, aún para el establecimiento de los derechos económicos y sociales y lo que creen que a no ser que los derechos económicos sean asegurados primeramente, los derechos civiles y políticos solo serán vanas simulaciones y falsedades.

Así señala el Dr. Héctor Gros Espiell: "... es necesario comprender que sin derechos políticos y civiles no puede haber libertad sindical, que sin la afirmación integral de los derechos que se derivan, para todos los individuos del hecho de ser hombres, no tiene sentido hablar de derechos sociales o de conquistas laborales. En efecto, la libertad formal, en el reconocimiento del dere-

cho a un nivel de vida noble y digno, muy poco significa prácticamente, pero, a la inversa, la satisfacción de las necesidades materiales, sin el reconocimiento pleno de la libertad, no es una solución capaz de satisfacer los requerimientos complejos y múltiples de todo ser humano". (La OIT y los Derechos Humanos en América Latina, UNAM, México 1978, pág. 245).

A partir de la Constitución mexicana de 1917 ya citada, los distintos países latinoamericanos se apresuran a incorporar en sus cartas magnas los distintos derechos económicos y sociales. Para citar tan sólo unos ejemplos, el artículo 16 de la Constitución chilena garantiza la libertad de trabajo y su protección, el artículo 18, el derecho a usar la seguridad social, el artículo 19, el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La Constitución argentina, artículo 14, párrafo segundo: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de la labor; jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas; retribución justa, salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público, organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. La Constitución de El Salvador dedica la Sección Segunda al trabajo y seguridad social. El artículo 37 señala: "El trabajo es una función social, goza de la protección del Estado y no se considera artículo de comercio". La Constitución colombiana, en el Título Tercero habla de los derechos civiles y garantías sociales. Así el artículo 16 señala, cómo las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los parti-

culares. Y el artículo 17, "El trabajo es una obligación social y gozará de una especial protección del Estado". La Constitución cubana señala en su artículo 9: "La Constitución y las leyes del Estado socialista son expresión jurídica de las relaciones socialistas de producción y de los intereses y la voluntad del pueblo trabajador. Todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por el respeto de la misma en toda la vida de la sociedad". El artículo 13 señala: "La República de Cuba concede asilo a los perseguidos en virtud de la lucha por los derechos democráticos de las mayorías, por la liberación nacional; contra el imperialismo, el fascismo, el colonialismo y el neocolonialismo; por la supresión de la discriminación racial; por los derechos y reivindicaciones de los trabajadores, campesinos y estudiantes; por sus actividades políticas, científicas, artísticas y literarias progresistas; por el socialismo y por la paz". Artículo 14: "En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre".

Surge así una época de progresivo auge en el proceso de positivización de los derechos humanos: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de abril 1948; la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en el marco de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Humanos, Sociales y Culturales, ambos de 1966; la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales), de 1950, y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969, estas dos últimas re-

presentativas de un nuevo proceso de internacionalización, pero regionalizada, de los pactos sobre la materia.

El Dr. Gros Espiell, en su interesante análisis sobre los derechos económicos, sociales y culturales destaca la importancia de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales que fue adoptada en la Conferencia de Bogotá también en 1948 y cuyos 39 artículos constituyen un catálogo increíblemente moderno y progresista de los derechos sociales. Analiza además, la omisión que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene en relación a estos derechos. Esto por cuanto al elaborarse el texto de la Convención se decidió evitar la enumeración de estos derechos con el fin de evitar "conflictos". Señala el Dr. Gros: "... el error consistió en no comprender que las normas económicas, sociales y culturales del Protocolo de Buenos Aires, aunque enumeraban derechos económicos, sociales y culturales, no tenían como objetivo aclarar ni garantizar derechos humanos, sino fijar pautas de conducta de los Estados en materia económica, social y cultural". (Op. Cit. pág. 114).

Debe señalarse que la aplicación de normas generales siempre está condicionada a un margen de apreciación intelectual y humana que se apegue a los casos singulares. En América Latina importa destacar que la teoría de los derechos humanos ha estado ampliamente vinculada a la idea de la democracia constitucional. En nuestros países en un hecho que las constituciones y el derecho positivo trataron de garantizar los derechos civiles y políticos. La realidad es, sin embargo, totalmente otra. Las dictaduras, los golpes de Estado, la persecución, y la carencia de libertad, han sido constantes en nuestra historia. En los últimos años hemos tenido que lamentar doctrinas que, justificando la seguridad del Estado, han propiciado el abuso de todas las libertades individuales. El penoso caso de Argentina, tan vio-

lentamente proyectado al mundo en los últimos meses con el regreso a la democracia, nos muestra un ejemplo vivo de la necesidad de complementar las garantías enunciadas en las declaraciones simplemente formales. La vida democrática ha sido la excepción y no la regla en nuestros países.

En relación con los derechos económicos y sociales es evidente que nuestra región ha sido afectada por el subdesarrollo, la explotación de sus pueblos por oligarquías criollas, dependencia externa, marginación de pueblos indígenas, etc., lo cual hace ilusoria la posibilidad de una vigencia efectiva y real a corto plazo de estos derechos. Fenómenos como el terrorismo y la guerrilla, que conllevan a la vez la reacción político-militar irracional, agravan el cuadro de nuestra América.

Los pensadores latinoamericanos se han hecho presentes en los distintos momentos de progresivo avance de los derechos humanos. Es evidente que este tema ocupa, en la actualidad lugar importante entre los que analizan y estudian la Filosofía del Derecho: los principales ilusfilósofos dedican uno o varios capítulos de sus textos a los derechos humanos y, fundamentalmente, en los últimos años se muestra el interés por la axiología jurídica y los valores que pretende llevar a cabo el derecho. Así señala, por ejemplo, Miguel Reale: "... partiendo de la observación básica de que toda norma jurídica mira un valor, se reconoce que la pluralidad de valores es consustancial a la experiencia política. Utilidad, tranquilidad, salud, confort, intimidad e infinitos otros valores fundamentan las normas jurídicas. Estas normas, a su vez, presuponen otros valores como el de la libertad, sin el cual no habría posibilidad de optar entre los valores y no efectuar una valoración en concreto", y los de igualdad, de orden y seguridad (sin los que la libertad se convertiría en arbitrariedad).

Miguel Reale desarrolla toda una teoría sobre la estructura tridimensional del Derecho que tiene gran acogida dentro de la filosofía de nuestros países. Define el Derecho como "una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura tridimensional bilateral atributiva". "Donde quiere que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (económico y geográfico, demográfico, etc.), un valor que confiere determinada situación a ese hecho y finalmente una regla o norma que representa a la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro. Tales elementos no existen separados unos de otros sino que coexisten en una unidad concreta. Así la vida del Derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctiva de los tres elementos que la integran". (Introducción al Derecho, pág. 69).

Al criticar Reale el formalismo jurídico tan arraigado en América Latina señala: "Para un adepto del formalismo jurídico, la norma jurídica se reduce a una 'proposición lógica', mientras que para nosotros, como para los que alinean en una comprensión concreta del Derecho, la norma jurídica, no obstante esa estructura lógica, señala el 'momento de integración de una clase de hechos según un orden de valores' y no puede ser comprendida sin referencia a esos dos factores que ella dialécticamente integra y supera".

Luis Recasens Siches, distinguido iusfilósofo mexicano, sustenta una posición también con un enfoque tridimensional. Concibe el Derecho como "vida humana objetivada". Nos dice: "Sea cual fuere su origen concreto (consuetudinario, legislativo, reglamentario, judicial), una norma jurídica encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir

por el Estado. Lo que importa subrayar aquí es que la norma jurídica es vida humana objetivada, porque siendo así resultará claro que para comprenderla cabalmente, debemos analizarla desde el punto de vista de la índole y de la estructura de la vida humana. (Tratado General de Filosofía del Derecho, pág. 108).

Hace un extenso análisis de los derechos humanos tanto individuales como económicos y sociales, aquí señala: "La presentación que voy a ofrecer de los derechos del hombre no constituye, no puede constituir, axiología pura, sino que, por el contrario, representa axiología aplicada, aplicada a la realidad contemporánea de la cultura occidental". (Ibid, pág. 558). Para Recasens la Declaración Universal de los Derechos del Hombre revela un renacimiento muy vigoroso en el mundo de las tesis de que hay principios ideales, por encima del derecho positivo y a los que éste debe plegarse, que son la base de lo que se llama derechos fundamentales del hombre. Es decir, que a la luz de la estimativa jurídica se debe proclamar la exigencia de que tales derechos ideales sean convertidos en derechos subjetivos dentro del orden jurídico positivo. En relación con la libertad señala: "... en general, casi todos los pensadores en materia de filosofía del derecho y de la política consideran también como un *derecho absoluto* concedido por los supremos principios de la axiología jurídica". (Ibid, pág. 563).

Al hablar de los derechos sociales, hace ver como "Los liberales del Siglo XIX incurrieron en un tremendo error: en admitir que las libertades individuales, y sobre todo las libertades democráticas de los derechos políticos básicos, podían ser ejercicios en cualquier sentido, en cualquier dirección, al servicio de cualquier fin, sin limitación de ninguna especie, que por lo tanto, el ejercicio de tales derechos y libertades debían de ser permitidos y garantizados incluso a quienes luchaban por la supresión de esos derechos y libertades". Analiza

la importancia de los derechos sociales señalando: "En justificación de los llamados derechos sociales, económicos y culturales del hombre, suele decirse hoy en día que todos los seres humanos tienen derecho –se entiende, en términos axiológicos, en términos de *iure condendo*– a que el orden jurídico de la sociedad le suministre condiciones y servicios de seguridad, de educación, la igualdad de oportunidades y de protección al trabajo en un nivel humano digno y justo. Al fin y al cabo, aunque la sociedad sea un ingrediente esencial de la vida humana, los entes e instituciones sociales, incluyendo entre ellos la Nación y sobre todo el Estado, deben ser considerados como instrumentos al servicio de los hombres, como medios para que éstos puedan cumplir sus propios fines. Es decir, como tantas veces puse ya de manifiesto en el presente libro, las instituciones sociales existen por razón del hombre, para servir al hombre, y no al revés, el hombre por razón de las instituciones". Más adelante expresa: "Hoy en día se entiende más correctamente, que la seguridad social es una obligación de justicia que la sociedad tiene para con los individuos, y no sólo de misericordia y se sostiene como por tanto que debe ser normada por el orden jurídico, de modo que otorguen derechos a los individuos y se impongan deberes legales al Estado y sus órganos". Esta idea es fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales o educativos del hombre. (Ibid, pág. 600 y siguientes).

Máximo Pacheco, iusfilósofo chileno, considera que: "El fundamento de los derechos de la persona humana reside en que el hombre es un ser dotado de razón y libre voluntad, que posee un fin propio. Estos caracteres son los que le dan la dignidad que goza. La persona humana, por ser un todo dueño de sí, de sus actos, no puede ser tratado por el ordenamiento jurídico como un medio, sino como un fin, y por ello, debe reconocérsele la facultad de obrar conforme a las exigencias del último fin y garantizársele, por parte de los demás integrantes del

grupo social, el respeto al uso lícito de su actividad. En consecuencia, la verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa en la dignidad y en el fin trascendente de ella". Destaca fundamentalmente el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, el de inviolabilidad de la vida privada, de la familia, del domicilio, de la correspondencia. (Op. Cit., pág. 153 y siguientes).

Deben mencionarse, asimismo, los llamados "Derechos de la Tercera Generación" o "Derechos de los Pueblos" según se han desarrollado en los últimos tiempos. Estos derechos se caracterizan por tres factores: En primer lugar, son reclamables frente al Estado, pero su titular también puede ser el Estado. En segundo lugar, estos derechos requieren de prestaciones positivas y negativas de toda la comunidad internacional. Finalmente, estos derechos se involucran en el concepto de paz en un sentido amplio, no solamente como ausencia de guerra sino, fundamentalmente, como la posibilidad de una paz integral del ser humano. Entre estos derechos podemos citar el derecho al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, al medio ambiente, a la comunicación y al patrimonio común de la humanidad. En su interesante libro "La Tercera Generación de Derechos Humanos y la Paz", el Dr. Diego Uribe Vargas señala: "La paz es hoy el tema que en una o otra forma ocupa la atención obsesiva del género humano. En la esfera de las relaciones internacionales, la aparición de nuevas formas de violencia, la convierten en anhelo del individuo en cualquier lugar donde se encuentre, por encima de las ideologías, es la responsabilidad primordial de gobernantes y plenipotenciarios. ... más allá de las consideraciones particulares y de esquemas teóricos, hay que contribuir a que la paz no sea sólo el compromiso de los mandatarios, sino que alcance la categoría subjetiva de un derecho inalielable, que pertenezca simultáneamente a los individuos y a los pueblos. La toma de concien-

cia a favor de la nueva generación de los derechos de la solidaridad, no sólo debe ser punto de referencia, sino la insignia de una generosa cruzada a favor de la dignidad y la libertad del ser humano a la cual nos consagramos sin reservas". (pág. 10).

De nuevo es importante señalar que los distintos tipos de derechos tienen una interacción que implica la dependencia de unos en los otros. No podrán realizarse plenamente los derechos civiles y políticos en un mundo sin desarrollo y sin paz y en igual forma no podremos hablar de desarrollo sin la existencia de las libertades políticas y civiles.

La Declaración Universal de 1948 constituye un aporte excepcional dentro de la teoría del derecho en el tanto en que positiviza un sistema de valores que ha sido aceptado por consenso en el mundo. Por ello el problema fundamental actual es cómo proteger los derechos humanos y cómo hacer viable su ejercicio real. Señala Norberto Bobbio: "El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados". (Presente y Porvenir de los Derechos Humanos, Anuario de Derechos Humanos de 1981, pág. 10).

La utilidad de estas reflexiones es evidente: nuestros países viven en este momento un proceso de transición democrática y de apertura a los derechos humanos que no puede ser desaprovechado. Es, una vez más, este concepto vital el que debe dar la clave para enfrentar los retos del futuro y el camino hacia el avance.

.47.

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA REGIONAL AMERICANO

Pedro Nikken
Juez Corte Interamericana de Derechos Humanos

Introducción

El ideal de crear procedimientos internacionales orientados hacia la promoción y protección de los derechos humanos dentro del sistema interamericano precede a la estructuración jurídica actual de dicho sistema, la cual se desprende de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá en mayo de 1948 y de su reforma por el Protocolo de Buenos Aires de febrero de 1967. A decir verdad, como se tratará de destacar en la presente exposición, las normas y principios que orientan la salvaguarda internacional de los derechos del hombre en América ha sido producto de una evolución constante, la cual ha conducido a un sistema de fuentes diversas y de una cierta complejidad. Esa evolución, que no puede desvincularse de las peripecias de la Organización de los Estados Americanos ni del acontecer político de sus miembros, ha ido expandiendo progresivamente el alcance del sistema.

En una perspectiva de conjunto, es bien ilustrativo observar cómo se han ido adoptando los instrumentos generales que contienen disposiciones relativas a los derechos humanos en América, particularmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta exposición se centrará en el examen de esas instituciones, en primer lugar, porque ellas son las que recogen los aspectos generales del sistema y definen sus

características propias; y, por otro lado, porque su implantación sucesiva ha servido para definir el marco general del sistema.[1]

En verdad la protección internacional de los derechos humanos en América, más que como un sistema establecido se presenta como un proceso de persistente profundización. Sus características más distintas no son frecuentemente consecuencia de concepciones teóricas preconcebidas sino de actuaciones prácticas. Por eso, a la hora de singularizar las notas propias del sistema interamericano de protección, conviene insistir sobre el papel de los órganos que lo administran y sobre los procedimientos aplicables, que son sus características más peculiares. En el mismo sentido, para estudiar las líneas generales del sistema americano, se requiere un examen de su evolución, caracterizada fundamentalmente por soluciones interinas las cuales, en su operación práctica, han ido estableciendo definiciones más o menos características.

Por eso estas consideraciones introductorias estarán centradas en la descripción general de los aspectos normativos y organizativos de los mecanismos de protección y promoción, en el entendido que el análisis del estado actual del sistema (B) no es enteramente comprensible si no se estudia su desarrollo histórico progresivo (A).

A. El desarrollo progresivo

El origen del panamericanismo se remonta al tiempo de la independencia de las repúblicas latinoamericanas, como una de las piezas claves del ideal bolivariano, cuya primera expresión fue el Congreso de Panamá de

1 Existen otras instituciones americanas que, de una forma u otra, concurren también a la protección de los derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Mujeres o el Instituto Interamericano de la Infancia. Sin embargo, dada la orientación general de esta exposición, no se entrará a su análisis.

1826. Otros congresos latinoamericanos tuvieron lugar en el siglo XIX; y en 1890, con objetivos bien diferentes a los de Panamá, se reunió en Washington la Primera Conferencia Interamericana. Sin embargo, no fue sino hasta la ejecutoria del nazismo y el fascismo en Europa que apareció la idea de vincular los ideales democráticos y la dignidad humana con los esfuerzos comunes de los Estados Americanos para la defensa continental.[2] En la Conferencia de Chapultepec (1945) se proclamó la adhesión de las repúblicas americanas a los principios democráticos y se reconoció la posibilidad de establecer un sistema de protección internacional de los derechos humanos. Se aprobó la preparación de un proyecto de "Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre",[3] lo cual se encargó al Comité Jurídico Interamericano. Se recomendó igualmente que, al término de un proceso de consultas, esa Declaración fuera sometida a una conferencia internacional de juristas americanos, para que pudiera ser adoptada como convención regional.[4]

La Carta de Bogotá, que creó la Organización de los Estados Americanos, incluyó el respeto y garantía de los derechos humanos entre los principios básicos de la nueva entidad regional, cuyos miembros declararon que la solidaridad humana sólo es concebible dentro de las instituciones democráticas y "un régimen de libertad individual y justicia social, fundado en el respeto de los derechos fundamentales del hombre".[5] Entre los principios que cimentan la Organización se incluyó expresamente la proclamación de "los derechos fundamentales de la persona humana, sin ninguna distinción de raza, de nacionalidad, de religión o de sexo".[6] La mis-

2 Así ocurrió en la Conferencia de Buenos Aires de 1936 para el Mantenimiento de la Paz y en la III Reunión de Consulta de Río de Janeiro de 1942.
3 Resolución IX (13).
4 Resolución XL (14). La resolución fue denominada "Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre".
5 Preámbulo.
6 Art. 5.j.

ma Conferencia de Bogotá aprobó, en su Resolución XXX, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Ella proclama que los derechos humanos "no nacen del hecho de ser nacionales de un determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana" y que "la protección internacional de los derechos humanos debe ser guía principalísima del derecho Americano en evolución",[7] todo lo cual expresa el reconocimiento de la internacionalización de los derechos humanos. Su contenido se refiere predominantemente a los derechos civiles y políticos.[8]

Sin embargo, la Declaración fue aprobada fuera del marco de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y se le reconoció expresamente el rango de "recomendación", de modo que carecía, en su inicio, de fuerza obligatoria formal. Tampoco se creó ningún órgano, fuera o dentro de la Carta, con la misión específica de promover o proteger los derechos humanos. Por circunstancias distintas no se encontró oportuno adoptar de inmediato un régimen internacional de control, pero se encargó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de estatuto de una Corte Interamericana de Salvaguarda de los Derechos Humanos, para someterlo a la siguiente Conferencia Interamericana, lo cual no ocurrió.[9]

La década de los cincuenta fue dominada en América por la guerra fría y proliferaron gobiernos militares que, bajo el pretexto del anticomunismo, desconocieron los derechos humanos y postergaron todo intento para organizar su protección internacional. Simultáneamen-

7 Preámbulo.

8 La resolución XXIX de la misma Conferencia aprobó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuya resonancia práctica ha sido mucho mejor.

9 Una dificultad que ofrecía la creación de la Corte era la ausencia de derecho positivo convencional, en virtud de la carencia de fuerza obligatoria de la Declaración Americana en su origen. Por eso, el Comité Jurídico Interamericano propuso, en la época, la celebración de una convención de derechos humanos. Como lo demostraron posteriormente los trabajos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta objeción no se justificaba plenamente.

te la OEA entró en una prolongada crisis que, después de la X Conferencia (Caracas 1954), no le permitió reunir nunca más una Conferencia Internacional Americana, sino que tuvo que recurrir a reuniones extraordinarias o de consulta antes de reformar su estructura en 1967. Fue en la V Reunión de Consulta (Santiago de Chile, 1959), convocada en un ambiente de tensión entre varios gobiernos americanos, donde el proceso adquirió nuevo vigor. Varias de las resoluciones de la Conferencia se refieren a los derechos humanos,[10] entre ellas la trascendental Resolución VIII, que encargó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un proyecto de convención sobre derechos humanos y decidió la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965) se ampliaron las facultades iniciales de Comisión. La Resolución XXII de esa Conferencia autorizó expresamente a la Comisión para recibir comunicaciones individuales, con lo cual se formalizó una práctica precedente, y le encomendó prestar especial atención sobre el respeto de ciertos derechos entre los proclamados en la Declaración Americana, a saber: Derecho a la vida (Art. I); Derecho de igualdad ante la Ley (Art. II); Derecho de libertad religiosa y de culto (Art. III); Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (Art. IV); Derecho de justicia (Art. XVIII); Derecho de protección contra la detención arbitraria (Art. XXV); y Derecho a un proceso regular (Art. XXVI).

La III Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó el Protocolo de Reforma a la Carta de la Organización, el cual incluyó a la Comisión entre los órganos permanentes de la OEA. A partir de entonces la Comisión es el fruto de un tratado que

10 Resoluciones I, III, IV, VIII, IX y XI.

vincula a todos los miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Paralelamente marchaba la preparación del proyecto de convención americana sobre derechos humanos. En la Conferencia de Río de Janeiro se consideró el proyecto encomendado en Santiago al Comité Interamericano de Jurisconsultos así como sendas propuestas adicionales de los gobiernos de Chile y Uruguay. Se remitió la cuestión al Consejo de la Organización que debía pronunciarse después de un período de consultas y de obtener la opinión de la Comisión. El Consejo convocó Conferencia Interamericana Especializada en San José, Costa Rica, entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969, en la que se adoptó el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o "Pacto de San José". Once ratificaciones eran necesarias para que el tratado entrara en vigor, lo cual no ocurrió hasta el 18 de julio de 1978.[11] La Resolución número II de la Conferencia de San José, donde se adoptó la Convención, solicitó al órgano supremo de la OEA la aprobación de un régimen destinado a definir la situación de los Estados miembros de la Organización que no fueran partes en la Convención, una vez entrada ésta en vigor. Sustancialmente se tomaba que, para esos Estados se continuara aplicando el mecanismo entonces vigente, fundado sobre la Resolución XXII de la Conferencia de Río en 1965. Ese es el régimen contenido en el artículo 20 del actual Estatuto de la Comisión, aprobado por la Asamblea General de la OEA en La Paz, Bolivia, en 1979.

B. El estado actual

En la forma descrita se estableció un sistema doble o si se quiere superpuesto. De una parte, un sistema ge-

11 Hasta el presente los Estados que han ratificado o adherido a la Convención son los siguientes: Argentina, Bárbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. La han firmado, pero no ratificado, Chile, Estados Unidos y Paraguay.

neral, aplicable a todos los miembros de la Organización de los Estados Americanos, contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Carta, y del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo órgano de salvaguarda es ésta última. Por otro lado, está el sistema más exigente, que tiene su fuente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que obliga únicamente a las partes en ese tratado,11 cuyos órganos de protección son la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El sistema de vínculos superpuestos que ha resultado de esta evolución pone de manifiesto una característica que, si bien es común a todo régimen internacional de protección a los derechos humanos, ha cobrado particular relieve en América, como es el desarrollo progresivo del vigor de la tutela internacional. En efecto, ha sido América Latina, en todo el hemisferio occidental, la región que ha padecido las más pesadas dictaduras y los casos más notorios de violación de los derechos humanos desde la II Guerra Mundial. En impulso inicial de la Conferencia de Bogotá encontró poderosos obstáculos que impidieron el desarrollo de la protección internacional. Hubo que esperar diez años para que se creara una Comisión; veinte para que se suscribiera una Convención; y treinta para que ella entrara en vigor. El progreso del sistema ha sido posible gracias, por una parte, al aprovechamiento de momentos en que los gobiernos han sido más sensibles, o más vulnerables a la opinión pública, en materia de derechos humanos; y por otra parte, a la actuación práctica de los órganos de protección cuyo trabajo ha servido para ampliar considerablemente el ámbito de la tutela internacional.

Como resultado de la evolución que se acaba de descubrir el sistema general de protección de los derechos humanos dentro del marco de la OEA presenta cierta complejidad normativa y organizativa.

En el plano normativo puede constatarse la existencia de una diversidad de fuentes cuyo alcance y destinatarios son variables. La Carta de la OEA, define en sus artículos 112 y 150 el marco general, refiriéndolo a tres elementos. El primero, que constituye el trasfondo de los otros, es la proclamación del respeto a los derechos humanos entre los objetivos y el ámbito de actuación de la Organización. El segundo es la determinación de preparar, a través de una Convención Americana sobre Derechos Humanos, un régimen de promoción y protección de esos derechos. El tercero, la adopción de un mecanismo transitorio, a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de velar por el respeto de los mismos mientras la Convención no entrara en vigor, o, incluso después, respecto de los Estados miembros de la OEA que no fueron partes en ella. Dentro de ese marco general, se pueden encontrar dos fuentes que definen, en el plano sustantivo, el enunciado y contenido de los derechos protegidos. Por una parte está la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y por la otra la Parte I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La primera es aplicable respecto de todos los miembros de la OEA, mientras que la segunda únicamente vincula a los Estados Partes en el tratado.

En el aspecto procesal también se pone de manifiesto la complejidad del sistema, puesto que, respecto de los miembros de la OEA que no son partes en la Convención Americana, los procedimientos aplicables son los dispuestos para ese fin por el Estatuto y el Reglamento de la Comisión. En cambio las partes en la Convención están sometidas al propio tratado, al Estatuto y el Reglamento de la Convención y al Estatuto y Reglamento de la Corte.

También es compleja la organización del sistema nuevamente a causa de su evolución. El órgano más an-

tiguo de promoción y protección es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Su competencia se extiende a todos los miembros de la OEA y está llamada a ejercerse en dos niveles diferentes de intensidad según se esté o no frente a Estados que sean partes en la Convención. La Corte, en cambio, es un órgano de la Convención, cuya función principal, que es la jurisdicción contenciosa, sólo está llamada a ejercerse frente a los Estados Partes que hayan aceptado someterse a ella de modo obligatorio; sin embargo, puede también servir como órgano del sistema general, porque es competente para responder las consultas que le sean sometidas por cualquier miembro de la Organización, aunque no sea parte en la Convención.

Puede considerarse que esta complejidad normativa y orgánica es transitoria, puesto que está llamada a desaparecer el día en que todos los miembros de la OEA sean partes en la Convención. El curso de la evolución ha impedido que los gobiernos menos decididos a comprometerse en un régimen internacional de protección puedan frenar un desarrollo más progresista impulsado por los gobiernos mejor identificados con los principios democráticos. En ese aspecto el sistema actual es un típico producto de la progresividad que ha caracterizado el desarrollo del régimen internacional de protección a los derechos humanos. Pero al mismo tiempo, la coexistencia entre una regulación menos avanzada con otra más completa pone de relieve el atraso relativo del sistema en su conjunto y frena las posibilidades de florecimiento de las instituciones de la Convención al obligarlas a convivir con un mecanismo llamado a superarse. Eso quizás explique, en parte, la poca actividad inicial de la Corte, que se evocará cuando examinemos los órganos del sistema. Dentro de ese contexto, se pasará de inmediato al estudio del sistema regional.

La primera parte del análisis sobre el contenido sustantivo del régimen de protección, en lo que se refiere a

las fuentes del derecho y al contenido de los derechos protegidos. Después, con ocasión del estudio de los órganos de protección, se considerará la competencia de éstos y los procedimientos aplicables.

Primera Parte: El contenido sustantivo

Aun cuando no son los únicos instrumentos internacionales americanos que proclaman los derechos de la persona humana sometidos al régimen de promoción y protección regional, la Declaración Americana y el Pacto de San José de Costa Rica son las fuentes generales características del sistema. Por ello son las que retendremos, dentro del propósito de esta presentación que es, como se ha anunciado, igualmente general.

Existe, aunque no sin divergencias, una apreciable coincidencia en el contenido entre la Declaración y la Convención. En algunos casos, como se verá, la Declaración es más amplia en su alcance, mientras que la Convención desarrolla y precisa y con mayor exactitud el contenido de los derechos. La diferencia más importante entre ellas es, con todo, de tipo formal, puesto que una es, como su nombre lo indica, una declaración, mientras que la otra es un tratado internacional. Esta diferencia se vincula con un tema general que, con diferente sentido y matices, se plantea a propósito de cada uno de los instrumentos señalados, como es el de exigibilidad jurídica de sus disposiciones. En consecuencia, nos detendremos a estudiar el tema general de las fuentes del derecho (I), antes de entrar a enunciar los derechos protegidos (II).

I. Las fuentes del derecho

La diferente naturaleza de la Convención y la Declaración se evidencia *prima facie* en que mientras aquella

es, fuera de toda duda, una fuente de derecho internacional, ésta no fue adoptada como un cuerpo normativo vinculante. Sin embargo, en el curso de las cuatro décadas que han transcurrido desde que se firmó la Declaración, se han cumplido hechos y se han operado transformaciones que permiten sostener que ella es en el presente, al menos en parte, jurídicamente obligatoria. Ese será el tema que se abordará de inmediato. Después se analizará cuál es la naturaleza y el alcance de los deberes asumidos por los Estados Partes en la Convención Americana.

A. La fuerza obligatoria de la Declaración Americana

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada en mayo de 1948 en Bogotá dentro de la IX Conferencia Internacional Americana, con el rango de "recomendación", lo cual subrayaba que dicho instrumento no constituía una fuente de vínculos jurídicos por la cual los Estados signatarios asumieran obligaciones precisas. Las declaraciones son instrumentos a través de los cuales los Estados proclaman principios juzgados como de gran valor y permanencia, pero que no comprometen jurídicamente a sus signatarios y carecen de fuerza ejecutoria.

Tienen un valor predominantemente político y moral. Su eficacia es variable y depende en gran medida del respeto que en la práctica hayan merecido. No puede dudarse que la Declaración Americana, al igual que la Universal, ha gozado de un gran respeto. Casi cuarenta años después de su proclamación, a la luz de la evolución de las distintas disposiciones de la OEA concernientes a los derechos humanos y de la práctica de la Comisión Interamericana, se ha planteado la cuestión de su valor jurídico actual.

La consideración de la Declaración Americana como un instrumento no vinculante se sostiene sobre su naturaleza original. Se trata de un texto que fue aprobado sin sujetarse al procedimiento de formación de los tratados y con la intención expresamente declarada de que no fuera una fuente de verdaderas obligaciones, de modo que esa naturaleza no puede ser modificada sino por su transformación en una convención internacional. A ello podría agregarse que en América se negoció por largo tiempo una convención de derechos humanos, hasta concluirla y ponerla en vigor, lo cual no habría sido necesario si se hubiera querido ver la Declaración como contentiva de una regulación obligatoria.

No puede desconocerse enteramente el valor de esos argumentos en el orden histórico, pero tampoco puede dejarse de lado la importante evolución cumplida por el sistema interamericano dentro del cual se han operado transformaciones difícilmente explicables si la Declaración conservase el valor de una recomendación.

Antes de analizar esos hechos me detendré brevemente para comentar el argumento según el cual la negociación y adopción de la Convención Americana comprobaría que la Declaración no era concebida como un instrumento vinculante. Abstracción hecha de cuál era el valor que los Estados americanos atribuían a la Declaración en el tiempo en que se negoció y adoptó la Convención, debe subrayarse la irrelevancia del argumento, pues nada impide que un tratado recoja lo que ya eran normas jurídicas provenientes de otra fuente, particularmente de la costumbre internacional, o que, por obra de la adopción de un tratado "cristalicen" como derecho consuetudinario algunas de sus disposiciones o se inicie una práctica que finalmente conduzca a la conformación de la costumbre. La coincidencia parcial entre el contenido de la Declaración y el de la Convención en modo alguno prueba que la primera no haya podido adqui-

rir fuerza obligatoria originada en una fuente distinta al Pacto de San José, como podrían ser otra convención internacional o el derecho consuetudinario.[12]

Es cierto que la Declaración, en su origen, no tuvo fuerza ejecutoria ni mecanismos para velar por su cumplimiento. Sin embargo, en 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el encargo de promover el respeto y defensa de esos derechos. Desde su instalación la Comisión ha recibido y tramitado comunicaciones individuales. Ha solicitado información y ha abierto investigaciones, facultada para ello por su Estatuto. Ha practicado numerosas observaciones *in loco*. Ha adoptado resoluciones donde verifica violaciones a los derechos consagrados en la Declaración y ha formulado recomendaciones precisas a los gobiernos involucrados. Esas resoluciones, finalmente, han sido publicadas y remitidas a la Asamblea General de la OEA, la cual varias veces se ha pronunciado sobre la situación concreta de determinados países, cuyos gobiernos han sido señalados como infractores de derechos recogidos en la Declaración. ¿Puede decirse que ella está, en la hora actual, tan desprovista de fuerza ejecutoria como cuando fue suscrita?

El valor obligatorio de la Declaración Americana puede sustentarse, en el presente, sobre dos líneas de argumentación distintas, que no son contradictorias entre sí. Por una parte se ha sostenido que la Declaración se ha incorporado al derecho convencional; y, por otro lado, se puede, alegar que su aplicación ha dado origen a una práctica que reúne los requisitos de la costumbre internacional.

En el plano del derecho convencional, el análisis debe centrarse en la reforma de la Carta de la OEA apro-

12 Para la relación entre las declaraciones, el derecho convencional y el derecho consuetudinario, cfr.: *Jiménez de Aréchaga, E.*: "El Derecho Internacional Contemporáneo", Editorial Tecnos, Madrid, 1980, págs. 13-36.

bada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967. Como ya se ha dicho, a través de este tratado la Comisión quedó incorporada a la Carta y se previó la adopción de una convención especial sobre derechos humanos. Al mismo tiempo, según el artículo 150 de la Carta Reformada, se encomendó a "la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos" que velara por la observancia de tales derechos, mientras que no entrara en vigor esa convención.

La referencia a "la actual Comisión" no puede ser entendida sino como una incorporación global de ella a la Carta, con todos los elementos y bases jurídicas que regían su funcionamiento institucional. Esa expresión tiene un alcance jurídico necesariamente comprensivo del Estatuto de esa "actual Comisión", cuyo artículo 2 disponía expresamente que, a los efectos de los trabajos de la institución, por derechos humanos debía entenderse a los proclamados como tales por la Declaración Americana. De este modo, al incorporar implícitamente el Estatuto de la Comisión a la Carta de la OEA, el Protocolo de Buenos Aires integró también la Declaración Americana al derecho convencional.

Esta posición ha sido sostenida por prestigiosa doctrina,[13] así como por la misma Comisión Interamericana.[14] También ha sido explícitamente aprobada por algunos Jefes de Estado.[15]

Sin perjuicio de lo anterior, también puede sostenerse que la Declaración ha quedado incorporada, al menos

---

13 Cfr. *Buergenthal, T.*: "The revised OAS Charter and the protection of human rights", 69 AJIL (1975).

14 CIDH, Resolución No. 23/81 del 6-3-81. Caso 2141 ("Baby Boy") (USA), par. 16. Informe Anual CIDH 1980-81 (OEA/Ser.L/V/II-54 doc. 9 rev. 1, del 16-10-81), pág. 47.

15 La "Declaración de Caracas" auscrita en ésta última ciudad el 24-7-83 por los presidentes de Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Panamá, con motivo del Bicentenario del Libertador Simón Bolívar, proclamé qu "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre... se ha incorporado al sistema interamericano por la Carta de la OEA". Publicada en la Revista IIDH (enero-junio 1985), pág. 121. En dicha publicación, la Declaración de los Presidentes es designada, por error, "Declaración de Cartagena".

parcialmente, al derecho consuetudinario, como consecuencia de la práctica de la Comisión aprobada por los Estados.

Si se examinan los trabajos de la Comisión anteriores a su incorporación a la Carta de la OEA, especialmente después de la reforma a su Estatuto dispuesta en la Resolución XXII de la Conferencia de Río de 1965, se puede comprobar que las denuncias de violación a la Declaración que le fueron sometidas fueron tramitadas y decididas con los mismos procedimientos que se aplicaban, en esa época, a las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos, por parte de instituciones de naturaleza análoga a la Comisión. Los criterios que orientaban el tratamiento de tales violaciones del derecho internacional podemos encontrarlos en las atribuciones conferidas a instituciones creadas por tratados, con la misión de recibir y tramitar denuncias relativas a la inobservancia de sus disposiciones, es decir, a infracciones al derecho internacional convencional.

El primer caso es el de la Comisión Europea de Derechos Humanos la cual, en relación con las denuncias sobre violaciones a la Convención Europea, fue facultada para requerir información del Estado afectado, realizar una investigación, buscar una solución y, de no hallarla, adoptar una decisión respecto del caso, contentiva de sus observaciones y recomendaciones.[16] El mismo criterio privó en 1966, al adoptarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, según los cuales el Comité de Derechos Humanos creado por dicho Pacto, al recibir comunicaciones individuales relativas a la violación de éste, debe igualmente requerir información al Estado involucrado, analizar todos los elementos de juicio a su alcance y adoptar una resolución con sus observaciones y recomendaciones.[17]

16 Convención Europea de Derechos Humanos, Arts. 28 y 31.
17 Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 4 y 5.

Si se examinan las atribuciones y facultades de la Comisión antes de que fuera incorporada la Carta de la OEA, es decir, cuando su actuación no tenía base en el derecho convencional, puede comprobarse que el procedimiento que empleaba para tramitar las denuncias relativas a violaciones a la Declaración Americana era sustancialmente análogo a los previstos para ser aplicados por las mencionadas instituciones en casos que eran, fuera de toda duda, violaciones al derecho internacional.

Esas actuaciones, por otra parte, fueron aprobadas por los Estados, no sólo por no oponerse a ellas, sino incluso explícitamente, pues en varias ocasiones se respaldó a la Comisión en sus trabajos y se la exhortó a que continuara cumpliéndolos. Cabe destacar que en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río, 1965), se aprobó facultar a la Comisión para recibir denuncias individuales, lo que formalizó una práctica anterior de dudosa base legal. Por su lado, como se dijo antes, el Protocolo de Buenos Aires encargó a "la actual Comisión" de velar por los derechos humanos mientras no entrara en vigor un tratado sobre la materia, circunstancia ésta que mueve a varias preguntas: ¿A qué derechos si no a los proclamados por la Declaración podía referirse la misión encomendada a la Comisión? ¿Podría una convención internacional, como el Protocolo de Buenos Aires, encargar a un órgano de la OEA de "velar por la observancia" de ciertos derechos si las partes en el mismo no consideraran que ellos deben ser obligatoriamente respetados? La respuesta a esas preguntas nos lleva a concluir que el artículo 150 de la Carta reformada en Buenos Aires prueba la *opinió juris* requerida para considerar que la actuación de la Comisión Interamericana se tradujo en una práctica que ha sido reconocida como derecho por los Estados americanos.

Por lo demás, en la hora actual, la Comisión tiene a su cargo el trámite de las denuncias relativas a la vio-

lación de la Convención, así como las relacionadas con la inobservancia de la Declaración, según se trate de Estados que sean o no sean partes en aquel tratado.[18] Si comparamos los procedimientos aplicables a ambos supuestos, en los términos dispuestos por el Reglamento de la Comisión, podemos comprobar una sustancial coincidencia. Las condiciones de admisibilidad son idénticas,[19] lo mismo que el trámite preliminar[20] y las diligencias que deben practicarse para la investigación de los hechos denunciados, entre las cuales destaca la solicitud de información al gobierno afectado, cuya renuencia a responder, en uno y en otro caso, acarrea la misma consecuencia, como es la presunción de veracidad de los hechos denunciados.[21]

Las diferencias surgen en la fase de decisión. En el caso de la Convención está previsto un procedimiento complejo que comprende varios pasos sucesivos, pero que, en el fondo conducen a ciertas medidas que no difieren en lo esencial de las que anteriormente cumplía la Comisión,[22] como son preparar un informe,[23] formular proposiciones y recomendaciones, y publicar el informe.[24] Frente a las denuncias relativas a la Declaración, la Comisión debe aprobar una resolución final que ha de contener, además de los hechos y las conclusiones de la misma Comisión, las recomendaciones que ella considere pertinentes y un plazo para su cumplimiento, vencido el cual, si sus recomendaciones no han sido adoptadas, le corresponde decidir sobre la publicación de la misma.

---

18 Estatuto CIDH (1979), Art. 1.2.
19 Reglamento CIDH (1985), Arts. 27, 32, 37, 38 y 39.
20 Ibid., Arts. 34 y 35.
21 Ibid., Arts. 34.5 y 42.
22 La única función esencialmente novedosa atribuida a la Convención, dentro del trámite de las denuncias, es la de introducir ante la Corte casos de violación de la misma Convención. El asunto, con todo, no es relevante a los efectos de ese análisis, puesto que ese procedimiento no es aplicable a todas las partes en la Convención, sino sólo a aquellas que hayan reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte.
23 Convención Americana, Art. 50.
24 Ibid., Art. 51.

Puede verse, pues, que en lo esencial no hay diferencias entre el trámite y las providencias que está llamada a adoptar la Comisión respecto de las peticiones relativas a la Convención y las que se refieren a la Declaración. Todo ello no hace sino confirmar la conclusión anterior: la Comisión, con la aprobación de los Estados americanos, trata las violaciones a la Declaración del mismo modo en que lo hace con las infracciones al derecho internacional recogido en la Convención Americana.

La práctica de la Comisión, es cierto, no es idéntica para la totalidad de la Declaración, pues sus actuaciones se han limitado generalmente a los derechos cuya protección se enfatizó en la Resolución XXII de la Conferencia de Río de 1965.[25] Sin embargo, aún en esa limitada medida, puede afirmarse que la violación de esos derechos, imputable a un Estado americano, constituye la infracción a una regla de derecho internacional consuetudinario, en virtud de la cual los mismos deben ser obligatoriamente respetados y están sometidos a un régimen de protección internacional.

B. La fuerza obligatoria del Pacto de San José

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es un tratado y como tal constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Partes. No se plantea en este caso, por consiguiente, el problema formal que acaba de examinarse a propósito de la Declaración, puesto que, por su naturaleza misma, la Convención Americana impone deberes que vinculan jurídicamente a quienes la hayan ratificado o hayan adherido a ella.

La cuestión a examinar en relación con la Convención es diferente, y se refiere a la naturaleza de las obli-

25 Arts. I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI.

gaciones que las partes han asumido: ¿Cuál es el alcance del compromiso de los Estados Partes en la Convención Americana frente a los derechos humanos que ella recoge? Se trata de establecer si la obligación de los Estados de asegurar el pleno goce de los derechos dentro de su jurisdicción es inmediatamente exigible, de modo que la inobservancia de los mismos, por causa imputable al Estado, *es ipso jure* una violación a la Convención; o si, por el contrario, el tratado establece una suerte de programa que los Estados deben realizar progresivamente, en la medida en que las condiciones internas lo vayan permitiendo. En el primer caso las obligaciones serían de resultado, en el sentido de que la no obtención de éste –es decir, el pleno respeto a los derechos humanos– significaría el quebrantamiento de la Convención. En el segundo, serían de medio o comportamiento, de manera que la violación de los derechos protegidos no sería automáticamente una infracción a la Convención, puesto que habría que establecer, además, que la conducta del Estado se apartó de ciertos patrones o *standards* y que, dentro de las condiciones internas y los recursos disponibles, no suministró ciertos medios, que estaba objetivamente en disponibilidad de proveer, para garantizar el derecho lesionado.

La respuesta que se dé a la cuestión así planteada es determinante para establecer el valor y la utilidad del sistema de protección dispuesto en la Convención. Si ésta fuera puramente programática, los gobiernos dispondrían de los más variados argumentos para justificar situaciones contrarias a los derechos protegidos, por lo que la acción internacional vería sensiblemente disminuida su eficacia y se traduciría, a menudo, en una gestión vana. Por el contrario si las obligaciones contraídas son inmediatamente exigibles, la violación de los derechos protegidos, cometida directa o indirectamente por los poderes públicos, constituiría *per se* una infracción al derecho internacional.

La dificultad se plantea por la orientación distinta que, aparentemente, tienen los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Una lectura aislada del artículo 2 podría llevar a pensar que los Estados Partes no se han obligado más que a adoptar, de conformidad con su derecho interno, "las medidas legislativas o de otro carácter" para hacer efectivos los derechos y libertades previstos en la Convención, lo que introduciría una orientación programática para el compromiso contrario.

Tal interpretación es inaceptable, desde luego que se aparta de la regla fundamental contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual éstos deben "interpretarse de buena fe, con-

forme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (Art. 31) (énfasis del autor).

En efecto, si dentro de los propósitos de la Convención Americana está el de establecer un régimen de "protección internacional, de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos" (Preámbulo), sería inconcebible que la exigibilidad de las obligaciones contraídas en función de esa protección tuviera que postergarse en espera de disposiciones de derecho interno, puesto que es, precisamente, la insuficiencia de los recursos domésticos lo que explica y justifica la salvaguarda internacional.

Por otra parte, la interpretación que criticamos se aparta enteramente del contexto de la Convención, cuyo articulado, en su mayoría, proclama los derechos protegidos como inherentes a la persona y que le corresponden como tal. Los términos en que está redactada la Convención revelan que ella reconoce derechos cuyo contenido es definido como atributo actual de "toda persona", o prohíbe ciertas situaciones a las que "nadie" puede verse sometido. ¿Cómo podría explicarse que el irrespeto a esas disposiciones pudiera quedar justificado por falta de mecanismos apropiados en el derecho interno? Si tal fuera el caso, la Convención misma perdería la mayor parte de su sentido.

Además, la interpretación fuera de contexto del artículo 2 conduce a un resultado absurdo, como es el de dar por no escrito, prácticamente, el artículo 1 de la Convención, que es, acaso, la piedra angular de la Convención Americana. Este artículo, como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "establece el compromiso de los propios Estados Partes de 'respetar los derechos y libertades' reconocidos en la Convención y de 'garantizar su libre y pleno ejercicio a toda

persona que esté sujeta a su jurisdicción...'. En consecuencia, si por cualquier circunstancia,... (un derecho protegido) no pudiera ser ejercido por 'toda persona' sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos".[26]

Si el artículo 2 es leído a la luz de lo dispuesto por el artículo 1, se concluye, como lo ha hecho la misma Corte Interamericana, que dicha disposición no hace más que "recoge(r) una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole".[27] Se trata, pues, de un tema que tiene que ver con la inserción del derecho internacional en el derecho interno o, incluso, con la eventual autoejecutoriedad de la Convención Americana en algunos Estados, cuyo sistema jurídico permita a los tribunales adoptar decisiones ("medidas de otro carácter"), para garantizar los derechos internacionalmente protegidos, aun en ausencia de ley interna que los reglamente.

Esa conclusión no excluye que, en la Convención Americana, ciertos derechos aparezcan concebidos para ser realizados progresivamente y que, en cierta forma, no sean exigibles de modo inmediato, como ocurre, por ejemplo, con los derechos económicos, sociales y culturales, cuya efectividad ha de lograrse a través de "providencias" que deberán adoptarse "en la medida de los recursos disponibles" (Art. 26); o con el derecho de todo nino "a las medidas de protección que su condición de

26 Corte I.D.H., Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1, y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A No. 7, par. 28.

27 Ibid., par. 30.

menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (Art. 19).

Con todo, aun en esos casos, el carácter programático de la disposición, si bien posterga en cierta medida la exigibilidad plena del derecho, no autoriza al poder público para actuar en contra de su realización, pues ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de "permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella" (Art. 29.a).[28]

Concluimos así el análisis del valor obligatorio de la Convención y la Declaración por lo cual se pasa a examinar el contenido sustantivo del sistema regional de protección.

II. Los derechos protegidos

A. Introducción

El sistema americano de protección a los derechos humanos tiene ciertas características particulares, en cuanto al sentido general de su contenido, que lo dotan de cierta fisonomía propia. En primer término está el valor que se reconoce a la democracia representativa. En segundo lugar, existe una marcada orientación a favorecer la protección de los derechos civiles y políticos. Se hará un breve comentario sobre cada una de estas notas antes de pasar a enunciar los derechos protegidos.

1. La democracia representativa

El sistema interamericano, tanto en su organización general como en lo que se refiere a la protección de los

28 Cfr. *Nikken, P.*: "El impacto de la crisis económica mundial sobre los derechos humanos". 64 Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas 1985.

derechos humanos, contiene una adhesión expresa hacia el sistema democrático y representativo de gobierno, el cual constituye el presupuesto necesario para el cabal cumplimiento de las disposiciones de la Convención Americana. "La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte", como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[29]

La Carta de la OEA dispone que los Estados americanos "requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa" (Art. 3.d). En consonancia con ello, los Estados partes en la Convención Americana reafirmaron expresamente "su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre" (Preámbulo). Dentro de la misma orientación, la Convención prohíbe toda interpretación de sus disposiciones en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno" (Art. 29.c).

Este presupuesto está llamado a influir de manera determinante en la interpretación y aplicación de la Convención, en especial en lo que toca a las limitaciones que ella misma autoriza para los derechos protegidos, limitaciones cuya legitimidad está en cuestión fuera del apego a los valores democráticos. Es así que tales restricciones no pueden emanar sino de leyes dictadas por "los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos"[30] lo que implica que "el principio de legalidad, las instituciones democráticas y

29 Corte I.D.H., La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986. Serie A No. 6, par. 34.
30 Ibid., par. 38.

el Estado de Derecho son inseparables".[31] En el mismo sentido, conceptos como "orden público" o "bien común", cuando son invocados como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, "deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de una 'sociedad democrática'...".[32] La suspensión de garantías, en fin, autorizada por la Convención en situaciones de emergencia (Art. 27), "carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona".[33]

La democracia se presenta así como la piedra angular del sistema interamericano de protección a los derechos humanos y es, por consiguiente, desde esa perspectiva que debe examinarse el contenido y alcance de los derechos reconocidos por dicho sistema.

2. *Derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales*

La orientación predominante del sistema ha sido hacia la tutela de los derechos civiles y políticos más que hacia los económicos, sociales y culturales. Este hecho representa una de sus deficiencias más notorias, no carente, por cierto, de connotaciones ideológicas.

En el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, la Convención Americana se limita a establecer un compromiso general de las partes, en el sentido de adoptar providencias dirigidas, a asegurar pro-

31 Corte I.D.H., El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, par. 24.

32 Corte I.D.H., La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par. 67.

33 Corte I.D.H., El hábeas corpus..., cit., par. 20.

gresivamente su disfrute, dentro de los límites de los recursos disponibles (Art. 26). Fuera de esa disposición general, pueden encontrarse, dentro del enunciado de los derechos civiles y políticos, algunos que también pudieran clasificarse entre los económicos, sociales y culturales, como el derecho de libre asociación con fines sindicales (Art. 16.1) y el derecho a la propiedad privada (Art. 21).

La Declaración, en verdad, es más amplia en su texto, que comprende un buen número de derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la preservacion de la salud y el bienestar (Art. XI); el derecho a la educación (Art. XII); el derecho a los beneficios de la cultura (Art. XIII); el derecho al trabajo y a una justa remuneración (Art. XIV); el derecho al descanso y a su aprovechamiento (Art. XV); y el derecho a la seguridad social (Art. XVI). Ninguno de esos derechos, sin embargo, fue encomendado con especial énfasis a la atención de la Comisión por la Resolución XXII de la Conferencia de Río en 1965.

Los derechos económicos, sociales y culturales también han sido proclamados por la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948, que se refiere sobre todo al derecho al trabajo y a los derechos del trabajador, y por la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en su reforma de 1967.

Esas han sido, sin embargo, las disposiciones más ausentes de la atención del sistema regional de protección. Como la propia Comisión lo ha reconocido, su trabajo fundamental "se ha centrado, desde el comienzo de sus actividades, en los derechos políticos y civiles", en la esperanza de que "un orden político de democracia representativa, por su propia naturaleza, debía traducirse en mejoras sustantivas en la calidad de vida de la gran mayoría, si no la totalidad, de la población". La ex-

periencia ha demostrado, sin embargo, "que no existe esa relación automática y necesaria".[34]

En la esperanza de restaurar mecanismos eficaces para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, la Asamblea General de la OEA, como consecuencia de una iniciativa del Gobierno de Costa Rica en 1982, encomendó a la Secretaría General la preparación de un Anteproyecto de Protocolo Adicional al Pacto de San José. Dicho Anteproyecto ha sido sometido a consulta de los Estados Partes y al estudio de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se examinarán a continuación los principales derechos civiles y políticos comprendidos en el sistema americano.

