

Memorias Segundo Curso Internacional Especializado En Derechos Humanos

Recursos acordados con la comunidad
**Jornadas
de Vida
y Equidad**
Participar tiene sentido

**Acceso a los Sistemas
Internacionales de Protección
1 al 12 de diciembre de 2014**

Apoya



Observatorio
de los Derechos
Humanos

CIDH

Comisión
Interamericana de
Derechos Humanos



Universidad
Pontificia
Bolivariana



Instituto Colombiano de Derechos Humanos

Organiza



Medellín
todos por la vida



Alcaldía de Medellín

Memorias - II Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos

Memorias Segundo Curso Internacional Especializado En Derechos Humanos

**Acceso a los Sistemas
Internacionales de Protección**



Memorias

**II Curso Internacional
Especializado en Derechos
Humanos**

346.092

T966

Alcaldía de Medellín

Universidad Pontificia Bolivariana

Inst. Colombiano de Derechos Humanos

Memorias II Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos

368 p

ISSN: 2224-2267

Entidades Organizadoras

Alcaldía de Medellín

Alcalde Anibal Gaviria Correa

Inst. Colombiano de Derechos Humanos

Presidente Elkin Eduardo Gallego Giraldo

Universidad Pontificia Bolivariana

Rector Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Comité Académico:

Juana María Ibañez Rivas

Gloria Estella Zapata Serna

Carolina Alzate

Harvey Junior López López

Coordinador libro:

Elkin Eduardo Gallego Giraldo

Coordinación Transcripciones:

Sara Ramírez Cadavid

Agustín Eugenio Martínez Elías

Transcriptores:

Sara Ramírez Cadavid

Agustín Eugenio Martínez Elías

Lucas Andrés Quintero Velásquez

Carolina Vélez Restrepo

Daniel Felipe Cano Aguirre

Daniela Gómez Cespedes

Vanessa Ramírez Maturana

Marcela Janeth Arrubla Jaramillo

José Ignacio Londoño Muñoz

Realizados todos los depósitos legales

Derechos de autor reservados

Diagramación e impresión

PRONTO EXPRESS PUBLICIDAD S.A.S.

Impreso y hecho en Medellín - Colombia

CONTENIDO

Prólogo	7
El Procedimiento Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	11
Los Grandes Aportes de la Comisión Interamericana De Derechos Humanos	35
El Procedimiento Ante la Corte Interamericana De Derechos Humanos...	47
El Sistema Africano de Derechos Humanos	67
Aportes y Perspectivas del Sistema Africano de Derechos Humanos ...	93
El Sistema del Convenio Europeo De Derechos Humanos	119
La Reforma a la Salud En Colombia	137
El Impacto de las Sentencias Internacionales en el Derecho Interno: Una Aproximación Desde El Derecho Constitucional	183
¿Derechos Humanos En El Contexto De La Privación De La Libertad?	203
El Derecho Internacional Humanitario Y Sus Desafíos En El SigloXxi	209
La Interacción Y Convergencia Entre El Derecho Internacional Humanitario Y El Derecho Internacional De Los Derechos Humanos	217

Corte Penal Internacional: Jurisdicción, Admisibilidad, Avances Y Desafíos De Su Jurisprudencia	239
--	-----

Panel: Educación Y Derechos Humanos

La Necesidad De La Educación En Derechos Humanos.....	275
Las Medidas De Implementación De La Educación En Derechos Humanos.	283
La Sostenibilidad De La Educación En Derechos Humanos.....	291
El Rol Activo De La Corte IDH En La Supervisión De Cumplimiento E Implementación De Las Sentencias Interamericanas	299
Educación Y Derechos Humanos Un Inicio Para La Familia, Educación Y Derechos Humanos Para Vivir En Derechos Humanos. Metodología De Investigación Sobre Derechos Humanos	331
Derecho de las mujeres Perspectiva de Genero	337

PROLOGO

Las memorias que integran el presente libro son resultado de meses de trabajos y esfuerzos realizados por la Alcaldía de Medellín, la Universidad Pontificia Bolivariana y el Instituto Colombiano de Derechos Humanos. Durante el segundo semestre del año 2014, estas entidades prepararon y desarrollaron el “II Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos: Acceso a los sistemas internacionales de protección”, que estuvo dirigido, principalmente, a líderes y lideresas que promueven y defienden, en calidad defensores, el respeto por los Derechos Humanos en las comunas y corregimientos de Medellín.

El curso se realizó entre los días 1 y 12 de diciembre del año 2014 en las instalaciones de la Universidad Pontificia Bolivariana y fue posible gracias a la excelente coordinación de las instituciones antes mencionadas, quienes se han comprometido en la construcción de una cultura de respeto y promoción de los Derechos Humanos, especialmente del supremo derecho a la vida en la ciudad.

En total 120 líderes y lideresas participaron, de tiempo completo, aprovechando los ponentes de talla internacional que motivados por el Instituto Colombiano de Derechos Humanos acompañaron las numerosas sesiones académicas. Además, durante la realización del curso se logró verificar, una vez más, la importancia y los impactos positivos que tiene, en el fortalecimiento del tejido social, los eventos de esta naturaleza. En el certamen participaron líderes con diversas profesiones y oficios, intereses y saberes, que pusieron todo el tiempo en evidencia que existe un claro interés por la defensoría de los Derechos Humanos en múltiples disciplinas y roles de liderazgo ciudadano y comunitario.

Con dicho perfil multidisciplinario, el curso se convirtió en un semillero donde estudiantes de pregrado, profesores, psicólogos, politólogos, entre otros profesionales, defensores de derechos humanos y líderes comunales, obtuvieron lecciones de los mejores ponentes internacionales en cada temática del programa y, lograron hacerse de conocimientos especializados

que los ayudarán en el desempeño de la defensa de los derechos humanos que cada uno ejerce desde su cotidiano trasegar.

Adicionalmente, es importante mencionar que como parte integral del curso especializado, se desarrolló un concurso con estudiantes provenientes de universidades colombianas y de otros países de América Latina. En total 76 estudiantes participaron en esta fase, los cuales fueron acompañados por 200 personas que presenciaron sus audiencias y los ejercicios de simulación de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, fue posible evidenciar el interés que existe, de la sociedad en general, por aprender más sobre los derechos humanos, sin importar que se cuente con una estrecha vinculación con la tarea de defensa de los mismos.

Ahora bien, el evento en cuestión se diseñó buscando dar un recorrido a los diversos Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Sistemas Regionales: Europeo y Africano, sin olvidar, por supuesto, el Sistema Universal de Derechos Humanos. Además, se trataron temas específicos de diversas poblaciones vulnerables como las mujeres, los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes, las personas en condición de víctima por desplazamiento y las refugiadas. También fue oportuno desarrollar aspectos temáticos de primera necesidad para la sociedad Colombiana y de la región, pertenecientes ellos al Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Penal Internacional y la Corte Penal Internacional, esta última de reciente creación que lo aplica, la justicia transicional y la jurisdicción universal para el juzgamiento de los más graves crímenes cometidos.

Como parte del curso, se diseñó también un trabajo práctico donde los estudiantes conformaron grupos de trabajo para simular una audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde desarrollarían el rol de Agentes del Estado, Representantes de Víctimas o Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como una visita planeada al Centro Penitenciario de Bella Vista en la ciudad de Medellín, buscando contrastar la teoría de los Derechos Humanos con las condiciones reales en las que viven algunos sectores desprotegidos de la sociedad, como lo

son las personas privadas de la libertad. Adicionalmente, durante la clausura del curso, que tuvo lugar el día 12 de diciembre con la participación del Dr. Jose de Jesús Orozco, integrante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se presentó el Informe: “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia”, que recoge las recomendaciones que en esta materia realiza la CIDH a los distintos estados que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Sin duda, el éxito de la realización de este “II Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos, Acceso a los sistemas internacionales de protección”, residió en el estudio, análisis y discusión de los aspectos relevantes para la sociedad colombiana, convirtiéndose en un evento que logró promover y enseñar masivamente los derechos humanos en Medellín, en Colombia y en la Región.

La presente memoria constituye entonces un abono a esa promoción y defensa de los derechos humanos que se previó generaría el curso, a través de la socialización de las ideas expresadas en el mismo, las cuales son de interés y utilidad para quienes se adentren en sus páginas.

Jaime Alberto Carrión
Subsecretario de DDHH
Alcaldía de Medellín

Mario López Garelli¹

EL PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Muchas gracias Elkin, gracias a todos por el amable recibimiento no solamente hoy sino en días anteriores, he estado muy a gusto en esta ciudad, es la segunda vez que vengo pero realmente sólo ahora puedo decir que conozco Medellín. Gracias a la amable invitación de participar en este evento, también tengo la suerte de conocer a todos ustedes, y estoy muy entusiasmado con la clase de hoy para poder compartir algunas de las experiencias que he tenido durante todo este tiempo para hablarles, tratar de que sea lo más participativo posible. Tengo mucho interés en saber lo que ustedes quieren saber, lo que a ustedes les interesa del procedimiento, de los vacíos que pueden tener en su conocimiento de nuestro trabajo, de lo que hace la Comisión, de los casos, etcétera, así que quisiera que la dinámica sea lo más móvil posible, lo más interactiva posible, que ustedes pregunten, que comenten durante todo el tiempo, así creo que va a ser más interesante para ustedes y para mí también. Entonces sin más, voy a instalarme arriba para estar un poco más cómodo con mis papeles.

Como mencionaban los organizadores, aquí siento mayor posibilidad de verlos a todos, pero el único inconveniente es que los veo a todos muy lejos. Antes de entrar directamente a la parte procesal, les voy a hablar un poquito de la Comisión, aunque como también tengo la siguiente parte donde voy a hablar de las contribuciones de la CIDH a los derechos humanos en general, voy a reservarme la parte más histórica, los antecedentes para ese segundo bloque. Pero sí quisiera decirles de manera muy general que la Comisión Interamericana es un órgano principal de la OEA, y este es un término

1. De nacionalidad paraguaya, es abogado y doctor en ciencias jurídicas. Trabaja en la CIDH desde 1995, y sus responsabilidades actuales incluyen la coordinación de la Sección Regional EFP de la CIDH (la cual abarca Brasil, Canadá, Estados Unidos, Haití, Suriname y los Estados miembros del caribe anglófono); de las actividades de la Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias; y de las sesiones y audiencias de la Comisión Interamericana. Ha trabajado en casos y temas referidos a varios Estados miembros de la OEA y participado en varias visitas de investigación in loco, visitas de trabajo, y sesiones extraordinarias fuera de la sede. Antes de su incorporación a la Secretaría Ejecutiva de la CIDH fue Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional Paraguaya de Cooperación con la UNESCO, asesor jurídico de la Entidad Binacional ITAIPÚ y profesor de Derecho en la Universidad Nacional de Asunción.

importante, porque el hecho de ser un órgano principal significa que tiene competencia para revisar casos, medidas cautelares, cuestiones generales, cuestiones de supervisión temática respecto a los 35 Estados miembros de la OEA. Esto es muy importante porque se habla mucho de universalidad, es decir, se habla del concepto de que todos los Estados que estén bajo la jurisdicción de la Comisión y de la Corte, eso no es así hoy en día, voy a entrar después en más detalles sobre esto, pero si lo que les quiero explicar es que el procedimiento se aplica a todos los países. Hubo una reforma de reglamento de la Comisión en el 2001 donde se eliminó el capítulo separado donde había un procedimiento diferente para los Estados que no eran parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como ustedes saben, esos Estados son Canadá, Estados Unidos, la mayor parte de los países del Caribe, y en estos momentos por la denuncia a la Convención Americana, es decir, por la decisión que tomó el Estado venezolano de denunciar la Convención Americana, este instrumento tampoco rige hoy en día para Venezuela. Tampoco rige en Trinidad y Tobago, que lo había ratificado con anterioridad pero decidió retirarse, denunciar la Convención por lo cual ese instrumento ya no se aplica en ese país, son los dos países que la habían ratificado pero después decidieron retirarse. Entonces en primer lugar para darles esa idea de la competencia que tiene la Comisión, del alcance que tiene la Comisión en todos los países de la OEA, cuando digo todos, me refiero también a Cuba, el Estado cubano es un Estado parte de la OEA, un Estado fundador de la OEA. Pero el gobierno cubano fue suspendido en 1961 por una resolución de la Asamblea General y desde el 61 estuvo suspendido hasta el 2009, en que la Asamblea General dejó sin efectos esa resolución, pero el gobierno cubano no volvió a solicitar su readmisión a la OEA. Entonces en este momento Cuba es parte de la OEA, pero su gobierno no ha sido readmitido y no participa de la Asamblea General, del Consejo Permanente, de ninguna de las actividades de la organización, y ahí vemos entonces que están todos los 35 Estados miembros de la OEA. El procedimiento del que les voy a hablar ahora es un procedimiento común, pero hay una diferencia, solamente la diferencia está en la opción al final del proceso, que es la opción de someter un caso a la Corte. Los Estados que no han ratificado la Convención

Americana y que no han hecho la aceptación expresa de la jurisdicción contenciosa de la Corte, no tienen esa posibilidad, es decir, no se pueden mandar casos a la Corte si no han ratificado la Convención y aceptado la jurisdicción de la Corte. Entonces la competencia de la Comisión es lo primero que debe establecerse en un caso, antes de llegar a eso, les voy a hablar de algo más práctico, les voy a explicar que pasa cuando una persona presenta una petición. Digamos que cualquiera de ustedes hoy decide que hay algún acto de alguna autoridad o algún acto de algún particular que no fue corregido por la autoridad, que ustedes consideran violatorios de sus derechos, ¿qué pasa? ¿Qué tienen que hacer en ese momento? Lo primero que tienen que hacer es acudir ante las autoridades nacionales, es decir, tienen que presentar la denuncia de acuerdo a la ley nacional, el hecho tiene que someterse ante las autoridades jurisdiccionales, a los tribunales –usando el ejemplo de alguno de ustedes- de aquí en Medellín tendrían que plantearlo a los tribunales nacionales. Una vez que los tribunales nacionales lleguen a una decisión definitiva, que tiene que ser la definición del tribunal más alto para ese tipo de hechos, una vez que se llega a esa decisión final, ustedes tienen un plazo de seis meses para presentar la petición a la Comisión.

Hay otro requisito sobre el que voy a entrar en más detalles, es lo que nosotros llamamos la caracterización, es decir, que lo que ustedes están planteando en la denuncia, en la petición, tiene que ser una violación de derechos humanos, alguno de los derechos que está protegido en la Convención Americana. Y sigo usando el ejemplo de Colombia, porque Colombia sí es parte, Colombia si ha ratificado la Convención Americana y ha aceptado la jurisdicción de la Corte, entonces si ustedes presentan un caso a la Comisión y eventualmente podría llegar a la Corte. Entonces una vez que la petición llega, que se presenta, hoy día el medio típico es correo electrónico, tenemos una página donde se reciben las denuncias que se llama cidhdenuncias y ahí hay un formulario, llenan los campos, eso ingresa a nuestro sistema electrónico, hay una persona en nuestra oficina que se dedica exclusivamente a clasificar todo lo que va entrando y da un número, si es una petición nueva se le da el número secuencial del año, es decir, que empieza con el número uno de 2014 y va a terminar probablemente con un

poco más de 2000, ya que se reciben más de 2000 peticiones por año.

Esa petición entonces pasa a un grupo dentro de la oficina que se llama el Grupo de Registro, que tiene a su cargo todas las peticiones nuevas –lo que nosotros llamamos peticiones en estudio- ese estudio inicial puede durar bastante tiempo, de hecho hoy en día por el enorme rezago procesal, los recursos humanos y materiales no nos dan para atender las peticiones de manera oportuna. Tan es así, que salvo que haya un cambio muy grande, si ustedes presentan una petición hoy, el estudio inicial de esa petición va a ser de 5 años. Tienen que reclamar a sus gobiernos y a los gobiernos de todos los Estados miembros de la OEA, que son los que financian el sistema. Porque esa es la realidad, la cantidad de gente que tenemos, un grupo de 70 funcionarios, con apoyo muy importante de un grupo grande de pasantes que hoy en día llega a más o menos 30 personas que colaboran con nosotros, que colaboran de manera muy eficaz, muy dedicada, pero por supuesto con la revisión de abogados de mayor experiencia.

-Pregunta de estudiante: Profesor, ¿y cómo aplican las medidas cautelares respecto a un tiempo tan grande?-

Claro, le agradezco su pregunta, eso me permite completar otra cosa, que en el nuevo Reglamento que se modificó el año pasado, hay una serie de elementos concretos que están definidos –no recuerdo el artículo exacto - pero hay ciertas causales o ciertos elementos que el peticionario puede plantear para adelantar el estudio de la petición. Por ejemplo cuando se trata de una persona privada de la libertad, cuando se trata de un adulto mayor, cuando se trata de personas menores, de niños, niñas y adolescentes, y en general cuando el efecto útil que puede tener el sistema de casos perdería sentido si la decisión fuera en 5 años. Por ejemplo, si una persona está condenada injustamente a 3 años de cárcel, y resulta que esa petición se revisa en cinco años, esa persona ya está en libertad, ya sufrió la cárcel –perdón, estoy alargando un poquito para seguir respondiendo- y la medida cautelar tiene un trámite distinto, mucho más rápido, más expedito. Voy a entrar en más detalle más adelante, pero sí es una diferencia enorme, las medidas cautelares las analiza otro grupo, el Grupo de Protección, que revisa las solicitudes también en orden, pero ahí analizan

otros criterios sobre todo la gravedad y urgencia; las cuestiones más graves y urgentes las revisan de inmediato. Por ejemplo, si se presenta una solicitud de medidas cautelares para una persona condenada a muerte que tiene fecha de ejecución, se revisa de inmediato, se consulta a los Comisionados cuanto antes y ellos toman la decisión también rápidamente, pero voy a entrar en más detalles con las medidas cautelares empezando solamente con la parte del procedimiento.

-Pregunta de estudiante: ¿o sea que cuando llegan las medidas cautelares las seleccionan de inmediato?-

Si, ese grupo se dedica solamente a eso, ellos no ven otra cosa, son un grupo muy pequeño, son cuatro abogados, un pasante, dos becarios. Es muy chico para el volumen de trabajo, se reciben 400 solicitudes de medidas cautelares al año, eso es más de una por día. Entonces es mucho trabajo, porque aparte para la decisión de la medida cautelar se tiene que adoptar una resolución. La Comisión hoy en día otorga medidas cautelares por resolución, que debe ser fundada, tienen que tener sustento jurídico. Además, como la Comisión trabaja en español y en inglés, la resolución tiene que estar en los dos idiomas, todo lo cual lleva mucho tiempo. ¿Otra pregunta sobre esta primera parte? Estamos solo en el estudio inicial, nos falta mucho todavía.

-Pregunta de estudiante: ¿esos cinco hechos que pueden dar el traslado al trámite en la comisión no es en sí mismo una violación a la justicia pronta y expedita?-

Claro, por supuesto que es un sin sentido, el problema es que el sistema interamericano es un sistema interestatal que está financiado por los países, entonces ahí está la gran contradicción, los propios Estados crean un sistema para controlarse a sí mismos, pero no asignan los medios que la Comisión necesita para poder atender en forma oportuna. Y por otra parte la manera en que está diseñado el sistema, un sistema muy amplio, no se requiere de formalidades, no se requiere un poder de abogado, cualquier persona puede presentar una petición, eso hace que el número de peticiones sea muy grande. La responsabilidad también es muy grande, ya que se debe revisar una por una todas las solicitudes, hacer un análisis yendo otra vez a la parte práctica

que no van a ver en los libros, yo les voy a contar como realmente funciona. Lo que realmente pasa es que con cada petición se hace un análisis de los requisitos de admisibilidad aunque no es la etapa de admisibilidad de estudio, es la etapa anterior a la de admisibilidad. El resultado del estudio inicial es la decisión de trámite, cuando se ven todos estos elementos, que son los mismos de admisibilidad, agotamiento de los recursos internos, presentación dentro de los seis meses, caracterización de posibles violaciones.

Una vez que el Grupo de Registro hace ese análisis, se prepara un memorándum, breve resumen de los hechos, y una sugerencia que se discute en un grupo de abogados de la Secretaría, liderado por nuestra Secretaria Ejecutiva Adjunta, que también es la Directora Legal. Ese grupo hace una sugerencia de trámite que puede ser abrir a trámite, con lo cual se manda la petición al Estado y empieza la admisibilidad; no abrir a trámite, por lo cual el asunto queda ahí, pero como no es la Comisión directamente la que decide a través de la secretaría, no es una decisión final, si el peticionario presenta argumentos suficientes, se puede reconsiderar; y la tercera opción que también es bastante frecuente es la de solicitar información adicional al peticionario. El Reglamento y la Convención Americana dan a la Comisión la facultad de pedir que el peticionario complete los elementos. Todo eso hace que el sistema, que el trámite sea muy lento, porque imagínense que la misma gente que está haciendo el análisis inicial, es la misma gente que tiene que hacer la correspondencia, tiene que contestar los e-mails, que tiene que ver esas reconsideraciones, que tienen que decidir cuándo se aplican los elementos para apurar el trámite, para adelantar el estudio, es lo que se llama *per saltum*, es un término de un tipo de recurso que existe por lo menos en la república de Argentina, tal vez en otros países, no sé si exista en Colombia, donde un tribunal superior puede abocarse al conocimiento de una causa que está en un tribunal inferior y adelantar el trámite, entonces ahí puede haber una decisión en donde la Comisión estudie con anterioridad un asunto fuera del orden que se encuentra con los elementos que les decía. La parte a que se refiere el trámite inicial de las peticiones está en el capítulo segundo del Reglamento, a partir del artículo 31 van a ver todo lo que le estoy explicando,

solo como les digo les estoy dando un poco más de elementos. La parte de tramitación inicial se encuentra en el artículo 34 ahí van a encontrar los elementos que les decía acerca de la posible aplicación del per saltum. –Aprovecho, ¿alguna otra pregunta?–

-Pregunta de estudiante: ¿qué posibilidad hay de que si no se han agotado todos elementos se pueda ir a los tribunales de derechos humanos?–

Sí, precisamente esa es una de las características de nuestro sistema, el agotamiento previo de recursos internos es lo que le da el carácter subsidiario, creo que ya les hablaron de la subsidiariedad de la Comisión y de la Corte. Pues el agotamiento previo de los recursos internos es uno de los elementos concretos, porque se entiende que el Estado al asumir la obligación internacional de proteger derechos humanos mediante la ratificación del tratado, lo que está haciendo es comprometerse a organizar internamente su aparato, su estructura estatal para proteger esos derechos. Entonces la Comisión y la Corte actúan solamente después de que se hayan agotado los recursos internos, salvo en tres excepciones, hay tres excepciones a la regla de agotamiento de recursos internos, que se refieren en primer lugar al retardo injustificado, es decir, cuando un asunto es sometido a los tribunales nacionales y se demoran mucho más allá de lo que corresponde a ese tipo de procedimientos, entonces la persona puede presentar la petición a la Comisión y alegar esa excepción. Por ejemplo, en caso de un amparo que el tribunal tenía que fallar en 48 horas, y resulta que van 6 meses y el recurso no está decidido, entonces el peticionario puede pedir a la Comisión que aplique la excepción de retardo injustificado e iniciar el trámite de la petición aun cuando realmente no se han agotado los recursos internos. Otra excepción al agotamiento, es la que se refiere a la ausencia de debido proceso, o de un recurso para el tipo de asunto planteado. Les doy un ejemplo concreto que me tocó a mí, yo trabajé durante mucho tiempo con casos de México en la Comisión Interamericana, en aquella época correspondía claramente a aplicar esta excepción de ausencia del recurso a los casos de desaparición forzada que nos planteaban los peticionarios respecto a dicho país, ya que el recurso que estaba previsto en la ley para ese tipo de situación era el amparo, previsto para proteger a la población de los abusos

de la autoridad. México no había ratificado la Convención sobre desaparición forzada, que no estaba tipificada como un delito. El problema era que uno de los requisitos para que procediera el amparo era la identificación de la autoridad responsable por la violación de la garantía constitucional. Ustedes saben que eso imposible en casos de desaparición forzada, en que por su propia naturaleza lo primero que hace la autoridad es ocultar el hecho, evidentemente las autoridades no iban a indicar que fue el batallón tal del ejército que capturó a esa persona y la tienen en un calabozo en tal lugar. No, en un caso de desaparición forzada, uno de los elementos claves es precisamente el ocultamiento del hecho, el ocultamiento de la privación de libertad, entonces ahí aplica la Comisión la excepción por la falta de recursos o la falta de debido proceso

Otra excepción al agotamiento es la que se refiere a la imposibilidad de agotar los recursos internos, hoy en día esta excepción es mucho más difícil de probar, sobre todo porque la mayoría de los Estados de la región hay gobiernos democráticos, elegidos, hay libertad de expresión. Por supuesto que en ciertas circunstancias la gente puede sentir miedo, pero en términos generales presentar una denuncia ante el poder judicial, ante las autoridades es algo que se puede hacer a través de otra persona, no hace falta que sea la misma víctima, entonces es mucho menos frecuente hoy en día la excepción de impedimento de agotamiento de los recursos internos.

-Pregunta de estudiante: disculpe, me queda una duda en la excepción por falta de agotamiento de recursos internos, se dice que cuando el Estado no presenta excepción se entiende que ha renunciado a ella tácitamente desde el momento procesal que no ha sido interpuesta, pero la Convención y el Reglamento de la Comisión también establecen que la Comisión tiene el deber de verificar si se han agotado efectivamente los recursos internos. En ese sentido vemos que es un poco contradictorio porque el Estado no presenta dicha excepción, la Comisión está en el deber de verificar que se hayan agotado los recursos internos ¿entonces cómo resuelve la Comisión este tipo de situaciones?-

La realidad es que la mayoría de los casos lo que pasa es que no hace falta aplicar ese silencio que es cierto, tanto la Comisión

como la Corte así lo han entendido, que esa es una defensa por excelencia de un Estado cuando se le plantea un procedimiento internacional. Son muy pocos los casos donde un Estado va a reconocer precisamente que se agotaron los recursos internos, pero lo cierto es que la Comisión tiene el deber de verificarlo como parte de su examen de admisibilidad. Pero si los peticionarios alegan que se aplica alguna de estas excepciones, el Estado tiene la carga de demostrar que esto no es así. Por ejemplo en el caso que les di de México, el Estado decía que el amparo era el recurso efectivo en México, la Comisión entonces pasaba nuevamente la carga de esta demostración a los peticionarios, pero si el Estado guarda silencio, la Comisión igual hace un análisis, pero simplemente considera que el Estado renunció a su derecho a interponer esa excepción.

La manera en que lo ha entendido la Corte es que esta excepción tiene que plantearse en las primeras etapas del procedimiento, es decir, en las etapas previas a la decisión sobre admisibilidad, que es la siguiente etapa respecto a la de estudio inicial donde se verifican todos estos requisitos. Tal vez debería aclarar también que es el mismo análisis, son los mismos requisitos los que se evalúan en la etapa de estudio que los que se evalúan en la etapa de admisibilidad, pero el parámetro, el estándar para evaluarla es mucho más bajo en la Secretaría, es decir, es menos riguroso el estudio de estos requisitos porque todavía no se le ha dado la posibilidad al Estado de plantearlo, y aparte porque es la puerta de entrada a la Comisión.

-Pregunta de estudiante: ¿qué sucede cuando se presenta una petición ante la Comisión Interamericana y se presenta frente a ciertos derechos convencionales de los cuales las víctimas han agotado recursos frente a cierto número de derechos, pero frente a otros derechos como en el caso de la integridad personal no han agotado los recursos existentes en la jurisdicción interna? ¿Se considera qué hay un agotamiento de recursos? ¿O ya la Comisión tendrá que admitir la petición frente a los derechos que fueron materia de discusión en materia de jurisdicción interna? - Ese tipo de casos no son tan frecuentes, pero que si efectivamente hay distintos hechos, no hay un hecho principal y los otros son como accesorios. Entonces se considera que si todos los derechos

se plantean por más que estén bajo el mismo procedimiento principal no hay problema; en cambio, si son diferentes hechos, hasta temporalmente por ejemplo, si por lo menos se puso en conocimiento de las autoridades el hecho como parte del proceso, como parte del proceso auxiliar, la Comisión podrá entender que se hizo un intento de agotamiento y utilizar una excepción frente a los otros hechos. En algunos casos, se separan los hechos y se analiza un grupo de hechos que tienen un proceso judicial agotado o donde se aplica alguna excepción y se admiten esos hechos, y los otros hechos se declaran inadmisibles. Entonces puede ser que respecto de los hechos A, B Y C la Comisión declara que se han agotado los recursos internos, que se caracterizan posibles violaciones y que se presentó dentro de los seis meses, con lo cual es admisible la petición respecto a tales hechos. En cambio, respecto al hecho D la Comisión observa que no se ha planteado recurso alguno, y respecto al hecho E, la Comisión observa que se planteó una acción hace un mes que todavía no se ha agotado y por lo tanto se descartan tales hechos de la decisión sobre admisibilidad.

Una vez superado el trámite inicial, cuando se transmite al Estado, ahí si ya se cuenta con la posición de las dos partes, por lo que la decisión que toma la Comisión sobre la admisibilidad es la que define el la materia de fondo, es decir se establece cual va a ser la discusión sobre el mérito del asunto. Esta es una distinción importante porque desde el 2001 la etapa de admisibilidad es obligatoria, pues con anterioridad el Reglamento de 1980 de la Comisión no establecía la admisibilidad como una etapa fija, sino que generalmente hacía el análisis de admisibilidad en el propio informe de fondo. Había un solo informe, en que primero se estudiaba la admisibilidad, y si concluía que el asunto era admisible pasaba al estudio sobre el fondo, pero en un mismo informe. Esta separación se hizo de manera clara con la modificación al Reglamento del 2001, ahora la admisibilidad es una etapa necesaria y solamente por vía de excepción se puede unir la admisibilidad y el fondo, aunque son menos los casos en que se sigue esta vía.

-Pregunta de estudiante: ¿Con qué competencia queda la Corte o como actúa la Corte digamos en un Estado que se retira

y no quiere aceptar ni a la Comisión? Digamos en el hecho de Venezuela, muchos colombianos residen en Venezuela y se les han violado sus derechos allá, en ese caso, ¿con qué competencia queda la Corte si el Estado se ha retirado y el Estado no acepta la Comisión?-

Bueno, ciertamente algún Estado –puede ser Venezuela o cualquier otro- puede no aceptar las recomendaciones de la Comisión o las sentencias de la Corte, sin embargo esa es una decisión unilateral, no es una posición jurídica, es una posición política. Desde el punto de vista jurídico, es clara la obligatoriedad del cumplimiento de las decisiones de estos órganos, si bien las decisiones de la Comisión son recomendaciones a diferencia de las decisiones de la Corte que son sentencias y órdenes. La Corte ordena y juzga como un tribunal, tiene un proceso netamente jurisdiccional a diferencia de la Comisión, se habla de que el procedimiento ante la Comisión es un procedimiento cuasi-judicial, parecido a un procedimiento judicial pero no tiene la misma formalidad que el procedimiento ante la Corte, así está diseñado el sistema. Entonces, cuando un gobierno en representación del Estado adopta una posición política de no cumplir una decisión de la Comisión, o una sentencia de la Corte, esa no es una posición jurídica.

La pregunta que está comprendida en la suya y me imagino que ya viene es ¿qué obligatoriedad tienen las sentencias de la Corte y las recomendaciones de la Comisión? No hay ninguna duda que cuando un Estado ratifica un tratado, asume de manera soberana la obligación de proteger esos derechos y de cumplir las decisiones de los órganos, creados por los mismos Estados. La Comisión no es una creación de la sociedad civil, de la prensa, del pueblo; no, la Comisión es un órgano creado por los Estados miembros de la OEA, al igual que la Corte. Entonces tenemos lo que se conoce como un sistema de garantía colectiva, por lo que cuando un Estado no cumple con una sentencia de la Corte, con una recomendación de la Comisión, la obligación de que se haga valer esa decisión es de todos los Estados. La Comisión hace su parte, cumple su rol convencional, estatutario, y su rol bajo la Carta al analizar el caso, escuchar a las partes, seguir el procedimiento, decidir. Sin embargo, una vez que emite las

recomendaciones, si el Estado no las cumple, la única obligación que sigue teniendo la Comisión con sus casos y la Corte con los suyos es la de seguimiento. En el informe anual de la Comisión hay un capítulo en que están todos los casos, y hay una sección que se llama seguimiento, que incluye un cuadro donde están todos los casos a partir del 2001, que es cuando se incluyó el seguimiento en el Reglamento. Ahí pueden ver caso tal, fulano de tal, y van una equis en cumplimiento total, cumplimiento parcial o incumplimiento, y hay un pequeño análisis narrativo caso por caso. Los casos se mantienen ahí hasta que el Estado cumpla, aunque la Comisión no tiene un medio coercitivo, tampoco la Corte, no tenemos una fuerza de cascos azules como Naciones Unidas para intervenir en un país para que cumpla una obligación internacional. El nuestro es un sistema de garantía colectiva, en que los otros 33 Estados tienen la obligación de ese uno que no cumple con la decisión de la Corte o la Comisión -usando el caso de Venezuela y usando el caso de Trinidad y Tobago también- no pueden negarse o mejor dicho no pueden cuestionar la competencia de la Comisión, en cambio claramente la Corte no tiene competencia ya respecto a los asuntos que ocurrieron con posterioridad a la entrada en vigor de la denuncia, un año después de haberla presentado el Estado deja de estar en vigencia la Convención. Es lo que pasó en esos dos países, pero lo que ellos no pueden hacer es negarle competencia a la Comisión, porque a diferencia de la Corte, la Comisión es un órgano de la Carta de la OEA. Por eso es que decía al empezar a hablar de universalidad, que la Comisión realmente tiene una competencia universal, son todos los Estados miembros de la OEA los que están bajo su supervisión con casos, medidas cautelares, con informes de país. Por supuesto, el trabajo de la Comisión es más difícil en un país que no la recibe, que no acepta visitas; si bien no deja de hacer su trabajo, si la Comisión le expresa a un país interés en visitarlo y las autoridades dicen que no, la Comisión no puede ir por la fuerza. Tampoco eso significa que deje de analizar casos o que deje de adoptar informes sobre ese país. Usando este ejemplo particular en los casos de Venezuela o Cuba, que la Comisión no puede visitar porque los gobiernos no la autorizan, igual la Comisión puede aprobar informes sobre Venezuela, y lo ha hecho durante varios años, igual que con respecto a Cuba. Hay otros

países que ha visitado con bastante frecuencia como el caso de Honduras, de hecho yo tengo el gusto de estar aquí porque toda la Comisión está en ese país, sino en vez de estar yo, estaría alguno de los comisionados, alguno de mis jefes que iniciaron su visita ayer, por lo que yo tengo la suerte de estar acá en Medellín.

-Pregunta de estudiante: ¿la petición sólo consta de la denuncia o las pretensiones las puede pedir el peticionario? ¿Cómo espera el peticionario que se le resarcen esos derechos? ¿Es potestativo de la Comisión o lo puede incluir el peticionario?-

Si, lo que se refiere al resarcimiento como le llamamos en el sistema de reparaciones viene después de la decisión final. Ciertamente el peticionario plantea su propia versión de los hechos y del derecho, pero la Comisión es la que califica, la que define cuáles hechos fueron probados, define si hubo agotamiento respecto a esos hechos, y ciertamente si establece que hay responsabilidad del Estado. En todos los casos en que hay responsabilidad del Estado nace la obligación de reparar, principio del derecho internacional que cuando hay una lesión a los derechos nace esa obligación de efectuar reparaciones. Y ciertamente desde que entró en vigencia el Reglamento del 2001 también hay una etapa donde el peticionario plantea sus pretensiones en materia de reparaciones antes de que el caso vaya a la Corte. Ese es otro cambio muy importante, hasta el 2001 la regla decía que por mayoría absoluta de votos de los comisionados un caso será sometido a la Corte, luego se invirtió la regla: ahora los casos donde se establece responsabilidad y donde hay recomendaciones, y donde la Comisión encuentra que no se cumplieron las recomendaciones dentro el plazo, van a la Corte salvo mayoría absoluta de votos de la Comisión. Es decir, ahora la regla es que todos los casos van a la Corte, cuando el Estado ratificó la Convención, aceptó la jurisdicción de la Corte y no cumple las recomendaciones, salvo mayoría absoluta. Este fue un cambio importante y parte de la idea era justamente buscar mayor cumplimiento de las decisiones de la Comisión para que los casos no lleguen a la Corte. Si la Comisión enviara automáticamente todos los casos a la Corte, llegaría un momento en que el tribunal estaría igual o peor que la Comisión, por eso es tan importante diferenciar el papel de cada

órgano, son diferentes pero muy importantes. Hay que preservar y fortalecer lo que hace la Comisión y lo que hace la Corte, la Comisión por su naturaleza tiene muchas más funciones pero también tiene algunas limitaciones que no tiene la Corte. Toda esta discusión sobre recomendaciones por ejemplo, o sobre las medidas cautelares, también hay una discusión hace mucho tiempo porque hay gobiernos que sostienen que las medidas cautelares no son obligatorias porque solamente están en el Reglamento, que aprueba la Comisión, entonces consideran que no es una facultad dada por los Estados como las que se encuentran en la Convención, o en el Estatuto de la Comisión, que es aprobado por los Estados partes de la OEA.

-Pregunta de estudiante: Devolviéndonos un poco a las medidas cautelares ¿qué sucede cuando por ejemplo se ha solicitado una protección mediante medida cautelar frente a una presunta desaparición forzada, que puede en el curso de la investigación se comprueba que ha sido un homicidio? ¿Cómo se realiza el asunto de la admisibilidad ante estos eventuales casos?-

Bueno, para que se configure la desaparición forzada como ustedes saben, tiene que haber ocultamiento del hecho, ocultamiento del paradero de la persona. Si la persona está viva puede que esté detenida de manera clandestina, si lo que hubo fue una violación a derechos humanos entonces no se hablaría de homicidio sino de ejecución extra judicial, es una figura diferente. Hay casos en los que se denuncia la desaparición forzada porque en el momento de presentar la petición los peticionarios no tenían conocimiento del paradero de la víctima, no sé si ese es el ejemplo al que usted se refiere. En un caso de Guatemala, por ejemplo, se denunció desaparición forzada porque no se sabía del paradero de la persona, después apareció el cadáver. Aunque se estableció que a partir de la aparición del cadáver se trataba era una ejecución extra judicial, se configuró y consumó la desaparición forzada hasta el momento en que se encontró el cadáver, porque estaba reunidos los elementos: la persona fue privada arbitrariamente de la libertad, fue mantenida privada de la libertad de manera clandestina, por definición hubo una violación de su integridad personal, se configura la tortura como parte de los elementos de la desaparición forzada y eso tiene su principio y su fin cuando

se encuentra el cadáver. Esto no significa que no sucedió, el hecho de que se haya encontrado el cadáver no significa que no haya existido desaparición forzada, no sé si esa es la pregunta

-Estudiante: debo aclarar que en ese caso hipotético si no hay responsabilidad comprobada del Estado, o sea, que quienes estuvieron implicados en la desaparición de esta persona no estuvieron ligados directamente con el Estado, no se trata de militares, no se trata de policías sino que se trata de particulares, digámoslo así, de todos modos habría una vulneración ¿aplicaría entonces todo lo que usted está diciendo?-

Sí, su pregunta me permite aclarar otro elemento importante de la responsabilidad del Estado, la responsabilidad del Estado puede ser por acción, la más clásica, o por omisión. Para que se declare la responsabilidad de un acto como el que usted describe cometido por particulares, si fuera algo completamente privado donde el Estado no tuvo nada que ver, el Estado investigó, el Estado utilizó todos los medios a su alcance para buscar a esta persona, para castigar a los responsables particulares, en ese caso, sería un delito común, un secuestro y un homicidio, no sería una desaparición forzada. Esto cambia si a esos mismos hechos se agrega el ingrediente de que alguna o todas las personas que participaron gozaban de algún tipo de protección del Estado, no necesariamente del Presidente de la República y el Gabinete de Ministros. Puede ser que alguna autoridad local, como la policía, supiera lo que ese grupo de personas estaba haciendo, que hubieran tenido alguna posibilidad de evitarlo o de sancionar a los responsables y no lo hicieron por la razón que fuera, ahí también habría responsabilidad internacional, ahí deja de ser secuestro, deja de ser homicidio y se convierte en desaparición forzada y eventualmente ejecución extrajudicial.

-Pregunta de estudiante: Buenos días, volviendo al trámite de la petición, ¿cuántas veces y hasta por cuánto tiempo puede prorrogarse el plazo para que el Estado haga sus observaciones? Y ¿en qué casos se permite la Comisión juntar el trámite de estudio de admisibilidad y el de fondo?-

Los plazos fatales en el trámite ante la Comisión son tres o cuatro, el primer plazo es para el peticionario, seis meses para la presentación; una vez que se inicia el trámite, el Reglamento

establece que la respuesta del Estado debe presentarse en un plazo de tres meses prorrogable hasta cuatro, ese es otro plazo fatal, ya que la Comisión no puede otorgar ni un día en exceso de esos cuatro meses. Una vez que recibe la respuesta del Estado, el plazo es exactamente igual para recibir observaciones del peticionario sobre la admisibilidad, tres meses prorrogables hasta cuatro, ni un día más. Una vez que el caso se declara admisible, ahí hay otro plazo fatal, en este caso son de 4 meses para presentar observaciones adicionales sobre el fondo y que puede ser prorrogado a un máximo de 6 meses, el mismo plazo es para el Estado y después para los peticionarios. El otro es posterior a la decisión de fondo, en el llamado el informe del artículo 50 de la Convención Americana, hay un plazo fatal de tres meses. Sin embargo, el plazo puede ser prorrogado si el Estado renuncia de manera expresa a la excepción de la presentación de ese plazo. Esto se ha vuelto una práctica común hoy en día, y no se conoce mucho porque no es algo público, las partes por supuesto tienen toda la información, pero todavía no hay una decisión, y en este caso la decisión pendiente es si el caso va o no a la Corte. Algunos Estados tienen varios casos en esa etapa donde ya se decidió sobre el fondo, la Comisión encontró responsabilidad, pero antes de vencer el plazo de los tres meses el Estado pidió una prórroga con renuncia expresa a esa excepción ante la Corte. Hay un lenguaje muy específico en el Reglamento también, esto es parte de la penúltima reforma del Reglamento del 2009, en la parte de sometimiento del caso a la Corte, donde se le da la opción al Estado de renunciar expresamente a interponer esa excepción ante la Corte. Este mecanismo se usa mucho porque la Comisión considera que puede avanzar en el cumplimiento de las recomendaciones en ejercicio de sus funciones.

En algunos casos la Comisión considera que mejor manera que se haga justicia es sometiendo el caso a la Corte, y así lo hace; en otros casos, si el Estado pide una prórroga y renuncia a esa excepción, la Comisión puede mantener el caso en esa etapa donde se sigue prorrogando, y el Estado debe informar lo que está haciendo para cumplir las recomendaciones. Es una manera de avanzar en el cumplimiento y, aunque a veces eventualmente el caso va a la Corte de todas maneras, la ventaja es que durante las prórrogas ya hubo algún avance en el cumplimiento de las

recomendaciones; si no hay avance alguno, los comisionados votan y mandan el caso a la Corte.

En cuanto a la otra pregunta, la posibilidad de unir la admisibilidad y el fondo se encuentra en el artículo 36.3. Hoy en día son menos los casos donde se aplica esta excepción, la Comisión ha tenido muchos cuestionamientos de los Estados cuando aplica esta excepción, porque éstos consideran que la etapa donde pueden defenderse mejor es antes de la decisión de admisibilidad. Una vez que el caso está admitido, se ven que los elementos de prueba, y, ahí se va a determinar si hay o no una violación. Pero la posibilidad existe, generalmente se aplica en los casos en que están muy unidas la admisibilidad y el fondo, sobre todo cuando hay un alegato muy fuerte de violación de garantías judiciales, cuando la violación central está en el debido proceso, que como ustedes saben, es un derecho sustantivo está protegido en la Convención y en la Declaración Americana. Entonces si los alegatos se refieren muy centralmente a la violación del debido proceso y hay también un alegato de excepción de los recursos internos por retardo injustificado, ese es un caso donde se podría unir la admisibilidad y el fondo, entonces se analiza las dos cuestiones de manera simultánea, pero hoy en día son menos probables, realmente no recuerdo en los últimos años de un solo caso en que se haya unido la admisibilidad y el fondo. Sí se aplicó bastante cuando recién se aprobó el reglamento del 2001 que fue cuando empezó esta posibilidad pero hoy en día es menos frecuente.

-Pregunta de estudiante: ¿un Estado que no acepta la competencia de la Corte, el proceso que se le solicita a la Comisión y la recomendación de la Corte que vincula a ese Estado como violador en este caso, vincula la recomendación que hace al final la Corte o simplemente la Comisión trunca el proceso y no lo termina ante la Corte?-

Bien, primero voy a ahondar en el carácter de las recomendaciones de la Comisión. Las recomendaciones de la CIDH son de cumplimiento obligatorio, lo que ha dicho la Corte es que el Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las recomendaciones. El Estado no puede alegar, no puede utilizar argucias o excusas, para no cumplir, tiene que hacer un esfuerzo de buena fe por

cumplirlas, eso es lo que ha dicho la Corte Interamericana. Ciertamente como está diseñado el sistema interamericano, los peticionarios no pueden someter el caso a la Corte, sólo después de pasar por la Comisión y que ésta establezca que hubo violación, que hubo responsabilidad y que el Estado no cumplió con las obligaciones, sólo ahí el caso puede llegar a la Corte. Repito, el peticionario no tiene la facultad para someter el caso a la Corte, a diferencia de lo que ocurre en el sistema europeo, donde el peticionario acude directamente a la Corte.

Sí hay una diferencia importante desde la modificación de 2001 de los Reglamentos de la Comisión y de la Corte, ya que con anterioridad las partes en el proceso ante la Corte eran la Comisión y el Estado. En las audiencias de la Corte antes de 2001, estaba el estrado en que se sentaban los magistrados y delante de ellos había dos mesas. En la mesa de un lado se sentaba el Estado, y la del otro lado se sentaba la Comisión. La Comisión tenía la facultad de incluir a su delegación a los representantes de las víctimas. A mí me tocó participar en algunas audiencias con el viejo procedimiento y recuerdo que el representante de la víctima hablaba porque la delegación de la CIDH la había cedido parte de su tiempo, que era lo apropiado.

Pero hoy en día ya no es así. A partir del 2001, una vez que el caso es sometido a la Corte por la Comisión -o por el Estado, cuando no está de acuerdo con el informe de la Comisión y quiere tener una sentencia judicial- los representantes de las víctimas tienen legitimación plena, y es más, la parte son ellos, no la Comisión. Desde 2001 la Comisión es parte solamente en sentido procesal, entonces el tiempo que tiene la Comisión es mucho más limitado y su rol se refiere más a la defensa del orden público Interamericano. Así es como está definido en el Reglamento de la Corte. Entonces físicamente si ahora van a la Corte van a ver tres mesas, la de este lado siempre va a ser la del Estado, hay una mesa en el medio donde se sienta la Comisión y la otra mesa donde se sientan los representantes de víctimas. Las partes son los representantes y el Estado, ya no la Comisión. También ha cambiado la naturaleza del proceso, antes era la Comisión la que sustanciaba el caso y lo decidía; pero una vez sometía el caso a la Corte, tenía un rol similar al de ministerio público. Hoy en día ya no es así, las partes son víctima o parte lesionada y el Estado.

-Pregunta de estudiante: Antes que una pregunta, es una proposición para usted y para el presente es si se puede continuar con la guía, con el programa y que al final se haga la ronda de preguntas es porque me parece importante hacer un global de lo que es el tema en general, y ya si hay gente que pregunta y puede que usted hablando del tema se corrijan las dudas de las preguntas, entonces es solo una sugerencia.-

Aceptada la sugerencia, gracias. Como les dije al principio es responsabilidad mía, yo fui quien les sugirió y les pidió que hicieran muchas preguntas, así que asumo la responsabilidad y ahora voy a seguir la línea de la explicación.

Una vez que se inició el trámite, la Comisión ya tiene la posición de ambas partes, hace el análisis de los elementos que hemos visto, empezando por el agotamiento de recursos internos. La Comisión tiene que ver cuáles son los recursos adecuados y efectivos, ¿qué es lo que se debe agotar?, Incluso puede haber casos de agotamiento indebido, puede ser que el peticionario haya planteado un recurso incorrecto, que agotara el recurso que no era y luego acudiera a la Comisión. En esos casos la Comisión declara el asunto inadmisibile por una equivocación del propio peticionario, esto es lo que se llama agotamiento indebido.

Hablamos de las reglas de agotamiento, de la presentación oportuna, hay otro elemento que me faltó mencionar que es lo que se llama duplicación de procedimientos y cosa juzgada, es decir, que la petición que se trae a la Comisión no puede ser igual a otra petición que la Comisión ya decidió, no puede volver a plantearse la misma petición que ya está decidida por la Comisión o si el mismo asunto ya fue decidido por otro órgano internacional con las mismas facultades que la Comisión. Sería un caso de duplicación o también puede ser que haya litispendencia, es decir, que el mismo asunto se haya planteado por algún otro tribunal. En este tipo de casos la Comisión tiene la obligación de rechazar la petición porque no se cumple el referido requisito de admisibilidad.

Y para seguir de manera más lineal con el procedimiento, una vez que la Comisión se pronuncia sobre la admisibilidad, hay dos posibilidades: que el caso sea admisible o inadmisibile. Si es inadmisibile se termina el procedimiento, la Comisión revisa

esos elementos, los cuatro requisitos y si alguno de ellos no está cumplido se declara inadmisibile. En cambio, si el caso se declara admisible, entonces la Comisión inicia la etapa de fondo con los plazos que estábamos hablando de cuatro meses prorrogables hasta seis, se entra en la discusión de fondo. Ahí ya no se puede discutir el agotamiento de recursos internos, hay Estados que lo hacen, que siguen insistiendo que no se agotaron los recursos internos en la etapa de fondo, pero la Comisión ignora ese tipo de planteamientos porque ya no es la etapa procesal correcta una vez que ya se pronunció sobre agotamiento de recursos internos. En la etapa de fondo lo que corresponde es el análisis de hecho y de derecho. Para el análisis de hecho lo que hace la Comisión es verificar los elementos de prueba que aportan los peticionarios y los que aporta el Estado. Aquí se aplica el principio jurídico de que la carga de la prueba le incumbe a quien la invoca, entonces si alguien plantea algún hecho tiene la carga de probarlo. Hay un caso en el sistema interamericano y en materia de derechos humanos en general en que esa regla se invierte, ¿alguien sabe cuál es esa situación? ¿Cuándo se invierte la carga de la prueba? Cuando la persona o cuando los hechos, sucedieron en un lugar o una circunstancia que está bajo el control exclusivo del Estado, por ejemplo, una matanza en una penitenciaría, una persona que fue torturada en una comisaría, la prueba o los elementos de prueba están bajo control absoluto del Estado, ahí las personas no tienen acceso a ese sitio y la facultad de declarar de los entes estatales también está controlada por el Estado. Entonces en ese tipo de circunstancias se considera que con un mínimo de demostración de que los hechos sucedieron, puede trasladarse la carga de la prueba al Estado. Por ejemplo, en el caso de un ataque de un grupo de civiles a un cuartel militar en Argentina en democracia, conocido como el “Caso la Tablada”. Las personas que fueron capturadas dentro del cuartel denunciaron que se les torturó una vez que fueron llevados a la policía, pero en el procedimiento judicial se determinó que los hechos no constituían tortura. Pero resulta que había un informe médico que daba cuenta de las lesiones de cada uno de los prisioneros en el momento de la captura y unos días después, que eran muchas lesiones más. Ahí el Estado tenía la obligación de demostrar que investigó efectivamente cómo sucedieron los hechos, pero no lo hizo, por lo que la Comisión

encontró que era responsable. Entonces, a diferencia de la etapa de estudio inicial, en la etapa de fondo la CIDH tiene el beneficio de la posición de las dos partes, de sus alegatos; las dos partes tienen exactamente los mismos plazos, las mismas oportunidades de plantear sus argumentos, y la Comisión es la que determina si los hechos están probados y cuál es la calificación jurídica que corresponde. Nuevamente, si la Comisión establece que hubo hechos violatorios que son responsabilidad del Estado, adopta recomendaciones en el informe de fondo que siempre incluyen la investigación de los hechos, sanción a los responsables y la reparación. A diferencia de la Corte, la Comisión no habla en sus informes de montos ni hace un análisis de reparaciones.

Y si, ya hablamos bastante de lo que pasa con el informe de fondo o de lo que pasa cuando se decide si el caso va a la Corte o no, hay una serie de elementos concretos en el Reglamento, que pero se refieren a una cuestión principal: el logro de la justicia en caso particular. Para decidir si envía o no un caso a la Corte, la CIDH tiene que determinar lo mejor para que se obtenga justicia en el caso, si es mandarlo a la Corte lo manda, en cambio en algunos casos determina que es mejor mantenerlo y publicar el informe, que es otra manera como puede concluir el procedimiento.

Las maneras de conclusión de un procedimiento ante la Comisión de las que ya les hablé, son la inadmisibilidad, la sentencia de la Corte o la publicación del informe. Otra posibilidad muy importante es la solución amistosa, en que se pueden lograr mucho progreso en los casos e incluso medidas para evitar futuros casos. Cabe aclarar que el procedimiento de solución amistosa no es obligatorio para las partes, aunque sí es obligatorio para la Comisión ofrecerlo. Lo hace formalmente en el propio informe de admisibilidad, si leen cualquier informe de la Comisión con posterioridad al 2001 van a ver una frase que dice que la Comisión se pone a disposición de las partes para solución amistosa. Ni siquiera hace falta que alguna de las partes diga sí o no, si ninguna de las dos se pronuncia, la Comisión entiende que no hay interés y sigue con el análisis de fondo del asunto. Si alguna de las partes o las dos manifiestan interés, se inicia el procedimiento de solución amistosa, se buscan términos de acuerdo, se trata de establecer un marco e idealmente se logra

un acuerdo donde se respetan los derechos humanos, donde el Estado reconoce su responsabilidad. En tales casos no hay un análisis de fondo sino un análisis del acuerdo, y el Estado tiene la obligación de cumplirlo. El acuerdo siempre incluye el reconocimiento de responsabilidad, las reparaciones, ahí si las partes pueden concertar el monto que va a pagar el Estado y los respectivos conceptos. Hoy en día estas discusiones son muy sofisticadas, muy avanzadas, ya hay bastante experiencia en esto, la Comisión incluso tiene un grupo experto en soluciones amistosas.

Cuando la Comisión decide no someter el caso a la Corte – generalmente cuando el Estado no ratificó la Convención ni aceptó la jurisdicción de la Corte- esa es otra manera de conclusión del procedimiento. Si la CIDH establece que el Estado no cumplió con las recomendaciones, así lo manifiesta en un informe final y luego adopta la decisión de publicarlo. Una vez que el informe está publicado se le da seguimiento en el capítulo del informe anual donde están todos los informes de la Comisión. Aunque es menos frecuente, también se puede dar el caso que un Estado cumpla antes de la publicación. Ese también es un incentivo, pues ningún Estado quiere aparecer públicamente como violador de derechos humanos, entonces aumenta los esfuerzos para cumplir las recomendaciones antes que se publique el informe. En este último caso, el informe final publicado ya deja constancia de que se cumplieron con las recomendaciones.

Bien, para tratar de terminar en tiempo sólo voy a hablar lo más rápido posible sobre las medidas cautelares, un tema de interés. Las medidas cautelares son un mecanismo de protección que tiene la Comisión, son 400 las solicitudes por año y sobre todo es de gran importancia en países donde hay una situación de riesgo para determinadas poblaciones o que sufren determinadas consecuencias, como es el caso de Colombia con el conflicto armado. Este es un país que tiene muchas medidas cautelares, y que ha adoptado mecanismos nacionales, incluso con un presupuesto nacional y un esquema bastante sofisticado de protección, debido lamentablemente a que ha habido muchos casos de amenazas reales y amenazas que se concretaron. En eso Colombia es un ejemplo, un país que ha trabajado mucho con la Comisión. Ciertamente la Comisión no puede proteger a una

persona sin la colaboración del Estado, ya que la obligación de respeto y protección es del Estado, lo que hace la Comisión es colaborar, ofrecer información, y su experiencia con otro tipo de casos. Generalmente la implementación de las medidas se discute con los peticionarios y representantes del Estado sentados en la mesa, con la Comisión mediando entre las dos partes para ver la mejor manera de proteger a una persona o grupo de personas.

Los requisitos para las medidas cautelares son que se trate de hechos graves, la situación de gravedad y urgencia y de la inminencia de daños irreparables. Si están reunidos esos requisitos, la Comisión puede decidir que va a solicitar a un Estado que implemente las medidas cautelares que pueden ser de todo tipo, generalmente se refieren a la protección de personas amenazadas, pero también hay una serie de derechos que se pueden proteger por vía de las medidas cautelares. Por ejemplo, hubo una solicitud de medidas cautelares en El Salvador a favor de un grupo de personas que vivía con el VIH, que no tenían acceso a medicamentos antiretrovirales, que necesitaban para su salud y condición médica. Acudieron a la Comisión porque el Estado no les daba acceso y son medicamentos muy costosos, lo que ellos pedían era que el Estado les diera el tratamiento de manera gratuita a las personas que vivían con el VIH. Y el Estado durante el procedimiento dijo, nos gustaría otorgarles eso medicamentos pero no tenemos dinero. Finalmente por parte del trámite se consiguió que el estado lanzara una partida presupuestaria y hoy en día el acceso para el tratamiento al VIH en el Salvador es completamente gratuito.

Mario López Garelli

**LOS GRANDES APORTES DE LA COMISIÓN
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

La idea de mi presentación ciertamente es tratar de darles toda la información que necesitan, lo que quieren saber que yo les puedo aportar y para mí es más fácil cuando hay muchas preguntas pero ciertamente no puedo perder de vista la importancia de dar una presentación más continuada, con un principio y fin cierto. Voy a tratar de hacerlo de esa manera ahora, pero lo que quiero proponerles en la hora que nos queda, dedicar unos 20 minutos más o menos a lo que me corresponde y luego dejamos el resto de tiempo para preguntas y respuestas, pero no solamente sobre esta parte sino también la anterior. Me imagino que por la naturaleza van a tener menos preguntas sobre esta parte, porque va a ser una explicación de lo que ha hecho la Comisión, en cambio entiendo que lo que a ustedes les interesa es algo más activo y más referido a lo que está haciendo la Comisión a través de los casos, de las medidas cautelares y otros mecanismos.

Para hablarles de las contribuciones de la Comisión Interamericana a las Américas y también la conciencia de los derechos humanos, quisiera darles un poco de contexto histórico. El sistema interamericano de derechos humanos como tal se inicia en 1948 que es el año en se la conferencia interamericana se reúne en Bogotá, Colombia en que los Estados deciden crear la Organización de los Estados Americanos. En esa misma conferencia de abril de 1948 se adopta la carta original de la OEA y además la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que es el primer instrumento internacional de carácter universal. La Declaración Americana antecede a la Declaración Universal, que es del 10 de diciembre del mismo año. La Declaración Americana es como el punto de partida del sistema y es el nivel de protección básico para todos los Estados de la OEA, reitero aquí lo que dije antes, que la Comisión tiene la facultad de revisar peticiones y casos respecto a todos los Estados porque es un órgano principal de la Organización. La Comisión se crea en 1959 en Santiago de Chile en una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, que se convocó para crear un órgano con la facultad

principal de promover la observancia de los derechos humanos y estimular la conciencia de los derechos humanos en las Américas.

La Comisión tuvo su primera sesión en 1960, inicialmente su mandato era bastante limitado, ya que no tenía la facultad de analizar casos, Sin embargo, empezó a recibir peticiones individuales y las organizaba, las respondía simplemente con un acuse de recibo, no había un trámite, no había un procedimiento, porque la Comisión no tenía la facultad para ello. Eso cambia en 1965, cuando los Estados adoptan el Estatuto de la Comisión y la autorizan a recibir y tramitar comunicaciones individuales y empieza lo que se conoce hoy en día como el sistema de casos, pero todavía no había un procedimiento definido, no había un esquema como el que tenemos ahora.

El otro hito histórico después de 1965 es la modificación de la Carta de la OEA por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, que da a la CIDH el carácter de órgano principal de la OEA. Esto es muy importante, pues es la fuente de esta atribución que tiene la Comisión de ver peticiones respecto a todos los países, no solamente los que ratificaron la Convención Americana, es decir que los 35 Estados Miembros de la OEA están bajo la supervisión de la Comisión, tanto en casos como medidas cautelares, como informes generales de país y temáticos.

El siguiente hito histórico de gran importancia es la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de san José de Costa Rica porque fue en esa ciudad donde se realizó la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en que se redactó la Convención. La Convención entro en vigencia en 1978 con la ratificación de Grenada, y a partir de este momento todos los Estados que la habían ratificado estaban sometidos a ella. En este tratado se definió claramente el procedimiento de casos, los plazos y todos los demás aspectos, incluida la creación de la Corte Interamericana. A mediados de los 80 la CIDH empezó a someter a la Corte los primeros casos respecto a los Estados que habían ratificado su jurisdicción, y a finales de los 80 el tribunal empieza a adoptar sus primeras sentencias sobre tales casos.

Entonces, para entrar en el tema directamente, este sistema o las funciones que tiene la Comisión dentro del sistema han tenido un impacto muy importante. La Comisión no solamente contribuye

al avance, al progreso de los derechos en las Américas a través de los casos individuales, sino también a través de reformas estructurales. Esto es muy importante porque la Comisión lo puede hacer tanto a través de un caso, en la decisión se determina no solamente la situación de esa persona y se busca la reparación de las violaciones cuando la Comisión así lo encuentra, sino también se busca adoptar medidas de no repetición. Cuando un caso concluye en el ámbito de la Comisión, se busca obtener cierto tipo de medidas que pueden ser legislativas o de otro carácter, con el fin de evitar que se vuelva a repetir el tipo de violaciones que se constató en el caso individual. A diferencia de la Corte, la CIDH tiene muchas otras funciones de carácter general, así como una serie de relatorías temáticas, con lo que se asigna a un comisionado o a un experto independiente, la atención especializada de un derecho o de un cierto grupo de personas. Las relatorías que tenemos hoy en la Comisión son:

- Relatoría de pueblos indígenas
- Relatoría de los derechos de las mujeres.
- Relatoría sobre derechos de los migrantes y sobre movilidad humana.
- Relatoría especial sobre libertad de expresión
- Relatoría de derechos de la niñez.
- Relatoría de derechos de los defensores de los derechos humanos y sobre independencia judicial.
- Relatoría de personas privada de la libertad.
- Relatoría sobre derechos de los afrodescendientes y contra la discriminación racial.
- Relatoría de los derechos de las personas LGTBI.

Asimismo, hay una Unidad de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que fue creada como consecuencia de una importante discusión política entre los Estados Miembros como parte del diálogo entre los Estados, la Comisión y también las personas individuales y víctimas. El debate ha sido y sigue siendo la

disparidad entre estas distintas relatorías y que tiene que ver con el financiamiento, las relatorías están todas financiadas por fondo externos, o sea, no están financiadas con el presupuesto regular de la OEA, entonces son contribuciones que pueden venir de organizaciones, de Estados Miembros –hay Estados que aportan- y ciertamente la Relatoría de Libertad de Expresión es la que tiene en este momento mayor cantidad de fondos.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión es la única está definida como tal porque no tiene a un comisionado al frente sino a un experto independiente. En este momento el Relator es Edison Lanza, de nacionalidad uruguaya, que fue elegido este año por la Comisión y que tiene el mandato de velar por la libertad de expresión y de hacer estudios especializados, asesorar a la Comisión, asesorar a los Estados, asesorar a las víctimas que consideran que su derecho fue vulnerado.

La posición de la Comisión ha sido siempre que todas las relatorías deberían tener siempre la misma cantidad de recursos y que la importancia de todos los derechos es la misma. Esa es una disparidad que tiene que ver con la realidad de que hay mayor número de donantes que contribuyen a este tema. Como parte de esa discusión, la posición de la Comisión fue: no castigemos a una relatoría que está recibiendo más fondos, sino al contrario, incentivemos a los donantes a que aumenten sus contribuciones para que todas las demás tengan el mismo nivel de recursos que la de libertad de expresión. Con eso en mente se creó la Unidad de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con la posibilidad de que se convierta en una Relatoría una vez que se aporten los fondos necesarios. Parte del debate político de algunos Estados era que la Comisión le da mucha importancia a la libertad de expresión y no le da importancia a los DESC. Sin embargo, la realidad era simplemente que en el momento que se creó la Unidad no tenía fondos, se habilitó un fondo para que aportaran todos, incluso dar la oportunidad a los propios Estados que hacían esa crítica. Sin embargo, los aportes no han llegado.

Ahora, volviendo a la cuestión del impacto y del efecto que tienen los casos de la Comisión, también quisiera hablar un poco sobre el rol que ha tenido en otros momentos históricos, en momentos de gobiernos autoritarios. Hoy en día que están generalizadas las elecciones y la libertad de expresión en países

de las Américas, ciertamente las personas pueden expresarse sin temor a represarías en la mayoría de los casos, pero no siempre fue así. La Comisión ha tenido un aporte importante en las transiciones de los gobiernos autoritarios a lo que hoy tenemos en la mayoría de los países que son democracias electorales, pero también es muy importante pensar en el trabajo de la Comisión desde el punto de vista de la víctima. Es decir, cómo un informe de la Comisión puede contribuir que a una persona se le haga justicia, esta es la medida principal y más importante de la eficacia o de la efectividad que puede tener un sistema como el interamericano, y concretamente la Comisión Interamericana.

Hay muchos ejemplos, no voy a entrar en mucho detalle, pero sí les puedo contar de algunos en los que me tocó trabajar en algún momento. Por ejemplo, hubo un caso de una abogada cubana que se casó con un chileno y se mudó a Chile, luego cursó toda la carrera de derecho en Chile. Sin embargo, cuando recibió su diploma y fue a inscribirse para ejercer la profesión le dijeron que no podía hacerlo porque no era chilena. Había una ley que establecía que solamente las personas de nacionalidad chilena podían ejercer el derecho en ese país. La abogada planteó un recurso y acudió a los tribunales chilenos, llevó su caso hasta la Corte Suprema de Justicia, que encontró que no había violación alguna de la Constitución y en consecuencia rechazó su pretensión. Llegó a la Comisión, que analizó el caso y decidió a su favor por hallar que la ley era discriminatoria, que había una violación del derecho a la igualdad ante la ley. La CIDH recomendó al Estado chileno que modificara su legislación a fin de derogar esa prohibición para los extranjeros. El caso llevó cierto tiempo, pues la Comisión concedió varias prorrogas solicitadas por el Estado después del informe de fondo; finalmente el Estado chileno logró cambiar la ley, por lo que hoy en día esa prohibición ya no se halla vigente. Fue una iniciativa del poder ejecutivo, pero llevó cierto tiempo porque no había inicialmente la cantidad necesaria de votos en el Congreso. En definitiva, la intervención de la Comisión tuvo un logro muy importante no solo para la persona que hoy en día puede ejercer la profesión en Chile, sino también para todas las demás personas en su misma condición que fueron favorecidas por esta modificación legislativa.

Voy a referirme a otro caso respecto a México, el de Manuel

Manríquez, que fue detenido y torturado para que confesara un crimen que el negaba haber cometido. Finalmente bajo tortura confesó la autoría, lo condenaron a 25 años de prisión y sus representantes plantearon el caso ante la Comisión, con base en el violación del debido proceso, la tortura, en fin, todo lo que se había cometido contra esta persona. En el momento de los hechos el Estado mexicano todavía no había aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte, por lo que someter el caso al tribunal no era una opción jurídica para la Comisión. La CIDH mantuvo el caso bajo su competencia y, finalmente, cuando se publicó el informe los peticionarios lo presentaron en México como un hecho nuevo. La legislación del Distrito Federal de México permitía como uno de los supuestos para la procedencia del recurso de reconocimiento de inocencia, la introducción de algún hecho nuevo o algún elemento que no se conocía en el momento de la condena. La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal no se opuso al reconocimiento de la inocencia y el Tribunal decidió a favor de la persona, con lo que quedó liberada, luego de unos 8 años de prisión. La intervención de la Comisión, la decisión del informe, y la creatividad e iniciativa de los peticionarios, consiguieron que el caso se solucionara a favor de la víctima, que se cumplieran las recomendaciones de la Comisión.

Ha habido aportes muy importantes de la Comisión Interamericana a favor de los grupos históricamente discriminados, no solamente a través de las relatorías, pero también en el trabajo de los casos, y en los informes que la Comisión ha adoptado. Por ejemplo, en materia de derechos de las mujeres los últimos 5 o 6 años se han adoptado varios informes que se enfocan en la violencia contra las mujeres y violencia sexual en distintos países y regiones como Colombia, Haití, Mesoamérica. En dichos informes la Comisión hizo un análisis de la situación y encontró de manera general cómo este tipo de hechos y situaciones violatorias, perjudicaba a un grupo grande de personas, a todas las mujeres que estaban en ese tipo de situación.

También en materia de derechos de las mujeres, otro caso paradigmático es el de María Eugenia Morales de Sierra, referido a Guatemala. La Comisión recibió una petición referente a una disposición del Código Civil de Guatemala que establecía

que el marido tenía la facultad de decidir si es que autorizaba a la mujer a trabajar o a realizar tareas fuera de la casa, o a distraer sus funciones de madre y ama de casa. Parece insólito que una disposición de esa naturaleza todavía siguiera vigente a mediados de los 90 pero así fue, y aunque no se aplicara, fuera ya algo que estaba en desuso, ciertamente la vigencia de esa ley es evidentemente violatoria de los derechos de las mujeres. Como resultado de la decisión de la CIDH respecto al caso, la ley fue derogada y ya no rige en Guatemala.