B. Derechos relativos a la integridad de la persona

El artículo I de la Declaración Americana contiene el principio general que domina la cuestión, al señalar que "todo ser humano tiene derecho a la vida, a la seguridad y a la integridad de la persona". Ese enunciado ha servido como fundamento de numerosas resoluciones de la Comisión, sobre distintas situaciones en que han estado afectados los valores mencionados.

La Convención Americana, por su parte, ha desarrollado ese principio general y varias de sus disposiciones están orientadas hacia la protección de la integridad de la persona, entendida en el más amplio sentido. La propia Declaración, de alguna forma, contiene otras previsiones que son, *lato sensu* protectoras de esa integridad. Quedan comprendidos:

---

34 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1983-84 (OEA/Ser. L/V/II.63. doc. 10 28-9-84), pág. 137.

1. El derecho a la vida

Como en el sistema universal y en el europeo, el derecho a la vida es primario entre los derechos humanos. Según el artículo 4 de la Convención, toda persona tiene derecho a que se respete su vida, de la cual nadie puede ser privado arbitrariamente. Ese enunciado general presenta, dentro de la Convención Americana, ciertas particularidades que lo distinguen de otros sistemas de protección, y que resulta interesante destacar.

En primer lugar, en cuanto a la pena de muerte, aunque no la excluye por completo, se regula de una manera más restrictiva que la prevista en otros instrumentos internacionales. Su imposición está restringida a los delitos más graves y no puede decidirse si no se han respetado ciertas normas procesales (Art. 4.2). Su aplicación está prohibida respecto de delitos políticos o comunes conexos con éstos (Art. 4.4). Los menores de 18 años, los mayores de 70 y las mujeres encintas están excluidos de su ámbito de aplicación (Art. 4.5).

Es, sin embargo, más allá de esas disposiciones donde se encuentran las más serias restricciones a la pena de muerte en el Pacto de San José. Según el artículo 4.3, dicha pena no será restablecida en los Estados que la han abolido, y según el artículo 4.2, tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. A propósito de estas disposiciones la Corte ha destacado que "en esta materia la Convención expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las previsiones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final".[35]

---

35 Corte I.D.H. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Serie A No. 3, par. 57.

La otra particularidad que ofrece la Convención Americana en relación con el derecho a la vida, se refiere a la interrupción de la gestación, pues dispone que la protección a la vida se debe "en general, a partir del momento de la concepción" (Art. 4.1). Hasta el momento no ha habido un pronunciamiento concreto por parte de los órganos de protección, sobre el alcance preciso de ese ambiguo enunciado.[36]

2. El derecho a la integridad personal (Art. 5 de la Convención)

Comprende la prohibición de la tortura y de los tratamientos crueles, inhumanos o degradantes así como la obligación de establecer condiciones de detención respetuosas de la dignidad humana. En Cartagena de Indias, la Asamblea General de la OEA adoptó, el 9 de diciembre de 1985, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que aún no está en vigor.

3. La prohibición de esclavitud y servidumbre (Art. 6 de la Convención)

La mencionada norma está concebida en términos análogos a los del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (Art. 8) y de la Convención Europea de Derechos Humanos (Art. 4).

4. El derecho a la libertad y a la seguridad personales (Art. 7 de la Convención y XXV de la Declaración)

La detención arbitraria está prohibida y nadie puede ser privado de su libertad sino de acuerdo con las causas y según los procedimientos legales.

36 La Comisión, por mayoría de votos, decidió que ciertas regulaciones internas que autorizan el aborto en los Estados Unidos no son violatorias de la Declaración (Res. 23/81, caso 2141, cit.). No estaba en juego el Art. 4.1 de la Convención, pues los Estados Unidos no la han ratificado. Dos votos salvados y un voto afirmativo razonado.

El artículo 7.5 de la Convención recoge la institución del hábeas corpus que, en su sentido clásico, tutela la libertad personal de quien haya sido arbitrariamente detenido, pero implica también la protección de la vida e integridad del preso, toda vez que supone su presentación ante un juez o tribunal, bajo cuya disposición queda.[37]

Cabe destacar, también en relación con los medios de garantía de este derecho, una nueva nota de progresividad en la Convención Americana, pues el artículo 7.6, aún cuando no llega a establecer de modo obligatorio y general un recurso contra la amenaza de privación de libertad, sí dispone que los Estados cuyo derecho interno lo consagre no podrán restringirlo ni abolirlo.

5. El derecho a la protección de la intimidad, que comprende:

a) la protección a la honra y a la dignidad (Art. 11.1 de la Convención y Art. V de la Declaración). El artículo 14 de la Convención establece, además, el derecho de rectificación y de respuesta contra informaciones inexactas o agraviantes emitidas por medios públicos de difusión.[38]

b) la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia (Art. 11.2 de la Convención y Arts. IX y X de la Declaración).

C. Derechos inherentes a la integración de la persona en el cuerpo social

1. Igualdad y no discriminación

El principio de no discriminación es proclamado por el artículo 1 de la Convención como una materia domi-

37 Corte I.D.H.. El hábeas corpus..., par. 35.

38 Se trata de un derecho cuya garantía obliga inmediatamente a los Estados partes, a pesar de que el Art. 14 de la Convención señala que el mismo debe ejercerse "en las condiciones que establezca la ley". Cfr. Corte I.D.H., Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta..., cit.

nante del tratado, en términos análogos al artículo 2 (común) de los dos Pactos de las Naciones Unidas. El artículo 24 proclama la igualdad ante la ley. Ambas cuestiones constituyen el contenido del artículo II de la Declaración.

La Convención (Arts. 17.4 y 17.5) dispone también la igualdad entre los cónyuges así como entre los hijos habidos fuera del matrimonio y los nacidos dentro del mismo.

2. *El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 3 de la Convención y Art. XVII de la Declaración)*

3. *El derecho a la nacionalidad (Art. 20 de la Convención y Art. XIX de la Declaración)*

4. *Los derechos políticos (Art. 23 de la Convención y Art. XX de la Declaración)*

El texto del Pacto de San José es análogo al del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5. *El derecho de petición,* frente a cualquier autoridad competente (Art. XXIV de la Declaración)

D. Derechos Judiciales

1. *El derecho al debido proceso legal o a un juicio justo (Art. 8.1 de la Convención y Art. XXVI de la Declaración)*

Este derecho abarca las condiciones mínimas que deben cumplirse para asegurar la defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. El debido proceso, aunque necesariamente

comprende la defensa de los derechos protegidos por la Convención, tiene una connotación más amplia, pues se trata de un principio general que debe ser respetado en cualquier juicio, sea penal, sea "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (Convención, Art. 8.1).

2. *Las garantías al acusado (Arts. 8.2, 8.3 y 8.4 de la Convención y Art. XXVI de la Declaración),* que son la expresión, en el campo penal, del derecho al debido proceso.

3. *El derecho a un recurso (Art. 25 de la Convención y XVIII de la Declaración)*

Tanto la Convención como la Declaración contienen una disposición general que recoge la institución procesal del amparo, como recurso sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. En los términos de la Convención, a defecto de amparo debe existir, en todo caso, "cualquier otro recurso efectivo". Lo decisivo es, pues, la efectividad del recurso, la cual no depende únicamente de que esté previsto por la ley o de que un juez pueda admitirlo para iniciar su trámite, sino que es necesario que sea realmente idóneo, en la práctica, para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. Los recursos teóricos o ilusorios no cumplen con la condición de efectividad dispuesta por la Convención.

Cabe destacar que el derecho a un recurso efectivo no se limita a los derechos protegidos por la Convención, sino que también debe estar garantizado como medio para hacer valer otros derechos reconocidos en el derecho interno (la Constitución o la ley).

4. *El principio de legalidad y retroactividad,* según el cual todo delito debe estar previsto por la ley y,

en caso de modificación legal de la pena, se impondrá la más favorable al reo (Art. 9 de la Convención).

5. *El derecho a indemnización por error judicial (Art. 10 de la Convención)*

E. Las libertades

1. *Libertad de conciencia y religión (Art. 12 de la Convención y Art. III de la Declaración),* que comprende el derecho de los padres de escoger la educación religiosa de sus hijos.

2. *Libertad de pensamiento y expresión (Art. 13 de la Convención y Art. IV de la Declaración)*

Los términos en que la Convención Americana define la libertad de expresión son más amplios que en cualquier otro instrumento internacional, no sólo porque reconoce más facultades a la persona, sino también porque autoriza menos limitaciones. Ella comprende el derecho de toda persona de buscar, recibir y difundir información e ideas por cualquier medio de su elección así como el derecho de la colectividad "a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno".[39] Según ha opinado la Corte, la colegiación obligatoria de los periodistas es violatoria de este derecho.[40] La Comisión ha sostenido un parecer contrario.[41]

3. *Libertad de asociación, incluida la libertad sindical (Art. 16 de la Convención y Art. XXII de la Declaración)*

---

39 Corte I.D.H., La colegiación obligatoria de periodistas..., cit., par. 30.
40 Ibid., en su conjunto.
41 CIDH, Resolución No. 17/84. Caso No. 9178 (Caso Schmidt)(Costa Rica). Informe Anual CIDH 1984-85 (OEA/Ser.L/V.II.63 doc. 15).

4. Libertad de circulación y residencia (Art. 22 de la Convención y Art. VIII de la Declaración)

Se reconoce expresamente el derecho a vivir en el Estado del cual se es nacional. Se proclama igualmente el derecho de asilo (Convención Art. 22.7, Declaración Art. XXVII) así como a no ser expulsado o devuelto con riesgo de la vida o libertad (Convención art. 22.8).

F. Los derechos de la familia y el niño (Arts. 17 y 19 de la Convención y Arts. VI y VII de la Declaración)

G. Derechos fundamentales y suspensión de garantías

El artículo 27 de la Convención contempla la posibilidad de suspender las garantías en caso de peligro público o amenaza a la independencia o seguridad del Estado, por el tiempo estrictamente necesario y con información inmediata a los demás Estados Partes.

A propósito de la suspensión de las garantías, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que, dentro del sistema de la Convención, se trata de una medida enteramente excepcional, que se justifica porque "puede ser en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática".[42] Sin embargo, frente a los abusos a que ha dado origen en nuestro hemisferio, reafirmó que "la suspensión de garantías no puede desvincularse 'del ejercicio efectivo de la democracia representativa' a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA"[43] y que ella no "comport(a) la suspensión temporal del Estado de Derecho ni au-

42 Corte I.D.H., El hábeas corpus..., cit., par. 20.
43 Ibid.

toriza a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse",[44] pues el efecto de la suspensión se contrae a modificar, pero no a suprimir "algunos de los límites legales de la actuación del poder público".[45]

La Convención contempla un cierto número de derechos que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre; el principio de no discriminación; el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y religión; la protección a la familia y los derechos del niño; así como "las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

En relación con la última expresión citada, la Corte ha precisado que tales garantías son "aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades... (que está prohibido suspender)... y cuya suspensión o limitación pondría en peligro esa plenitud".[46] La Corte concluyó que está vedado suspender el amparo, como institución general aplicable a todos los derechos no susceptibles de suspensión;[47] y el hábeas corpus, como "medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona".[48]

Como la Convención prohíbe la suspensión de las "garantías judiciales" indispensables para la defensa de los derechos no susceptibles de suspensión, debe concluirse que tampoco autoriza la suspensión de las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1), sin cuya observancia

44 Ibid., par. 24.
45 Ibid.
46 Ibid., par. 29.
47 Ibid, par. 32.
48 Ibid., par. 35.

no cabe hablar de "garantías judiciales" dentro del sistema estipulado en la Convención.

Se concluye así la presentación del contenido sustantivo del sistema regional de protección y se pasa, de conformidad con el plan anunciado, a estudiar los órganos de protección.

Segunda parte: Los órganos del sistema

El sistema interamericano de protección a los derechos humanos tiene dos órganos principales, que son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera puede ejercer sus funciones respecto de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos, mientras que la segunda está llamada a actuar, en principio, dentro del ámbito más restringido de la Convención.

Existen otros órganos con funciones más específicas y que también atañen los derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Mujeres, los cuales no serán examinados dentro del contexto general de esta presentación. Tampoco se abordará el papel limitado que tiene la Asamblea General de la OEA, que es la destinataria de los informes de la Comisión, cuya discusión pone de manifiesto aspectos políticos vinculados con el control internacional de los derechos humanos. Se trata, no obstante de una función indirecta cuyos contornos no están aún bien determinados. Serán examinadas sucesivamente la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

I. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión es la más antigua entre los órganos de protección.

El inicio de las actividades de la Comisión fue, en cierta forma, precario, pero su actividad sirvió para abrir camino al ejercicio de funciones que le dan hoy día una fisonomía particular entre órganos de la misma especie.

La Comisión fue creada por la Resolución VIII de la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959). Su instauración fue objetada, puesto que una reunión de ese género no parecía tener competencia para crear, por la vía de una simple resolución, una entidad llamada a cumplir funciones de tal trascendencia, más aún cuando la misma resolución, al encargar al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un proyecto de tratado sobre derechos humanos, parecía reconocer la necesidad de un régimen convencional para establecer medios internacionales de protección.[49]

El Consejo de la Organización de los Estados Americanos fue encargado de preparar el Estatuto de la Comisión, el cual fue aprobado en sus sesiones del 25 de Mayo y el 8 de junio de 1960. El proyecto considerado comprendía el reconocimiento de la competencia de la Comisión para examinar peticiones o comunicaciones, sea de Estados, de individuos o de organizaciones no gubernamentales (alternativa 1), sea solamente de individuos o de organizaciones no gubernamentales (alternativa 2). Sin embargo, el Consejo no aprobó ninguna de esas propuestas y limitó el texto del Estatuto a funciones estrictamente de promoción.

La Comisión, sin embargo, aun reconociendo su falta de competencia para pronunciarse sobre las comunicaciones que pudiera recibir, consideró que sí podía to-

---

49 Cfr. *Gros Espiell, H.*: "L'Organisation des Etats Américains", en "Les dimensions internationales des droits de l'homme". K. Vasak, Editor General, UNESCO, París 1978, pág. 607.

mar conocimiento de las mismas, a título informativo, para el mejor ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, como el artículo 9-b de su Estatuto le atribuía competencia para hacer, de estimarlo oportuno, recomendaciones generales a los Estados, la Comisión interpretó que esas recomendaciones podían dirigirse a un Estado en particular y partir de situaciones concretas de violación de derechos humanos. La Comisión abrió así, en la práctica, el camino para la instauración de un sistema de protección abierto a las denuncias y comunicaciones individuales.

Dentro de la idea de adecuar su Estatuto a esa práctica, la Comisión solicitó insistentemente una enmienda del mismo para definir más claramente la cuestión. Esa modificación fue adoptada el 29 de noviembre de 1965, por la Resolución XXII de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro), que autorizó expresamente a la Comisión para examinar comunicaciones, a solicitar información respecto de ellas y a formular recomendaciones a los gobiernos sobre temas concernientes a las mismas.

El proceso de institucionalización de la Comisión culminó con el Protocolo de Buenos Aires de 1967, que reformó la Carta de la OEA y la incluyó entre sus órganos permanentes, despejando así toda duda sobre la base legal de sus actuaciones. Más tarde, dentro del proceso que ya hemos descrito, la Comisión iba a ser uno de los órganos encargados de velar por el respeto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La composición y organización de la comisión, en su estado actual son objeto de un régimen unitario, contenido en el Estatuto aprobado en La Paz en 1979 y el Reglamento dictado por la misma Comisión, cuya última versión fue aprobada en su 840ª. sesión, el 7 de marzo de 1985.

Está integrada por siete miembros que deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos. Ellos son electos a título personal y no representan a ningún Estado o gobierno sino a la totalidad de los miembros que integran la OEA. La Comisión no puede estar integrada por más de un nacional de un mismo Estado.

Son electos por cuatro años, y son reelegibles una sola vez. Se renuevan parcialmente cada dos años. Las candidaturas son presentadas por los Estados Miembros, cada uno de los cuales puede proponer hasta tres nombres, pero en ese caso, por lo menos uno de los propuestos debe ser nacional de otro Estado americano.

Elige de su seno un Presidente y dos Vicepresidentes, que duran un año en ejercicio de su mandato y pueden ser reelegidos por una sola vez. El secretariado está a cargo de un Secretario Ejecutivo, nombrado por el Secretario General de la OEA, en consulta con la Comisión.

Tiene su sede en Washington, D.C., pero puede reunirse en cualquier otro Estado americano, con el acuerdo o por invitación del gobierno de dicho Estado. El número de sus sesiones ordinarias anuales es fijado por ella misma, pero su duración total no debe exceder de ocho semanas, en el entendido de que, por decisión del Presidente o de la mayoría de sus miembros, puede ser convocada a sesiones extraordinarias.

La unidad de organización fue dispuesta a pesar de la duplicidad de la base legal de la Comisión, pues ella debe actuar frente a los Estados Partes en el Pacto de San José con un procedimiento jurídico distinto al que la orienta ante los Estados que aún no han ratificado ese tratado o se han adherido a él. Se pone así de manifiesto, por una parte, su condición de órgano unitario, aunque esté encargado de aplicar reglas y procedimientos

que emanan de fuentes distintas; e, igualmente, la vocación del sistema hacia la unificación, una vez superada la etapa transitoria actual.

La señalada tendencia hacia la unidad en la actuación de la Comisión, está presente, en general, en el Estatuto y en el Reglamento. Se manifiesta también, aunque más limitadamente, a propósito de la competencia y funciones de la Comisión y del procedimiento para tramitar las peticiones que le sean dirigidas. Estas serán las dos cuestiones que se abordarán de inmediato.

A. Competencia y funciones de la Comisión

Como se ha dicho la Comisión, en su Estatuto inicial, sólo tuvo atribuidas funciones de promoción, que se fueron ampliando progresivamente hacia la protección. Esta dualidad de funciones está presente en su Estatuto actual, lo mismo que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. Funciones de promoción

La mayor parte de ellas tiene su origen en el Estatuto de 1960, cuyo esquema general en este ámbito ha sido mantenido por la Convención y por el Estatuto vigente. Son ellas:

a. Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América (Estatuto, Art. 18.a)

b. Formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos (Estatuto Art. 18.b). Aun cuando fue sobre una interpretación amplia de este texto del Estatuto del 60 que la Comisión decidió recibir, a título informativo, comunicaciones in-

dividuales, la circunstancia de que esta última competencia le haya sido expresamente atribuida con posterioridad, devuelve al actual texto del Art. 18.b) del Estatuto su naturaleza orientada hacia la promoción de los derechos humanos.

c. Preparar los estudios o informes que considere convenientes para el cumplimiento de sus funciones.

d. Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado miembro y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento solicitado.

e. Someter a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos proyectos de protocolos adicionales o de enmiendas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

f. Rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA sobre sus actividades como órgano de la Carta y como órgano de la Convención. Este informe cumple, en parte, una función de promoción, en cuanto contiene apreciaciones y recomendaciones sobre diversos aspectos conectados con el ejercicio de las tareas antes enumeradas. Pero también cumple una misión en el ámbito de la protección, puesto que es en la oportunidad de rendirlo que se publica la mayoría de las resoluciones de la Comisión sobre denuncias de violación a los derechos humanos. La discusión de estos informes de la Comisión y la fijación de la posición de la Asamblea han sido a menudo objeto de largos debates. En verdad el rol decisivo de la Comisión se cumple en materia de protección.

2. Funciones de protección

a. Examen de casos o situaciones de violación de los derechos humanos

Sobre la base de las disposiciones de la Convención (Art. 44) y del Estatuto (Art. 19.a) y 20.b) el Reglamen-

to de la Comisión (Art. 26.1) consagra su competencia general para recibir y tramitar las peticiones que le sean dirigidas por cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en algún Estado americano, referente a presuntas violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención o en la Declaración. Se trata, pues, de una función que la Comisión está llamada a ejercer respecto de todos los miembros de la OEA, sean o no partes de la Convención.

Es ésta, justamente, una particularidad del sistema americano, donde la regla general es la competencia de la Comisión para recibir comunicaciones y denuncias individuales. En ese aspecto se diferencia lo dispuesto por la Convención Europea, que requiere una declaración por la cual el Estado reconozca la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para tramitar comunicaciones individuales. Mayor aún es la diferencia respecto del sistema del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues es sólo a través de la adhesión al Protocolo Facultativo a dicho Pacto que los Estados pueden reconocer la competencia del Comité de Derechos Humanos para la consideración de comunicaciones de ese género. Esta es una particularidad que se origina, por una parte, de la mayor desconfianza de los gobiernos americanos respecto a las denuncias contra ellos emanadas de otros gobiernos, debida al temor tanto de los abusos como de las confrontaciones políticas que pueden entrañar; y, por otro lado, de las mismas circunstancias históricas que llevaron a la Comisión, de hecho, a comenzar su actividad protectora a través del examen de comunicaciones particulares.

Sin embargo, la competencia de la Comisión para examinar situaciones o casos de violación de los derechos humanos no se agota en las comunicaciones individuales.

También en general, es decir respecto a todos los miembros de la OEA, puede iniciar *motu proprio* la tramitación de un caso cuando, a partir de cualquier información disponible que le parezca idónea, ella aprecie que se han reunido las condiciones requeridas para ese fin (Reglamento Art. 26.2).

El artículo 26.2 del Reglamento contiene, sin duda, el principio de la competencia de la Comisión para iniciar *ex-officio,* la instrucción de una causa. En verdad, ni la Convención ni el Estatuto disponen nada al respecto, lo que quizás explique la redacción un tanto confusa de dicho artículo, el cual, por lo demás, no ha sido invocado expresamente por la Comisión en ninguna de las resoluciones contenidas en los informes que ha sometido a la Asamblea General, desde que entró en vigencia el Reglamento.[50] De cualquier modo, de nuevo se pone de manifiesto la tendencia de la Comisión a ir ampliando progresivamente el ámbito de sus funciones.

Por otro lado, los Estados Partes en la Convención, pueden reconocer la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones de un Estado contra otro, en que se alegue la violación de los derechos humanos reconocidos por el tratado. Para que la comunicación sea admisible tanto el Estado denunciante como el denunciado deberán haber formulado previamente una declaración, por el cual se acepta la competencia de la Comisión para tal fin (Art. 45 de la Convención).

El sistema americano es, pues, en esta materia enteramente opuesto al europeo, donde no se requiere de ninguna declaración para que la Comisión (Europea)

50 Antes de la vigencia del Reglamento actual y de la Convención, hubo dos situaciones en que la Comisión inició la instrucción con la sola notoriedad de los hechos, sin comunicación alguna. Tal cosa ocurrió en ocasión de la confiscación de los diarios en Perú por el gobierno del General Velasco Alvarado y de las medidas de represión masivas que siguieron al derrocamiento y muerte del Presidente Allende en Chile. Sin embargo, en ambos casos con posterioridad llegaron comunicaciones individuales sobre los hechos.

examine comunicaciones de Estado y, sin embargo, si se precisa la aceptación de su competencia para el trámite de comunicaciones individuales.

Más tarde se verá el procedimiento aplicable al examen de los casos. Antes se completará la lista de las funciones de la Comisión en materia de protección a los derechos humanos.

b. Efectuar observaciones in loco

El artículo 18.g) del Estatuto faculta a Comisión para practicar observaciones *in loco* en un Estado con la anuencia o la invitación del gobierno respectivo. Estas observaciones no se vinculan forzosamente con el examen de un caso determinado, puesto que no están concebidas como una diligencia necesaria dentro del procedimiento ordinario de la Comisión en el examen de casos, y porque se originaron y están previstas aun fuera de tal procedimiento, de tal manera que, en la práctica se han orientado, más que hacia la investigación de denuncias particularizadas, hacia la evaluación de una situación general. Hay que reconocer, sin embargo, que la presencia de la Comisión en un país determinado puede servir para verificar hechos denunciados previamente o para recibir nuevas comunicaciones.[51]

Desde su instalación la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha cumplido una intensa actividad en este ámbito. Hasta el presente ha practicado las siguientes visitas: República Dominicana (1961, 1963 y 1965-66); Paraguay (1965); Honduras y El Salvador (1969); Panamá (1969); Chile (1974); Panamá (1977); El Salvador (1978); Haití (1978); Argentina (1979); Colom-

51 En 1974, en Chile, la Comisión recibió 576 quejas; en 1979, en Argentina, 5.580, de las cuales 4.153 eran nuevas; en 1980 recibió 3.921 denuncias en Nicaragua. Cf. *Vargas Carreño, E.*, "Las observaciones *in loco* practicadas por C.I.D.H." en Derechos Humanos en las Américas (Homenaje a Carlos Dunshee de Abranches). Publicaciones de la C.I.D.H. Washington 1984 pág. 298.

bia (1980); Nicaragua (1980); Guatemala (1982); Suriname (1983, 1985); Guatemala (1985); El Salvador (1986) y Haití (1987). Durante la vigencia del anterior Estatuto la Comisión fundamentó su competencia en una norma que la autorizaba a sesionar fuera de su sede con la anuencia del gobierno del Estado afectado (Art. 11, *in fine*). Sobre esa base se comenzó una práctica que terminó siendo formalizada en el Estatuto vigente y en la Convención.

En el caso de la Convención conviene destacar que, cuando la observación *in loco* es requerida para el examen de una denuncia individual, el Estado afectado está obligado a prestar a la Comisión todas las facilidades necesarias (Art. 48.1.d) de la Convención). En todos los demás casos no existe un deber jurídico de asentir a la visita de la Comisión.[52]

La Comisión ha cumplido en este ámbito una función más vasta que la de otros órganos similares en la comunidad internacional. Las observaciones *in loco* han tenido a la vez gran trascendencia en la vida de la Comisión y una apreciable utilidad en la protección de los derechos humanos. Tal ha sido el caso de las visitas practicadas a la República Dominicana (1965-66), a Chile (1974) y a Argentina (1979), caso éste especialmente importante, por el impacto que tuvo el informe que siguió a la visita y por ser la primera vez que la Comisión enfrentó la violación masiva de los derechos humanos en uno de los Estados de alto peso relativo en la OEA.

c. Preparar y publicar informes

Los informes publicados por la Comisión han constituido un medio adicional de protección y control.

---

52 Cf. *Vargas Carreño, E.*, cit. pág. 292.

Cada año la Comisión presenta un informe a la Asamblea General de la OEA, que incluye sus resoluciones sobre las peticiones recibidas.

Tiene también competencia para elaborar informes sobre los derechos humanos en un Estado, los cuales pueden ser el producto de una observación *in loco*, o estar completamente desvinculados de ellas.

d. Actuar en los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La actividad de la Corte está estrechamente vinculada con la de la Comisión, cuyas funciones principales frente a la Corte son:

– Introducir ante la Corte los casos contenciosos sobre la interpretación o aplicación de la Convención, (Art. 61.1 de la Convención). Es esta una función de particular trascendencia, pues la Comisión representa, así, la única vía de la que dispone, en la práctica, la persona individual para que una denuncia suya pueda ser elevada al Tribunal.

– Comparecer en todas las audiencias a que den lugar los asuntos debatidos ante la Corte (Convención Art. 57), incluso si no han sido introducidos por ella. La Comisión está llamada a cumplir una función como parte de buena fe, o de ministerio público, en los casos sometidos a la Corte.

– Solicitar a la Corte medidas provisorias en casos de extrema gravedad para evitar daños irreparables a las personas, cuando se trata de asuntos aún no sometidos al conocimiento de la Corte (Convención, Art. 63.2).

– Consultar a la Corte sobre la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (Convención, Art. 64).

Se pasará ahora a estudiar el procedimiento aplicable al examen de los casos de presunta violación de los derechos humanos, sometidos a la Comisión.

B. Procedimiento aplicable a las peticiones y comunicaciones dirigidas a la Comisión

El Reglamento de la Comisión ha buscado unificar en todo lo posible el procedimiento. Así, se someten a las mismas reglas las comunicaciones individuales y las emanadas de un Estado (Art. 49), en los casos en que la Comisión está facultada para recibirlas.

Igualmente se ha dado unidad a las reglas aplicables en las fases de admisión e investigación, sin importar que la comunicación se refiera a un Estado Parte en la Convención o a uno que no lo sea. Se examinarán primero estas fases comunes y luego las propias de la situación de cada grupo de Estados.

1. Admisibilidad

a. Condiciones de forma

Las peticiones deben presentarse por escrito (Art. 27 del Reglamento). En ellas se debe expresar:

1º La identidad completa del peticionario.

2º Una relación del hecho que se denuncia, que comprenda lugar y fecha, y de ser posible, la identidad de las víctimas y de las autoridades que han tomado conocimiento del hecho denunciado.

3º La indicación del Estado que, en opinión del denunciante, es responsable de la violación de alguno de los derechos reconocidos por la Convención o la Declaración.

4º Información precisando si los recursos de la jurisdicción interna han sido utilizados o si ha sido imposible hacerlo.

Si la petición está incompleta, la Comisión puede solicitar al peticionario que subsane las omisiones. Es la Secretaría la que normalmente cumple este papel.

b. Condiciones de fondo

1º Debe tratarse de una materia que, por su naturaleza pueda ser sometida al examen y decisión de la Comisión. La petición será declarada inadmisible si no se exponen hechos característicos de una violación de los derechos reconocidos por la Convención o la Declaración, o cuando sea evidentemente infundada o improcedente.

2º Deben haberse agotado los recursos de la jurisdicción interior (Art. 46 de la Convención y Art. 20.c) del Estatuto de la Comisión).

Es esta una regla característica de la protección internacional de los derechos humanos que asume, en el sistema americano, ciertas particularidades que se expliquen por las condiciones propias de la región. Esas particularidades se manifiestan tanto en las *excepciones* al requisito, como en las *modalidades* para apreciar si se ha cumplido.

i) Excepciones (Art. 37.2 del Reglamento y Art. 46.2 de la Convención)

La mayor parte de los instrumentos internacionales que prevén la regla del previo agotamiento de los recursos internos, dentro del contexto de la protección de los derechos humanos, señalan que tal requisito debe exigirse de conformidad "con los requisitos del derecho internacional generalmente reconocidos". Esa expresión

ha sido interpretada como la admisión, con base en esos principios, de excepciones a la mencionada regla, especialmente cuando los recursos internos no existen o no son ilusorios. En el caso de la Convención Americana, además de la remisión a los principios del derecho internacional, se señalan expresamente tres excepciones que autorizan a la Comisión a tramitar una denuncia sin que se hayan agotado los recursos internos, las cuales han sido generalizadas por el Reglamento de la Comisión, que las considera aplicables también a las comunicaciones referentes a Estados que no son partes en la Convención Americana. Esas excepciones pueden hacerse valer:

– Cuando no exista, en el Estado de que se trate, el debido proceso legal para proteger el derecho pretendidamente violado.

– Cuando se haya permitido el acceso a los recursos internos a la persona cuyos derechos hayan sido presuntamente lesionados.

– Cuando haya habido retardo injustificado en la decisión de esos recursos.

En tal contexto, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y con prescindencia de si la enumeración de esas excepciones es taxativa o ilustrativa, la referencia a "los principios del derecho internacional generalmente reconocidos" debe entenderse no sólo en función de la determinación de las excepciones a la regla del previo agotamiento, sino como un elemento para definir el alcance de dicha regla en el sistema de la Convención.

La Comisión, por otra parte, ha considerado que la regla del previo agotamiento no es aplicable en casos generales de violación de derechos humanos.[53]

---

53 Cfr. CIDH, caso No. 1684, publicado en "Informe sobre la labor desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 28º Período de Sesiones (Extraordinario). (OEA/Ser.L/V/II.28 doc. 24 rev. 1 de 20-2-73) págs. 14-22.

ii) Modalidades de aplicación

– En cuanto a la iniciativa para poderla aplicar; se la ha reconocido como una regla renunciable: el Estado que tiene derecho a hacerla valer puede renunciar a invocarla. La primera puede ser expresa o tácita, lo que implica que el no agotamiento debe ser alegado en las primeras etapas del procedimiento, o falta de lo cual podría presumirse una renuncia tácita.[54]

– En cuanto a la carga de la prueba, se admite un cierto grado de distribución pues si el demandante alega haber agotado los recursos internos, deberá demostrar que los intentó y que el resultado fue vano; pero si el gobierno quien aduce la falta de agotamiento tendrá a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y de efectividad.[55] Cabe destacar a ese respecto la denominación del artículo 37.3 del Reglamento, según el cual, en caso de que el peticionario afirme la imposibilidad de comprobar el cumplimiento de dicho requisito, corresponderá al gobierno contra el cual se dirige la petición, demostrar que los recursos internos no han sido agotados. Se trata de una modalidad muy particular del sistema americano de protección, que se explica por la situación que prevalece en el sistema judicial de numerosos países, donde no hay recursos eficaces para proteger a los ciudadanos. Una aplicación rígida y tradicional de esta regla implicaría considerar inadmisible una gran cantidad de peticiones.[56]

---

54 Cfr. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez (excepciones preliminares), sentencia del 26 de junio de 1987, par. 87; Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz (excepciones preliminares), sentencia del 26 de junio de 1987, par. 89; Corte I.D.H., Caso Fairén Garbi y Solís Corrales (excepciones preliminares), sentencia del 26 de junio de 1987, par. 87.

55 Ibid.

56 Cfr. *Aguilar, A.*: "Procedimiento que debe aplicar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el examen de las peticiones o comunicaciones individuales sobre presuntas violaciones a los derechos humanos, en "Derechos Humanos en las Américas", cit., pág. 205.

–En cuanto a la oportunidad de decidir sobre el cumplimiento del comentado requisito se observa una tendencia a no hacerlo objeto de una incidencia procesal preliminar, especialmente si se trata de rechazar una comunicación en una fase previa que impida conocer el fondo. Si no hay razones evidentes para negar el trámite a una denuncia por falta de agotamiento de los recursos internos, la Comisión normalmente solicita información complementaria y no suspende el procedimiento .[57] Además, en los casos en que se alega los recursos internos no existen o son ilusorios, no sólo se está invocando una excepción a la regla del previo agotamiento, sino que se está imputando al Estado en cuestión una nueva violación a un deber jurídico, como es el de suministrar recursos idóneos para garantizar el respeto a los derechos humanos y se está, asimismo, poniendo de relieve la urgencia de una acción internacional en auxilio de la víctima indefensa. Todo ello aproxima sensiblemente la apreciación sobre el agotamiento o la existencia de recursos internos eficaces a las cuestiones de fondo envueltas en una denuncia relativa a presuntas violaciones a los derechos humanos.[58]

3º Plazos. En principio la petición debe presentarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha que se ha notificado a la persona presuntamente lesionada sobre la decisión definitiva que ha agotado los recursos internos (Art. 38.1 del Reglamento). Pero, en los casos en que no sea aplicable la exigencia del previo agotamiento de esos recursos, la petición podrá presentarse dentro de un plazo, razonable, a juicio de la Comisión (Art. 38.2 *ejusdem).*

---

57 Ibid., pág. 206.
58 Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, cit., par. 90; Caso Godínez Cruz, cit., par. 92; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, cit., par. 90.

4º Prohibición de duplicidad de procedimientos (Art. 39 del Reglamento). La petición no es admisible si está pendiente de decisión por otra organización internacional o si reproduce una petición ya resuelta.

c. Decisión sobre admisibilidad

El Reglamento de la Comisión no prevé una decisión expresa sobre admisibilidad, pues se limita a contemplar un trámite inicial a cargo de la Secretaría la cual, si no encuentra objeciones evidentes y "reconoce en principio la admisibilidad de la petición" (Art. 34.1) debe pedir de inmediato información al gobierno afectado e iniciar de la instrucción de la causa. La incidencia sobre admisibilidad sólo tendría lugar si el asunto es planteado por la misma Comisión, sea como consecuencia de una consulta de la Secretaría (Reglamento, Art. 30.3) sea por iniciativa propia (Reglamento, Art. 33): o si el gobierno objeta formalmente la admisibilidad de la petición o denuncia. Esta regulación fue impugnada ante la Corte como contraria al texto de la Convención, pero el alegato no fue acogido. La Corte consideró que es la inadmisibilidad de una denuncia, y no su admisión, lo que requiere un acto expreso y formal, por lo cual una decisión particular sobre el asunto no será necesaria mientras no se haya suscitado la cuestión de la admisibilidad.[59]

La interpretación comentada tiene una destacada importancia práctica, puesto que el procedimiento así comentado permite a la Comisión, actuando a través de la Secretaría, iniciar gestiones para atender las denuncias que reciba sin la demora que resultaría de tener que esperar una reunión en la que se decida formalmente sobre la admisión.

59 Ibid., parrs. 35-41, 38-44 y 40-46, respectivamente.

Por otra parte, sin prejuzgar sobre la admisibilidad, la Comisión puede decidir medidas provisionales de protección para prevenir perjuicios irreparables a las personas (Art. 29 del Reglamento).

Puede igualmente solicitar a la Corte que decida dichas medidas, que tendrán en ese caso fuerza obligatoria para los Estados que hayan aceptado su competencia (Art. 63.2 de la Convención).

2. Investigación

a. Solicitud de información

El primer medio que utiliza la Comisión una vez que ha dado entrada, en principio, a la petición, de la solicitud de información al gobierno. El gobierno tiene 90 días para responder que pueden prorrogarse hasta 180. La respuesta del gobierno es comunicada al peticionario, quien tendrá 30 días para formular su puntos de vista los cuales a su vez son remitidos al gobierno para que, en 30 días, presente sus observaciones finales.

b. Pruebas

En general la Comisión puede aceptar todos los medios de prueba para el establecimiento de los hechos en discusión. Entre ellas cabe destacar el señalado por el artículo 32 del Reglamento, según el cual se presumen ciertos los hechos expuestos en la petición si el gobierno no suministra la información requerida en los plazos reglamentarios. La presunción obedece a que si el Estado aludido, por negligencia o por contumacia, no cumple con un deber jurídico que tiene a su cargo, como es el de suministrar información, la Comisión no tiene por qué resolver sino con los elementos de convicción a su alcan-

ce, aun si le han sido suministrados por una sola de las partes.[60]

Según el artículo 43 del Reglamento de la Comisión, ella puede resolver la realización de una audiencia con el fin de comprobar los hechos. Puede igualmente realizar investigaciones *in loco* (Art. 44) en las condiciones antes señaladas. La Comisión está facultada para tales actuaciones pero no está obligada a cumplirlas.[61]

3. *Continuación del procedimiento respecto de los Estados que no son partes en la Convención* (Arts. 51-54 del Reglamento)

En estos casos, concluida la investigación, está previsto que la Comisión adopte una resolución final, contentiva de los hechos, las conclusiones y las recomendaciones pertinentes, así como un plazo para cumplirlas, la cual debe ser transmitida a las partes. Si no se cumplen las recomendaciones dentro del plazo señalado, la Comisión podrá publicar su resolución.

4. *Continuación del procedimiento respecto de los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Los artículos 48 a 51 de la Convención y 45 a 48 del Reglamento de la Comisión disponen la aplicación sucesiva de técnicas propias de los medios de solución de controversias internacionales para la decisión de los casos que le son sometidos. Es un procedimiento que parece bastante complejo y difícil de poner en práctica. El sentido general de las primeras etapas de ese procedimiento es el de ejercer un apremio progresivo sobre el Esta-

60 Cfr. *Nikken, P.*: "La protección internacional de los derechos humanos (su desarrollo progresivo)", IIDH-Civitas, Madrid 1987.

61 Cfr. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, cit., parrs. 47-54; Caso Godínez Cruz, cit., parrs. 50-57; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, cit., par. 52-55.

do involucrado, a fin de que encuentre un remedio aceptable y satisfactorio para la situación planteada, en el doble propósito de lograr una solución fundada sobre el respeto a los derechos humanos y de brindar al Estado la oportunidad de cumplir voluntariamente con sus obligaciones internacionales, antes de verse expuesto a ser demandado ante la Corte, o a una resolución pública de la Comisión que lo sindique por haber violado los derechos humanos.[62]

Se pasará revista, a continuación, a las distintas técnicas que debe aplicar suscesivamente la Comisión.

a. Técnica de los buenos oficios

En una primera fase, la Comisión, por iniciativa propia o a petición de las partes, estará a su disposición para llegar a una solución amistosa. De lograrse ésta, se redactará un informe dirigido a las partes y al Secretario General de la OEA, cuya publicación no está prevista (Convención, Art. 50).

La solución amistosa debe asegurar el respeto a los derechos protegidos por la Convención, lo que implica, lógicamente, que no sea una etapa obligatoria sino que esté condicionada a las circunstancias del caso, en especial por lo que toca a la naturaleza de la situación planteada y a la disposición del gobierno afectado a cooperar para solventarla. El Reglamento de la Comisión se orienta en el sentido señalado, pues prevé que ella está dotada de poderes discrecionales para juzgar si el asunto es susceptible de arreglo amistoso y para hacer o no, según las circunstancias, las gestiones pertinentes (Art. 45.2). La Corte ha decidido que esa disposición reglamentaria no vio la la Convención.[63]

62 Ibid., parrs. 59, 62 y 60, respectivamente.
63 Ibid., parrs. 42-47, 45-49 y 47-51, respectivamente.

b. Técnica de mediación - conciliación

De no llegarse a una solución amistosa, la Comisión preparará un informe donde expondrá los hechos y sus propias conclusiones sobre el caso y que transmitirá a las partes con las recomendaciones que juzgue apropiadas (Convención, Art. 50). Si en los tres meses siguientes a la remisión del informe el asunto no ha quedado resuelto ni ha sido elevado a la Corte, la Comisión debe emitir su opinión final y sus conclusiones, así como sus recomendaciones, para cuyo cumplimiento fijará un plazo. Vencido ese plazo, ella podrá resolver la publicación de su informe, si el Estado no ha adoptado las medidas adecuadas (Convención, Art. 51).

c. Técnica del arreglo judicial (sometimiento del caso a la Corte).

La Comisión está legitimada para demandar ante la Corte a los Estados Partes, por casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, siempre que se cumplan los requisitos para el ejercicio de la jurisdicción de ese Tribunal.

II. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la Convención Americana. Tiene su sede en San José (Costa Rica) y está integrada por siete jueces, que deben ser nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal por los Estados Partes en el Pacto de San José en la ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, por un procedimiento, en general, similar al de la elección de los miembros de la Comisión. Puede haber jueces *ad-hoc,* pero nunca dos de la misma nacionalidad. Los jue-

ces duran seis años en el ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos una vez, procedimiento, en general, similar al de la elección de los miembros de la Comisión. Puede haber jueces *ad-hoc*, pero nunca dos de la misma nacionalidad. Los jueces duran seis años en el ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos una vez. La Corte se renueva parcialmente cada tres años.

La Corte, a pesar de no estar expresamente incluida en la Carta, como uno de los órganos de la OEA, es una institución judicial del sistema interamericano.[64] En primer lugar, porque ha sido creada por una Convención prevista en la Carta y concebida dentro del sistema de tal modo que sólo pueden ser partes en ella los miembros de la OEA; y, en segundo lugar, porque tiene competencia para ejercer sus funciones, en cierta medida, aun respecto de los Estados miembros que no sean partes en la Convención. En efecto, según la Convención (Art. 61, 62, 63 y 64) y según el Estatuto de la Corte, ella está llamada a ejercer dos tipos de funciones. La primera es la contenciosa, cuyo alcance no puede exceder de los Estados Partes en la Convención. La segunda es la consultiva, a la cual pueden acudir también los Estados miembros de la OEA que no son partes en el Pacto de San José y los órganos enumerados en el artículo X de la Carta. Ambas funciones serán consideradas de inmediato.

A. Competencia Contenciosa

La Corte tiene competencia para conocer de todo asunto relativo a la interpretación o aplicación de las disposiciones del Pacto de San José (Art. 12 de la Con-

---

64 La propia Corte ha subrayado su condición como órgano del sistema: Corte I.D.H., "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1, par. 19. Actualmente está en estudio un proyecto de reforma a la Carta para incorporar a la Corte como órgano permanente de la OEA.

vención). Su competencia *ratione materiae* en lo contencioso está así limitada, en general, a la Convención Americana, que es el derecho que, en principio, la Corte está llamada a aplicar. Sin embargo, como algunas disposiciones de la Convención reenvían a otras fuentes, la Corte puede, en ciertas ocasiones, verse frente a un ámbito más amplio en lo que se refiere al derecho aplicable. Tal es el caso del artículo 75, según el cual las reservas deben ajustarse a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados[65] o del artículo 46.1.a, que requiere del previo agotamiento de los recursos internos, "según los principios de derecho internacional generalmente conocidos"; o del artículo 29, según el cual la interpretación de la Convención no puede conducir a restringir derechos reconocidos por otros tratados o a limitar los efectos de la Declaración Americana o de otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El ejercicio de la jurisdicción contenciosa está sometido a ciertas condiciones y debe ajustarse a un procedimiento. Ambas cuestiones se verán en seguida. Luego se examinará el efecto de los fallos.

1. Condiciones para el ejercicio de la jurisdicción contenciosa

Las condiciones son complejas y difíciles de reunir. Esto quizás explique, en parte, que durante los seis primeros años de su instalación la Corte no decidiera ningún caso contencioso, puesto que el único que le fue sometido (Asunto Viviana Gallardo y otras), fue considerado inadmisible y remitido a la Comisión, la cual final-

65 En el ejercicio de su función consultiva, la Corte ha estado frente a la necesidad de interpretar la Convención de Viena, tanto en lo que se refiere a laa reservas, como en lo que toca a las reglas de la interpretación de los tratados. Cfr. Corte I.D.H., El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (Arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 2. Igualmente: *Nieto Navia, R.*: "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", en "Derechos Humanos en las Américas", cit., págs. 270-279.

mente tampoco lo admitió. En 1986 la Comisión introdujo las primeras demandas (Casos Velásquez Rodríguez; Godínez Cruz; y Fairén Garbi y Solís Corrales) lo cual indica que el sistema previsto en la Convención pueda estar iniciando su funcionamiento integral. Es obvio que si la actuación de la Corte como órgano de protección el sistema de la Convención no se aplica a cabalidad.

Para que la Corte pueda entrar a conocer un caso, deben reunirse las siguientes condiciones:

a. Como se dijo, el caso sometido a la Corte debe referirse, *ratione materiae*, a la intepretación o aplicación de la Convención Americana.

b. En lo que respecta a los sujetos:

1º En cuanto al *demandante*, sólo los Estados Partes en la Convención o la Comisión pueden introducir un caso ante la Corte.

Al contrario de lo que ocurre en el procedimiento ante la Comisión, el ser humano individual no ha visto reconocida su iniciativa para acudir a la instancia judicial internacional. Sin embargo, tanto el Reglamento de la Corte (Art. 21) como el de la Comisión (Art. 64.4), prevén que los delegados de la Comisión en los asuntos que se litiguen ante la Corte, podrán estar asistidos por cualquier persona lo que ya ha sido en la práctica, una vía para la participación indirecta del reclamante original.[66]

2º En cuanto al *demandado* debe haber reconocido, por una declaración, la competencia de la Corte. La declaración puede ser pura y simple bajo condición de re-

66 En los primeros casos contenciosos, ya citados, la Comisión se hizo asistir por cuatro abogados designados por la parte agraviada, sin oposición del Estado demandado.

ciprocidad. Puede ser general o para casos específicos, y hacerse temporalmente o por tiempo indefinido.[67]

3º Es necesario que se haya agotado previamente el procedimiento ante la Comisión (Art. 61.1 de la Convención).

Dada la complejidad del procedimiento ante la Comisión, la existencia de este requisito no deja de plantear problemas que insinúan la necesidad de una interpretación flexible. En el plano práctico global, la necesidad de salvar una etapa larga y compleja como esa, supone un obstáculo para el funcionamiento pleno del sistema, puesto que dificulta y demora exageradamente el acceso a la Corte. Además, plantea la cuestión de saber cuándo se ha agotado el procedimiento ante la Comisión, lo que no resulta completamente claro habida cuenta de las múltiples alternativas que se abren a la Comisión, según sus reglas de procedimiento. Algunos aspectos del problema se han planteado recientemente y han sido resueltos con criterios de flexibilidad.[68] Cuestiones más complejas pueden llegar a estar en juego el día en que sea un Estado el que acuda a la Corte por considerar que el procedimiento ante la comisión ya se ha agotado, sin que ésta haya interpuesto una demanda.

La Corte ha decidido que este requisito no está establecido en provecho exclusivo del Estado, sino también de los seres humanos individuales, pues es ante la Comisión que pueden acudir directamente para hacer valer sus derechos por sí mismos. Por eso, al contrario de lo que ocurre con la regla del previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, un gobierno no pue-

---

67 Nueve países han formulado hasta el presente ese declaración: Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Guatemala, Perú, Uruguay y Venezuela.

68 Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, cit., par. 55-77; Caso Godínez Cruz, cit., parrs. 58-79; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, cit., parrs. 56-77.

de unilateralmente renunciar al procedimiento ante la Comisión para acudir directamente a la Corte.[69]

2. Procedimiento

Las reglas sobre procedimiento están contenidas en la Convención y el Reglamento de la Corte del 9-8-80. La introducción de la instancia debe hacerse por escrito.

Las excepciones preliminares, si se plantean, pueden ser resueltas previamente o unirse al fondo, por decisión de la Corte.

Se prevé una etapa escrita y otra oral. La escrita comprende la presentación de memoria y contra memoria, y eventualmente de réplica y dúplica. La etapa oral debe cumplirse en audiencias de la Corte en pleno, bajo la dirección del Presidente. Las sentencias de la Corte deben ser motivadas. Está previsto que se comuniquen a las partes, al Presidente del Consejo Permanente y al Secretario General de la OEA y a toda persona directamente interesada.

3. Las sentencias

Según el artículo 68.1 de la Convención, las partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que intervengan. La única previsión existente para el caso en que esta obligación no sea honrada por el Estado afectado, es el deber de la Corte de informar sobre ese hecho a la Asamblea General, "(d)e manera especial y con las recomendaciones que estime pertinentes" (Convención, Art. 65).

Si la Corte decide que hubo violación de la Convención, ordenará que sea garantizada a la parte lesionada el goce del derecho o de la libertad conculcados (Art.

69 Corte I.D.H., Asunto de Viviana Gallardo y otras, No. G 101/81, Serie A, Decisión del 13 de noviembre de 1981, parrs. 20-25.

63.1). La Corte podrá ordenar igualmente la reparación y el pago de una justa indemnización a la víctima, caso éste en el cual su decisión tendrá, en el país afectado, la misma fuerza ejecutoria que las sentencias de los tribunales internos contra el Estado (Art. 68).[70]

La Corte puede igualmente adoptar medidas provisionales en casos graves y urgentes, para impedir perjuicios irreparables a las personas. Si se trata de un asunto que ya le está sometido, puede actuar a petición de parte o *ex-officio* (Reglamento de la Corte, Art. 23.5). En caso contrario puede tomar tales medidas únicamente a instancia de la Comisión.

B. Competencia consultiva

La Convención Americana confiere a la Corte una competencia consultiva en términos bastante más amplios, a los de otros tribunales internacionales. Esa amplitud se manifiesta tanto en las entidades que puedan consultar a la Corte como en las normas jurídicas sobre cuya interpretación se puede pedir opinión. Ambas cuestiones se examinarán de inmediato, para después abordar los efectos de las opiniones consultivas.

1. Competencia para solicitar una opinión consultiva

En general, todos los Estados miembros de la OEA, aunque no sean partes en la Convención, pueden consultar a la Corte. Pueden igualmente consultarla todos los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta,[71]

---

70 El Art. 27 del Convenio de Sede entre la Corte y Costa Rica reconoce a las decisiones de la Corte, en general, "la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por tribunales costarricenses".

71 Son ellos: la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos (Permanente, Económico y Social, y para la Educación la Ciencia y la Cultura), el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, las Conferencias Especializadas y los Organismos Especializados.

a propósito de los asuntos propios de su competencia particular. En el caso de la Comisión, la Corte ha considerado que ella tiene derecho absoluto a pedir opiniones consultivas.[72]

Se pone de manifiesto así que la competencia de la Corte desborda el marco de la Convención y que cumple una función general dentro del sistema interamericano en su conjunto.

2. El objeto de la interpretación

La consulta puede referirse a la Convención Americana o a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Esta última expresión ha sido interpretada por la Corte en el sentido más amplio pues ha considerado que su competencia puede extenderse en principio a "toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes en el mismo, Estados ajenos al sistema interamericano".[73]

Sin embargo, la Corte ha considerado que su competencia consultiva es permisiva y que puede negarse a responder una consulta si se violan los límites dentro de los cuales está llamada a pronunciarse, de modo que si una consulta solicitada sobre tratados distintos de la Convención concierne a asuntos planteados fuera del sistema interamericano, ella se abstendrá de responderla por decisión motivada.[74]

La Corte ha interpretado igualmente que la consulta puede referirse al tratado mismo o al contenido de una reserva.[75]

---

72 Corte I.D.H., El efecto de las reservas..., cit., par. 16.
73 Corte I.D.H., "Otros tratados"..., cit., par. 52.
74 Ibid., parrs. 28, 31 y 52.
75 Corte I.D.H., Restricciones a la pena de muerte..., cit., par. 45.

La amplitud con que la Corte ha entendido el ejercicio de su función consultiva se corresponde con la tendencia general del sistema americano en su evolución. Vinculado con todo ello está el criterio de la Corte sobre la orientación que debe presidir la interpretación de las convenciones sobre derechos humanos en aplicación de los principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En varias ocasiones la Corte ha señalado que, en vista del objetivo y fin de los tratados sobre derechos humanos, estos deben ser interpretados en el sentido más favorable al individuo, que es el sujeto de la protección internacional.[76]

La Corte puede también ser consultada, pero sólo por los Estados miembros de la OEA, sobre la compatibilidad entre una cualquiera de sus leyes internas y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos. La Corte ha interpretado que la consulta puede versar igualmente sobre proyectos legislativos.[77]

Por lo demás, la Corte ha decidido que, en los términos amplios de la Convención, no es obstáculo para el ejercicio de su función consultiva que la materia sobre la que se pide su opinión esté referida a un caso concreto, ni siquiera si el mismo es objeto de un conflicto de interpretación entre la Comisión y el gobierno de un Estado que no ha aceptado su jurisdicción obligatoria.[78] Este punto de vista se fundamenta en los efectos particulares que tienen las opiniones consultivas de la Corte.

3. *Efecto de las opiniones consultivas*

La Corte ha subrayado que sus opiniones consultivas carecen del "efecto obligatorio que se reconoce para

76 Corte I.D.H., Asunto de Viviana Gallardo y otras..., cit., par. 16.; Restricciones a la pena de muerte..., cit., par. 65.

77 Corte I.D.H., Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie a No. 4, parrs. 15-30.

78 Corte I.D.H., Restricciones a la pena de muerte..., cit., parrs. 39-44.

sus sentencias en materia contenciosa".[79] Ellas no están orientadas a resolver un litigio sino a "coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como el cumplimiento de las funciones que, dentro de ese ámbito, tienen atribuidos los órganos de la OEA".[80] Sin embargo, no cabe duda de que, en la práctica, las opiniones de la Corte pueden gozar de gran autoridad y cumplir un importante papel como medios de protección a los derechos humanos, especialmente si se tiene en cuenta la complejidad del acceso a la jurisdicción contenciosa. La misma Corte ha destacado esta circunstancia al considerar que la amplitud de términos en que está concebida su competencia consultiva "crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alterno de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso".[81]

Ha sido en el ámbito de las opiniones consultivas que la Corte ha cumplido su mayor actividad hasta ahora. Se trata de una función limitada, aunque útil tanto en lo que toca a la protección propiamente dicha como en la creación de un cuerpo de doctrina judicial sobre el sistema americano. No cabe duda, sin embargo, de que el sistema no se habrá desarrollado por completo mientras la Corte no cumpla plenamente el papel que tiene asignado por la Convención.

Ello dependerá, en parte, de que más Estados reconozcan su jurisdicción obligatoria, y en parte no menor, de que la Comisión inspire más claramente su actuación hacia la Corte como la desembocadura normal de las

---

79 Ibid., par. 32; "Otros tratados"..., cit., par. 51.
80 Corte I.D.H., "Otros tratados"..., cit., par. 25.
81 Corte I.D.H., Restricciones a la pena de muerte..., cit., par. 43.

causas que se proponen ante ella. La circunstancia de que el sistema americano haya sido producto de una evolución permanente y progresiva es una buena base para el optimismo, en la hora en que la Corte ha sido llamada a conocer y decidir las primeras demandas introducidas por la Comisión.

Conclusiones

1. El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos ha sido producto de una evolución que ha ido ampliando progresivamente su alcance y la eficacia de sus medios. Buena parte de esa ampliación se ha afincado en la práctica de los órganos de protección, la cual ha venido acrecentando su valor jurídico al incorporarse al derecho convencional o al servir de punto de partida para la formación del derecho consuetudinario.

2. Dentro de esa evolución se ha acudido a mecanismos transitorios que han dado cierta complejidad al sistema.

3. Hasta el presente tanto el contenido de los instrumentos sobre derechos humanos como la actividad de los órganos de protección se han orientado en forma predominante hacia los derechos civiles y políticos, antes que hacia los económicos, sociales y culturales.

4. Una característica verdaderamente singular del sistema americano es el derecho que se reconoce al ser humano individual para acudir directamente ante un órgano internacional de protección como es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin duda es el método que ofrece las mayores seguridades a las víctimas de violación de los derechos humanos.

5. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido hasta el presente el órgano clave del siste-

ma americano. La interpretación amplia de sus facultades y de sus procedimientos ha permitido mejorar progresivamente la posición de la víctima de violaciones a los derechos humanos.

6. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el más novedoso de esos órganos. Su competencia contenciosa se ha visto entrabada por dificultades normativas y prácticas y es apenas recientemente cuando ha comenzado su actuación en este ámbito. Su función consultiva, en cambio, está concebida en los términos más amplios y ha cumplido un importante aunque limitado rol en la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos.

Bibliografía

Obras generales

Buergenthal, Thomas. "The Inter-American System for the Protection of Human Rights". En Meron, Theodor, ed. *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*. Oxford: Clarendon Press, 1984. págs. 439-493.

Buergenthal, Thomas. "El sistema interamericano para la protección de los derechos humanos". *Anuario Jurídico Interamericano, 1981*. Washington, D.C.: OEA, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, 1982. págs. 121-164.
Publicado en el mismo número bajo el título: The Inter-American System for the Protection of Human Rights.

Buergenthal, Thomas y Norris, Robert E., eds. *Human Rights: The Inter-American System*. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana, 1983. 3 vols.
Recopilación sistemática de cartas, tratados, declaraciones y resoluciones sobre la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano.

Buergenthal, Thomas; Norris, Robert y Shelton, Dinah. *La protección internacional de los derechos humanos en las Américas*. San José: Editorial Juricentro, 1983. 431 págs.
Primera ed. de Engel (Kehl) se titula: Protection Human Rights in the Americas.

Colina, Rafael de la. "El Debate sobre Derechos Humanos en los Organos Políticos de la OEA". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 339-350.

García Bauer, Carlos. "La Conferencia Interamericana de Río de Janeiro y su importancia para la Protección de los Derechos Humanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 62-79.

Gros Espiell, Héctor. "La Democracia en el Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 108-120.

Gros Espiell, H. "Le systéme interamericain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme. En Académie de Droit International. *Recueil des Cours*. Leyden: Sijthoff, 1976. vol. 145, págs. 1-55.

Gutiérrez, Carlos José. "Balance y Relación entre las Garantías Nacionales e Internacionales para la Protección de los Derechos Humanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 41-53.

Molteni, Atilio N. "El Derecho de Peticion y el sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 188-198.

Montealegre, Hernán. "Cuatro Perspectivas de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 54-61.

Nikken, Pedro. "Bases de la progresividad en el régimen internacional de protección a los derechos humanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 22-40.

Nikken, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos, (su desarrollo progresivo).* Madrid: IIDH, Civitas, 1987.

OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano.* (Actualizado a julio de 1985). Washington, D.C.: Secretaría General, 1983. 219 págs.
Incluye: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Estatuto y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Estatuto y Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Formulario de denuncia an-

te la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

OEA. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. *Sistema Interamericano a través de tratados, convenciones y otros documentos.* Compilación anotada por F.V. García-Amador. Washington, D.C., 1981. págs. 515-640.
Publicado (Oceana, Nueva York) con el título de: The Inter-American System: Treaties, Conventions and other Documents.

Russomano, Gilda M. Correa Meyer. "Os Direitos Sociais como Direitos Humanos no Sistema Interamericano". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 164-176.

Trindade, Antonio Cançado. "a Aplicaçao da regra de Esgotamento do Recursos Internos no Sistema Interamericano de Protecao dos Direitos Humanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 217-229.

Uribe Vargas, Diego. *Los derechos humanos y el sistema interamericano.* Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1972. 359 págs.

Vío Grossi, Eduardo. "De los Derechos Humanos a la Zona de Paz en América Latina". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 351-360.

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"

Obras generales

Buergenthal, Thomas. *The American Convention on Human Rights: An Illusion of Progess.* París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.
Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. *Actas y Documentos.* Washington, D.C.: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1978.
Versión (inglés) en: Buergenthal y Norris, Human Rights: The Inter-American System.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Seminario Regional). Washington, D.C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1080.

Grossman, Claudio. "Algunos Consideraciones sobre el Régimen de Situaciones de Excepción Bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington, D.C.: OEA, 1984. págs. 121-134.

Martins, Daniel Hugo. *Estado actual del Proyecto de Convención Interamericana de Derechos Humanos.* Montevideo, 1967. 58 h. (Edición mimeografiada).

Monroy Cabra, Marco G. "Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Orden Jurídico Interno". Comisión Interamericana de De-

rechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 135-145.

Piza Rocafort, Rodolfo E. *Cuadro comparativo entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la legislación interna costarricense.* San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1982, 226 págs. (Edición multigrafiada).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Obras generales

Aguilar, Andrés. "Procedimiento que debe aplicar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el examen de las Peticiones o Comunicaciones Individuales sobre Presuntas Violaciones de Derechos Humanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 199-216.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *25 (i.e. Veinticinco) años luchando por los derechos humanos en América.* Washington, D.C.: CIDH, 1984. 26 págs.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ¿Qué es y cómo funciona? Washington, D.C.: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1980.
Folleto divulgativo.

García Amador, F.V. "Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con

los Estados Miembros de la OEA que no son Partes en la Convención de 1969". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 177-187.

Gómez Moreno, Alvaro. "La Expulsión Colectiva de Extranjeros (La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el caso El Salvador-Honduras)". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 80-92.

Méndez, Juan. "La participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los Conflictos entre los Miskitos y el Gobierno de Nicaragua". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 306-318.

Nascimento e Silva, G.E. do. "O papel da Comissao Interamericana de Direitos Humanos no Sequestro de Diplomatas em Bogotá". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 319-329.

Schreiber, Anna P. *The Inter-American Commission on Human Rights*. Leyden: A.W. Sijthoff, 1970. 187 págs.

Sepúlveda, César. "El Procedimiento de Solución Amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". Comisión Interamericana de Derechos

Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 242-252.

Uribe Vargas, Diego. "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la toma de la Embajada Dominicana en Bogotá". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 330-338.

Vargas Carreño, Edmundo. "Las Observaciones *in loco* practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 290-305.

Vasak, Karel. *La Commission Interamericaine des Droits de L'Homme*. París: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968. 282 págs.

Anuarios

La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos, 1960-67. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1972.

Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1973.

Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1969-70. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1976.

Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Diez Años de Actividades, 1971-81. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1982.

Informes anuales

1970 OEA/Ser.L/V/II. 25, doc. 9 rev. - 1971

1971 OEA/Ser.L/V/II. 27, doc. 11 rev. - 1972

1972 OEA/Ser.L/V/II. 29, doc. 41 rev. 2 - 1973

1973 OEA/Ser.L/V/II. 32, doc. 32 rev. 2 - 1974

1974 OEA/Ser.L/V/II. 34, doc. 31 rev. 1 - 1974

1975 OEA/Ser.L/V/II. 37, doc. 20 corr. 1 - 1976

1976 OEA/Ser.L/V/II. 40, doc. 5 corr. 1 - 1977

1977 OEA/Ser.L/V/II. 43, doc. 21 corr. 1 - 1978

1978 OEA/Ser.L/V/II. 47, doc. 13 rev. 1 - 1979

1979-1980 OEA/Ser.L/V/II. 50, doc. 13 rev. 1 - 1980

1980-1981 OEA/Ser.L/V/II. 54, doc. 9 rev. 1 - 1981

1981-1982 OEA/Ser.L/V/II. 57, doc. 6 rev. 1 - 1982

1982-1983 OEA/Ser.L/V/II. 61, doc. 22 rev. 1 - 1983

1983-1984 OEA/Ser.L/V/II. 63, doc. 10 - 1984

1984-1985 OEA/Ser.L/V/II. 66, doc. 10 rev. 1 - 1985

1985-1986 OEA/Ser.L/V/II. 68, doc. 8 rev. 1 - 1986

Informes sobre países

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba
OEA/Ser.L/V/II. 4, doc. 30. 1962.

Informe sobre la situación de los prisioneros políticos y sus familias en Cuba
OEA/Ser.L/V/II. 7, doc. 4. 1963.

Informe sobre la situación de la CIDH en República Dominicana
OEA/Ser.L/V/II. 13, doc. 14, rev. 1965

Informe de la CIDH sobre su situación en la República Dominicana
OEA/Ser.L/V/II. 15, doc. 6, rev. 1966

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba
OEA/Ser.L/V/II. 17, doc. 4. 1967

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití
OEA/Ser.L/V/II. 21, doc. 6. 1969

Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador y Honduras
OEA/Ser.L/V/II. 23, doc. 9 rev. 1970

Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba
OEA/Ser.L/V/II. 23, doc. 6 rev 1. 1970

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile
OEA/Ser.L/V/II. 34, doc. 21. 1974

Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile
OEA/Ser.L/V/II. 37, doc. 19, corr. 1976

Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba
OEA/Ser.L/V/II. 38, doc. 2. 1976

Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile
OEA/Ser.L/V/II. 40, doc. 10. 1977

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay
OEA/Ser.L/V/II. 43, doc. 13. 1978

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Uruguay
OEA/Ser.L/V/II. 43, doc. 10, corr. 1. 1978

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Panamá
OEA/Ser.L/V/II. 44, doc. 38, rev. 1. 1978

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua
OEA/Ser.L/V/II. 45, doc. 16, rev. 1. 1978

Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador
OEA/Ser.L/V/II. 45, doc. 23, rev. 1. 1978

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití
OEA/Ser.L/V/II. 46, doc. 66, rev. 1. 1979

Sexto informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba
OEA/Ser.L/V/II. 48, doc. 7. 1979

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina
OEA/Ser.L/V/II. 49, doc. 19. 1980

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia
OEA/Ser.L/V/II. 53, doc. 22. 1981

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua
OEA/Ser.L/V/II. 53, doc. 25. 1981

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala
OEA/Ser.L/V/II. 53, doc. 21, rev. 1981

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia
OEA/Ser.L/V/II. 53, doc. 6, rev. 2. 1981

La situación de los derechos humanos en Cuba; Séptimo informe
OEA/Ser.L/V/II. 61, doc. 29, rev. 1. 1983

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala
OEA/Ser.L/V/II. 61, doc. 47. 1983

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Suriname
OEA/Ser.L/V/II. 61, doc. 6, rev. 1. 1983

Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito
OEA/Ser.L/V/II. 62, doc. 10, rev. 3. 1983

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile
OEA/Ser.L/V/II. 66, doc. 17 1985

Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Guatemala
OEA/Ser.L/V/II. 66, doc. 16 1985

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Obras generales

Buergenthal, Thomas. "The Inter-American Court of Human Rights". *The American Journal of International Law* 76 (2): 231-245, 1982.

Buergenthal, Thomas. "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court". *The American Journal of International Law* 79 (1): 1-27, 1985.

Buergenthal, Thomas. "Judicial Interpretation of the American Human Rights Convention". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington, D.C.: OEA, 1984. págs. 253-260.

Carvallo Pardo, Javier. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho. Memoria de Prueba para optar al

Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 1981. 65 h.

Cerna, Christina M. "La Cour Interamêricaine des droits de l'homme ses premieres affaires". *Annuaire Francais de Droit International* 29: 300-312, 1983.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estudios y documentos. San José: IIDH, 1986. 339 págs. Incluye: Buergenthal, T. "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court. Cisneros, Máximo. Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gros Espiell, H. El procedimientos contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Moyer, Ch. The Role of *Amicus Curiae* in the Inter-American Court of Human Rights. Nieto Navia, R. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Piza Escalante, R.E. La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. Ventura, M.E. El Proyecto de Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1979. Zovatto, D. Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cisneros Sánchez, Máximo. "Algunos aspectos de la Jurisdicción Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*. Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 261-269

Memoria de la Instalación: Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: Corte I.D.H., 1979. 108 págs.

Nieto Navia, Rafael. "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su aplicación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos Humanos: Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches.* Washington, D.C.: OEA, 1984, págs. 270-279.

Tinoco Castro, Luis Demetrio. "El Tribunal Europeo de Derechos del Hombre y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Tiempo Actual* 4 (16): 85-93, mayo 1980.

Ventura Robles, Manuel E. "Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista Judicial* (Costa Rica) no. 27: 9-13, 1983.
Versión (inglés) en: Human Rights Law Journal, vol. 4, no. 3, 1983.

Informes anuales

1980 OEA/Ser.L/V/III. 3, doc. 13

1981 OEA/Ser.L/V/III. 5, doc. 13

1982 OEA/Ser.L/V/III. 7, doc. 13

1983 OEA/Ser.L/V/III. 9, doc. 13

1984 OEA/Ser.L/V/III. 10, doc. 13

1985 OEA/Ser.L/V/III. 12, doc. 13

1986 OEA/Ser.L/V/III. 15, doc. 13

Opiniones consultivas

Corte I.D.H., *"Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A y B No. 1.

Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75),* Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A y B No. 2.

Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Serie A y B No. 3.

Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización,* Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A y B No. 4.

Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte I.D.H., *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Corte I.D.H., *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

Corte I.D.H., *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2 y 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

Casos

Corte I.D.H., **Asunto Viviana Gallardo y otras,** No. G 101/81. Serie A.

Corte I.D.H., **Caso Velásquez Rodríguez,** Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987.

135

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN REGIONAL

Thomas Buergenthal
Juez Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Fundación Rego Blanco

I. Introducción

Me corresponde hablarles de los sistemas regionales para la protección de los derechos humanos. Para que lleguen a entender estos sistemas regionales, serían convenientes unas cuantas palabras sobre los organismos internacionales regionales en general.

Los organismos internacionales regionales –y me refiero aquí a organismos establecidos por gobiernos, por lo que también se les conoce como organismos intergubernamentales– son, en realidad, un fenómeno de los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial. Claro está que el Concierto de Europa, que se remonta al año 1814 y la era posnapoleónica, fue una asociación de estados, al igual que lo fue la Unión de Repúblicas Americanas, la predecesora de la OEA que quedó establecida a fines del siglo diecinueve. Pero ambas entidades carecían de una o más de las tres características fundamentales de todo organismo internacional regional moderno, a saber, una secretaría permanente, una junta directiva permanente y una personalidad jurídica internacional.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se establecieron una serie de organizaciones internacionales regionales que reunían todas estas características. La primera fue la Organización de los Estados Americanos, que se constituyó en 1948. Un año más tarde, se creó el Consejo de Europa. Lo siguió en 1963, la Organización

para la Unidad Africana. Hay, por supuesto, otras organizaciones regionales y subregionales de diversos tipos, entre ellas la Liga Arabe, la OTAN, el Pacto de Varsovia, las Comunidades Europeas, el Mercado Común Centroamericano, el Pacto Andino, etc. Pero las tres que les mencioné primero –la OEA, el Consejo de Europa y la OUA– son consideradas las principales por una serie de motivos, incluyendo su amplia competencia.

La OEA tiene 31 estados miembros, incluyendo todos los principales estados americanos con excepción de Canadá. Además de contar entre sus miembros a las repúblicas latinoamericanas, también la integran las principales naciones angloparlantes del Continente, con excepción de Belice y Guyana. El Consejo de Europa, por su parte, cuenta con 21 países de Europa Occidental como miembros. Esta membresía está restringida a las naciones democráticas, razón por la cual España y Portugal recién pudieron ingresar al terminar las dictaduras de Franco y Salazar. La OUA es la organización regional más grande, con una membresía de más de 50 estados africanos. Como es de esperar, esta Organización excluye a todo estado que practique el apartheid, aunque, al igual que la OEA, no está limitada a las naciones democráticas.

De las tres organizaciones regionales, dos –la OEA y el Consejo de Europa– cuentan con sistemas para la protección de los derechos humanos que llevan bastantes años en existencia. La OUA ha redactado una Carta Africana sobre Derechos de los Hombres y de los Pueblos, aunque este instrumento todavía no ha entrado en vigencia. Por lo tanto, nos limitaremos a hablar sobre el sistema que se estableció bajo el tratado sobre derechos humanos del Consejo de Europa, conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, y sobre aquél que se creó dentro del marco institucional de la OEA.

El sistema de la Convención Europea es considerado el más avanzado y eficaz actualmente en existencia en materia de derechos humanos. Quizás se pregunten ustedes por qué es así. La respuesta que salta a la mente es, naturalmente, que son muy pocos los problemas graves en derechos humanos que se presentan en Europa Occidental, aunque sí los hay, y que la gran mayoría de los países que integran al Consejo de Europa son auténticas democracias. (En este momento, Turquía es la única excepción que sirve para confirmar la regla). Por otro lado, cabe señalar que los sistemas regionales tienden por lo general a ser más eficaces que los universales. Esto se debe a que la membresía en los sistemas regionales como el Consejo de Europa o la OEA, es relativamente homogénea; es decir, los miembros de esos sistemas por lo general comparten una experiencia y tradición histórica y política común, sistemas jurídicos parecidos y sistemas económicos muy similares.

Es así que en la OEA, por ejemplo, los países latinoamericanos comparten una misma tradición legal, política e histórica y –con excepción de Brasil y Haití– hablan un solo idioma. El otro grupo de países que conforma a la OEA también tiene un lenguaje común –el inglés– así como sistemas histórico y jurídico iguales. Europa, por otro lado, se encuentra más unida por una tradición política común y, hasta cierto punto, una historia común. En Europa Occidental existen, básicamente, dos sistemas jurídicos. Uno se deriva de la tradición romana y napoleónica y el otro es el que se conoce como el "Common Law" anglosajón.

Bueno, si se compara la homogeneidad relativa de Europa Occidental y las Américas con la membresía de las Naciones Unidas, resulta evidente que sería más fácil establecer un sistema eficaz de protección de los derechos humanos en estas regiones que entre los más de 160 países miembros de la ONU. Esta misma universa-

lidad que caracteriza a la ONU, dificulta enormemente el logro del tipo de coincidencia de intereses que es ingrediente indispensable de todo sistema eficaz de derechos humanos. Lo cual no quiere decir que el sistema de la ONU no sea valioso o importante, sino simplemente que tiene una función diferente o más limitada que los sistemas regionales. Quizás volveremos a tocar este punto en el período de preguntas y respuestas.

II. El Sistema Europeo

En vista de que fue el sistema europeo el que se creó primero y sirvió de modelo para el americano, pasemos a estudiarlo primero.

La Convención Europea de Derechos Humanos entró en vigencia en 1953. Hasta la fecha, ha sido ratificada por la totalidad de los 21 estados miembros del Consejo de Europa. La Convención es un tratado que garantiza todo un catálogo de derechos civiles y políticos fundamentales. Con excepción de dos derechos –a la propiedad y a la educación– no garantiza ningún derecho económico, social ni cultural. La Convención original contenía una lista de 12 derechos, la cual ha crecido con el tiempo gracias a los llamados Protocolos Adicionales que ampliaron los alcances de la Convención. La Convención proclama el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas ni a la esclavitud o servidumbre, el derecho a la libertad personal, a un juicio imparcial, el derecho a no ser sometido a leyes penales con carácter retroactivo, el derecho al respeto de la vida privada, a la libertad de pensamiento, religión, expresión y asociación, el derecho a casarse y establecer una familia, el derecho a la propiedad, a la educación, a votar, el derecho a la residencia y a la libertad de movimiento, el derecho de los extranjeros a protección contra expulsiones colectivas del país de su residencia, y el derecho a no ser so-

metido a discriminación en el ejercicio de estos derechos. Aunque la Convención original no prohibía la pena de muerte, este paso ya se ha tomado por medio de un Protocolo Adicional.

La Convención Europea establece dos instituciones encargadas de supervisar el cumplimiento de los derechos que garantiza la Convención. Se trata de la Comisión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos. Hay, además, un órgano del Consejo de Europa –el Comité de Ministros– que también desempeña ciertas funciones bajo la Convención Europea. La Comisión y la Corte están integradas por personas que ocupan sus cargos a título personal. El Comité de Ministros, por otro lado, por tratarse de la junta directiva del Consejo de Europa, se compone de los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros del Consejo de Europa o sus delegados. Como pueden ver, el Comité de Ministros es un órgano político cuyos miembros son los representantes de sus respectivos gobiernos, mientras que los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión son expertos particulares. A este respecto, quisiera señalar que los jueces son elegidos por períodos de nueve años por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, que está integrada por representantes de los parlamentos de los países miembros del Consejo de Europa. Los miembros de la Comisión, por su parte, son elegidos por el Comité de Ministros y duran en sus cargos seis años.

La Corte cuenta con igual número de jueces que países miembros en el Consejo de Europa, mientras que el tamaño de la Comisión guarda relación exacta con el número de países que han ratificado la Convención. En la actualidad, cada uno de estos órganos consta de 21 miembros, puesto que todos los miembros del Consejo de Europa han ratificado la Convención. Esto no ha sido siempre así, ya que en el pasado hubo una serie de

países miembros del Consejo de Europa que no habían ratificado la Convención. Este planteamiento es distinto al del sistema interamericano, como veremos más adelante.

Veamos ahora la forma en que el sistema europeo actúa para hacer frente a cargos de que un estado está violando los derechos que garantiza la Convención.

Es importante recordar aquí que la Convención contempla dos tipos de peticiones: interestatales e individuales. Es una comunicación interestatal, un estado parte en la Convención acusa a otro estado parte de haber violado la Convención. En una petición individual, un particular acusa a un estado parte de haber violado uno de los derechos garantizados por la Convención. Bajo el sistema europeo, al ratificar la Convención, los estados aceptan la competencia de la Comisión para conocer demandas en su contra entabladas por otro estado parte. En otras palabras, la competencia de la Comisión es aquí automática. Por otro lado, antes de que un particular pueda acusar a un estado parte de violar la Convención Europea, ese estado no sólo tiene que haber ratificado la Convención, sino que también debe haber aceptado formalmente la competencia de la Comisión para ocuparse de peticiones individuales. Decimos aquí que el derecho de petición individual es facultativo bajo la Convención Europea. (Como veremos más adelante, este sistema se invierte en la Convención Americana, donde se reconoce el derecho de petición individual automáticamente al ratificarla, siendo facultativo el derecho de comunicación interestatal). Bien pueden preguntarse ustedes el motivo de esta diferencia, o qué temores impulsaron a los estados europeos a adoptar este enfoque. En todo caso, en la actualidad sólo tres de los veintiún estados europeos que han ratificado la Convención todavía no han aceptado el derecho de petición individual: ellos son Turquía, Chipre y Malta.

Ha llegado el momento de analizar un caso hipotético que nos ayudará a comprender la forma en que funciona el sistema europeo:

> Un latinoamericano –un costarricense, digamos–, se encuentra viajando por Europa. Al llegar a Italia, se le acusa de haber cometido un crimen. Durante la etapa de investigación, lo golpean malamente y lo mantienen incomunicado sin informarle de los cargos que han sido formulados en su contra. Por último, es juzgado y condenado en un juicio en el cual no le permiten abogado y no entiende el idioma. Dado que Italia ha ratificado la Convención, ¿cómo se manejaría este caso bajo la Convención Europea de Derechos Humanos?

Primero que nada, deberían saber que el hecho de que la persona sea costarricense no le impide invocar la Convención Europea. Los tratados de derechos humanos protegen a los seres humanos y no sólo a los nacionales de un país u otro. El único requisito es que los actos que violaron la Convención hayan sido cometidos por un país que es parte en la Convención.

Ahora bien, antes de que nuestro costarricense pueda apelar su caso ante la Comisión Europea, tendrá que tratar de agotar los recursos internos disponibles bajo las leyes de Italia. Casi todos los sistemas internacionales para la protección de los derechos humanos, exigen que se haga lo posible por resolver el caso en el plano interno antes de que éste se pueda llevar al plano internacional. Es ésta la famosa norma del agotamiento previo de los recursos internos. Tanto la Convención Europea como la Americana incluyen esta condición. La norma no exige el agotamiento de recursos internos cuando éstos no existen, pero sí exige que se haga el intento, de manera que el estado tenga la oportunidad de remediar una violación antes de que se le llame a justificar su conducta en el plano internacional. En nuestro caso hipotético, el costarricense deberá intentar apelar su caso ante los tribunales superiores de Italia. Solamente cuan-

do sea imposible hacer tal apelación, o cuando ésta fracase, podrá apelarse el caso a la Comisión Europea, siempre que Italia haya aceptado el derecho de petición individual, cosa que ha hecho.

La Comisión se ocupa de los casos en tres etapas distintas. Primero, tiene que decidir si la demanda es admisible –es aquí que determina si se han agotado los recursos internos, si la alegada violación involucra derechos protegidos por la Convención, y si se ha cumplido con los demás requisitos previos. Si la demanda sobrevive a esa primera etapa, la Comisión investiga los hechos y trata de ver si el gobierno y el particular pueden llegar a un arreglo amistoso de su disputa. (En el sistema europeo, se han producido una serie de arreglos amistosos de este tipo, en los que el gobierno acuerda pagar una indemnización y procede a cambiar ciertas leyes). Se pasa a la tercera etapa cuando no se llega a un arreglo amistoso. Es aquí que la Comisión prepara un informe oficial sobre los hechos del caso y enuncia su opinión en cuanto a la ley. Este informe es transmitido al Comité de Ministros del Consejo de Europa. Dentro de los tres meses siguientes, el caso podrá ser elevado a la Corte Europea de Derechos Humanos. Si no se eleva el caso a la Corte, lo decidirá el Comité de Ministros.

Cabe aquí recordar lo que ya se ha dicho sobre el Comité de Ministros, es decir, que se trata de un órgano político. No obstante, es interesante notar que en casi todos los casos que no llegaron a la Corte, el Comité de Ministros hizo suyas las decisiones de la Comisión, a pesar de no estar obligado a ello. (A propósito, podrían ustedes preguntarse por qué la Convención Europea dotó al Comité de Ministros de estos poderes. La respuesta tiene que ver con el hecho de que a la hora de redactarse la Convención Europea, se pensó que serían pocos los países que aceptarían la competencia de la Corte y que po-

dría pasar mucho tiempo antes de que quedara establecida la Corte).

Bueno, volvamos a nuestro caso. Este puede ser elevado a la Corte por la Comisión o por Italia, siempre que Italia haya aceptado la competencia de la Corte. Es importante recordar que bajo la Convención Europea –al igual que bajo la Convención Americana– un caso sólo se puede elevar a la Corte cuando el estado haya aceptado la competencia de la Corte. En Europa, sólo quedan dos países que no han aceptado la competencia de la Corte, siendo Italia uno de los que sí la han aceptado.

Cabe destacar que los particulares no están legitimados para presentar casos ante la Corte. Esta misma situación se da bajo la Convención Americana; sólo la Comisión y los estados involucrados lo podrán hacer. Bajo el sistema europeo y debido a recientes cambios que se han introducido en el reglamento de la Corte, los particulares y sus abogados podrán ser escuchados por la Corte. Lo que es interesante saber es que bajo el sistema europeo, nuestro costarricense, si fuera indigente, podría solicitar y recibir asistencia financiera tanto de la Comisión como de la Corte.

La corte en pleno puede conocer la causa, o bien la puede ver una sala de siete jueces. Esto dependerá de la importancia del caso.

Ahora bien, ¿cómo decidiría la Corte nuestro caso, y qué sucedería? Bajo la Convención Europea, golpear a un prisionero, detenerlo sin informarle debidamente de los cargos que se le han hecho, negarle un abogado o intérprete, etc., etc., constituyen violaciones de la Convención. Suponiendo que la Corte falle en este sentido y decida que Italia ha violado la Convención, puede ordenar que Italia pague una indemnización y tome las medidas que sean necesarias para corregir la violación cometida. Es importante tomar nota de que los fallos de la

Corte Europea son definitivos y obligatorios. Además, bajo la Convención Europea, al Comité de Ministros se le encomienda la responsabilidad especial de supervisar el cumplimiento de los fallos de la Corte por parte de los estados. Hasta la fecha, se ha cumplido con todos los fallos de la Corte. Por cierto, la Corte tiene actualmente alrededor de 40 casos pendientes. Durante los primeros años de su existencia, casi no tuvo casos, y es interesante ver que ahora tiene tal exceso de trabajo que la situación ha llegado al punto que el Consejo de Europa está pensando en transformar la Corte en un tribunal permanente a tiempo completo. En la actualidad, los jueces se reúnen durante una semana cada mes.

Debo añadir que la Corte Europea tiene también una muy limitada competencia consultiva. Esa competencia nunca ha sido invocada y es poco probable que llegue a desempeñar un papel importante en el sistema europeo.

III. El Sistema Americano

Al abordar la discusión sobre el sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, es importante señalar que el sistema tiene dos fuentes jurídicas distintas. En primer lugar, está el sistema de la Carta de la OEA y, en segundo lugar, el sistema de la Convención Americana. Es decir, un sistema tiene su fuente conceptual en la Carta de la OEA, el otro en la Convención Americana. Después de entrar en vigencia la Convención, estos dos sistemas se fusionaron; sin embargo, las facultades de las instituciones creadas por la Convención –es decir, la Comisión y la Corte– pueden variar enormemente según el instrumento bajo el cual estén ejerciendo sus funciones en un caso determinado.

Hablemos primero del sistema de la Carta. La Carta de la OEA, tal como fuera adoptada en 1948, contenía

tan solo una referencia importante a los derechos humanos. Se trata del artículo 5.. j, ahora 3.j. que dice así:

> Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer discinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

No obstante, la Carta de 1948 no definía estos derechos, ni tampoco establecía un mecanismo para su ejecución. La misma conferencia que redactó la Carta de la OEA fue también la que adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pero lo hizo en forma de una simple resolución que no era de carácter obligatorio.

Esta situación cambió en 1959, cuando la OEA decidió crear la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Estatuto de la Comisión, adoptado un año después por el Consejo de la OEA, encargó a la Comisión la tarea de promover los derechos humanos y declaró que, para fines del cumplimiento de sus funciones, los derechos humanos a ser promovidos eran los contenidos en la Declaración Americana. Así, pues, los principios proclamados en la Declaración Americana se convirtieron en los estándares aplicables por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

Cabe mencionar aquí que la base constitucional de la Comisión en aquel entonces era sumamente débil –se le denominaba entidad autónoma de la OEA, sin definir lo que se quería decir con eso, y se le dotó de poderes muy limitados. Esto cambió a los pocos años cuando, en 1965, a la Comisión se le dio la facultad de oír peticiones individuales alegando la violación de ciertos derechos humanos importantes. Por otro lado, a fines de los sesenta y principios de los setenta, ocurrieron dos eventos importantes: el primero tuvo que ver con el hecho de que en 1969 se redactó la Convención Americana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica; y el otro, que

la Carta Reformada de la OEA –el Protocolo de Buenos Aires– entró en vigencia en 1970.

La nueva Carta transformó a la Comisión en un órgano principal de la OEA (Art. 51) y declaró que su estructura, competencia y procedimientos se regirían por una convención americana sobre derechos humanos (Art. 112). El artículo 150 de la Carta declaró, por otro lado, que "mientras no entre en vigor la Convención Americana... la actual Comisión... velará por la observancia de tales derechos".

En un artículo publicado en 1975 en el *American Journal of International Law,* yo sostuve que al analizar los artículos 51, 112 y 150 de la Carta Reformada de la OEA, se llegaba forzosamente a la conclusión de que la Carta producía la incorporación por referencia del Estatuto de la Comisión dentro de la Carta, lo cual a su vez dotaba a la Declaración Americana de cierto rango normativo. Ese rango normativo es parecido al que adquirió la Declaración Universal de Derechos Humanos bajo los artículos 55 y 56 de la Carta de la ONU, aunque fuera por motivos legales e institucionales muy diferentes. Unos años más tarde, la Comisión sostuvo la misma tesis en una de sus resoluciones. Hoy en día esta conclusión ha llegado a ser generalmente aceptada.

Dado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se redactó en 1969 mientras que el Protocolo de Buenos Aires lo fue en 1967, quienes redactaron la Convención ya estaban al tanto de lo que contendría el texto final de la Carta Reformada de la OEA. Esto explica por qué el artículo 41 de la Convención, al describir las funciones de la Comisión, hace una distinción entre las aplicables a todos los Estados Miembros de la OEA y aquellas que son aplicables únicamente a los Estados Partes en la Convención, cosa no muy usual en el derecho internacional –redactar un tratado que se aplica a estados que no son partes de ese tratado. La explicación

naturalmente se encuentra en las disposiciones de la Carta Reformada de la OEA que he mencionado anteriormente.

Es esencial, pues, tomar en cuenta estos antecedentes para poder explicar por qué el actual Estatuto de la Comisión, que fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en La Paz, Bolivia, en el año 1979 y entró en vigor en 1980, contiene tres artículos extensos (Arts. 18, 19 y 20) que tienen que ver con las "Funciones y atribuciones" de la Comisión. El Art. 18 se aplica a todos los Estados Miembros de la OEA, el Art. 19 a los Estados Partes en la Convención, y el Art. 20 a los Estados Miembros de la Organización que no son Estados Partes en la Convención. Por otro lado, el artículo 1.2 del Estatuto de la Comisión describe el marco normativo de la Comisión en los siguientes términos:

2. *Para los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende:*

   a. *los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados Partes de la misma;*

   b. *Los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados Miembros.*

De lo anterior se desprende que todo Estado Miembro de la OEA, aunque no haya ratificado la Convención, siempre estará sujeto a la competencia de la Comisión y, en virtud de la Carta de la OEA, sujeto también a los estándares normativos que proclama la Declaración Americana. Esta conclusión tiene una importancia primordial.

La autoridad que tiene la Comisión para hacer frente a violaciones masivas de derechos humanos, como lo hizo, por ejemplo, en el caso de Argentina en los años se-

tenta y como lo está tratando de hacer hoy en día con Chile, se deriva de su competencia como órgano de la Carta y no como órgano de la Convención, puesto que esos países en ese momento no habían ratificado la Convención. También debe señalarse que la autoridad de la Comisión para abordar violaciones masivas de derechos humanos, y de preparar los informes correspondientes para su presentación ante la Asamblea General de la OEA, se deriva de la Carta de la OEA como tal y no de la Convención, aún en lo que respecta a los Estados que sí han ratificado la Convención. Esto se debe a que, por lo general, la Convención establece para los Estados Partes un sistema de peticiones dirigido más bien a la persona individual que a los casos de violación masiva.

La Convención Americana tomó de modelo a la Europea. Además de establecer una Corte y una Comisión, garantiza casi los mismos derechos civiles y políticos que ésta. Estos incluyen, entre otros, el derecho a la personalidad jurídica, a la vida, a la libertad personal, a la integridad personal, a la propiedad, a la nacionalidad, a la igualdad ante la ley y a la participación en el gobierno; se proclama además la prohibición de la esclavitud, así como la prohibición de aplicar leyes y penas con carácter retroactivo.

Además de estas garantías, la mayoría de las cuales están redactadas con la debida precisión jurídica, lo que permite a los tribunales su aplicación interna, la Convención Americana contiene varias disposiciones que autorizan en determinadas circunstancias, restricciones o limitaciones en su disfrute. De esta manera, el artículo 27 de la Convención establece "una cláusula derogatoria", la cual permite a los gobiernos "en tiempos de guerra, de peligro público y otro tipo de emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte", suspender ciertas obligaciones asumidas por ellos. Sin embargo, el artículo 27 indica que el poder de sus-

pensión es aplicable únicamente a ciertos derechos; la suspensión de derechos fundamentales como el derecho a la vida, al trato humano y la prohibición de aplicar leyes retroactivamente no es permitida. Es importante hacer notar que la determinación para suspender derechos no le corresponde en forma exclusiva al Estado afectado, sino que tal decisión trae como consecuencia problemas legales y de hecho sobre los cuales la Comisión y la Corte tienen competencia en última instancia.

Para poner en perspectiva lo que se ha dicho sobre la Comisión como órgano de la Carta de la OEA, debe reconocerse que la Comisión que vio la luz al entrar en vigor la Convención conserva todas las facultades que tenía su predecesora como órgano de la Carta de la OEA, además de los nuevos poderes que le otorga su condición de órgano de la Convención. Como órgano de la Convención, la Comisión se asemeja a la Comisión Europea de Derechos Humanos, con dos excepciones importantes. En primer lugar, la Convención Americana es el primer instrumento internacional sobre derechos humanos que da al particular el derecho de presentar reclamos desde el momento mismo de la ratificación de la Convención por parte del Estado involucrado, mientras que la competencia de la Comisión para recibir peticiones de un Estado contra otro es facultativa y requiere de una declaración adicional por parte de los Estados. En segundo lugar, la Comisión Europea prepara un informe para cada caso; sin embargo, no lo puede adjudicar, ya que, en el sistema europeo, esa facultad le está reservada al Comité de Ministros o a la Corte. Bajo el sistema americano, si un caso no puede pasar a la Corte, la Comisión lo puede decidir.

Debo recalcar que la Comisión se compone de siete miembros, elegidos a título personal por un período de cuatro años. Sólo podrán ser reelegidos una vez. Todos los Estados Miembros de la OEA participan en la elec-

ción de los miembros de la Comisión ya que, como órgano de la Carta, desempeña funciones que les conciernen a todos ellos. Los siete jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el contrario, son nombrados y electos únicamente por los 19 Estados Partes en la Convención. Duran en sus cargos seis años y sólo pueden ser reelegidos una vez. Como ustedes saben, la sede de la Comisión es la ciudad de Washington y la de la Corte aquí en la ciudad de San José, Costa Rica, donde se redactó la Convención.

La Corte tiene dos tipos de competencia. Tiene competencia contenciosa, es decir, la competencia para decidir casos en que un Estado Parte en la Convención ha sido acusado de violar uno o más de los derechos que consagra ese tratado. Y también tiene competencia consultiva, que le confiere el poder de interpretar la Convención y varios otros tratados en materia de derechos humanos. Por una serie de motivos que veremos más adelante, el trabajo de la Corte hasta ahora se ha limitado, con una sola excepción, a emitir opiniones consultivas. Esta situación está empezando a cambiar.

A. Competencia consultiva de la Corte

Les hablaré primero de la competencia consultiva de la Corte porque ya ha desarrollado una jurisprudencia muy importante e interesante. Cabe destacar en este sentido que la competencia consultiva de la Corte Interamericana es más amplia que la de cualquier otro tribunal internacional. Dicha competencia consultiva está reglamentada por el artículo 64 de la Convención Americana, que dispone que todos los Estados Miembros de la OEA, hayan o no ratificado la Convención, tienen derecho a solicitar una opinión consultiva. Por otro lado, todos los órganos de la OEA, es decir, la Asamblea General, el Consejo Permanente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, etc., también están le-

gitimados para consultar a la Corte. El objeto de estas consultas, es decir, los temas que podrán someterse al tribunal, es también muy amplio. Lo anterior deriva del hecho de que el artículo 64 dispone que se podrá consultar a la Corte acerca de la interpretación no sólo de la Convención, sino también de "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos". En la primera solicitud de opinión consultiva que vio la Corte, el tribunal concluyó que los "otros tratados" mencionados en el artículo 64 se referían, en principio, a cualquier tratado sobre derechos humanos del cual fuera parte un Estado Miembro de la OEA, sin importar si éste se hubiera o no adoptado dentro del marco jurídico del sistema interamericano. Es así que la Corte podría, en determinadas circunstancias, tener competencia para emitir una opinión consultiva que interpretara las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Humanitario o incluso tratados de la ONU sobre derechos humanos, especialmente si la interpretación se solicita con miras a ayudar al Estado Americano a aplicar esos instrumentos en su derecho interno.

Vale mencionar, asimismo, que el artículo 64 de la Convención confiere a la Corte otra función consultiva de suma importancia: autoriza a la Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA, a examinar la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y la Convención o entre dichas leyes y los otros tratados sobre derechos humanos a los que hace referencia el artículo 64.

En el ejercicio de su función consultiva, la Corte ha emitido una serie de opiniones importantes atendiendo solicitudes presentadas por la Comisión Interamericano de Derechos Humanos, por el Perú, Costa Rica y Uruguay. Dos de esas opiniones recibieron atención mun-

dial. La primera de ellas trataba sobre si la aplicación de la pena de muerte por tribunales de fuero especial bajo el régimen de Ríos Montt en Guatemala, violaba la Convención. Lo fascinante de esta controversia fue el hecho de que aún antes de rendir la Corte su opinión, Guatemala suspendió la aplicación de la pena de muerte en aquellos casos en que violaba la Convención, para tratar de evitar una decisión desfavorable. La otra opinión consultiva que recibió amplia difusión se refería a si la colegiación obligatoria de periodistas viola el artículo 13 de la Convención, que garantiza la libertad de expresión. La Corte contestó esta pregunta afirmativamente y por unanimidad. Una consulta relacionada con la anterior se encuentra actualmente ante la Corte. Se busca aquí la interpretación de los alcances del derecho a la rectificación o respuesta amparado por el artículo 14 de la Convención.

La Corte ha emitido una serie de pronunciamientos importantes en sus opiniones consultivas que por razones de tiempo son imposibles de tratar aquí. Vale mencionar, sin embargo, que en una de sus opiniones consultivas la Corte hizo una distinción muy clara entre convenios internacionales en general y tratados sobre derechos humanos en particular, al señalar que estos últimos están sujetos a una función interpretativa especial. Este principio, que recibió una amplia acogida, se ve reflejado en el plano del derecho interno en el artículo 105 de la Constitución del Perú que dispone, *inter alia,* que los "preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional". La nueva Constitución de Guatemala (1985) contiene una referencia parecida que dispone:

> Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

B. Competencia contenciosa de la Corte

Volvamos ahora a la competencia contenciosa de la Corte, que se rige por las disposiciones del artículo 62 de la Convención Americana.

El sistema funciona de la siguiente manera: supongamos que una persona en Costa Rica considera que se le ha negado un derecho humano garantizado por la Convención. Puesto que Costa Rica es parte de la Convención, esa persona –no importa su nacionalidad– tiene derecho de llevar su reclamo a la Comisión alegando la violación del tratado, siempre que haya agotado todos los recursos internos a su disposición en Costa Rica. Si la Comisión decide que el caso es admisible –hay una serie de requisitos de admisibilidad muy parecidos a aquellos que ya hemos mencionado en el contexto de la Convención Europea– procederá a investigar el reclamo, dará al gobierno la oportunidad de refutar los cargos, y se pondrá a disposición de las partes para ver si se puede llegar a una solución amistosa del asunto. Si no se puede llegar a una solución amistosa, la Comisión preparará un informe exponiendo los hechos y sus conclusiones, así como cualquier recomendación que considere apropiada.

Una vez comunicado el informe a las partes, el caso ha llegado al punto donde podría elevarse a la Corte. Es importante acotar aquí la serie de restricciones y obstáculos contenidos en el sistema de la Convención, que evitan que un caso llegue a la Corte en forma automática. Por ejemplo, la Corte sólo puede ver un caso si los Estados Partes involucrados han aceptado la competencia de la Corte. Bajo el artículo 62 de la Convención, un Estado Parte podrá reconocer la competencia de la Corte de antemano para todos los casos futuros, o bien en forma *ad hoc* para un caso específico. Lo que es importante recordar, es que la aceptación de la competencia

de la Corte es facultativa, con el consiguiente resultado que todo estado está en libertad de ratificar la Convención sin aceptar la competencia de la Corte. Hasta la fecha sólo 8 de los 19 Estados Partes en la Convención han aceptado la competencia de la Corte, a saber, Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Perú, Venezuela y Uruguay.

Al haber aceptado Costa Rica la competencia de la Corte, este caso puede en teoría ser sometido a la Corte, siempre que se hayan agotado los procedimientos ante la Comisión. Sin embargo, al igual que en el sistema europeo, un particular no está legitimado para someter o apelar un caso ante la Corte. Bajo la Convención Americana, sólo la Comisión o el Estado Parte lo puede hacer. Por tanto, competería a Costa Rica o a la Comisión referir el caso a la Corte. Es importante señalar aquí, que la Convención no exige que la Comisión someta casos a la Corte y que un Estado no tiene aliciente alguno para presentarse ante la Corte, a menos que haya perdido el caso ante la Comisión y considere que tiene buenas posibilidades de ganarlo ante la Corte.

Hasta abril de este año, la Comisión no había referido ni un solo caso contencioso a la Corte, a pesar de que el sistema de la Convención llevaba ya más de seis años en funcionamiento. Esta situación sufrió un cambio radical cuando, en su reunión de abril, la Comisión sometió tres casos contenciosos a la Corte. Todo parece indicar que esta tendencia va a continuar. Este cambio tan alentador se debe a un cambio en la composición de la Comisión y a la convicción de que no puede esperarse que el sistema interamericano para la protección de los derechos humanos desempeñe una función útil a menos que se dé a la Corte, como órgano judicial del sistema, la oportunidad de ejercer las funciones que la Convención le encarga.

Una vez que se somete un caso a la Corte, se pedirá al gobierno y a la Comisión preparar presentaciones es-

critas y orales en torno al caso. La Corte también podrá examinar a testigos, incluyendo el demandante original o su abogado, y tomar cualesquier otras declaraciones que considere necesarias. En este sentido, debe subrayarse que cualquier gobierno que no cuente con un juez de su nacionalidad en la Corte, tendrá derecho bajo la Convención a nombrar a un juez *ad hoc* a la Corte para el caso en el cual ese Estado sea parte.

Bajo la Convención, los fallos de la Corte en casos contenciosos son definitivos, inapelables y de carácter obligatorio para los Estados Partes. La Corte podrá, *inter alia,* decretar el pago de una indemnización a la parte lesionada por daños sufridos como resultado de la violación de la Convención y ordenar que cesen todas las violaciones futuras. El artículo 68.2 de la Convención dispone, por otro lado, que "la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para ejecución de sentencias contra el Estado".

IV. Conclusiones

Con frecuencia se me pide comparar los sistemas europeo y americano de derechos humanos y decir cuál de los dos es el mejor o el más eficaz. El problema con este tipo de pregunta es que no se puede contestar en lo abstracto. El sistema europeo bien puede ser el mejor sistema o el más eficaz para Europa, pero posiblemente no funcionaría con la misma eficacia en nuestra parte del mundo, y viceversa.

El sistema europeo es un sistema jurídico muy formal que, podría decirse, ha llegado a ser el sistema constitucional para Europa Occidental. Esta transformación ha sido posible porque la Convención Europea se aplica en una región del mundo mayormente democrática que durante los últimos 40 años o ha visto graves

violaciones de derechos humanos del tipo que han caracterizado al continente americano desde fines de la Segunda Guerra Mundial.

América encara problemas políticos, económicos, sociales y culturales muy distintos a los de Europa Occidental y, si bien es cierto que nuestro continente goza en la actualidad de un renacimiento democrático, todavía se siguen violando gravemente los derechos humanos y muchos regímenes democráticos siguen siendo bastante débiles. Es por esto que ha resultado en extremo útil que el sistema americano de derechos humanos haya permitido a la Comisión Interamericana investigar y reportar sobre violaciones masivas de derechos humanos sin tener que seguir los procedimientos jurídicos formales que estipula la Convención Americana para reclamaciones individuales, y sin tener que tomar en cuenta el hecho de que el país en cuestión no ha ratificado la Convención. La valiosa labor que ha realizado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante sus más de dos décadas y media de existencia, no hubiera sido posible de haberse visto obligada a esperar la entrada en vigor de la Convención para aquellos gobiernos que incurrieron en graves violaciones de los derechos humanos. No es sorprendente que el sistema europeo no haya logrado igual éxito en hacer frente a violaciones masivas de derechos humanos, como por ejemplo, las que ocurrieron en Grecia y Turquía, debido, en parte, a que carecía de los mecanismos de la Carta de la OEA que el sistema americano tiene para abordar casos similares.