También la Comisión ha acompañado y asesorado en el proceso de la declaración de los pueblos indígenas, y ha intervenido en numerosos casos. El primero que voy a mencionar se refiere a Nicaragua, el caso *Awas Tingni* que fue eventualmente decidido por la Corte. Estaba en cuestión la propiedad de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas, y mediante la intervención de la Comisión y luego de la Corte se logró finalmente que esas tierras fueran demarcadas. Algo similar sucedió respecto a Paraguay, donde la Comisión y eventualmente la Corte han decidido varios casos sobre derechos de los pueblos indígenas. La Comisión más recientemente ha avanzado en el acuerdo de solución amistosa de un caso para la restitución de tierras ancestrales, estaban comunidades indígenas viviendo en la región del Chaco en Paraguay.

Asimismo, ya les hablé antes del caso de las personas que vivían con VIH/SIDA en el Salvador, pero también hubo un caso similar en Chile, donde personas que vivían con esta condición médica, consiguieron a través de la intervención de la CIDH que el Estado les proporcionara los medicamentos.

Volviendo a los gobiernos autoritarios, a los gobiernos militares, donde como ustedes saben se caracterizaron por violaciones sistemáticas. A diferencia de lo que puede ocurrir ahora en algunos países, hablamos de políticas de Estado, es decir que desde la cúpula del poder se decidía la política de represión que en algunos casos era dirigida a ciertas personas que incluso llegaban a la eliminación física, programada y sistemática de opositores o de determinados opositores. En ciertos casos como el de Argentina la represión fue tan descontrolada, una vez que se desató que ya eran personas que no tenían ningún tipo de vínculo, que no eran enemigos del gobierno, era prácticamente

cualquiera que se cruzara entre los agentes del Estado y quienes éste consideraba sus enemigos. Hay por lo menos dos ejemplos muy importantes de la contribución que hizo la Comisión a través de sus informes, uno de ellos es el caso de Argentina. La Comisión hizo una visita in loco a Argentina en 1979, ir al año siguiente de haberse instalado una dictadura que se caracterizó por una represión brutal, seguida de la negativa sistemática por parte del gobierno de facto en todos los foros internacionales de lo que estaba sucediendo. En medio de esta política de Estado, estas violaciones gravísimas que incluían en tortura, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, eliminación de todo tipo de expresión contraria al gobierno, es que la Comisión visitó el país. Aunque en ese momento yo aun no estaba en la CIDH, pude escuchar las historias de las personas que estuvieron en la visita, sobre lo impresionante que eran las filas de personas, varias cuadras de gente que esperaba para presentar su denuncia a la CIDH, por la esperanza de que pudieran encontrar a sus seres queridos que estaban desaparecidos o habían sido detenidos arbitrariamente, o que pudieran ser liberados.

Una cuestión anecdótica pero muy reveladora es que una persona que estaba detenida en ese momento era Jorge Taiana, que después de la dictadura fue liberado y ya en democracia fue embajador en Guatemala y luego fue Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana. Él fue mi segundo jefe en la CIDH, me pareció muy impresionante que luego de estar preso en una cárcel por orden militar, de haber sido torturado, luego llegara a ser Secretario Ejecutivo de la Comisión y mas adelante Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina. De hecho fue Jorge Taiana quien recibió a la Comisión en su país en el 2009, cuando se conmemoraron los 30 años de esa visita histórica. El informe de la Comisión de 1980 sobre Argentina fue un aporte fundamental para que la comunidad internacional supiera lo que estaba pasando en ese país, porque el gobierno de facto lo negaba y tenía apoyo importante. En ese momento la mayoría de los gobiernos de Sudamérica eran militares y estaban aliados, así que en la OEA era bastante difícil que se lograra algún tipo de pronunciamiento, por eso es fundamental la independencia y autonomía de la Comisión, que logró que se publicara un informe donde se desnudaba lo que estaba pasando en ese país.

La situación de Argentina estaba siendo negada en la OEA por el gobierno militar de ese entonces; puede decirse que el informe contribuyó también en cierta medida a la salida del gobierno militar unos años después.

Otra visita *in loco* muy relevante de la Comisión Interamericana fue la realizada a Perú en 1998, como lo fue el resultante informe sobre la situación de derechos humanos en ese país. Se daba una situación análoga a la de Argentina, pues el gobierno peruano de ese momento tenía una posición muy fuerte y apoyo internacional, negaba cualquier tipo de violación de derechos humanos y cuestionaba a la Comisión y a la Corte, negándose a cumplir las decisiones de ambos órganos. Finalmente la situación quedó en evidencia en el informe de la CIDH sobre Perú donde se revelaban todas estas prácticas violatorias; a los pocos años de la publicación del informe, el entonces presidente Alberto Fujimori huyó de su país. Como todos saben, en este momento está preso, condenado precisamente por el tipo de hechos que se negaban en ese momento.

Otro caso es el de Honduras, donde en el 2009 hubo una interrupción del proceso democrático, un golpe de Estado con todas las características. La Comisión se pronunció el mismo día del golpe con un comunicado de prensa en que denunciaba las violaciones, y luego siguió prestando atención muy cercana a la situación. Viajó a Honduras ese mismo año, volvió a hacerlo el año siguiente, y publicó los correspondientes informes donde se da cuenta de la situación constatada. En este mismo momento la Comisión Interamericana está nuevamente en Honduras a fin de analizar lo que está pasando y contribuir a que ese país vuelva a la senda de un Estado democrático de derecho donde se investiguen y sancionen las violaciones de derechos humanos. La CIDH viene recibiendo denuncias de violaciones muy graves en Honduras, hechos de violencia, ataques contra defensores, contra periodistas, y contra personas LGTBI, y espera aportar al cese de ese tipo de situaciones violatorias.

Las transiciones a la democracia también recibieron el aporte importante de la Comisión, tanto en Argentina como en Perú que son países que lograron importantes reformas legislativas. En particular quisiera mencionar las leyes de amnistía que protegían a los violadores de derechos humanos en Argentina, y que fueron

dictadas bajo presión militar incluso después de estos gobiernos. En 1992 la CIDH estableció en los respectivos informes sobre casos individuales que las leyes de amnistía de Argentina, de Chile y de El Salvador eran violatorias de la Convención Americana. Tales leyes se mantuvieron en vigencia durante muchos años con posterioridad a los informes de la Comisión, pero finalmente en Argentina la Corte Suprema de Justicia estableció en una decisión de 2005 que las leyes de amnistía eran contrarias al ordenamiento constitucional argentino. Por cierto, en 1994 Argentina incorporó los tratados de derechos humanos a la Constitución, con lo que terminó la discusión del nivel que tenía la Convención Americana y otros tratados referidos a Derechos Humanos respecto a la Constitución.

También en materia de justicia militar la Comisión ha tenido aportes muy relevantes, se ha pronunciado en distintos casos individuales y también en informes sobre países. Colombia ha sido uno de los países al que la Comisión le ha prestado bastante atención en lo que se refiere a la justicia militar, o más concretamente a la utilización de la jurisdicción militar para investigar violaciones de derechos humanos, claramente contrario a los tratados y obligaciones internacionales en la materia. Así lo han dicho tanto la Comisión como la Corte, y en Colombia también la Corte Constitucional se ha pronunciado en ese sentido.

Ya les hablé de los logros, de los principales aportes, del impacto de la Comisión a través de los casos, a través de los informes, a través de las relatorías, todo lo que puede hacer este órgano para promover los derechos humanos y hacerlos efectivos en las Américas. Para ir cerrando esta parte quisiera hablar de algunos desafíos, una serie de materias pendientes.

Ya empecé a hablarles de algunas de ellas, en particular les hablé del tema de los recursos, que es muy real. Sin una asignación suficiente de recursos, por lo menos proporcional al incremento de casos, medidas cautelares y mandatos, la CIDH no está en condiciones de cumplir sus funciones fundamentales. Lo que hace la Comisión no sólo se refiere a los casos, también tiene una serie de mandatos de los órganos políticos de la OEA que le asignan la responsabilidad de hacer estudios sobre temas en particular, de avanzar en la elaboración de instrumentos internacionales, en fin, una serie de encargos –por llamarlo así– que hacen los órganos del

sistema a la Comisión. Pero aparte de los recursos también hay otros problemas que son muy reales y que afectan al sistema en su conjunto, uno de ellos es la universalidad. Al inicio del hablé de que la Comisión es un órgano que tiene funciones universales respecto a todos los países. Sin embargo, un sistema en que hay diferentes niveles de protección no es ideal, lo ideal sería que todos los habitantes de la región puedan contar con el mismo nivel de protección internacional en cualquiera de los países de la región. La realidad de hoy en día no es esa, pues dependiendo del país en que se encuentre una persona puede presentar una petición invocando la Declaración Americana y esa petición solamente la va a ver la Comisión, nunca va a llegar a la Corte, lo máximo que puede suceder es que la Comisión publique el caso y le dé seguimiento. Ese es un nivel de protección, el básico. El segundo nivel es el de la persona que se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado que ratificó la Convención Americana pero no aceptó la jurisdicción de la Corte, un ejemplo concreto en este momento es Jamaica. El siguiente nivel es del Estado que ratificó la Convención y aceptó la jurisdicción de la Corte, lo que ciertamente otorga mayor protección. El nivel máximo de protección y el nivel ideal, la aspiración del sistema, es el del Estado que ratifica todos los tratados de derechos humanos, es decir, todas las Convenciones especializadas, todos los Protocolos. El ideal de universalidad sería que todos los Estados de las Américas lleguen a ese grado de protección, a ese grado de aceptación plena de responsabilidades internacionales.

Otro problema es el de acceso de las víctimas, que no se refiere solamente a llegar a la Comisión, sino por supuesto el derecho a que ésta decida su caso en tiempo oportuno, como hemos hablado más temprano. Mientras no tengamos una Comisión Interamericana que tenga los recursos adecuados para decidir los casos dentro de un plazo razonable, un plazo normal, vamos a seguir teniendo un sistema deficiente.

Bien, en conclusión quisiera decirles que las reflexiones de hoy me llevan a pensar en que lo mejor que puede suceder aparte de este ideal que acabo de comentar, el otro ideal de un sistema interamericano con los dos órganos fortalecidos. Los dos órganos son diferentes, la Comisión tiene atribuciones distintas a las de la Corte y debe ser así, pues hay cuestiones

que no corresponden a un tribunal. También hay una serie de cuestiones que la Comisión puede atender, puede funcionar como un sistema de alerta temprana –por llamarlo de alguna manera– puede identificar focos de problemas en algún lugar, problemas que no pueden ser atendidos de manera eficaz con los casos o con las medidas cautelares. La Comisión puede intervenir, interceder, trabajar en colaboración con el Estado para lograr una solución a tales problemas. Igualmente el trabajo de la Corte Interamericana es fundamental: el hecho de que un caso sea decidido, que se establezcan los parámetros, que avance la jurisprudencia, que se desarrolle lo referido a reparaciones. En fin, lo que debe buscarse es el mayor grado de protección internacional mediante estos dos órganos con funciones diferenciadas, fortalecidos y respetados por los Estados. Estos órganos pueden contribuir a que la vigencia de los derechos humanos sea una realidad, hacia eso es que estamos trabajando y sé que es el interés de ustedes. El aporte del Instituto, de la Alcaldía de Medellín al organizar este curso, me parecen pasos muy importantes en ese sentido. Me siento muy contento de estar aquí y nuevamente les agradezco mucho su atención y escucho las preguntas en el tiempo que nos queda.

Auxiliadora Solano²

EL PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Buenas tardes a todos, es un placer estar acá el día de hoy y tener la oportunidad de impartir esta conferencia en este curso. De antemano quiero dar el agradecimiento a los organizadores que han invitado a funcionarios de la Corte para participar en este evento tan importante. Me corresponde referirme al procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Trataré de referirme en el tiempo previsto al trabajo o trámite ante la Corte Interamericana, como órgano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte, es un órgano convencional, que fue establecido a partir de 1979 cuando entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De acuerdo al artículo primero del Estatuto de la Corte, es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana. De acuerdo a un convenio entre el gobierno de Costa Rica y la Corte, esta tiene su sede en San José de Costa Rica desde que se instaló en 1979.

La Corte Interamericana está conformada por siete jueces que pueden ser de cualquier Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA), pero deben ser nominados por los Estados parte de la Convención Americana. Los Estados parte de la Convención Americana son aquellos que han reconocido la competencia contenciosa del Tribunal. Los Estados miembros de la OEA son 35 y 20 han aceptado la competencia contenciosa de la Corte; estos son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay. Entonces como les decía los jueces pueden ser nominados por cualquiera de estos Estados, y pueden ser de los Estados miembros de la OEA. Los jueces son elegidos en la Asamblea General de la OEA, por votación secreta, son personas elegidas a título personal entre los juristas de más alta autoridad moral y de conocimiento en

2. Es abogada coordinadora en la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 1994. Obtuvo su título de grado como Licenciada en Derecho en la Universidad de Costa Rica, donde también realizó estudios de postgrado, obteniendo el título de Especialista en Derecho Internacional.

derechos humanos. El mandato de su cargo es por 6 años y pueden ser reelegidos por 6 años más. Actualmente la Corte está integrada por el señor presidente, Juez Humberto Sierra Porto, quien es colombiano; por el vicepresidente, Juez Roberto Caldas, quien es brasileño y por los Jueces Manuel Ventura Robles de Costa Rica; Eduardo Vio Grossi de Chile; Diego García-Sayán de Perú; Alberto Pérez Pérez de Uruguay, y Eduardo Ferrer MacGregor Poisot de México. En el 2015, cuatro de ellos terminan su mandato. Los Jueces Eduardo Vio Grossi y Alberto Pérez Pérez terminan su mandato de 6 años y los Jueces Manuel Ventura y Diego García-Sayán el mandato de 12 años, por lo cual durante la Asamblea General de la OEA del año entrante, se hará una elección de jueces de acuerdo a las plazas que quedan vacantes. En este momento se mencionan dos personas nominadas para los puestos que quedarían vacantes, que son Raúl Eugenio Zaffaroni de Argentina y Elizabeth Odio Benito de Costa Rica. Es de esperarse que para el momento de celebrarse la asamblea general, se hayan presentado otras nominaciones, entre ellas, la de los dos jueces que podrían ser reelectos por otro período de 6 años.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no es una Corte permanente, sino que celebra sesiones ordinarias y extraordinarias, usualmente celebra tres sesiones ordinarias al año y dos extraordinarias. Durante los períodos de sesiones los jueces conocen de los distintos asuntos que se encuentran en trámite ante la Corte. Durante los períodos extraordinarios, la Corte en los últimos años ha realizado visitas itinerantes en diferentes países que son Estados parte de la Convención y que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte; en esas visitas se celebran audiencias públicas y también se examinan diversos casos que están en trámite ante la Corte Interamericana. A modo de ejemplo, la Corte ha visitado México, República Dominicana, Guatemala, Uruguay, y ha visitado tres veces Colombia, dos veces ha estado en Bogotá y una vez en Medellín. La Secretaría de la Corte es permanente, es la que se encarga de llevar la tramitación diaria de los asuntos que se tramitan ante la Corte. El Secretario de la Corte es el señor Pablo Saavedra Alessandri, quién es chileno y la Secretaria Adjunta es la señora Emilia Segares, quien es costarricense. La Secretaría tiene un contacto permanente y diario con el Presidente de la Corte para

tratar de resolver asuntos que se plantean, en relación con la tramitación de los casos que se encuentran ante el Tribunal y si es necesario, se consulta también a los demás jueces.

En cuanto a las funciones de la Corte, esta ejerce sus funciones de conformidad a lo establecido en la Convención Americana, en su Estatuto y su Reglamento. Tiene tres funciones: la función contenciosa, actualmente se encuentran en trámite aproximadamente 24 casos contenciosos; la función consultiva, fue una de las primeras funciones que realizó la Corte cuando se instauró: En un inicio, la Corte tomó conocimiento de solicitudes de opiniones consultivas y fue lo que primero emitió. Luego la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó diversos casos ante la Corte y entonces empezó a emitir sentencias sobre los casos contenciosos. El Tribunal ha emitido 21 opiniones consultivas, en la actualidad hay una que está en el trámite inicial, que ha sido solicitada por Panamá.

Otra de las facultades que tiene la Corte, es la adopción de medidas provisionales. Esta facultad es convencional, se encuentra establecida en el artículo 63.2 de la Convención Americana. Actualmente se encuentran en trámite 26 medidas provisionales. Posteriormente yo me voy a referir a cada una de estas funciones.

La función contenciosa tiene como propósito la resolución de casos en los cuales se alega que un Estado parte de la Convención Americana, que ha reconocido la competencia de la Corte, es responsable internacionalmente por la violación de derechos reconocidos en dicho tratado. ¿Cuándo se presenta un caso?, ¿Cuál es el propósito?. El propósito es establecer la veracidad de los hechos denunciados, aplicar e interpretar la Convención, decidir si tales hechos constituyen una violación a la Convención, determinar si el Estado ha incurrido en responsabilidad internacional y disponer las medidas de reparación que correspondan. Seguramente en una presentación anterior, se les indicó que el trámite ante la Comisión termina con el informe del artículo 50 de la Convención. De acuerdo al procedimiento actual ante la Corte, este informe es presentado por la Comisión al someter un caso ante el Tribunal. Al hacerlo la Comisión presenta un escrito de sometimiento del caso y adjunta tanto el informe de fondo como los anexos de este o la prueba. En

el informe de fondo se establece el marco fáctico del caso, el cual la Corte tendrá como base para analizar y examinar si los hechos que se alegan o señalan en el informe de fondo son verdaderos. Después la Corte pasa a aplicar o interpretar la Convención para el análisis de los hechos a la luz de las normas de la Convención y determinar si esos hechos constituyen una violación a la Convención Americana, caso en el cual se establece que el Estado ha sido responsable internacionalmente y, en el caso de que sea así, si se determina que el Estado incurrió en una violación a los derechos humanos establecidos en la Convención, se pueden disponer medidas de reparación, debe existir un nexo causal, ¿qué quiere decir eso? Que debe de existir un nexo causal entre los hechos del caso, la violación declarada y el daño causado, y conforme a lo cual se ordenan distintas medidas de reparación. Si bien, de acuerdo a la Convención Americana corresponde a la Corte aplicar e interpretar la Convención, conforme al *corpus iuris* interamericano, constituido, entre otros, por los diversos de tratados interamericanos, la Corte en diferentes oportunidades ha tenido la posibilidad de pronunciarse y declarar violaciones respecto a ellos. Entre dichos tratados se encuentra el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En varios casos la Corte ha determinado la violación de esta Convención, por ejemplo, en el caso *Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala*. En este caso se determinó que las víctimas eran secuestradas, detenidas, llevadas en una panel blanca, allí eran golpeadas y muchas veces torturadas y algunas de estas personas eran luego desaparecidas y, en otros casos, aparecieron sus cadáveres con ciertas mutilaciones o maltratos que demostraban que habían sido torturadas; en el caso *Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala*, este es un caso de unos niños de la calle que eran detenidos y asesinados, luego aparecían sus cadáveres en diferentes lugares de la ciudad de Guatemala y se alegó también que habían sido objeto de torturas; pese a que se alegaban este tipo de hechos, el Estado de Guatemala no inició investigación alguna para establecer las responsabilidades correspondientes, en razón de esto la Corte declaró en estos casos la violación del artículo 5.1 y el 5.2, Derecho a la Integridad Personal de la Convención Americana, así como de los artículos

1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. De acuerdo a esta convención existe el deber de los Estados de prevenir y tomar las medidas necesarias para impedir este tipo de hechos, sin embargo, en dichos casos se determinó que el Estado no previó ni investigó *ex officio* las alegadas torturas, pese a que tuvo conocimiento en las diferentes denuncias que se presentaron de las afectaciones que sufrieron esas personas. Respecto a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, la Corte también ha tenido oportunidad de declarar violaciones a este tratado. En uno de los casos, es el caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, según el cual la víctima fue retenida ilegalmente y luego desaparecida. Otra convención, es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que se conoce también como la Convención de Belem do Pará. La Corte por primera vez se pronunció sobre dicha convención en el caso del *Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, según los hechos de este caso se produce una situación de violencia dentro de una cárcel, un grupo de mujeres sufren una serie de lesiones, por lo que son trasladadas a un hospital y en este las mantienen desnudas y eran custodiadas por oficiales de seguridad. Dadas las condiciones en que se encontraban las mujeres, y en consideración del temor que sentían de sufrir un daño mayor por estar en esas condiciones, además de las lesiones físicas que sufrieron, la Corte determinó que fueron objeto de violencia sexual. Luego la Corte se ha pronunciado en otros casos, por ejemplo, en la masacre de *Las Dos Erres vs. Guatemala*, y más recientemente en el caso *González y otras Vs. México*, “*Campo Algodonero*” y en el caso *Vélez Franco y otros Vs. Guatemala*. En el caso “*Campo Algodonero*”, relacionado con el asesinato de mujeres en la ciudad de Juárez, en México. En este caso tres mujeres fueron asesinadas y sus cadáveres aparecen con una serie de características y condiciones que permiten a la Corte concluir que habían sido objeto de violencia contra la mujer por razones de género. Es importante señalar que la Corte no es un tribunal penal internacional, sino que la Corte es competente únicamente para establecer si un Estado demandado es responsable por haber incurrido en una violación de la Convención, entonces no es competente para investigar ni sancionar una conducta individual de agentes del Estado o de terceros particulares. En el caso que

se determine que un Estado es responsable por la violación a la Convención, porque no se realizó una investigación, no ha cumplido con un debido proceso en un plazo razonable, la Corte puede ordenar como una medida de reparación, investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos.

Siguiendo con el procedimiento, ¿quién puede presentar un caso ante la Corte? La Convención Americana establece que sólo puede ser la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o un Estado parte de la Convención que haya reconocido la competencia de la Corte. En la práctica, es la Comisión la que ha presentado los casos ante el Tribunal. No se ha presentado la segunda opción. Cabe recalcar que no hay un acceso directo del individuo ante la Corte, si se presenta una petición o una denuncia se debe hacer ante la Comisión Interamericana y, cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en un Estado, puede presentar la denuncia ante ella. En el procedimiento ante el Tribunal únicamente quienes pueden demandar ante la Corte son los Estados parte en la Convención Americana que hayan reconocido la competencia de la Corte, esto es una regulación convencional, y la Comisión.

Ahora me voy a enfocar al procedimiento actual y a los recientes cambios reglamentarios, que entran en vigor a partir del 2010. En cuanto a la representación de las víctimas, en el Reglamento de 1996 no había reglamentada una participación de las víctimas ni de sus representantes, lo que sucedía, de acuerdo a este Reglamento, era que quien intervenía era únicamente la Comisión y el Estado y, eventualmente durante la celebración de una audiencia pública, comparecía la Comisión con el acompañamiento de un representante de las víctimas, quien podía tener una participación mínima durante esta. En el procedimiento a partir del Reglamento de 1996, ya se da la oportunidad a las víctimas de presentar un escrito autónomo de reparaciones. En ese tiempo en el trámite de la Corte se dictaba usualmente una sentencia por etapa, es decir, una sentencia de excepciones preliminares, una de fondo y una de reparaciones, entonces en este caso cuando se abría la etapa de reparaciones, podían presentar dicho escrito. Posteriormente, en el Reglamento del 2000 ya se da una participación a los representantes a partir de la admisión de la demanda, es decir, la Comisión presentaba la demanda y de

una vez, se notificaba a los representantes y al Estado, dando la oportunidad a los representantes de presentar su escrito autónomo e hiciera sus propias alegaciones. A partir del Reglamento 2010 se da una reforma significativa, porque cambia el papel de la Comisión Interamericana en el procedimiento ante la Corte y se le da un lugar protagónico a los representantes y al Estado, de modo que se produzca un equilibrio procesal entre las partes. De acuerdo a este cambio reglamentario, la Comisión presenta un escrito de sometimiento, en este escrito de sometimiento hace una relación de los hechos relevantes del caso, las pretensiones de derecho, justifica porque está sometiendo el caso ante la Corte, entre las razones que debe justificar es porque existe un interés público interamericano y puede ofrecer, si así lo tiene a bien, peritos; junto a ese escrito presenta el informe de fondo, el cual es emitido por la Comisión al finalizar el trámite ante ella, y en el cual la Comisión establece determinadas conclusiones y recomendaciones. Como conclusiones se establecen determinadas violaciones y como recomendaciones se pide al Estado que tome una serie de medidas a fin de subsanar o corregir la situación planteada y las violaciones que se declararon. Durante ese trámite el Estado puede pedir prórrogas ante la Comisión para cumplir con las recomendaciones y, en el caso de que no cumpla, la Comisión somete el caso a la Corte. El informe de fondo determina el marco fáctico que la Corte va a tener en cuenta para analizar las pretensiones no sólo de la Comisión sino también de los representantes. Según el Reglamento actual, la Comisión tiene restricciones en la presentación de la prueba, únicamente puede presentar peritos y que el objeto del peritaje sea de interés público interamericano. Además, en el trámite se introducen una serie de facilidades tecnológicas, aunque anteriormente era posible presentar los escritos a través de medios electrónicos, por ejemplo, por fax, por correo electrónico, y se da un plazo, según artículo 28.1 del Reglamento, de 21 días para que presenten ante la Corte los escritos originales y los anexos respectivos. Esto no es una nueva oportunidad para ofrecer pruebas, los documentos que se deben de presentar son los que se anunciaron en los escritos principales. Además, en el Reglamento 2010 se introduce una figura nueva en el artículo 37, que es el Defensor Interamericano, quien se va a encargar de la representación legal

debidamente acreditada de las víctimas, esto es, en el caso de que las víctimas no tengan representación. Esta representación legal es gratuita y la Corte lo puede designar de oficio en el caso de que se presente la situación en la tramitación de un caso. En año 2009 la Corte firmó un Acuerdo de Entendimiento con la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) y ellos son los que van a prestar o brindar la representación de las presuntas víctimas. Los representantes asumen la representación de las víctimas en el momento en procesal en que se encuentre el caso.

En cuanto a las etapas del procedimiento contencioso ante la Corte se pueden señalar tres etapas: el procedimiento escrito, el cual se inicia con el sometimiento del caso por parte de la Comisión, al cual adjunta el informe de fondo y los anexos, luego de revisados estos documentos por el Presidente de la Corte se autoriza la notificación del caso y se trasmite a las víctimas o sus representantes y al Estado. A las víctimas se les da un plazo de dos meses a partir del momento en que reciben esta documentación para que presenten su escrito de argumentos, solicitudes y pruebas, una vez recibido este documento, nuevamente el Presidente hace una revisión de la documentación presentada y si los documentos estén legibles, completos, se transmiten al Estado y a la Comisión. A partir de que el Estado reciba el escrito y la totalidad de los anexos se le da un plazo de dos meses para que conteste el sometimiento del caso y el escrito de argumentos, solicitudes y pruebas, en esta oportunidad el Estado puede interponer excepciones preliminares, las que tienen como objetivo impedir que la Corte conozca el fondo del caso. Entre las excepciones que puede interponer el Estado en este momento procesal, se encuentran: no agotamiento de recursos internos o falta de competencia, ya sea por razón de la materia, de las personas o del tiempo. Por otra parte, el Reglamento en su artículo 43 permite otros actos del procedimiento escrito, estos actos de procedimiento escrito deben ser solicitados una vez que se presenten los escritos principales y antes de la audiencia pública. Una vez presentados los escritos principales, se solicita a las partes y a la Comisión la lista definitiva de declarantes, quienes pueden ser las presuntas víctimas, los peritos o los testigos ofrecidos en los escritos principales, no es una nueva

oportunidad para presentar pruebas. Una vez recibidas, se transmiten a las partes y a la Comisión, según sea el caso, los cuales pueden objetar a los testigos o recusar a los peritos, caso en el cual, si se ha recusado un perito, se transmite al perito la recusación para que presente observaciones. Finalmente, el Presidente dicta la resolución de convocatoria a la audiencia pública, en la cual se cita a las partes y a la Comisión para presentar sus alegatos finales orales y para que declaren las presuntas víctimas, los testigos, o los peritos ofrecidos para comparecer en la audiencia pública o mediante una declaración jurada ante notario público. Con esto termina el procedimiento escrito. Luego se celebra la audiencia pública de acuerdo a la fecha establecida en la resolución de convocatoria, y con esto se inicia el procedimiento oral. La Comisión empieza haciendo una explicación de los hechos del caso, las cuestiones de derecho, así como por que está presentando el caso ante la Corte; se reciben las declaraciones y posteriormente el Estado y los representantes tienen la oportunidad de presentar los alegatos finales orales. Se da un plazo aproximadamente de un mes a partir de la audiencia para que presenten alegatos finales escritos. Durante la audiencia pública, los jueces pueden pedir documentación o bien pueden pedir prueba para resolver, una vez recibida esta documentación, ya el caso estaría listo para deliberar y emitir la sentencia, la cual se delibera durante un período de sesiones distinto al de la audiencia y se emite la sentencia. Una vez emitida la sentencia se inicia el trámite de supervisión de cumplimiento. Haciendo un recuento, la Corte puede establecer, por un lado, que el Estado no violó la Convención Americana o que el Estado violó la Convención Americana, caso en el cual determina las medidas de reparación, ya sea en la misma sentencia sobre el fondo o en otra sentencia que indique las reparaciones, como sucedió en el caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, en que la Corte emitió una sentencia sobre reparaciones.

En lo que se refiere a las reparaciones, de acuerdo al artículo 63.1 de la Convención otorga la posibilidad de que una vez declarada la violación de un derecho y con ello establecida la responsabilidad internacional del Estado, este debe de reparar las consecuencias, y a tal efecto la Corte en sus sentencias fija una serie de medidas de reparación que tienen como finalidad la

restitución del derecho, es decir, la reparación integral del daño sufrido por las víctimas o sus familiares, caso en el cual puede ordenar medidas de indemnización compensatorias como puede ser por daño material, fija una suma de dinero, ya sea por lucro cesante, por daño material, por las afectaciones o sufrimientos que padecieron las víctimas o los familiares de acuerdo a las violaciones; medidas de satisfacción, garantías de no repetición, y costas legales. En este punto es necesario señalar que actualmente de acuerdo al nuevo Reglamento se estableció el Fondo de Asistencia Legal de Víctimas con el propósito de que las víctimas que no tengan los recursos suficientes, que no tengan solvencia o no tengan la posibilidad de poder pagar los gastos que deriven del trámite ante la Corte, pueden solicitar al Tribunal que se le fije un monto determinado para litigar el caso en aplicación del fondo de víctimas. Los solicitantes piden que para sufragar los gastos en que incurrirán para presentar la prueba ante la Corte, para viajar a la Corte a la audiencia pública, necesitan de ciertos recursos, hacen una propuesta de los posibles gastos en los que pueden incurrir. Aproximadamente en 31 casos la Corte ha autorizado la aplicación del fondo de víctimas. Varios Estados ya han reintegrado al fondo de víctimas el monto determinado en las sentencias. El fondo de víctimas no cuenta con recursos del presupuesto ordinario de la OEA, sino que los fondos provienen de contribuciones voluntarias de otros países, por ejemplo: Noruega, y Colombia, los cuales dieron una contribución para crear ese fondo. Cuando se dicta la sentencia se ordena al Estado el pago correspondiente a las erogaciones respecto a los gastos de la prueba en el caso concreto para reintegrar al fondo. Volviendo a las reparaciones, el concepto de reparación integral implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños. En el caso “*Campo algodónero*” Vs. *México*, en el párrafo 450 de la sentencia, la Corte en consideración del caso en particular, señaló que teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en que se enmarcaban los hechos ocurridos en el caso y que esta discriminación estructural había sido reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación de tal forma que las mismas

tuvieran un efecto no solo restitutivo, o sea de restituir integralmente el daño causado sino también corregir, porque en este caso dado la situación estructural de discriminación no era admisible una restitución de la misma situación de violencia y discriminación. Esta decisión dio por primera vez un carácter transformador a la reparación. En cuanto a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, la Corte de acuerdo al caso concreto y las violaciones declaradas en la sentencia y el daño causado ordena diversas medidas. Por ejemplo: una de las principales medidas en el caso de que exista impunidad, es la de investigar; si no se han investigado los hechos del caso, aunque se hayan abierto investigaciones, pero no se ha cumplido de forma efectiva y en un plazo razonable, la Corte ordena investigar los hechos que generaron las violaciones, identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables; en el caso de desapariciones forzadas, por ejemplo, ordena realizar una búsqueda de la víctima, localizar su paradero y, en su caso, sus restos mortales e identificarlos, lo que también permite a los familiares conocer su paradero, y el cierre del duelo; esto se ordenó, por ejemplo en el caso *Ticona Estrada Vs. Bolivia*. En otros casos se ha reconocido la afeción al proyecto de vida de las víctimas, como en el caso *Loayza Tamayo Vs. Perú*, el cual trata de una profesional acusada de terrorismo, encarcelada y procesada, por lo que después de ello no pudo proseguir con su proyecto de vida. En otro caso de un niño, Sebastián Furlán, caso *Furlán y Familiares*, sufrió un accidente en una propiedad del Estado que le produjo distintos padecimientos, la Corte determinó que su proyecto de vida quedó gravemente afectado teniendo en cuenta las diversas dificultades que tendría que enfrentar un niño con discapacidad, y que debió recibir una atención especializada. Además, la Corte ha ordenado adecuar normas de derecho interno para hacerlas compatibles con las obligaciones de la Convención, como lo ha hecho en varios casos, uno de ellos es el caso de "*La Última Tentación de Cristo*" Vs. Chile, que ordenó modificar un artículo de la Constitución Política chilena. También ha ordenado cambios normativos, por ejemplo, en casos peruanos sobre regulaciones sobre terrorismo, por la incompatibilidad de varios decretos leyes con la Convención. En otros casos, el Tribunal ha ordenado nombrar

centros educativos, una calle, una plaza, con el nombre de las víctimas, como ha sucedido, por ejemplo, en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, y en el caso *Contreras y otros Vs. El Salvador*. Además, ha ordenado que el Estado dentro de sus instituciones de salud brinde a las víctimas el tratamiento médico y de salud en general que requieran de forma gratuita, en el caso que se determine que las víctimas o sus familiares han tenido una serie de afectaciones mentales, físicas, psicológicas. Sin embargo, cuando es imposible brindar dicha atención por las características particulares del caso y se ha fijado una cantidad de dinero, para que las víctimas en el lugar que estén puedan recibir la atención médica, en otros casos, se señala en la sentencia que las víctimas en un plazo determinado se acerquen ante las autoridades competentes y soliciten que se les brinde atención médica requerida en el caso de que se encuentren en el extranjero. Entre otras medidas de reparación que ha ordenado la Corte se encuentran: la publicación de la sentencia. Actualmente la Corte elabora un resumen de la sentencia y ordena que se publique en un diario de circulación nacional y en un diario oficial, que se suba la sentencia completa a una página *web* del Estado que tenga fácil acceso; actos de reconocimiento de la responsabilidad internacional, en el cual se exprese un compromiso para que los hechos no vuelvan a ocurrir, uno de los casos quizá más significativos es en el caso de la *Masacre de Las Dos Erres*, en el acto de reconocimiento las propias víctimas hicieron una representación de lo que había ocurrido durante la masacre y tuvo un sentido especial para ellos; la construcción de un monumento público recordatorio de las víctimas, en otros casos ha ordenado, por ejemplo, repetir juicios penales, como en los casos *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, *Hilaire, Constantine, Benjamin Vs. Trinidad y Tobago*, *De la Cruz Flores Vs. Perú*; adecuar las condiciones carcelarias a los estándares internacionales como en el caso *López Alvarez Vs. Honduras*, en donde se ordena brindar la alimentación adecuada a los reclusos, limpieza, atención en salud, y ha ordenado la capacitación de funcionarios públicos, esta capacitación puede variar dependiendo del caso concreto, por ejemplo, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, se ordenó la capacitación de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, modificación de

protocolos, intervención en determinadas situaciones que no se ajustan al uso razonable y legítimo de la fuerza, estas medidas de capacitación varían dependiendo del caso, si es materia migratoria, si es sobre mujeres, género, entonces esta medida de capacitación si se ordena puede variar precisamente en relación con el daño causado, las violaciones dictadas y así de alguna manera mejorar la situación o el conocimiento de los funcionarios encargados, ya sea de administrar justicia o administrar o trabajar en un centro carcelario, etc. Otro ejemplo, es el de un acto de revelación de una placa, en el caso *Contreras y otros*, como se puede ver en la fotografía, están los familiares revelando la placa a nombre de las víctimas del caso Gregoria Herminia y Serapio Cristian y Julia Inés Contreras. Siguiendo, una vez dictada la sentencia y notificada, cualquiera de las partes, los representantes, el Estado, o bien, la Comisión pueden solicitar una interpretación de la sentencia. La interpretación tiene por objeto aclarar el sentido o alcance del fallo, no es una apelación, por que los fallos de la Corte son inapelables y definitivos de acuerdo al artículo 67 de la Convención, y el plazo para hacerlo es de noventa días contado a partir de la notificación de la sentencia, si se presenta una interpretación, esa interpretación no va a suspender el plazo de ejecución de la sentencia y se va a resolver también mediante otra sentencia de interpretación. Cuando se dicta la sentencia de un caso se sigue con otra etapa la supervisión de cumplimiento de la sentencia. Es un procedimiento que dio inicio por la práctica del Tribunal. De acuerdo al principio *pacta sunt servanda* los Estados deben cumplir con las obligaciones convencionales de buena fe y no pueden por razones de orden interno dejar de atender su responsabilidades internacionales establecidas. La supervisión de cumplimiento de la sentencia es un procedimiento mayormente escrito, actualmente se encuentra regulado en el artículo 69 del Reglamento y es una manera de supervisar el cumplimiento de las medidas de reparación que ordenó la Corte y el estado de implementación de esas medidas ¿cómo lo hace la Corte? A través de informes del Estado, se le solicita informes al Estado sobre lo que está haciendo para implementar las medidas de reparación que ordenó el Tribunal en la sentencia y este informe se transmite a los representantes y a la Comisión y ellos presentan sus observaciones sobre la implementación de lo que

está haciendo el Estado, de este modo la Corte tiene acceso a la información no sólo del Estado sino que también de la posición de la Comisión y de los representante al respecto. Con la información que cuenta la Corte emite resoluciones de cumplimiento en donde cierra las medidas de reparación si el Estado ya cumplió o si da ciertas pautas al Estado para la realización de las medidas o se pide información sobre cómo está cumpliendo con las medidas o que dificultades u obstáculos tiene para hacerlo. También la Corte celebra audiencias de supervisión. Recientemente la Corte ha hecho audiencias temáticas de supervisión de cumplimiento. En la audiencia, generalmente privada, comparecen el Estado, los representantes y la Comisión con la finalidad de que las partes tengan la oportunidad de referirse al estado de cumplimiento de las sentencias y facilitar el acatamiento de las medidas. Eso ha permitido por ejemplo, en el caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, que versa sobre el territorio de una comunidad indígena, que de acuerdo a la sentencia el Estado debía delimitar el territorio y entregar a la comunidad, al momento de la audiencia quedaba solo un punto sujeto de cumplimiento. Luego de la audiencia privada, se reunieron las partes y llegaron a un acuerdo y el Estado de Nicaragua en un plazo de un mes cumplió con esa medida de reparación. Usualmente estas audiencias son privadas y presididas por una comisión de jueces, los siete jueces integrantes de la Corte, se dividen en dos grupos y cada comisión examina ciertas audiencias de supervisión de cumplimiento y luego cada comisión lleva al plenario de la Corte lo que se examinó y se desarrolló durante la audiencia privada. Entre las audiencias de supervisión temáticas, por ejemplo, se hizo una audiencia temática sobre la implementación de las medidas de salud respecto a varios casos de Colombia y recién se realizó otra temática sobre impunidad respecto a varios casos de Guatemala.

Hay doce casos guatemaltecos que se encuentran bajo supervisión de cumplimiento y hay serios problemas en cuanto a la investigación de los hechos. Esa audiencia se realizó con el propósito de analizar la impunidad que persistía en esos casos. En esta etapa de supervisión el Tribunal pidió a un organismo del Estado, a la Fiscalía de la Nación un informe sobre la situación completa del estado de las investigaciones de cada uno de esos

casos. Partiendo de que en el sistema interamericano no existe un órgano que supervise el cumplimiento de las sentencias, la Corte a través del procedimiento indicado permite supervisar el acatamiento por parte de los Estados de las sentencias y establecer si los Estados están o no implementado las medidas ordenadas.

Otra facultad que tiene la Corte es la relativa a las medidas provisionales, actualmente se encuentran vigentes 26 medidas. Las medidas provisionales se encuentran establecidas convencionalmente en el artículo 63.2 de la Convención y este artículo establece que en los casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte en los asuntos que esté conociendo puede tomar las medidas provisionales que considere pertinentes, si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento y puede actuar a solicitud de la Comisión, ¿Quiénes pueden interponer o presentar medidas provisionales ante la Corte?, la Comisión Interamericana, y las víctimas o presuntas víctimas sólo en los casos que estén en conocimiento de la Corte, y también pueden ser adoptadas por actuación ex officio del Tribunal, como sucedió en un caso colombiano, el caso *Caballero Delgado y otros*, en la audiencia pública comparecieron varias víctimas quienes declararon y sentían temor de volver a Colombia y que fueran amenazadas e incluso asesinadas. Dadas esas circunstancias la Corte consideró adoptar medidas provisionales de oficio. En cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas provisionales, la Corte ha establecido que las medidas provisionales, revisten doble carácter, el carácter cautelar que está vinculado en un marco de los casos contenciosos internacionales que tienen por objeto y fin el preservar los derechos en posible riesgo entre tanto no se resuelva la controversia, por ejemplo, puede ser como ocurrió en el caso *Caballero Delgado y otros*, en el cual las víctimas sentían temor de volver a Colombia y que su vida estuviera en riesgo, y el caso contencioso estaba en trámite ante la Corte. En vista de que no había posibilidad de brindarles algún tipo de protección, entonces la Corte adoptó las medidas en su carácter cautelar. También la medida provisional tiene su función tutelar, que es la verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo cuando protegen los derechos humanos en la medida que buscan evitar daños irreparables a las personas, se constituyen en medios

tutelares autónomos de salvaguarda de los derechos humanos dentro de la Convención y revisten un carácter más cauteloso que verdaderamente tutelar. Actualmente hay en trámite 26 medidas provisionales. Desde la instauración del Tribunal, la Corte ha adoptado numerosas medidas. Recientemente se presentó una solicitud de medidas provisionales que es muy particular, se conoce con el nombre “B”, ya que se trató de mantener bajo reserva el nombre de la solicitante de las medidas. Se trata de una mujer que estaba embarazada, padecía lupus y estaba en condiciones de salud delicadas, además el feto de acuerdo a estudios médicos realizados era anencefálico e incompatible con la vida extrauterina, la vida de la mujer estaba en riesgo, ya corrían como 26 semanas de embarazo y presentaron un amparo para salvaguardar la vida de la madre. En El Salvador está penalizado el aborto, y un comité médico había recomendado hacer un tratamiento médico necesario para finalizar la gestación y mantener con vida a la madre. Es un caso en que se está en presencia de salvaguarda de derechos a la vida, a la integridad personal y la salud de “B”, pero la cuestión planteada presentaba un problema valorativo entre vida de la madre o la del niño. La Sala Constitucional salvadoreña rechazó el amparo presentado. Este Tribunal adoptó medidas provisionales a favor de “B” y ordenó al Estado que tomara las medidas necesarias para garantizar la vida e integridad de la madre. La jurisprudencia de la Corte refleja la evolución en la protección a través de las medidas provisionales, en principio las solicitudes de medidas provisionales fueron dirigidas a proteger los derechos a la vida y a la integridad personal, y con el tiempo las solicitudes se fueron ampliando a distintos derechos y a grupos de personas y en cuanto a los sujetos protegidos, así se da la protección de personas plenamente individualizadas, es decir, la Corte establece en este tipo de medidas de protección que se deben implementar a favor de personas determinadas. Las medidas provisionales tienen que ser idóneas y efectivas dependiendo del derecho que se está alegando se encuentra en riesgo, a modo de ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a favor, por ejemplo, de grupos de personas individualizadas como en el caso de haitianos y dominicanos de descendencia haitiana, era un grupo de personas que fueron expulsadas de República

Dominicana. Se han adoptado medidas provisionales para grupos de personas que puedan ser identificables, pero que no son nombradas individualmente y que se encuentran afectadas por una situación específica, por ejemplo, en el caso de poblaciones o comunidades, una de los casos, tal como sucedió en el asunto de la Comunidad de San José de Apartadó respecto de Colombia, en el que se determinó que los integrantes de la comunidad se encontraban en una situación de riesgo, su vida e integridad personal estaba en peligro, pero no era posible identificar a cada uno de ellos, es decir, no estaban individualizados, pero si podían ser determinables porque estaban circunscritos a un territorio determinado. Lo mismo sucede con las comunidades indígenas, en donde sus miembros pueden estar en una situación de riesgo, pero no es posible identificarlos individualmente. La Corte en estos casos no requirió que la persona fuera determinada, sino que por las características propias, se podía determinar que vivían en un lugar específico y que podían ser determinables. Lo mismo sucede con relación en las medidas provisionales adoptadas a favor de personas que se encuentran recluidas en cárceles. La Corte adopta las medidas a favor de las personas se encuentran en un centro de reclusión y solicita al Estado la adopción de medidas dirigidas a garantizar su seguridad, así como garantizar medidas mínimas respecto a la alimentación, salud, limpieza. La Corte ordena la medida provisional acorde con la situación de extrema gravedad y urgencia alegada y la situación de riesgo de los derechos en juego.

Otra de las funciones que tiene la Corte es la función consultiva, que está establecida convencionalmente en el artículo 64. La función consultiva permite a la Corte emitir pronunciamientos que revelen la interpretación al Tribunal sobre asuntos jurídicos a solicitud de sujetos expresamente autorizados por la Convención. Tiene por objetivo facilitar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. El *corpus iuris* del sistema interamericano de protección de los derechos humanos no solo está constituido por la Convención Americana sino que también hay una serie de tratados interamericanos, como mencione anteriormente sobre

tortura, desaparición forzada de personas, la Convención de Belem do Pará, los protocolos adicionales a la Convención, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros. La Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a diferentes normas de este *corpus iuris* que conforma el marco normativo del sistema interamericano. Una vez establecida la Corte, como mencioné, la primera función que realizó la Corte fue emitir una opinión consultiva, ¿quién puede solicitar una opinión consultiva referente a quien puede solicitarla? La pueden solicitar los Estados miembros de la OEA, independientemente de si han ratificado o no la Convención Americana, si han aceptado o no la competencia contenciosa del Tribunal. Una diferencia con los casos contenciosos, es que únicamente pueden ser demandados los Estados que hayan reconocido la competencia contenciosa del Tribunal. A través de una solicitud de opinión consultiva pueden consultar sobre la compatibilidad legislación interna, proyectos de ley, reformas constitucionales, la Convención Americana, otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos de los Estados Americanos, adicionalmente los órganos enumerados en el capítulo VIII de la Carta de la Organización Estados Americanos, que son, entre ellos, la Comisión Interamericana, la Asamblea General de la OEA, la Secretaría General de la OEA, el Consejo Permanente, pueden solicitar opiniones consultivas con respecto a temáticas que les competen a ellos, tienen que demostrar un legítimo interés en que la consulta que están realizando tiene vinculación con las funciones que estos órganos realizan. Antes de pasar a la última filmina, en cuanto a la interpretación y la aplicación de la Convención, la consulta se hace sin formalismos, es decir, cualquiera de los Estados miembros hacen la consulta sobre alguna temática o controversia que existe, deben hacer preguntas, de las cuales quieren que la Corte se pronuncie sobre la interpretación, preguntan sobre cómo se debe de interpretar o aplicar ciertas normas de la Convención u otros tratados, como la puede ser la Carta de la OEA. Cualquier Estado puede participar o puede presentar la solicitud opinión consultiva. Una vez admitida por la Corte se pone en conocimiento de los demás Estados miembros de la OEA, al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA, a la Comisión Interamericana

y se invita a diversas organizaciones internacionales y no gubernamentales, instituciones académicas y a individuos, a remitir su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta, lo permite una participación de la sociedad civil. Por ejemplo, en la opinión consultiva que emitió a la Corte en la sesión de agosto de este año, la OC-21/14, sobre *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en la necesidad de protección internacional*, la opinión consultiva fue presentada por cuatro Estados que participaron en la audiencia pública, además acudieron otros Estados y de acuerdo a los datos, en esta opinión consultiva participaron cinco Estados presentando sus observaciones, órganos de la OEA, organismos internacionales y presentaron como cuarenta escritos de observaciones de parte de organismos nacionales, ONG's, universidades e individuos de la sociedad civil sobre temáticas específicas sometidas a consulta. Las opiniones consultivas son vinculantes para los Estados. La Corte establece estándares o criterios jurídicos de interpretación de las normas y da una opinión jurídica que pasa a formar parte de la jurisprudencia de la Corte. Los Estados que han reconocido la competencia de la Corte, de acuerdo a las obligaciones estatales asumidas, a fin de tender al cumplimiento de la opinión emitida por el Tribunal, deben incorporar en el marco normativo interno y en sus prácticas los estándares o criterios fijados esta. ¿Qué es el *corpus iuris*? Es el marco normativo constituido, en el caso del sistema interamericano por la propia Convención Americana, por la Carta de la OEA y por los dos protocolos adicionales a la Convención, por las distintas Convenciones Interamericanas adoptadas, por ejemplo, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belem do Pará, la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas, entre otros tratados. No me escuchan, repito, el marco normativo como les decía, el *corpus iuris* en el sistema interamericano está constituido por la Carta de la OEA, la Convención Americana, la Declaración Americana, las distintas Convenciones Interamericanas, los dos protocolos adicionales, entre otros, es decir, una serie de tratados o normas que se han dictado en el marco del sistema interamericano. Una pregunta ¿por qué Estados Unidos no puede ir a la Corte cuando vulnera los Derechos Humanos?, uno de los requisitos para acceder a la Corte, es que el Estado ratifique la Convención

Americana sobre Derechos Humanos y, adicionalmente, acepte la competencia de la Corte. Estados Unidos no ha ratificado la Convención Americana ni ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte, entonces no puede llegar a la Corte, pero sí puede estar sujeto de revisión de las violaciones de derechos humanos según la Declaración Americana, a través de las funciones que tiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de hecho la Comisión realiza visitas, por ejemplo a cárceles, pero no pueden llegar los casos ante la Corte por lo que dije antes.

Felipe Gómez Isa³

EL SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS

La organización que establece ese Sistema Africano de protección de los derechos es la unión africana, este es el esquema general que quiero analizar esta mañana, en primer lugar vamos hacer una introducción sobre la base del texto más importante que en el continente africano trata de promover y proteger los derechos humanos como es la Carta Africana de Derechos humanos y de los Pueblos, esto es un texto que creo que ustedes la tienen y lo que vamos hacer es analizarlo y ver cuáles son las características más importantes en contexto africano, en segundo lugar quiero abordar son los principales instrumentos, las principales normas y fundamentalmente los principales Tratados Internacionales de carácter regional que en el continente africano se han aprobado en la últimas dos o tres décadas, en tercer lugar vamos a ver cuáles son los mecanismos de protección de los derechos y vamos a ver que estos mecanismos son muy similares, muy parecidos a los que existen en el sistema de la OEA, tenemos una Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos también y ahí recientemente se acaba de crear la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, con lo cual el sistema es un sistema muy parecido, muy similar, aunque también hay notables diferencias a las cuales vamos a hacer referencia, pero la idea es que el mecanismo es un mecanismo y los sistemas y los mecanismos de protección, los órganos son muy parecidos a lo que existen en el ámbito de la Organización de Estados Americanos, vamos a ver tanto la Comisión Africana, haremos referencia a algunos de los casos emblemáticos en los cuales ha tomado parte esta Comisión y se ha referido esta Comisión y en cuanto al Tribunal Africano desgraciadamente todavía no vamos a poder hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Africano porque que todavía no hay un número

3. Es Profesor titular de Derecho Internacional Público en la Universidad de Deusto e investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, donde ejerce como Director del European Master in Human Rights and Democratisation. Ha participado en el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas para la elaboración de un Protocolo Facultativo a la CEDAW (Nueva York, 1998 y 1999). Profesor visitante en diversas Universidades tanto europeas como latinoamericanas.

suficiente de casos y la mayor parte de los casos que han llegado al Tribunal han sido declarados inadmisibles por cuestiones de forma, entonces todavía no tenemos una trayectoria suficiente por parte del Tribunal para poder analizar por donde van las líneas de interpretación y las líneas de aplicación de los derechos por parte del Tribunal y por ultimo haremos unas reflexiones finales, una suerte de conclusiones acerca de cómo y en qué situación y cuáles son los desafíos que se plantean los derechos humanos en el continente africano, la Carta Africana se aprueba en 1981 y entra en vigor en 1986.

¿Qué elementos destacarían de la Carta Africana que son realmente distintos de otros instrumentos internacionales como pueden ser la Convención Americana, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos?, ¿Hay algún aspecto que les haya parecido chocante o significativo?

La incorporación de los derechos económicos sociales y culturales es un elemento interesante en la Carta Africana es distintivo porque algunos instrumentos internacionales de carácter general de los cuales si aparece los Derechos Económicos Sociales y Culturales y otros en los que no aparecen, por ejemplo la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948 ahí si aparecían tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales, pero era una Declaración, no era un tratado internacional, o la Declaración Universal de 1948 también incorpora tanto derechos civiles y políticos como DESC, pero no así la Convención Americana, la Convención Americana del 69 es una Convención consagrada única y exclusivamente a derechos de carácter civil y político y es el Protocolo de San Salvador quien complementa, si van ustedes al Convenio Europeo que está desde 1950, no van a encontrar ustedes derechos de carácter económicos, sociales y culturales, y es un elemento distintivo que afirma y profundiza ese concepto tan importante de la invisibilidad de los Derechos Humanos, todos los Derechos Humanos son relevantes, son importantes, son necesarios para proteger y dar garantía a la dignidad humana.

Viniendo –y esto no es ninguna casualidad- es el único Tratado Internacional, pero es de carácter regional que reconoce

los famosos derechos de la tercera generación o derechos de la solidaridad, habla del derecho al medio ambiente, habla del derecho al desarrollo, habla del derecho a la paz, no van a encontrar estos derechos en ningún otro Tratado Internacional, este es el único Tratado Internacional, en ese sentido es un elemento muy interesante de aportación a una eventual multi-concepción de los derechos humanos porque el continente Europeo o Estados Unidos o Canadá no quieren ni oír hablar de los derechos de la tercera generación, en África sí, en el continente africano es una de las prioridades pero porque fundamentalmente descansa en la situación de pobreza, de exclusión social y de marginación en la que viven millones de personas en el continente africano, entonces ese es el elemento que explica por qué este tratado de carácter internacional es el único que incorpora los derechos de la solidaridad y el derecho al desarrollo es sin ninguna duda el más importante.

Esta Carta se aprueba en 1981, estamos todavía en el proceso de descolonización en África, ustedes saben que el proceso de descolonización es la segunda gran descolonización, la primera fue la de América, la segunda es la de África, esa descolonización comienza en los años 60, los 70s y todavía en esta época se están viendo unos procesos interesantes de descolonización en África y en Asia, entonces ese es el contexto que domina la aprobación de esta Carta, esta Carta es un llamado, esta Carta es una crítica radical al colonialismo y a las consecuencias que el colonialismo ha tenido y sobre todo tuvo en el contexto africano, y esto aparece claramente en el preámbulo, ese es un contexto del cual no podemos escapar, ahora bien, y ese es otro elemento importantísimo del preámbulo habla del colonialismo pero también habla de neocolonialismo porque lo que están viviendo algunos países africanos es que son independientes, políticamente son Estados independientes, pero siguen profundamente dependientes de las antiguas metrópolis fundamentalmente desde el punto de vista económico, las grandes corporaciones transnacionales empiezan a llegar al continente africano, por lo tanto es una descolonización, pero es una descolonización limitada, es una descolonización parcial y esta es una de las primeras veces que un tratado internacional menciona aunque sea en el preámbulo que se menciona la cuestión del neocolonialismo.

Resulta que son países que sí, son Estados independientes, forman parte de las Naciones Unidas, tienen gobiernos elegidos más o menos democráticamente pero siguen dependiendo de una manera muy importante de las antiguas metrópolis y esta es una idea que desgraciadamente sigue muy presente todavía, el proceso de descolonización, sobre todo la descolonización mental que es la más complicada, es una descolonización que está todavía por hacer, pero es un elemento importantísimo el de este contexto político que domina y que sobrevuela toda la aprobación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos que aparece nítidamente reflejado en el preámbulo.

Es el primer tratado internacional, antes había habido algunas declaraciones que hablaban de derechos de los pueblos y algunos tratados internacionales habían reconocido un derecho colectivo como es el derecho de autodeterminación, pero era el único, los pactos internacionales del 66, el pacto de derechos civiles y políticos y el pacto de derechos económicos sociales y culturales en su artículo uno tomó el derecho de autodeterminación, pero era un derecho fundamentalmente llamado a complementar el proceso de descolonización, pero aquí se da un paso más y se habla de derechos de carácter colectivo y de derechos de los pueblos y además de derechos individuales, hay derechos colectivos y las comunidades compuestas por diversos individuos titulares de determinados derechos, es una concepción muy similar a las que tienen por ejemplo unos pueblos indígenas, en las cuales sus derechos individuales además de derechos como personas indígenas reclaman derechos como comunidades, reclaman derechos colectivos, reclaman el derecho a la tierra pero no el derecho individual de Felipe Gómez o de María, reclaman el derecho de la comunidad X o Z a ser titular o a asentar una propiedad sobre un determinado territorio, por lo tanto ese es otro elemento distintivo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el propio título fíjense que también lo señala, el propio título dice que la Carta es una Carta de Derechos Humanos pero también de derechos de los Pueblos, lo cual le granjeó algunas críticas desde algunos países occidentales que ven con auténtico pavor, con auténtico terror el concepto de derechos colectivos.

Todavía en mi país hay un debate académico y teórico acerca de que tan pertinentes son los derechos colectivos y si

los derechos colectivos no son un atentado contra los derechos de carácter individual, afortunadamente es un planteamiento cada vez más minoritario, pero sigue siendo un planteamiento muy presente a nivel político y a nivel académico. En el mundo anglosajón por ejemplo aceptan con muchas dificultades el concepto de derechos colectivos, y hay que reconocer que los derechos colectivos encierran algunos riesgos, cuando los derechos colectivos oscurecen por completo al individuo ahí se pueden dar determinador riesgos que hay que tratar de contener, o cuando los derechos colectivos se esconden en determinadas discriminaciones por razón de género por ejemplo, ahí hay que tratar de equilibrar pero la categoría en sí de derechos colectivos es una categoría que va avanzando y que se va reconociendo progresivamente en el derecho internacional. La Carta Africana es el primer tratado internacional que consagra como tal derechos de carácter colectivo.

Establece de manera expresa deberes para los individuos, si ustedes van al Convenio Europeo de Derechos Humanos –esta tarde van a tener la sesión sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pregunten cuál es papel de los deberes, cuántas veces aparece la palabra deber mencionada en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero es una Carta de derechos, es un convenio de derechos fundamentales y la cuestión de los deberes ahí no aparece, es curioso cómo tanto en el Sistema Interamericano, la declaración y la convención, como en el Sistema Africano, la cuestión de los deberes ocupa un lugar privilegiado, derechos pero con el complemento de los deberes. Y es curioso porque la propia Declaración Universal de Derechos Humanos que se hizo en el 48 en su artículo 29 ya hablaba de deberes de una manera muy marginal y ya al final de la declaración hablaba de los deberes como complemento indispensable de los derechos porque toda persona es un ser social, es un ser que tiene que vivir en comunidad y por lo tanto nuestros derechos se tienen que complementar, se tienen que equilibrar con los deberes que tiene en conjunto la comunidad. En el Sistema Africano los deberes ocupan un lugar importante y hay todo un capítulo en la Carta consagrado a la cuestión de los deberes.

Yo les suelo decir a mis estudiantes siempre -porque normalmente los abogados solemos tener una visión muy

unidimensional y parece que la norma es la culminación- y yo les suelo decir a mis estudiantes: *“miren, es tan importante el texto como el contexto, porque si no entendemos el contexto resulta que no sabemos interpretar la letra de la ley”*, y el contexto es un contexto en el cual en este momento en África y todavía la día de hoy –afortunadamente uno de los problemas ya se ha resuelto- habíamos auténticas bestias negras, uno era Sudáfrica, la Sudáfrica del apartheid, la Sudáfrica de la discriminación racial de la minoría blanca respecto de la mayoría negra, y afortunadamente este problema está en fase de resolución y la otra bestia negra era precisamente el Estado de Israel y su política de ocupación de los territorios árabes ocupados fundamentalmente en Palestina, entonces esto hay que leerlo como una proclamación retórica y es por eso que aparece en el preámbulo, en el sentido de un elemento más de crítica a la política del Estado de Israel de ocupación y de negación a reconocer la creación de un Estado palestino y de un Estado israelí tal y como proclamada el famoso plan de partición de Naciones Unidas del año 47, hay que leerlo en esa clave política y geopolítica.

Otro elemento importante que aparece tanto en el preámbulo como en el articulado, si luego leen los artículos van a ver como hay varias menciones a la cuestión de la familia, de la cohesión social, de la tradición y los valores africanos y un elemento importantísimo es el valor de los ancianos. Los ancianos no son algo que estorba, al contrario, los ancianos son el centro de la comunidad porque ahí es donde reside la sabiduría, la experiencia, algo que al menos en el mundo occidental de donde yo provengo es todo lo contrario, los ancianos son un estorbo y los ancianos cuanto más lejos mejor porque ya no son productivos -de vez en cuando se nos va la cabeza y todo este tipo de cuestiones-, este es un elemento también distintivo de la Carta Africana, esta insistencia a la familia, esta insistencia en el valor de la experiencia, en el valor de los ancianos, pero sobre todo el foco y la prioridad en las tradiciones y los valores africanos. Este es un elemento importantísimo si queremos leer esta Carta en clave de diálogo intercultural, miren que en el preámbulo se menciona la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¿Ustedes saben cuántos países africanos participaron en el proceso de elaboración de la Declaración Universal de los

Derechos Humanos? 4. ¿Y dónde estaban el resto? Hoy hay 54 países en África, 54 y sólo 4 participaron, ¿el resto dónde estaban?, El resto estaban bajo la colonización, el resto eran países que dependían de Gran Bretaña, de Francia, de España, eran colonias y como tales no pudieron participar en una Declaración que se titula nada más y nada menos que universal. Resulta que 58 países se reúnen en la asamblea general de Naciones Unidas en aquel momento, no en Nueva York sino en París, aprueban una declaración y la denominan universal, cuando resulta que África era prácticamente una colonia, una parte importante de Asia eran colonias y no pudieron participar, tampoco lo hicieron por cierto los pueblos indígenas de América, es por esto que en 2007 se aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, pero ¿por qué hace falta una declaración de derechos indígenas si ya tenemos una declaración que es universal?, Pues porque nadie les preguntó, nadie contó con ellos y su cosmovisión es una cosmovisión distinta, es por eso que los africanos insisten de una manera tan insistente, perdón por la redundancia, insisten tanto en la cuestión de la tradición y de los valores africanos y algunos de estos valores africanos entran en colisión con algunas normas de carácter general de Derecho Internacional –luego vamos a hacer referencia a alguna de ellas- pero lo importante es leer esta Carta en clave de dialogo intercultural, por un lado se acepta la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero se acepta con un sentido crítico porque a la mayor parte de estos países nadie les preguntó, no participaron en la votación final en la Asamblea General, solo 4 que eran Sudáfrica, Liberia, Etiopía y Egipto, el resto eran colonias, con lo cual uno se cuestiona hasta qué punto esa Declaración Universal es realmente universal. Será universal o el concepto de Derechos Humanos será universal cuando entremos en dialogo con algunos de estos valores y con algunas de estas tradiciones africanas y entremos en dialogo con algunos de los parámetros fundamentales de la Carta Africana y entonces sí estaremos construyendo un concepto realmente universal de Derechos Humanos, pero la Declaración Universal es un documento importantísimo, yo creo que es uno de los grandes documentos del siglo XX, de eso no tengo ninguna duda, pero es un documento que también hay que leerlo en el contexto de la época, un contexto que por ejemplo

convivía cotidianamente con el colonialismo, si ustedes miran la Declaración Universal de los Derechos Humanos no van a ver ni una sola mención al colonialismo, ¿ustedes lo pueden creer?, Ni una sola mención al colonialismo porque son los países coloniales los que estaban haciendo la Declaración Universal, cuando interpretamos de esta manera ese contexto llegamos a conclusiones que son políticamente incorrectas y son incómodas.

Una vez más esa insistencia en los valores propios africanos, de hecho cuando en la década del 2000 se crea la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos hubo todo un debate de hasta qué punto la creación de una Corte, la creación de un Tribunal es algo propio de la cosmovisión africana o es algo realmente importado, porque en muchos contextos normalmente locales y normalmente tribales en África, no hay Tribunales y hay otras formas de resolución de los conflictos, hay otras formas de aplicación de la justicia, lo mismo que ocurre en muchas comunidades indígenas incluyendo algunas de Colombia, ¿cómo se aplica la justicia en determinadas comunidades indígenas?, No hay un Tribunal como tal, ahí la comunidad juega un papel, y los líderes juegan un papel pero no hay como tal un Tribunal, entonces hubo todo un debate de hasta qué punto la creación de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos era la vía más apropiada culturalmente para la cuestión de los Derechos Humanos en África, finalmente se opta por crear la Corte, pero hay que reconocer que sobre todo a nivel local y en determinadas comunidades se sigue aplicando la justicia por otras formas alternativas de resolución de conflictos, yo no sé si ustedes han escuchado por ejemplo la Gacaca, la Gacaca es una institución en el contexto de Ruanda y Burundi que es la aplicación comunitaria de la justicia y como tal no hay un Tribunal y es el conjunto de la comunidad quien hace justicia, entonces una vez más esa insistencia en los valores y en las tradiciones de África.

Ese es otro elemento importante, en el contexto del colonialismo una llamada a completar el proceso de liberación nacional, pero también una especie de llamado, aunque en aquella época todavía la cuestión de las injusticias históricas no estaba tan presente como hoy, pero no tanto en el preámbulo como en algunos artículos, por ejemplo si ustedes van al artículo 21 párrafo tercero, cuando se habla “*del derecho a disponer libremente de*

las riquezas y de los recursos naturales será ejercido sin perjuicio de la obligación de proveer la cooperación internacional”, pero en el párrafo sexto se habla de *“eliminar toda forma de explotación económica extranjera, especialmente la practicada por los monopolios internacionales”,* fundamentalmente se está refiriendo a compañías extranjeras, compañías transnacionales, o si van al párrafo segundo se habla precisamente de la cuestión de la reparación.

¿Quién repara?, ¿Quién repara los perjuicios causados por siglos de colonialismo?, ¿Quién repara a las comunidades indígenas por siglos de expropiación y expoliación de sus tierras y territorios?, ¿Hay obligación de reparar?, Este es todo un debate de hasta qué punto hay un derecho de reparación por las injusticias históricas, este es un debate por ejemplo muy subido de tono en Estados Unidos, fundamentalmente la comunidad afroamericana, es una comunidad muy activa en este intento de reclamar la deuda histórica y de reclamar la reparación por las injusticias históricas sufridas por personas que fueron llevadas contra su voluntad a América como esclavos y que esa situación de esclavitud y dominación es una situación que ha pervivido hasta prácticamente la actualidad, si ustedes han visto estos días los incidentes en Ferguson – Estados Unidos y como una vez más la llama de la segregación racial sigue ahí pendiente y cómo hay algunos elementos de esas injusticias históricas que siguen muy presentes. Un dato que estos días se ha mencionado en el calor de la discusión sobre los incidentes de Ferguson: el 13% de la población Norteamericana es afrodescendiente, el 50% de la población carcelaria es afrodescendiente, ¿qué ocurre, que los negros son delincuentes por naturaleza?, ¿Llevan en su ADN el delito? ¡No!, Esto tiene que ver con exclusión social, con abandono escolar, con embarazos prematuros, con todo un conjunto de circunstancias que hunden sus raíces en la historia, y no hay que caer en un determinismo absoluto, porque algunos dicen: *“pero Obama ha llegado a la presidencia”,* sí, pero ese es un accidente, eso no es algo que se pueda generalizar, y que bueno que una persona afrodescendiente ha podido llegar a la casa blanca, pero lo que hay que mirar es cuáles son los elementos de carácter económico, de carácter social, de carácter educativo porque la comunidad afroamericana siga siendo al día de hoy una comunidad

que no tiene las mismas oportunidades que el resto de las comunidades en el “país de las oportunidades” como es Estados Unidos –y esto es una gran mentira y ustedes lo saben-, eso es una gran mentira y seguro que alguien de ustedes tiene algún familiar trabajando en Estados Unidos y me imagino que ya les habrá contado las mentiras del sueño americano, el sueño americano es eso, un sueño y cuando uno se despierta resulta que es como un mal sueño, pero bueno.