Por otro lado, en América nos falta todavía refinar el sistema de la Convención para que pueda ocuparse de peticiones individuales de una manera eficaz; recién ahora se está empezando a hacer algo al respecto. Resulta claro, entonces, que la Comisión tiene que enviar más casos contenciosos a la Corte para ayudarnos a crear un

clima jurídico y político en nuestro hemisferio que obligue a los gobiernos a cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos. La tarea no es fácil, pero hoy en día se puede hacer muchísimo más de lo que se ha hecho hasta la fecha, precisamente porque el continente americano se encuentra en pleno renacimiento democrático.

Para mantenerse en el poder, los gobiernos democráticos necesitan el decidido apoyo de un sistema interamericano de derechos humanos que goce de legitimidad hemisférica. Eso sólo se puede lograr a través de la mayor despolitización posible del sistema, algo que se alcanzará únicamente por medio del fortalecimiento de las actividades estrictamente jurídicas de la Comisión y de la Corte. Esto quiere decir que habrá que desarrollar plenamente el mecanismo de peticiones individuales, de la manera que lo han hecho los europeos. En América, nos queda aún mucho por hacer en este campo.

DERECHO PENAL, CRÍTICA SOCIAL Y DERECHOS HUMANOS*

Eugenio Raúl Zaffaroni
Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Nacional de Buenos Aires

* Con algunas variantes se publica en el "Libro-homenaje" al Prof. D. Antonio Beristain, San Sebastián, 1988 y como capítulo del libro *En busca de las penas perdidas*, Bs.As., 1989.

1.– En pocos años la crítica sociológica al sistema penal provocó un cuadro bastante desconcertante para la dogmática, que no logra asimilarla, sino que, por el contrario, parece que en opinión de algunos autores conduce a una desaparición de la dogmática. Si bien cabe reconocer opiniones más esperanzadas,[1] da la sensación que aún no han alcanzado el grado de precisión que permita superar la contradicción que se plantea casi como insalvable: según unos, las estructuras dogmáticas deben mantenerse mediante una moderación de la crítica[2] o nos quedamos en un terreno en que la crítica se limita a ofrecer un cierto grado de *voyeurismo* impotente.[3] No obstante, la cuestión no se resuelve a través de un mayor o menor grado de moderación crítica, sino que el problema, en síntesis, consiste en saber si el sistema penal queda deslegitimado o no. Si el ejercicio de poder del sistema penal pierde legitimidad, parece imposible salvar la dogmática. La crítica que lo deslegitima radicalmente genera dos grandes líneas político-criminales: una vertiente que deslegitima los sistemas penales contemporáneos, pero que, con argumentos que parecen remontarse al Iluminismo, legitimaría un sistema penal basado en un "derecho penal mínimo",[4] en tanto que

1 Así parece expresarlo Alessandro Daratta, *Criminología crítica a critida del diritto penale*, Bologna, 1982.

2 Esta sería posición adoptada por Franco Bricola, *Rapporti tra dommatica a politica criminale*, en "riv.It. di Dir. e Proc. Penale", enero-marzo, 1988, p.3.

3 Esa fue la imputación de Giorgio Marinuci, *L'abhandono del Codice Rocce, tra ressagnazione e utopia*, en "La Questione Criminale", 1981, 2, p. 297. Aclara bastante su posición Baratta en la respuesta, pero no deja la sensación de completa satisfacción (*Criminologia critica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito "Il Codice Rocco cinquant'anni dopo" e risposta a Marinuci*, en la misma, 1981, 3, 349).

4 Así, Ferrajoli, Luigi, *El derecho penal mínimo*, en "Poder y control", n. 0, 1986, 24.

otra deslegitima el ejercicio de poder de los sistemas penales contemporáneos y de cualquier otro (el abolicionismo).[5] No obstante, ambas son propuestas político-criminales –o quizá sea mejor calificarlas como propuestas de "modelos de sociedad"–,[6] por lo cual no ofrecen propuestas concretas para los operadores de las agencias judiciales dentro de los sistemas penales contemporáneos.

Esta contradicción impide una respuesta clara y la cuestión puede quedar abierta en Europa, manteniéndose la discusión por cierto tiempo, porque el nivel de violencia relativamente bajo de los sistemas penales europeos –en comparación con los latinoamericanos– lo permite. En América Latina parece exigir una respuesta mucho más urgente, puesto que la operatividad de las agencias de nuestros sistemas penales alcanza niveles de violencia que son poco menos que increíbles en los países centrales.

Desde los países centrales recibimos los argumentos teóricos desligitimantes, cuya proliferación fue altamente favorecida por un envejecimiento filosófico del derecho penal, que terminó manejándose con antropologías realmente obsoletas, insostenibles en las grandes líneas del pensamiento, como también con la apelación a las ficciones y metáforas de siempre, más o menos renovadas, aunque a veces en forma mucho menos coherente que las de sus versiones originales. Tácitos conceptos del hombre kantianos, hegelianos, positivistas, biologistas y gentilianos, unidos a veces en un mismo

5 Hulsman, Louk - Bernat de Celis, Jacqueline, *Peines perdues. Le système pénal en question*, París, 1982; Hulsman, L., *La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión*, en "Nuevo Foro Penal", Medellín, enero-marzo de 1987, p. 49; Christie, Nils, *Los límites del dolor*, México, 1981; Mathiesen, Thomas, *The Politics of Abolition*, Oslo, 1974; Larrauri, Elena, *Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista*, en "Poder y Control", 3, 1987, p. 95; autores varios: *The Criminal Justice System as a Social Problem: an Abolitional Perspective*, Medelingen van het Juridisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987, números 36 y 37; también "Contemporary Crisis", Dordrecht, 10, 1, 1986.

6 Cfr. Pavarini, en prólogo a la trad. italiana del trabajo cit. de Nils Christie.

discurso en forma antojadiza, a modo de mosaico psicótico, dieron por resultado una profunda decadencia filosófica, que culmina con una vuelta al organicismo[7] sorprendentemente antihumanista, por la vía del funcionalismo sistemático en versión alemana[8] o una vuelta hacia el contractualismo en versión anglosajona.[9] Si a ello agregamos la renovación del fantasma del *bellum omnium contra omnea* –que el propio Hobbes como no sabía el modo de eludir su falta de realidad histórica nos lo atribuía a los americanos–, completamos el panorama de viejas ficciones y metáforas, con las que siempre se trató de justificar el ejercicio de poder del sistema penal. Si "ficción" es "invención" y "metáfora" es "traer algo de fuera", un discurso que para justificar un poder siempre debió acudir a esos medios, está indicando una carencia, hueco o pozo que por falta de sustento propio invariablemente debió rellenar como pudo. La vertiginosidad de los discursos de justificación, de las alternativas metafóricas y ficticias, la avidez consumística de bases filosóficas idealistas y realistas (con neto predominio de las primeras), la apelación a un neo-kantismo que permitía la elaboración de un saber normativo vacío de datos de realidad y de un saber criminológico de origen racista, todo ello cubriendo y tratando de justificar el poder de agencias que en dos siglos han cambiado muy poco en cuanto a sus estructuras reales y a su operatividad social, está hablando a las claras de la insuficiencia legitimante de esos esfuerzos, lo que fue lentamente preparando la eclosión de las críticas deslegitimantes.

---

7 Don Martindale, *La teoría sociológica. Naturaleza y escuelas*, Madrid, 1979, p. 544: "Puesto que el funcionalismo está anclado tan profundamente en el organicismo, prácticamente todo lo que se diga peculiar del funcionalismo ha sido adelantado por los organicistas".

8 Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, München, 1972; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid 1983; *Fin y racionalidad en los sistemas*, Madrid, 1983; la polémica Luhmann-Habermas, *Teoria della società e tecnologia sociale*, Milano, 1973; en derecho penal: Jakobs, Günther, *Strafrecht, Alloemeiner Teil*, Berlin, 1983.

9 Hart, Herbert L.A., *Responsabilità e pena*, Milano, 1981.

Por fin, las críticas deslegitimantes llegaron, no sólo de la mano del marxismo –en las primeras versiones de su institucionalización y del no institucionalizado–[10] sino también del estructuralismo,[11] del paradigma de la dependencia[12] y, sobre todo, del interaccionismo simbólico[13] y de la fenomenología,[14] siendo estas dos últimas corrientes, por más que pueda criticárselas y calificárselas como de "medio camino" o "alcance medio",[15] las que al explicar la micro-operatividad de las agencias del sistema penal protagonizan una deslegitimación que con todo acierto se ha calificado de "irreversible", sin que para ello sea menester acudir a las teorías de "largo alcance" o macrosociológicas por más que las mismas resulten sin duda fundamentales a otros efectos.

Con todo, en América Latina la operatividad del ejercicio de poder de las agencias de los sistemas penales queda deslegitimada por los hechos mismos. Nunca estuvieron legitimadas esas agencias, siempre supimos que su operar era injustificable. No obstante, durante muchos años la justificación la constituyó el "complejo de subdesarrollado", o sea, la esperanza de que se tratase de defectos coyunturales, a lo que contribuía la tesis del desarrollo centrífugo –renovación del spencerianismo– que pretendía mostrar nuestros fenómenos con analogía a los centrales del siglo pasado. La crisis defi-

---

10 La más interesante del marxismo institucionalizado sería, quizá la de Pasukanis, Eugenij B., *La teoria generale del diritto e il marxismo*, en Riccardo Guastini, "Marxismo e teorie del diritto. Antologia a cura di...", Bologna, 1980. En el mismo pueden verse las respuestas de Stucka y las diatribas de Visinski (Pasukanis desapareció con las purgas stalinistas). Por el lado del marxismo no institucionalizado, por supuesto, la crítica social es importante (cabe recordar la obra pionera de Rusche-Kirchheimer, *Pena y estructura social*, trad. de García Méndez, Bogotá, 1984. Fuera de esta corriente, Baratta; Pavarini; Quinney; etc.

11 Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, México, 1984; *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980; *Microfísica del poder*, Madrid, 1983.

12 Martha Knisely Huggins, *From Slavery to Vegrancy in Brazil. Crime and Social Control in the Third World*, New Brunswick, 1985.

13 Gofman, Becker, Lemert, Chapman, etc.

14 Alfred Schutz, *El problema de la realidad social*, Bs.As., 1974; Berger, Peter - Luckman, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, 1986.

15 Así, Gouldner, Alvin W. *La sociología actual: renovación y crítica*, Madrid, 1979, p. 36.

nitiva de esta tesis y la clara demostración de la dependencia como productora de estructuras, aún admitida por quienes en otro tiempo habían sido partidarios de las tendencias desarrollistas neospencerianas y lineales,[16] nos hace despertar a una realidad amenazante que se agrava con la perspectiva de una revolución tecnológica cuyos efectos genocidas pueden empalidecer cualquier dependencia anterior, es decir, superar los efectos de las revoluciones mercantil e industrial sobre nuestro margen.[17] Ahora sabemos que el poder de las agencias del sistema penal no se ejerce conforme a legalidad en nuestro margen, pero también sabemos que estructuralmente eso es una ilusión, porque nuestro desarrollo no es lineal y porque los mismos teóricos centrales nos avisan que los sistemas penales nunca funcionan como lo habíamos imaginado.

Ante esto, continuamos con nuestro discurso jurídico-penal, del mismo modo que lo habíamos hecho antes, porque su perversidad es tal que nos impide desprendernos del mismo, dado que es el único instrumento con que el reducido poder de los juristas puede pretender contener algunos excesos de los muchos que nos desbordan. Es una posición harto incómoda, que presenta una curiosa similitud con la del famoso personaje de Unamuno, San Manuel...

2.– Es indiscutible que tan incómoda posición nos formula un requerimiento de respuesta. Sin embargo, esa demanda parece operarse en el plano de la honestidad intelectual, pero hay otra que tiene lugar a nivel ético y que es aún más fuerte. Nuestros sistemas penales implican un genocidio en marcha, en acto. El número de muertes que causan sus agencias en forma directa, sumado a las omisiones que encubre con su aparente capa-

16 Por ej., Prebisch, Raúl, *Capitalismo periférico, Crisis y transformación*, México, 1981.
17 V. Ribeiro, Darcy, *O dilema da América Latina*, Petrópolis, 1983.

cidad de solución de conflictos y que ocultan fenómenos que superan en mucho las muertes que directamente provocan, además de los deterioros físicos y psíquicos de muchísimas personas –no sólo criminalizadas, sino también entre los operadores de sus propias agencias– arroja un saldo letal incalificable. Sin duda que un imperativo jushumanista nos obliga a una respuesta urgente, pero insistimos, la mayor urgencia es *ética*: la urgencia proviene del *milagro*, en sentido etimológico y originario de "maravilla". Quien ocupa una función de operador de una de las agencias del sistema penal en América Latina y especialmente cuando esa agencia es la reproductora ideológica del sistema penal, esto es, la universidad, no puede menos que tomar conciencia de que esa posición es resultado de un milagro. En efecto: ser catedrático en América Latina implica haber sorteado tal cantidad de riesgos que, en el fondo, constituye la realización de una probabilidad remotísima. El operador de esa posición debe haber nacido (no haber sido abortado voluntaria o involuntariamente), haberlo hecho con su cerebro intacto (de una madre bien alimentada y con condiciones discretas de salud), haber sido alimentado adecuadamente y haber tenido asistencia sanitaria elemental o un organismo privilegiado o una gran suerte, haber sorteado las enfermedades infantiles con secuelas cerebrales irreversibles, haber logrado alfabetizarse y, más aún, tener acceso a la enseñanza media y superior, haber eludido en la vida adulta los peligros de la muerte en tránsito, por enfermedades endémicas, por suicidio, por violencia política y no política, no haber "desaparecido", etc., es decir, haber alcanzado esa posición extremadamente privilegiada frente a muchos otros que se quedaron en el camino. Desde el milagro de su privilegio, basta mirar alrededor para percatarse que fueron muchos, muchos más, quienes frustraron sus esperanzas de vida o quienes, sin frustrarla, no pudieron alcanzar esa situación milagrosa. Esta perspectiva per-

mitirá ver descarnadamente el privilegio y el desprecio por la vida humana practicado por el ejercicio de poder en cuya operatividad se enmarca, creándole un compromiso con todos los que quedaron en el camino. No es un imperativo que surge del "coraje de existir" sino del "milagro de vivir", porque vivir es un milagro en América Latina.

Pueda que haya quienes se conformen con la urgencia de respuesta que provenga de argumentos intelectuales y jushumanistas, pero, por si éstas no fuesen suficientes, el imperativo ético es indiscutible.

3.– ¿Cómo responder a esta urgencia? Desde el centro no parece haber respuesta. Salvar nuestra dogmática penal, copiada del centro, a costa de negar una parte de la realidad, no parece razonable. Menos razonable parece nuestro "sigamos así, aunque no sea cierto, porque es mínimamente útil". Creemos que es llegada la hora de plantear la pregunta fundamental: si el ejercicio de poder del sistema penal se ha deslegitimado ¿no será posible salvar a la dogmática jurídico-penal y elaborarla en base a un discurso que parta de la asunción de esta realidad?

La primera reacción frente a esta pregunta es negativa: no podemos elaborar una dogmática que no sea legitimante del ejercicio del poder del sistema penal; por ende, si éste está deslegitimado, no hay espacio para ninguna dogmática. Este razonamiento parece de una lógica impecable, aunque tanto como falsa. En realidad, es el poder de las agencias en que operamos que nos ha señalado la respuesta negativa, y lo curioso es que ese poder fue ejercido siempre en forma que nos ocultó su verdadero poder y, justamente por ello, no concebimos otra respuesta.

Nos inclinamos a la respuesta contraria. En rigor, el discurso jurídico-penal que venimos reiterando –o me-

jor, los sucesivos discursos– caen en un pecado de omnipotencia, por efecto del ejercicio de poder de las diferentes agencias del sistema penal: el discurso jurídico-penal siempre fue el encargado de justificar el ejercicio de poder de todo el sistema penal cuando, en realidad, el máximo ejercicio de poder del mismo no pasa por la agencia judicial, puesto que no se trata del poder represivo del sistema, sino del poder positivo, configurador, constitutivo de la función no manifiesta de verticalización militarizada de la sociedad, propia del modo de organización social corporativo (*Gesellschaft*), en detrimento de la organización horizontal, comunitaria (*Gemeinschaft*), caracterizado por las relaciones de simpatía. El poder configurador, de lo cotidiano, pequeño y despreciado por el "gran" derecho penal de las teorías jurídicas,[18] que desde Durkheim hasta hoy[19] pretenden mostrarnos como propio de las sociedades "progresistas"–y que en realidad pulveriza las relaciones sociales, verticalizando el poder para acumular capital en el centro primero, para condicionar el consumo después y en la periferia para consolidar la dependencia–[20] es el verdadero poder del sistema penal,[21] que no pasa por la agencia judicial, sino que está a cargo exclusivo de las agencias ejecutivas. Todo ese poder legitimó con su discurso el derecho penal que, en definitiva, sólo tiene poder para planificar el ejercicio del mismo para la agencia judicial.

Esta omnipotencia nos enseña hasta hoy que el discurso jurídico-penal debe legitimar el poder de todo el sistema penal, para poder planificar el ejercicio de poder decisorio de la agencia judicial en los pocos casos que

---

18 V. Zaffaroni, *El sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represivización material*, en "Criminología crítica", I Seminario, Medellín, 1984, p. 105.

19 Durkheim, Emile, *La división del trabajo social*, Barcelona, 1985; Redfield, Robert, *Yucatán: una cultura en transición*, México, 1944.

20 Ribeiro, op. cit.

21 Foucault, *Microfísica*, cit.

las otras agencias (ejecutivas) seleccionan para someterlos a su conocimiento. El análisis del poder del sistema penal nos muestra hoy claramente que el poder selectivo del sistema penal –innegable a estas alturas en cualquier país–[22] no lo tiene primero el legislador, luego el juez, por último las agencias ejecutivas, sino todo lo contrario: ejerce el poder del sistema el conjunto de agencias ejecutivas, como poder configurador, y, como poder selectivo, lo detenta en primer término la agencia ejecutiva, que selecciona unos pocos casos que somete a la agencia judicial, en tanto que el legislador se limita a otorgar un mayor margen de selectividad arbitraria a las otras agencias, que siempre será ejercicio contra quienes éstas decidan y sin atender para nada a las motivaciones que pudo tener el legislador. La agencia legislativa se limita a conceder ámbitos de selectividad que son ejercidos por las agencias ejecutivas, quedando la judicial en medio de ambas, con muy limitado poder. Sin embargo, la ilusión de poder de la agencia judicial y de la respectiva reproductora ideológica (universidad) se vio alimentada por el discurso jurídico-penal justificador de la totalidad.

Conforme a esta función, el discurso jurídico-penal reconoce distintos elementos, que pueden ser primariamente clasificados en elementos *legitimantes*, encargados de racionalizar ese poder verticalizante que en función de la característica modernizadora incorporativa de la sociedad industrial fue traído a nuestro margen, donde empleamos los mismos discursos centrales, pese a la diferente función que cumple en nuestra periferia el sistema penal:[23] si nos atenemos al presente, algo muy diferente es controlar socialmente para que la población

22 Sobre la selectividad de la pena de muerte en Estados Unidos, un panorama bastante claro en Amnesty International.

23 Es sabido que la transnacionalización legislativa penal fue total en Latinoamérica: Argentina tomó el código de Baviera de 1813; Brasil el Rocco, Venezuela el Zanardelli, Haití y Dominicana el francés, Perú el suizo, Ecuador el blega, Bolivia el español, etc.

consuma lo que no necesita para vivir y hacerlo para que la población no consuma lo que necesita para sobrevivir. Es obvio que, al usar modelos justificadores de otros ejercicios de poderes, el nivel de abstracción (esquizofrenización social) de nuestros discursos jurídicos debió ser siempre más alto que el de los centrales.

El segundo grupo de elementos del discurso jurídico-penal es el que se encarga de la función pautadora de las decisiones de la agencia judicial. Toda construcción dogmática aspira a la pautación de reglas que hagan previsible y racional el ejercicio del poder de los juristas, es decir, para decidir de modo no contradictorio en los conflictos que las agencias no judiciales del sistema penal seleccionan y someten a las agencias judiciales. Como hasta ahora el discurso jurídico-penal ha venido cumpliendo ambas funciones, reconocemos en él los elementos legitimantes y *pautadores*. No obstante, ambos elementos discursivos se encuentran íntimamente vinculados, pues la función legitimante subordina a la pautadora hasta dejarla prácticamente inmersa en ella.

Los componentes legitimantes deben comenzar por asignarle una función a la pena y pretender que la misma sea racional y sometida a la legalidad. Según sea la función que se asigna a la pena, se deriva de la misma en forma deductiva toda una construcción teórica que abarca los componentes pautadores, por lo que cada teoría de la pena se convierte en una teoría del derecho penal.[24] De allí que la decisión de los pocos casos que se derivan a la agencia judicial se paute conforme a categorías abstractas que, por ser deductivamente establecidas, no permiten un contacto fluido con la realidad social del conflicto en que debe decidir. El discurso jurídico-penal legitimante del sistema penal, jamás puede cumplir la función de pautar la mejor decisión frente al

24 Cfr. Schmidt, Eberhard, en Radbruch-Schmidt-Welzel, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, 1971, p.28.

conflicto que se le somete, sino sólo la deductivamente más adecuada a la premisa justificadora del sistema que previamente se haya escogido con una determinada teoría de la pena. La explicación última de esta característica estructural de los discursos jurídico-penales que conocemos se explica, en último análisis, porque el modelo penal, desde la confiscación irreversible del conflicto (del derecho de la víctima) y de la consiguiente exclusión del sujeto pasivo del protagonismo procesal, reemplazado por un funcionario que dice representar los intereses del soberano o por el mismo juez, es decir, desde el siglo XII, no es un modelo de solución de conflictos, sino un ejercicio de poder. La agencia judicial puede *decidir* en los conflictos que le llegan por selección de las otras agencias, pero no puede *solucionar* (resolver) esos conflictos, salvo por casualidad. De allí la funcionalidad de un discurso legitimante que le brinde un aparato de pautas decisorias que, a través de la realización justificadora, aparezcan como pautas de solución de conflictos.

Pero los elementos del discurso jurídico-penal legitimante no se agotan con las dos categorías señaladas: además de los elementos *legitimantes* y *pautadores*, hay una tercera clase de elementos, que cumplen a su modo una importantísima función legitimante, pero que no lo son específicamente. Se trata de los elementos *negativos limitadores* que recortan el discurso. Todo saber se expresa a través de un discurso que señala sus límites, consistiendo en un sistema de comprensión del objeto así delimitado. Lo que queda dentro de esos límites es el horizonte de proyección[25] de un saber u "ontología regional" (delimitación de un campo del ser). Por regla general, los horizontes de proyección estallan y generan de este modo nuevos horizontes o "revoluciones epistemológicas".[26] El discurso jurídico-penal es tan cauto, que

25 Szilasi, Wilhelm, *¿Qué es la ciencia?*, México, 1970.
26 V. Kuhn, T.S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1985.

los límites de su horizonte de proyección son cuidadosamente recortados por el poder de otras agencias.

El ámbito de lo penal lo establece el concepto de pena, que muy frecuentemente resulta delimitado por una acto de bautismo legislativo, o sea que es la agencia legislativa la que pretende decidir el horizonte de proyección del saber penal. Por supuesto que lo que esta agencia deja fuera del saber penal queda excluido también del ejercicio de poder de la agencia judicial (generalmente incluido en el discurso "administrativo" y sometido al ejercicio de poder de las agencias no judiciales).

La función de los elementos negativos del discurso penal es altamente legitimante del sistema penal, porque reduce el ejercicio de poder de la agencia judicial en forma aparentemente racional, con lo que legitima el ejercicio del poder de las restantes agencias y estagniza al derecho penal, congelando su horizonte de proyección e impidiéndole intentar cualquier cambio de paradigma. Son elementos que resultan altamente funcionales a las agencias judiciales burocratizadas, dado que les ahorran esfuerzos y les evitan conflictos, dejando el ámbito de "lo penal" librado a los condicionamientos epistemológicos generados por el poder de las otras agencias.

4.– La anterior reflexión nos señala que, siendo posible distinguir entre elementos *legitimantes*, *pautadores* y *negativos*, resultaría abstractamente posible eliminar del discurso jurídico-penal los negativos y los legitimantes y *reducir el mismo a los elementos pautadores*. La cuestión es cómo puede construirse un discurso jurídico-penal en base a elementos pautadores, que resulte racional, frente al ejercicio de poder de un sistema penal deslegitimado.

Los problemas por resolver son básicamente dos: a) Si el poder del sistema penal queda deslegitimado ¿de

dónde deducimos las pautas? b) ¿Cómo delimitamos el horizonte de proyección del saber penal sin los elementos negativos?

En cuanto al primer interrogante, no por azar, encontramos en el ámbito de lo jurídico un discurso racional que se construye frente a un hecho de poder que está claramente deslegitimado: *la guerra*. Se trata, como es obvio, del *derecho humanitario*. Esta rama del derecho no pretende re-legitimar la guerra, sino que admite su existencia como la de un hecho de poder, un *factum*, que no desaparece con el mero discurso de los juristas. El *pacifismo* no es más que la ingenua pretensión de negar la realidad de un hecho, que, por deslegitimado que se halle, está en el mundo y, como es natural, los hechos de poder se mantienen mientras permanezca su poder, no mientras los juristas los legitimen. Podemos ser enemigos de la guerra, pero no podemos ignorar que hay guerras, que ellas se enmarcan en una red de poder mundial, que si cualquiera de nuestros países periféricos prescindiese de sus fuerzas armadas, sería invadido inmediatamente por su vecino (cualquiera de ellos), instrumentado desde algún sector central, interesado, aunque más no sea, en no perder un mercado para la venta de armamentos. Ante la realidad de la guerra, el derecho humanitario implica una reacción jurídica racional frente a un hecho de poder irracional. Reconoce la naturaleza de hecho de poder del fenómeno que enfrenta, reconoce la limitación del poder de que dispone, trata de extender sus límites, de ampliarlo, para reducir cada vez más la violencia del hecho que, de momento no puede eliminar o suprimir. Procura hacer uso racional de su limitado poder para reducir la violencia irracional de un mero hecho de poder.

El discurso jurídico-penal que se hiciese cargo de la deslegitimación del sistema penal, bien puede traducirse en una construcción dogmática que importe la pautación

planificadora del reducido ejercicio de poder de la agencia judicial en forma racional, o sea, un conjunto de pautas decisorias configuradora de una estrategia reductora de violencia del sistema penal, como objetivo inmediato, sin perjuicio de un objetivo mediato, remoto o utópico, que sería la abolición del sistema penal y su reemplazo progresivo por distintos modelos de solución de conflictos. El dogmático que así operase sería un enemigo del sistema penal, pero no un abolicionista.

El segundo interrogante que planteamos es cómo reducir a su ámbito el saber penal, si carecemos de elementos negativos impuestos por las agencias legislativas. Sin duda que debemos basarnos en algún dato óntico para establecer el concepto limitador de "pena". Si tenemos en cuenta que el modelo abstracto del derecho penal no es un modelo de solución de conflictos por confiscación del derecho de una de las partes del conflicto, es posible en base a tal dato establecer que hay inflicciones de dolor o privaciones de derechos que no responden a ninguno de los modelos abstractos de solución de conflictos del orden jurídico (civil, laboral, mercantil, etc.). Esto nos proporcionaría un concepto de pena que la agencia legislativa no podría manipular a gusto y le proporcionaría a las agencias judiciales un campo de lucha para ampliar su ejercicio de poder hacia ámbitos de los cuales hoy se halla totalmente excluida.

No resulta en principio, pues, inconcebible, la construcción de un nuevo discurso jurídico-penal que implique la planificación normativa del ejercicio del poder de los juristas, como poder efectivo de su agencia judicial, libre de los obstáculos que hoy le impone la servil dependencia deductiva de un conjunto de elementos legitimantes y, consecuentemente, en libertad para una pautación decisoria legítima, en la medida en que persiga una menor violencia. El reconocimiento de los límites reales del ejercicio del poder de los juristas no sería

más que la renuncia a una ilusión de poder (el que abarcaría la totalidad del ejercicio de poder del sistema penal), renuncia que resulta indispensable para procurar una ampliación de ese poder y una consiguiente oportunidad mayor de reducción de la violencia. Cualquier táctica ampliatoria del ejercicio del poder de los juristas está condenada al fracaso si se la intenta basada en un discurso que le oculta los límites a su ejercicio real del poder, pues nadie puede hacer esfuerzos racionales por ampliar un poder del que cree que ya dispone.

5.– Del modo que lo dejamos señalado, el derecho penal puede ensayar una nueva construcción concebido como un *derecho humanitario del momento de la política*. Su resultado práctico sería una re-elaboración del derecho penal de garantías, más perfecta en cuanto a limitación de poder del Leviathan que la propuesta de Liszt, cuando en su lejana intuición, conforme al saber de su tiempo, concebía al derecho penal como la Carta Magna del delincuente, opuesto al poder estatal entendido en su terminología como "política criminal".[27] La función que la agencia judicial desempeñaría dentro del sistema penal sería, sin duda, una función de contradicción limitativa del poder de las restantes agencias, idea que tampoco parecería resultar totalmente descabellada, al menos si reconocemos que en cierta forma su antecedente puede remontarse a un buen entendimiento de Montesquieu.

La pregunta que inmediatamente se nos formularía es cómo se pretende que este discurso pueda ser adoptado por las agencias judiciales, particularmente cuando éstas se hallan harto burocratizadas, siendo prácticamente inconcebible que asuman un discurso que les proporcionaría serios conflictos y las recargaría de trabajo.

---

27 Liszt, Franz von, *Strafrechtliche Aufsätze un Vorträge*, 1985, T. II, p. 80.

En realidad, esa objeción práctica minimiza demasiado el poder de las agencias reproductoras de ideología de los sistemas penales, es decir, de las universidades. No podemos olvidar que éstas son las encargadas del entrenamiento de los juristas, al menos en buena medida. Siendo ello así, la introducción de un discurso de esta naturaleza interrumpiría la función reproductora ideológica, cambiándola en una función de producción ideológica y, aunque no recibiese completa aceptación, por lo menos generaría una fractura en la reproducción monolítica que tiene lugar hasta hoy, generando una dinámica con efectos sobre el ejercicio del poder.

Superadas estas objeciones, sería menester precisar algunas de las características que podría asumir un discurso penal así concebido. En principio, sería menester reformular los enunciados de todos los principios del derecho penal de garantías, desde la óptica de que se trata de enunciados útiles para limitar la intervención punitiva, que en su aplicación concreta y progresiva irían generando un *standard* de máximo de irracionalidad tolerada en función de la limitación del poder disponible por parte de la agencia judicial. Sabemos que la realización de todos los principios garantizadores del derecho penal es, en definitiva, una ilusión, porque la operatividad del sistema penal los viola a todos. Basta pensar en la enorme selectividad del sistema penal que echa por tierra la legalidad y el derecho penal de acto, puesto que es notorio que selecciona en razón de la persona (otros que no dan en el estereotipo o que no son vulnerables, no resultan criminalizados). A partir de esta selectividad queda deslegitimada cualquier pretensión de reproche, porque si bien la culpabilidad no es un reproche ético, tiene una base ética, que se hace insostenible a partir de la selección por la vulnerabilidad. Las garantías, por ende, serían los máximos *standards* de realización de estos principios (y la consiguiente limitación del ejercicio de poder arbitrario de las restan-

tes agencias) logrados por las agencias judiciales, para lo cual deberán jugar progresivamente su poder y ampliar la realización de los principios en la medida en que logren afirmar y aumentar su ejercicio de poder.

6.– Pese a lo expuesto –y sin pretender agotar aquí las innumerables dudas que seguramente generará este rapidísimo bosquejo de proyecto a desarrollar– una pregunta fundamental, entre muchas otras, quedará flotando: ¿cómo se compatibiliza este planteamiento con los derechos humanos? ¿Una dogmática penal sobre esas bases, no implica una contradicción entre el sistema penal y los derechos humanos? En efecto, nuestra respuesta es que, en definitiva, desarrollando el planteamiento hasta sus últimas consecuencias, el ejercicio de poder de los sistemas penales es incompatible con la ideología de los derechos humanos. Esto puede parecer un contrasentido, desde que todos los instrumentos de derechos humanos reconocen la legitimidad de los sistemas penales y se ocupan con cierto detalle de sus límites y garantías. No obstante, un análisis más detenido de la cuestión y, particularmente, su genealogía ideológica, nos demostrará que de esa circunstancia no puede deducirse una falta de contradicción ideológica irreductible, como la que afirmamos.

Los derechos humanos, tal como se consagran en los instrumentos internacionales, no son una mera "ideología instrumental", sino una ideología más o menos universal que configura una *programática para toda la Humanidad*. Pero, un "programa" es una anticipación y, por ende, se trata de algo que no está realizado, sino que, por el contrario, debe realizarse, como transformación social e individual.

Es casi tan sencillo repetir que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos", como difícil es vivenciarlo. En el actual estado del mundo, para vivenciar esta fórmula es necesario hacer una

gran payasada susceptible de producir disrupciones: es necesario ponerse de cabeza, porque de ese modo puede percibirse el mundo al revés. Vivenciar el artículo primero de la Declaración Universal es una verdadera hazaña moral que ha sido el raro privilegio de unos pocos númenes morales de la Humanidad y basta comparar el comportamiento de éstos con nuestras actitudes fuertemente condicionadas por el poder y el saber que del mismo se desprende, para percatarnos que nada quedaría de nuestros sistemas penales si fuesen operados por esos númenes morales y, por supuesto, nada quedaría de ellos si viviesen hoy y se pusiesen al alcance de los operadores actuales de los sistemas penales. No cuesta mucho imaginar a Buda o a Cristo condenados por "vagancia" en el mejor de los casos, o "desaparecidos" por poner en peligro la "seguridad nacional" en la peor hipótesis, ni a San Francisco manicomializado y sometido al control de técnicos que procurarían hacerle remitir su "peligroso delirio místico" con "chaleco químico" en el mejor de los casos y con choques eléctricos en el peor. Cabe preguntarse, pues, qué clase de insensatez histórica es pretender que alguna vez hubo un sistema penal que expropió el derecho de la víctima para realizar el principio de que todos los hombres nacen libres e iguales ante la ley. Sin duda que se trata de una insensatez histórica sólo comparable a la que pretenda que mañana habrá un sistema penal que, con la estructura de cualquiera de los que hoy existen, se motivará en ese principio, cuando sabemos que es de la esencia de cualquier sistema penal su operatividad selectiva.

Pero *los derechos humanos no son una utopía (en sentido negativo), sino un programa de transformación de la Humanidad de largo alcance*. Considerarlos de otro modo sería banalizarlos e instrumentarlos. Su positivización en documentos normativos internacionales sirve para proporcionarnos un parámetro con que medir hasta qué punto el mundo está "al revés". La pretensión

de que los derechos humanos están realizados no pasa de ser una tentativa de ponerlos "al revés" y, por ende, de neutralizar su potencial transformador.

En tanto que los derechos humanos señalan un programa realizador de la igualdad de derechos de largo alcance, los sistemas penales son instrumentos de cristalización de la desigualdad de derechos de todas las sociedades. No en vano la temática normativa de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos referida a los sistemas penales siempre es limitadora de su poder, señalizadora de fronteras estrictas al mismo, tan estrictas como la viabilidad política del instrumento lo posibilita.[28] Resulta claro que esos instrumentos se enfrentan con un hecho que quieren acotar y contener.

Este fenómeno se explica porque la ideología de los derechos humanos reconoce raíces muy lejanas, quizá presentes en todo el "saber milenario" de la Humanidad, siendo absurdo que tal o cual jusnaturalismo reclame para sí su paternidad, como patrimonio exclusivo. Lo que no puede negarse es que su *formulación contemporánea* más inmediata proviene del siglo XVIII y de comienzos del XIX, es decir, de un momento de conciencia humanista impulsado por las clases de los propietarios de las máquinas, que le disputaban la hegemonía del poder a la aristocracia que se consideraba detentadora del mismo por "derecho divino". Su formulación más próxima la recibe en una lucha, como bandera enarbolada por el bando en ascenso que da origen a la civilización industrial. Esa formulación fue, pues, un sistema de ideas asentado sobre la ficción contractualista. El llamado "derecho penal liberal" fue, dentro de ese contexto, un freno opuesto a un hecho de poder que se había generado como resultado de la lucha que había dado

28 Así, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra la abolición progresiva de la pena de muerte, porque de consagrar directamente la abolición hubiese sido inviable políticamente su ratificación.

lugar a la anterior revolución técnica –la revolución mercantil–, que había servido para consolidar el poder hegemónico de la forma de verticalización propia de la civilización mercantil y que había comenzado con la confiscación del conflicto (supresión de la víctima) en los siglos XII y XIII. A la hora de contener este poder del soberano, para dar paso a una nueva clase hegemónica, ésta procuró hacerlo mediante el discurso contractualista, pero su desarrollo coherente en definitiva, acababa desmontando el poder todo del sistema penal, como lo demuestra el hecho de que Marat, basado en la misma ficción contractualista, haya deslegitimado la totalidad de los sistemas penales de su tiempo. El mismo Rousseau, a quien se cita generalmente como garante de esta ficción, deducía de ella un "Estado social" y no un Estado liberal económico en el sentido corriente. Es obvio que esto no sería tolerado por la clase que lo instrumentó, cuando ésta alcanzó la posición dominante y, por ende, conservó del contractualismo lo que fue funcional a sus intereses y archivó la mayor parte (casi todo, con el organicismo o neo-organicismo industrial, propio del positivismo y del nazismo).

Hemos venido repitiendo que nuestros sistemas penales se configuran con su aspecto actual en el siglo XIX, cuando en realidad se configuran en el siglo XII con la confiscación que se hace del derecho lesionado de la víctima y sólo se refuerzan en el siglo XIX, con la consolidación o aparición de las agencias policiales. En lugar, la formulación contemporánea de los derechos humanos más inmediata a nuestro tiempo proviene de una etapa que sólo fue tentativa de contención del poder que se había generado en el siglo XII, como el coyuntural discurso de lucha de una clase que lo dejó de lado cuando se asentó en el poder: basta para ello pensar que en el código penal francés revolucionario y en el Código de Napoleón. Es obvio que esta diacronía genealógica mues-

tra la contradicción ideológica entre los derechos humanos y el reforzamiento de los sistemas penales.

Por otra parte, cuando hablamos de "nuestros" sistemas penales en este margen latinoamericano del poder mundial, nos referimos a lo "nuestro" como resultado de un proceso de planetarización civilizatoria por modernización incorporativa, llevado a cabo por medio de empresas altamente genocidas, tanto en América como en Africa, con la aclaración de que lo "nuestro" es sólo la transculturación ideológica, pero no la realidad operativa, que siempre fue diferente, porque diferente fue el ejercicio del poder en el centro colonizador y en el margen colonizado (tanto en el colonialismo mercantilista como en el neo-colonialismo industrialista). El principio conforme al cual todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos parece ser propio de númenes morales que orientaron los momentos de más alta moralidad de las culturas que fueron arrasadas por ese proceso de planetarización (se haya tratado de culturas europeas como periféricas). Tomado esto en cuenta la diacronía ideológica resulta más manifiesta aún. La oposición irreductible entre la afirmación de que todos los hombres nacen libres en dignidad y derechos –propia de un programa de transformación de la Humanidad a realizar– y un instrumento de poder que desde el siglo XII se usa selectivamente para regimentar verticalmente a la sociedad es demasiado clara.

El urgente reclamo de una dogmática jurídico-penal que se haga cargo de la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal y que paute inmediatamente la estrategia de las agencias judiciales en función de la necesidad impostergable de controlar la violencia genocida, poniendo en juego el ejercicio de su propio poder en ese sentido, se nos impone también en función de un *imperativo jushumanista*, porque no otra cosa puede resultar desde la perspectiva de una programación trans-

formadora de la Humanidad –implicada en la ideología de los derechos humanos– y la constatación del hecho de poder en una posición planetaria marginal, donde el camino progresivo hacia la realización de ese programa aparece como abrupta y brutalmente interrumpido por una nueva revolución técnica que nos amenaza con un tecno-colonialismo de formidable capacidad destructiva.

7.– Uno de los interrogantes que, a modo de objeción, se formularía contra el programa que trazamos, estaría referido a cómo pensamos que puede ensayarse una dogmática jurídico-penal carente de elementos justificantes legitimadores, que se haga cargo de la realidad deslegitimante del sistema penal, sin caer en el reduccionismo sociológico. En definitiva, proponemos una suerte de nuevo modelo integrado de derecho penal y criminología y el riesgo sería, justamente, la disolución sociológica del derecho penal.

Creemos que todas las discusiones jusfilosóficas han tenido como núcleo central la problemática "hecho-valor", por lo que cualquier pretensión de sintetizarlas resulta imposible. No obstante, las diferentes posiciones son susceptibles de clasificación primaria –defectuosa por la difícil ubicación de algunas posiciones, pero orientadora– distinguiendo perspectivas realistas e idealistas. El círculo "realista" lo integrarían las variables que, en conjunto, se inclinan hacia el criterio de que el valor jurídico no altera la estructura del objeto valorado, que es anterior y permanece independiente del mismo, en tanto que en las "idealistas" el valor cumpliría cierta función "creadora" respecto del objeto que "toca". El idealismo tiende a generar un "mundo del jurista", que le otorga mayor seguridad (al jurista), puesto que lo sustrae al permanente devenir y a lo inacabado, propios del mundo real, preservándolo de las discusiones acerca del mismo. En este sentido, el realismo siempre proporcio-

nará respuestas menos absolutas, más contingentes, casi siempre provisionales. El jurista tiende a inclinarse por el primer camino, que le permite la construcción de teorías jurídicas cuya "estética" comparte los valores de la arquitectura autoritaria, que no por azar domina con su monumentalismo frontalista en casi todos los palacios de justicia. El realismo carece de esa seguridad, pero tiene la incuestionable ventaja de valorar un mundo no construido a la medida de las necesidades del valor (y por ende, del sujeto que valora). Por supuesto que hay grados de realismo y de idealismo, en cuyos extremos se hallan los reduccionismos y los solipsismos.

La considerable gama de neo-kantismos filosóficos permitió su paso al derecho penal con distintas intensidades de idealismo, dando lugar a una cierta consagración del positivismo jurídico y de la omnipotencia legislativa. El advenimiento de los totalitarismos europeos y la Segunda Guerra Mundial generaron en la posguerra alemana federal un movimiento que, para eludir la omnipotencia legislativa, sostenía una vuelta a la "naturaleza de las cosas". Se trató de una generalizada actitud de rechazo frontal a la omnipotencia legislativa que no alcanzó nunca el nivel de una corriente única y coherente, pues abarcaba desde versiones harto prudentes hasta otras que eran la abierta renovación de varios jusnaturalismos de décadas y hasta siglos anteriores. Una de las primeras voces en esta senda –como es notorio– fue la de Gustav Radbruch[29] y, entre sus múltiples tendencias, que no fueron pocas,[30] hubo una que fue considerada como una suerte de "programa mínimo" del movimiento[31] y que tuvo singular fortuna en el campo del dis-

29 Radbruch, Gustav, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, 1945; *Gerechtigkeit und Gnade*, 1949; *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, 1946, todos en *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1970.

30 Un amplio panorama en Luis Recasens Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, México, 1971.

31 Baratta, Alessandr, *Il problema della natura del fatto. Studi e discussioni negli ultimo dieci anni*, en "Anuario Bibliografico di Filosofia del Diritto", 1968, 227.

curso jurídico-penal: la teoría de las estructuras lógico-reales (*sachlogischen Strukturen*).[32]

Desde la perspectiva de las *sachlogischen Strukturen* se renovó la teoría del delito, generando una larguísima polémica que no es del caso referir, por ampliamente conocida, entre "causalismo" y "finalismo", que hoy nos parece muy lejana, pese a su inmediatez cronológica. Sin embargo, el penalismo alemán posterior al finalismo, incorporó como componente casi irreversible de la mayoría de sus construcciones teóricas del delito, la estructura compleja del tipo penal, pero abandonó por completo el fundamento de las estructuras lógico-reales. El movimiento de "vuelta al realismo", que tanta fuerza tuviese hace tres décadas y aún menos, parece haberse opacado casi por completo.

El fenómeno es susceptible de diferentes lecturas, y de hecho, varias han tenido lugar: se ha afirmado que la teoría se agotó y que fue descartada por "infecunda"; se ha sostenido también que toda referencia al "ontologismo" es reaccionaria y autoritaria; se la ha dejado de lado como un "jusnaturalismo metafísico"; se la condenó al olvido porque, en definitiva, sería una "antropología filosófica". Por regla general, se la mete en el mismo saco con todas las restantes e incompatibles tendencias de la *Natur der Sache* y se la archiva en el sótano del museo de las ruinas de los sucesivos jusnaturalismos.

No podemos reiterar aquí –ni tendría caso hacerlo– las principales características de la teoría de las estructuras lógico-reales. Nos limitaremos, en la medida de nuestro propósito, a rescatar algunos de sus componentes. Esta teoría se presentó como la antítesis del neokantismo, que sólo hacía accesible el mundo a la comprensión a través del valor: frente a la tácita función creativa que el valor desempeña en esas versiones neo-

32 Welzel, Hans, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechts, philosophie, Berlín, 1975.

kantianas, la teoría de las estructuras lógico-reales afirma que el derecho, cuando se refiere a cualquier ente, debe reconocer y respetar el orden del mundo en que éste está inserto y que tal reconocimiento, como todo conocimiento, no altera el ente que conoce. Si el derecho quiere actuar sobre un ámbito de la realidad, debe respetar la estructura óntica de ese ámbito y no inventarla, porque en tal caso regulará otra cosa u obtendrá otro resultado. A través de un desarrollo que no podemos discutir aquí, esta teoría concluye en que el derecho no es un ente ideal, que cuando no es perfecto no es tal, como puede ser un círculo o un rectángulo, sino un instrumento, que puede ser más o menos defectuoso sin perder su carácter de tal, pero que lo pierde cuando queda desbaratado, reducido a pedazos, como el trozo de madera que fue mango de martillo. Esto no implica ningún jusnaturalismo –al menos en sentido "idealista"– como una ley superior que nos permita ver y conocer como "debe ser el derecho". Si algún resto de jusnaturalismo podía haber en esta teoría, sería lo que se ha calificado como "jusnaturalismo negativo", que no sería útil para decirnos cómo debe ser el derecho, sino qué no es derecho.[33]

Si rescatamos de ella estos elementos, sería infundado considerarla una teoría reaccionaria y autoritaria. Puede ser reaccionaria y autoritaria la forma en que el jurista pretenda que tiene el mundo, el orden de realidad en que quiere asentar el límite al legislador. Es verdad que el orden de la realidad no es unívoco, porque también es resultado de saberes condicionados por poderes y el jurista puede ubicar un dato de realidad conforme a una visión muy particular y arbitraria. Pero mucho más autoritario sería pretender que el legislador puede cerrar e impedir cualquier debate, haciéndose señor de la definición de la realidad del mundo. Pretender que el poder de "fabricar el mundo" en las manos del le-

33 Engisch, Karl, *Auf der Suche nah der Gerechtigkeit*, München, 1971, p. 240.

gislador produce "seguridad jurídica" por su grado de certeza, importa confundir la "seguridad jurídica" con el bonapartismo o con la "seguridad" de la voluntad vertical de autoridad. Afirmar que existe hoy un Estado "racional y democrático" que impide que el legislador "fabrique el mundo", es una ilusión negadora de la evidencia de lo que acontece en cualquier parte del planeta y de toda la experiencia histórica.

Pretender que la teoría de las estructuras lógico-reales fue una antropología metafísica, porque postuló la vinculación del legislador con una persona, como ente que vivencia su autodeterminación, porque la autodeterminación no se puede probar empíricamente, no pasa de ser un reduccionismo fiscalista propio del neopositivismo. No se trata de probar empíricamente la autodeterminación, que por definición es imposible, sino de constatar simplemente su vivencia en todas las relaciones sociales, y tan "metafísica" es esta comprobación como la actitud de quien nos reprocha a gritos y nos insulta porque le hemos hundido el guardabarros de su automóvil con nuestra impericia en el tránsito. El lenguaje humano cotidiano, con el que se manejan las relaciones interpersonales en que el derecho penal quiere pesar, se halla enormemente enriquecido por esta "metafísica", que el propio jurista que la niega emplea coloquialmente, incluso para calificarnos a quienes no aceptamos su posición.

La objeción de que esta teoría presupone una antropología filosófica, no es realmente una objeción, sino un mérito, particularmente cuando se trata de una antropología básica, elemental, "preparatoria" si se quiere, respecto de otras que pertenecen al ámbito de lo privado en una sociedad pluralista, pero necesaria para establecer bases mínimas de coexistencia. Menos objetable parece ser cuando esa antropología elemental coincide con la que reconoce la conciencia jurídica internacional a través de su positivización jushumanista a ese nivel.

Estas consideraciones nos conducen a la conclusión –o, si se quiere, a la sospecha– de que el abandono de la teoría de las estructuras lógico-reales no obedece a que se haya agotado y dejado de ser fecunda, sino a otras razones que creemos ahora percibir más claramente, a la luz de la crítica sociológica deslegitimante del sistema penal.

Esta teoría fue aplicada al derecho penal en la posguerra y cabe reconocer que en ello hubo cierta visión aristotélica del mundo, pero que no invalida el método, sino la visión del mundo de quien lo aplica. La aplicación al derecho penal llegó a la teroía del delito, pero en modo alguno se aproximó a la teoría de la pena y menos aún a la de las medidas de seguridad. Las consecuencias jurídico-penales del delito quedaron fuera de su consideración, sufriendo una suerte de corte o solución de continuidad respecto de la reconstrucción teórica del delito. ¿Qué pasaría si desarchivásemos la teoría de las estructuras lógico-reales y la aplicásemos a la teoría de las consecuencias jurídicas del delito? ¿Qué sucedería si con los datos de realidad de los actuales paradigmas críticos criminológicos intentásemos enfrentar la construcción de una teoría de la pena validos de la teoría de las estructuras lógico-reales? Creemos que el resultado sería una crisis del discurso jurídico-penal legitimante, que aparecería como falso, deturpante de la realidad, desconocedor de la materia que quiere referir, es decir, se produciría una deslegitimación y una necesidad de re-construirlo en forma completamente diferente, creemos que no muy diferente de como intentamos programarlo aquí.[34]

---

34 Hay algunas coincidencias curiosas, como que esta teoría es rechazada en Alemania Federal y paulatinamente reemplazada por el funcionalismo sistémico; que los soviéticos le imputen que permite al juez hacer una interpretación arbitraria y completamente ilimitada del concepto de traición a la patria y de otros delitos, si esa interpretación es favorable a las capas dirigentes de la sociedad, es decir, a los "círculos monopolistas y vindicativos de la República Federal Alemana" (Zdrávomíslov-Schneider-Zélina-Raskhóvskaia, *Derecho Penal Soviético, Parte General*, Bogotá,

Nos parece que la teoría de las estructuras lógico-reales no fue archivada por infecunda, sino porque aplicada a la pena hubiese deslegitimado al sistema penal y quebrado la posibilidad de sostener el discurso legitimante. La teoría de las estructuras lógico-reales es infecunda para construir un discurso jurídico-penal legitimante del sistema jurídico-penal en un momento de seria crítica social y criminológica, pero la creemos aún muy fecunda para construir un discurso que se haga cargo de la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal, sin caer por ello en un reduccionismo sociológico, sino en un nuevo modelo integrado. No se trata de ningún reduccionismo, sino simplemente de indicarle al jurista la necesidad de vincularse al mundo y respetar la realidad a la que se refiere, lo que, como es natural, le remitirá frecuentemente a disputas acerca de esa realidad, discusión que, como es obvio, no puede eludir ninguna pautación de esa realidad, porque es ineludible en la co-existencia misma. Buscar la "seguridad" en un mundo en que todo está "acabado" y el devenir detenido, será buscar la negación del mundo, hallarse "seguro" en un "no mundo", que sería el máximo de inseguridad imaginable. Hemos trabajado, en buena parte, conforme a una consigna absurda: "Como la seguridad no es de este mundo, inventemos otro, que no existe ni existirá, y desentendámonos de éste, que es muy complicado para nosotros, humildes penalistas". Esa humildad oculta la omnipotencia –característica adolescente y en general inmadura– y de ella nace el discurso legitimante del ejercicio de poder de todo el sistema penal.