La verdad es que es un auténtico drama, yo vengo de España, España tiene frontera con África y es un auténtico drama, lo mismo que la migración desde América hacia Estados Unidos porque en el fondo es tratar de huir de la miseria, tratar de huir de la pobreza y tratar de buscar un futuro mejor para uno mismo y para sus hijos, en aquella época la cuestión de la migración no era un debate emergente pero hoy sí, y de hecho ustedes saben que hay un tratado internacional que es el Convenio Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, un Convenio por cierto que no ha sido ratificado por ningún país europeo. Un convenio que desde el punto de vista de la concepción de derechos es bastante progresivo y bastante amplio pues protege a las personas migrantes y a sus familias, pues bien, esto yo creo que denota realmente cuál es la voluntad política y cuáles son los intereses detrás de las políticas europeas, la migración es más un problema de seguridad que un problema de Derechos Humanos, es más, los Derechos Humanos se ponen en un segundo plano en Italia, en Francia, en España, en Grecia y en la mayor parte de los países que sufren directamente las migraciones, es un problema de seguridad. Esta es una de las grandes contradicciones de ese discurso europeo en materia de Derechos Humanos, Europa pareciera que está a la cabeza, en la vanguardia de la protección de los Derechos Humanos y en algunos ámbitos hay que reconocer que es así, pero en el ámbito de las migraciones es todo lo contrario, en el ámbito de las migraciones pasa por encima de los Derechos Humanos, yo no sé si han visto alguna de las imágenes de la frontera entre Ceuta y Melilla, Ceuta y Melilla son dos vestigios del colonialismo español en África, son dos plazas españolas en el norte de África que tienen frontera en África con Argelia y con Marruecos fundamentalmente, pero todo el África subsahariana y ahí las imágenes la verdad es que son dramáticas, de hecho en Melilla hay una valla que cada vez es

más alta, que cada vez tiene mayores medidas de seguridad para evitar la migración clandestina de personas de todo el continente africano, esto es todo un drama pero en esa época todavía no era un problema.

Esta yo creo que es una idea importante también porque normalmente –yo no sé acá en Colombia o en América en general- ¿cuál es la imagen que percibimos de África?, Pero en Europa por lo menos la imagen que nos llega de África es una imagen de pobreza, es una imagen de conflicto, es una imagen de discusión, es una imagen relacionada con el virus del SIDA o con el ébola ahora, es una imagen totalmente negativa y esto es una realidad a la cual por supuesto no podemos cerrar los ojos, pero además de esta realidad hay otras realidades, otras realidades que no nos llegan y hay algunos valores africanos que son valores tremendamente interesantes, lo que se decía de los ancianos y las ancianas son valores muy importantes y esa es la clave con la cual yo creo que nos tenemos que acercar al continente africano y en concreto a este documento, hay algunos elementos en los cuales no solo nos podemos poner de acuerdo sino que podemos aprender mutuamente, hay otros en los que no, por supuesto, luego hablaremos por ejemplo de la famosa práctica de la mutilación genital femenina, bien, esta es una práctica por supuesto de la cual evidentemente no tenemos que aprender, al contrario, habría que tratar de erradicar este tipo de prácticas, pero no todo en África es mutilación genital femenina, no, y pareciera que ese es el problema de África, hay más niñas en África que mueren por una simple diarrea que por mutilación genital femenina, este es un argumento que se puede prestar a demagogia, pero esa es la realidad, hay muchas más niñas que mueren por hambre, por desnutrición pero no quiere decir que esto no sea un problema importante que hay que tratar a fondo y de hecho el Sistema Africano lo intenta abordar como lo veremos. Pero cuidado también, porque sobre todo cuando hablamos de los diamantes por ejemplo, por supuesto que en República Democrática del Congo es un auténtico desastre y un conflicto que lleva más de 4 millones de víctimas, si acá en Colombia hay víctimas ahora en República Democrática del Congo es tremendo, pero la cuestión es ¿qué hay detrás de esto?, ¿Dónde van esos diamantes?: Van a Sudáfrica y de Sudáfrica van a Europa, es decir, es todo un

conglomerado en el cual por supuesto hay personas en África involucradas, personas del Congo, pero también hay algunas compañías internacionales muy involucradas en esta cuestión y hay que mirar todo el panorama porque sí no pareciera que son los africanos los únicos responsables de esta situación y acabamos estigmatizando aún más a los pobres africanos que por supuesto tienen su responsabilidad, pero es una corresponsabilidad porque en el fondo no olviden que la cuestión de los recursos naturales es hoy en día uno de los motores económicos del planeta, Colombia, Perú, Bolivia, gas natural, minería, petróleo y sobre todo la llegada del “Big Brother”, pero ya el “big brother” no es Estados Unidos, ahora el “Big Brother” es China que cada vez está más presente en África, cada vez está más presente en América Latina, fundamentalmente en esta carrera enloquecida por la exploración y la explotación de los recursos naturales, vuelvo a decir: es una cuestión de corresponsabilidad, pero eso también tiene que ver con las políticas de colonialismo en su momento y de neocolonialismo y de con qué intereses y sobre todo con qué visión se hizo la descolonización en África.

Ustedes seguro que tienen en su cabeza el mapa de África, algunas de las fronteras son fronteras rectas, son fronteras que se trazaron en Berlín, en el congreso de Berlín en el cual se decidió el reparto colonial de África y esas fronteras no conocían de pueblos y es por eso que tenemos dos países que se convirtieron en dos países por los intereses de las metrópolis -fundamentalmente Bélgica y Francia-, pero dos países que desde el punto de vista étnico no tiene ningún sentido porque tenemos Hutus – Tutsis en Ruanda y Hutus – Tutsis en Burundi, que por cierto este año se cumplen 20 años del genocidio en Ruanda, bien, todo esto es el caldo de cultivo de lo que ocurrió en el año 94 en Ruanda, una descolonización que se hizo tele-dirigida y que se hizo fundamentalmente siguiendo los intereses neocoloniales de las antiguas metrópolis y ese es un elemento que también hay que tener en cuenta y esto está pasando en Congo también, la realidad étnica del país es una realidad que no se corresponde con las fronteras físicas porque son fronteras que las hizo el rey Leopoldo II de Bélgica, ustedes saben que el Congo belga era una propiedad del rey de Bélgica, una propiedad personal de él, y las fronteras y el proceso de descolonización se hizo en gran parte

siguiendo esos intereses, entonces como decimos en mi país -que no sé si es un refrán que utilizan acá-, “*de aquellos polvos estos locos*”, es decir, de algo que se hizo mal desde el origen luego surgen problemas que son tremendos actualmente. Yo creo que hemos cubierto la mayor parte de las cuestiones.

De todas maneras miren, yo no sé si a ustedes les suena Augusto Pinochet, bien, este tipo tiene una frase que es genial y que yo creo que pasará a los anales de la historia como realmente una frase totalmente cínica, pero una frase que refleja muy bien el planteamiento del tratamiento diferenciado en cuestiones de género, cuando él estaba en el poder y cuando ya llegaban las primeras críticas por las cuestiones de Derechos Humanos de los desaparecidos, de las torturas él vino a decir en un discurso público, además con ese acento chileno que le caracterizaba él decía: “*todos somos iguales, pero unos más que otros*”, o sea, hay determinadas personas que son más iguales que otras y esta es la realidad, porque esa igualdad es una igualdad puramente formal porque sí, todas y todos somos iguales ante la ley pero claro, no es lo mismo nacer en la comuna 13 que nacer en el poblado, no es lo mismo -y todos y todas somos iguales ante la ley-, esto es un gran cuento y es un cuento que funciona y que por supuesto está en la base y es uno de los pilares del Estado de Derecho, pero es por eso que hoy hablamos y ya desde el siglo XIX Carlos Marx hablaba de que hay que pasar de la igualdad formal a la igualdad real, y ahí es donde nacen los derechos de carácter económicos, sociales y culturales; porque no todos somos iguales, no nacemos con las mismas oportunidades, no nacemos en los mismos países.

Hubo una campaña hace algunos años en mi país muy interesante: salía el mapa de España y salía abajo un mapa de África muy grande y el eslogan decía “*has tenido toda la suerte del mundo*”, porque si hubieras nacido en ese mapa 5 centímetros más abajo hubieras nacido quizás en Somalia o en República Centrafricana o en Liberia y estarías en un país en un conflicto armado, en una situación en la cual más de la mitad de la población está bajo el umbral de la pobreza, es decir que es una cuestión de que sí, todas y todos somos iguales ante la ley pero hay que reconocer que el contexto en el cual nacemos, nos desenvolvemos, nos desarrollamos es tremendamente importante, por eso son fundamentales los derechos de carácter económico,

social y cultural, quien no se pueda pagar una educación de calidad tiene que tener una educación de calidad de carácter público o una salud, o servicios sociales, porque como decía el gran Carlos Marx “*no todos somos iguales ante la ley*”, no lo somos y lo que él denominaba las condiciones materiales de existencia son el elemento que puede hacer que se vuelva formal, que sea realmente una igualdad real, solo cuando mis oportunidades me permitan llegar y me permitan satisfacer mis necesidades básicas, entonces esa igualdad será una igualdad real, si no es una pura igualdad de carácter formal y eso afecta al género, afecta a la raza, afecta la clase social, afecta a las personas que tienen discapacidad o no, afecta todo un conjunto de factores.

En Darfur se cometieron crímenes contra la humanidad, hubo desplazamiento, hubo ejecuciones sumarias, por supuesto que China, Estados Unidos y Noruega su interés fundamental era el petróleo, de eso no hay ninguna duda, pero hay que reconocer que la crisis humanitaria en Sudán ha sido brutal, de hecho es el país que ha privado a Colombia del primer puesto en número de desplazados internos, ustedes saben que el primer país del mundo es Sudán y el segundo es Colombia, con lo cual es una crisis humanitaria de proporciones brutales.

Muchos de los elementos que vamos a señalar ahora son elementos que ya han ido sabiendo, pues algunos ya los hemos abordado. Como les decía, la evolución institucional en África, como ven la que sería el correlato de la OEA que es la Organización para la Unidad Africana nace en 1963, es decir, justo en el proceso de descolonización y se convierte en la Unión Africana en el año 2001, por lo tanto hoy la OUA ya no existe y existe la Unión Africana, la Unión Africana es una nueva organización que nace siguiendo el modelo y el ejemplo de la Unión Europea, incluso el término “Unión Africana” es un término que se asemeja al término de la Unión Europea en 2001. Un elemento importante, si ustedes miran la Carta de la OUA, de la Organización para la Unidad Africana no van a encontrar ni una sola referencia a los Derechos Humanos, en aquel momento para los líderes africanos que estaban en el proceso de descolonización la cuestión de los Derechos Humanos no era la prioridad, la prioridad era asentar la soberanía de esos países nuevos y sobre todo garantizar la no intervención, que las antiguas metrópolis, que las antiguas potencias no siguieran interviniendo

en los asuntos internos de esos países, de ahí la referencia que hemos visto en el preámbulo de la Carta a un neocolonialismo, porque estos países ya veían que en realidad los países europeos se iban, pero no se iban del todo y seguían controlando los hilos desde París, desde Bruselas, desde las diferentes capitales. Hay un dato ¿saben ustedes dónde se redactan las Constituciones de la mayor parte de los países que habían sido colonias francesas?: en París, Maurice Duverger, un gran politólogo y constitucionalista fue quien elaboró las constituciones, y eran constituciones que valían para todo, valían para Ruanda, valían para Liberia, valían para todos y eran constituciones siguiendo el modelo europeo, eso no puede funcionar, es imposible que eso funcione porque supone trasladar un modelo externo, un modelo ajeno a una realidad que es totalmente distinta, y dónde quedan el principio de soberanía y de no intervención.

Y ahora con la Unión Africana hay que reconocer que en esto ha habido un cambio muy significativo, ha habido un cambio muy importante porque los artículos 3 y 4 del acta constitutiva de la Unión Africana sí que hacen referencias expresas a los Derechos Humanos, si miramos lo que dice el artículo 3 en su párrafo H vemos establece cuales son los objetivos de esta nueva organización, cuales son los objetivos de la Unión Africana y dice *“promover y proteger los Derechos Humanos y de los pueblos de acuerdo con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y otros instrumentos relevantes de Derechos Humanos”* pero miren como ya hay una referencia expresa a los Derechos Humanos, algo que no ocurría con la carta de la OUA del año 69 y el artículo 4 establece cuales son los principios que van a inspirar la actividad de la nueva organización, uno de ellos interesante es la promoción de la equidad de género, la Unión Africana quiere asumir el compromiso de promover la equidad de género, luego veremos hasta qué punto eso se promueve o no se promueve, veremos porque es algo tremendamente complicado y lo es en todo el mundo, en Suecia también, no crean ustedes en el paraíso nórdico, incluso en Suecia hay problemas, pero por supuesto los problemas que hay en el continente africano desde este punto de vista son problemas tremendos, respeto de los principios democráticos, los derechos humanos, el Estado de derecho y la gobernabilidad y por último la promoción de la

justicia social como en el acta constitutiva de la Unión Africana hay un reconocimiento expreso, explícito a estas cuestiones relacionadas con los Derechos Humanos, con la gobernabilidad democrática, con el Estado de derecho, con la justicia social.

¿Cuáles son los principales instrumentos? ¿Cuáles son las principales normas de carácter internacional en el Sistema Africano? Primero, de la norma más importante acabamos de ver su preámbulo que es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que se aprueba en el año 81 y entra en vigor en 1986, es un tratado internacional, no es una declaración, es un auténtico tratado internacional, y esta Carta cuenta con un protocolo, el Protocolo sobre los Derechos de la Mujer Africana y a ello me voy a referir en su momento, porque hay un protocolo específico a la Carta que se aprueba en el año 2003 y entra en vigor en el año 2005, por lo tanto la preocupación por los derechos específicos de las mujeres es una preocupación que está latente en el continente africano y veremos las dificultades.

En segundo lugar tenemos la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño que se aprueba en el año 90, es decir, justo un año más tarde que se aprobara la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de la Infancia que es del año 89, pues bien, un año más tarde se aprueba esta Convención en África, entra en vigor en el año 99 y esta Convención tiene una particularidad y es que crea un Comité específico para velar por la implementación de esta Convención, de este tratado internacional como es el Comité Africano sobre los Derechos del Niño que comienza su labor en el año 2002, y luego tenemos también el famoso NEPAD, no sé si lo han escuchado en alguna ocasión, son las siglas en inglés de The New Partnership for Africa's Development (Nueva alianza para el desarrollo de África), es un documento que fundamentalmente tiene como objetivo el desarrollo económico y social de África pero como un elemento de promoción de los Derechos Humanos, por tanto hay un enfoque de Derechos Humanos en ese intento de promover el desarrollo, además este NEPAD cuenta también con un mecanismo específico de vigilancia y de control como es el African Peer Review Mechanism APRM luego haremos referencia también a ello.

Luego tenemos dos, bueno, un documento más reciente que es del año 2008, de hace 6 años, que es el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal Africano, porque veremos que hasta muy

recientemente solo había un órgano de protección de los Derechos Humanos en África, a nivel africano que era la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, hoy la Comisión es complementada por la creación del Tribunal Africano, pero es un Tribunal que todavía está en ciernes, está todavía dando sus primeros pasos y lo cierto es que en el continente africano sobre todo en esos temas, todo va más despacio, yo diría que excesivamente despacio, pero es la realidad y el Tribunal se está encontrando con muchos problemas para desarrollar de una manera adecuada su labor.

Y luego hay otros instrumentos de carácter ya específico, hay un Convenio Internacional sobre los Derechos de los Refugiados en África del año 69, hay otro Convenio sobre la utilización de mercenarios del año 77, hay otro de 2010 sobre desplazados internos, es decir, hay otros instrumentos ya de carácter específico, pues bien, este por lo tanto es el panorama normativo, por lo tanto, conclusión: el problema de los Derechos Humanos en África no es un problema jurídico, no es un problema de falta de instrumentos, es ¿qué hacemos con esos instrumentos?, ¿Cómo se aplican esos instrumentos? Y ¿cómo esos derechos que están ahí proclamados y reconocidos internacionalmente cómo se hacen realidad?, pero este es un problema que no afecta solo a África, o ¿no afecta esto a Colombia también?, por lo que yo conozco Colombia es uno de los países –y esto se los quiero subrayar- con una mayor calidad legislativa, o sea, la manera y el resultado de las normas en Colombia es de una altísima calidad, mucho mayor que en España, infinitamente mayor, o por ejemplo la labor de la Corte Constitucional, luego la cuestión es: y en la realidad ¿qué pasa? Hay una ley sobre desplazamiento interno, hay una jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre desplazamiento interno fantástica y ¿qué ocurre en la realidad?: lo que dice la Corte del estado de cosas inconstitucional, por mucho que las normas establezcan el paraíso en la tierra, luego resulta que la tierra no es ese paraíso, pues bien, eso ocurre en África, ocurre en Colombia y ocurre en la mayor parte de los lugares, pero en África es especialmente grave por las circunstancias y por el contexto en el cual conviven la mayor parte de los países africanos, esta es una realidad. Por lo tanto no es un problema de crear más normas, no: apliquemos las normas que ya existen, este es el gran desafío y

este es el gran reto. Vamos ya con el primero de los mecanismos, con la Comisión. La Comisión Africana es muy similar a la Comisión Interamericana que trabaja en Washington, de hecho se crea siguiendo el modelo de la Comisión Interamericana, son 11 Comisionados independientes(¿?), pero ven que en la palabra independientes he puesto una interrogación, porque la cuestión de la independencia de los Comisionados y las Comisionadas es una asignatura pendiente en África, muchos de ellos siguen siendo por ejemplo antiguos diplomáticos de algunos de estos países, antiguos ministros o ministras de interior, de justicia, de salud, es decir, muchos de estos expertos independientes son representantes del gobierno, entonces la independencia es algo que se debería cuestionar, de hecho en el año 2005 la propia Comisión emitió una nota verbal como una especie de comunicado pidiendo por favor a los países que cuando ponían expertos y expertas para la Comisión que tuvieran en cuenta que tienen que ser de carácter independiente porque la práctica nos demuestra que un número significativo de ellos no lo eran y lo siguen sin ser, se van dando algunos pasitos pero este es un problema, porque ustedes se dan cuenta que la Comisión Africana tiene que lidiar con un problema muy sensible como es la situación de Derechos Humanos en los diferentes países, por lo tanto lo que hace falta es que sean realmente personas expertas en la materia y personas que no tengan conexiones con los respectivos gobiernos, porque si tienen conexiones políticas: se acabó, su labor va a estar muy limitada, muy condicionada.

La Comisión Africana tiene dos sesiones anuales de 2 semanas, 4 semanas al año, ¿ustedes creen que con 4 semanas al año puede uno resolver los problemas que tienen? Esto es una auténtica tomadura de pelo, y ustedes me preguntaran ¿por qué no tienen más tiempo?, pero eso ocurre con la Comisión Interamericana de Washington también, no tienen más tiempo porque los Estados no quieren, si quieren lo repetimos: porque los Estados no quieren y este es un problema tremendo de la mayor parte de los organismos internacionales de Derechos Humanos: cuentan con recursos muy limitados, cuentan con muy poco tiempo y además se da la paradoja, pero esto ocurre también con los treatment bodies, con los Comités de Naciones Unidas, con el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el

Comité de CEDAW, etc., todos ellos son personas que tienen que hacer su trabajo y que están ahí haciendo voluntariado porque ahí no les pagan y tienen que seguir con su trabajo, aquí ocurre lo mismo, estas personas pues algunos de ellos son jueces en su propio país, son académicos, son funcionarios pero se reúnen dos sesiones anuales de dos semanas, la verdad es que es tremendo pues es muy poco tiempo para poder hacer efectivamente lo que tienen que hacer.

La sede de la Comisión está en Banjul, Banjul es la capital de Gambia pero –y esta es una práctica interesante que también por ejemplo está siguiendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que es tener sesiones en diferentes países para que se visibilice, porque les aseguro que en muchísimos países, incluso personas relativamente educadas, relativamente formadas no tienen ni idea de la existencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, no saben ni conocen de su existencia, entonces una labor muy importante es tratar de promover y tratar de incrementar la visibilidad, de incrementar la conciencia de que hay un organismo africano que vela por los Derechos Humanos en el continente africano y este es un problema tremendo que afecta en particular como digo a muchos países de África. Les cuento una anécdota, pero es una anécdota que yo creo que refleja muy bien la realidad que viven muchos países africanos, me acuerdo que yo trabajé en Naciones Unidas durante dos años elaborando un protocolo facultativo a la CEDAW, que es la Convención sobre Derechos de las Mujeres y era bien interesante porque justo al lado de donde yo estaba, estaba la delegada de Sudáfrica y me acuerdo un momento en el que se estaba discutiendo cómo tratar de hacer llegar el texto de la Convención de la CEDAW y del Protocolo Facultativo a las mujeres en África y había unas activistas que decían que lo que había que hacer campañas por internet y miren ustedes que una parte significativa de la población de Sudáfrica en este caso viven en comunidades –no solo es que no tengan internet- no, es que no tienen luz, electricidad, con lo cual hay que cambiar nuestro chip a la hora de ver cómo es la realidad de África y estamos hablando de Sudáfrica, Sudáfrica es uno de los países con mayor nivel de desarrollo, imagínense el otro contexto, por lo cual esta es una realidad de la cual hay que ser consciente.

¿Cuál es el mandato de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos? Pues es muy similar al mandato de la Comisión Interamericana, es un mandato de promoción de los Derechos Humanos y un mandato de protección y garantía de esos mismos Derechos Humanos.

¿Cuáles son las funciones que lleva a cabo la Comisión Africana? Pues bien, básicamente son estas, algunas otras pero estas son las más importantes:

1. La Comisión recibe comunicaciones, ahora vamos a ver cómo funciona, en fin, son denuncias de personas, de grupos cuyos derechos han sido vulnerados.
2. También recibe informes periódicos de los Estados, los Estados están obligados a informar periódicamente sobre la situación de Derechos Humanos en esos países.
3. La Comisión también crea relatores especiales y grupos de trabajo, como ven, muy similar a la Comisión Interamericana.
4. También hace visitas al terreno, visitas *in loco*.
5. Adopta resoluciones.
6. Lleva a cabo labores de carácter promocional.

Comunicaciones: En primer lugar están las comunicaciones, hay dos modalidades de comunicaciones como ustedes saben hay unas comunicaciones que son de carácter interestatal, un Estado denuncia a otro pro violaciones de en este caso la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Y luego hay comunicaciones individuales de una persona que considera que sus derechos han sido vulnerados. Hay que reconocer en primer lugar que las comunicaciones de carácter interestatal son muy poco frecuentes, los Estados tienen auténtico pavor, auténtico miedo a enfrentarse entre ellos por cuestiones de Derechos Humanos, esta es la realidad, de hecho en el Sistema de Naciones Unidas las comunicaciones interestatales prácticamente no se utilizan, en África se han utilizado pero muy poco, de hecho el último caso es un caso del año 99, es el caso de República Democrática del Congo y es además en el marco del conflicto

de República Democrática del Congo con los países vecinos, entonces en este caso la República Democrática del Congo interpuso una comunicación interestatal ante la Comisión Africana contra Burundi, Ruanda y Uganda por la intromisión de estos países en el conflicto armado del Congo y las violaciones masivas de Derechos Humanos que se cometieron con estas intervenciones, es el único caso en los últimos años que ha llegado a la Comisión Africana, por lo tanto la mayor parte de los casos son casos individuales, son comunicaciones de individuos o de grupos de individuos que consideran que sus derechos han sido vulnerados. Es un elemento importante que quien puede presentar los casos ante la Comisión Africana son los propios individuos o bien ONGs, Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos pueden hacerlo ejerciendo lo que se conoce como la acción popular, la *actio popularis* pueden presentar casos en nombre de las víctimas, hay un caso muy interesante yo no sé si lo conocen, el caso SERAC, si no lo conocen por favor échense un vistazo, un problema importante del Sistema Africano es que las lenguas oficiales son Inglés y Francés por lo cual los documentos no están en español, la mayor parte de los textos están en inglés y en francés, algunos en portugués cuando tienen que ver con Angola, con Mozambique, antiguas colonias portuguesas pero el resto de los documentos –lo siento– están o en inglés o en francés, bien, el caso SERAC es un caso muy interesante, luego si tenemos tiempo en la segunda sesión haremos una referencia al caso SERAC porque es un caso que lo planteó precisamente SERAC, SERAC es una ONG de derechos económicos, sociales y culturales que trabaja en Nigeria junto con el CESR, Center for economical and social rights que tiene su sede en Nueva York, estas dos organizaciones plantearon una comunicación ante la Comisión Africana por la violación sistemática de los derechos del pueblo Oni en el norte de Nigeria en el contexto de las operaciones petroleras de la compañía Shell, de la compañía anglo-holandesa Shell de explotación de petróleo, luego haremos referencia porque este es un caso emblemático en África, un caso muy interesante sobre cuestiones ambientales, derecho al desarrollo, violación del consentimiento previo, libre e informado, ese es un caso muy interesante.

¿Cómo funcionan las comunicaciones individuales? ¿Cuánto

tiempo me queda?, no quiero perturbar su derecho fundamental al descanso que está reconocido en la declaración universal, el derecho al café no está reconocido todavía pero habría que reconocerlo, sobre todo en Colombia. En primer lugar funcionan como les digo una vez más muy parecido a como funcionan en el Sistema Interamericano, primero, hay criterios de admisibilidad, de hecho muchas de estas comunicaciones, muchas de estas demandas no pasan ni la primera fase porque no superan los criterios de admisibilidad, algo que ocurre también con la Comisión Interamericana en Washington, muchas de estas comunicaciones, como digo, no pasan ni de la primera fase, el elemento más importante es el agotamiento de los recursos internos como ustedes conocen, primero hay que tratar de agotar los recursos internos en el país en el cual se produjeron las violaciones, esta es una norma internacional de carácter básico, una norma de carácter consuetudinario y es algo absolutamente básico, no se puede acudir directamente a la Comisión Africana, primero hay que tratar de que se haga justicia en el país, ahora bien, lo que dice la Comisión es que estos recursos internos tienen que estar disponibles, tiene que haber recursos a disposición de las víctimas, en segundo tienen que ser efectivos, desgraciadamente no siempre los recursos disponibles son efectivos, tienen que ser suficientes y que no se prolonguen excesivamente, porque si se prolongan excesivamente esto podría ser una excepción al agotamiento de los recursos internos. Ustedes imagínense que una víctima interpone un recurso en el país X o Z de África y resulta que esa demanda está durmiendo en el sueño de los justos durante 3 o 4 años y la víctima no recibe ningún tipo de información, eso se podría considerar con que ese recurso no es un recursos efectivo y además se está prolongando excesivamente sin que hayan razones que lo fundamenten, eso podría ser una razón o una vía para abrir la puerta de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La efectividad de la justicia local depende de países, si usted estuviera por ejemplo en Sudáfrica yo le recomendaría que acudiera a los Tribunales porque normalmente funcionan e incluso la Corte Constitucional de Sudáfrica es un modelo también de activismo judicial junto con la Corte Constitucional de Colombia y algunas otras, en Sudáfrica por ejemplo las Cortes funcionan, hay otros

países en los cuales no tanto por lo cual depende de usted donde esté se podría o no utilizar el argumento de que ese recurso no es efectivo y se está prolongando excesivamente. Colonias en principio quedan muy pocas, quedan algunas todavía, pero en el caso de África la única colonia de la cual podríamos hablar es el Sahara, el Sahara occidental que está ocupado ustedes saben por Marruecos que es una antigua colonia española, ahí en ese caso fundamentalmente es Marruecos porque quien ejerce de facto el control sobre el territorio es Marruecos con lo cual habría que acudir a los Tribunales de Marruecos porque como tal no hay un Estado en Sahara y por lo tanto no hay un sistema judicial, no hay un sistema de jueces y tribunales entonces habría que acudir a Marruecos como potencia ocupante, todo depende de cuál sea el estatus jurídico de ese territorio bajo dominación.

Todo país que ratifica la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tiene obligación de incorporarla en su ordenamiento jurídico interno, lo que no tiene obligación es de crear una Corte Constitucional, de hecho no en todos los países africanos hay cortes constitucionales depende de la propia tradición jurídica, por ejemplo hay países que eran antiguas colonias británicas que siguen con el sistema del common law, no hay una Constitución y como tal en ocasiones no hay incluso un tribunal constitucional pero si hay algún tribunal que tiene competencias en ese terreno, es decir, hay que agotar los recursos, hay que ir hasta ese tribunal para poder acudir a la Comisión Africana, por lo tanto depende de cada país, de la tradición jurídica y de la fortaleza o no que el Estado Social de Derecho que exista en cada país, es decir, usted menciona un concepto muy interesante que es el bloque de constitucionalidad y estoy convencido de que muchos jueces africanos no han oído nunca esa palabra, estoy convencido de que no han oído nunca hablar del bloque de constitucionalidad porque eso es algo –permítanme la expresión- muy colombiano, entonces la traslación de este tipo de conceptos jurídicos no es algo sencillo ni es algo automático aunque por supuesto es algo que cada vez se está produciendo más, este año precisamente en el mes de febrero, yo suelo colaborar en la maestría de derechos humanos en la sede del externado en Bogotá y fue muy interesante porque hubo una visita de varios jueces de la Corte Africana de Derechos

Humanos y de los Pueblos y tuvieron una sesión de trabajo con algunos jueces de la Corte Constitucional de Colombia para precisamente intercambiar buenas prácticas, algunos conceptos de interpretación, etc., etc., se van dando pasos pero una vez más y quiero que esto no se interprete mal pero como antes les decía, en África todo va más despacio, desgraciadamente es una realidad que afecta a la cuestión de los Derechos Humanos y a muchos otros factores.

¿Cuál es el procedimiento? Es la víctima o su representante o ONGs ejerciendo esa acción popular que les decía quienes presentan la comunicación ante la Comisión, la Comisión informa al Estado que hay una comunicación contra ese Estado, el Estado tiene que responder a las alegaciones diciendo cuáles son las razones, si hay caso o no hay caso, si la víctima está mintiendo y en sí las alegaciones que estime oportunas el Estado, el procedimiento es un procedimiento por escrito, no hay una vista pública, una vista oral entre la víctima y el Estado, es todo por escrito como ante la Comisión Interamericana que como ustedes saben hay algunas fases presenciales, hay algunas audiencias orales, aquí no, aquí es todo por escrito y finalmente la Comisión emite sus recomendaciones, emite sus observaciones finales y las observaciones finales en las cuales fundamentalmente aborda dos cuestiones: primero si hubo o no hubo violación de derechos, los derechos alegados por la víctima fueron o no fueron vulnerados por el Estado y segundo si la Comisión considera que hubo violación de algún derecho establece medidas de reparación, cuáles son las medidas que el Estado tiene que poner en marcha, tiene que llevar a cabo para reparar los derechos de la víctima, esto por lo tanto es cómo funcionan las comunicaciones individuales que como ven es de una manera muy parecida, muy similar a como funcionan en el Sistema Interamericano.

Una diferencia entre el Sistema Africano y el Interamericano es que aquí hay una mayor flexibilidad en cuanto a la legitimación activa y las ONGs en este caso cuando plantean una comunicación en representación pueden ser intereses difusos o puede ser que el grupo de víctimas no sea un grupo que esté totalmente identificado como fue el caso SERAC, el caso SERAC es un caso emblemático, es un caso en el cual no todas las víctimas estaban completamente identificadas pero habían intereses difusos a los

cuales estaban representando estas dos organizaciones, SERAC una organización de Nigeria y el CESR de Estados Unidos, la legitimación es más amplia, de hecho en los últimos años tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana se han ido aproximando a este sistema, en el pasado la legitimación en el Sistema Interamericano era todavía más restrictiva, ahora es mucho más amplia y ahora las víctimas se pueden plantear ante la Corte, esto era algo que antes no se podía.

Como los Comisionados y las Comisionadas de la Comisión Interamericana, los de la Comisión Africana son nombrados por los Estados, son los Estados Parte quienes eligen, es por eso que les hablaba de esa nota verbal de la propia Comisión del año 2005 en la cual le recordaba a los Estados Parte que por favor tuvieran en cuenta que los miembros de la Comisión tienen que ser expertos y expertas independientes, pero quienes los nombran son los Estados Parte.

Los países islámicos aceptan este Tribunal pero en el caso de algunos países islámicos, sobre todo en el norte de África, la península arábiga, Somalia, algunos de ellos normalmente lo que hacen es interponer reservas, luego vamos a entrar en esto cuando hablemos de los derechos de las mujeres, la mayor parte de las reservas tienen que ver precisamente con el estatuto jurídico de la mujer y con algunos de los derechos de las mujeres reconocidos a nivel internacional y lo que Establecen muchos de estos Estados es la primacía de la sharia, de la ley islámica sobre estas normas lo cual es una vía abierta en este caso a la discriminación porque la sharia son normas que establecen una discriminación sistemática de las mujeres respecto de los hombres, de hecho ha habido algunos casos de países islámicos ante la Comisión Africana y la Comisión Africana a sentado claro el principio pero que luego en la práctica es muy difícilmente aplicable el principio de que la Carta Africana prima sobre la sharia, pero luego en la realidad desgraciadamente no es así.

Hacemos un descanso y regresamos, gracias.

Felipe Gómez Isa

**APORTES Y PERSPECTIVAS DEL SISTEMA AFRICANO
DE DERECHOS HUMANOS**

Estábamos viendo una de las primeras funciones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los pueblos como es la posibilidad de recibir comunicaciones se acuerdan que hablaba de comunicaciones tanto interestatales como individuales. Las interestatales prácticamente no se utilizan, pero entonces si las individuales. Hemos visto el procedimiento, hemos visto la fácil admisibilidad y hemos visto la legitimación activa, quien puede plantear ese tipo de demandas.

También hay posibilidad y este es un elemento interesante, también existe en otros organismos internacionales de derechos humanos como la comisión interamericana la posibilidad de dictar medidas provisionales cuando determinados derechos especialmente relevantes pueden estar en peligro, pueden estar en cuestión y hay un caso muy importante que es el caso Ken Saro Wiwa en Nigeria lo iban a ejecutar, este era un líder de los Ogoni un pueblo al norte de Nigeria e la zona de producción de petróleo, la Comisión africana dictó medidas provisionales para paralizar la ejecución, la aplicación de la pena de muerte a Ken Saro Wiwa y otros activistas Ogonis, pero Nigeria hizo caso omiso de estas medidas provisionales y los ejecutó. La verdad es que ese fue un caso dramático porque ustedes saben que hay todo un debate en torno a hasta qué punto estas medidas provisionales son o no son vinculantes para los Estados, en el caso de África como ven Nigeria sencillamente ejecutó a estos líderes Ogonis a pesar de estas medidas provisionales dictadas por la Comisión.

Bien, desde 1986 que empieza a funcionar la Comisión Africana ha habido más de 300 casos y más de 300 comunicaciones individuales lo cierto es que es un número muy pequeño y este número muy pequeño tiene que ver con diferentes factores: primero les decía el desconocimiento del sistema, muchas personas, millones de personas sencillamente desconocen la existencia del sistema africano, desconocen la posibilidad de plantear comunicaciones individuales de la Comisión, etc, etc.

Las cuestiones de admisibilidad también son un problema, muchas de las comunicaciones de declaran inadmisibles, etc, etc. Lo cierto es que el número de casos es un número muy pequeño, esperemos que a futuro los casos se vayan incrementando pero lo cierto es que es un problema.

Y luego, por último, también antes del descanso les hablaba de los problemas de implementación, este problema no es un problema solo del sistema africano también hay problemas de implementación con las decisiones de la Comisión Interamericana o las sentencias de La Corte Interamericana de derechos humanos. Lo cierto es que los niveles de implementación son unos niveles muy bajos. Hay un estudio de 2010 muy interesante sobre la implementación de las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos y la verdad es que las conclusiones son desesperanzadoras porque los niveles de implementación y los niveles de ejecución de estas organizaciones son alarmantemente bajos y en particular en África los niveles de implementación como digo, son bastante bajos, bastante pequeños.

Eso en cuanto a las comunicaciones individuales ¿alguna cuestión en cuanto a las comunicaciones? ¿Alguna pregunta en cuanto a las comunicaciones? Puedo seguir. Bien vamos entonces con los informes periódicos, ustedes saben lo que son los informes periódicos, son informes que los Estados tienen que presentar en este caso ante la Comisión Africana sobre cómo están llevando a cabo, sobre cómo están realizando y están implementando los derechos contenidos en la carta africana de derechos humanos y de los pueblos. Esto está establecido en el artículo 62 de la carta africana, esta obligación que tienen los estados de presentar con carácter periódico sus informes. Este carácter periódico suele ser en torno a cada 4, cada 5 o cada 6 años. También existe la posibilidad de lo que se conoce como informe sombra o rosado, los informes alternativos que pueden presentar ONG'S, movimientos sociales, esto es muy interesante en América latina se utiliza por ejemplo se utiliza mucho la presentación de informes alternativos a los diferentes comités de Naciones Unidas entonces esta es una posibilidad interesante que también la Comisión Africana permite. La consideración de los informes se hace en una sesión pública, en una sesión pública se analizan estos informes periódicos y el elemento fundamental que guía

el desarrollo de este mecanismo de los informes periódicos es lo que se conoce como el diálogo constructivo, estos informes periódicos no pretenden criticar al Estado sino que lo que pretenden es ofrecer vías, ofrecer buenas prácticas al estado para mejorar la situación de derechos humanos en el país. Por lo tanto esto es como funcionan los informes periódicos. Problemas muy serios que se plantean con los informes periódicos por ejemplo la tardanza generalizada, les decía y el propio nombre indica que los informes tienen que ser con carácter periódico cada 4 o 5 sesiones, lo cierto es que en el Continente africano la tardanza es generalizada y por ejemplo hay 18 Estados que todavía no han presentado ningún informe periódico.

La Carta Africana entra en vigor en el 86' la Comisión comienza sus trabajos en el año 87', es decir han pasado ya más de 25 años y hay Estados que todavía no han presentado ni un solo informe periódico. Este es un problema y es un problema muy serio. Qué se puede hacer con esos Estados, pues la verdad es que se puede hacer bastante poco. La Comisión les envía un recordatorio, un Reminder: "les recordamos (con lenguaje muy diplomático) que todavía no han presentado su informe periódico" pero lo cierto es que hay nada más y nada menos que 18 Estados que todavía no han presentado ningún informe.

Miren y este es otro tema que afecta especialmente al Sistema Africano, y es la cuestión de la confidencialidad. Miren, ni los informes de los Estados ni las observaciones finales de la Comisión Africana se publican. Esto es algo totalmente excepcional, si van ustedes a los informes periódicos ante el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura, el Comité actualmente de desapariciones forzadas, toda esta información es pública y toda esa información y las observaciones finales que emiten los Comités son públicas, están en la web de Naciones Unidas, en el caso de África no. En el caso de África hay una norma, hay un artículo establecido en la Carta Africana el artículo 59 que dice lo siguiente: "todas las medidas tomadas de conformidad con la presente Carta serán confidenciales". La confidencialidad es la regla, a los Estados africanos no les gusta la transparencia, a ningún Estado pero en África en particular. Serán confidenciales hasta que la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno decida lo contrario, quiere decir que la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno que

es el órgano político por excelencia de la antigua Organización de Naciones Africanas y de la actual Unión Africana puede decidir que se publiquen los informes y las observaciones, pero la regla general es la confidencialidad y la excepción es la publicidad lo cual es tremendamente negativo porque uno de los elementos fundamentales de una cultura de derechos humanos es precisamente la transparencia, que toda esta información esté disponible, que sepamos sobre qué informan los Estados, que sepamos que dice en este caso la Comisión Africana, etc, etc. Este es un problema muy serio

PREGUNTA: ¿uno no podría recomendar que se tomen las normas mas favorables, por ejemplo los Tratados de aquí si se publican decirle a los Estados no que se debe publicar porque se prefiere el beneficio de un ciudadano al común de un pueblo?

Aquí no porque hay una norma muy expresa que señala expresamente que la confidencialidad es la regla y que solo se publicarán cuando la Asamblea y los Jefes de Estado de Gobierno lo decidan, entonces en ese punto la verdad es complicado. Y si ustedes van a la página de internet de la Comisión Africana van a ver que es una web muy rudimentaria con muy poca información porque precisamente la información es confidencial. Se van dando pasos y esperamos que con la nueva Corte Africana la regla sea la transparencia. Pero todavía está por ver. La confidencialidad es el alado de los Gobiernos y la confidencialidad es el aliado de la sociedad civil y es por eso que los Estados le tienen tanto miedo a la publicidad.

En tercer lugar, la tercera función es la creación de relatores especiales y de grupos de trabajo, esto es bien interesante porque si leen la Carta Africana esta función no está prevista la Carta Africana no le concede a la Comisión Africana el mandato de crear relatores especiales y de grupos de trabajo pero la práctica de la Comisión es una práctica que ha ido creando progresivamente estos puestos de defensa de los derechos humanos lo cual es interesante. Esto sería un ejemplo de desarrollo progresivo del Derecho Internacional y de la institucionalización de los derechos humanos por parte de la Comisión Africana.

Bien, ¿qué hacen éstos órganos de relatores y de grupos de trabajo? Hacen fundamentalmente dos cosas: son labores de

carácter investigativo lo que hacen es investigación y también labores de carácter promocional, promoción de los derechos humanos. Los relatores o las relatoras y los miembros de los grupos de trabajo son miembros de la comisión o sea de esos 11 miembros algunos o algunas de ellas son nombrados como relatores especiales lo cual fíjense supone incrementar la carga de trabajo de los 11 comisionados peor no hay personal adicional para llevar a cabo estas funciones de relatoría especial o de grupos de trabajo lo cual es algo tremendamente negativo. Hay varios relatores que se han creado: por ejemplo relatorías sobre libertad de expresión, relatoría sobre los derechos de los refugiados en el continente africano, uno de los continentes con mayor número de refugiados y desplazados internos en el mundo, defensa para los defensores de los derechos humanos y luego también se han creado varios grupos de trabajo uno sobre los pueblos indígenas que ha jugado un papel importantísimo porque la cuestión de los derechos indígenas en África era una cuestión bastante controvertida y bastante polémica de hecho hay muchos países que siguen pensando que en África no hay indígenas porque en África todos son indígenas y todos los habitantes de África estaban ahí antes de la colonización europea pero bien lo cierto es que este grupo de trabajo publicó un informe en 2013 señalando que si hay algunas comunidades en diferentes países que cumplen los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT y pueden ser considerados como pueblos indígenas por lo tanto este grupo de trabajo ha sido un grupo de trabajo bastante importante y de hecho hay una decisión muy reciente de la Comisión Africana a la cual luego haré referencia en el caso de los Endorois , una decisión que reconoce al pueblo Endorois en Kenia tiene todos los atributos para ser reconocido como un pueblo indígena y por lo tanto puede gozar de protección bajo tanto en el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas reconocidos en 2007 por Naciones Unidas y luego hay también un grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos sociales económicos y culturales de África. Como ustedes se pueden imaginar un tema totalmente relevante en el continente africano por la situación de pobreza, desigualdad social, etc.

¿Alguna cuestión sobre relatores o grupos de trabajo?

Básicamente lo que hacen es investigar, estos informes curiosamente si que son públicos, si van a la web de la Comisión van a encontrar estos informes tanto los informes de los relatores o relatoras y de los grupos de trabajo, también hacen labores de promoción, organizan conferencias organizan seminarios de personas expertas en diferentes países, etc. La verdad es que es una labor especialmente necesaria en un continente como África.

Como les decía la Comisión Africana también puede llevar a cabo visitas al terreno, visitas a diferentes países, es una práctica que la Comisión africana lleva desarrollando al menos desde 1995, no lo vienen haciendo desde el principio. La Comisión comienza sus trabajos en el 87' y en 1995 comienza con estas visitas In Loco, lo que hace fundamentalmente son labores de investigación lo que se conoce como el *Fact Finding* de promoción de los derechos humanos o también lo que se conoce en la jerga internacional como el desarrollo de buenos oficios. Son contactos al más alto nivel para tratar de resolver determinados problemas, de facilitar determinados contactos a alto nivel político, de poner en contacto a imagínense grupos que están en situación de oposición, normalmente estas labores de buenos oficios son labores confidenciales, son labores secretas y como mucho nos podemos enterar después una vez que se han llevado a cabo estas labores de buenos oficios por parte de la Comisión normalmente para que tengan éxito son labores de carácter confidencial. Ha habido varias visitas por parte de los miembros de la Comisión a países por ejemplo Burkina Faso en el año 2001, Congo año 2004, Costa de Marfil en dos ocasiones 2001 y 2003 porque la situación ha sido una situación muy complicada desde el punto de vista de derechos humanos; Libia año 2002, Mauritania, Mozambique, etc, etc. Es decir, esta es una labor bastante utilizada por la Comisión Africana de derechos humanos y del pueblo lo mismo que la Comisión Interamericana, se sabe que la Comisión Interamericana también puede llevar a cabo este tipo de visitas.

La aprobación de resoluciones también es otra función importante que lleva a cabo la Comisión Africana de derechos humanos y de los pueblos y suele haber dos tipos de resoluciones

unas son resoluciones con un carácter temático sobre un tema por ejemplo sobre el VIH Sida, sobre un tema concreto; y hay otras resoluciones que son resoluciones por países que lo que abordan es la situación general de derechos humanos o de algún derecho en particular de un país concreto. Estas resoluciones por ejemplo ha habido resoluciones sobre un juicio justo , ha habido resoluciones sobre la libertad de asociación, resoluciones sobre el derecho a la educación tremenda materia relevante en el contexto africano, Resolución sobre la Corte Penal Internacional un tema especialmente controvertido en África, ustedes saben que como antes les decía todos los casos que ha decidido la Corte Penal Internacional ha sido sobre África y hay una suerte de letargo por parte de los países africanos en el sentido de que solo hay casos de África, así que este es un tema como digo muy controvertido, muy polémico pero controvertidos desde el punto de vista que la Unión Africana por ejemplo ha apoyado la no extradición del presidente de Sudán que tiene una orden de búsqueda y captura emitida por la Corte Penal Internacional. Entonces en ese sentido la posición tanto de la Unión Africana como la mayor parte de las naciones africanas es una posición yo diría contradictoria respecto de la Corte Penal Internacional porque muchos de ellos son parte del Estatuto de la Corte que los obliga a colaborar con la Corte pero por otra parte son críticos y no han colaborado con la extradición del presidente de Sudán porque consideran que en este caso la Corte tiene un prejuicio con respecto de los países africanos, lo cierto es que este es un tema bastante complicado ; y luego una resolución temática como el tema del SIDA como ustedes saben un tema especialmente relevante en África tanto desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo lo cierto es que esta epidemia, esta pandemia ha golpeado, ha afectado al continente africano. Lo cierto es que estas resoluciones sobre todo las temáticas son muy parecidas a los comentarios generales que emiten los comités de Naciones Unidas: Comité contra la Tortura, Comité de DDHH, Comité de Desapariciones Forzadas que tienen la capacidad también de emitir comentarios generales que lo que hacen fundamentalmente es interpretar o desarrollar algunas de las disposiciones de los Tratados principales del Convenio contra la Tortura, Convenio sobre los derechos del niño, etc.

Estas resoluciones se asemejan y siguen el modelo de los comentarios generales de los comités.

Y por último la labor promocional como les decía y les llevo insistiendo desde el principio de esta sesión la labor promocional es especialmente importante en un continente como África donde el conocimiento de los derechos humanos es inmensamente inferior al conocimiento en Europa, en América y esta labor efectivamente necesaria. En esta labor la Comisión ha sido efectiva en organización de seminarios, de conferencias, campañas mediáticas en los medios de comunicación, porque vuelvo a decir esta es una cuestión especialmente relevante.

La Comisión realiza una de sus sesiones ordinarias una de sus sesiones habituales fuera de Banjul, Banjul es su sede y también hacen sesiones en otras regiones precisamente para generar conciencia sobre la labor de la Comisión Africana, y en este punto también quiero subrayar y este es uno de los puntos más importantes de la Comisión Africana y es su estrecha relación con ONG'S. Esto es algo que es especialmente importante y la labor que creo y sobretodo la influencia que pueden ejercer algunas ONG'S en la labor de la Comisión Africana y les puedo decir que las relaciones con las ONG'S son relaciones cotidianas y por ejemplo algunas ONG'S apoyan la creación de relatorías especiales y luego apoyan y organizan prácticamente todo el trabajo de las relatorías especiales es algo muy habitual entonces en este sentido esta relación estrecha de las ONG'S muchas de ellas cuentan con el estatus de observadores ante la Comisión y esto les hace que estas ONG'S puedan participar regularmente en las reuniones y en las sesiones y puedan tener una relación cotidiana y rutinaria con la Comisión africana lo cual es tremendamente importante porque muchas veces y esto no se los debería de contar pero se los tengo que contar algunos de los Comisionados que son nombrados tienen conocimientos muy escasos en materia de derechos humanos aunque les parezca mentira algunos de los comisionados algunas de las comisionadas luego tienen que hacer un curso acelerado de derechos humanos porque sus conocimientos son bastante escasos; en ese sentido las ONG'S juegan un papel importantísimo de capacitación de acompañamiento algunos de los conocimientos porque reitero

sus conocimientos en materia de derechos humanos son muy rudimentarios.

PREGUNTA: ¿Se ha presentado la oportunidad de que alguno de los comisionados no sea africano?

Tiene que ser africano, nacionales de los países miembros de la unión africana que han ratificado la carta africana.

Lo que les decía al principio lo que dice la Carta es los expertos y las expertas de la comisión tienen que ser comisionados de carácter independiente, no son representantes de sus gobiernos, que ocurre pues que la realidad nos demuestra que no siempre esto es así, van mejorando y los Estados cada vez presentan candidatos y candidatas idóneas, pero dense cuenta porque en el fondo este órgano es un órgano muy sensible y porque trata cuestiones tremendamente sensibles para los Estados. Entonces en ese sentido es algo que los países africanos intentan todavía controlar el tener un experto muy cercano a la comisión puede ser una garantía y puede ser una especie de escudo contra ciertas críticas. Pero esto ocurría en el pasado con los Comités de Naciones Unidas. Con los Comités de Naciones Unidas algunos de los expertos eran menos expertos de lo que deberían ser y tenían muchos vínculos con sus gobiernos entonces afortunadamente los Comités de Naciones Unidas con el paso del tiempo han ido mejorando y ahora los expertos son totalmente expertos y son personas con conocimientos profundos y totalmente independientes de sus gobiernos ; esto no era así sobre todo en la época de la guerra fría en los años 80's cuando la guerra fría entre el mundo capitalista y el mundo comunista en aquella época muchos de los expertos eran representantes de los gobiernos, eran diplomáticos , ministros y esto era algo desgraciadamente muy habitual en aquella época. Hoy la situación ha mejorado en África todavía queda algo de esas malas prácticas del pasado en la Comisión Africana.

Vamos entonces con si se acuerdan el tema de género ha ido saliendo a lo largo del día, en la sesión de la mañana, diferentes intervenciones la cuestión de los derechos de la mujer como ustedes se pueden imaginar es un tema controvertido es un tema prioritario no solo en África sino en Europa y en América, pero en el continente africano en particular. Primero por la situación de

las mujeres en general en el continente africano, la feminización de la pobreza que afecta cotidianamente millones de mujeres en el continente africano. Segundo por la permanencia de determinadas prácticas tradicionales que son prácticas que atentan contra los elementos de la dignidad de las mujeres, la práctica que antes hemos contado de la mutilación genital femenina que es una práctica que se sigue llevando a cabo al menos en 29 países africanos y no es un problema de normas, el Protocolo de derechos de la mujer prohíbe expresamente en el artículo 5 habla de la eliminación de las prácticas tradicionales que causan daño a las mujeres muchas de las constituciones de los países donde se llevan a cabo estas prácticas las prohíben, incluso el código penal castiga con penas bastante altas de prisión que ocurre que en la practicas se siguen llevando a cabo ¿por qué? Porque son prácticas tradicionales son prácticas muy enraizadas en las cosmovisiones de estas comunidades. Comunidades locales comunidades generalmente del África rural, comunidades muy lejos de las grandes ciudades donde no tienen idea que existe el protocolo, entonces son prácticas que se llevan a cabo que también inciden.

Y en tercer lugar como señalaba la existencia en algunos de estos países de una comunidad islámica y musulmana muy importante y como saben ustedes la ley islámica en determinadas cuestiones pues discrimina sistemáticamente a las mujeres. Por lo tanto hay una serie de factores que hacen que la cuestión de los derechos de las mujeres en África sea una cuestión especialmente complicada.

Es por lo tanto el principal objetivo de este Protocolo tratar de que la realidad de que los derechos de las mujeres no sea una serie de derechos que esta sobre papel sino que sean reales. Bien, este protocolo es un protocolo que hay que reconocer desde el punto de vista de contenido muy avanzado y por ejemplo habla de eliminar todo tipo de discriminación contra las mujeres, del derecho a la vida y a la integridad física, psicológica sexual de las mujeres, habla sobre los derechos en el matrimonio en la separación y el divorcio y este es uno de los puntos conflictivos en determinados países islámicos el divorcio es un derecho solamente del marido , el marido puede repudiar a la mujer, el marido se puede divorciar de la mujer pero no al contrario, la

mujer no se puede divorciar del marido. Por ejemplo la práctica de los matrimonios forzados, es una práctica todavía muy extendida en determinadas comunidades en las cuales niñas y niños a partir de los 4, 5, 10, 12 años sus familias deciden y acuerdan el matrimonio cuando lleguen a una determinada edad. De hecho si nos retrotraemos a 1948 cuando se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos en esa votación final Arabia Saudí se abstuvo, Y Arabia Saudí se abstuvo fundamentalmente por dos derechos de la Declaración Universal que son el artículo 16 y el artículo 18 y uno de estos artículos es precisamente el derecho al matrimonio. Arabia Saudí no estaba de acuerdo en que el matrimonio fuera un derecho, el que tu y yo tenemos derecho a decidir con quién vamos a pasar al menos una parte de nuestras vidas. Las familias juegan un papel importantísimo en determinados países islámicos o por ejemplo otro problema que planteó Arabia Saudí la libertad religiosa, el derecho a cambiar de religión en muchos países ustedes saben que si nace musulmán muere musulmán y no se puede cambiar de religión no existe el derecho a optar por una confesión religiosa o a ninguna, el derecho a ser agnóstico a ser lo que uno quiera, no de hecho en determinados países castigan en el código penal el cambio de religión. La apostasía es un delito en muchísimos países y uno no puede apostatar no puede renegar de su fe islámica, entonces en algunos países islámicos esto plantea problemas, lo cual hace que este protocolo de hecho no ha sido ratificado por todos los países africanos y algunos que lo han hecho lo han hecho con reservas, han introducido reservas al protocolo., a la carta africana y aquí como digo les quiero subrayar en concreto este tema de las prácticas tradicionales y estas prácticas tradicionales tienen que ver con la cuestión del matrimonio forzoso y con la practica de la mutilación genital femenina. Le vuelvo a decir no es un problema jurídico no es un problema de normas, las normas que prohíben estas prácticas están ahí es un problema de implementación es un problema de cómo idear programas y de cómo hacer que sobre todo las mujeres y los hombres, los hombres no están presentes cuando se lleva a cabo esta practicas pero los hombres son parte del engranaje social y cultural que hace que esas prácticas persistan. La cuestión es cómo cambiar todo este engranaje porque es una práctica cultural por cierto

y por favor esto es algo que quiero que quede muy claro, sigo insistiendo existe una idea de que esto es una práctica religiosa nada que ver con la religión. De hecho hay países islámicos en las cuales se practica, algunas comunidades judías de la zona de la península arábiga practican lo de la mutilación no tiene nada que ver con la religión es una práctica tradicional, es un rito de paso de la niñez a la edad adulta, marca este paso de la infancia a la edad adulta. Además se hace en un contexto de celebración que es algo que hay que celebrar es algo que nos llama la atención, Y hay otro elemento que también nos llama la atención también se les hace a los niños. En el mismo lugar donde se le practica a las niñas la mutilación genital se les hace a los niños la circuncisión, lo que ocurre es que con la circuncisión masculina no es una práctica tan invasiva desde el punto de vista físico pero lo es pero no tiene unos efectos tan tremendos sobre la integridad física, sobre la integridad psicológica , sexual, en este caso de las mujeres, pero fíjense este es un elemento que es muy importante al menos desde mi punto de vista tenemos que hacer un esfuerzo por entender que hay detrás de esta práctica o ustedes creen que las madres africanas no quieren a sus hijas ustedes conocen a alguna madre que no quiera a su hija; precisamente lo hacen porque las quieren porque es un elemento de integración en la comunidad de hechos las niñas que no han sido mutiladas van a tener una gran dificultad para casarse por lo que el matrimonio significa en determinadas comunidades africanas. No se trata de justificar estas prácticas, yo no voy a justificar estas prácticas nunca pero si tenemos que hacer un esfuerzo por entender que hay detrás. Saben ustedes cual es el término en árabe, el término que se utiliza en Egipto para referirse a la mutilación genital femenina se traduce en purificación. Cuando nosotros hablamos de mutilación en Egipto hablan de purificación por lo cual va a ser bastante complicado que nos pongamos de acuerdo, de hecho hay hospitales públicos en Egipto que practican la mutilación genital femenina para evitar los riesgos que conlleva esa práctica por hacerlos en malas condiciones higiénicas y para evitar los riesgos asociados que conlleva esta práctica.

¿Ninguna mujer africana se salva de eso? Depende de los países, no en todos los países africanos se lleva a cabo esta práctica como les decía actualmente hay 29 países africanos en los

cuales se practica. Es una práctica que algunos países después de diferentes programas se van reduciendo los índices de realización de esta práctica pero por ejemplo en Somalia el 90% de las niñas pasan por esta práctica en Malí más del 90% de las niñas pasan por esta práctica, son prácticas muy generalizadas a pesar del código penal, a pesar de la constitución a pesar de protocolos, no es un problema jurídico es un problema de entender cuál es el significado cultural de esta práctica y sobre todo cuales son los impactos físicos, psicológicos porque los impactos son brutales si ustedes miran los informes de la OMS los efectos son tremendos , partos dolorosos, relaciones sexuales poco satisfactorias, infecciones, los impactos están ahí la cuestión , el desafío es cómo hacer entender a esas comunidades que siguen sosteniendo culturalmente estas prácticas que esto es algo dañino para la salud psicológica y para la salud física de estas niñas, como hacerlo entender y como negociar culturalmente para porque algo que no podemos corromper algo que precisamente no podemos acabar es el significado cultural, con esa fiesta y con ese rito de paso de la niñez a la edad adulta, con eso no podemos acabar. La cuestión es cómo manteniendo el significado cultural de la práctica eliminamos los efectos perniciosos, pero claro esto es muy fácil de decirlo en Medellín pero muy complicado de implementarlo en la práctica. Miren los primeros misioneros búlgaros que pisaron territorio africano se escandalizaron con esta práctica y hasta hoy han pasado más de 200 años. Ha habido programas de la ONU programas de ONG'S y no ha funcionado. Los únicos programas que han tenido algún impacto, los únicos son los programas liderados por las mismas mujeres africanas que son las que entienden el lenguaje las que entienden la cosmovisión, las que entienden el significado cultural de estas prácticas, son los únicos programas que han tenido algún impacto, pero el modelo de hombre blanco, el médico con una bata blanca llega y les dice les entra por aquí y les sale por allá, ningún impacto. Y como les digo hay países en los cuales más del 90% de las niñas siguen siendo mutiladas al día de hoy, porque algo hemos hecho mal. Y yo creo que una de las cosas que hemos hecho mal es que no entendemos lo que hay detrás, seguimos sin entender que hay detrás, y solo si decidimos entender que hay detrás de esta práctica podemos implementar programas que tengan algún

impacto real. Por cierto saben ustedes que hay determinadas comunidades indígenas en Colombia o en Guatemala en donde se realiza la mutilación femenina, no es un problema solo de África, también se da en otros contextos.

Aquí lo que se confrontan son dos derechos, ¿verdad?, sería, en primer lugar el derecho de las niñas a su propia integridad física, su integridad sexual futura, su integridad psicológica, pero por otro lado está también el elemento de la identidad cultural, el derecho al mantenimiento de una practica o de una cosmovisión que supone una afirmación de elementos básicos de la identidad de una comunidad y yo creo que los dos son elementos que hay que valorar y que hay que tener en cuenta. Una vez más como les digo, el desafío sería cómo encontrar un punto de equilibrio en el cual manteniendo el significado cultural de la practica eliminemos los elementos físicos y psicológicos dañinos, pero vuelvo a decir, esto todavía hoy por hoy no ha sido posible, y vuelvo a decir, los únicos programas que desde algún punto de vista han tenido algún “éxito” son precisamente aquellos programas liderados por las propias mujeres africanas, de hecho hay una Coalición Mundial que tiene su sede en Ginebra, hay una red de mujeres africanas contra la ablación, contra la mutilación genital femenina que lo que hacen es eso: tratar de concienciar, tratar de educar a esas mujeres que siguen creyendo que esta es realmente una práctica que supone un beneficio para sus hijas, luego hay determinados elementos incluso fisiológicos sobre los cuales se asienta esta práctica que desde el punto de vista científico no tienen ningún sentido, por ejemplo una de las creencias es que el clítoris femenino es la parte masculina que toda mujer lleva en su interior y que hay que tratar de eliminarlo y como ven esto no tiene ningún sentido fisiológico. Entonces ¿cómo desmontamos ese tipo de creencias?, y ese es un elemento de carácter médico, de carácter fisiológico que hay que tratar de eliminar y de educar y de concienciar, pero es muy complicado.

Aquí confluyen dos derechos que son dos intereses, porque la identidad cultural es un elemento básico también, entonces la cuestión es cómo conciliarlo. Pero por supuesto no se puede considerar una práctica que es tan invasiva desde el punto de vista físico y que genera tanto daño desde el punto de vista psicológico y desde el punto de vista de la integridad sexual, por

supuesto que eso es injustificable. Pero, miremos, los aretes son un elemento cultural, cuando a una niña se le hace un agujero – normalmente en el hospital-, lo que hace esa niña es llorar porque es una agresión de carácter físico, por supuesto que no tiene las consecuencias que tiene la mutilación genital pero lo que esto nos tiene que hacer reflexionar es sobre aquellas prácticas de nuestra cultura, de nuestra cosmovisión que también pueden ser cuestionables desde determinados puntos de vista.

Hasta que no acabemos con la cultura machista que hay en todos nuestros países no vamos a lograr el cambio, hay que cambiar de raíz. Es una cultura machista que afecta tanto a los hombres, nos afecta tanto a nosotros como a las mujeres, ese ideal del amor romántico, del si me pega es porque me quiere, todo este tipo de elementos que siguen muy enraizados en esa cultura.

Ya no es solo un problema africano, hay casos en Estocolmo, hay casos en París, hay casos en Barcelona, hay casos en Bilbao porque esto es fruto de la migración porque estas comunidades viajan y siguen llevando a cabo estas prácticas, con lo cual es un problema ya de carácter extraterritorial, bien, cuando llegaron los primeros casos en España lo que hicieron los políticos en nuestro país fue subir las penas en el código penal y perfecto, ya estaban en cantados. Bien, yo creo que es el mensaje erróneo, yo no quiero decir que no haya que castigar estas prácticas, pero creo que hay que hacer todo un conjunto de medidas que son pre jurídicas o por lo menos pre penales, lo único que hicieron fue incrementar el castigo y esas cuestiones ahora mismo por ejemplo pueden hacer que una madre vaya a la cárcel de 7 años a 15 años con lo cual estamos castigando doblemente a esa niña que se queda sin su órgano sexual y además se queda sin mamá, por lo tanto hay que ver también cuáles son los efectos que tiene la aplicación de determinadas penas, pero es muy interesante porque los primeros casos que llegaron a los servicios sociales eran niñas que sobre todo después de ir de vacaciones a sus países volvían ya con esta práctica llevada a cabo.

Ha habido todo un conjunto de programas sobre todo en Cataluña – Barcelona porque es donde hay más comunidades de este tipo, hay todo un protocolo de cómo actuar cuando existen sospechas de que una niña va a pasar por esta práctica

y por ejemplo ha habido casos en los que a los papás se les ha secuestrado el pasaporte, no han podido viajar a sus países porque existía la sospecha de que se les iba a llevar a cabo esta práctica y solo han podido viajar cuando han firmado un papel en el cual se comprometían a que su hija no iba a sufrir esa práctica, pero ha habido también medidas de carácter social, medidas de carácter psicológico, medidas de carácter educativo: enseñando cuáles son realmente los efectos de esas prácticas, a lo que voy es a que hay todo un conjunto de medidas que hay que llevar a cabo y no solo son las jurídicas y las penales que probablemente también habrá que llevarlas a cabo, pero de hecho, en España no ha habido todavía ninguna condena; si ha habido varios casos, pero esto quiere decir que los jueces mismos no tienen claras estas cuestiones, porque al final si castigamos a la mamá lo que estamos haciendo es castigar doblemente a la niña por lo tanto hará falta todo un conjunto de medidas alternativas y en concreto en Barcelona hay una asociación de mujeres africanas que están trabajando yo creo que muy bien para tratar de primero hacernos entender que las mujeres africanas no son unas salvajes, no son unas bárbaras, porque en el fondo si lo hacen –como les decía– es porque quieren a sus hijas, probablemente estén erróneas, estén equivocadas, pero ¿cómo se sale de esa equivocación?, no es metiéndolas a la cárcel, es todo un conjunto de medidas que habrá que tratar de implementar.

Hay un veredicto que a mí me parece absolutamente fundamental y es el efecto que el colonialismo tuvo en África y un proceso de descolonización que estuvo hecho a la medida de los intereses occidentales, yo creo que esos sí es un elemento fundamental que sigue condicionando el devenir y sigue condicionando el desarrollo del continente africano, por no hablar por supuesto también de gentes corruptas, de la cuestión étnica que está sin resolver, de unas fronteras que están trazadas precisamente sin tener en cuenta los criterios étnicos, es decir, hay todo un conjunto de problemas que nos llevaría estar discutiendo desde aquí hasta el 12 de diciembre, pero evidentemente eso tiene un impacto en cómo se realizan, en cómo se llevan a cabo y cómo se disfrutan los Derechos Humanos en el continente africano, por supuesto.

Otro tema del cual no hemos hablado pero estaría bien es la cuestión de la homosexualidad, de lesbianas, transexuales, todavía

hay países en África en los cuales se condena con la pena de muerte los actos homosexuales, de hecho ha habido un caso tremendo en Uganda con el proyecto de una ley que afortunadamente quedó paralizada por todas las críticas internacionales y por la presión internacional precisamente para penalizar los actos homosexuales en Uganda, ese es otro tema tremendo, afortunadamente es un tema que va emergiendo, sobre todo en Naciones Unidas es un tema que está cada vez más sobre la mesa, pero por supuesto los países islámicos, muchos países africanos, algunos asiáticos y el Vaticano, son temas que no entran en un diálogo constructivo porque es una cuestión que todavía en los imaginarios de estas sociedades la cuestión de la homosexualidad, del lesbianismo es algo que está todavía sin aceptar, lo mismo por supuesto que en contextos indígenas, yo todavía he escuchado en el Valle del Cauca aquí, cerca de Cali defender a unos líderes indígenas que en las comunidades indígenas no hay homosexuales. Es una cuestión de cómo aceptamos la realidad y cómo aceptamos sobre todo la diferencia. Se habla en el fondo de concepciones distintas de lo que es la dignidad y yo creo que aquí hay un reto que es cómo aceptar la diferencia, por supuesto que en esta aceptación de la diferencia tiene que haber límites como planteábamos, hay límites que son infranqueables. Yo creo en la diferencia pero la diferencia tiene que tener límites, pero también creo que ahí nos queda todavía un trabajo por hacer, no solo en África, también en Medellín, también en Bilbao y en muchas realidades que las tenemos muy cerca.

Me preocupa especialmente la cuestión de la violencia invisible, porque la violencia física se ve, pero este tipo de violencia, este tipo de presiones está algo mucho más oculto, es algo más difícil, es algo que viene por los medios de comunicación, es algo que viene de una manera mucho más complicada y que afectan a cuáles son precisamente nuestros modelos, nuestros modelos de mujer, nuestros modelos de hombre, los modelos de relación que se puede establecer, esto es algo tremendo y esto es algo sobre lo que hay que trabajar, yo creo que todavía no se está haciendo lo suficiente porque nos queda mucho de investigar cuáles son los impactos por ejemplo de todo lo que tiene que ver con las dietas, todo lo que tiene que ver con la anorexia por llegar a un modelo determinado de mujer o de hombre y esto es algo

tremendo, digo, no solo las mujeres, son ustedes y somos nosotros los que estamos también influenciados por esta presión, que es una presión en ocasiones irresistible, entonces lo que hablábamos de las mujeres africanas es algo que también en otro contexto y salvando las distancias es algo que también nos afecta a nosotros, y cuando yo les hablaba de los aretes –vuelvo a decir- no es una cuestión menor, podríamos hablar por ejemplo de cuáles son las consecuencias físicas en la columna de utilizar esos tacones así de altos, no, no, no, no se rían porque no tiene gracia, no es gracioso porque hay consecuencias físicas, lo que quiero decir es primero que la realidad africana es una realidad que no está tan lejos, porque por lo menos la cuestión de la mutilación genital femenina un compañero hablaba de que en Barcelona es un problema fruto de la migración, y segundo la cuestión de la diferencia, sobre todo no estigmatizar y no barbarizar la diferencia, vuelvo a decir y quiero que quede claro, yo no voy a justificar en ningún caso y bajo ninguna circunstancia la mutilación genital femenina pero lo que si defiendo es que hay que tratar de entender, porque si no entendemos la única medida que vamos a aplicar es la medida penal, que es la medida que menos impacto positivo tiene, en ese planteamiento es en el que estoy. Y hay organizaciones de mujeres africanas que están haciendo un trabajo fantástico, sobre todo para decirles a ustedes que “no todas las africanas estamos en ese juego y hay mujeres africanas que también nos rebelamos contra esa imposición y contra esa práctica que van en contra de nuestros derechos, de nuestra integridad física, de nuestra integridad sexual etc.”