1970, p. 547); que haya sido rechazada por los penalistas adictos a las dictaduras del Cono Sur, que por lo bajo la catalogaban de "marxista", aunque uno solo de ellos -por cierto que de los más conspícuos expositores del pensamiento penal de seguridad nacional del Río de la Plata- lo puso por escrito: "Lo cual -se nos ocurre- puede transformar al derecho penal en el paraíso de los doctrinos de una nueva *Weltanschaung* (sic), resuelta e interpretada según las mentadas verdades eternas, o considerar con argumentos metajurídicos que el derecho penal es el instrumento técnico para asegurar la *preservación de las masas proletarias*" (Bayardo Bengoa, Fernando, *Dogmática jurídico-penal. Reformulación y perspectivas*, Montevideo, 1983, p. 58).

En América Latina es urgente alcanzar la madurez y, aunque nuestra tentativa no sea más que un error, vendrán otros que respondan a la urgencia en forma más correcta y adecuada.

195

La discriminación en el goce de los derechos humanos

Elizabeth Odio Benito
Abogada
Ministra de Justicia de Costa Rica
1978 - 1982

I. Los principios básicos: libertad - igualdad

La existencia de todo el sistema de los derechos humanos, su estructura fundamental, se asienta sobre el principio universalmente admitido de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. En la carta de San Francisco de 1945, en virtud de lo cual se constituyeron las Naciones Unidas, el artículo 1º, parágrafo 3, y el artículo 56, inciso c), consagran el reconocimiento de la comunidad internacional de que el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales exige que ese respeto sea para todos, "sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

En la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 que es, como lo ha dicho la doctrina, la norma constitucional de todo el sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los principios cardinales de la libertad y la igualdad quedaron establecidos del siguiente modo:

Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2: Párrafo 1: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen

nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Dentro de esta misma línea, en nuestra Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de 1969, se lee:

Artículo 24: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

Al concebir y declarar que la igualdad en dignidad y derechos entre todos los habitantes de la tierra constituye el presupuesto necesario y fundamental de un régimen de derechos humanos, los redactores de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Convención Americana, y de los demás instrumentos jurídicos similares ponen en evidencia por contraste el dato que se extrae tanto de una cuidadosa lectura de la historia como de una simple y descuidada observación de las noticias de todos los días, esto es, la innegable existencia de fenómenos de intolerancia y discriminación entre grupos, entre pueblos y entre naciones. Estas manifestaciones de intolerancia y discriminación han ocurrido y ocurren, a veces aisladas, a veces mezcladas unas con otras, básicamente, por razones de raza, sexo, religión o convicción.

La intolerancia y la discriminación se constituyen, entonces, en cualquier forma en que aparezcan, como los obstáculos que impiden que exista igualdad real y no solamente formal o jurídica, entre todos los seres humanos.

Si existe discriminación no habrá verdadera igualdad y sin igualdad, no podemos hablar seria y responsablemente sobre vigencia de derechos humanos. Tal es la premisa de la que parte esta exposición. Por eso, todo estudio que emprendamos sobre derechos humanos debe

incluir, necesariamente, la reflexión, el análisis y la toma de conciencia sobre este delicado tema y sobre sus distintas manifestaciones.

En estas sesiones de estudio y discusión a las que nos ha convocado la infatigable labor del IIDH, hablar sobre discriminación e intolerancia resulta obligado ejercicio. Ejercicio cuyos objetivos persiguen, fundamentalmente, compartir preocupaciones y provocar inquietudes. Con la amable colaboración de y atención de todos ustedes, espero lograrlo.

De previo al referirnos a los concretos instrumentos jurídicos que la comunidad internacional ha elaborado con el afán de prevenir, combatir y eliminar los fenómenos de discriminación, estimo importante hacer una consideración de carácter general sobre el concepto y la naturaleza de los actos discriminatorios.

Por discriminar entendemos generalmente tratar distinto lo que es igual. Pero también es discriminar tratar igual lo que es distinto. Es absolutamente básico tener en cuenta que la igualdad entre todos los seres humanos exige la ausencia de discriminación. Pero igualdad no es uniformidad. Un régimen de absoluto respeto por los derechos humanos de todos debe reconciliar unidad con diversidad, interdependencia con libertad. La igual dignidad de todos exige el absoluto respeto por la identidad de cada persona. Es en el absoluto respeto por el derecho a ser distinto, a pensar distinto y a ser mujer que podremos encontrar la auténtica igualdad y la única posibilidad de un pleno disfrute de los derechos humanos sin discriminaciones por razón de raza, sexo o religión.

II. Los instrumentos jurídicos internacionales

Los fenómenos de discriminación, cualquiera que sea su tipo, nacen de la idea de superioridad de un gru-

po –generalmente el que detenta el poder–, sobre otro. Junto con las manifestaciones de intolerancia, la discriminación ha sido una constante histórica en el comportamiento de los hombres.

Plenamente consciente de ello, la comunidad internacional organizada en las Naciones Unidas manifestó desde el principio de su existencia jurídica, su preocupación por la existencia cotidiana de tales problemas. En una de sus primeras resoluciones, aprobada en 1948, la Asamblea General declaro "que es en el más alto interés de la humanidad el poner fin inmediatamente a la persecución y discriminación religiosa y a la llamada racial" y pidió a los gobiernos y autoridades responsables, que se ajustaran tanto a la letra como al espíritu de la Carta y tomaran las medidas más rápidas y enérgicas con tal fin.

En los 41 años de existencia de las Naciones Unidas, una parte muy importante de los esfuerzos de sus distintos órganos y organismos han tenido como propósito, combatir los fenómenos de discriminación.

En materia estrictamente normativa, encontramos una abundante producción de Declaraciones, Convenios y Convenciones Internacionales.

A manera de rápida información podemos citar la Declaración y la Convención internacional sobre la Eeliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *Apartheid*; el Convenio sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación; la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza; el Convenio sobre Igualdad de remuneración; la Declaración y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fun-

dadas en la religión o las convicciones; y la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales.

Por razones exclusivamente del tiempo del que disponemos, me referiré únicamente a los instrumentos relativos a la discriminación por razones de raza, sexo y religión. Mencionaré en análisis somero los conceptos que define, los sujetos que protege y sus mecanismos de aplicación.

En la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada en 1965, la expresión "discriminación racial" se define como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública". Es una definición amplia del concepto y, lógicamente, incluye a todos los seres humanos como sujetos. Empero, la propia Convención admite peligrosas excepciones al principio general enunciado, cuando señala que la Convención "no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado Parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos". (Art. 1, Inc. 2). Aunque aclara de seguido que tales disposiciones no deben establecer "discriminación contra ninguna nacionalidad en particular". (Inc. 3).

En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –adoptada en 1979 y puesta en vigor en 1981–, en el artículo 1 se lee: "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el re-

conocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

Los sujetos de este instrumento internacional somos, lógicamente, sólo las mujeres, esto es, únicamente la mitad de la raza humana... que es la discriminada. La otra mitad son los discriminadores...

En la "Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones" proclamada por la Asamblea General en noviembre de 1981 (en materia de religión o convicciones no existe todavía una Convención internacional, ni siquiera un proyecto de ella), en el artículo 2 se define que para los efectos de la Declaración "se entiende por 'intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones' toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales".

En esta Declaración se introduce el concepto de "intolerancia" junto al de "discriminación" y se les equipara en la definición transcrita. En mi opinión, no son exactamente equiparables, aunque se fundan en los mismos prejuicios y producen las mismas nefastas consecuencias.

Obviamente, los sujetos cuyos derechos pretende tutelar la Declaración somos todos los seres humanos y el fundamento mismo de la Declaración se dirige a que se respete tanto el principio de igualdad y no discriminación, como el derecho a la libertad de pensamiento, de

conciencia, de religión o de convicciones, proclamado también en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales sobre la materia.

Del contenido de los transcritos conceptos cabe extraer la siguiente conclusión: la discriminación la tipifican actos que distingan, excluyan, restrinjan o prefieran a una persona o grupo y que con tales acciones se anule o menoscabe, en condiciones de igualdad, el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Esos actos de discriminación, aisladamente o en conjunto, tienen principalmente motivaciones raciales, sexuales o religiosas.

En punto a mecanismos previstos para garantizar el goce y ejercicio de los derechos consagrados en los instrumentos jurídicos internacionales a los que nos estamos refiriendo, cabe hacer las siguientes precisiones.

En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial se incluyeron distintas medidas para su aplicación. Entre tales medidas figura la creación de un Comité integrado por 18 expertos independientes. Este Comité sobre la eliminación de la discriminación racial revisa los informes presentados por los Estados Partes sobre la aplicación de Convención en los respectivos países, hace propuestas y recomendaciones generales y desempeña funciones en los contenciosos entre los Estados Partes sobre la aplicación de la Convención. El Comité puede también recibir y considerar comunicaciones procedentes de individuos o grupos de individuos dentro de la jurisdicción de los Estados Partes que hayan conocido la competencia del Comité en tal sentido y preparar propuestas y recomendaciones en relación con tales comunicaciones. El Comité se reunió por primera vez en 1970 y desde entonces ha venido cumpliendo una labor muy destacada en la lucha contra el racismo.

Un comité similar en su composición y funciones es previsto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Este Comité recibe informes sobre las medidas adoptadas por los Estados Partes en cumplimiento de lo previsto en la Convención y se reúne anualmente para examinar tales informes. Este Comité no recibe comunicaciones ni individuales ni de grupos, pues en el caso de la discriminación contra la mujer, las comunicaciones las recibe la Comisión sobre la situación Jurídica y Social de la Mujer. La primera sesión del Comité creado por la Convención se celebró en 1982.

La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, carece, por su naturaleza jurídica de resolución, de mecanismos para examinar los progresos realizados por los Estados en la aplicación de los principios y de las medidas adoptadas. Empero, estimo que esta Declaración de 1981, al igual que la Declaración Universal de 1948, no es un conjunto de simples "recomendaciones" de conducta dirigidas a sus destinatarios. Quienes opinan en el sentido de que las declaraciones proclamadas y adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas carecen de efectos obligatorios, se remiten únicamente a la buena fe de los Estados miembros, con lo que dejan a éstos en libertad de aplicar o no tal declaración en su ordenamiento interno. Admitir tal interpretación implica negar a las personas la posibilidad de reclamar ante las autoridades judiciales o administrativas de su Estado ningún derecho o facultad derivado de las declaraciones. En mi opinión, la definición de derechos que contiene y los principios y valores que inspiran la Declaración de 1981, constituyen una sólida base para un programa de medidas y acciones que deben necesariamente desarrollar tanto los Estados miembros de la ONU como los propios órganos y

organismos del sistema de las Naciones Unidas. Simultáneamente, también las Organizaciones No Gubernamentales y los grupos de particulares vinculados con la materia, deberán desarrollar actividades que contribuyan a erradicar la discriminación y la intolerancia en materia de pensamiento, conciencia, religión o convicciones.

III. Programas de actividades de las Naciones Unidas para luchar contra el racismo y la discriminación por motivos de raza, sexo, religión o convicciones

La clara conciencia de la comunidad internacional acerca de la existencia de la intolerancia y la discriminación de individuos y grupos de individuos contra otros individuos y grupos, dentro de los Estados y entre los Estados, han determinado la preparación y ejecución de verdaderos programas de acción y lucha para erradicar, combatir y prevenir tales fenómenos.

En materia de racismo y discriminación racial, la actividad ha sido intensa. La Asamblea General designó el año 1971 como Año Internacional de Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial. Y en noviembre de 1972 la Asamblea designó el periodo de 10 años que comenzó el 10 de diciembre de 1973 como el Decenio de Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial.

Las metas finales del programa para el decenio eran: fomentar los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos; detener cualquier expansión de las políticas racistas; contrarrestar el nacimiento de alianzas basadas en la adhesión al racismo y a la discriminación racial; oponer resistencia a cualquier política y práctica que condujera al fortalecimiento de los regímenes racistas y contribuyera al sostenimiento

del racismo y la discriminación racial; identificar, aislar y disipar las creencias falaces y míticas, las políticas y prácticas que contribuyan al racismo y a la discriminación racial; y poner fin a los regímenes racistas. En 1978 se celebró la Primera Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial. En 1983, para culminar el decenio, se celebró la Segunda Conferencia Mundial. En esta Conferencia se adoptó una Declaración y un Programa de Acción. Y en ese mismo año de 1983, la Asamblea General proclamó un nuevo decenio –el segundo–, a partir del 10 de diciembre de 1983, para combatir el racismo y la discriminación racial.

El programa de acción de este Segundo Decenio contiene una amplia variedad de actividades para ser ejecutadas por los Estados, y por los órganos y organismos especializados de Naciones Unidas, así como ofrece también un variado campo de acción para organizaciones no gubernamentales y grupos interesados. En el programa se proponen acciones para combatir el *apartheid*; medidas en la educación y la enseñanza para crear una atmósfera para erradicar el racismo, la discriminación racial y el *apartheid*; promover y proteger los derechos de personas pertenecientes a los grupos minoritarios, a las poblaciones indígenas y a los trabajadores migrantes que son víctimas de discriminación racial.

En lo que se refiere específicamente al *apartheid*, cabe señalar que desde 1952 las Naciones Unidas se ocupan prácticamente en todos sus órganos y organismos de la situación en Sudáfrica en donde, como sabemos, existe una política oficial de la minoría blanca de dominación y explotación sobre la mayoría negra.

También muy importante, ha sido la actividad de las Naciones Unidas en cuanto a la discriminación sexual, esto es,la discriminación contra la mujer por su condición de tal.

En 1967, la Asamblea General proclamó la Declaración para la eliminación de la discriminación contra la mujer. La necesidad de tal Declaración se consignó en consideraciones de su preámbulo que reflejaba la preocupación de la comunidad internacional de que, "pese a la Carta de las Naciones Unidas, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, a otros instrumentos de las Naciones Unidas y los organismos especializados, y pese al progreso hecho en materia de igualdad de derechos, continúa existiendo considerable discriminación contra la mujer". Este preámbulo también señala que la discriminación contra la mujer es incompatible con la dignidad humana y con el bienestar de la familia y de la sociedad.

En 1975 se celebró en México la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer. Se adoptó una Declaración con una serie de importantes principios acerca de la igualdad entre hombres y mujeres en su dignidad y su valor como seres humanos, lo mismo que en sus derechos, oportunidades y responsabilidades.

En 1979 se adoptó la Convención Internacional a que ya hemos hecho referencia, la cual contiene todo un programa de medidas y acciones que los Estados deben tomar para prevenir y eliminar la discriminación contra la mujer en todos los campos.

Dentro del sistema de las Naciones Unidas, un numeroso grupo de sus órganos y organismos se han venido ocupando periódica y sistemáticamente de desarrollar programas para acelerar la ejecución del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Las actividades se han desarrollado en áreas tales como la educación y la capacitación, el empleo, la salud y la nutrición. La labor de UNESCO y de la OIT en estos aspectos ha sido especialmente destacada.

La década de 1975-1985 fue declarada la Década de la Mujer bajo el lema de "Igualdad, Desarrollo y Paz". Hubo otra Conferencia Mundial en Copenhagen, Dinamarca, en julio de 1980 y la Década concluyó con la Conferencia Mundial celebrada en Nairobi en julio de 1985.

En el Curso de Derechos Humanos celebrado el año pasado, la Lic. Sonia Picado, ofreció una excelente conferencia que se encuentra publicada, acerca de los aspectos más destacados de las actividades de esta década dedicada a promover la igualdad entre mujeres y hombres.

En el tiempo del que aquí disponemos, resulta imposible reseñar toda la actividad internacional que ha desplegado el sistema de las Naciones Unidas por más de treinta años en su lucha contra la discriminación sexual. La creación en 1946 de la Comisión sobre la condición jurídica y social de la mujer determinó una abundantísima producción de normas internacionales que luego los Estados irían incorporando en sus ordenamientos jurídicos internos, acerca de los derechos de la mujer en el derecho penal, en el derecho civil, en el derecho electoral, en el derecho de familia, en el derecho internacional, etc. El aporte de la comunidad internacional ha sido verdaderamente notable pues no sólo en materia jurídica se ha desplegado, sino también en el campo de las medidas concretas para promover por todos los medios posibles la posición de la mujer tanto en los países desarrollados como en el Tercer Mundo.

Muchísimo menos espectacular e intensa por razones que yo estimo puramente políticas, ha sido la labor en materia de discriminación por motivos de pensamiento, conciencia, religión o convicción.

No obstante, la presión ejercida por un considerable número de organizaciones no gubernamentales y los aportes que han realizado especialistas y expertos en la

materia, las Naciones Unidas sólo han podido adoptar una Declaración, la de 1981, y el proceso para adoptar una Convención Internacional, ni siquiera se ha reiniciado, luego de haber sido interrumpido hace más de veinte años.

No ha habido años internacionales, ni décadas, ni conferencias mundiales dedicadas a la erradicación del prejuicio religioso. La actividad internacional se limita actualmente, a preparar estudios sobre las dimensiones actuales del problema.

IV. Dimensiones actuales de los problemas de intolerancia y discriminación

No obstante lo necesariamente breve de la anterior reseña, pienso que permite fundamentar la conclusión de que, sin lugar a dudas, no ha faltado preocupación internacional, interés y actividad de los organismos de Naciones Unidas; ni tampoco han faltado reuniones, declaraciones, programas, décadas; ni tampoco carecemos de leyes internacionales y nacionales, con el propósito común de combatir, erradicar, prevenir y eliminar toda forma de intolerancia y discriminación entre los seres humanos por razones de raza, sexo y religión.

Detengámonos ahora en lo que nos ofrece como realidad nuestra experiencia cotidiana.

a) Racismo y discriminación racial

El racismo engloba las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, las prácticas institucionalizadas que provocan la desigualdad racial, así como la idea falaz de que las relaciones discriminatorias entre grupos son moral y científicamente justificables; se manifiesta por medio de disposiciones legislativas o regla-

mentarias y prácticas discriminatorias, así como por medio de creencias y actos antisociales; obstaculiza el desenvolvimiento de sus víctimas, pervierte a quienes lo ponen en práctica, divide a las naciones en su propio seno, constituye un obstáculo para la cooperación internacional y crea tensiones políticas entre los pueblos; es contrario a los principios fundamentales del derecho internacional y, por consiguiente, perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales.

No obstante, coincidir en la teoría con los anteriores conceptos extraídos de los textos internacionales, el comportamiento de ciertos gobiernos y grupos de poder revelan la práctica descarada de racismo y la discriminación racial.

El *apartheid*, la política oficial de la minoría blanca de Sudáfrica, ha sido definida como una de las violaciones más graves con el principio de igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos y se ha afirmado que constituye un crimen contra la humanidad que perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales.

Este abominable *apartheid* que ha sumido y sume diariamente en la humillación y la muerte a millones de negros de Sudáfrica y Namibia, por decisión de los blancos cristianos, encuentra, en mi opinión, un formidable respaldo para su existencia, en la política sostenida por el bloque occidental de las naciones desarrolladas que acatan las decisiones del gobierno de los Estados Unidos. Mientras no se duda en bloquear económicamente a Nicaragua con lo que el pueblo sufre hambre y toda suerte de privaciones, los gobiernos actuales de las naciones occidentales, a despecho de los instrumentos jurídicos internacionales suscritos por casi todos ellos y todas las recomendaciones de Naciones Unidas, comercian libremente con Sudáfrica con lo cual, también en mi opinión, se convierten en cómplices del genocidio que se comete todos los días contra el pueblo sudafricano.

Otros ejemplos de las dimensiones actuales del problema son los siguientes:

En el continente asiático hay graves problemas de lucha armada en Sri Lanka desde hace cuatro años entre la minoría étnica de los tamiles y la étnica mayoritaria de los cingaleses-budistas.

En algunos países de Europa Occidental se dan graves problemas de discriminación contra los grupos de trabajadores migrantes y sus familias; en otros, contra los refugiados asiáticos y latinoamericanos; en otros contra los árabes.

En América Latina la discriminación racial más grave la han sufrido históricamente y la siguen sufriendo hoy, las poblaciones indígenas. La marginación, la explotación y opresión que sufren nuestros pueblos autóctonos en América del Norte, en América Central y en América del Sur, constituye, junto con el *apartheid*, el problema más grave y nunca resuelto, de la discriminación racial en el mundo.

El irrespeto a la autenticidad de su cultura y de sus valores, la destrucción de sus tradiciones, la ausencia de políticas que verdaderamente les signifiquen igualdad de oportunidades en educación, salud, trabajo y vivienda, la marginación total de los procesos políticos y de la toma de decisiones, incluso aquellas que les afectan directamente, el despojo de sus tierras y en algunos de nuestros países, la persecución, la tortura, la violación, el exilio y la muerte, son irrefutables evidencias de que en la América Latina que tiene sangre indígena como lo cantó Darío, hablamos de derechos humanos iguales para todos, pero olvidamos con frecuencia que "todos" incluye a nuestros compatriotas indígenas.

b) Discriminación religiosa y de convicciones

La historia está llena de episodios de destrucción resultante, al menos parcialmente, de intolerancia reli-

giosa entre las naciones: las "Cruzadas" contra judíos, cristianos ortodoxos y musulmanes, de los siglos XI a XV; la "Guerra de los Treinta Años" del siglo XVII; las guerras desde el siglo octavo hasta el décimo noveno entre musulmanes y cristianos, etc. Desafortunadamente, no estamos libres hoy en día de guerras que destruyen millones de vidas humanas, resultantes, por lo menos en parte, de la intolerancia y de las limitaciones a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de creencias.

En un documento de trabajo analizado en el Seminario que sobre libertades religiosas se celebrara en Ginebra en diciembre de 1984, la "Asociación para la Defensa de las Libertades Religiosas", una respetada organización no gubernamental, afirmó que cerca de 2,200 millones de personas en el mundo actual, sufren alguna restricción a su libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de creencias.

El propio Papa Juan Pablo II, quien, por lo demás no es ningún modelo de tolerancia y ecumenismo, en un discurso en Lourdes en agosto de 1983, dijo:

> "En la persecución de los primeros siglos, las penas usuales eran la muerte, la deportación y el exilio. Hoy, además de la prisión de los campos de concentración, de los trabajos forzados y la expulsión del país, hay otros castigos menos bien conocidos pero más sutiles: no la muerte violenta sino una clase de muerte civil; no únicamente el aislamiento en prisión o en campos, sino la discriminación social o la permanente restricción a la libertad personal".

El problema de la intolerancia y la discriminación por motivos de religión o creencia, sigue teniendo en la actualidad grandes dimensiones. El problema involucra no sólo actos de discriminación que niegan derechos y libertades a individuos o grupos de distintas religiones o creencias, sino también actitudes y manifestaciones de intolerancia entre religiones, dentro de las religio-

nes, entre creencias, dentro de las creencias y entre religiones y creencias, y también entre las naciones y dentro de las naciones. Tales manifestaciones de intolerancia y discriminación ocurren, a veces aisladamente, a veces mezcladas, con discriminaciones raciales y con discriminaciones sexuales. Por lo general, se encuentran estos fenómenos estrechamente ligados con graves y masivas violaciones de derechos humanos o aún en los crímenes contra la humanidad, como en el crimen de genocidio, y así, se convierten en una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales.

En todo caso, estas violaciones a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de creencias, involucran siempre violaciones a muchos otros derechos humanos: por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de la persona; al derecho contra la tortura y los tratamientos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la libertad de movimiento; el derecho a la libertad de opinión; el derecho de reunión y de asociación; el derecho a la privacidad, etc.

Situaciones que envuelven intolerancia o discriminación basadas en la religión o las convicciones, han sido examinadas y son examinadas anualmente en los distintos órganos de las Naciones Unidas.

Por ejemplo, se ha examinado en la Comisión de Derechos Humanos y se ha constatado, la existencia de graves violaciones de los derechos humanos de los miembros de la fe Bahai en Irán, a quienes se persigue, se les expulsa de los trabajos y de los centros de estudio, se les encarcela y se les asesina. También los cristianos y los judíos son perseguidos.

Otros ejemplos de lo que ocurre dentro de las Naciones serían los siguientes:

– en la República Socialista de Albania está expresamente prohibido el ejercicio de la libertad de pensa-

miento, conciencia y religión a todos los individuos dentro de su territorio;

– en Pakistán existen normas que eliminan los derechos a las minorías religiosas;

– en Afganistán existen severas restricciones de las libertades religiosas y se ha eliminado el derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a los principios de sus propias convicciones religiosas;

– en la Unión Soviética existen severas restricciones sobre la libertad de enseñanza y de prédica religiosas; particularmente para judíos y cristianos;

– en Cuba, donde la libertad de conciencia y religión está constitucionalmente garantizada, la enseñanza religiosa es contraria a la política educativa oficial y los padres no pueden educar religiosamente a sus hijos; los testigos de Jehová, secta cristiana que no respeta los símbolos nacionales, han sido expulsados;

– en los Estados Unidos de Norteamérica, existen problemas con la libertad de conciencia y manifestaciones de intolerancia y discriminación en las políticas migratorias; también en ciertas políticas fiscales; y las prácticas religiosas de las poblaciones indígenas han sido destruidas.

El elemento de intolerancia religiosa forma parte importante de la guerra que libran desde hace casi seis años Irán e Irak; de la atroz situación que vive el Líbano; y de los violentos y sangrientos disturbios que ocurren en Irlanda, en la India y en Sri Lanka.

Dentro de las religiones, como el cristianismo por ejemplo, existen diversos grados de intolerancia de unos grupos con respecto de otros. Pero tal vez el caso más grave de discriminación que se encuentra dentro de las regiones mayoritarias en el mundo, esto es, el cristianismo, el judaísmo y el islamismo, es la que sufre la mujer

por su condición de tal. La postergación y la marginación de que ha sido objeto la mujer en la práctica del culto, en el acceso al ejercicio sacerdotal, en la participación en la organización jerárquica de las Iglesias, etc., es reflejo evidente del importante papel que ha jugado la religión en la situación de postergación y discriminación que sufre la mujer en todos los ámbitos.

En resumen, en distintas regiones del mundo contemporáneo, ahmadis, bahais, bautistas, budistas, coptos, hare krishnas, testigos de Jehová, judíos, luteranos, musulmanes, pentecostalistas, católicos romanos y adventistas del séptimo día, han sido detenidos, torturados o ejecutados a causa del ejercicio pacífico de su derecho a la libertad de religión. Se han prohibido oficialmente actividades como predicar y evangelizar, enseñar religión a los niños, distribuir o copiar material religioso, atender servicios religiosos durante días laborales y sonar las campanas de las iglesias.

Muchas personas han sido detenidas por convertirse de una religión a otra, o por portar símbolos religiosos como crucifijos, o por llevar a cabo ciertos rituales como la circuncisión de los niños o por lavar el cuerpo de los muertos antes de enterrarlos. Las sanciones por cometer estos "delitos" llegan hasta la pena de muerte.

El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión o creencias sigue siendo hoy día un derecho por cuyo ejercicio se persigue, se encarcela, se tortura y se mata a los seres humanos.

c) Discriminación contra la mujer

Con ser tan grave como es la situación en materia de raza y de religión o convicciones, es aún más grave lo que sigue ocurriendo con la situación de la mujer.

La discriminación que padece la mujer comprende, con caracteres aún más dramáticos, la discriminación que sufren los hombres por razones de raza o de religión.

Una mujer negra, pobre, musulmana o cristiana, de cualquier país africano, es mucho menos ser humano que su compañero, ella casi no existe como persona. Una indígena latinoamericana, una campesina europea, una mujer profesional de cualquier región del mundo, todas somos siempre, en cualquier sociedad del Este o del Oeste, del Norte o del Sur, ciudadanas de última categoría o, en el mejor de los casos, el sexo número dos. La estructura de la sociedad patriarcal, amplia y exhaustivamente estudiada y explicada por psicólogos, antropólogos y sociólogos, se asienta sólidamente sobre la opresión y el sometimiento de la mujer. Estructuras culturales transmitidas arquetípicamente de generación en generación a través de la educación formal e informal, condenaron a la mujer al sacrificio total en pos de su maternidad y la declararon la única responsable de la salud mental y física del niño.

Menciono siempre en ocasiones como ésta la extraordinaria importancia de Rousseau como el gran ideólogo de un sistema educativo que hoy sigue plenamente vigente y de conformidad con el cual, la mujer aprende desde su más tierna infancia que su papel en la vida es exclusivamente la dulzura, la resignación, la ternura, la abnegación y el sacrificio. Para decirlo como lo expresaba el libro de texto en el que aprendimos a leer en Costa Rica por más de cinco generaciones, "mamá amasa la masa" mientras "papá lee en la sala". La historia se completaba con que Paco, el niño, leía con papá, mientras Lola, la niña, amasaba y cosía con mamá.

En una sociedad patriarcal, las ideas sobre el amor entre hombres y mujeres, sobre el matrimonio y la maternidad, sobre la familia y sobre nosotras mismas, son producidas por los hombres. Los tipos de mujer que la sociedad ha producido en el pasado y produce actualmente, los papeles que ha desempeñado o que no ha logrado desempeñar, dimanan de los dictados y expecta-

tivas de los hombres. Las mujeres hemos sido, en buena medida, conformadas por el hombre, vivimos en un mundo hecho a la medida del hombre.

Hemos vivido en un mundo donde los grandes descubridores, los filósofos, los artistas y los hombres de ciencia han sido en su mayoría varones. Legisladores varones, conquistadores varones; incluso el Dios Padre de todas las religiones teístas es varón. Por supuesto, también lo son el Dios Hijo y el Dios Espíritu Santo de la Trinidad Cristiana... y el código de nuestra moralidad fue formulado en su totalidad por hombres.

De esta suerte, no puede resultar extraño el fenómeno de la discriminación que encontramos en contra de la mujer en prácticamente todos los ámbitos de la vida social. Ni en la distribución de las tareas en la organización de la familia, ni en el ejercicio de oficios y profesiones, ni en la efectiva participación en los procesos políticos, ni en las tareas de conducción de organizaciones nacionales o internacionales; en resumen, en ninguna actividad o tarea que signifique estima social, las mujeres nos escapamos de la discriminación. Ni siquiera en las estructuras lingüísticas de los diferentes idiomas accedemos a la igualdad. En español, por ejemplo, nos han convencido desde siempre, que decir "hombre" significa también decir "mujer" y que cuando se habla de los derechos del hombre y del ciudadano, se está hablando también de los derechos de la mujer y de la ciudadana. Eso es falso. Total y absolutamente falso. Y ya es hora de que hombres y mujeres, y sobre todo las mujeres, comencemos a darnos cuenta cabal de eso para cambiar lo que haya que cambiar.

El sexo que da y privilegia la vida se encuentra sometido, oprimido y violentado, en todos los continentes, por el sexo que declara las guerras y practica la violencia como forma de ejercer el poder.

Podríamos pasarnos el resto del tiempo del que disponemos señalando un ejemplo tras otro de la situación de la mujer en el mundo. Pero hay un tema cuya importancia me obliga a dedicarle los últimos minutos de la descripción de las dimensiones actuales del problema de la discriminación contra la mujer. Me refiero a la violencia y a la agresión de que la mujer es víctima todos los días y a todas horas, en su hogar y fuera de él. Y no me refiero a la violencia moral de las estructuras en sí, sino concretamente a la violencia física, a las agresiones y las violaciones.

Tomo para llamar la atención de Uds. sobre este gravísimo problema, un par de ejemplos de los que aparecen en los cables de la prensa internacional de países de América Latina.

Pienso que la magnitud del problema de la discriminación que en sus líneas más generales me he permitido exponer ante Uds., nos obliga a ensayar alguna explicación sobre las causas del fenómeno para luego, proponer algunas ideas sobre la mejor forma de combatirlo hasta llegar a erradicarlo.

V. Posibles causas de la intolerancia y la discriminación en las relaciones humanas

El origen de las manifestaciones de intolerancia, discriminación y opresión en las relaciones humanas, y por ende, su posible solución, no podemos buscarlo exclusivamente en el mundo jurídico. Los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales son importantes instrumentos, pero ya hemos comprobado que al cambiar el derecho no cambia el mundo. Las razones profundas de tales actitudes y comportamientos humanos tenemos que buscarlas en las estructuras sociales y culturales que determinan y condicionan las estructuras mentales.

Normas, juicios, prejuicios, supersticiones, mitos y arquetipos que determinan nuestro comportamiento en la sociedad y los cuales son culturalmente transmitidos de generación en generación, así como anacrónicas e injustas estructuras económicas que sumen a inmensas mayorías de seres humanos en la miseria y la ignorancia, permiten que germinen el dogmatismo, la intolerancia y la discriminación y, con ellos, la persecución y la agresión armada.

En su importante libre titulado *La naturaleza del prejuicio*, Gordon Allport, un brillante psicólogo social norteamericano, señala que las causas profundas de cualquier forma de discriminación son complejas, multifacéticas e inter-relacionadas. Hablando específicamente de las causas de la discriminación religiosa, Allport sugiere que la piedad es una "máscara" de prejuicios que intrínsecamente no tiene nada que ver con la religión.

Siempre, en opinión de Allport, son factores históricos, socioculturales o físicos los que provocan el disgusto y la hostilidad. Así, la religión no es la piedra básica de la discriminación. Son las concepciones de la enseñanza de la religión las que han sido torcidas y construidas para tolerar el prejuicio. Señala como ejemplo que en el problema en Sudáfrica, los blancos reclaman que sus principios cristianos y su doctrina justifican la cruel y brutal institución del *apartheid*.

Esta excusa es también empleada para sostener y perpetuar la discriminación religiosa.

Las injustas relaciones de poder y control sobre las que se asienta sólidamente la sociedad patriarcal y su producto directo, a saber, estructuras políticas y sociales y relaciones y actitudes caracterizadas por la injusticia y el desprecio de la persona humana y que engendran la exclusión, la humillación y la explotación, sólo

podrán comenzar a cambiar si se produce un cambio de actitud del ser humano, el cual sólo podrá ser producto de cambios sociales y de una transformación psíquica de los individuos.

Y ello sólo será posible lograrlo a través de la educación como un proceso coherente que incluya a la familia y a la sociedad.

VI. Recomendaciones

A través de la educación formal e informal es como se perpetúa y transmite la sociedad patriarcal con sus consecuencias ya señaladas. La organización patriarcal no ha sido producto de una guerra armada ni fruto de revoluciones grandes o pequeñas. Después de una gran guerra o de una gran revolución para cambiar estructuras económicas, el poder y el control cambian de manos masculinas, pero la situación de la mujer y de las minorías étnicas y religiosas sigue siendo la misma, sino peor que antes del cambio. A través de las armas no se cambian las mentes, sólo varían los titulares del poder.

Necesitamos, entonces, y muy urgentemente, comenzar a educar en la filosofía y los principios de los derechos humanos si de verdad queremos contribuir a cambiar el mundo.

En un importante ensayo que figura en la publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, denominada "Educación y derechos humanos", la Lic. Leticia Olguín desarrolla con gran precisión y claridad lo que debe ser un correcto enfoque metodológico de la enseñanza de los derechos humanos.

Llamo la atención sobre este aspecto muy en particular, toda vez que sobre filosofía, ética y moral de los derechos humanos, no hay discrepancia. Todos estamos de acuerdo en que se trata de un ideal hacia el cual debemos hacer converger todos nuestros esfuerzos.

Pero cómo enseñan verdaderamente los derechos humanos de forma que alcance el objetivo de producir el cambio de actitudes que proponemos, es lo verdaderamente difícil.

Enseñar al niño, al adolescente, al joven adulto, en cualquier centro de educación formal, a repetir en voz alta y con gran entusiasmo que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, es importante, pero en realidad ayuda poco para la formación y cambio de actitudes.

Los especialistas en materia de educación, como la Lic. Olguín, señalan que cuando se define un proceso educativo se está hablando de un proceso de aprendizaje que se basa en actitudes para manejar conocimientos e información. Ahora, las estrategias para lograr verdaderos cambios de tipo cultural a fin de eliminar los prejuicios que nutren la intolerancia y la discriminación, no podemos limitarla a producir un mera "incorporación de contenidos".

No podemos reducir los derechos humanos a un conjunto de informaciones cuya formulación es suficiente para asegurar su existencia real. La mera información nominalista de los derechos humanos es en realidad poco significativa en el proceso de enseñanza-aprendizaje en los niveles de la educación de niños y adolescentes. En ellos lo importante es la práctica, la vivencia de los derechos humanos, más que su fundamentación filosófica, su concepción jurídica o su evolución histórica. Lo que proponemos es un proceso de formación de actitudes que requiere de ingredientes de conocimientos, de niveles efectivos y de manifestaciones de conducta. La información requerida es la relativa a los objetos o situaciones en los que los derechos humanos se ponen en vigencia. No se propone, entonces, cambios dramáticos sino solamente una nueva forma de ver o hacer las cosas.

El objetivo de todo el proceso educativo consistirá en la formación de auténticas actitudes de respeto y tolerancia frente a seres humanos de distintos sexo, raza, religión, cultura y nacionalidad.

El logro de estos resultados requiere que en el contexto dentro del cual se realiza el proceso de enseñanza-aprendizaje estén presentes, por lo menos, dos características:

i. una enseñanza que, en especial, esté alejada del dogmatismo.

ii. una irrestricta libertad de expresión pública del pensamiento.

Para alcanzar los objetivos propuestos, el Estado debe formar adecuadamente a los docentes y éstos elaborar y preparar el material pertinente, básicamente, los libros de texto.

Es por ello que la metodología de la enseñanza es fundamental. Deben ser metodologías que estimulen la participación de los estudiantes, que brinden espacio de la discrepancia, que abran las mentes, que procuren sistemáticamente el desarrollo del pensamiento, que formen en el niño, desde la más temprana infancia, la conciencia clara de la libertad intrínseca a todo ser humano y de la igualdad de valores y derechos de todos los miembros de la raza humana.

El cambio a través de la educación es, lo sabemos, lento. Las cosas cambian mucho más lentamente de lo que quisiéramos. Como antes señalé, ni guerras, ni reformas sociales ni revoluciones implican cambios de actitudes patriarcales y la lucha en defensa de la libertad y de la igualdad de los seres humanos no podrá detenerse mientras no hayan sido erradicadas todas las formas de discriminación. Pero sólo a través de la educación, el cambio y la lucha, nos depararán siempre victorias auténticas de la paz.

-221-

Los derechos indígenas: Nuevo enfoque del sistema internacional

Rodolfo Stavenhagen
Presidente Academia
Mexicana de Derechos Humanos

La preocupación por la situación y la protección de los pueblos indígenas en el sistema de las Naciones Unidas es bastante reciente, aunque existen algunos antecedentes. Es cierto que la ONU y anteriormente la Sociedad de Naciones, tomaron nota de los "indígenas" en los territorios coloniales. En 1953, la Organización Internacional del Trabajo publicó su importante estudio sobre los *Pueblos indígenas* y en 1957 la OIT adoptó el Convenio 107 sobre la protección de las poblaciones indígenas y tribales, revisado en 1989. En 1970, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías nombró un relator especial para preparar un estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, y en 1981 fue establecido el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, de la propia Subcomisión, en el cual se está preparando un proyecto de Declaración Universal sobre Derechos Indígenas. A nivel regional, el Instituto Indigenista Interamericano organiza periódicamente desde 1940 congresos indigenistas internacionales, cuyas resoluciones han establecido normas para las políticas indigenistas de los gobiernos americanos.

En general, podría decirse que el proceso de elaboración de normas internacionales sobre pueblos indígenas ha sido lento y desigual en el sistema internacional. Pero debe reconocerse como un avance positivo el que los pueblos indígenas hayan llegado a ser en años recientes objeto de actividades tendientes al establecimiento de normas internacionales. Esto es reflejo del reconoci-

miento de la comunidad internacional hacia los pueblos indígenas como objeto y posiblemente como sujetos de derecho internacional y no solamente como un asunto interno o doméstico que los Estados pueden manejar a su antojo. Puede también sostenerse que en términos de las normas internacionales sobre derechos humanos, la creciente preocupación por los derechos de los pueblos indígenas expresa un cambio de énfasis de los "derechos universales individuales" a los "derechos humanos colectivos", cambio que también ocurre en otros campos. Los debates en torno a estos asuntos se mantienen vivos y en este marco los aspectos especiales de los derechos indígenas presentan un desafío al proceso de estructuración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Una dificultad particular que debe ser encarada en este proceso es el hecho de que las normas internacionales están siendo desarrolladas por los Estados (o sus representantes) y para los Estados. Los pueblos se han quejado desde hace mucho tiempo de que los principales problemas que tienen que enfrentar se deben precisamente a sus relaciones con los Estados. Además, hasta hace muy poco, ellos raras veces han sido consultados, para no decir invitados a participar, en los esfuerzos colectivos tendientes al desarrollo de estas normas.

Pero incluso antes de que se puedan establecer normas internacionales, la comunidad internacional deberá estar bien informada acerca de la situación real de los pueblos indígenas, sus condiciones socio-económicas, el estado de sus derechos humanos, sus relaciones con los Estados y con los pueblos no indígenas, así como de los marcos legales dentro de los cuales se llevan a cabo las políticas gubernamentales actuales. Hace más de una generación, el estudio mencionado de la OIT proporcionó este tipo de información. Más recientemente, el monumental estudio sobre la discriminación contra las po-

blaciones indígenas, preparado para la Subcomisión, presenta un material sólido, bien documentado, que puede servir de fondo a la elaboración de normas internacionales. Además de los anteriores, hay numerosos estudios preparados por organizaciones no gubernamentales independientes, así como una cantidad casi infinita de monografías e informes preparados por académicos e investigadores individuales.

El Relator Especial, en su declaración a la Subcomisión, observaba que: "...el clima social en que vivía la gran mayoría de las poblaciones indígenas era propicio a los tipos concretos de discriminación, opresión y explotación en diversas esferas descritos en el estudio. En muchos países, dichas poblaciones ocupaban el escalón inferior de toda la estratificación socioeconómica. No tenían las mismas oportunidades de empleo ni igual acceso que los otros grupos a los servicios públicos y/o a la protección en las esferas de la salud, las condiciones de vivienda, la cultura, la religión y la administración de justicia. No podían participar significativamente en la vida política".[1]

Más recientemente, un informe preparado para la Comisión Independiente de Asuntos Humanitarios Internacionales, afirma que: "La situación actual de los pueblos indígenas está enraizada en su pasado colonial. Si por lo general carecen de tierras y privilegios y son víctimas de la discriminación, ello se debe a la relación entre conquistador y conquistado que se estableció durante los primeros años del contacto colonial. En todos los países hoy en día una proporción más elevada de indígenas se encuentra desempleada que de la población en su conjunto... Los pueblos indígenas también sufren comparativamente peores condiciones de salud... La

1 José R. Martínez Cobo, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, (Volumen V, conclusiones, propuestas y recomendaciones), Nueva York, Naciones Unidas, 1987, pp. 1-2.

continuada posición de inferioridad de la mayoría de los pueblos indígenas se debe a la baja prioridad que los gobiernos atribuyen a su educación... El resultado es que en casi todas partes, los indígenas constituyen el grupo de más bajos niveles educativos en la sociedad".[2]

Los pueblos indígenas han carecido del poder y de los medios para mejorar su situación, y esto desde épocas coloniales. Es cierto que ha habido rebeliones indígenas a través de la historia y en muchas partes del mundo; y también es cierto que los pueblos indígenas han tenido la oportunidad, a veces, de hacer llegar sus demandas ante los gobiernos, y en años recientes, incluso ante los organismos internacionales. Pero por lo general, los pueblos indígenas han tenido que confiar en acciones paternalistas de los gobiernos para enderezar entuertos o para obtener proyectos de desarrollo que pudieran mejorar sus condiciones de vida. La política de los gobiernos hacia los pueblos indígenas con frecuencia ha consistido en intentos de asimilación o incorporación de éstos. Esta ideología ha sido expresada también en instrumentos internacionales. El primer congreso indigenista interamericano se reunió en 1940, y si bien declaró su respeto por la personalidad y la cultura de los indígenas, también promovió la idea de la integración nacional y la asimilación de los indígenas a la "cultura nacional". Los primeros esfuerzos de la OIT iban en la misma dirección. Su Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales es básicamente asimilacionista e integracionista. El artículo 2 del Convenio dice sin ambages: "1. Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países".

---

2 Independent Commission on International Humanitarian Issues, *Indigenous Peoples, a Global Quest for Justice*, London, Zed Books, 1987, pp. 16, 17, 18.

Como resultado de crecientes críticas que las organizaciones indígenas han hecho de este Convenio, la OIT inició un proceso de revisión que entró en su etapa final en la Conferencia General de 1989, cuando fue aprobado un convenio revisado. Este nuevo Convenio retiene algunas de las sugerencias presentadas por las organizaciones indígenas, pero no las satisface por entero. Las organizaciones indígenas se han quejado de no haber estado representadas formalmente en estos procesos, y sólo algunas de ellas fueron invitadas en su carácter de organizaciones no-gubernamentales a presentar sus puntos de vista en las sesiones de la Conferencia General. El nuevo convenio incluye el concepto de "pueblos" en vez de "poblaciones", como lo han exigido las organizaciones indígenas, aunque este término es rechazado por algunas delegaciones oficiales, y se estipula claramente en la nueva versión que el uso del término "pueblo" no ha de tener implicaciones políticas, que no le corresponden tomar a la OIT y que son propias de otros órganos de las Naciones Unidas. El artículo 2, así como otros artículos del nuevo Convenio, ahora son bastante menos "integracionistas". Si bien se establece la responsabilidad de los Estados, el artículo 2 también señala la plena participación de los pueblos interesados en el desarrollo de las acciones coordinadas y sistemáticas tendientes a garantizar el respeto de la integridad de estos pueblos y sus derechos.[3]

A partir de 1982, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías de la ONU se ha reunido anualmente (a excepción de 1986). En su reunión de agosto de 1988, asistieron a las sesiones públicas del Grupo de Trabajo alrededor de 380 participantes de docenas de países y numerosas organizacio-

3 Conferencia Internacional del Trabajo, 76a. sesión, 1989, *Actas Provisionales*, Texto del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

nes indígenas. En esta reunión el Grupo de Trabajo avanzó hacia un proyecto de Declaración de Derechos Indígenas, que fue nuevamente discutido en la sesión de 1989 y se espera sea adoptada eventualmente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en todo caso antes de la simbólica fecha de 1992.

Esta Declaración se encuentra aún en forma de proyecto y no hay seguridad que sea adoptada por los varios órganos de las Naciones Unidas sin modificaciones, pero es importante señalar que por primera vez un documento de la ONU de este tipo refleja las propuestas y sugerencias aportadas por numerosas organizaciones indígenas a lo largo de cinco años de sesiones del Grupo de Trabajo. El Proyecto de Declaración Universal sobre Derechos Indígenas contiene lo siguiente: Parte I, sobre derechos humanos universales en general; Parte II, sobre derechos culturales y étnicos colectivos, incluso la protección contra el etnocidio; Parte III, sobre derechos a la tierra y los recursos; Parte IV, derechos económicos y sociales, incluso el mantenimiento de las estructuras económicas y los modos de vida tradicionales; Parte V, sobre derechos civiles y políticos, incluso el respeto de las leyes y costumbres indígenas, la participación indígena en los procesos de adopción de decisiones en todos aquellos asuntos que pudieran afectar sus vidas y su destino, así como el derecho colectivo a la autonomía; y Parte VI, sobre recomendaciones para procedimientos justos para resolver las controversias entre los Estados y los pueblos indígenas.[4]

Cuando sea aprobada la Declaración Universal sobre Derechos Indígenas de la ONU, y después de la aprobación del nuevo convenio de la OIT, se habrá creado un nuevo entorno internacional, por limitado que éste sea, para los derechos de los pueblos indígenas, el cual tal

4 Documento de la ONU E/CN. 4/Sub. 2/1988/25.

vez les ayude a mejorar su situación relativa al interior de sus países. Quedará por verse, sin embargo, hasta qué puntos estos instrumentos serán ratificados y aplicados por los Estados firmantes. En la medida en que se trata de instrumentos creados por los gobiernos para los gobiernos, los pueblos indígenas seguirán, y con razón, teniendo sus reservas al respecto. Sin embargo, estos instrumentos reflejan, hasta cierto punto, las demandas que los pueblos indígenas, aborígenes y tribales han estado planteando desde hace décadas y que representan los problemas principales que con frecuencia están en la base de los conflictos entre los Estados y los pueblos indígenas.

Estos problemas pueden ser resumidos de la manera siguiente:

1) *Definición, membresía y estatuto legal.* Pudiera sorprender que la cuestión de la definición y membresía de grupos indígenas sea un problema de cierta importancia, tanto para los propios indígenas como para los Estados en cuyos territorios viven. Pero este problema surge debido a que la definición de los pueblos indígenas está vinculada con frecuencia a la naturaleza de las relaciones entre el grupo y el Estado, así como con otros grupos. Y el problema de la membresía se vincula con frecuencia al goce de ciertos derechos y privilegios, o de manera contraria, a la imposición de determinadas desventajas y limitaciones de los derechos civiles y políticos. Por consiguiente, la cuestión de la definición y la membresía ha devenido, en años recientes, en un reclamo de las organizaciones indígenas y está siendo tratada en las organizaciones internacionales.

Ya en 1953, la OIT revisó varias definiciones y criterios utilizados por los gobiernos nacionales y los científicos sociales, y llegó a la conclusión de que no existía una definición única y universalmente válida de pueblos indígenas. En consecuencia, propuso una descrip-

ción provisional simplemente como una "orientación empírica para la identificación de los grupos indígenas en países independientes", en la forma siguiente:

> "Personas indígenas son los descendientes de la población aborigen que vivía en un país determinado en el momento de su colonización o conquista (o sucesivas conquistas) por algunos de los ancestros de los grupos no-indígenas que en el presente detentan el poder político y económico. En general, estos descendientes tienden a vivir más de conformidad con las instituciones sociales, económicas y culturales que existían antes de la colonización o conquista... que con la cultura de la nación a la cual pertenecen...".[5]

Esta descripción sirvió de base para la definición que posteriormente fue incluida en el Artículo 1 del Convenio 107 de la OIT de 1957, ahora revisado.

El "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas" de la ONU también analiza en profundidad las diversas definiciones utilizadas por los gobiernos y otros para definir a los pueblos indígenas y a su vez reconoce que estas definiciones varían mucho. El Relator Especial concluye que la cuestión de la definición "ha de ser un área privativa para las comunidades indígenas mismas". Propone que "el derecho de definir qué y quién es indígena debe reconocerse a los pueblos indígenas mismos", y que "esta facultad, obviamente, incluye la correlativa de definir o determinar qué o quién no es indígena". Para los propósitos de la acción internacional, el Relator Especial propone la siguiente definición:

> "Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras

5 Oficina Internacional del Trabajo, **Poblaciones Indígenas**, Ginebra, 1953, p. 26.

generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales".[6]

El lector notará ciertas diferencias entre las definiciones de la OIT y la ONU, principalmente que la primera se refiere a "personas" y la segunda a "comunidades, pueblos y naciones", una distinción que refleja las preocupaciones cambiantes de la comunidad internacional y de los propios pueblos indígenas. Ambas definiciones, sin embargo, tienen en común la idea que los pueblos indígenas son los descendientes de los habitantes originales de un territorio, que fueron sometidos o subordinados a otros pueblos por medio de invasiones y/o conquistas, que ocupan una posición no-dominante en la sociedad y que son culturalmente distintos de las poblaciones no-indígenas.

El Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, una organización no-gubernamental, ha insistido que la ONU reconozca a los indígenas como naciones distintas al interior de un Estado y exige que el derecho de definir quién es y quién no es una persona indígena deberá dejarse a los propios pueblos indígenas. El Consejo rechaza definiciones artificiales como las que aparecen en algunas legislaciones nacionales y que imponen a los indígenas definiciones que éstos no aceptan.[7]

El derecho de los pueblos indígenas a la auto-definición y auto-identificación, así como el derecho a determinar su membresía, se ha transformado, por lo tanto, en uno de los problemas principales en los recientes debates y negociaciones entre los pueblos indígenas y el Estado, tanto a nivel nacional como internacional. El problema tiene que ver con la importancia relativa atri-

6 José R. Martínez Cobo, *op. cit.*, p. 30.
7 Ana Margolis First, *La problemática indígena en el mundo contemporáneo*, Informe inédito presentado a la Universidad de las Naciones Unidas y El Colegio de México, 1985.

buida a los derechos humanos colectivos e individuales. Cuando un pueblo indígena o tribal posee un territorio claramente definido y constituye una unidad social y/o administrativa reconocida, entonces la cuestión de la definición y la membresía no debería plantear un problema especialmente difícil, salvo si los gobiernos se rehusan a reconocer al grupo como tal, lo cual ocurre con frecuencia. Surge una situación más compleja en el caso de los pueblos indígenas que emigran de sus comunidades originales para devenir parte de la economía moderna urbano-industrial y de servicios.

2) *La tierra, el territorio y los recursos*. El problema de la tierra ha sido desde hace mucho un reclamo fundamental de los pueblos indígenas. El Artículo 12 del proyecto de la Declaración Universal sobre Derechos Indígenas propone: "El derecho de propiedad y posesión de las tierras que han ocupado tradicionalmente", y el Artículo 13 subraya: "El derecho a que se reconozcan sus sistemas propios de tenencia de tierras para la protección y promoción del uso, el disfrute y la ocupación de las tierras".[8] El mismo derecho aparece como Artículo 13 del Convenio 107 revisado de la OIT.[9]

El desarrollo económico y la integración de un sistema mundial de producción y consumo han renovado las presiones sobre lo que queda de las tierras de los pueblos indígenas en la actualidad. "Desde la Segunda Guerra Mundial –afirma la Comisión Independiente de Asuntos Humanitarios Internacionales– el número de invasiones de tierras indígenas se ha multiplicado en el mundo. Consideradas alguna vez como terrenos baldíos de poco valor económico y político, los territorios indígenas ahora han sido identificados como áreas de vital importancia nacional y aún internacional... No contando ya con regiones vírgenes o indeseadas a donde refugiar-

8 Documento de la ONU E/CN. 4/Sub. 2/1988/25.
9 Conferencia Internacional del Trabajo, *op. cit.*

se, los habitantes indígenas se han visto obligados a aceptar estas invasiones de mala gana, o bien a oponer resistencia".[10]

No sorprende, por lo tanto, que los pueblos indígenas se están organizando en todas partes, para resistir ante estas invasiones de sus tierras y se enfrentan a los gobiernos en lo relativo al control sobre la tierra, los bosques y los recursos del subsuelo, y en algunos casos, los recursos acuíferos de ríos y mares así como los hielos del Artico. Las actividades madereras y mineras han llegado a ser fuente de conflictos entre los Estados y los pueblos indígenas en todas partes del mundo. Estos conflictos incluyen negociaciones con respecto a la distribución de beneficios y la limitación de daños. Sin embargo, los gobiernos se niegan a desprenderse de lo que consideran ser patrimonio "nacional" y que con frecuencia así aparece denominado en las leyes y las constituciones. Las organizaciones indígenas desean que sus derechos a los recursos del subsuelo les sean reconocidos por la comunidad internacional, de la misma manera que sus derechos a la tierra y a otros recursos naturales. Es poco probable que los gobiernos acepten esto. El proyecto de Declaración Universal sobre Derechos Indígenas sugiere, de manera un poco tímida, "el deber de los Estados de pedir y obtener su consentimiento (es decir, de los pueblos indígenas), mediante los mecanismos apropiados, antes de emprender o permitir cualesquiera programas para la exploración o explotación de recursos minerales o subterráneos de otro tipo, pertenecientes a sus territorios tradicionales. Cuando se emprenda cualquiera de esas actividades, debería concederse una indemnización justa y equitativa".[11] El Artículo 14 del Convenio 107 revisado de la OIT está redactado en términos prácticamente idénticos.[12] En ninguno de los dos documen-

10 Independent Commission on International Humanitarian Issues, *op. cit.*, p. 23.
11 Documento de la ONU citado.
12 Conferencia Internacional del Trabajo, *op. cit.*

tos se reconoce explícitamente el derecho de los indígenas sobre los recursos del subsuelo; simplemente se aconseja a los gobiernos que busquen el acuerdo de los pueblos interesados cuando se decida realizar actividades mineras en territorio indígena. No se propone nada si los pueblos indígenas interesados retienen su acuerdo, y la experiencia demuestra que a final de cuentas los gobiernos y las empresas transnacionales hacen lo que se les da la gana.

3) *El desarrollo económico.* Los pueblos indígenas han sufrido cuantiosos daños causados por proyectos de desarrollo económico, particularmente las presas hidro-eléctricas y otros programas de desarrollo regional. Las regiones aisladas y marginadas, con frecuencia ocupadas por los pueblos indígenas, constituyen las últimas grandes reservas de recursos naturales aún inexplotadas. Los planificadores estatales, las empresas transnacionales y las agencias internacionales de desarrollo han llevado a cabo, todos ellos, estrategias para "incorporar" estas áreas a la economía nacional e internacional. En este proceso, los pueblos indígenas y tribales han sufrido el *genocidio* y el *etnocidio*. Generalmente, las grandes represas de usos múltiples que enorgullecen tanto a los gobiernos del Tercer Mundo, no están diseñadas para beneficiar a la población local, sino más bien a las élites rurales y urbanas. Por el contrario, cuando hay poblaciones locales, con frecuencia indígenas, entonces se pretende que éstas deben ser relocalizadas para permitir el "progreso".

La Comisión Independiente de Asuntos Humanitarios Internacionales concluye que "las grandes presas son desastrosas para los pueblos indígenas. Destruyen sus economías y hábitat, desorganizan sus sistemas sociales, sumergen y profanan de otras maneras los sitios de importancia religiosa o cultural. Las comunidades indígenas son dispersadas, perdiendo así su cohesión y

unidad originales; se quedan empobrecidas, con frecuencia despojadas de sus tierras y desanimadas".[13]

Muchos de estos proyectos de desarrollo han sido diseñados y financiados por el Banco Mundial y otras agencias de desarrollo internacional. El Banco Mundial, después de haber sido acusado repetidas veces de descuidar los daños ambientales y humanos a los pueblos tribales e indígenas, que ocasionaban los proyectos que apoyaba, finalmente decidió adoptar lineamientos para la protección del medio ambiente y de las poblaciones locales y declaró que retendría toda ayuda a los gobiernos que no respetaran dichos lineamientos.[14] Sin embargo, algunos observadores consideran que estos lineamientos no se están aplicando adecuadamente y en últimas fechas los funcionarios del Banco Mundial han declarado que la protección de los pueblos y medios ambientes indígenas no constituyen para ellos una prioridad.[15]

4) *Lengua, educación y cultura*. En numerosos países, al no existir otros criterios válidos, la única medida para determinar la existencia de la población indígena, y cuantificarla, es su idioma. De hecho, los pueblos indígenas en todo el mundo se reconocen por las miles de lenguas diferentes que hablan, la mayoría de las cuales son ágrafas.

Una lengua es básicamente un medio de comunicación, pero es mucho más que eso. Las lenguas constituyen una parte integral de toda cultura; por medio de su lengua, un grupo expresa su propia cultura, su propia identidad social; las lenguas están vinculadas a procesos mentales y a la forma en que los miembros de deter-

13 ICIHI, *op. cit.*, p. 58.

14 Banco Mundial, Poblaciones Indígenas y Desarrollo Económico, Washington, 1984.

15 Dave Treece, *Bound in Misery and Iron. The Impact of the Grande Carajas Programme on the Indians of Brazil*, Survival International, 1987, p. 30, considera que la preocupación manifiesta del Banco Mundial por las regiones tribales constituye "mera retórica, un cínico ejercicio de relaciones públicas con el propósito de encubrir la política real del Banco...".

minada comunidad lingüística perciben la naturaleza, el universo y la sociedad. Las lenguas expresan patrones culturales y relaciones sociales y a su vez ayudan a moldear estos patrones y relaciones.

Además, las lenguas son vehículos de expresión literaria y poética, son los instrumentos mediante los cuales una comunidad comparte y transmite de generación en generación, su historia oral, sus mitos y sus creencias. Así como un indio sin tierra es un indio muerto (como ha declarado el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas), así también una comunidad étnica sin una lengua es una comunidad que agoniza. Esto fue bien entendido por los nacionalistas románticos de los siglos diecinueve y veinte quienes lucharon por el renacimiento de las lenguas "nacionales" como parte de la política del nacionalismo en muchas partes del mundo.[16]

Por otra parte, la lengua siempre ha sido un instrumento de conquista y de imperio. Nebrija, el gramático castellano y consejero de Isabel la Católica en el siglo quince, publicó su gramática castellana el mismo año en que Colón llegó a las costas de América y aconsejó a su reina que utilizara la lengua como un instrumento para el buen gobierno del imperio. Tanto la Corona Española como la iglesia tomaron muy en serio este consejo, ya que el español se transformó en uno de los idiomas universales del mundo moderno. Lo mismo aconteció por cierto con el inglés, pues el Imperio Británico comprendió bien el poder de la palabra como instrumento de poder mundial.

En el proceso de la colonización, las lenguas de los pueblos colonizados –especialmente si carecían de escritura– eran degradados a la posición de meros dialectos, un término que connota algo menos que un idioma completo bien estructurado y que, por lo tanto, pone en

16 Véase Anthony D. Smith, *The Ethnic Revival in the Modern World*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

duda el valor de la cultura que lo utiliza. La opinión pública mal informada, todavía considera hoy en día que los pueblos indígenas y tribales hablan un "dialecto" y no una lengua, postura frecuentemente compartida por burócratas gubernamentales. Como ha dicho un avizado observador anónimo: una lengua es un dialecto con ejército. O para decirlo de otra manera: un grupo dominante puede imponer su lengua a grupos subordinados. La dominación lingüística es frecuentemente la expresión de dominación política y económica.[17] Existen excepciones: en Africa, Asia, Latinoamérica y el Caribe hay diversas lenguas francas vehiculares utilizadas para el comercio y el intercambio que no implican necesariamente una dominación política.

En el marco de una visión estatista, ampliamente extendida, de la unidad nacional, de la asimilación y del desarrollo, las lenguas de los pueblos indígenas y tribales, especialmente si las hablan solamente pequeñas minorías, están generalmente destinadas a la desaparición. Las políticas gubernamentales con frecuencia aceleran este proceso. En la mayoría de los países, las lenguas indígenas no son reconocidas legalmente, no se usan en asuntos oficiales administrativos y judiciales, no se enseñan en las escuelas y las personas que las usan son discriminadas y tratadas por los no-indígenas como extranjeros, extraños, bárbaros, primitivos, etc. Generalmente, los hombres de la tribu o comunidad indígena quienes se mueven en el mundo exterior por razones económicas, aprenden la lengua oficial o nacional de un país y se hacen bilingües. Las mujeres tienden a ser más monolingües, lo cual aumenta su aislamiento y la discriminación que sufren. Los niños suelen hablar su idioma materno antes de entrar a la escuela y con frecuencia cuando ingresan a la escuela se les prohíbe ha-

17 Véase por ejemplo, Louis-Jean Calvet, *La guerre des langues et les politiques linguistiques*, Paris, Payot, 1987; y José M. Tortosa, *Política lingüística y lenguas minoritarias*, Madrid, Editorial Tecnos, 1982.

blar su propio idioma en clase. Los estudiosos han observado que esta situación puede producir serios trastornos psicológicos y de aprendizaje entre los niños en edad escolar de muchos pueblos tribales e indígenas. También sucede que las familias no envían a sus hijos a las escuelas oficiales o religiosas por la discriminación lingüística y de todo tipo a que están expuestos.

El Relator Especial de la ONU, quien basa su análisis en las respuestas enviadas por numerosos gobiernos a su cuestionario, nos informa que: "Las políticas que se venían siguiendo en numerosos Estados estaban basadas en suposiciones consistentes en que las poblaciones, las culturas y las lenguas indígenas desaparecerían por extinción natural o por la absorción de estos núcleos humanos en los demás segmentos de la población y en la 'cultura nacional'".[18] Pero continúa, en el lenguaje típico de la ONU: "Hoy se cree que estas políticas, que han prevalecido a veces durante varios siglos, no parecen haber estado bien fundadas, a juzgar por los hechos." Y además: "Se ha cuestionado y rechazado severamente la escolarización pública orientada a la "desindigenización" y las políticas de marginación, relegación y eliminación de las lenguas indígenas que han seguido la mayoría de los Estados, habiéndolas heredado frecuentemente del periodo colonial del país".[19]

A consecuencia de las políticas de persecución y generalmente de actitudes de discriminación contra ellos, muchos pueblos indígenas y tribales han internalizado las actitudes negativas de la sociedad dominante en contra de sus lenguas y culturas. Especialmente cuando dejan sus comunidades, tienden a negar su identidad y se avergüenzan de ser "aborígenes" o "indígenas" o "indios" o "primitivos". Pero encubrir una identidad no siempre es posible, dado que en muchos países las dife-

18 José R. Martínez Cobo, *op. cit.*, parr. 121.
19 *Ibid.*, parrs. 122-123.

rencias étnicas y culturales van acompañadas de distinciones biológicas y frecuentemente no es posible distinguir entre la discriminación cultural y la racial. Esto ocurre especialmente en las sociedades colonizadas por europeos en las que las diferencias entre las clases altas y las poblaciones indígenas son particularmente visibles. Ocurre en menor grado en sociedades que han pasado por un proceso de mestizaje interracial, como en muchos países de Asia y América Latina.

En años recientes los pueblos indígenas y tribales se han resistido a la desaparición "natural" o forzada de sus lenguas y culturas. Poco a poco ha surgido la conciencia entre científicos sociales, humanistas, educadores y aún políticos, que el mantenimiento de las lenguas indígenas en el marco del concepto del pluralismo cultural no es necesariamente indeseable para un país. El Relator Especial de la ONU afirma: "Se constata una pujante presencia de pueblos y lenguas indígenas en muchas partes del mundo. La defensa de sus lenguas por estos grupos es decidida y tenaz... Se ha venido planteando la necesidad de reconocer de una vez por todas la pluralidad lingüística y cultural de los países en que habitan poblaciones indígenas y la explícita adopción de políticas que permitan y fomenten el mantenimiento, desarrollo y difusión de la especificidad étnica de esas poblaciones y su transmisión a las generaciones futuras".[20]

El proyecto de Declaración Universal sobre Derechos Indígenas, preparado por el Grupo de Trabajo, ahora establece:

"9. El derecho a mantener y utilizar sus propios idiomas, inclusive a los fines administrativos, judiciales y otros fines pertinentes.

10. El derecho a todas las formas de educación, inclusive, en particular, el derecho de los niños a tener acceso a la educación en

20 *Ibid.*, parrs. 122-123.

sus propios idiomas, y a establecer, estructurar, dirigir y controlar sus propios sistemas e instituciones educacionales".[21]

Una de las cuestiones que se discuten actualmente entre especialistas se refiere a si los derechos lingüísticos deben ser considerados como derechos humanos. El Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que a las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no les será negado el derecho de usar su propia lengua. Pero aparte del hecho que este Artículo constituye una afirmación bastante débil de los derechos culturales de las minorías étnicas,[22] las organizaciones de los pueblos indígenas en el mundo se rehusan a ser categorizadas como "minorías étnicas" en general, lo que constituye una de las razones por las cuales se está preparando una declaración específica sobre derechos indígenas en los cuerpos especializados de la ONU.

Los derechos lingüísticos constituyen actualmente uno de los principales temas en discusión entre las organizaciones indígenas. A nivel regional, los congresos indigenistas interamericanos que se reúnen periódicamente bajo los auspicios de los gobiernos pertenecientes al Instituto Indigenista Interamericano, han reafirmado desde hace tiempo los derechos lingüísticos de las poblaciones indígenas del continente americano. La UNESCO también ha afirmado la importancia del uso de los idiomas vernáculos como parte integral de las políticas culturales de los Estados, particularmente en lo que se refiere a la educación de grupos minoritarios. En años recientes, varios países han cambiado sus posiciones tradicionales de discriminación y descuido de las lenguas indígenas y de minorías tribales, y han diseñado políticas para promoverlas y protegerlas.

---

21 Documento de la ONU citado.

22 Cf. Rodolfo Stavenhagen, "Human Rights and Peoples' Rights" The Question of Minorities, en *Is Universality in Jeopardy?*, New York, United Nations, 1987 (Sales Nº GV. E. 86. 0.3).

La sobrevivencia de las lenguas indígenas y tribales depende en gran medida, por supuesto, de las políticas culturales y educativas de los gobiernos. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de las minorías étnicas al disfrute de su propia cultura. El artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que la educación deberá orientarse al desarrollo pleno de la personalidad humana y del sentido de su dignidad. Los Estados miembros de la Convención contra la Discriminación en materia de Educación de la UNESCO, acordaron no permitir restricciones o preferencias en la educación en base simplemente al hecho de pertenecer los escolares a un grupo particular. La aplicación doméstica de estas normas universales es otro asunto. El Relator Especial de la ONU escribe que el derecho de las poblaciones indígenas a la educación no ha sido garantizado debidamente y en realidad no está siendo observado, y que los Estados con frecuencia no reconocen a la educación indígena tradicional basada en procesos educativos autóctonos y con frecuencia intentan eliminarla deliberadamente, reemplazándola con procesos educativos formales, ajenos y enajenantes.[23]

En consecuencia, en algunos países las organizaciones indígenas y a veces los gobiernos simpatizantes están experimentando con nuevas políticas lingüísticas y educativas que toman en consideración las demandas indígenas. Una premisa básica de estas nuevas escuelas es la enseñanza de las lenguas vernáculas, las lenguas maternas. Para alcanzar este objetivo, muchas de las lenguas indígenas deben ser provistas con alfabetos; han de prepararse materiales didácticos en las lenguas vernáculas; deben capacitarse maestros, con frecuencia de las mismas comunidades indígenas. Esto constituye un proceso largo y complejo, y actualmente los méritos

23 José R. Martínez Cobo, *op. cit.*, parrs. 89, 90.

relativos de uno u otro sistema educativo son objeto de debate entre educadores y funcionarios de gobiernos. En los países en los cuales existen numerosos pequeños grupos lingüísticos indígenas, los gobiernos sostienen que estas innovaciones educativas son costosas y básicamente ineficientes, y además consideran que fragmentar el sistema educativo de acuerdo a líneas lingüísticas pone en peligro la unidad nacional. En estos países, si existe una lengua nacional mayoritaria, la política gubernamental tiende a favorecer la enseñanza de la lengua nacional u oficial. En otros países, en donde las comunidades indígenas son numerosas, especialmente si disponen de cierto poder político, se tiende a aceptar la educación en lenguas indígenas.

En la mayoría de los países en los que se acepta la escolarización en lenguas indígenas, la norma tiende a ser la educación bilingüe. Se enseña la lengua indígena junto con la lengua oficial o nacional. La mezcla pedagógica entre estos diversos idiomas depende de condiciones locales. Algunos autores consideran que la escolarización formal en lengua indígena constituye simplemente un paso hacia la apropiación de la lengua oficial o nacional. Otros la consideran como un fin en sí mismo, que es lo que reclaman precisamente los pueblos indígenas. En la mayoría de los casos la enseñanza de las lenguas indígenas se lleva a cabo solamente en los primeros niveles de la educación primaria. En otros, cubre también los niveles secundario y técnico.

Un problema más complicado es cómo lograr que la escolarización bilingüe sea también verdaderamente bicultural o intercultural. De la misma manera en que los niños en el medio urbano-industrial aprenden formalmente su propia cultura "nacional", así también los niños en las escuelas indígenas deben aprender sus propias culturas, aparte de lo que aprendan acerca de la "sociedad total". Esto plantea tareas formidables a los

planificadores de la educación en cuanto a desarrollo curricular, preparación de textos y de materiales audiovisuales, etc. Los indígenas han estado reclamando el derecho de establecer y controlar sus propias instituciones educativas, lo que significa controlar sus propios currícula y contenidos educativos. Esto se ha conseguido en algunos países y se cuenta ya con experimentos educativos interesantes. En los países más pobres del Tercer Mundo esto debe ser responsabilidad de los gobiernos, pero los gobiernos, como se ha señalado anteriormente, no siempre tienen interés en emprender estas innovaciones, especialmente porque ellos han estado identificados por tanto tiempo con los enfoques asimilacionistas.

Aún si se logran los objetivos de la educación indígena en los términos descritos, persiste el problema de las culturas indígenas como un todo, como totalidades vivientes. Las culturas son patrones complejos de relaciones sociales, objetos materiales y valores espirituales que dan sentido e identidad a la vida comunal y que constituyen un recurso para la solución de los problemas cotidianos. Las culturas indígenas y tribales han sido particularmente vulnerables ante los ataques de la sociedad dominante y de los gobiernos. Desde épocas coloniales, numerosos Estados han adoptado la postura que las culturas indígenas deben desaparecer y que sus miembros deben ser aculturados a la llamada cultura nacional dominante. La discriminación y la persecución de las culturas indígenas abarcan una amplia gama de aspectos, incluyendo:

– la religión (prohibiciones respecto a las prácticas religiosas indígenas, conversiones forzadas, tomar niños de familias indígenas y colocarlos en escuelas religiosas);

– prohibir o desaconsejar el uso de nombres y vestimenta tradicionales;

– la profanación de sitios sagrados y entierros (los indígenas afirman que numerosos objetos y artefactos en museos y colecciones privadas en el mundo han sido robadas de sitios y monumentos que aún tienen significado cultural y simbólico para los pueblos contemporáneos. La destrucción de los sitios sagrados corre a cargo de quienes quieren realizar proyectos de desarrollo, de actividades militares, saqueadores de tumbas y buscadores de tesoros);

– la explotación de las expresiones artísticas de los pueblos indígenas (artesanías, danzas, ceremonias, música, etc.) para fines turísticos, sin importar la autenticidad y la preservación cultural, contribuyendo así a lo que muchos observadores han llamado la prostitución y degeneración de las culturas tribales e indígenas.[24]

El proyecto de Declaración Universal sobre Derechos Indígenas de la ONU incluye un artículo sobre "el derecho a manifestar, enseñar, practicar y observar sus propias tradiciones y ceremonias religiosas, y a mantener y proteger los lugares sagrados y cementerios, y a tener acceso a ellos con esos fines".[25] Pero el artículo no incluye, cuando menos en su forma actual, la obligación de los Estados y otros actores, de garantizar este derecho y de proteger estos sitios para los pueblos indígenas.

Algunos Estados y organismos internacionales están desarrollando lentamente ciertas políticas culturales para proteger y fomentar las culturas indígenas. Se ha hecho un comienzo al reconocer que los Estados en los que viven pueblos indígenas y tribales son sociedades multiétnicas y multiculturales, un concepto que muchos Estados no quieren todavía admitir. El Relator Especial de la ONU dice al respecto:

> "En las sociedades multiétnicas se debe siempre actuar según criterios que, en principio al menos, afirmen la igualdad de de-

24 Véase, por ejemplo, *Cultural Survival Quarterly*, Vol. 6, Nº 3, 1982.
25 Documento de la ONU citado, artículo 8.

rechos culturales entre los diferentes grupos étnicos. El Estado tiene la evidente obligación de formular y de poner en práctica una política cultural que, entre otras cosas, cree las condiciones necesarias para la coexistencia y el desarrollo armonioso de los diferentes grupos étnicos que vivan en su territorio, ya sea en virtud de disposiciones pluralistas que garanticen la no injerencia de un grupo en otro, ya sea en virtud de otros programas que garanticen oportunidades iguales y reales para todos".[26]

Así surge la pregunta de si existe un derecho humano a la identidad cultural. Parece que la comunidad internacional se está moviendo en esta dirección, si bien el concepto mismo está abierto a discusión.[27] Y los pueblos indígenas exigen que este derecho sea reconocido a nivel internacional y doméstico.

Dos problemas fundamentales surgen a este respecto que aún no han sido resueltos. El primero se refiere al proceso de cambio, adaptación y reinterpretación de las culturas. Las culturas indígenas y tribales no son estáticas y no deberán diseñarse políticas culturales protectivas que tiendan a mantenerlas, por así decirlo, como piezas de museo, una acusación que con frecuencia se hace a aquéllos que exigen la protección de las culturas indígenas. La solución a este problema es que los pueblos indígenas y tribales deberán tener la libertad de manejar sus propios asuntos culturales y desarrollar su propio potencial cultural con la ayuda, pero sin la interferencia, del Estado. ¿Y por qué con la ayuda del Estado? Porque si se les deja enteramente solas, estas culturas sí tenderían a desaparecer como resultado de los procesos etnocidas que tienen lugar en la sociedad con o sin la intervención del Estado. Y en la medida en que los Estados en general asumen la responsabilidad por la protección y/o el desarrollo de la cultura "nacional", así también las culturas indígenas deberán beneficiarse de

26 José R. Martínez Cobo, *op. cit.*, parr. 134.

27 Véanse, entre otras, las ponencias presentadas en la reunión internacional sobre "Derechos humanos-derechos culturales", organizada por la Comisión Holandesa de la UNESCO, en junio 1988.

esta protección sobre bases iguales y no discriminatorias.

El otro problema básico en relación con la posibilidad de que exista un posible derecho humano a la identidad cultural es que ciertas tradiciones y costumbres de las culturas indígenas son consideradas por observadores externos (principalmente occidentales) como violatorias de los derechos humanos individuales universales (por ejemplo, la mutilación sexual ritual de niñas y adolescentes, la inferioridad formal y social de las mujeres). ¿Cuál tiene prioridad: el derecho colectivo a la identidad cultural o el derecho humano individual universal a la libertad y la igualdad? Esta cuestión aún no ha sido resuelta de manera satisfactoria.

5) El derecho ind*ígena y la organización social.* Un factor principal que ha permitido la sobrevivencia de los pueblos indígenas y tribales ante los ataques persistentes que sufren por parte de la sociedad dominante, es su coherencia interna, su organización social, así como el mantenimiento de sus propias tradiciones, leyes y costumbres, incluso la autoridad política local. La personalidad distintiva de los pueblos indígenas no sólo es cuestión de lengua y otras expresiones culturales, sino el resultado de la reproducción social permanente del grupo a través del funcionamiento de sus propias instituciones sociales, políticas y frecuentemente, también religiosas. Existen excepciones, por supuesto, y en términos generales podría decirse que los pueblos indígenas y tribales que pierden sus instituciones sociales, también perderán a largo plazo su identidad étnica. También puede haber casos en que determinado grupo pueda mantener su identidad a pesar de divisiones y conflictos internos o la desagregación de las instituciones tradicionales. Sin embargo, por lo general, el mantenimiento a lo largo del tiempo de la identidad étnica y cultural está estrechamente vinculada con el funcionamiento de las instituciones sociales y políticas.

Muchos gobiernos consideran que la existencia de tales instituciones, diferentes de los mecanismos constitucionales o legales desarrollados por el Estado, constituye una forma de separatismo, una amenaza para la unidad nacional. La mayoría de los sistemas legales nacionales no reconocen las leyes e instituciones políticas indígenas. Por el contrario, pueden sostener que si ha de ser realidad la igualdad de todos ante la ley, tal como está establecida en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entonces ningún grupo étnico en particular deberá tener el derecho a sus propias instituciones políticas y legales en el marco del Estado. Pero muchos observadores han señalado que la igualdad ante la ley es una ficción piadosa cuando se trata de pueblos indígenas y tribales, y que uno de los mejores instrumentos con los cuales cuentan estos pueblos para la defensa de sus derechos humanos es precisamente la validez de sus propias instituciones. El Relator Especial de la ONU escribe al respecto: "Cuando ese derecho tradicional sigue teniendo vigencia entre las poblaciones indígenas surge la coexistencia de sistemas jurídicos. Mientras en unos países no se reconoce vigencia alguna a las leyes y costumbres jurídicas indígenas ante la innegable realidad de la persistencia de esas normas jurídicas, en otros países sí se ha reconocido la existencia de estas últimas para ciertos efectos".[28]

Los pueblos indígenas han exigido que sus instituciones legales y políticas tradicionales sean reconocidas por el Estado. El proyecto de Declaración Universal sobre Derechos Indígenas lo establece claramente:

> "21. El derecho a participar plenamente en la vida política, económica y social de su Estado y a que su carácter específico se refleje debidamente en el sistema jurídico y en las instituciones políticas, con la debida consideración y reconocimiento de las leyes y costumbres indígenas".

28 José R. Martínez Cobo, *op. cit.*, parr. 155.

El no reconocimiento de la ley indígena consuetudinaria por los sistemas legales nacionales establecidos puede conducir a serias violaciones de los derechos humanos individuales. Ello ha sido documentado, por ejemplo, en varios países de América Latina.[29] El Congreso Indigenista Interamericano de 1985 recomendó, entre otras cosas, que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas sea reconocido por el Estado.[30]

6) El *autogobierno, la autonomía y la libre determinación*. La cuestión de los sistemas legales y el derecho consuetudinario está vinculado directamente al gobierno tribal y comunal y al *status* legal de los pueblos indígenas en el marco del Estado-nacional contemporáneo. Desde tiempos inmemoriales, los pueblos indígenas y tribales han sido celosos de su soberanía e independencia. La mayoría de ellos fueron incorporados contra su voluntad a sistemas administrativos ajenos, mediante presiones militares y políticas. Fueron reducidos a la posición de "minorías" cuyas vidas y fortunas estaban determinadas y controladas por ministerios o departamentos especiales o por instituciones religiosas. Carecían de derechos políticos y estaban excluidos de la participación y representación políticas. Muchos de estos pueblos ni siquiera sabían a qué Estado "pertenecían" hasta épocas muy recientes. Durante la etapa de la expansión colonial europea, en algunos países se firmaron tratados entre las naciones indígenas soberanas y la potencia colonial o los gobiernos nacionales independientes post-coloniales. Pero con frecuencia estos tratados fueron violados y/o anulados unilateralmente por el Estado, sin consideración alguna por la soberanía y los derechos indígenas.

En los países en los que hubo tratados en tiempos coloniales e independientes, los pueblos aborígenes han

29 Véase Rodolfo Stavenhagen, *Derecho Indígena y derechos humanos en América Latina*, México, El Colegio de México y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.

30 Resolución núm. 20, reproducida en *Ibid.*, p. 113.

exigido desde hace mucho tiempo que, como consecuencia de estos tratados, ellos deberían ser considerados como naciones soberanas. Los gobiernos involucrados han rechazado este reclamo, pero han tratado de dar alguna solución satisfactoria a las demandas indígenas. El International Indian Treaty Council (Consejo Internacional de los Tratados Indios), una organización no gubernamental, ha presentado sus reclamos desde hace varios años ante las Naciones Unidas. En su sesión de 1988, el Consejo Económico y Social de la ONU, a recomendación de la Comisión de Derechos Humanos, nombró un Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, para que prepare un proyecto sobre los propósitos, ámbito y fuentes posibles de un estudio sobre la utilidad potencial de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre las poblaciones indígenas y los gobiernos, con el propósito de asegurar la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las poblaciones indígenas.[31]

Si bien en muchos países existen gobiernos tribales y comunales indígenas de *facto*, el reconocimiento formal y legal de estas instituciones por parte de los gobiernos se ha logrado sólo en forma parcial y desigual. Algunos gobiernos reconocen el derecho y las instituciones indígenas cuando éstos no entran en conflicto con las leyes nacionales, o bien solamente si se trata de miembros de la comunidad indígena o tribal. Tan pronto como se dan relaciones entre los indígenas y los no indígenas, entonces tiende a predominar el derecho nacional.

Las organizaciones indígenas en el mundo están exigiendo el derecho de autogobierno y autonomía. Algunos países lo han concedido. La libre determinación se ha planteado en años recientes como un reclamo político fundamental de los pueblos indígenas, especialmen-

31 Documento de la ONU E/CN. 4/Sub. 2/1988/24/Add. 1.

te en las organizaciones internacionales. Basan sus reclamos en el derecho humano a la libre determinación de los pueblos, tal como aparece en el artículo 1 de los dos Pactos Internacionales.[32] Estiman que siendo las "Primeras Naciones" originales de los territorios que habitan, y habiendo sido sometidos contra su voluntad a la soberanía de otros Estados y gobiernos, generalmente bajo la forma de invasiones, conquistas o colonialismo, tienen el derecho a la libre determinación como tantos otros pueblos que se han liberado del colonialismo. Además, piden el derecho de ser considerados como "pueblos", y no meramente como "poblaciones", tal como ha sido la costumbre hasta ahora en las organizaciones internacionales. También rechazan ser considerados como "minorías étnicas" y por lo tanto se niegan a ser tratados de acuerdo con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estas demandas han sido recogidas por los cuerpos especiales de la ONU que actualmente se ocupan de los derechos de los pueblos indígenas. Así, tanto el nuevo Convenio de la OIT como el proyecto de Declaración Universal de Derechos Indígenas utilizan el término "pueblos" en vez de "poblaciones".

La relevancia del artículo 27 del PIDCP para los derechos de los pueblos indígenas ha sido discutido ampliamente en el seno de los organismos especializados de la ONU. Hay voces gubernamentales y de expertos individuales quienes opinan que este artículo es válido para tratar de estos problemas; otros, sin embargo, lo niegan. El hecho es que la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías tiene, como su nombre lo indica, un doble mandato. Bajo el mandato de "protección de

32 El artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es idéntico: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".

minorías" la Subcomisión ha debatido durante décadas, sin llegar a ningún acuerdo, la posibilidad de elaborar una declaración universal de derechos de las minorías. Esta tarea ha pasado ahora a la propia Comisión de Derechos Humanos de la ONU (la cual, a diferencia de la Subcomisión, está compuesta de delegados gubernamentales y no de expertos individuales). En parte debido al atolladero en el que se encuentra el tema de los derechos de las minorías, la Subcomisión prefirió abordar la problemática de los derechos indígenas bajo la óptica de la "prevención de discriminaciones", su otro mandato. De allí que estas discusiones se han llevado a cabo al margen de la problemática del artículo 27 del PIDCP. Es probable, sin embargo, que en el futuro los dos temas sean tratados nuevamente en conjunto.

7) *Conclusiones.* La subordinación de los pueblos indígenas al Estado-nación, su discriminación y marginalización, ha sido generalmente el resultado de la colonización y el colonialismo. En el marco de los países políticamente independientes, la situación de los pueblos indígenas y tribales puede ser descrita en términos de *colonialismo interno.* Los procesos por los cuales han sido subyugados los pueblos indígenas y tribales por las sociedades actualmente dominantes, han estado acompañados con frecuencia por el *genocidio*, no solamente en el siglo diecinueve durante el auge de la expansión colonial, sino también en algunas partes del mundo durante el siglo actual y en época contemporánea. Las denuncias sobre el genocidio de las minorías étnicas en general y de los pueblos indígenas y tribales en lo particular han llegado regularmente hasta la comunidad internacional, pero ésta no ha querido o no ha podido hacer mucho al respecto. Este ha sido uno de los principales fracasos del sistema de las Naciones Unidas en años recientes, a pesar de la existencia de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Con mayor frecuencia, los pueblos indígenas y tribales han sido víctimas del genocidio cultural o *etnocidio*. "El etnocidio comporta dos aspectos principales: uno económico y el otro cultural. El etnocidio económico encaja en la teoría y la práctica del desarrollo. Significa que todas las formas de organización pre-modernas deben necesariamente desaparecer para dar paso ya sea al capitalismo privado o multinacional, ya sea al socialismo de planificación central o a una combinación de ambos. El etnocidio cultural (tal vez una tautología) significa que todas las unidades étnicas subnacionales deben desaparecer para dar paso al Estado-nación dominante, el Behemoth de nuestros días".[33]

Los gobiernos han llevado a cabo distintas políticas en diferentes momentos con respecto a los pueblos indígenas y tribales en sus territorios. Aparte la exterminación y el genocidio, que afortunadamente constituyen excepciones actualmente, las políticas de segregación, asimilación, integración y amalgamiento forzados, han podido llevarse a cabo con menor o mayor éxito. Estas políticas han provocado la creciente resistencia de las organizaciones indígenas en años recientes, y algunos Estados han experimentado con nuevos tipos de políticas, incluso el pluralismo, la autogestión, la autonomía, el autogobierno local y regional y el *etnodesarrollo*.[34] Este concepto reciente, así como el concepto de desarrollo endógeno propuesto en los años setentas, significa:

> "...mirar hacia adentro: significa encontrar en la cultura del grupo los recursos y la fuerza creativa necesarios para enfrentar los desafíos del cambiante mundo moderno. No significa la autarquía o un aislamiento auto-impuesto, y aún menos retraerse a un museo de la "tradición", aunque aquellas etnias que tal vez quisieran permanecer aisladas (como algunas tribus de la selva tropical de la cuenca del Amazonas) deberían ciertamente tener

33 Véase Rodolfo Stavenhagen, "Etnocidio o etnodesarrollo: el nuevo desafío", en *Mundo: problemas y confrontaciones*, Año II, N. 1, Invierno 1988, p. 61.
34 José R. Martínez Cobo, *op. cit.*, parr. 40.

la libertad de disfrutar del derecho humano fundamental del aislamiento. El etnodesarrollo no significa la secesión política o el separatismo de un Estado existente, aunque un pueblo que tiene aspiraciones de ser una nación independiente debería por supuesto tener la libertad para ejercer el derecho a la autodeterminación, como fue formulado por las Naciones Unidas. El etnodesarrollo no significa fragmentar las naciones existentes y subvertir el proceso de construcción nacional, sino más bien redefinir la naturaleza de la construcción nacional y enriquecer el complejo tejido multi-cultural de muchos Estados modernos, al reconocer las aspiraciones legítimas de las etnias culturalmente distintas que forman el conjunto nacional. El etnodesarrollo no significa empañar las muy legítimas divisiones de clases económicas y sociales que caracterizan el sistema del capitalismo mundial moderno al fomentar cierto "tribalismo" artificial, sino más bien supone que no únicamente la clase, sino también la identidad étnica y la comunidad étnica son principios de integración social... Finalmente, el etnodesarrollo significa reconsiderar la naturaleza y los objetivos de los proyectos de desarrollo al nivel local, desde las presas hidroeléctricas hasta la introducción de cultivos de plantíos manteniendo en mente, primero y principalmente, las necesidades, los deseos, las especificidades culturales y la participación de la base de los propios grupos étnicos".[35]

En 1977, la primera conferencia internacional de organizaciones no gubernamentales sobre los Pueblos Indígenas de las Américas tuvo lugar bajo auspicios de la ONU en Ginebra. A esta conferencia le siguió otra Conferencia de las ONG's sobre los Pueblos Indígenas y la Tierra, en 1981. Desde entonces, un número creciente de organizaciones indígenas y tribales han asistido a las sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU y han presentado declaraciones y documentos que se han discutido públicamente, y muchos de los cuales están siendo tomados en cuenta en el proyecto de Declaración Universal sobre los Derechos Indígenas en la ONU. La primera Conferencia de las ONG's en 1977 produjo una Declaración de Principios para la Defensa de las Naciones y Pueblos Indígenas del Hemisfe-

35 Rodolfo Stavenhagen, *Ibid.*, p. 69.

rio Occidental que afirma, *inter alia*, que los pueblos indígenas deberán ser reconocidos como naciones, y como sujetos de derecho internacional, siempre y cuando estos pueblos así lo manifiesten y cumplan con los requisitos fundamentales de la "nación".[36] Otras conferencias y otras organizaciones no gubernamentales han propuesto diversas declaraciones sobre derechos indígenas. Una tendencia general es la demanda del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Seguramente, este reclamo continuará en años venideros a ser un problema fundamental de los debates sobre derechos indígenas a nivel nacional e internacional.

Los derechos humanos individuales establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos son considerados como "un ideal común" de todos los pueblos y constituyen hoy por hoy, cuarenta años después de haber sido proclamados, parte del derecho internacional consuetudinario. Es evidente que los pueblos indígenas gozan de estos derechos. También gozan de los derechos humanos establecidos en los dos Pactos Internacionales. Pero parece existir un consenso cada vez mayor que estos instrumentos internacionales sobre derechos humanos no son suficientes para garantizar la sobrevivencia y la protección de los pueblos indígenas en el mundo, particularmente en vista de cambios económicos, sociales y culturales acelerados. En consecuencia, ahora se reconoce la necesidad de definir los derechos humanos económicos, sociales y culturales *colectivos*. Estos derechos colectivos no son ningún sustituto del goce de los derechos individuales y no se sobreponen a éstos. Los derechos colectivos (tal como el derecho de los pueblos a la libre determinación) deben ser vistos, más bien, como una condición necesaria para el pleno disfrute de los derechos individuales y, al revés, los de-

36 Citado *in extenso* en Roxanne Dunbar Ortiz, *Indians of the Americas, Human Rights and Self-Determination*, London, Zed Books, 1984.

rechos de las colectividades deben ser considerados como derechos humanos solamente cuando a su vez acrecientan el goce de los derechos humanos individuales, y no cuando los aplastan.

Dentro de este contexto debe considerarse el progreso en las actividades normativas internacionales tendientes a la identificación y definición comprehensiva de los derechos indígenas. Una Declaración Universal sobre Derechos Indígenas tendrá fuerza moral y política aún cuando todavía no sea un instrumento legal internacional formal. Esperemos que llegue a formar parte del derecho internacional consuetudinario. Una vez que haya sido adoptada, los Estados con poblaciones indígenas no podrán fácilmente ignorarla, y para los propios pueblos indígenas, la Declaración será un instrumento para la defensa y la protección de sus derechos, de la misma manera que la Declaración Universal de Derechos Humanos es una bandera en la lucha por los derechos humanos dondequiera.

Otro paso más será la redacción y adopción de un Pacto o Convenio de Derechos Indígenas que tendrá, ese sí, fuerza de derecho internacional. El Convenio 107 de la OIT constituye un instrumento de este tipo, y cuando sea ratificado, obligará a los Estados miembros. Desde la perspectiva de los pueblos indígenas, el problema de los Pactos y los Convenios, es que se trata de tratados entre Estados y que los pueblos indígenas no son parte legal de estos instrumentos. Por lo tanto, su ámbito es limitado, pero su fuerza residirá en la forma en que establezcan lineamientos y limitaciones a las políticas gubernamentales con respecto a los pueblos indígenas, y permitan a éstos utilizar estos instrumentos al negociar con los gobiernos los arreglos domésticos que norman las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados. Cualesquiera que sean sus limitaciones, estos tratados proporcionarán un marco dentro del cual los

pueblos indígenas devendrán sujetos de derecho internacional.

Algunos convenios internacionales establecen procedimientos especiales para la canalización de denuncias y quejas y para encauzar litigios y remedios. Así, la OIT ha establecido su Comité Especial como un foro para recibir quejas bajo todos sus convenios, incluso el 107. El Protocolo Optativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el Comité de Derechos Humanos, al que pueden acudir los individuos bajo ciertas condiciones. El desarrollo de normas internacionales sobre derechos indígenas debe incluir procedimientos flexibles y eficientes por medio de los cuales los pueblos indígenas (como individuos y como colectividades) puedan buscar remedios cuando son violados sus derechos.

También están en proceso de elaboración algunos instrumentos regionales. El sistema interamericano estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos que puede recibir quejas individuales que le son transmitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los pueblos indígenas y sus representantes, en ocasiones han presentado quejas a la Comisión Interamericana. Pero el sistema interamericano aún no ha desarrollado un conjunto de normas para los derechos humanos indígenas. El asunto está siendo tratado actualmente por la Organización de Estados Americanos que estudia la posibilidad de ampliar el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos (conocida como Pacto *de San José*), para incluir los derechos económicos, sociales y culturales. El noveno Congreso Indigenista Interamericano, que se efectuó en 1985, adoptó una resolución pidiendo a la OEA que desarrollara normas legales regionales sobre derechos indígenas.

Con frecuencia, los pueblos indígenas participan de amplias migraciones internacionales de trabajadores, y

también han sido víctimas de conflictos armados que los ha transformado en refugiados. Un futuro convenio de la ONU sobre trabajadores migratorios –actualmente en elaboración– podría tomar en consideración las necesidades y condiciones especiales de los trabajadores indígenas. Asimismo, los tratados internacionales sobre refugiados podrían ser puestos al día para incluir los problemas particulares de los refugiados indígenas.

En todas partes los pueblos indígenas han sido las víctimas históricas del racismo y de la discriminación racial. Pero estos conceptos se refieren originalmente al trato desigual basado en supuestas características biológicas de las poblaciones involucradas. Hoy en día es común encontrarse con la discriminación en base a factores étnicos y culturales. El racismo cultural y étnico está enraizado en las relaciones históricas y estructurales entre los pueblos indígenas y el Estado. Las actividades normativas internacionales constituyen un aspecto esencial de la lucha de los pueblos indígenas para la efectiva protección de sus derechos humanos, en el marco de los cambios estructurales que ocurrirán necesariamente si han de tener algún significado los derechos indígenas.

-257-

EDUCADORES PARA LOS DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO PARA MUCHOS

Abraham Magendzo K.
Universidad Academia de Humanismo Cristiano-Programa Interdisciplinario de Investigación en Educación, Chile

La tesis central de esta presentación es que la tarea educativa en y para los derechos humanos por su naturaleza misma no puede y, por qué no decirlo, no debe quedar relegada sólo a los educadores o pedagogos formales. Inclusive trasciende la acción de los educadores populares para ampliarse y abarcar a una diversidad de otros actores sociales.

Este trabajo presenta, en primer término, ciertos casos concretos que ilustran, a manera de ejemplo, cómo algunos actores sociales (psicólogo, abogado, asistente social, actor) hacen de su práctica una instancia de educación en los derechos humanos y de esta manera se convierten en educadores para los derechos humanos.

Fundamentados en la práctica de los actores sociales antes mencionados, intentaremos construir, posteriormente, un marco teórico conceptual que nos permite definir al educador en y para los derechos humanos como un actor social contextualizado, que en forma intencional transfiere y crea condiciones para la producción de conocimientos que inducen tanto la toma de conciencia como el desarrollo de un comportamiento consecuente con la vigencia, defensa y promoción de los derechos humanos.

I. Presentación de casos

Los cinco casos que a continuación presentamos, en forma suscinta, no hacen sino reafirmar la definición que hemos sustentado con respecto al educador en dere-

chos humanos. Como se podrá apreciar, en todos los casos hay un proceso intencionado que induce a que los actores educandos[1] de alguna u otra manera vayan generando un determinado conocimiento en torno al problema que los afecta. Lo interesante es que dicho conocimiento, como se podrá observar en los casos, emerge desde una práctica. Práctica que es imborrable y que se transforma en el centro neurálgico que estructura la toma de conciencia y el desarrollo de un comportamiento. El actor-educando internaliza los valores y una concepción de mundo desde y a través de su acción intencionada. Estos elementos educativos que ubican al actor social como educador en y para los derechos humanos no aparecen en la práctica de éstos en un orden o una concatenación rígida o mecánica. Por el contrario, cada actor social va, de acuerdo al plano de su intervención, estructurando su propia secuencia de aprendizajes. Sin duda, no hay ni pueden haber modelos únicos, rígidos y prescritos. Sin embargo, los elementos que definen a una práctica educativa en derechos humanos (contexto - utopía - intención - conocimiento - toma de conciencia - comportamiento), se hacen presentes de una u otra manera en cada uno de los casos.

Los educadores en derechos humanos en cuestión, consideraron necesario usar como un recurso educativo, preguntas inducidas, particularmente a través del *cómo*, más que de los *por qué*. Esto debido a que la interrogante "cómo" activa en el actor-educando una aproximación al conocimiento y a una toma de conciencia que pone el acento en un proceso más integral, autoafirmativo, que explora en ellos sus niveles de emociones y sensaciones. En cambio, la pregunta referida al "por qué" tiende a generar respuestas que obligan a dichas perso-

1 Estamos utilizando el término actores-educandos para referirnos a aquellas personas que interactúan con el actor social-educador asumiendo deliberadamente una actitud educativa en derechos humanos. El actor-educando puede ser una persona individual o un grupo de personas.

nas a una fundamentación o explicación que les compromete grados de abstracción más complejos.

Primer caso: Asistente Social

Gabriela Munita, asistente social, realizó una experiencia de formación en derechos humanos a través de su trabajo en Talleres Laborales con mujeres campesinas. Los Talleres están programados por la Municipalidad de Pirque[2] con el propósito de capacitar a mujeres en una técnica determinada, (mimbre, tejido o apicultura) de manera que ellas logren generar ingresos en sus familias y a la vez les permita organizarse en la autogestión de su producción. El tiempo contemplado para esta actividad es de un año distribuido en dos sesiones semanales de hora y media cada una, cuyos responsables directos eran un artesano especializado y la profesional mencionada.

Durante las primeras sesiones realizadas con los campesinos del Taller, la asistente social percibe que existe un conflicto central para que el grupo se constituya en una organización. El problema está referido a la *autoridad* enfocado desde dos dimensiones específicas: un por lado, cómo los campesinos entienden y se relacionan con la autoridad, tanto a la autoridad asignada a su propia persona como a la autoridad depositada en sus dirigentes; y por otro lado, cómo ellas participan en su grupo. Frente a esta situación que entorpece el proceso organizacional, la asistente social cree necesario que las participantes tomen conciencia del problema y vayan primeramente descubriéndolo o bien develándolo para que así, posteriormente, sea definido y explicado por las campesinas. Ella decide abordar conjuntamente su interacción de autoridad en este Taller con la interacción entre las mujeres al interior del grupo.

2 Zona rural ubicada a 20 kilómetros de Santiago.

Para provocar una aproximación de los integrantes al conocimiento de la realidad descrita, Gabriela realiza las siguientes actividades: a) parte cuestionando su propia presencia en ese lugar con la intención de desmitificar su poder reflejado en cierta medida por las frases que ahí ha escuchado "La señorita es autoridad no vé que viene de la universidad", "ella sí ha estudiado"; b) trabaja su situación de autoridad por medio de preguntas generadoras, a manera de ejemplo utiliza una secuencia de dibujos el cual representa un ratón comiendo queso y mordiendo libros en una biblioteca rodeado de otros ratones que desde su cueva lo aplauden. A partir de esta gráfica, las mujeres formulan e interpretan la situación observada relacionándola con el poder. c) Asimismo, la asistente social solicita al grupo que le formulen preguntas personales, formales o informales. La posibilidad de preguntar libremente es, precisamente, lo que va generando un clima de confianza básica en las participantes, puesto que a través de las respuestas obtenidas van detectando que la profesional y ellas comparten algunas experiencias "que son parecidas". d) También la asistente decide ir despejando dudas. Particularmente, les comunica que no por el hecho de trabajar en el Municipio significa que comparte sus ideas o programas y les sugiere que expresen desacuerdos personales o grupales en torno a su gestión; finalmente estipula un pacto de confianza entre las trabajadoras y ella.

En lo concerniente a cómo las campesinas conciben la autoridad de sus dirigentes, la situación se fue develando por medio de cinco ejercicios: primero, en la representación colectiva de un sociodrama;[3] segundo, la construcción de rompecabezas en grupos pequeños los cuales asocian a su experiencia grupal de ser parte de un to-

3 Recurso educativo cuyo objetivo es visualizar las relaciones de confianza que espontáneamente se han generado en un grupo.

do; tercero, en el análisis de frases recurrentes de la directiva como "si ustedes no toman la iniciativa, yo decido"; cuarto, en un diálogo tendiente a confrontar y respetar las distintas opiniones; y por último, un autoanálisis referido a sus niveles personales de participación. A través de este proceso, las mujeres indagaron en su realidad y fueron tomando conciencia del trasfondo existente en su problemática, lo cual se manifestó en el reconocimiento que ellas hicieran respecto de los atributos o cualidades que le otorgaban a la autoridad, junto con expresar los aciertos y errores de la directiva y de su propia participación en el Taller. A partir de esta experiencia de reconocimiento las campesinas logran deducir claves centrales para la organización como "el sentimiento del nosotros" y el pertenecer a una tarea común donde cada persona aporta sustantivamente en el quehacer del grupo. De igual manera, ellas consiguen abstraer ciertas características que le confieren autoridad a un dirigente, entre otras el ser democrático, interpretándolo como quien promueve el diálogo y las decisiones en conjunto.

La asistente social piensa que el aprendizaje en derechos humanos más nítido en esta convivencia apuntan al derecho de igualdad y dignidad de toda persona. Las campesinas independientes de su posición económica y escolaridad (la gran mayoría analfabetas) se percibieron con igual derecho a opinar, a participar en la gestión de su taller laboral y con el derecho de elegir autoridad por voluntad personal expresada en elecciones libres periódicas y secretas.