No les voy a contar una anécdota porque es una anécdota tremenda pero un poco en ese sentido, de cómo hay ya grupos de mujeres africanas que están liderando la lucha contra ese tipo de prácticas, es algo que no vamos a solucionar nosotros desde Medellín, no, es algo que se soluciona allá, que se soluciona desde lo local, que se soluciona desde las comunidades pequeñas, desde la abuela que obliga a la niña porque sí no la niña no se va a casar en el futuro, porque no se va integrar, bien, es tratar de desterrar todos esos mitos que siguen sosteniendo esas prácticas, un mito les decía es ese de que es la parte masculina que toda mujer lleva que hay que eliminar, esos son mitos, son mitos que no tienen ninguna base científica pero son mitos que siguen jugando y que siguen

sosteniendo culturalmente estas prácticas. Sería muy interesante seguir discutiendo y hay aquí todo un conjunto de preguntas pero me temo que no tenemos más tiempo, por lo menos hemos puesto sobre la mesa el debate, hemos puesto sobre la mesa cuáles son los argumentos y por supuesto, es un tema –vuelvo a decir- que no lo vamos a solucionar acá, pero lo que sí creo que podemos solucionar es el tratar de entender, tratar de empatizar con esas mujeres y tratar de por lo menos entender el porqué, porque las mujeres africanas no son unas salvajes, no lo son, probablemente algunas de estas prácticas son prácticas que causan enormes impactos, pero yo creo que barbarizando y estigmatizando determinadas culturas y determinadas prácticas no solucionamos esos problemas, me temo que no; pero volviendo a nuestro artículo 5, como ven, no es un problema de falta de normas, las normas están ahí, las Constituciones de estos países lo prohíben, los códigos penales también, pero ocurre que a nivel local estas prácticas se siguen llevando a cabo, porque donde hay que trabajar es a nivel local, ahí es donde hay que desmontar todos estos prejuicios, todos estos mitos, todas estas ideas preconcebidas que no tienen ninguna base científica, me van a perdonar pero no vamos a seguir, espero que entiendan porque no tenemos el tiempo y por supuesto en cualquier momento que quieran lo podemos seguir discutiendo, pero ahora me temo que tenemos que seguir.

Nos quedan 15 minutos, si les parece acabamos con la Corte Africana y luego dejamos un espacio para el final para tratar de responder en la medida de lo posible algunas de estas cuestiones. Tenemos una Carta Africana de Derechos de la Infancia que se aprueba en 1990 y que entra en vigor en el año 99 y que curiosamente también trata de eliminar las prácticas tradicionales que afectan a las niñas africanas, por lo tanto, una vez más, no es un problema de normas, es un problema de cómo hacemos para implementar esas normas. Hay un Comité de personas expertas compuesto por 11 miembros, los Estados tienen que presentar informes periódicos cada 3 años a este Comité, pero aquí también una vez más el retraso es enorme y hay muchos países que todavía no lo han hecho al día de hoy; y es posible también presentar comunicaciones individuales, es curioso porque estas comunicaciones individuales ante el Comité son anteriores al

Protocolo Facultativo a la Convención sobre Derechos del Niño que usaron ustedes en 2011 que introduce el mecanismo de las comunicaciones individuales, por lo tanto en África fue posible antes que a nivel universal el que un niño o una niña impusiera una comunicación por la vulneración de sus derechos.

El DEPAC era este mecanismo para la promoción del desarrollo en África y era una especie de comisión por pares, pero es algo interesante. Este DEPAC no es un mecanismo específico de Derechos Humanos aunque tiene un componente de Derechos Humanos pero aquí el foco de atención es el desarrollo y la gobernabilidad democrática.

Y ya llegamos a la Corte, la Corte Africana que como ven es muy reciente, es del año 2008 cuando se aprueba el Protocolo sobre Estatuto de la Corte Africana de Justicia y de Derechos Humanos, la Corte empieza a funcionar a finales, principios de 2010, 2011, pero todavía al día de hoy hay que reconocer que es una Corte que va funcionando a un mecanismo muy lento, están llevando ya casos pero la mayor parte de los casos han sido declarados inadmisibles por cuestiones normales, todavía la Corte Africana tiene que desarrollar su potencial y tiene que desarrollar una jurisprudencia interesante, antes les comentaba sobre este debate que hubo acerca de qué tan pertinente es una Corte de Derechos Humanos en el contexto africano por los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, de aplicación de la justicia, bien, ese es un debate que va a seguir por supuesto pero lo cierto es que finalmente se creó esta Corte Africana.

La Corte está compuesta por 16 jueces que son imparciales e independientes como cualquier otro, como la Corte Europea que esta tarde Carmen Morte les explicará o la Corte Interamericana. Los criterios de elección que se establecen en ese protocolo es que tiene que haber una distribución geográfica equitativa para que todas las culturas jurídicas de África estén representadas, como ustedes saben en África hay fundamentalmente dos grandes culturas jurídicas, está la cultura del common law fruto de la colonización británica, de los cuales no hay una constitución como tal y se basa fundamentalmente en el precedente, luego está la cultura jurídica continental la cual es una cultura más parecida a la nuestra, por lo tanto tiene que haber una distribución geográfica equitativa y curiosamente se incorpora por primera

vez la cuestión del género: tiene que haber un equilibrio de género entre los jueces y juezas miembros del tribunal, lo cual es interesante y yo no conozco, por lo menos en la Corte Europea no hay un criterio de género, bien, en la Corte Europea de Derechos Humanos no, pero curiosamente en la Corte Africana sí y es un criterio que se está aplicando y de hecho hay varias mujeres miembros de la Corte Africana, lo cual por cierto no es ninguna garantía, el hecho de que haya mujeres es un paso importante, yo creo en las cuotas, pero no es ninguna garantía de que la Corte realmente vaya a ser sensible a las cuestiones de género, esto es algo que habrá que ver en la práctica y que habrá que seguir trabajando y me temo que las cuestiones de género es algo en lo cual todavía –y me incluyo- es algo en lo que necesitamos mucha formación y necesitamos muchos avances en este punto, pero el que exista un criterio de equilibrio de género me parece un elemento destacable, un elemento importante.

La elección, es el Consejo Ejecutivo de la Unión Africana quien elige a los jueces y juezas del Tribunal a propuesta de los Estados miembros, por lo tanto son los Estados los que nombran a los candidatos/candidatas para ser jueces en la Corte Africana y finalmente es el Consejo Ejecutivo de la Unión Africana quien elige a los 16 miembros de este Tribunal.

Hay dos secciones en la Corte Africana, hay una sección sobre asuntos generales que está compuesta por 8 miembros y hay una sección específica de Derechos Humanos, porque lo que ocurre aquí es que la Corte Africana de la Unión Africana, la Corte de Justicia de la Unión Africana se ha fusionado con el Tribunal Africano y es por eso que hay una sección de asuntos generales y hay una sección específica de Derechos Humanos pero con la posibilidad de que alguno de estos casos se refiera, se envíe a la sala en pleno, a la Corte en pleno compuesta por los 16 miembros.

Tiene dos funciones como cualquier Tribunal, como la Corte Interamericana, tiene una función contenciosa de resolver casos y tiene una función de carácter consultivo, puede recibir preguntas, puede recibir cuestiones para dar una opinión al respecto.

Bien, la legitimación activa, este es un elemento interesante y con algunos avances pero también con algunas limitaciones. Los Estados Parte en el Protocolo pueden presentar casos, la Asamblea

y el Parlamento de la Unión Africana también pueden llevar casos ante la Corte Africana, la Comisión Africana es normalmente la vía más usual tal y como ocurre en el Sistema Interamericano, que la Comisión Africana sea quien envíe los casos a la Corte Africana, el Comité de Expertos sobre Derechos de la Infancia también, es decir, la cuestión sobre derechos de la infancia se va a referir también y se van a poder plantear casos que afectan a derechos de la infancia ante la Corte Africana, la Instituciones Nacionales de Derechos Humanos también pueden referir casos a la Corte, el ombudsman, defensores del pueblo, defensoras del pueblo, etc., los individuos también lo pueden hacer pero si sus Estados aceptan hacer una reclamación bajo el famoso artículo 34.6 del Protocolo de la Corte Africana de Derechos Humanos, hasta la fecha solo 5 Estados lo permiten, solo 5 Estados han hecho esta declaración y permiten que sus individuos puedan plantear, puedan referir casos ante la Corte, esperamos que esto se vaya ampliando pero lo cierto es que esto es una señal bastante negativa y nos dice que los Estados son reacios a que los individuos planteen directamente casos ante la Corte Africana, y solo 5 hoy por hoy de los 54 miembros de la Unión Africana, solo 5 han aceptado esta posibilidad. Y luego también las ONGs relevantes que estén acreditadas ante la Unión Africana, esas que tenían el estatus de observador ante la Comisión Africana, esas ONGs también van a poder referir casos a la Corte Africana, por lo tanto hay una legitimación activa bastante amplia pero curiosamente donde hay muchas restricciones en que los individuos planteen casos ante la Corte Africana lo cual desde un punto de vista de Derechos Humanos no tiene mucho sentido.

La Corte puede adoptar medidas provisionales y de hecho lo hizo en 2011 cuando la crisis de Libia ¿se acuerdan?, la Corte decidió tomar medidas provisionales contra Libia y proponer su expulsión de la Unión Africana, cosa que se produjo, la Unión Africana expulsó a Libia de la organización a propuesta de la Corte Africana.

Las sesiones de la Corte son públicas salvo que la Corte decida lo contrario, por lo tanto aquí en general las sesiones van a ser públicas pero ante circunstancias o razones excepcionales la Corte puede decidir que las sesiones no sean públicas. Las decisiones de la Corte son vinculantes para las partes,

es decir, las sentencias son obligatorias, otra cosa es que los Estados cumplan o no, pero eso ocurre lo mismo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las sentencias son vinculantes, las sentencias son obligatorias independientemente de que se implementen o no, pero son de carácter obligatorio y también en el caso de las decisiones de la Corte Africana, si no se cumple con la sentencia la Corte puede referir el caso a la asamblea de la Unión Africana, lo que también ocurre en el Sistema Africano, ustedes saben que si un Estado no cumple con una decisión de la Corte, la Corte puede referir el caso a la Asamblea de Estados de la OEA, lo cierto es que en muy pocas ocasiones lo hace, por lo tanto la verdad es que tampoco esperamos que en el caso de África la Corte vaya a referir muchos casos a la asamblea de jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana que es el órgano político por excelencia, entonces vamos a ver qué pasa con la Corte, todavía como digo está dando sus primeros pasos, esperemos que vaya por un buen camino pero me temo que el tema de la implementación va a ser también un desafío para la Corte Africana.

La Unión Africana podrá imponer sanciones, como en el caso de Libia que la expulsó de la organización, de la Unión Africana. ¿Ustedes creen que la asamblea de jefes de gobierno va a expulsar a un Estado por incumplimiento de una sentencia de la Corte Africana?, ojalá sí, pero me temo que va a ser muy complicado y muy difícil que la asamblea tome una decisión tan drástica, me imagino que las sanciones serían recordarles, quizás aprobar una resolución exhortando al Estado a que cumpla con la decisión de la Corte, pero vuelvo a decir, la Asamblea de la Unión Africana es el órgano político por excelencia, con lo cual tenemos como base un órgano político que vele por la implementación de las decisiones de la Corte, lo cual no es el mejor sistema.

En febrero de este año hubo una reunión en Bogotá con varios magistrados de la Corte Africana con magistrados de la Corte Constitucional para aprender y para ver unos conceptos que pueden ser compartidos, eso yo creo que va a ser una tendencia probablemente en el futuro y probablemente esta tarde Carmen Morte insistirá en las reuniones que hacen los magistrados de la Corte Interamericana, de la Corte Africana y de la Corte Europea para intercambiar buenas prácticas, para intercambiar criterios

jurisprudenciales y criterios de interpretación, yo creo que esta es una buena práctica que habría que seguir en el futuro.

Con esto yo creo que daríamos por finalizado el Sistema Africano, como ven es un sistema todavía incipiente muy débil, es un sistema mucho más débil que el Sistema Interamericano que ya es un sistema débil, el Sistema Africano es todavía más débil pero yo creo que va por una buena dirección, ahora solo falta un elemento fundamental, un ingrediente esencial en todo sistema de derechos humanos que es la voluntad política de los Estados, sin voluntad política de los Estados africanos todo esto va a quedar en papel mojado. Voluntad política de los Estados, litigio estratégico, un elemento muy importante, este ha sido uno de los elementos que realmente ha hecho avanzar al Sistema Interamericano: el litigio en casos estratégicos, en casos emblemáticos de ONGs muy relevantes como CEJIL y algunas otras, yo creo que este es otro elemento que vamos a ver en África como funciona, pero hay algunas ONGs que ya tienen capacidad, que ya tienen recursos y que están viendo cómo utilizar de la mejor manera posible y de la mejor manera estratégica posible el Sistema Africano como ha ocurrido con el Sistema Interamericano pero esto es un gran interrogante, esperemos que los próximos años en este curso de Derechos Humanos cuando hablemos del Sistema Africano no hablemos en futuro sino que hablemos en presente y hablemos de algunas decisiones de la Corte y que vayan en una buena dirección y que vayan aprendiendo de lo que las otras Cortes han hecho, la Corte Europea, la Corte interamericana porque yo creo que realmente hay algunas buenas prácticas de las cuales podemos aprender.

El derecho no va a solucionar los problemas sociales, nunca lo ha hecho y yo creo que no lo va a hacer, pero puede poner las fases y puede contribuir a ello, se habla mucho –y la Corte Constitucional colombiana es un ejemplo- del activismo judicial, es decir, la Corte Constitucional no ha resuelto el problema del desplazamiento forzado en Colombia pero su jurisprudencia es tremendamente relevante y se puede utilizar por los diferentes actores que trabajan en la cuestión del desplazamiento para mejorar esa situación, o sea, yo lo veo en ese sentido, yo no pongo toda la esperanza en la Corte Africana pero puede ser un elemento que contribuya a la resolución de los graves problemas

de Derechos Humanos que vive el continente africano, pero si usted me pregunta si estas Cortes van a resolver los problemas, la respuesta es que definitivamente no, pero pueden colaborar y de eso también estoy convencido.

La Corte Interamericana por ejemplo juega un papel importantísimo en el tema de los derechos indígenas, desde el año 2001, desde la sentencia del caso Aguas Tingni contra Nicaragua hasta hoy con el caso Sarayaku y otros el avance ha sido tremendo y este avance no se hubiera producido sin la Corte Interamericana, sin unos jueces comprometidos con la causa indígena, sin unas organizaciones indígenas que también pusieron sus esperanzas en la Corte Interamericana y en el Sistema Interamericano, sin unos abogados que creyeron en las posibilidades que ofrecía el Sistema Interamericano, es decir, este es un problema en el cual hay diferentes actores que pueden y que deben colaborar, pero no solo las Cortes.

Muchas gracias por su atención, por su colaboración.

Carmen Morte Gómez⁴

EL SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Consejo de Europa nació de los escombros de la Segunda Guerra Mundial, en 1949, con la voluntad de los Estados fundadores de unir más estrechamente a sus miembros y con el objetivo fundamental, como señala el artículo 1 de su Estatuto, de “salvaguardar y proteger los ideales y principios que son su patrimonio común, así como favorecer su progreso económico y social”.

Como se recoge en el artículo 3 de dicho Estatuto, “cada uno de los Estados Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio de la preeminencia del Derecho y el principio en virtud del cual, toda persona que se halle bajo su jurisdicción, ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Los tres pilares básicos en torno a los cuales se construye el Consejo de Europa son, pues, la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos.

Desde su creación, el Consejo de Europa ha asimilado los cambios políticos acaecidos en Europa y, 65 años después de su creación, sigue conservando su relevancia, al haber aceptado el desafío de secundar los esfuerzos de transición y posterior consolidación de las nuevas democracias surgidas en la Europa central y oriental, que se han incorporado paulatinamente al Consejo de Europa.

Al año siguiente de la creación del Consejo de Europa, el 4 de Noviembre de 1950, se adoptó en Roma el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que entró en vigor el 3 de Septiembre de 1953 (con 10 ratificaciones), y cuya firma es condición indispensable para adherirse a la Organización. La aprobación del Convenio supuso un hito en la historia de la protección de los Derechos humanos pues incorporó un sistema de garantía colectiva de estos derechos,

4. Letrada-Jefa de División del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La responsabilidad del presente texto incumbe exclusivamente a su autora, y no representa en modo alguno la posición oficial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de su Secretaría. El presente texto consiste en una versión revisada de las notas (*speaking notes*) de las conferencias pronunciadas el 4 de Diciembre de 2014, en el marco del Segundo curso Internacional especializado en Derechos Humanos organizado por el Instituto colombiano de Derechos Humanos. Medellín. 1 al 12 de Diciembre de 2014.

en el sentido de que los Estados se comprometían a observarlos respecto de todas las personas sujetas a su jurisdicción (y no solamente a sus nacionales), sin condiciones de reciprocidad⁵. Este sistema no permitía no obstante el acceso directo del individuo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, -que entró en funcionamiento poco después, en 1959-, pues debía pasarse antes por el filtro de la Comisión Europea de Derechos Humanos que era quien, al menos hasta la aprobación del Protocolo N° 9, decidía qué casos se remitían o no al Tribunal. La jurisdicción del Tribunal sólo se ejercía sobre los Estados que la hubieran reconocido expresamente, y que hubieran aceptado el derecho de recurso individual para los individuos sometidos a su jurisdicción.

El 6 de Julio de 2006 entró en vigor el Convenio en Montenegro, con lo que ya son 47 sus miembros, entre los que se incluyen, además de los 28 Estados de la Unión Europea, prácticamente todos los Estados europeos salvo Bielorrusia: Rusia y los integrantes de la antigua Unión Soviética, los países bálticos, los balcánicos, los de Europa central, etc. Los Estados del sur de Europa se integraron en los años setenta (España, Portugal, y Grecia, que salió del Consejo de Europa y se reintegró al término de la dictadura de los coroneles). En los años noventa se adhirieron los Estados de Europa central y del este, incluidos los caucásicos, etc. La jurisdicción del Tribunal se extiende en la actualidad sobre unos 800 millones de personas.

Los Estados miembros del Consejo de Europa reafirman, con la firma y ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos “su profunda adhesión a las libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, por una parte, en un régimen político verdaderamente democrático y, por otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen”, como se indica en su Preámbulo.

Además de haber ratificado el Convenio, muchos de estos Estados son parte a otros instrumentos adoptados en el seno del Consejo de Europa en el campo de los derechos fundamentales, entre los que cabe destacar:

5. LOPEZ GUERRA, L., “El sistema europeo de protección de derechos humanos”, en *Protección multi-nivel de derechos Humanos*, UPF, G. R. Bandeira Galindo, R. Urueña y A. Torres Pérez (coords.), <http://www.upf.edu/dhes-alfa/es/materiales/> p. 166.

la Carta Social Europea, relativa a los derechos económicos y sociales, en vigor desde 1965, con su órgano de control, el Comité europeo de Derechos sociales,

a) el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes de 1987, en vigor desde 1989, que estableció el Comité anti-tortura del Consejo de Europa (CPT), cuya misión es examinar el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, si fuera preciso, su protección frente a la tortura y frente a tratos inhumanos o degradantes.

b) el Convenio-marco para la protección de minorías nacionales, en vigor desde 1998, cuya función de elaboración de informes periódicos por los Estados es supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa asistido por un Comité consultivo;

c) la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI), creada en 1993, que tiene por objeto combatir el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia a nivel paneuropeo y desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos.

d) El Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos entró en vigor el 1 de febrero de 2008. Ha puesto en marcha el grupo de expertos sobre lucha contra la trata de seres humanos (GRETA) encargado de supervisar la puesta en práctica del Convenio, y el Comité que puede adoptar recomendaciones sobre la base del informe del GRETA.

Adoptado en 1950, el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido desde entonces modificado parcialmente en varias ocasiones, tanto en cuanto a nuevos derechos protegidos que se han ido incorporando mediante Protocolos adicionales, como por lo que se refiere al procedimiento y examen de las demandas por parte de sus órganos de control.

El 1 de Noviembre de 1998 entró en vigor el Protocolo no 11, que ha supuesto la modificación más importante, hasta el momento, del sistema del Convenio Europeo de Derechos

Humanos. Dio lugar a grandes cambios en el procedimiento pues, debido a la complejidad de este último y al notable aumento del número de demandas presentadas, se hacía inevitable la búsqueda de fórmulas que consiguieran el tratamiento rápido de las mismas, como garantía del respeto del derecho a un juicio justo sin dilaciones indebidas garantizado por el Convenio.

Desde entonces, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el Único mecanismo jurisdiccional internacional de protección de los Derechos Humanos en el que el individuo tiene legitimación activa para presentar demandas contra el Estado al que se reputa la vulneración de un derecho fundamental : el derecho de recurso individual se ha convertido en la piedra angular del sistema.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que está formado por tantos Jueces como Estados parte del Convenio, actúa con carácter permanente en su sede del Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo, y tiene jurisdicción obligatoria y exclusiva en todos los asuntos que traten sobre la interpretación y la aplicación del Convenio.

Con la entrada en vigor del Protocolo N° 11, el Tribunal pasó a ocupar el lugar y a asumir las funciones de los dos órganos pre-existentes, es decir, el antiguo Tribunal, que dejó de existir el 31 de Octubre de 1998, y la Comisión, que siguió ejerciendo sus funciones durante un período transitorio de un año establecido por el Protocolo N° 11 y se extinguió el 31 de Octubre de 1999. Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano de carácter político que tenía en el antiguo sistema la doble competencia de supervisar la ejecución de las Sentencias por parte de los Estados, y de pronunciarse sobre la existencia o no de vulneración de los derechos fundamentales invocados en los casos que no habían sido remitidos al Tribunal y en los que la Comisión había emitido su informe jurídico, se vio privado de esta última función que desde entonces queda reservada al único órgano jurisdiccional competente para ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Protocolo N° 11 al Convenio se refiere únicamente a la reforma del mecanismo de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las disposiciones sobre los derechos garantizados por el Convenio de 1950, o por sus Protocolos, no se modificaron. Desde la entrada en vigor del Protocolo N° 11,

el derecho de recurso individual de los particulares, que alegan vulneraciones de derechos fundamentales cometidas por un Estado ante un órgano jurisdiccional internacional, el TEDH, constituye la especificidad y la grandeza del sistema de control del Convenio. Ya no es preciso el reconocimiento del derecho de recurso individual ni de la jurisdicción del Tribunal. Ambos reconocimientos son implícitos a la firma y ratificación de este protocolo. El sistema es único: los Estados parte aceptan que un órgano jurisdiccional internacional controle su obligación de reconocer a toda persona sometida a su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Convenio. El control lo lleva a cabo el Tribunal, que se pronuncia sobre las demandas individuales e interestatales que le son presentadas, en aplicación, respectivamente, de los artículos 34 y 33 del Convenio. Sus Sentencias tienen fuerza obligatoria y el Comité de Ministros del Consejo de Europa vigila su ejecución.

Los derechos protegidos en el sistema europeo de derechos humanos, correspondían en un principio a los derechos civiles llamados derechos de primera generación, que se han ido completando posteriormente mediante protocolos adicionales. Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que el campo de aplicación del Convenio y sus Protocolos no se limita al contenido literal de las disposiciones del Convenio y de sus Protocolos, sino que estas últimas se “llenen” de contenido a través de la jurisprudencia del Tribunal. El Convenio no crea derechos nuevos, pero interpreta los existentes a la luz de las condiciones de vida actuales. Podemos hablar en este sentido, de una protección indirecta o “par ricochet”. Citaremos como ejemplo, dos situaciones : el derecho de un extranjero a residir en un Estado del que no es nacional, el derecho a no ser expulsado del mismo, a no ser extraditado o sometido a una euroorden no está protegido por el Convenio. Sin embargo, estos derechos pueden protegerse indirectamente a través de los artículos 2, 3 y 8 (derecho a la vida, prohibición de las torturas y de los tratos inhumanos y degradantes, y protección de la vida privada y familiar). Por ello, en caso de expulsión, un extranjero podría alegar que estos derechos quedarían violados si se le privara de los lazos familiares con los que contaba en el país del que se le expulsa o extradita, o si en el país de destino corre riesgo serio de ser sometido a tratos prohibidos por el artículo

3. Lo mismo podría decirse de ciertos casos de reagrupación familiar. Por su parte, el derecho a un medioambiente sano, derecho no protegido, como tal, por el Convenio, puede ser protegido indirectamente por el artículo 8 del Convenio. Este fue el caso, por ejemplo, de la Sentencia *López Ostra C. España*, referente a olores originados por una fabrica de curtido de cuero, y de la Sentencia *Hatton C. Reino Unido* referente a los niveles de molestias sonoras intensas ocasionadas por vuelos nocturnos en el aeropuerto de Heathrow, en Londres. En ambos casos se estimó que tales actuaciones producían una intromisión en la vida privada y familiar de los respectivos demandantes. En el primero se concluyó, además, a la vulneración del artículo 8 del Convenio por este motivo.

Pero volvamos al Protocolo N° 11, que instauró el actual Tribunal de las cenizas de los dos órganos preexistentes: el Tribunal tiene desde entonces jurisdicción obligatoria en todos los asuntos que traten sobre la interpretación y la aplicación del Convenio⁶, incluyendo demandas individuales y casos interestatales. Esta jurisdicción obligatoria del Tribunal también es exclusiva, pues el Comité de Ministros mantiene en el nuevo sistema, como ya hemos visto, únicamente su competencia en cuanto a la supervisión de la ejecución de las Sentencias, y ya no decide sobre la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales sobre la base de los informes jurídicos elaborados por la Comisión y no remitidos al Tribunal.

Por otro lado, el Tribunal tiene también una competencia consultiva a solicitud del Comité de Ministros, acerca de “cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos”, como prevé el artículo 47 § 1 CEDH. En todo caso, el Tribunal ha de resolver si la solicitud de Opinión consultiva presentada por el Comité de Ministros es de su competencia, tal como la define el artículo 47 y, una vez asumida tal competencia, dictar opiniones motivadas.

El Tribunal está formado por tantos jueces como Estados parte al Convenio (artículo 20 CEDH), es decir, 47, elegidos por la

6. Según el artículo 32 § 1 del Convenio, “la competencia del Tribunal se extiende a todas las cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34 y 47.”

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la base de una lista de tres candidatos presentados por el Estado Parte de que se trate. Los Jueces forman parte del Tribunal a título individual, no representan al Estado a título del cual resultaron elegidos. Proceden del mundo judicial o universitario, de la abogacía, de la alta función pública, etc. La duración de su mandato es, en la actualidad, desde la entrada en vigor del Protocolo N° 14 al que me referiré inmediatamente, de nueve años. No son reelegibles. El Juez elegido a título de España es el Sr. D. Luis López Guerra. Existe además la figura del juez *ad hoc* para los casos en los que el Juez elegido a título del Estado demandado no pueda intervenir, ya que la regla general en el sistema europeo es que el juez elegido a título de un Estado interviene en la formación que examina los casos presentados contra ese Estado salvo que se trate de cuestiones de trámite o de casos inadmisibles de plano.

El Tribunal en pleno de 47 jueces elige por un período de 3 años a su Presidente (Denis Spielmann) y a dos Vicepresidentes, que pueden ser reelegidos (Josep Casadevall, Guido Raimondi). El Pleno decide la constitución de las Secciones del Tribunal, en la actualidad 5, cuya composición es estable durante 3 años, y nombra a sus Presidentes. El Tribunal sólo se reúne en Pleno para desarrollar sus competencias organizativas o discutir cuestiones de política jurisprudencial, pues sería impensable la resolución de casos contenciosos por un Tribunal formado por 47 miembros.

El Tribunal está asistido por su Secretaría, que le proporciona el apoyo jurídico y administrativo del que precisa para el ejercicio de sus funciones judiciales: letrados, personal administrativo y técnico, traductores... Cuenta actualmente con unos 630 agentes, entre los que se incluyen unos 300 letrados.

Con la finalidad de garantizar a largo plazo la eficacia del Tribunal se abrió a la firma en 2004 el Protocolo N° 14, en vigor desde el 1 de junio de 2010.

¿Cuál es la razón de todas estas reformas?: podemos decir que todas ellas van encaminadas a asegurar la superveniencia del derecho de recurso individual, el derecho según el cual, en virtud del artículo 34 del Convenio, pueden dirigirse al TEDH las personas físicas, las organizaciones no gubernamentales o los grupos de particulares que se consideren víctimas de una vulneración del Convenio o de sus Protocolos, cometida por un

Estado parte. Pero este derecho implica, sin embargo, importantes problemas prácticos para el funcionamiento del sistema del Convenio, poniendo en peligro su eficacia y amenazando incluso su credibilidad, debido a la importante sobrecarga de trabajo a la que el Tribunal debe hacer frente.

Esta sobrecarga del TEDH se debe principalmente a la gran cantidad de demandas claramente inadmisibles y al examen de demandas repetitivas que no plantean cuestiones nuevas desde el punto de vista del Convenio pero que dan lugar a Sentencias de vulneración. Se trata de situaciones producidas por problemas sistémicos o endémicos, es decir, ocasionados por disposiciones legales o prácticas administrativas defectuosas, o por defectos estructurales ligados a la insuficiencia de recursos o a problemas organizativos. Podemos citar, por ejemplo, la duración excesiva de la prisión provisional en Polonia y Bulgaria, las dilaciones indebidas en los procedimientos ante las jurisdicciones internas, los casos relativos a la falta de ejecución de sentencias firmes o al exceso de población penitenciaria en prisiones muy deterioradas en las que no se respetan las condiciones mínimas de higiene y dignidad, entre otros. Tales situaciones dan lugar a un enorme número de demandas repetitivas y, en general, bien fundadas, que colapsan el trabajo del Tribunal.

El Protocolo núm. 14 primero y, desde entonces, las sucesivas cumbres celebradas para asegurar el futuro a largo plazo del TEDH, han pretendido reducir la duración del procedimiento ante el Tribunal y aumentar su eficacia para resolver estos dos grupos de casos.

El Protocolo núm. 14 ha introducido tres novedades principales. En primer lugar, ha creado una nueva formación jurisdiccional, el Juez único que, asistido por “relatores” (letrados experimentados del Tribunal que actúan como *rapporteurs non judiciaires*), puede declarar inadmisibles de plano o archivar las demandas individuales que no requieran un examen complementario (art. 27 CEDH), lo que refuerza la capacidad de filtro del Tribunal y preserva el carácter jurisdiccional de la toma de decisión⁷. Como garantía adicional, el juez único que examina las demandas contra un Estado nunca puede ser el juez elegido a título de dicho

7. Descartando así el sistema de *certiorari* que algunos de los intentos de reforma pretendían instaurar.

Estado. En segundo lugar, los Comités de tres jueces, además de mantener su competencia de declarar por unanimidad y de manera definitiva la inadmisibilidad o el archivo de una demanda, pueden también, desde la entrada en vigor del Protocolo N° 14, ahora dictar sentencias definitivas en los casos “repetitivos”, en los que exista una Sentencia “piloto”, o una jurisprudencia consolidada de las Salas, o una Sentencia “de principio” (un “leading case”), particularmente si ha sido dictada por la Gran Sala. Tales demandas eran hasta entonces examinadas por las Salas de siete jueces. Con esto se pretende agilizar el examen de los casos repetitivos que plantean cuestiones ya resueltas por el Tribunal, con lo que el tratamiento de los mismos será más rápido y más simple, pues se limitará a aplicar automáticamente la jurisprudencia existente.

Hay que tener en cuenta que a pesar del aumento de la carga de trabajo del Tribunal y de las novedades introducidas por el Protocolo núm. 14, el presupuesto del TEDH no se ha visto incrementado en los últimos años. El Tribunal se ha visto, pues, obligado a agudizar el ingenio y a modificar también sus métodos de trabajo. Utilizando las dos anteriores novedades, el TEDH agrupa casos inadmisibles, de forma que un mismo Juez único puede inadmitir multitud de demandas en una única sesión, o un mismo Comité puede dictar una única sentencia que englobe muchas demandas.

Además de las formaciones de juez único y los comités de tres jueces, las otras dos formaciones jurisdiccionales del Tribunal son las Salas de siete Jueces y la Gran sala de 17 jueces.

Las Salas examinan y deciden sobre las demandas que no sean objeto de decisión por parte de una formación de Juez único o de un Comité, o que un Comité haya remitido a la Sala por no haber alcanzado una decisión unánime al respecto, tanto en cuanto a la admisión como en lo referente al fondo del asunto.

La Gran Sala está compuesta por el presidente del Tribunal y los Presidentes de las otras Salas, así como, de oficio, por el Juez nombrado a título del Estado demandado de que se trate en cada caso o, en su defecto, el Juez *ad hoc*. De esta forma se puede asegurar la consistencia y uniformidad de la jurisprudencia. La Gran Sala es competente para examinar los casos en los que una Sala se inhibe antes de dictar Sentencia, porque dicho caso plantea

en principio una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o porque pueda haber riesgo de conflicto jurisprudencial, o bien cuando una de las partes solicita el reexamen del caso, por motivos similares, por parte de la Gran Sala, tras la Sentencia de la Sala. Tal solicitud debe ser presentada antes de que transcurran tres meses desde la fecha de la Sentencia dictada por la Sala. Un Colegio de cinco jueces filtra las solicitudes de reexamen y decide sobre cuáles de estos se pronunciará de nuevo la Gran Sala.

Por otra parte se fomenta la conclusión de acuerdos amistosos como forma de terminar el procedimiento de forma más flexible y rápida, que se ven plasmados en una decisión del Tribunal cuya ejecución será supervisada por el Comité de Ministros. Se facilita que la Sala intervenga activamente en el procedimiento de acuerdo amistoso en casos repetitivos, formulando ella misma propuestas concretas. Si el demandante no acepta, injustificadamente, una propuesta de acuerdo amistoso coherente con la jurisprudencia del Tribunal, el Estado demandado puede recurrir a una declaración unilateral que, una vez aceptada por el Tribunal, conducirá al archivo de la demanda (artículo 37 § 1 c del Convenio). El Tribunal puede no aceptar la propuesta de acuerdo amistoso presentada por las partes o la declaración unilateral sometida por el Estado demandado.

Además, el Protocolo no 14 incluye algunas otras disposiciones relativas a la organización del Tribunal, entre las que destaco la habilitación al Comité de Ministros para iniciar, ante la Gran Sala del Tribunal, un procedimiento contra todo Estado que no ejecute una sentencia definitiva del Tribunal. La finalidad de este procedimiento por incumplimiento es que el Tribunal se pronuncie sobre si el Estado ha incumplido sus obligaciones derivadas del artículo 46 § 1 del Convenio. El Comité de Ministros también puede pedirle al TEDH que aclare una Sentencia, para facilitar su ejecución (artículo 46 § 3 del Convenio).

El Protocolo contiene, asimismo, una disposición tendente a facilitar la adhesión de la Unión Europea al Convenio, añadiendo un segundo párrafo al actual artículo 59.