Segundo caso: Psicóloga

Elizabeth Lira, psicóloga, cuyo trabajo se ha centrado preferentemente en la atención terapéutica a personas afectadas por la represión y en propuestas de salud mental para el conjunto de la sociedad orientadas a la

construcción de una cultura democrática, nos comunica su experiencia. Señala que para abordar un trabajo de defensa y promoción de derechos humanos, primeramente fue necesario rediseñar el trabajo terapeútico, orientándolo a personas afectadas traumáticamente por la represión. Los psicólogos no estaban preparados para trabajar con conflictos de tanto dolor provocados por violaciones a los derechos humanos. Estas violaciones comúnmente se vinculan a una complejidad de situaciones superpuestas, como el caso de las detenciones que implican aislamiento, incomunicación, tortura, prisión y en ciertas circunstancias exilio y retorno. Todas, sin duda, exigen del profesional un desafío de comprensión, tanto del proceso que se está desarrollando como del tipo de perturbación que el sistema genera en las personas afectadas. Por consiguiente, se requiere una revisión del psicólogo en su formación universitaria recibida. Esta tiende a privilegiar las visiones intimistas, de corte psico-analítico-tradicional, descuidando cómo el contexto social y político incide de manera determinante sobre el contenido de una patología específica.

Elizabeth Lira identifica algunas etapas básicas en la recuperación de las personas dañadas en sus derechos; se parte recapitulando con el paciente lo que fue su vivencia a través de una toma de conciencia inducida, pues resulta poco probable que la persona por sí misma conozca a cabalidad la magnitud de su daño. Se requiere trabajar con el afectado todo lo que está comprometido en su situación; preferentemente su dignidad de persona, lo cual se realiza valorando con él sus zonas más sanas, sus recursos, sus afectos y capacidades. En este tomar conciencia suele emerger lo que fue su compromiso político, tópico que provoca un momento crítico para la persona debido a que es precisamente por uno de los aspectos que él más valora que se le persigue. Entonces, resulta indispensable revalorizar con él su identidad y su proyecto de vida y de sociedad, una revalorización en

estos dos sentidos es fundamental por cuanto ellos constituyen una parte esencial de sus derechos. Lo descrito implica, obviamente, que el paciente reconozca que sus derechos han sido vulnerados. Es preciso recordar que hasta el año 1983 no se podía en Chile decir públicamente "yo he sido torturado". Más aún, la persona que salía de la prisión debía firmar obligada "que no había vivido lo que vivió". Lira señala que el hecho de negar la propia experiencia es destructivo y perverso, ya que confunde al afectado e incluso puede distorsionar en él sus niveles de conciencia y de realidad. Es así que al menos en un primer momento el psicólogo intenta en el espacio privado de la terapia que la persona recupere lo que vivió, lo que le ocurrió y vaya concibiéndolo como un suceso real y verdadero; a través de este reconocimiento es posible poner en paz sus percepciones.

Un problema medular que el psicólogo debe abordar para los derechos humanos, es el referido al olvido. Elizabeth Lira considera que quien ha vivido la violación de sus derechos, por una parte necesita olvidar y por otra es imposible olvidar algo que ha sido traumático. Por lo tanto, el psicólogo-educador debiera intentar que la persona afectada canalice su pasado doloroso en un futuro que legitime sus proyectos personales y sociales. En esta perspectiva uno de los aprendizajes en derechos humanos radica en que la persona en cuestión logre conocer, clarificar y expresar las injusticias que subyacen en lo sucedido.

Debido a que la terapia individual cuenta con un efecto multiplicador pequeño, la psicóloga opina que se requiere abordar también el impacto que ha generado para el conjunto de la sociedad el estar privada por largo tiempo de sus derechos en el ámbito individual, político y social. Por tal motivo, considera insoslayable que la sociedad en su conjunto reconozca que convivía con una anormalidad a la que se fue acostumbrando (igual

que al smog) y sometiendo por temor a la represalia. A la vez, es importante que la sociedad en su conjunto vaya remirando cómo el contexto de la dictadura generó en ella un temor desmesurado y un modo de estar y actuar de cada uno de sus miembros con esa realidad. Se hace necesario, entonces, provocar formas de intervención masiva tendientes a revertir la situación transformando una cultura social del miedo en una cultura democrática. La tarea a emprender apunta a remover la conciencia de este pueblo traducida en una comprensión social donde todos nos involucremos en lo que aconteció. Es así como este problema cultural del miedo no le compete sólo a los políticos, la Iglesia o a solemnizarlo en la psiquiatría, sino que le corresponde al conjunto de la sociedad desarrollar formas que le permitan despegar de esta situación. Para Elizabeth, una fórmula acertada tal vez sería integrar la sociedad a través de una pregunta: ¿qué hacemos?

Cómo se puede apreciar la tarea educativa-psicológica en derechos humanos trasciende el plano individual para penetrar lo societal. En efecto, al igual que con las personas directamente afectadas en sus derechos, la sociedad requiere asumir el problema del olvido buscando cómo dar cabida en ella el olvido y el recuerdo, el futuro y la memoria histórica. En cuanto al imperativo que masivamente se reaprendan conductas de convivencia democrática se hace preciso ir transformando conductas sociales pasivas por conductas activas. Una manera eficaz de conseguirlo consiste en que la gente se exprese, opine, se haga oír y esa voz tenga un impacto o una significación en su medio; dichas conductas refuerzan en las personas la idea de que "las cosas pueden ser cambiadas".

Una toma de conciencia y un conocimiento profundo de los derechos humanos en cuanto a su defensa y promoción, demanda simultáneamente información y que-

hacer concreto. Quienes conozcan los derechos humanos tendrán que experimentar que se puede sustituir la realidad, atropelladora de sus derechos, por una realidad que los legitime. Resulta consustancial a su saber en derechos humanos que las personas los vivencien a través de un proceso que en sí mismo contenga conocimiento y acción, sencillamente porque en la medida que "se conoce, se hace y al hacer algo se conoce". La psicóloga subraya, por tanto, que el aprehender en derechos humanos se vincula preferentemente a un conocimiento producido por imágenes sensoperceptivas (visuales, táctiles, auditivas), las cuales al ir relacionándose con los conceptos y las experiencias posibilitan y le garantizan consistencia educativa a una cultura democrática.

Tercer caso: Abogado

El abogado Fernando Escobar considera que una instancia privilegiada como educador en derechos humanos le correspondió al ejercer su profesión en dos consultorías jurídicas ubicadas en la población Los Nogales.[4] En ambas deliberadamente intentó que los pobladores que consultaban respecto a algún problema legal fueran entendiendo que no es la ley la que determina sus vidas, sino que son precisamente ellos mismos a quienes les corresponde ubicarse en una perspectiva distinta en la resolución de sus conflictos. Esto, indudablemente, significaba realizar con los involucrados un proceso a través del cual comprendieran su realidad y fueran desplegando conductas y actitudes que les permitiera enfrentar sus conflictos legales cotidianos. También implica para el educador-abogado ir redescubriendo y recreando procedimientos jurídicos que superen –tal como ocurre con la realidad– las estructuras legales contenidas en el Derecho Formal. Para tal efecto, Fernando fue aprendien-

4 Lugar poblacional principalmente de extracción obrera, ubicado en la zona oeste de Santiago.

do a constituirse lo que en jerga jurídica se ha denominado un juez de paz, o sea en quien recepciona, indaga, interpreta y opta en conjunto con las partes afectadas, alternativas de solución. Todo esto, a su vez, le permitió ir revalidando la función que cumplen los tribunales populares entendidos como unidades jurisdiccionales de resolución de conflicto. Para graficar esta experiencia, el abogado menciona dos casos específicos y recurrentes de consulta que son el de "la mujer agredida por su marido" y "las severas peleas entre los vecinos del lugar".

1. En relación a la situación de la mujer pobladora agredida por su marido, el abogado-educador señala que generalmente ella suele llegar al consultorio con una fuerte sensación de impotencia. Se percibe a sí misma aplastada o entrampada en un problema donde hay poco o nada por hacer.

Lo educativo se realiza: a) a través de un trabajo en conjunto con la afectada, tendiente a que se desvanezca en ella ese sentimiento de derrotismo tan presente en su experiencia y que sólo ha contribuido a que la mujer se paralice y permanezca en su condición de maltratada. Su toma de conciencia va surgiendo en la medida que se da cuenta que puede y tiene que hacer algo y su impotencia se va trasladando a un sentimiento de valorización por su persona, particularmente por su cuerpo. Es en esta circunstancia donde ella empieza a reconocer implícitamente dos de sus derechos elementales: referidos a la seguridad de su persona y al no estar sometida a tratos crueles. b) El abogado le da a conocer un resquicio legal, que hasta ese momento ella ignoraba, que consiste en el "divorcio temporal", el cual faculta para suspender las relaciones de pareja por un período determinado. El conocer esta alternativa legal permite a la pobladora defender su derecho de integridad física por cuanto el contar con un papel que acredita su nueva si-

tuación legal ella puede exigir a los carabineros[5] que intervengan directamente en caso de ser agredida, lo que en otras ocasiones no ocurría debido a que la fuerza pública se excusaba de sus obligaciones aludiendo que no les compete interferir en agresiones entre cónyuges. c) En una tercera etapa se pretende que la persona afectada visualice que su problemática no es privada o individual, puesto que existen varias pobladoras que comparten su situación, de tal forma que ella se integre a una organización en donde pueda ir buscando, en conjunto con otras mujeres, resoluciones o formas de acción complementarias.

2. Con respecto a lo concerniente a peleas entre vecinos, éstos se expresan principalmente en un lenguaje agresivo que incluye las amenazas físicas en donde comúnmente suele ser causal de litigio un territorio o terreno sujeto a efectos de limpieza, ornamentación o uso común. En esta situación, suele ser la parte que se siente desprotegida o en desventaja quien solicita asesoría jurídica. El abogado recurre a una fórmula ritual pero efectiva que es la clásica citación judicial. Reunidas ambas partes, el *abogado-educador* intenciona un proceso a seguir con los vecinos de manera que ellos vayan tomando conciencia que a ambos los compromete una misma problemática. La toma de conciencia se trabaja a través de preguntas indagatorias, las cuales generan las condiciones para que los sujetos en cuestión puedan ir definiendo y centrándose en ciertos aspectos del conflicto que confrontan. Es importante que logren ir expresando sus subjetividades, emociones y tipos de racionalidad comprometida en torno a él. Es así como a través de este ejercicio se van develando sus miedos, tensiones, rabias e ideas comprometidas en la situación, todo lo cual va construyendo en ellos su propio juicio interno, lo cual les impulsa a procurarse alternativas de solución.

5 Se llama así a la fuerza pública en Chile.

Quizás la modificación de conducta más sustantiva en el caso descrito corresponde a internalizar en su actuar cotidiano el diálogo y el consenso, lo que ciertamente incide en el respeto de sí mismo y del otro.

Cuarto caso: Psicólogo

La experiencia que ha realizado el psicólogo Pablo Valdivieso, en cuanto a ser un agente formador en derechos humanos, incluyen dos campos específicos: el trabajo con niños de zonas marginales y con jóvenes retornados del exilio.

1. En relación a los niños, el psicólogo opina que él ha intencionado su trabajo de los derechos humanos fundamentalmente a través de un conocimiento práctico. Es decir, que las personas involucradas en la temática adquieren conciencia de alguno de sus derechos por la vía de su propia experiencia cotidiana. Una manera de provocar este proceso consistió en procurarle a los niños un ambiente de afecto y libertad, un espacio educativo de expresión y tolerancia donde exploraran formas de relacionarse con los otros respetuosa y abierta tanto a los consensos como a los disensos. Estas condiciones se vinculan directamente con algunos derechos esenciales, tales como el derecho a una vida feliz, al cariño o calidez humana, al de libertad de opinión y de diversidad de intereses. Es así como los niños van conociendo espacios posibles en los cuales vivir sus derechos, y es precisamente al ir ejerciéndolos que van modificando actitudes y conductas y reconociendo la diferencia entre contar con un derecho y estar privado de él. Por lo tanto, Valdivieso considera más atingente que los niños experimenten dichos derechos a mediatizarlos por un conocimiento más intelectual entregado en un artículo o un documento. Ahora, para lograr una toma de conciencia consistente, el psicólogo ha explicitado con los niños sus derechos por la vía de las comparaciones, de problema-

tizar su realidad utilizando una pedagogía de la pregunta. Por citar un ejemplo, en lo concerniente al derecho a la recreación, se plantea ¿por qué otros pueden ir al cine, a la playa o columpiarse en el parque? Al ir contrastando realidades, genera un conocimiento sobre los derechos de las personas. También ha complementado este trabajo con dinámicas e instancias grupales, las cuales favorecen que los niños se escuchen, fluyan sus subjetividades, dialoguen, descubran y toleren sus diversas opiniones o aproximaciones a una problemática, y se responsabilicen de su práctica. El psicólogo acota que en cierto sentido el proceso de aprehensión de los derechos humanos en los niños, e igualmente en los jóvenes y adultos, necesariamente tiene que ser holístico. En la experiencia descrita, los cambios de conductas más observables en los niños apuntan el haber internalizado el efecto positivo del diálogo, a discriminar cuándo gozan y ejercen ciertos derechos y a una solidaridad activa en el grupo, desplegada en el escucharse y en el tolerarse.

2. Con respecto a los jóvenes que retornan del exilio, la tarea educativa con ellos se asienta principalmente al reivindicar sus derechos a una nacionalidad, a participar en el gobierno de su país, y a la salud. La problemática que implica el volver a la patria se asume simultáneamente a través de dos dimensiones: la Psicoterapia y los Talleres específicos de participación cívica. a) En el primer caso, se trabaja en la consulta, problemas personales que aluden a la "identidad" del retornado y su correspondiente resocialización o reaculturación. El joven, al acudir a una psicoterapia, está consciente o inconscientemente intentando reivindicar su derecho a una salud mental, que ciertamente no se encuentra explícitamente nombrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, puesto que en el momento que se promulgó no se concebía la salud como un proceso integral. Pues bien, en esta búsqueda de salud que hace el

joven afectado se pretende que indague en el conocimiento del "yo", puesto que al darse cuenta de sí mismo va tomando conciencia de sus emociones, reconociéndolas, revisándolas, cuestionándolas, aprendiendo de esta forma a respetarlas y no castigarlas y, a su vez, ir previsionándose de interacciones más sanas. Esta toma de conciencia se provoca a través del reflejo que hace el psicólogo y de interpretaciones subjetivas del joven. Lo interesante de esta experiencia reside en que el retornado logra reformularse alternativas de acción que le permitirán su incorporación a una cultura hasta entonces distante y en ciertos casos amenazadora.

b) Los Talleres de formación, por otra parte, apuntan a su socialización con otros jóvenes cuyo propósito es presentarles el devenir histórico de su país, de tal forma que ellos indaguen, discutan y confronten las causas y efectos de lo acontecido para que así puedan ir percibiéndose partícipes de un proyecto nacional, capaces de hacer aportes al proceso histórico. Nuevamente esta situación se intenciona en miras del derecho a una nacionalidad, traducida en acciones concretas.

Quinto caso: Actor

Esteban Lara, actor integrante del grupo de animación comunitaria Santiago, ha coordinado diferentes talleres de teatro, principalmente con jóvenes de provincia.

Así, por ejemplo, en un taller realizado en Temuco, patrocinado por el Servicio Paz y Justicia (SERPAJ), los jóvenes participantes mostraron desde el inicio de las sesiones problemas de desmotivación y de agresividad reflejado básicamente en no encontrarle un sentido ni al grupo de pertenencia ni a las actividades libremente escogidas por ellos. El actor-educador, ubicado en esta situación, opta por trabajar ciertos tópicos centrales para

la motivación. En primer lugar, formula preguntas: ¿por qué desean hacer teatro? ¿qué saben del teatro? ¿cómo ven a los artistas? en fin, múltiples interrogantes cuyo propósito es sondear cómo los jóvenes conciben y se relacionan con este oficio o profesión. Luego, a través de una ronda de conversaciones, expresaron las expectativas e intereses mutuos con respecto al taller. Enseguida, Esteban intenciona el quehacer grupal hacia una revisión de la agresividad allí presente focalizándola en el contexto familiar; este ejercicio permitió que los jóvenes se trasladaran, comunicaran y contrastaran distintas experiencias vinculadas con su infancia y los adultos de su hogar. El grupo fue así visualizando una cadena de opresiones cotidianas, por ejemplo: su padre, al recibir escaso salario o ser maltratado por sus jefes (capataces de construcción), descargan la tensión en la familia, la que a su vez ellos vuelcan en el grupo juvenil. Una de las técnicas que favoreció la toma de conciencia y el cambio de conductas agresivas por parte de los jóvenes pobladores, consistió en recurrir al "teatro del oprimido" en donde lograron representar situaciones y conflictos, del mismo modo pudieron sustituir personajes actuando indistintamente los más variados roles a través de los cuales mostraban al propio papá, mamá y agresor que habían internalizado. Por consiguiente, fueron suplantando las iniciales soluciones mágicas por otras más reales.

También el actor-educador orientó las actividades con el propósito que los jóvenes reforzaran una autoimagen afirmativa, considerando que ellos se percibían como seres marginales: ("siempre vamos a ser marginados", "no nos vamos a superar aquí ni afuera"). Por tal motivo, organiza ciertas condiciones que hagan factible promover en el grupo un estilo de relaciones distintas, abriéndolos a un vínculo nuevo. Esto se realiza a través de actividades de construcción de máscaras, títeres y sombras chinas y de una investigación-montaje de la vida cotidiana de la población. Todo esto, les implicó aden-

trarse en sus propios mitos, leyendas, música y personajes. La sensación de que están armando algo en conjunto y que integraban sus vivencias (calle, familia, trabajo) fue dándole un sentido a lo que hacían. En cuanto a las representaciones posteriores, probaron cambios de escenario y el ensayo-error de acciones. También conocieron cómo elaborar un montaje y, precisamente en torno a lo averiguado sobre su comunidad, representaron escenas en las cuales los espectadores (vecinos del lugar) se vieron reflejados.

Probablemente uno de los derechos humanos más próximos a esta experiencia es el relacionado con la dignidad humana y el de participación activa, puesto que los jóvenes toman conciencia que son capaces de crear y recrear y de modificar sus acciones. expresado entre otras cosas, en la disminución de la agresividad y en el plantearse una cierta normativa tendiente a la cooperación grupal en las actividades emprendidas por ellos.

II. Marco teórico conceptual

El análisis de los casos presentados nos permite reforzar la definición que diéramos sobre el educador en y para los derechos humanos. Por sobretodo, nos induce a profundizar en cada una de las categorías que caracterizan la tarea de un actor social que se predispone a educar en derechos humanos, vale decir: contextualizado pero elaborador de utopías, intenciona aprendizajes, creador de condiciones para la producción de conocimientos, para el desarrollo de conciencia y para la adquisición de comportamientos.

El educador en derechos humanos, un sujeto contextualizado

Cuando decimos que el educador en derechos humanos es un sujeto contextualizado, estamos haciendo re-

ferencia, por un lado, a su capacidad de elaborar utopías y por el otro a ubicarse en la realidad de la vida cotidiana. Si bien, a primera vista este planteamiento puede aparecer contradictorio, no lo es, cuando lo vinculamos con la tarea del educador en derechos humanos.

Contextualizarse significa, precisamente, poder captar la realidad con el propósito de profundizar en sus contradicciones, conflictos, vicisitudes, aciertos, frustraciones, logros y fracasos y desde ahí poder levantar utopías.

El educador por definición es alguien que elabora utopías "Cuál sería su rol, si no fuera capaz de imaginar, conjuntamente con otros, los "actores-sociales-educandos" un mundo mejor? El educador en derechos humanos es por naturaleza misma un ser que crea esperanzas. No podría ser de otra manera, no podría ser un sujeto resignado frente a la realidad y frente a las múltiples necesidades que desde la postura de los derechos humanos hay que satisfacer.

A modo de ejemplo, recordemos el trabajo de la psicóloga en donde la utopía se centra en que las personas que han sido víctimas de la tortura canalicen su pasado doloroso en un futuro donde legitime sus proyectos personales y sociales.

Inmerso en la cotidianeidad, conocedor de ella, elabora en y con ella las utopías que no son sino el rescate de los proyectos que los hombres de carne y hueso se dan con el fin de abrirse caminos de transformación. En este sentido es aplicable a la relación utopías y contexto lo señalado por Manheim:

> "... La relación entre la utopía y el orden existente es una relación dialéctica. Es decir, cada época permite que surjan (en diferentes grupos locales) aquellas ideas y valores en las que se contiene en una forma condensada, las tendencias no realizadas que representan las necesidades de cada época. Estos elementos intelectuales luego llegan a ser el material explosivo que hace es-

tallar los límites del orden existente, dando origen a utopías que a su vez rompen las ataduras y los vínculos del orden actual, dejándole en libertad para desarrollarse en la dirección del próximo orden de existencia".[6]

Sin duda, que los derechos humanos constituyen en nuestros días y para nuestra América Latina una, o quizás la "tendencia no realizada que representa las necesidades de nuestra época". Es aquella mirada crítica a lo que existe y es el proceso de imaginar algo mejor. Es la configuración de una nueva identidad sobre la base de una realidad histórica.

El educador en derechos humanos, no está divorciado de la realidad y del contexto, por el contrario, de ella se nutre porque se ubica críticamente frente a ella y desde ahí construye la utopía. Esto se refleja en el caso de la Asistente Social quien reconoce que en el contexto campesino, la autoridad suele ser concebida o relacionada con los estudios y niveles de escolaridad de las personas desde la cual ella desmitifica y cuestiona.

El educador intenciona deliberadamente el aprendizaje de los derechos humanos

Hemos sostenido en nuestra definición que el educador en derechos humanos *intenciona* el conocimiento, la toma de conciencia y la modificación de comportamientos en la dirección de los derechos humanos. En otras palabras, estamos afirmando que los aprendizajes para los derechos humanos no quedan sujetos –por parte del educador– al espontaneísmo o son fruto de situaciones fortuitas o emergentes. Cierto que estas situaciones pueden producir aprendizajes, que el educador no debe descartar, pero pensamos que en derechos humanos es apropiado que el educador se proponga deliberadamente originar aprendizajes pertinentes. Decimos esto, por-

6 K. Manheim, Ideology and Utopia, New York, Harverst Book 1936; p. 199

que estamos ligando la educación en y para los derechos humanos con un proyecto político, con un proyecto tendiente a producir transformaciones sociales que concreticen los principios de igualdad, justicia y libertad que subyacen en la ideología de los derechos humanos. Los derechos humanos forman parte de un nuevo paradigma de concebir el cambio social.[7]

En esta perspectiva no cabe sino que el educador *intencione* su quehacer profesional y cotidiano en la dirección de los derechos humanos; que se proponga convertir su práctica social en una situación que promueve deliberadamente la formación de un sujeto consciente de sus derechos. En este sentido, el educador en y para los derechos humanos abandona la "máscara de la neutralidad" que otros educadores se ponen o desean ponerse, para decir abiertamente y sin reparos que él se propone influir en la formación de sujetos defensores, respetuosos y promotores de los derechos humanos.

El educador no debería ser tan ingenuo para pensar que los aprendizajes en y para los derechos humanos se producen automáticamente como resultado de las experiencias que se tienen de vivir situaciones en que están comprometidos los derechos humanos. Sin desestimar la importancia que dichas experiencias tienen, creemos que un actor social se constituye en educador cuando de manera *deliberada* transforma dicha experiencia en una instancia de aprendizaje en derechos humanos.

El educador en derechos humanos transfiere y crea condiciones para la producción de saberes y conocimientos en derechos humanos

El educador asume, en su calidad de tal, la tarea de transferir y producir conocimientos. Referidos al cono-

7 Jorge Osorio y Luis Weinstein (Editores). La Fuerza del Arco Iris, Movimientos Sociales, Derechos Humanos y Nuevos Paradigmas Culturales, Santiago, Chile, CEAAL, 1988.

cimiento de los derechos humanos, ambas tareas tienen que fundamentarse en una serie de principios epistemológicos congruentes con dicho conocimiento.

En efecto, aproximarse a los derechos humanos implica, precisamente, abandonar los modelos dicotómicos, cartesianos, absolutistas y universalistas, para favorecer un conocimiento integrador, experiencial, vivencial, y organizador. En éstos interactúa lo subjetivo y lo objetivo, el orden y el desorden y tienen cabida lo particular y lo universal, lo individual y lo social; lo racional y lo irracional. Los derechos humanos están cargados de todas las contradicciones propias de lo humano, es así como todos los casos descritos buscan provocar en los educandos un conocimiento holístico en torno a los derechos humanos. Nos referiremos particularmente, a la práctica educativa realizada por el abogado quien aborda un problema de litigio entre vecinos de una población, a través de un diálogo con los involucrados, en donde va incorporando las subjetividades, emociones (rabias, miedos) juicios e ideas comprometidas en la situación.

El "conocimiento", el "saber" de los derechos humanos no existe sólo ahí, afuera, externo al sujeto cognoscente que los aprende. No es un conocimiento que tiene propiedades independientes de cualquier persona o de otros seres que lo experimentan. Es un conocimiento que necesita de la intuición, de la imaginación, de lo émico, de lo subjetivo, de lo cotidiano. No puede quedar reducido a la Declaración Universal de los Derechos Humanos por importante que ésta sea como objetivación de una práctica exigible a la humanidad toda. Debe abrirse, ampliarse en y con la experiencia concreta individual y colectiva de los hombres de carne y hueso que la viven y la hacen suya. Las abstracciones de los derechos humanos son marcos referenciales con carácter normativo que obligan y comprometen, pero que adquieren su

real dimensión en la práctica particular de individuos y grupos concretos.

En la comprensión de un conocimiento que se construye sobre las contradicciones que surgen de las redes de comprensiones y significaciones históricas que se tejen en torno a los derechos humanos, podemos decir enfáticamente que esta temática tiende, necesariamente, a producir un conocimiento más bien que a reproducirlo.

Producción que en una palabra combina y hace confluir los planos cognitivos y afectivos, lo experiencial y lo imaginativo, lo observable y lo oculto, producción que sin embargo, no está libre de las visiones y referentes ideológicos, sociales, lingüísticos y antropológicos que determinados tiempos, espacios y que ciertos grupos de poder le confieren a la temática de los derechos humanos.

En este sentido, el educador en derechos humanos emplea la metodología de la investigación participativa y sitúa la intersubjetividad del proceso de producción de conocimiento como elemento de validación. El conocimiento en derechos humanos es construido entre ambos actores: educador-educando, participativamente, en pie de igualdad. Quienes poseen el conocimiento de lo inmediato, de lo natural, de lo cotidiano, son los actores que están insertos en esta cotidianeidad. Son, pues, los que están dentro de una situación, los que poseen un conocimiento inicial sobre lo real. El educador facilita, ordena para que los actores-educandos sean sujetos de su propio proceso de producción de conocimientos.

Tal situación se grafica en la experiencia educativa del actor-educador en el sentido que orienta su trabajo con jóvenes marginados hacia una investigación-montaje de su ambiente o entorno, quienes exploran en los mitos, leyendas, costumbres y personajes de la cotidia-

neidad y posteriormente representan teatralmente dichas escenas.

El educador en derechos humanos ubicado en una racionalidad integradora

La tarea de producir conocimientos en derechos humanos que hemos esbozado en el punto anterior, presupone que el educador abandone definitivamente la racionalidad "positivista" y "objetiva" que se ha configurado en torno al conocimiento y a la educación.

Edgar Morín,[8] sostiene "que la razón en su pretensión conquistadora abarca al mismo tiempo el método de conocimiento y la realidad de conocer; echa los cimientos de la adecuación de la idea al objeto, es decir, la verdad. Y el aliento racionalista no se detiene ahí. En un verdadero despliegue trans-paradigmático, se lanza sobre el tema, se asienta en él y se convierte en su guía ético, el principio de organización de su vida".

"La razón se convierte en el gran mito unificador del saber, de la ética y de la política. Hay que vivir según la razón, es decir, rechazar las llamadas de la pasión, de la fe y, del mismo modo que en el concepto de la razón existe el principio de economía, la vida según la razón está de acuerdo con los principios utilitarios de la economía burguesa. Pero además, la sociedad exige ser estructurada según la razón, es decir, según el orden y la armonía".

El paradigma racional ha otorgado a la educación el basamento conceptual a la concepción tecnológica de la educación y al enfoque racional para planificar, desarrollar, implementar y evaluar currículum.[9] El fantas-

8 Edgar Morín, La razón desracionalizada, Letra Internacional, Nº 8, Invierno 87/88, p. 43.

9 Ralph Tyler, Basic Principles y Curriculum and instruction, Chicago University of Chicago Press, 1949.

ma de lo racional es una ideología que satura la conciencia de los educadores y de las instituciones educativas y las controla utilizando el lenguaje de la ciencia, de la eficiencia, de la empresa, de la utilidad y de la eficacia.

Las analogías con las cuales la educación es comparada, bajo la óptica racional, provee de una serie de metáforas que ligan lo educacional con la empresa, al alumno con el cliente, a la mente con la máquina, a las ideas con productos; al currículum con los artículos de consumo, etcétera.

En la perspectiva de incorporar distintos actores sociales en la tarea educativa de los derechos humanos, se impone necesaria y obligatoriamente dar cabida a una paradigma de racionalidad distinta que deja de lado el paradigma de la racionalidad clásica y devela las contradicciones que subyacen en la racionalidad humanista. Significa construir un paradigma que en los términos de Morín es "salir en la búsqueda, de proseguir la elaboración de una razón a la vez relativizada (en relación con lo irracional y lo a-racional) y abierta (a lo irracional y a lo a-racional) una razón desracionalizadora".[10] Para Weinstein,[11] precisamente vinculado con los derechos humanos y con el fin de responder al desarrollo personal de esta temática, hay necesidad de ofrecer una "*racionalidad integradora*" que presupone el desarrollo de la capacidad de asociar, sintetizar y, en última instancia, trascender dicotomías". En los términos de Lakoff y Johnson[12] es ofrecer la alternativa "experiencialista" en la que de la intención entre el "mito del objetivismo y del subjetivismo y la negociación constante con el ambiente y con otras personas, emerge la com-

10 E. Morín, Op. Cit., pág. 50.

11 Luis Weinstein, La Conciencia Humanista y los Derechos Humanos, en Jorge Osorio y Luis Einstein (Edit). La Fuerza del Arco Iris: Movimientos Sociales, Derechos Humanos y Nuevos Paradigmas Culturales, Santiago, Chile, CEAAL, Junio 1988, p. 28.

12 George Lakoff y Mark Johnson, Metáforas de la Vida Cotidiana, Madrid, Colección Cátedra Teorema, 1986.

prensión. El mito del objetivismo refleja la necesidad humana en entender el mundo exterior para ser capaz de funcionar con éxito en él, y el mito del subjetivismo se centra, por su parte, en los aspectos internos de la comprensión, lo que el individuo encuentra significativo y lo que hace que su vida merezca ser vivida. El mito experiencialista sugiere que estos no son intereses opuestos; ofrece una perspectiva desde la cual se pueden conjuntar los dos.

El educador en derechos humanos, desarrollador de conciencia

Un aspecto central que define la tarea del educador en derechos humanos es facilitar y condicionar el desarrollo de la conciencia de los "actores-educandos". Entendemos que este desarrollo se da, como veremos, en diferentes planos y como resultado, nuevamente, de un proceso intencionado. "La conciencia es siempre intencional, siempre apunta o se dirige a objetos.[13] En nuestro caso, es la toma de conciencia de los derechos humanos.[14]

Facilitar a través de un proceso educativo la toma de conciencia de los derechos humanos significa desarrollar en el educando una instancia crítica y problematizadora y un lenguaje capaz de discriminar cuando se han respetado o violado sus derechos y el de los demás. Implica también desarrollar un "darse cuenta" del carácter solidario de los derechos humanos. En el primer caso nos remitimos directamente a Freire[15] y en el segundo a Weinstein.[16] En cuanto a lo señalado, es posible

13 P. Berger y T. Luckman, La Construcción Social de la Realidad, Amorrortu Editores, Bs. Aires, 1979.

14 De acuerdo a Freire, "La intencionalidad de la conciencia humana no muere en la espesura de un envoltorio sin reverso. Ella tiene dimensión siempre mayor que los horizontes que la circundan. Traspasa más allá de las cosas que alcanza y, porque las sobrepasa, puede enfrentarlas como objetos".

15 P. Freire, Pedagogía del Oprimido, Editorial Mayor, 2da. edición, junio 1971.

16 L. Weinstein... ob. cit.

vincular este postulado de "toma de conciencia" por ejemplo, al trabajo del psicólogo con niños, en donde organiza una instancia crítica "un darse cuenta" a través de grupos de contacto y discusión en donde los niños ejercitan el efecto positivo del diálogo y la tolerancia, logrando discriminar cuando están disfrutando y ejerciendo ciertos derechos y una solidaridad activa en su grupo.

Ermani María Fiori, en el Prefacio de la Pedagogía del Oprimido de Freire,[17] indica que de acuerdo a éste "La conciencia es esa misteriosa y contradictoria capacidad que el hombre tiene de distanciarse de las cosas para hacerlas presentes, inmediatamente presentes. Es la presencia que tiene el poder de hacer presente; no es representación, sino una condición de presentación. Es un comportarse del hombre frente al medio que lo envuelve, transformándolo en mundo humano. Absorbido por el medio natural, responde a estímulos; y el éxito de sus respuestas se mide por su mayor o menor adaptación: se naturaliza. Alejado de su medio vital, por virtud de la conciencia, enfrenta las cosas, objetivándolas, y se enfrenta con ellas, que dejan de ser simples estímulos para erigirse en desafíos". "El medio envolvente no lo cierra, lo limita; lo que supone la conciencia del más allá del límite. Por esto, porque se proyecta intencionalmente más allá del límite que intenta encerrarla, la conciencia puede desprenderse de él, liberarse y objetivar, transustanciado, el medio físico en mundo humano.

La "homonización" no es adaptación: el hombre no se naturaliza, humaniza al mundo. La "homonización" no es sólo un proceso biológico, sino también historia".

En esta perspectiva tan Freiriana, hacer conciencia del derecho que a cada humano le asiste presupone del educador, como en todo proceso de concientización, de-

17 P. Freire, ob. cit. p. 15-16.

sarrollar una práctica problematizadora que se construye dialógicamente. Este elemento implica que el educador está inmerso en la realidad del educando para que así en ambos emerja una conciencia más concientizada, y un lenguaje "gatillador de una acción consecuente".

El desarrollo de una conciencia en derechos humanos es, en términos de Weinstein, un "darse cuenta de que la humanidad es una sola, es valiosa y es interdependiente. Más específicamente, la conciencia de los derechos humanos reconoce que este "fenómeno" valioso, que nos involucra, que somos nosotros, el "fenómeno humano", requiere de nuestra participación intencional, de nuestra implicación, de nuestra solidaridad".

"Nos planteamos un cambio de conciencia, orientado hacia la capacidad de solidarizar con los derechos básicos de todos, reconociendo la legitimidad de inestabilidad de los conflictos, luchando por los cambios, en la dirección de la justicia, de la difusión del poder, de la relación armónica con la naturaleza".

Los problemas de los derechos humanos exigen una participación ciudadana en la defensa y la promoción de los mismos, en un mismo movimiento de ampliación de perspectiva, de llegar a un paradigma de comprensión de los derechos humanos como compromiso con el desarrollo humano. Esa gran labor integradora, participante, necesita de la unidad de movimientos, de ideas fuerzas, de sensibilidades, dependiente, a su vez, de la conciencia correspondiente, lo que hemos llamado la conciencia humanista.

En esta perspectiva, la tarea del educador en y para los derechos humanos no se limita al trabajo con individuos aislados que toman conciencia de sus problemas y que tienden a la búsqueda de las soluciones. El trabajo educativo abarca a conjuntos de personas que colectivamente se "dan cuenta" del afecto multiplicador

y del poder que adquiere la toma de conciencia colectiva y de la solidaridad transindividual de los derechos humanos.

El educador creador de condiciones para la práctica de los derechos humanos

La tarea del educador en y para los derechos humanos no se agota en la transferencia y producción de conocimientos, ni tampoco en la toma de conciencia. En derechos humanos, en forma especial, es capital aprender a actuar y a comportarse en la defensa, promoción y vigencia de los derechos propios y el de los demás. Estos comportamientos no surgen de manera espontánea, hay necesidad de practicarlos. Por consiguiente, el educador en forma deliberada tiene que crear las condiciones para que se produzca dicha práctica.

Al educador le corresponde orientar el análisis por parte del actor-educando de la serie de comportamientos que comprometen la situación en la que se está involucrado. La construcción y adquisición de un lenguaje vinculado a los derechos humanos forman parte sustantiva del aprendizaje para la acción. No olvidemos que el lenguaje no es sólo una herramienta de comunicación y de descripción de la realidad, sino que es además creador de realidades. Es decir, el lenguaje en derechos humanos estructura nuestro accionar en ellos.[18] El análisis del comportamiento permite direccionar la práctica y le otorgan sentido a los comportamientos a desarrollar. Por sobre todo le proporcionan al actor-educando *autonomía* para actuar en y para los derechos humanos en forma independiente del educador. No es este último el único que debe velar por los derechos humanos sino

18 John Searle, Actos de Habla, Ensayo de filosofía del lenguaje. Madrid, Ediciones Cátedra Teorema, 1980.
George Lakoff y Mark Johnson, Metáforas de la vida cotidiana. Madrid, Editorial Cátedra, 1986.

que el actor-educando al "esclarecerse", piensa por sí mismo, actúa y se organiza individual o colectivamente en la defensa, promoción y vigencia de los derechos. En este sentido se rescata para los derechos humanos un postulado de la educación popular que sostiene que "el hombre autónomo, en el uso de la razón, no puede dejar de luchar por la autonomía en las dimensiones económicas, políticas, culturales, religiosas y personales para todos los hombres y especialmente junto a los que ocupan la misma posición en cualquiera de las dimensiones privilegiadas dentro de la estructura de lo real. Por tanto, la autonomía de la razón corresponde a la autonomía del actuar. Acción y reflexión, práctica y teoría, solamente adquieren sentido en el proyecto del esclarecimiento, de la autonomía.[19]

En esta perspectiva ligamos los aprendizajes en y para los derechos humanos con el desarrollo de comportamientos conducentes al fortalecimiento de las organizaciones de base y del nuevo despertar de los movimientos sociales. Aprendizajes que se hacen indispensables si deseamos que el educador juegue un rol central en la promoción de un actuar autónomo conducente a la distribución del poder y al pluralismo participativo.[20] Se trata que el educador haga su aporte y cree las condiciones para que los actores-educandos "aprendan" a actuar en sus espacios locales, en el ámbito de la sociedad local en torno a las decisiones que conciernen a la defensa, promoción y vigencia de los derechos".

-287-

LOS ORGANISMOS NO GUBERNAMENTALES

Diego García-Sayán
Director Ejecutivo
Comisión Andina de Juristas

Desde la Segunda Guerra Mundial se habla del "fenómeno de los derechos humanos". La conflagración mundial llevó a tal nivel de transparencia el estrecho vínculo entre los derechos humanos y la paz, que cuando se creó la Organización de las Naciones Unidas, los derechos humanos fueron explícitamente planteados no sólo como uno de sus objetivos fundamentales, sino como un medio para garantizar la paz y prevenir la guerra. Se abrió dicha etapa con la Declaración Universal de Derechos Humanos que condensaba las concepciones del momento –hace 40 años– expresando un conjunto de conceptos y de ideas referidas a los derechos humanos fundamentales.

Con base en los principios que habían inspirado la creación de las Naciones Unidas y a lo estipulado en la Carta de San Francisco, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) dio creación, hace casi 40 años, a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Fue con posterioridad, y como resultado de un lento pero fructífero recorrido, que se fueron generando tratados internacionales sobre derechos humanos y, simultáneamente, se fueron diseñando y fortaleciendo estructuras y mecanismos de protección a nivel internacional. La base eran siempre los Estados e instancias intergubernamentales. Tanto universales, a nivel de las Naciones Unidas, como regionales, particularmente en el ámbito interamericano.

Pero estando así las cosas se había dado ya un paso fundamental: cuestionar el concepto tradicional de so-

beranía nacional. Quedaba muy claro que en materia de derechos humanos ella no podía ser absoluta. Así, desde que existen las Naciones Unidas y se gestan ciertas generaciones de normas y estructuras de protección, no debía caber duda que los Estados y los gobiernos no son soberanos para torturar, para desaparecer o para ejecutar sumariamente las personas. Y que la comunidad internacional, expresada en un principio a través de los representantes de los Estados, tiene no sólo el derecho sino el deber de intervenir para que esos hechos no se repitan, para investigarlos y para, eventualmente, sancionar políticamente a los responsables.

Lo interesante es que la dinámica interestatal con la que se inicia en el plano formal el desarrollo contemporáneo de la protección internacional de los derechos humanos, ha sido vitalizada y desarrollada fundamentalmente por el vigoroso y creativo papel de las organizaciones no gubernamentales. Como alguien lo ha dicho, dentro de esta compleja estructura de organismos internacional-intergubernamentales, las organizaciones no gubernamentales han ido convirtiéndose gradualmente en lo que sería la sangre para un organismo animal. Ellas han permitido que las células vivan y que no nos encontremos hoy ante una maquinaria completamente inoperante.

En efecto, las organizaciones no gubernamentales han establecido vínculos –que muchas veces no existían– entre los individuos y la sociedad civil, de un lado, y los Estados y la comunidad internacional, por el otro. Adicionalmente, han vehiculizado una dinámica de relación entre individuos y entre grupos sociales diversos y a veces bastante heterogéneos. Estos aportes han sido reconocidos en diversas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y todos los años la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas adopta decisiones o resoluciones respaldando el papel de estas

organizaciones. Lamentablemente, cada día debe preocuparse más por las represalias, afrentas y todo tipo de atentados en perjuicio de activistas, directivos y miembros de las organizaciones no gubernamentales en derechos humanos.

Vale la pena detenernos en la etapa más reciente que es, a la vez, la más rica: los últimos 15 ó 20 años que tienen su punto de referencia en la década del 70 que ha sido particularmente importante para la dinamización y generación de organizaciones no gubernamentales orientadas a la protección de los derechos humanos en América Latina. Instituciones que han estado básicamente orientadas –y lo siguen estando– a la protección de derechos civiles y políticos pero que han trabajado codo a codo con muchas otras que, a veces sin llamarse de "derechos humanos", llevan a cabo programas de promoción y de desarrollo que apuntan indirectamente al mismo tema ya que promueven la organización popular actuando sobre situaciones económicas y socialmente críticas. Simultáneamente se han venido generando organizaciones en torno a derechos específicos como las agrupaciones feministas, las que promueven la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas y las que se desenvuelven alrededor de otros derechos muy importantes como la preservación del medio ambiente.

La década del 70 es particularmente dinámica por varias razones. Voy a mencionar dos que expresan corrientes y tendencias contradictorias. De un lado el proceso democratizador de las sociedades de América Latina que se expresan en la permanente y creciente búsqueda de la población de generar canales para expresarse directamente y hacer valer sus derechos ante las brechas gigantescas existentes entre las sociedades civiles y los Estados que supuestamente las articulan. Los movimientos sociales que están en la base de dicho proceso organizativo son el contexto dentro del cual se ubica

la emergencia de las organizaciones no gubernamentales en general y, dentro de ellas, las de derechos humanos. En términos claramente contradictorios, la década del 70 vio el empuje de oscuras fuerzas totalitarias, autoritarias y dictatoriales, particularmente en el Cono Sur. Son experiencias bastante conocidas –y sufridas– por algunos de los presentes, por lo que es innecesario explayarme. Pero así como el esfuerzo democratizador de la sociedad es destacable, las agudas y graves situaciones por las que se tuvo que atravesar en muchos países de la región generaron una demanda y una necesidad de respuesta para una población desprotegida e impotente frente a la arbitrariedad, el atropello y el abuso.

El otro día revisaba una publicación de una organización con base en Chile, FASIC, que tenía una lista de nada menos 250 organizaciones de derechos humanos en América Latina. Y conste que no estaban todas. No cabe duda, pues, que en términos cuantitativos se ha dado un salto realmente espectacular. Organizaciones de distinta naturaleza y objetivos y, obviamente, con diferentes grados de seriedad. Pero en cualquier caso, un número realmente impresionante. En el aspecto cualitativo, no obstante, los avances son también destacables a la luz de un creciente profesionalismo que se ve expresado en la presencia y papel de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos de América Latina en el plano internacional para hablar sólo de uno de los ámbitos de trabajo en los que esto se percibe con claridad.

Sobre esta reflexión general, quiero referirme a tres puntos. Primero, intentar una suerte de tipología sobre las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos en el continente. En segundo lugar, cuáles son en términos generales las principales líneas de trabajo posibles. En tercer y último lugar, cuáles son los grandes

retos que plantea el presente a las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos en América Latina.

Esbozo de tipología

Toda tipología tiene algo de rígida y de limitante; que esta que propongo sirva sólo como instrumento para describir diferentes organizaciones y que de ninguna manera pretenda encasillar la realidad que, felizmente, es más rica y cambiante que cualquier tipología.

Hecha esta precisión, yo diría que hay por lo menos cuatro áreas alrededor de las cuales podríamos estructurar un borrador de tipologización. Primero, tenemos los *objetivos* de la organización. Esto, que aparentemente es obvio, vale la pena recalcarlo. Hay distinto tipo de organizaciones. Unas que tienen el tema de los derechos humanos como objetivo central siendo esa la razón de ser de esa organización. Esa definición lo es a veces en un sentido general y en otros casos en función de un aspecto específico de los derechos humanos (por ejemplo, la lucha contra la tortura).

En segundo lugar, hay otras organizaciones no gubernamentales que tienen distintas áreas de actividad y que dentro de esas áreas tienen un *programa o proyecto* de derechos humanos. Un ejemplo es el Centro de Educación para Adultos de América Latina, que tiene su base en Chile. Ellos tienen un programa de derechos humanos dentro de una temática más amplia que es la de educación de adultos en la región.

Pero hay una tercera categoría de organizaciones que no tienen como objetivo general ni como orientación de uno de sus programas la protección y la promoción de los derechos humanos. Pero indirectamente realizan una función que complementa, respalda y apoya programas de derechos humanos. Por ejemplo, tenemos pro-

gramas de asistencia legal a sectores urbanos pauperizados, a madres de familia o a trabajadores. Con ese trabajo, si está bien orientado, se apuntala condiciones de autogobierno y, con ello, se contribuye a generar condiciones apropiadas para la vigencia de los derechos humanos. Tal puede ser el efecto del trabajo de muchas de las organizaciones de desarrollo, promoción y de educación popular que existen en América Latina. De hecho al promover una auténtica organización social se contribuye a generar una base social en donde las posibilidades de fortalecer los derechos humanos son indudablemente mayores.

Esta es, pues, una área, la de los objetivos. En segundo lugar, me debo referir a otra: el *ámbito físico o geográfico* de acción. Describir esto es bastante sencillo. Yendo de menos a más, hay organizaciones de tipo local y luego provincial o departamental (según la estructura organizativa de cada Estado). Hay organizaciones de índole nacional, como la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU) en el Ecuador, por ejemplo, y otras de índole subregional, como por ejemplo CODEHUCA en Centroamérica o la Comisión Andina de Juristas en la región andina. Pero hay también algunas –pocas, es cierto– de índole regional como por ejemplo el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y, finalmente, algunas cuyo ámbito de trabajo es o se pretende universal como Amnistía Internacional o la Comisión Internacional de Juristas. Son, pues, distintos ámbitos físicos que se traducen en organizaciones diferentes.

Un tercer tema es de los grados de organización. Hay organismos que son más bien de "base", otros organismos que funcionan como "federaciones" y otros de grado superior que serían el equivalente de una confederación. Existen, además, mecanismos de coordinación de distintas características y grado de organización. En el

Perú, por ejemplo, funciona una red de educación en derechos humanos que vincula a organizaciones que tienen en la educación en derechos humanos el objetivo central de su trabajo o un programa específico de trabajo con ese objetivo. Se coordinan esfuerzos, se intercambia información y se evita la duplicidad.

Las posibilidades de coordinación en el trabajo, produciendo graduales pero firmes niveles de articulación, es un asunto, a mi juicio, capital. El movimiento de derechos humanos en América Latina, como en el resto del mundo, ha estado muchas veces contaminado o atravesado por conflictos políticos, y a veces por conflictos político-partidarios que han derivado en ocasiones, en actitudes sectarias en las que el intercambio de información o de experiencias a veces ha sido mezquinamente soslayado o explícitamente evitado. No podemos decir que todo esto es parte del pasado. Queda aún mucho de ello. Pero todo nos indica que se está de salida de esa lógica y que el esfuerzo de coordinar, intercambiar información y de buscar integrarse con base en trabajos concretos –y no de unos proyectos formales muy ambiciosos– nos da una esperanza importante. Hay organizaciones que a veces tienen informaciones o listas sobre ciertas violaciones a los derechos humanos, que las manejan y trabajan como si fueran de su propiedad. Son "sus" desaparecidos, "sus" torturados. Con base en eso se legitiman y actúan internacionalmente y no se intercambia la información para enriquecerla y para hacer el trabajo más eficaz. No quiero insinuar que eso se ha terminado, pero sí afirmar enfáticamente que hay suficientes elementos en la experiencia reciente de América Latina para darse cuenta que las organizaciones han visto que esto era contraproducente y que había que superar esas concepciones sectarias.

En función de la tipología, hay un último tema al que quisiera referirme: las *formas de organización interna*.

Naturalmente hay tantas formas de organización como organizaciones existentes. Sin embargo, hay –gruesamente– tres tipos de instituciones. Unas que tienen –las menos– una membresía; pueden ser centenares o miles los miembros de esa organización que participan de una manera u otra en el desarrollo de esas actividades. La principal organización de este tipo, sin duda, es Amnistía Internacional. En segundo lugar, hay otras que tienen una membresía restringida. Donde haya un grupo de personas, los miembros –un ejemplo de esto es la Comisión Internacional de Juristas– donde no cualquiera puede inscribirse. La membresía es más bien restrictiva. No es un sistema de organización mejor o peor; es simplemente diferente al que existe en Amnistía Internacional. Por último, existen otras en donde simplemente son parte de la organización los que trabajan en ella, sea como voluntarios o recibiendo una remuneración si logran obtener los recursos financieros para hacerlo.

Distintas líneas de trabajo

Hecha esta tipología un tanto esquemática que, insisto, no pretende ser exhaustiva, lo más importante es que nos detengamos a revisar someramente las principales líneas de trabajo de las organizaciones no gubernamentales que actúan en el campo de los derechos humanos. Trato aquí sólo de recoger la experiencia de las organizaciones sin la pretensión de hacer aquí un listado completo de las líneas de trabajo que se desarrollan. La gama de derechos humanos es amplísima ya que no estamos hablando sólo de los derechos civiles y políticos sino de los económicos, sociales y culturales. Estamos también hablando del derecho al medio ambiente, del desarrollo, etc. En fin, de una gama tan amplia que prácticamente al final todo lo que se haga en beneficio de la humanidad acaba siendo "derechos humanos".

Aunque, es cierto, la mayoría de las organizaciones han centrado su trabajo, por razones explicables, en la defensa de los derechos civiles y políticos.

La metodología de trabajo de las organizaciones obviamente cambia, básicamente, por dos consideraciones. Primero, por la situación política que pueda existir en el país o en la región que tenga que operar. En segundo lugar, en función de las líneas de trabajo que esa organización desarrolle. De manera que sobre eso no podemos decir mayor cosa desde el punto de vista general.

Tratando de hacer una síntesis esquemática de las principales líneas de trabajo, me atrevería a proponer que éstas pueden agruparse en cinco líneas fundamentales: promoción, difusión, educación, protección y, finalmente, estudios e investigaciones. Estas líneas de trabajo de ninguna manera pretenden insinuar que haya organizaciones que hagan todo esto, ni que deben haberlas. Son líneas posibles, que se pueden enfatizar, más o menos, en función de las características de cada organización.

1. La promoción

Esta línea general se expresa a través de distinto tipo de acciones orientadas a generar mejores condiciones para la vigencia de los derechos humanos en el país o región de la que se trate. Diferentes actividades son desarrolladas dentro de esta línea de trabajo. En primer lugar una en el terreno normativo. Es decir, acciones orientadas a promover se elaboren o aprueben leyes y reglamentos destinados a proteger los derechos humanos. Asimismo, para que se aprueben y ratifiquen los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es una labor orientada básicamente a la *prevención* y a que existan mecanismos formales apropiados para la protección.

También se inserta dentro de esta línea general todo lo que signifique generar mecanismos así como sobre las causas de determinadas violaciones y las respuestas posibles. Ahí se insertan seminarios, foros y congresos en donde no sólo se intercambian ideas y se hacen denuncias, sino que se analiza cuáles son las razones de fondo por las que existe un problema y se busca una alternativa y una solución.

Otra actividad también muy importante en el terreno de la promoción son todas las acciones que tengan que ver con la independencia de los jueces y los abogados. Vale decir, todo lo que fortalezca la imparcialidad, la independencia y la idoneidad de los jueces y de los abogados, es indudablemente un algo muy importante en el propósito de prevenir las violaciones y promover la vigencia de los derechos humanos.

La promoción de los derechos humanos como línea de trabajo se podría expresar en muchísimos otros ejemplos. Es una línea muy rica y es en torno a ella que muchas organizaciones desarrollan sus actividades. Para hablar sólo de las normas internacionales sobre derechos humanos, podemos constatar que la contribución de las organizaciones no gubernamentales ha sido central en la preparación y proceso de aprobación de muchas de ellas en la última década.

2. Difusión

Esta es una línea de trabajo en mucho vinculada a la promoción pero tiene una especificidad que amerita un tratamiento separado. Por intermedio de ésta se abordan aspectos como los siguientes: qué pasa, cuáles son los problemas fundamentales en materia de derechos humanos y cuáles las responsabilidades. Se orienta a la opinión pública que a veces no accede a esta información sea porque los medios de comunicación ejercen censura,

los gobiernos no lo permiten o porque, simplemente, son temas "rentables" periodísticamente hablando.

Pero hay también acciones de difusión orientadas a sectores específicos. Uno de ellos son los gobiernos de distintos países que por lo general tienen representaciones diplomáticas en los lugares donde trabajan las organizaciones. Dado el papel de los gobiernos en la comunidad internacional, es importante que tenga información oportuna y apropiada. Lo mismo vale para otras organizaciones de derechos humanos en distintas partes del mundo.

Naturalmente, mejora cualitativamente una acción de este tipo el uso de la informática. Una adecuada sistematización de la información y una buena documentación, son aspectos en los que se ha avanzado mucho en los últimos años en la América Latina. Aunque sin ello también se puede hacer una buena labor de difusión.

Los medios para la difusión son heterogéneos. Algunas veces pueden ser las publicaciones. La folletería existente es prolífica. Cuando resulta factible es uso de medios de comunicación masiva como la televisión y, particularmente, la radio pueden ser excepcionalmente útiles. Especialmente cuando se trata de impulsar campañas.

3. La educación en derechos humanos

La educación en derechos humanos ha venido adquiriendo en América Latina y como labor de muchas organizaciones no gubernamentales un espacio cada día mayor. Se parte de un supuesto central: no basta denunciar las violaciones de derechos humanos, hay que generar un ambiente adecuado en la población. Ello con dos propósitos. Primero, que la gente conozca bien cuáles son sus derechos. Segundo, que conozca cómo protegerlos cuando éstos son violados sin que en toda circunstancia

sea indispensable el intermediario, el abogado, o la organización no gubernamental.

La posibilidad que la propia población y sus organizaciones puedan, con el apoyo de algunos de estos programas de educación, contar con mejores instrumentos para la autoprotección frente a las violaciones de los derechos humanos de las que son permanentemente víctimas es un objetivo de alcances históricos. Naturalmente no se trata únicamente en hablar de derechos humanos y de protección a nivel interno sino también a nivel internacional.

Dentro del campo de la educación en derechos humanos existen programas que algunas organizaciones desarrollan con sectores de la administración pública. A veces son jueces, otras veces son otro tipo de funcionarios encargados de aplicar la ley. Por ejemplo, funcionarios penitenciarios. En otros casos son los maestros a quienes se les trata de impulsar a que asuman creadoramente el tema de los derechos humanos no sólo como un tema específico dentro de la estructura curricular (en la educación primaria, secundaria como universitaria) sino como instrumental conceptual para su desempeño como maestros.

Existe en algunas Constituciones del continente una norma que establece que la educación en derechos humanos es obligatoria. No conozco de ningún Estado, sin embargo, que efectivamente cumpla con esa disposición. Pero indudablemente es un tema muy importante en el que el carácter democrático del Estado se pone a prueba: la posibilidad de darle a la población –nada más ni nada menos– la información de cuáles son sus derechos y cómo protegerlos.

4. *La protección de los derechos humanos*

Esta línea de trabajo me parece central aunque es obvio que no todas las organizaciones deben o pueden

asumirla. ¿Qué hacer cuándo se han producido ya las violaciones a los derechos humanos? No hay nada que prevenir, la violación ya se produjo. Aquí hay distinto tipo de acciones que se vienen impulsando y que son de tremenda importancia. Una nota característica de estas acciones ha sido la perseverancia y tenacidad con la que las organizaciones no gubernamentales han venido realizando labores de protección. Estrellándose una y mil veces contra murallas de concreto. Pero a veces encontrando, a veces, rendijas que se traducen en salvarle la vida a una persona, salvar a alguien de la tortura, probablemente entre mil denuncias infructuosas. Pero ese sólo es resultado positivo, tal vez poco significativo desde el frío punto de vista estadístico, justifica todo el esfuerzo gigantesco que se puede haber realizado. Pero además de la tenacidad y el entusiasmo, poco se lograría sin un creciente profesionalismo cada día. Esto lo puedo decir con conocimiento de causa por lo que veo en el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la ONU. La seriedad, el rigor y el cuidado con que las organizaciones presentan la información y el seguimiento de la misma hace posible la acción del Grupo.

En algunos países a veces la incapacidad o falta de voluntad política de los Estados de responder a las interrogantes que surgen en distintos ámbitos internacionales, es de tal envergadura que dicen poco o nada. Y son, más bien, las propias organizaciones las que aclaran casos. Ellas mismas presentan información complementaria diciendo que tal persona que había desaparecido, ya apareció con vida o muerta. Entonces hay que rescatar la seriedad de esa función de hacerle seguimiento a los casos estudiados o analizados y hacerlo muy profesionalmente.

Dentro de esta actividad de protección hay dos grandes ámbitos de trabajo. Uno es el ámbito interno que se expresa fundamentalmente a través de las líneas de

asesoría jurídica, y otras líneas de asistencia social, a veces médica, complementaria a la asistencia jurídica. Otro es el terreno de la protección internacional.

Nos podríamos extender mucho aquí en las muy variadas actividades que surgen cuando se impulsan mecanismos de protección en el ámbito del derecho interno. Sólo un ejemplo. La Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago tiene un programa bastante heterogéneo e interesante en ese sentido. La línea de asesoría jurídica es indudablemente muy importante, a veces brindando consejo y orientación, otras asumiendo profesionalmente los casos ante la administración pública o ante los tribunales de justicia, sea para indagar por casos de violación o para abrir causas penales contra posibles responsables de violaciones a los derechos humanos. Hay una labor bastante completa –que ha abarcado los campos de la medicina y de la asistencia social, para mencionar sólo algunos– y de ejemplar profesionalismo.

La *protección internacional* es una área en la que si bien se han venido haciendo algunos avances importantes, lo cierto es que todavía las principales acciones de protección internacional vienen siendo llevadas a cabo por unos pocos organismos de derechos humanos de alcance universal. A veces hay relativa debilidad en las organizaciones no gubernamentales de América Latina.

En ocasiones se asume que este engranaje de procedimientos internacionales es abstruso, complejo y casi inaccesible. No puedo negar que a veces es así. Pero muchas veces hay mecanismos que están muy a la mano y al acceso de las organizaciones que puedan hacer uso de avances tecnológicos como el facsímil, el télex y el teléfono. Todo ello permite acrecentar las posibilidades de eficacia.

Una línea de protección internacional suele apuntar a utilizar tanto las redes de organizaciones no guberna-

mentales que ya existen (particularmente a través de las acciones urgentes que es un mecanismo muy socorrido y utilizado) como lo que es el sistema intergubernamental (el interamericano y el de las Naciones Unidas). En este último caso me atrevo a mencionar otra vez al Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de la ONU en donde se confirma diariamente que su columna –y ese es el caso de muchas otras organizaciones intergubernamentales– no son los Estados sino las organizaciones no gubernamentales. Si no fuera por ellas, el Grupo de Trabajo no tendría razón de ser. De ellas fluyen la información, la presión y el reclamo. Esto vale para los demás mecanismos especializados del sistema de Naciones Unidas.

Cualquiera que haya asistido, aunque sea una vez, a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas habrá visto la cautela –por decir lo menos– con que se comportan los representantes de los Estados. Salvo casos extremos y sobre países que nadie o muy pocos defienden (Irán y Albania, por ejemplo), parecería que predomina una suerte de voluntades políticas regionales orientadas a no criticarse directa o duramente. Que se traduce en extraños pero notorios silencios por simples intereses geopolíticos. Los "fiscales" en estas circunstancias, los que mantienen la ética de los derechos humanos por sobre otras cosas son precisamente las organizaciones no gubernamentales. Son claramente el combustible y el lubricante que permite que la maquinaria se dinamice y active. Podemos preguntarnos –con razón– si con ello se resuelven todos los problemas de derechos humanos. Por supuesto que no. Pero es un ingrediente muy importante para mantener viva una ética que subsiste en la escena internacional, en buena medida gracias a los organismos no gubernamentales. Si no, esta ética de los derechos humanos habría sido ya enterrada hace años.

5. Estudios e investigaciones

Es una línea de trabajo a la que algunos organismos se dedican en exclusividad. Esta línea de actividad puede ir desde estudios orientados ante todo a sistematizar las propias experiencias o las de otros hasta investigaciones, de mediano o largo aliento, sobre temas fundamentales tales como el funcionamiento de la administración de justicia, la forma en que opera el derecho en las poblaciones indígenas o el complejo tema del narcotráfico y los derechos humanos, para mencionar sólo algunos ejemplos de temas que algunas organizaciones trabajan en este momento. Bajo esta línea de trabajo, pues, hay un campo casi infinito de acciones posibles que requieren cada cual, como es natural, adecuaciones metodológicas y organizativas.

Los retos son grandes

El movimiento de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos es de enorme importancia. Y no estoy pensando ahora en las cantidades, en las más de 250 instituciones que hoy funcionan. Estoy pensando más en lo que subyace a la riqueza de este movimiento, a esa indomable voluntad de hacer valer los derechos humanos de todos y de hacerlo con seriedad y profesionalismo. Es eso lo que alimenta algo que es fundamental para que todo este trabajo sea eficaz: la credibilidad de las organizaciones. En este complejo transitar no ha estado ausente el dolor emanado de las torturas, asesinatos o desapariciones de activistas de derechos humanos o de los directivos de estas organizaciones. Pero pese a ello se ha perseverado con tenacidad y se ha continuado avanzando. Las semillas sembradas han ido fructificando, pero se abren varios retos para adelante y con esto quiero concluir. Creo que hay, entre muchos otros, tres retos fundamentales.

El primero es el que deriva del cambio de la situación política y social en el continente. Los "casos típicos" de la década del 70, particularmente en el cono sur, de dictaduras que usurparon el poder a sangre y fuego y arrasaron con todo vestigio de legalidad han quedado felizmente atrás. Se ha pasado, pues, a una nueva situación: el claro predominio en el continente de gobiernos constitucionales. No sé si podemos hablar en todos los casos de "sistemas democráticos" ya que la democracia implica mucho más que la existencia de una Constitución o elecciones periódicas. No sólo las formas sino la sustancia del sistema debe ser democrática garantizando, por ejemplo, un adecuado sistema de protección de los derechos ciudadanos y de funcionamiento de las instituciones. Pero lo que ocurre dentro del marco de algunos de los gobiernos constitucionales de la región es que a veces las violaciones a los derechos humanos son muy sutiles sin que dejen de presentarse graves hechos como desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias o torturas. Pero los hechos de una y otra naturaleza derivan más de situaciones de violencia o de lógicas de funcionamiento de los aparatos de Estado antes que de directivas o decisiones del poder ejecutivo. Nadie podría proponer, seriamente, por ejemplo, que el Presidente Virgilio Barco en Colombia es el generador de los grupos paramilitares.

Pero en estas situaciones sí existen graves violaciones a los derechos humanos dentro de un cuadro sumamente complejo y diferente al que existía en el pasado. Como es de suponer, con ello se afecta ciertamente a la comunidad entera pero también a las organizaciones no gubernamentales. Estos nuevos cuadros "atípicos" son ahora los que deberían suscitar la acción e interés internacional pero por no calzar con los moldes clásicos y, de alguna forma, más simples, ello no ocurre. Estos casos "atípicos" son hoy por hoy, nos obstante, los "típicos". Un gran reto, en consecuencia, es cómo enfrentar apropia-

damente esta situación que es distinta de la que se vivió en la década del 70 y que, en consecuencia, requiere de innovadoras y creativas formas de respuesta tanto internas como en el plano internacional.

Todo esto, sin duda, se hace más complejo si tomamos en consideración que las fuentes generadoras de violencia, atropello y violación de derechos humanos son diversas. Ya no sólo hablamos de los Estados, de los gobiernos, de la policía secreta y de los agentes de la fuerza de seguridad. Cada día más esa mano oscura y siniestra, que son las impunes fuerzas paramilitares que operan crecientemente en distintas partes del continente son un factor muy grave al que hay que hacer frente. En algunos países o zonas, además, existe el narcotráfico no sólo como fuente de violencia, sino de poder. A ello también hay que hacer frente con respuestas creativas y apropiadas que actúen no sólo sobre los aspectos criminales de la actividad sino sobre los factores económicos y sociales que la explican.

Hay, finalmente, otro ámbito de problemas muy serios y que se presenta en algunos países: los conflictos armados no internacionales o los disturbios interiores. Este tema, como es obvio, se vincula directamente al derecho internacional humanitario que adquiere notoria y creciente preeminencia en algunas situaciones en las que esa sería la forma concreta en la que se puede hablar de "derechos humanos". En esos casos ya no estamos ante situaciones en las que el movimiento social, los sindicatos u otras expresiones del movimiento popular, son atropellados por una dictadura. Sino ante situaciones de guerra interna y de conflicto armado, dentro de los cuales se plantean dilemas y problemas muy serios para las organizaciones de derechos humanos. Entre otras, poder guardar el equilibrio apropiado frente a lo que eventualmente puede ser la perfecta legitimidad del Estado para hacer uso de la fuerza dentro del conflicto ar-

mado internacional, con las consecuencias fácticas que se desprenden de ello.

Estas situaciones plantean las contradicciones de manera muy distinta. Si hay una fuerza que practica sistemáticamente el terrorismo asesinando gobernadores, alcaldes, diputados de todas las tendencias políticas, nadie puede disentir de la legitimidad de una acción por parte de la fuerza pública. Por cierto que nunca serán legítimas ni aceptables las violaciones, las ejecuciones sumarias, las desapariciones forzadas o las torturas. Pero en cualquier caso sería ingenuo suponer que la acción de las fuerzas de seguridad (policiales o militares) no generaran víctimas: presos, heridos, muertos. Cabe preguntarse hasta qué punto en cuadros complicados como esos las organizaciones de derechos humanos deben asumir que el centro de la acción puede ser el derecho internacional humanitario, las leyes de la guerra. Parece obvio que la forma en que se regulan los conflictos armados, en países como El Salvador, Colombia o Perú, son variables, esenciales para cualquier acción orientada a proteger adecuadamente los derechos ciudadanos frente a todas las fuerzas generadoras de violencia y de atropellos. Que, además, pueda ser no sólo entendida sino respaldada por una opinión pública que muchas veces se encuentra cansada de violencia y de muertes.

Estos grandes retos nos plantean la necesidad no sólo de consolidar lo que se ha avanzado sino de introducir líneas de reflexión autocrítica. Líneas de trabajo que nos permitan ser muy creativos frente a estos retos para que todo lo que se ha ganado en legitimidad y en credibilidad redunde en algo que es esencial cuando hablamos de derechos humanos: la eficacia. Si queremos ser eficaces ahora, hay que ser más creativos y responder apropiadamente a estos retos. La lucha por la defensa de los derechos humanos nunca terminará sea porque

no hay ningún sistema donde éstos son plenamente respetados o porque se van precisando nuevos derechos. Pero sí estamos seguros que esta semilla que se ha sembrado y que está proliferación de valor, entusiasmo y energía no ha sido en vano. Y que en el futuro estas organizaciones sabrán estar a la altura de las circunstancias.

311

La realidad de los derechos humanos en América Latina

José Zalaquett
Ex Presidente
Amnistía Internacional

Esta conferencia no será una descripción de la situación de los derechos humanos en la región, tarea por lo demás imposible porque la región no se presta para generalizaciones, aún cuando, de las regiones del mundo junto con el mundo árabe, quizás somos los que presentamos la mayor homogeneidad; las diferencias son tan grandes como para desafiar cualquier generalización.

Por otra parte, ustedes conocen la realidad en sus distintos países mucho mejor que cualquier síntesis que uno pueda realizar, y un catálogo de violaciones no agregaría mucho al conocimiento de fondo de la situación.

De manera que lo que me propongo es un examen más analítico, un balance de logros e insuficiencias de la causa de los derechos humanos. Considerar analíticamente, antes que en forma descriptiva, cuál es el estado de la situación de ciertos derechos, como dije, sus logros e insuficiencias.

Un segundo punto, es el examen de los principales desafíos que se enfrentan hoy día y en el futuro previsible. Y en tercer lugar, aunque es metodológicamente primero, aclarar cuál es el método que vamos a utilizar para proponer este análisis, tanto de balance de logros e insuficiencias, como de mirar a los desafíos del futuro.

Comencemos por el método de efectuar un análisis o un balance, y valga esto no sólo para esta sesión sino como una especie de propuesta metodológica. En primer

lugar, en este método queremos recordar brevemente la historia y situación más general del contexto en que se da el trabajo de derechos humanos en América Latina; en segundo lugar, introducir algunas distinciones conceptuales relevantes; y en tercer lugar, explicar en síntesis qué entendemos por el movimiento y la causa de los derechos humanos.

Recordemos un poco el contexto en que se ha dado esta situación, aquellos de ustedes que vienen de Brasil, recordarán sin duda, todavía hoy, aunque no lo hayan vivido, el año 68, con el acto institucional número 5, la noción difundida internacionalmente, por primera vez, de que la tortura era un fenómeno contemporáneo, sistemático, existente.

Brasil no fue el primer país en la postguerra de pasar por problemas de derechos humanos, pero quizás la conciencia respecto de los problemas de Brasil marcó en la región, por primera vez, el uso sistemático de la noción de derechos humanos.

Aisladamente se había utilizado ya en otros casos, sin embargo, en situaciones como la invasión de República Dominicana, el concepto que se manejó fue más bien de autodeterminación de los pueblos y anti-imperialismo; se manejaban otros conceptos, pero la toma de conciencia de ciertas normas universales y del derecho a luchar por ellas comenzó en nuestra región con Brasil. Siguió luego con lo que se llama, en nuestra región, el Cono Sur, en rápida sucesión Uruguay, Chile, Argentina, luego con Centroamérica –me estoy refiriendo a las situaciones más agudas.

Lo anterior significa un punto en una larga historia, algunos de cuyos hitos comenzaron a nivel nacional, 8 siglos atrás, la Carta Magna; 2 siglos atrás, las enmiendas a la Constitución Norteamericana, la Declaración Bills of Rights de Virginia o la Declaración Francesa de

los Derechos del Hombre y del Ciudadano. A través de la constitución nacen los nuevos países independientes en Europa y América durante el siglo XIX.

Todo este proceso culminó internacionalmente, después de la Segunda Guerra Mundial con la Declaración Universal, los Pactos Internacionales y las normas regionales en Europa, en América Latina y ahora, creciente y gradualmente en Africa.

Este proceso no se puede explicar solamente como un desarrollo de normas, que depende del criterio iluminado de estadistas y juristas. La norma es la última fase de un proceso de luchas, en que la proposición de ideas y las propuestas de la gente va gestando ganancias, conquistas o consenso, que se cristalizan eventualmente en una norma. Pero ésta no es lo primero ni lo único, sino la cristalización de luchas. En estas luchas, el trabajo a nivel nacional se dio primero, la conquista de consensos internacionales se dio después.

Los derechos humanos hacen su entrada a la arena internacional, de manera sistemática para quedarse allí, después de la Segunda Guerra Mundial. Pero ahí hay también ciertos hitos, el primero una normativa y una maquinaria de protección que se mueve al nivel intergubernamental, esto es de Naciones Unidas o de organismos regionales, y el segundo y más importante –no por desconocer el valor de los entes gubernamentales– es el movimiento de ciudadanos que se organiza para promover los derechos humanos, como opinión pública, como organizaciones no gubernamentales internacionales y nacionales.

Este es el motor impulsor de ese movimiento y representa la última y más importante de las internacionalizaciones que son tan antiguas como la humanidad, viajes, comercio, conquistas, religiones, comunicaciones, y más tarde iglesias, sindicatos, internacionales políti-

cas, transnacionales de empresas etc., pero esta última internacionalización, la de la opinión pública y la de los ciudadanos, es quizá la más importante.

Este es el sentido del movimiento de los derechos humanos, y es el sentido de otros movimientos, también de ciudadanos, movimientos por la paz, y por la defensa del medio ambiente. Ciudadanos que toman noción que viven en un mundo interdependiente e indivisible, se empiezan a preocupar por la subsistencia de este nido común, de su limpieza, y que el tratamiento dentro del nido sea más o menos civilizado, por tanto que no estalle con una bomba, que no se ensucie con la contaminación y que las normas de convivencia sean mínimamente civilizadas.

Este sentido profundo comienza a sentarse internacionalmente en los años sesenta, y llega a América Latina, a partir de este recuerdo que comencé a hacer del 68, los primeros años de la década de los setenta y marcadamente hacia finales cuando se extiende a todas las Américas, con los conflictos de América Central. Es en este cuadro en que se da la evaluación que queremos hacer.

Dentro de estas observaciones preliminares, antes de entrar a la evaluación, hagamos algunas distinciones. La primera es de los sistemas de valores-normas, que toman en el plano internacional la condición, la suerte y el bienestar del individuo como su centro de atención y no las relaciones entre Estados.

Estos sistemas son tres, los derechos humanos que se preocupan de la relación poder-súbditos, gobernante-ciudadano, una relación que podríamos llamar vertical, que limita el poder del que está en posición de autoridad respecto de los derechos de los que están en posición de estar sujeto a esa autoridad y que en definitiva es sobe-

rano, pero muchas veces sólo en el papel y está sujeto a una autoridad.

En segundo lugar, el derecho humanitario, que regula las relaciones entre dos fuerzas en conflicto, por lo tanto la podríamos llamar horizontal, donde ambos combatientes están obligados a respetar sus normas. En tercer lugar, las normas internacionales sobre refugiados, que obligan a distintos actores de la comunidad internacional respecto de ciertos ciudadanos o masas de individuos desplazados.

Estos tres sistemas son separados teóricamente en los aparatos de ejecución, en las responsabilidades y los actores, pero progresivamente se están implicando –en muchas situaciones concretas– hasta presentar casos de superposición, en que es muy difícil distinguir una situación de la otra. Por ejemplo, una situación de guerra, confunde atrocidades de guerra o violaciones de derechos humanitarios con violaciones de derechos humanos en ciertos casos y genera, al mismo tiempo, una masa de refugiados. Pensemos lo que ha pasado en América Central.

Tanto en la práctica como a nivel conceptual y de implementación de derechos, estos tres sistemas normativos confluyen, pero es necesario recordar que responden a distintas concepciones, son distintas normas y tienen distintos aparatos.

Aparte de estos sistemas, debo mencionar dos fuentes de valores más, una, las propias normas que nosotros, como actores-ciudadanos en el mundo de los derechos humanos, queremos darnos más allá de la internacional. Por ejemplo, si Amnistía Internacional dice *no* a la pena de muerte, es porque así entiende que debe extender a la vida, aún cuando los Estados internacionales sólo apunten a la progresiva eliminación. Entonces, basados en esos tratados, Amnistía decide ir más lejos

y afirmar sus propios valores. Si mañana ustedes dicen, la objeción de conciencia frente al servicio militar debe extenderse, aunque no tenga asidero en el derecho internacional, van a estar extendiendo más allá esas normas, basados en sus propios valores. Y esta, como es una situación dinámica, es una fuente constante de generación de nuevas normas. En segundo lugar, en distintas sociedades nacionales se genera todo un proceso de avance del Derecho, que va más allá del Derecho Internacional, y que en Estados Unidos se puede llamar la causa de derechos civiles y en otros lugares con otros nombres. Esto es los derechos de ciertas minorías o de ciertos sectores postergados por razón de su sexo, religión, de raza, los derechos de la mujer, los de ciertas minorías indígenas, etc. En muchos países hay un trabajo de mayor detalle con respecto a estos derechos, que van más lejos que las normas internacionales, por tanto, los sistemas de valores a los que nos estamos refiriendo, son derechos humanos, derecho humanitario, normas de refugiados, valores propios que van más allá de la comunidad internacional de derechos humanos, y avances legales que van más allá de las normas internacionales en ciertos países latinoamericanos, norteamericanos o europeos.

Otra distinción relevante que interesa introducir es la violación endémica y epidémica de los derechos humanos. Por *epidémica* entiendo aquella dirigida contra los actores políticos, una situación de represión sistemática en contra de los disidentes políticos o de aquellas personas más activas en la vida pública, pero, desaparecida esta violación o disminuida grandemente, sale a flote cuan olvidada queda la situación endémica. La postergación del campesinado de sectores indígenas o en las barriadas la violencia criminal. Respecto de una situación endémica, antes que un Estado directamente autor de las violaciones, con frecuencia se encuentra un Estado negligente, ausente o impotente. *Negligente* por-

que podría hacer más, aunque no es dolosamente por lo que se hace; *ausente* porque en algunas situaciones, por ejemplo en el Perú, hay partes donde no se puede hablar de la existencia del Estado; o *impotente* porque está frenado en algunas partes por los narcotraficantes, por faltas de recursos, o por otras circunstancias.

La situación de falta de cumplimiento de ciertas normas y de satisfacción de ciertos derechos, de carácter *endémico* y no político en el sentido más directo del término, es una distinción muy relevante, particularmente, en aquellos países en que habiéndose efectuado una transición hacia un gobierno civil, muchos dan la cuenta por saldada y creen que no hay nuevos problemas; cuando el gran desafío consiste en continuar trabajando por los olvidados de siempre.

Otra distinción se refiere en materia de Derecho a los niveles de operabilidad de los distintos derechos. Por niveles de operabilidad quiero decir, hasta qué grado, ciertos derechos son susceptibles de ser puestos en práctica y hacerse cumplir. Y aunque en teoría y a nivel de la ética, todos los derechos son iguales, hacer esta afirmación continuadamente como si no hubieran más problemas teóricos o prácticos, es estéril. Es necesario afirmar que todos los derechos tienen igual importancia, pero hay que estar consciente de los distintos niveles de operabilidad, y dónde falta cumplir la tarea respecto de aquéllos que tienen un nivel de operabilidad menor.

Me explico, en un primer grado tenemos un consenso a nivel filosófico o moral, pero todavía no hay ninguna norma. Por ejemplo decimos, a nivel internacional, debe existir el derecho al desarrollo, pero todavía no hay ninguna norma vinculante. En un segundo nivel, podemos tener ese mismo consenso filosófico-moral, consagrado en una norma, por ejemplo, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice que todo mundo tiene derecho a una cierta calidad de vida, a cierto gra-

do de alimentación adecuada, etc. Pero tenemos que descender un poco más, porque a ese nivel tenemos todos los derechos económicos, sociales y culturales y todos los derechos civiles y políticos. Al siguiente nivel empezamos a distinguir unos de otros, porque unos son más operables y otros menos operables; y en el nivel que sigue es, en qué sentido está consagrada esa norma y si establece derechos y obligaciones claras.

La norma *nunca se debe torturar,* establece derechos y obligaciones claras, el derecho de toda persona a ser respetada en su integridad física y psicológica, la obligación de todo otro de no intervenir con esa integridad, y particularmente de las autoridades del gobierno. Pero la norma *todo mundo tiene derecho a la vivienda,* no es operativamente clara, porque no está determinada mediante un sistema de cooperativas, de economía centralmente planificada, de libertad de mercado, de ayuda externa; la norma no nos da una respuesta clara respecto de esas obligaciones, por el contrario, esas mismas normas dicen que están concebidas para ser cumplidas programáticamente, progresivamente, de acuerdo a la cooperación internacional y a los recursos del Estado, entonces en el tercer nivel tenemos distinta operatividad de la norma.

El siguiente nivel es el sistema de protección de la norma, por ejemplo, los tribunales tienen jurisdicción y competencia por situaciones de tortura, sin embargo, son pocas las normas sociales, económicas y culturales que tienen un sistema de protección, las de los derechos laborales sí, algunas de seguridad social, pero muy pocas otras. A este nivel, sin embargo, muchas veces los derechos civiles y políticos no tienen una norma.

Hay un nivel siguiente, que es mirar el sistema de protección y ver si inherentemente es operativo o no, por ejemplo, el sistema internacional de protección de Naciones Unidas, que consiste en que los Estados deben in-

formar y luego deben acudir a una entrevista con un comité que le pregunta sobre su informe, puede parecer en el papel como un sistema de protección, pero en la realidad es un sistema de protección extraordinariamente débil, inherentemente poco operable porque de esa entrevista poco surge que sea realmente posible llevar a la práctica o que pueda hacerse cumplir, lo que no significa que no tenga importancia, lo que hay que estar es consciente de la debilidad del mecanismo.

Al mismo tiempo, el mecanismo que es inherentemente fuerte, como los tribunales que pueden hacer cumplir por la fuerza sus resoluciones, puede ser débil por distintas situaciones, sumisión al gobierno, corrupción, incompetencia, falta de recursos o graves riesgos como enfrentan los jueces de Colombia hoy en día. Entonces, por cualquiera de estos acápites, un sistema inherentemente fuerte en el papel es en la práctica débil.

Descendamos un peldaño más, supongamos que el sistema es fuerte en el papel, tiene recursos, es competente y no es corrupto. Entonces cabe cuestionarse si la mayoría tiene acceso a ese sistema, y puede que allí falle porque los pobres no tienen acceso, y no tienen sistemas de asistencia legal idóneos como para permitirles el acceso, al no poder pagar directamente su abogado.

Cuando hablamos de derechos humanos, tenemos que estar conscientes, si nos vamos a quedar satisfechos al decir que todos los derechos son iguales, estamos descuidando la tarea que hay por hacer en algunos derechos en todos los niveles; en otros, en dos o tres niveles, en otros, en un nivel, etc, y esta distinción es muy importante de tener en cuenta.

Habiendo dicho esto, caracterizemos esta causa de los derechos humanos, que hemos puesto inicialmente en un brevísimo contexto histórico, que responde a todos

estos sistemas normativos y de valores; caractericémosla a otras causas.

La causa de los derechos humanos, en primer lugar, no es dos cosas, ni la continuación de la gran lucha política o social de cada cual por otros medios o bajo otro nombre. Hay muchos que han entendido que los derechos humanos son la continuación de su causa política bajo otro nombre; hay zonas de intersección entre distintas causas político-sociales y la de los derechos humanos, y no son lo mismo; pero en segundo lugar, tampoco es el otro extremo, la causa de los derechos humanos no es una nueva panacea que le dé respuesta a todas las inquietudes personales de cada cual, desde cómo está organizado el mundo hasta qué relaciones tiene con su pareja.

Estos dos extremos es necesario evitarlos; uno, el usar la causa de los derechos humanos como una manera de enfatizar otra causa que está oculta bajo aquélla, o la otra de olvidar toda otra causa porque ahora se piensa que derechos humanos da respuesta a todo.

Los derechos humanos, en realidad, no son un techo sin un piso, más bien un mínimo antes que un máximo, y un mínimo que dice, cualquiera sea la situación de conflicto político-social siempre debe haber un mínimo que debe ser respetado en toda situación. Hay que enfatizar este aspecto de minimilismo, no porque se quiera que los derechos humanos hagan poco, sino porque se debe enfatizar que cada uno de nosotros debe también estar preocupado de hacer otras cosas, bajo otras banderas.

Lo que los derechos humanos son en definitiva, es un gran consenso. Nos podemos cuestionar sobre este consenso si vemos que gobiernos los violan. Estos gobiernos que los violan niegan que lo hacen porque tienen consenso, de los dientes para afuera, respecto del valor envuelto, que no se disputa. Con ese consenso lo que se tra-

ta de hacer es hacerlo carne, día a día, en eso consiste esta causa. Y se puede decir en definitiva, que es el tema de ética política más importante de este tiempo, como en su oportunidad lo fue la lucha anti esclavitud, desde fines del siglo XVIII hasta muy entrado el siglo XIX, casi hasta fines. Luego la formulación de normas humanitarias de la guerra, desde fines del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial y posteriormente, hacia mitad de este siglo, la lucha por la descolonización.

Estos eran los grandes temas de ética política de distintas épocas, en nuestra época el gran tema son los derechos humanos que es tan amplio, que se puede decir incluso que abarca muchos de los anteriores.

Habiendo hecho estas distinciones, entremos más de lleno a lo que proponíamos hacer, que es un cierto balance de la situación de los derechos humanos de logros e insuficiencias del movimiento y después, en último término, cuáles son los desafíos que enfrentamos ahora y para el futuro.

Vemos lo de la situación de ciertos derechos, y recordemos que las generalizaciones son tan relativas en América Latina. En los últimos 10 ó 15 años, desde que el tema de los derechos humanos ha estado en el centro del debate en América Latina, ha habido ciertas tendencias, una revalorización de la noción de democracia y recordemos que, en su época, esa noción de democracia era mirada como, en el mejor de los casos, una idea que pudiera ser desechada por inútil. Ahora hay una cierta revalorización de lo qué es democracia, se puede discutir qué es democracia, cuándo realmente existe.

En segundo lugar, una fragilidad de los nuevos gobiernos civiles que quieren fortalecer su democracia pero que están en situación de inherente debilidad.

En tercer lugar, una profunda crisis económica que no es sólo la deuda externa, pero sin duda que este problema es un acápite principal y, por último, ciertos nue-

vos problemas extraordinariamente candentes que afligen a grandes sectores de la región, particularmente el narcotráfico y las amenazas al medio ambiente. Estas son situaciones nuevas de carácter contextual, que se han ido dando con mayor fuerza en estos últimos 10 ó 15 años, desde que el movimiento de los derechos humanos ha estado más activo en la región.

En cuanto a ciertos grupos de derechos nos cuestionamos lo que ha pasado, derecho a la vida, integridad física y psicológica, libertad personal; en realidad es difícil tocar este tema sin recordar lo que dijimos antes respecto a las distinciones metodológicas, porque si miramos los derechos humanos en sentido estricto, en la relación vertical estado-ciudadano, hay una amplia mejoría de estos derechos, pero si los miramos en un sentido mucho más complejo, de situaciones de guerra y sus atrocidades, en realidad puede que últimamente haya más víctimas que en los años en que se daba la práctica sistemática de desapariciones o que pueda llegar a haberlo en un futuro inmediato.

Tenemos que considerar la situación no sólo en el plano de la relación estado-ciudadano, sino en el plano de la relación combatientes-combatientes y estas dos situaciones se mezclan de una manera difícil de discernir en la práctica. Se puede decir sí, que la muerte, tortura, desapariciones, como prácticas sistemáticas de exterminio o de intimidación por parte de gobiernos en contra de ciertos opositores, ha mermado drásticamente, pero la situación de muerte en atrocidades de guerra ha aumentado también drásticamente.

Hay excepciones a esta afirmación que estoy haciendo. En distintos países; la tendencia general es la que he mencionado. Esto no significa que los problemas que han mermado han sido salvados adecuadamente, la secuela de desapariciones en Argentina, no ha sido saldada, la herida no ha cerrado bien, no se ha declarado la

verdad en todos los casos, pero se han hecho grandes avances en cuanto a levantar un clamor popular de protesta en estos casos, e incluso avances de tipo científico, en cuanto a cómo identificar a los cadáveres, filiaciones, etcétera.

Ha habido progresos en la lucha frente a estos temas, pero los temas no están satisfactoriamente aclarados ni en América Central ni en el Cono Sur. Los problemas del derecho a la vida, integridad física se han trasladado a otros países y a otros teatros, no tanto de oposición política frente a un gobierno dictatorial, sino más bien teatro de guerra, declarada o no.

En segundo lugar y relacionado con esto, la situación de los refugiados ha pasado a ser marcadamente más dramática en estos años. En tercer lugar, el problema de la vida y la integridad física desde el punto de vista de los problemas endémicos también ha salido a la luz. Más grave es particularmente en ciertos centros urbanos, pensemos en Lima o Río de Janeiro, respecto de lo terrible que es la ausencia del Estado, la injusticia o injusticia privada, nuevos actores para-estatales que se han atribuido el ajusticiamiento por cuenta propia, linchamientos; situaciones de ausencia, negligencia o impotencia del Estado y de violencia o atentados contra la vida, de carácter más endémico.

Finalmente, dentro de este mismo contexto, tenemos que marcar desde luego el gravísimo problema de la narco-violencia que tiene también un Estado ausente, impotente o cómplice y una comunidad internacional coculpable o ausente o impotente. Coculpable porque el problema no es solamente de producción, es más complejo, pero tampoco es sólo un problema de consumo, es integral.

Estos son los nuevos elementos para este amplio campo de lo que podríamos llamar los derechos más fun-

damentales de la seguridad personal, de la vida, de la subsistencia en el plano físico.

Examinemos otro campo –y no nos proponemos examinarlos todos en un espacio tan pequeño, sino algunas áreas– que podemos llamar libertades civiles; nos referimos a la libertad de expresión, de asociación, de reunión, de manifestación, de movimiento. En general, en la región, con excepción de ciertos países en que ha habido un retroceso, hay amplia mejoría de estas libertades civiles, porque ha disminuido la práctica sistemática de gobernar por medio de estados de sitio y emergencia, aunque subsisten o se introducen en ciertos países. Sin embargo, estas son ganancias que son muy frágiles. En primer lugar, por la crisis económica misma, que hace a veces ilusoria este tipo de participación política o ciudadana, porque hay una concentración en problemas de sobrevivencia; se hace ilusorio por la fragilidad política de los nuevos gobiernos, que puede hacer revertir la situación a una de dictadura; y, se hace ilusoria, desde luego, porque no está cimentada en muchas partes, en instituciones nuevas, en un grado de desarrollo importante, en un grado de participación política popular.

En tercer lugar, hablemos del derecho a la participación política, que no es sólo elecciones; aquéllos que piensan que la democracia se ha restituido porque hay elecciones, se equivocan; pero se equivocan aquéllos que piensan que las elecciones no sirven para nada. Las elecciones no son una causa suficiente para la democracia, pero son una causa necesaria; y aquéllos que, notando que no son una causa suficiente la dan por innecesaria, cometen un error. Las insuficiencias de la democracia se corrigen con más democracia, no con menos. Cuando digo que es causa necesaria me refiero a que las elecciones no bastan para afirmar la democracia y la justicia, pero sin ellas no se tiene democracia y, por lo

tanto, aquéllos que pretendan que está todo resuelto porque ya sostuvieron elecciones, incurren en un engaño.

Por ejemplo, y para llamar las cosas por su nombre, cuando Fidel Castro dice que el pueblo armado vota todos los días y que si quiere derroca al gobierno cuando lo quiere, es un giro retórico que no convence, por decir lo menos. Nadie en 1989 piensa que el pueblo armado se va a revelar en Cuba o en cualquier otro régimen donde hay un sistema bastante estructurado de manejo del poder.

De manera que, cuando tengamos que revisar este problema hay que examinarlo en toda su faceta, allí donde las elecciones son sólo una fachada y allí donde no las hay tampoco.

Desde luego hay que examinarlas con más fuerza en el sentido de la participación política más cabal, no sólo aquélla que se da como digo, a nivel más general, periódico, para acudir a las urnas para elegir ciertas autoridades, sino una participación real que se dé a nivel de las instituciones intermedias del Estado, a nivel de los sindicatos, organizaciones sociales. Y todo esto requiere un clima de paz y de garantía de los derechos humanos y de desarrollo económico.

En cuarto lugar, el grupo de los derechos económicos, sociales y culturales, aquí entramos en un terreno extraordinariamente complejo, porque como habíamos dicho antes, es fácil decir, estos derechos no se cumplen pero no es fácil decir cómo se pueden cumplir. Es fácil observar la carencia de ellos, no es fácil decir qué debiera estarse haciendo, qué no se está haciendo, porque, en definitiva, en materia de estos derechos todo está por hacerse, salvo los derechos laborales que están muy bien reglados, en relación a aquél que ya tiene trabajo y su relación es con el empleador.

El derecho a tener empleo no está reglado en ninguna norma internacional, y cómo se resuelve esto. Hay un par de convenciones de la OIT que dicen, todo el mundo deberá tener empleo y los Estados harán lo posible para que todos lo tengan; de manera que en este terreno todavía hay un amplio campo de carencias. Hay también, en materia de ciertos derechos de seguridad social, algunas reglas establecidas, pero, en general, falta toda una conceptualización y un consenso acerca de qué se puede hacer en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Considero en este punto que, una manera de ir avanzando, es comenzar por las cosas negativas, es decir, el movimiento de los derechos humanos ha demostrado una capacidad mayor de hacer campaña cuando se trata de detener una cierta práctica que de promover una cierta práctica, ejemplo, *no* torture, *no* mate. Un ejemplo de campaña negativa que tuvo muy buenos resultados, en el plano socio-económico internacional, consistió en la promoción de la leche artificial Nestlé en sustituto de la leche materna, que generó grandes problemas de desnutrición, enfermedad y mortalidad infantil en muchos países en donde, por supuesto, nada sustituye a la leche materna. Entonces, la campaña era, *no* interfiera con la leche materna, y una campaña mundial en torno a ese *no*, respecto de un derecho económico y social, logró resultados.

Podrían ponerse en el tapete internacional, hoy en día, *no* a la corrupción y a la desviación de recursos que van destinados al desarrollo; en cuanto a nuestros países, esos recursos terminan en las manos de los jerarcas de gobierno o de la oligarquía, y los préstamos internacionales no salen de las cuentas en Nueva York, cambian de nombre y número de cuenta.

Una campaña y los medios hay todavía que imaginarlos, normas internacionales para prevenir y perse-

guir la riqueza mal habida, que están protegidos por sistemas internacionales de secreto, puede ser un paso muy concreto, muy pequeño para empezar por aquellas cosas que se pueden construir como un *no*. Pero, desde luego, el trabajo más importante es empezar construyendo consensos acerca del *sí*, cómo hacer aquéllo, y contrariamente, a lo que algunos piensan en un sentido o en otro de los derechos humanos, no se puede extraer una doctrina ni de libre mercado ni de economía centralmente planificada, ni de ningún otro tipo.

No hay suficientes bases teórico-conceptuales para decir que derechos humanos se confunde con liberalismo, socialismo en el plano económico, o con cualquier otro sistema; simplemente, todavía esas normas están como una expresión de deseo, el trabajo que tenemos que hacer es inyectarle contenido a ese deseo.

Otro punto que es necesario mencionar son los derechos de ciertas minorías, más bien de ciertos sectores postergados, y en esto todavía está prácticamente todo por hacer. Ha habido grandes avances respecto de ciertas formulaciones teóricas y de desarrollos incipientes de movimientos indígenas, y el movimiento por los derechos de la mujer ha hecho ciertos avances también; sin embargo, comparado con la magnitud de la tarea, están todavía en pañales.

Este panorama tan general, de cambios en la situación de ciertos grupos de derechos, tenemos que complementarlo con un panorama sobre cuáles son los logros e insuficiencias del movimiento de derechos humanos.

Los logros del movimiento de derechos humanos son muchos. Primero, hay una mayor conciencia en nuestras sociedades sobre el tema de los derechos humanos, y una mayor legitimidad del tema todavía puede ser muy discutido, pero sin duda ha ganado conciencia respecto a él. Segundo, hay más y mejores normas, ha ha-

bido nuevos tratados internacionales, ha habido normas por vía interpretativa de jurisprudencia u opiniones consultivas también en el plano regional.

En tercer lugar, el desarrollo institucional a todo nivel ha sido extraordinario; hay todo un aparato intergubernamental puesto en su lugar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana, el propio Instituto Interamericano. Existe, por tanto, una institucionalidad fuerte intergubernamental, también una institucionalidad gubernamental muy extendida, aunque todavía muy heterogénea; prácticamente no hay país de la región que no tenga a nivel de ministerio de justicia, de relaciones exteriores, del interior, o de educación, o un órgano separado, –llámese procurador u ombusdman– una institucionalidad de derechos humanos. Varios países han puesto en práctica programas de educación en derechos humanos o pasado leyes con respecto a la educación en derechos humanos. La fuerza e intensidad de estas nuevas organizaciones varía de país a país, pero es un fenómeno nuevo y, sin duda, muy interesante.

En cuarto lugar, las organizaciones no gubernamentales han proliferado en toda la región, no hay país en que no las haya. A nivel regional el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, a nivel subregional la Comisión Andina de Juristas; o instituciones a nivel subregional o regional, que tienen una relación periférica, como por ejemplo la CEAL en el plano de la educación, o la de ILSA en el plano de la asistencia legal.

Entre las organizaciones nacionales, las hay más profesionalizadas, menos profesionalizadas, más objetivas, menos objetivas, pero sin duda el campo no gubernamental ha crecido extraordinariamente.

Otro aspecto de esta institucionalización, es la profesionalización de ciertos sectores de esta organización, que han podido trabajar con estándares de objetividad

y de calidad bastante importantes y las interrelaciones que se han ido creando entre ellos y con organismos internacionales, tanto de Naciones Unidas o de la OEA, como no gubernamentales, Amnistía Internacional, Comisión Internacional de Juristas, etcétera.

Otro logro, aparte de la conciencia, de las normas, de la institucionalización, es que se ha avanzado respecto de la capacidad de reacción frente a ciertas prácticas; lo que dije anteriormente en torno a la desaparición, simplemente una capacidad de reacción, de investigación, de denuncia, de levantarse frente a ello es mucho mayor. Se han detenido o disminuido ciertas prácticas y esto es extraordinariamente importante.

También otro logro, es que se han lanzado programas de educación en derechos humanos en muchas partes, además se han establecido centros académicos de investigación en derechos humanos en muchos países, y, finalmente, que hay una gran receptabilidad del tema de derechos humanos en distintos sectores que contribuyen a formar opinión en nuestros países: los intelectuales, la prensa, las iglesias, sindicatos, etc. Hasta aquí, los grandes acápites de los logros, veamos las insuficiencias.

En primer lugar, las normas todavía son insuficientes en cuanto a su operatividad. Las normas de derechos económicos y sociales no tienen una operabilidad clara, o bien no establecen obligaciones claras o no tienen un aparato de protección claro, y otras que sí establecen obligación y aparatos de protección claros, pueden tener este último corrupto o la gente no tiene acceso a él por falta de recursos. De manera que al sistema y protección de normas le falta mucho por perfeccionar.

Los organismos intergubernamentales todavía no funcionan a plenitud, la Corte tiene, desgraciadamente,

aunque muy valioso trabajo, muy escaso, y esto se debe a un conjunto de factores no imputables a la Corte.

Los órganos no gubernamentales acusan esta heterogeneidad y hay muchos países en que se podrían desarrollar de mejor manera. Aunque hay relaciones interregionales, son insuficientes; todavía nuestras organizaciones en distintos países se relacionan más con las internacionales que entre nosotros. Este curso del IIDH y los viajes y contactos bilaterales constituyen instancias de comunicación, que deberían multiplicarse.

No se ha abierto el movimiento de los derechos humanos a otros sectores de la sociedad. Si ha de tener algún impacto en la sociedad, debe tener capacidad para abrirse a otros sectores, no tiene por qué pensarse que sólo los sectores contestatarios son aquéllos que hacen de los derechos humanos su bandera. Los sectores más tradicionales de la sociedad, inclusive las fuerzas armadas, los sectores empresariales, tienen que irse abriendo, aunque sea una tarea a muy largo plazo y muy compleja.

Otra insuficiencia es la falta de reacción a tiempo y con la suficiente imaginación frente a nuevos desafíos. Algunos son conceptuales y prácticos, por ejemplo, el desafío de cómo manejarse con las violaciones del pasado, en situaciones de transición a gobiernos civiles, como en Argentina, Uruguay, Guatemala, Paraguay o mañana Chile. Se han hecho avances en algunos países, pero en lo general son más notorias las deficiencias y los errores.

Otra área que no se ha sabido trabajar bien, son las situaciones en donde se mezclan los derechos humanos con los conflictos armados. Faltan herramientas conceptuales y prácticas que permitan un trabajo mejor en ese plano.

Otra es la incapacidad de las organizaciones de derechos humanos, de adaptarse de una situación de vio-

lación epidémica de derechos humanos y política, a una situación endémica. Han hecho grandes esfuerzos pero encontrado grandes problemas para reorientarse hacia ese trabajo de violaciones más endémicas contra las personas más olvidadas de la sociedad, y donde no hay, necesariamente, una intencionalidad política directa del régimen, sino más bien el Estado actúa por impotencia, ausencia o negligencia.

Como un catálogo de logros e insuficiencias dejemos esta parte segunda y entremos en la parte final y breve, que son los desafíos.

Primer desafío, es de carácter teórico normativo, cómo avanzar en el consenso sobre derechos económicos y sociales realmente, no en retórica.

Segundo desafío, es más bien de política del movimiento de los derechos humanos, de línea, respecto de tres puntos: la transición hacia gobiernos civiles, y qué hacer con el legado del pasado; segundo punto, cómo manejar una situación de conflicto armado, cuando los derechos humanos y el conflicto armado están enrevesados; tercer punto, cómo manejarse frente a la creciente e inédita amenaza de la narco violencia y el narco poder.

Una tercera área de desafío es tanto metodológica como de ejecución. En primer lugar, la educación en materia de derechos humanos, si bien ha logrado muchos avances ha perdido su contorno en muchos sectores, –y con todo respeto por su contenido educativo– ha llegado a expandirse a tal punto que se confunde con la educación sobre la naturaleza de la historia, el hombre, la sociedad y el desarrollo personal. Bajo el nombre de educación en derechos humanos se hace una educación a veces general, que llega a ser indistinguible de una educación que consista en el desarrollo personal o en conciencia sobre el mundo en que estamos plantados.

Creo que los derechos humanos tienen una especifidad que sin duda se cruza con estos otros temas pero que no se puede confundir e identificar enteramente con ellos.

Otro desafío de carácter metodológico y práctico, es la captación de nuevos trabajadores de derechos humanos y su adecuada capacitación y me refiero a los no gubernamentales y a los gubernamentales. No debemos descuidar la importancia de la capacitación de los trabajadores gubernamentales en derechos humanos. El hecho de que la fuerza de una causa que es causa de ciudadanos internacionales, radique en los ciudadanos y, por tanto, en los actores no gubernamentales, no nos debe hacer olvidar que ésta es una relación bipartita y que también son importantes, los actores gubernamentales, que no siempre deben ser considerados enemigos. Es una relación que en muchas partes se da como tal, pero que no debiera darse como tal.

Otra área de desafío es tener la capacidad de crear más interrelaciones entre nuestra región y mejores redes entre nuestras organizaciones, y como mencioné anteriormente, ser capaces de ir llegando a otros sectores de la sociedad, que han sido, por buena razón, tradicionalmente considerados ajenos o enemigos de la causa de los derechos humanos, pero que son parte integrante de la sociedad y que no se van a ir ni tienen por qué irse, y que hay que irlos ganando para la causa de los derechos humanos, por muy difícil que sea la tarea.

ÍNDICE

Presentación 7

Apuntes sobre los fundamentos filosóficos de los derechos humanos:
Sonia Picado
Los derechos humanos como concepto en la cultura occidental 11
Los derechos humanos en la filosofía del derecho en América Latina 25

Los derechos humanos en el sistema regional americano
Pedro Nikken 47

Los derechos humanos en el sistema de protección regional
Thomas Buergenthal 135

Derecho penal, crítica social y derechos humanos
Eugenio Raúl Zaffaroni 161

La discriminación en el goce de los derechos humanos
Elizabeth Odio Benito 193

Los derechos indígenas: Nuevo enfoque del sistema internacional
Rodolfo Stavenhagen 221

Educadores para los derechos humanos: Un desafío para muchos
Abraham Magendzo K. 259

Los organismos no gubernamentales
Diego García-Sayán 289

La realidad de los derechos humanos en América Latina
José Zalaquett 311