Se ha avanzado mucho en el tratamiento de los casos inadmisibles mediante el examen por los jueces únicos, (a 30 de noviembre de 2014 ha disminuido en un 56% el número de casos

de juez único pendientes con respecto al 1 de enero del mismo año) y en el examen de los casos repetitivos.

En todo caso, se han dictado en lo que va de año (hasta el 30 de noviembre de 2014), unas 2.300 sentencias y 79.600 decisiones de inadmisión o archivo aproximadamente. El número total de demandas pendientes a 30 de noviembre de 2014 es de un 28% menos que a 1 de enero de 2014. De entre todas ellas, algo menos de 30.000 corresponden a casos de Sala o Gran Sala (un 24% menos que a principios de año), algo más de 30.000 a casos a tratar en Comité (repetitivos) y algo menos de 12.000 a casos a tratar por los jueces únicos (de inadmisión o archivo) -respectivamente, un 12% y un 56% menos que lo que quedaba pendiente a 1 de Enero de este año). El número de nuevas demandas registradas ha disminuido en un 13% en lo que va de año, quizá gracias a una mayor colaboración con los Estados que empiezan a implementar reformas y a solucionar problemas a nivel interno, en particular por lo que se refiere a los efectos de las Sentencias piloto.

Con la adopción del procedimiento de Sentencias « piloto » el Tribunal “elige” la o las demandas representativas de un grupo numeroso de demandas similares que muestra la existencia de un problema sistémico en el Estado de que se trate, y resuelve dicha demanda o demandas mediante una Sentencia “piloto” en la que indica las medidas generales que se imponen para facilitar y garantizar la solución en el ámbito del Estado del problema de que se trate y las medidas individuales para la ejecución de la Sentencia. El Estado demandado tiene entonces la obligación jurídica de pagar a los interesados las correspondientes sumas a título de la satisfacción equitativa del artículo 41 del Convenio, pero también de adoptar las medidas generales y particulares, bajo el control del Comité de Ministros, que debe integrar en su orden jurídico interno para poner fin a la vulneración constatada por el Tribunal y borrar sus consecuencias, suprimiendo además todo obstáculo en el ejercicio de su derecho a las numerosas personas afectadas por la situación en cuestión. Esta es una de las cuestiones claves en la necesaria reforma del sistema: poner remedio a las vulneraciones del Convenio derivadas de problemas estructurales en los diferentes Estados. Las Sentencias piloto muestran la inclinación del Tribunal a adoptar Sentencias que van más allá de ser meramente declarativas y a objetivar los recursos

con una cierta desafección del Tribunal por el derecho subjetivo individual. El TEDH indica a los Estados cómo solucionar problemas derivados de vulneraciones estructurales, intentando evitar así situaciones repetitivas vulneratorias de derechos fundamentales, según el principio de subsidiariedad en el que se inspira todo el sistema. La indicación de medidas generales mediante las Sentencias piloto convierte al Tribunal en una especie de «legislador positivo» que dice al Estado cómo debe legislar⁸. Este procedimiento de Sentencias “piloto” es una muestra más de que el Tribunal no se limita a interpretar y aplicar el Convenio desde su torre de marfil sino que necesita del concurso de las jurisdicciones internas, con carácter previo, en virtud del principio de subsidiariedad, y a posteriori, en el marco de la ejecución de sus Sentencias, para que la protección de los derechos fundamentales quede garantizada en el marco de sus competencias.

En la cumbre de Brighton que se celebró los días 18 al 20 de Abril de 2012 se insistió en la aplicación del principio de subsidiariedad según el cual la protección de los derechos y libertades previstos en el Convenio debe ser garantizada en primer lugar a nivel nacional. Se decidió entonces hacer específicamente mención de este principio de subsidiariedad, así como del margen de apreciación, en el Preámbulo del Convenio. Ambas cuestiones han sido ya incluidas en el Protocolo N° 15, abierto a la firma en 2013. Se pretende con esta inclusión reforzar la transparencia y la accesibilidad del sistema⁹.

- 1) Según el principio de subsidiariedad, y de acuerdo con su jurisprudencia, el Tribunal podrá llevar a cabo su función como garante de los derechos del Convenio únicamente en aquellos casos en los que las instancias nacionales hayan tenido oportunidad para examinar las vulneraciones de derechos y

⁸ ABRISKETA, J., “La Sentencia pilote: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador” en *REDI*, vol. LXV (2003)1, pp. 73-99.

⁹ Otras novedades aportadas por el Protocolo N° 15 son las siguientes : el mandato de los jueces, (se suprime el límite de 70 años pero los jueces deben tener menos de 65 años en el momento de su elección, con lo que la edad límite se extiende, en la práctica, hasta los 74 años) ; la supresión del veto de las partes a la decisión de la Sala de inhibirse a favor de la Gran Sala ; reducción de 6 a 4 meses del plazo para presentar la demanda desde la decisión interna definitiva; modificación del actual art. 35§ 3 b) CEDH, relativo a la ausencia de perjuicio importante, simplificándolo, con lo que se pretende dar plena eficacia al principio de *minimis non curat praetor* y reforzar la capacidad del TEDH de concentrarse en los casos realmente importantes.

libertades alegadas por los recurrentes y no las hayan remediado adecuadamente, según se deriva del propio texto del artículo 35 § 1 del Convenio, que establece que “*al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos*”. Se trata, pues, de un requisito para la admisibilidad de las demandas, pues el demandante deberá haber acudido ante los tribunales internos y agotar los recursos existentes para remediar la vulneración

que alega. Pero el principio de subsidiariedad implica también que la garantía de los derechos del Convenio constituye una responsabilidad compartida entre los Estados y el Tribunal y que los Estados establecer recursos efectivos frente a las posibles vulneraciones de tales derechos. Ello significa que, en el ámbito interno de cada Estado, debe establecerse un sistema de remedios efectivos frente a las violaciones de dichos derechos¹⁰.

2) El último apartado del Preámbulo al Convenio que introducirá el Protocolo N°15 se refiere también al margen de apreciación de las autoridades nacionales a la hora de pronunciarse sobre violaciones de derechos del Convenio, margen de apreciación que estará “sujeto a la jurisdicción y supervisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Desde la Sentencia de 7 de diciembre de 1976, relativa al caso *Handyside contra Reino Unido* (en el que se planteaba el problema del secuestro, de conformidad con la legislación inglesa sobre publicaciones obscenas, de un libro destinado a la educación sexual de las escuelas) el Tribunal ha reconocido que los Estados tienen un margen de apreciación a la hora de aplicar e interpretar determinados derechos garantizados por el Convenio, como consecuencia del carácter subsidiario del sistema de protección instituido en el Convenio. Este principio jurisprudencial, no reflejado en ninguna disposición del Convenio, es una manifestación del autocontrol judicial del Tribunal y del respeto a la soberanía nacional de los Estados parte. En virtud de este principio, el Tribunal reconoce que las autoridades nacionales, por su proximidad a los hechos y al contexto social y cultural,

¹⁰. Ver, Sentencia *Kudla C. Polonia*, de 26 de octubre de 2000, §148.

tienen una mayor facilidad para la comprensión y tratamiento adecuado de algunas situaciones relacionadas con el respeto a los derechos humanos que una jurisdicción internacional como el Tribunal. Por ejemplo, sobre las causas de utilidad pública en una privación de propiedad, sobre la necesidad de reglamentar el uso de símbolos religiosos en lugares públicos, etc. Por otra parte, el Tribunal no pretende imponer un derecho homogéneo en los Estados parte, no pretende armonizar, y es consciente de la diversidad de tradiciones jurídicas, culturales y políticas en la Europa de los 47 Estados partes. Por eso reconoce, por ejemplo, que no existe en Europa una concepción uniforme de la “moral” (Handyside), del significado de la religión en la sociedad, etc.

Lo importante es que las distintas soluciones nacionales se adecuen a un estándar mínimo europeo (artículo 53 del Convenio) que se deriva de la jurisprudencia del Tribunal. Pero el margen de apreciación no es ilimitado, está sometido a un control europeo : opera sobre todo en aquellas cuestiones en las que no existe un consenso europeo (el margen de apreciación del Estado será mayor), por ejemplo, la protección de la moral o ciertas cuestiones de bioética ; y no opera o es muy reducido cuando existe dicho consenso o si se trata de los derechos que conforman el núcleo duro de los derechos del Convenio (derecho a la vida, prohibición de las torturas, etc.), por ejemplo, igualdad de tratamiento entre hijos legítimos e ilegítimos.

En la cumbre de Brighton se fomentó igualmente la interacción entre el TEDH y las autoridades nacionales para mejorar la comprensión mutua de sus funciones.

En este sentido, el Protocolo N° 16 introduce una nueva Opinión Consultiva¹¹ Dicho Protocolo, abierto a la firma el 2 de octubre de 2013 introduce la posibilidad de que los tribunales nacionales acudan al Tribunal Europeo de Derechos Humanos solicitándole “*opiniones consultivas sobre cuestiones de principio en relación con la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus*

11. Para un estudio más detallado, véase LOPEZ GUERRA, L., “Los Protocolos de reforma números 15 y 16 al Convenio Europeo de derechos Humanos. Una nota”, en *Revista Española de Derecho europeo*, N°. 49, 2014, pp. 11-29.

protocolos”¹². El procedimiento de opinión consultiva del Protocolo N° 16 es distinto del ya existente en el Convenio regulado en sus artículos 47 a 49, relativo a la solicitud de opiniones consultivas por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa. El nuevo procedimiento versa sobre solicitudes por parte de órganos jurisdiccionales de los Estados y tiene por objeto la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y sus protocolos, materia ésta expresamente excluida por el artículo 47 del Convenio del contenido de las peticiones de opinión expresadas por el Comité de Ministros¹³.

El nuevo procedimiento de opinión consultiva se configura a partir de una solicitud, por un tribunal nacional al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la interpretación que debe darse a una norma de Derecho internacional - el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁴ -. Se caracteriza por las siguientes notas:

- a) El procedimiento tiene carácter opcional. Los Estados firmantes del Convenio pueden acogerse o no al sistema de opiniones consultivas. La ratificación del Protocolo es opcional. El Protocolo se aplicará en aquellos países que lo hayan ratificado, una vez alcanzado el límite mínimo de diez ratificaciones (artículo 8 del Protocolo).

Por otra parte, el artículo 1 del Protocolo N° 16 establece que sólo “los más altos tribunales” de los Estados que lo hayan ratificado podrán solicitar opiniones consultivas al Tribunal. Serán, pues, esos tribunales nacionales y no el Estado (en caso de que dicho Estado

12. Artículo 1 del Protocolo.

13. La Asamblea Parlamentaria rechazó la terna de candidatos a Juez del Tribunal presentada por Malta por no contener ninguna candidata. El Comité de Ministros solicitó una Opinión consultiva del Tribunal sobre esta cuestión para determinar si esta práctica (de que las ternas contuvieran, al menos, una candidata del sexo infrarrepresentado) aplicada por la Asamblea Parlamentaria era compatible con el Convenio. El Tribunal, en su primera Opinión consultiva de la historia, de 12 de febrero de 2008, sostuvo que esta práctica no era compatible con el artículo 21 del Convenio, pues esta disposición sólo exige la más alta consideración moral de los candidatos y se refiere a las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales. El Tribunal estimó que la Asamblea Parlamentaria debía prever excepciones para cuando el Estado no pudiera encontrar candidatos del sexo infrarrepresentado que respondieran al mismo tiempo a las condiciones del artículo 21 del Convenio. La segunda (y, por el momento última) opinión consultiva del Tribunal fue dictada el 22 de enero de 2010, y también trataba cuestiones relativas a listas de candidatos a Juez.

14. El Presidente del Tribunal, Dean Spielmann, se refiere al Protocolo N° 16 como el “Protocolo del dialogo ». Actas de la Conferencia de Oslo sobre el futuro a largo plazo del tribunal europeo de Derechos Humanos. 7-8 de abril de 2014.

hayan ratificado el Protocolo), los que decidan, discrecionalmente, si deben plantear o no la solicitud de opinión consultiva.

b) Solicitud de opinión consultiva y procedimiento. Las solicitudes de opiniones consultivas dirigidas por los tribunales nacionales al Tribunal de Estrasburgo se plantearán únicamente “en el contexto de un caso pendiente” (artículo 1 § 2), por lo que no cabe plantear opiniones consultivas sobre cuestiones abstractas. Aunque el Protocolo no establece expresamente que la solicitud de opinión consultiva suspenda el procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional durante su tramitación ante el Tribunal de Estrasburgo, parece que tal deberá ser el caso, pues dicha solicitud se referirá a un “asunto pendiente ante él”. Esto implica que el Tribunal deberá adoptar un procedimiento suficientemente para que el procedimiento no pierda su eficacia. El planteamiento de la opinión consultiva deberá hacerse de manera motivada, explicando las razones para formularla, presentando “los datos pertinentes del contexto jurídico y fáctico del asunto pendiente” (artículo 1 § 3).

En cuanto a la decisión sobre la admisibilidad de la opinión consultiva, la misma será competencia de un panel de cinco jueces nombrados en el seno del Tribunal entre los cuales deberá incluirse al juez elegido a título del país del órgano jurisdiccional que solicite la opinión, y que examinará si tal solicitud trata sobre “cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades que definen el Convenio y sus Protocolos”. El panel que inadmita una solicitud de opinión consultiva debe indicar las razones de tal inadmisión (artículo 2 § 1)

Una vez admitida la solicitud por el panel de cinco jueces, la Gran Sala del Tribunal, en la que deberá figurar el juez elegido respecto del Estado del órgano jurisdiccional que solicita la opinión, dictará su resolución. No es un procedimiento contradictorio, por lo que no resulta obligatoria la intervención del Gobierno del Estado en cuestión, ni de ninguna otra parte (otros Estados parte del Convenio, las partes en el caso pendiente ante el tribunal nacional, etc.) aunque tanto el Estado del órgano jurisdiccional en cuestión como el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa pueden hacerlo si lo estiman conveniente,

pudiendo formular observaciones escritas o participar en la audiencia, si esta se celebra. es que se celebren sobre el caso. En cuanto a los demás, el Tribunal podrá invitarles a intervenir en el procedimiento de opinión consultiva. También cabe la posibilidad de que terceros intervinientes formulen alegaciones escritas o intervengan en audiencias públicas en el marco de este procedimiento. No obstante, no cabe olvidar la celeridad que el procedimiento de opinión consultiva deberá respetar si se precisa recibir la respuesta del Tribunal de Estrasburgo para la resolución del caso, por parte del juez nacional que planteó la solicitud de opinión consultiva, que se encuentra pendiente ante él y que motivó la solicitud.

El procedimiento culmina con la emisión de la opinión por parte del Tribunal. Los miembros de la Gran Sala puedan emitir votos particulares. Las opiniones consultivas del Tribunal de Estrasburgo son, como su propio nombre indica, “consultivas” y no vinculantes para el órgano jurisdiccional que formuló la solicitud. No obstante, aunque un tribunal nacional no hiciera uso de una opinión consultiva dictada por el Tribunal al dictar su decisión, dicha opinión formaría parte en todo caso del acervo jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo, que podría aplicarla en las demandas individuales presentadas por cualquiera de las partes en el caso ante ese tribunal nacional y servirá de guía y directriz para la interpretación del Convenio en la resolución de futuros casos.

Víctor de Currea Lugo¹⁵

LA REFORMA A LA SALUD EN COLOMBIA¹⁶

1. La Salud en la Constitución Política de 1991

La Constitución de 1991 da al país una nueva definición al pasar del Estado de Derecho (Constitución de 1886) a “Estado Social de Derecho” en el que son fines del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”¹⁷ rechazando la interpretación retórica del Estado social. En palabras de la Corte Constitucional, “el Estado social y democrático tiene una concreción técnica en la noción de servicios públicos” no de manera accidental sino deliberada, pues “el constituyente al acoger esta forma de organización político-social elevó a deber constitucional del Estado suministrar prestaciones a la colectividad”. Así pues, “los servicios públicos no pueden verse como una pesada carga que recae sobre el Estado burocrático sino como un logro conceptual y jurídico de los ciudadanos en su propio beneficio. La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados” subordinación que determina la propia legitimidad del gobernante pues ésta, en últimas “depende del cumplimiento de sus deberes sociales y de la eficacia de la gestión pública”.¹⁸

En principio, la Constitución establece el derecho a la salud como parte de la seguridad social. La Corte Constitucional entiende el concepto de seguridad social como el “conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna.”¹⁹

15. Doctor en Derechos Humanos Instituto Ortega Gasset de la Universidad Complutense de Madrid, Máster en Estudios Latinoamericanos. Especialista en Derechos Humanos y en Gerencia de Servicios de Salud. Médico. Asesor sobre el Derecho de la Salud.

16. Texto adaptado de: DE CURREA-LUGO, Víctor: *Salud y neoliberalismo*, Universidad El Bosque, Bogotá, 2010

17. Artículo 2, *Constitución Política de Colombia*

18. CORTE CONSTITUCIONAL: .Sentencia T-540, septiembre 24 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes.

19. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-116 de marzo de 1993. MP: Hernando Herrera.

De lo anterior se deducen varias cosas: en primer lugar, la responsabilidad estatal en la dirección del Sistema de Salud no se reduce a su coordinación o a hacer asesorías técnicas o desarrollos reglamentarios. Es decir, las fallas que tenga (o pueda tener) el Sistema es un asunto del Estado.

De la jurisprudencia de la Corte se deducen también los principios que rigen el sistema de salud: el de eficiencia, que consiste en “la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a los que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente”²⁰. Este principio implica: a) aceptar una tensión entre los recursos ‘disponibles’ y los ‘necesarios’ para garantizar un mínimo digno básico. b) El deber estatal de garantizar el acceso a los servicios y su calidad. c) La oferta en salud que se reglamente debe ser suficiente para dar cuenta del núcleo básico.

El principio de universalidad habla de “la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación en todas las etapas de la vida”; la universalidad es central en la reglamentación a que tenga lugar la salud en la ley. No pueden, entonces, desarrollarse ofertas de servicios o planes de salud que estén basados en algún tipo de discriminación, por ejemplo, en relación con la posición económica o el poder adquisitivo. Pero este principio tiene en la norma excepciones precisas: la ley 100 y el sistema general de salud “no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”²¹.

Las normas generales del sistema, permiten afirmar que: a) se retoma la idea ya presentada de la salud como servicio público. No porque el servicio de la salud se haga a través de instituciones privadas deja de ser un servicio público, ni tampoco deja de ser objeto de regulación estatal. b) Se entiende que el acceso de todas las personas a la salud debe respetar el principio de igualdad y de equidad. c) El Estado no puede delegar a los particulares su deber de regular los servicios de salud. d) La atención básica en salud es gratuita. En el caso de los niños la Constitución plantea que la salud es un claro derecho fundamental²² y determina de

20. Los principios aquí citados corresponden a como se definen en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993

21. Artículo 279, Ley 100 de 1993

22. Artículo 44, Constitución Política de Colombia

manera explícita que los niños menores de un año que carezcan de afiliación a la seguridad social tendrán derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, aunque en la práctica esta obligación se exige casi únicamente a los hospitales públicos.

2. Sistema de salud en Colombia

2.1. Planes de salud, regímenes de beneficios y entidades

El sistema contempla dos regímenes: el subsidiado y el contributivo, y tres regímenes de beneficios: el POS contributivo, el POS subsidiado y los planes de salud complementarios. El Régimen Contributivo está destinado a cubrir a las personas de una empresa o entidad con contrato de trabajo y a trabajadores independientes con capacidad de pago, es decir, que devengan más de dos salarios mínimos mensuales. El monto de la cotización se establece sobre la base del salario del afiliado: se cotizan al sistema 12 puntos (12 por ciento), discriminados así: el empleado aporta 4 puntos y el empleador 8 puntos. De acuerdo con la ley, esa cotización debe cobrarla la EPS y entregarla al Fondo de Solidaridad y Garantía. El Fondo reconoce una cuantía fija mensual por persona (Unidad de Pago por Capitación, UPC) a la EPS, que se calcula independiente del monto en términos absolutos cotizado por el trabajador y su empleador.

El segundo régimen es el subsidiado. El régimen subsidiado tiene por destino cubrir a todas las personas sin capacidad de pago. Se define como “el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y de su núcleo familiar al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago total o parcial de una Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, con recursos fiscales o de solidaridad”²³. Su nombre obedece, en principio, a que el sistema paga un subsidio para sus gastos en salud. Pero ese subsidio no apunta, como lo mostraremos en la presentación del POS, a subsidiar de tal manera que todas las personas puedan recibir el mismo plan de salud en igualdad de condiciones sino que subsidia a partir de un plan ya diferenciado. El plan subsidiado es proporcional al valor reconocido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) para

23. Artículo 2, Decreto 2357 de 1995

la UPC del régimen subsidiado (UPC-S). Se afilia, entonces, a la población pobre que el sistema de salud reconoce como tal. El CNSSS define la población prioritaria teniendo en cuenta que la afiliación es gradual y que esa gradualidad depende del volumen de recursos²⁴. Es decir, mientras que el régimen contributivo tiene mecanismos de ingreso inmediato, el régimen subsidiado está supeditado al volumen de recursos.

Sobre el Plan Obligatorio de Salud, POS, dice la ley que “todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales”²⁵. El POS busca “la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”²⁶. El POS es pues la oferta reglamentada de servicios de salud. El Plan presenta dos modalidades: a) un Plan Obligatorio de Salud “completo”, para las personas afiliadas al régimen contributivo (POS-C); b) un Plan Subsidiado (POS-S), la mitad del propio del régimen contributivo y destinado a las personas afiliadas al régimen subsidiado. Mientras el POS-C es claro en la ley, el Plan subsidiado queda a decisión del CNSSS²⁷. La ley 100 de 1993 proyectó que antes del año 2001 habría una cobertura total y una igualación del POS-C al POS-S²⁸.

Por otro lado, los Planes Adicionales de Salud, también llamados Planes de Atención Complementaria, PAC, definidos en los decretos 1938 de 1994 y 806 de 1998, son “aquel conjunto de beneficios que comprenden actividades, intervenciones y procedimientos no indispensables ni necesarios para el tratamiento de la enfermedad y el mantenimiento o la recuperación de la salud o condiciones de atención inherentes a las actividades, intervenciones y procedimientos incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud”. Esta definición crea una

24. Artículo 29, Decreto 806 de 1998

25. Literal c, artículo 156, Ley 100 de 1993

26. Artículo 162, Ley 100 de 1993

27. Artículo 13, Decreto 806 de 1998

28. Artículo 157, Ley 100 de 1993

categoría de actividad “no indispensable / no necesaria” en la que elementos propios del servicio de salud dejan de entenderse como parte de la atención integral y se asumen como servicios ‘suntuosos’, pues se definen en la norma como los “no incluidos en el POS.”

Las personas afiliadas y beneficiarias del régimen contributivo no entrañan en principio discusión: son afiliados los trabajadores cotizantes a la seguridad social y son beneficiarios sus familiares. Pero para la selección de las personas necesitadas de subsidio estatal hay discusiones sobre los criterios y los mecanismos más idóneos. La ley recurrió al Sistema de Identificación de Beneficiarios para Programas Sociales, Sisben, para determinar las personas merecedoras del subsidio y su magnitud.²⁹

Además de las personas cubiertas por el régimen contributivo y el subsidiado, existe un tercer grupo: el de aquellas que carecen de recursos pero que no han sido incorporados al sistema y por tanto no tienen ningún servicio de salud; entre ellas se destacan los indigentes, los indígenas y la población de áreas rurales de difícil acceso. El sistema los llama “vinculados” pero son, en rigor, desvinculados del sistema. Se calcula que bajo esta denominación se encuentran varios millones de colombianos (es decir, paradójicamente, ‘no vinculados’ al Sistema).

Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, son las instituciones de orden administrativo que actúan como intermediarias entre la persona que necesita unos servicios y la entidad que los ofrece; es decir, entre el usuario y la Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, la IPS. Estas entidades “tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de servicios de las IPS”³⁰. Por cada persona afiliada y beneficiaria, la EPS recibe una UPC (Unidad de Pago por Capitación)³¹ de la que toma un porcentaje para sus gastos administrativos. Las EPS son las encargadas del recaudo de cotizaciones, del cual deben dar cuenta al Fondo de Solidaridad y Garantía³².

29. El Sisben es un conjunto de normas y procedimientos para obtener información socioeconómica para focalizar el gasto social, representado mediante un indicador resumen de calidad de vida. MINISTERIO DE SALUD: *Organización de los Sistemas...* Op. cit., p. 204

30. Literal e, artículo 156, Ley 100 de 1993

31. Literal f, artículo 156, y artículo 182, Ley 100 de 1993

32. Artículo 177 y 178, Ley 100 de 1993

Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS, son, según la ley, “entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema...”³³. Es decir, las IPS son las instituciones que brindan servicios de salud (hospitales, centros de salud, asociaciones de profesionales, consultorios). Estos sitios son contratados por las EPS, para que asistan en salud a sus afiliados, los cuales podrían, teóricamente, elegir libremente la IPS.

2.2. Financiación del sistema de salud

La Constitución de 1991 crea una nueva figura: el Situado Fiscal³⁴ como parte de los Ingresos Corrientes de la Nación. Estos ingresos son el conjunto de los recaudos nacionales por concepto de IVA, de impuestos de renta y al comercio exterior. A partir de los procesos de descentralización³⁵, corresponde al municipio la administración última de los recursos de la salud, cuya fuente es el 25 por ciento de los Ingresos corrientes de la nación. De ese 25 por ciento, 15 puntos se destinan al régimen subsidiado. El monto total recaudado, dividido por el valor de la UPC, da como resultado el número de personas que esos recursos pueden cubrir. Este es el llamado cambio del subsidio a la oferta (dar recursos directamente a los hospitales) por dar recursos a los entes territoriales para que subsidien los requerimientos en salud de las personas (subsidio a la demanda).

Para el paquete restante de Ingresos Corrientes de la Nación no contemplados en el Situado Fiscal, la Constitución fija unos porcentajes para ser otorgados a los municipios con destinación exclusiva para inversión social. Finalmente, las rentas cedidas son los recaudos de impuestos que se realizan directamente en los departamentos y que tienen destinación específica para la salud, tales como loterías, cerveza y licores en general.

Para la administración de los recursos del sistema fue creado el Fondo de Solidaridad y Garantía, una cuenta cuya dirección

33. Literal i, artículo 156, Ley 100 de 1993

34. El Situado Fiscal se define como el porcentaje de Ingresos Corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos y los distritos para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios de educación y salud. Artículo 356, *Constitución Política de Colombia*.

35. Ley 10 de 1990 y Ley 60 de 1993

está a cargo del Ministerio de Salud³⁶ cuya unidad de cálculo es la llamada Unidad de Pago por Capitación, UPC, la cual es una recomendación del Banco Mundial para controlar los gastos en salud que consiste en el pago anticipado (la cotización) de una cantidad fija por persona³⁷. La UPC es el valor que anualmente reconoce el Fondo de Solidaridad y Garantía a las EPS por cada uno de sus afiliados. Existen dos tipos de UPC: la del régimen contributivo (UPC-C) y la del régimen subsidiado (UPC-S). Tienen distinto valor, la UPC-S es equivalente a la mitad del valor de la UPC-C. La etapa de transición para que el sistema unifique el valor de las UPC y por tanto unifique el Plan de Salud debía concluir, según la ley, en el año 2001³⁸.

Además de la cotización mensual, el sistema creó una segunda forma de pago: las cuotas moderadoras y los copagos, con el objeto de “regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso...”, en el caso de las cuotas moderadoras, y los copagos “como finalidad ayudar a financiar el sistema”. Las primeras, son aplicables a los afiliados cotizantes y a sus beneficiarios, mientras que los segundos, lo serán única y exclusivamente a los beneficiarios. En ambos casos, el soporte es el ingreso base de cotización del afiliado cotizante. Así, además de la cotización mensual de 12 puntos, las personas deben cancelar algo más por los servicios de salud que, en principio, aparecían integrales en el POS y cubiertos por la cotización de salud. Existen además las cuotas de recuperación, que son los montos que deben aportar los beneficiarios del régimen subsidiado de acuerdo con el nivel del Sisbén en el que están ubicados. Dicho de una manera práctica, las cuotas de recuperación son los “copagos de los pobres”, teóricamente, para evitar que abusen de los servicios de salud. Su pago se efectúa directamente a los servicios de salud.

36. Literal 1, artículo 156, Ley 100 de 1993 y Artículo 5, Decreto 1283 de 1996

37. BANCO MUNDIAL y FONDO MONETARIO INTERNACIONAL: Revista Finanzas y Desarrollo, septiembre de 1993. Citado por: SINDICATO NACIONAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: La privatización de la salud en Colombia. SINDESS, Bogotá, 1996, p. 34

38 . Artículo 162, Ley 100 de 1993

3. La reforma a la salud

Las competencias del sector privado en materia de derechos humanos, del derecho a la salud, no deben entenderse como una renuncia del Estado a sus deberes, sino como la convicción de que, por un lado, los derechos humanos afectan también el espacio de las relaciones privadas y, por otro, de que los particulares están obligados al acatamiento de ciertos principios constitucionales, como el ya visto de la solidaridad. Según la Corte Constitucional:

*“El Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas; el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado (...) Ahora bien, en última instancia el responsable de mantener la vigencia de los derechos fundamentales es el Estado. Es él quien tiene la tarea de establecer las normas que regulen —acorde con los derechos fundamentales— las relaciones privadas, así como sancionar las conductas que lesionen los derechos...”*³⁹

La Corte Constitucional da la misma definición de servicio público independientemente si el prestador es del sector público o del sector privado.

*“Resulta claro que la tesis a cuyo amparo era considerada como de servicio público únicamente la actividad realizada por la administración, ha sido superada, razón por la cual lo corriente en la época actual es que se permita a los particulares, o a entidades provenientes del sector privado, acudir a prestar tales servicios, dentro de las prerrogativas que les otorgue el ordenamiento jurídico y, desde luego, sujetándose éstos a los controles especiales que contempla la normatividad en defensa de los intereses colectivos (...) Nos encontramos, entonces, ante la posibilidad de que los particulares puedan garantizar la prestación del servicio público, lo cual implica la concesión de ciertas prerrogativas, con obligaciones que corresponde cumplir al particular y que al mismo tiempo impone a la administración el deber de inspeccionar tales actividades”.*⁴⁰

39. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-587, noviembre 12 de 1992, MP: Ciro Angarita Barón.

40. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia: T-443, julio 6 de 1992, MP: José Gregorio Hernández.

Una vez aclarados estos dos aspectos, la exigibilidad jurídica de derechos humanos a instituciones privadas comprometidas en la oferta de un servicio público y los límites constitucionales a la libertad de empresa, podemos entrar al debate entre el sistema de salud y los derechos humanos.

3.1. Organización del sistema

El principal problema es la existencia de dos tipos de población de cara al sistema de salud y de los criterios que hay para su creación y definición, sobre la base de su capacidad de pago. Un sistema de salud basado fundamentalmente en la cotización sobre el salario, es más grave en un país con un índice importante de pobreza, desempleo, de subempleo y de empleo informal.

La segunda gran crítica al sistema de salud es la serie de exclusiones planteadas para el mismo régimen subsidiado. Muchas de esas exclusiones son incompatibles con la noción de integralidad de la atención planteada en el sistema. Y el tercer problema es la conjugación de los dos anteriores: las exclusiones y su impacto en el régimen subsidiado. Más allá de la lista de exclusiones, el gran inconveniente para la población del régimen subsidiado es la limitación que establece el sistema a unos gastos en salud que no pueden superar el costo de una ya diferenciada UPC para el régimen subsidiado. Esto se agrava porque el desarrollo del régimen subsidiado se ha aplazado y cuenta con unos frágiles mecanismos de administración, lo que da la idea de un sistema centrado en la garantía del régimen contributivo.

Por último, preocupa la lógica que predomina en el sistema: la lógica de la eficacia del servicio, entendida la eficacia en términos de rentabilidad, no de la garantía de la calidad que determina la ley. Este fenómeno permea todo el sistema, no sólo a las instituciones de salud privadas: en la medida en que el modelo determina que también las instituciones públicas deben ser autónomas en la gestión de sus recursos, y deben ser capaces de asegurar unos ingresos por venta de servicios de salud que sean, por lo menos iguales a sus ingresos para garantizar su propio equilibrio financiero.

Esa lógica ha llevado, tal como lo demuestran muchos testimonios cotidianos y además las mismas sentencias de jueces constitucionales, a la violación de varios derechos: la libertad,

la intimidad, la dignidad y hasta la vida, por el desarrollo de prácticas que aseguren del cliente el pago de los servicios de salud para garantizar el equilibrio financiero y la supervivencia de los hospitales.

El hospital público queda, dentro de esta lógica del mercado, compitiendo en la venta de servicios con los hospitales privados, pero sin que haya igualdad en los deberes entre los dos: el hospital público debe responder por la atención de las personas del régimen subsidiado y por las llamadas vinculadas al sistema. La norma entonces determina un marco de responsabilidad igual para instituciones de naturaleza y regímenes diferentes cuya competencia no significa, como afirman algunos, una actividad complementaria sino un subsidio del Estado a los servicios privados⁴¹.

3.2. Planes de salud

En la Constitución es clara la protección especial del Estado a las personas en condición de “debilidad manifiesta”⁴², principio que constituye un elemento central en la discusión sobre la organización de los diferentes planes de salud. Esa interpretación se ha aplicado a casos concretos relacionados con prestaciones estatales:

*“... El Estado debe proteger y atender de manera especial a las personas con debilidad manifiesta por su condición económica, física y mental. La situación descrita transforma la obligación genérica del Estado frente a las personas débiles o marginadas, en obligación específica y hace nacer el correlativo derecho a exigir las prestaciones correspondientes por parte de las personas en quienes concurran las circunstancias de debilidad manifiesta”*⁴³.

Según la ley, “todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud (...) que será denominado el plan obligatorio de salud”⁴⁴. Pero tal integralidad se desvanece en la misma ley 100, pues no ofrece un servicio en igualdad de condiciones para todas las personas,

41. FLEURY, Sonia: “¿Universal, dual o plural? Modelos y dilemas de atención de la salud en América Latina”. Multicopiado, Fundación Getulio Vargas, Río de Janeiro, (sin fecha)

42. Artículo 13, *Constitución Política de Colombia*

43. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-401, junio 3 de 1992. MP: Eduardo Cifuentes.

44. literal c, artículo 156, Ley 100 de 1993

sino que crea dos formas de administración y dos ‘paquetes’ de servicios, dos POS: uno para los cotizantes y otro para los que no tienen capacidad de pago. La norma además determina que “cuando el afiliado al Régimen Contributivo requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS deberá financiarlos directamente”⁴⁵.

El problema es que esta división de servicios basada en las formas de financiación, termina creando sistemas con tratos diferentes a sus usuarios, lo que implica la formación de ciudadanos de primera y de segunda clase: “mientras que en las políticas de seguridad social el beneficio es un derecho que el individuo posee dada su contribución al financiamiento del mismo, las políticas de asistencia pública revisten un carácter caritativo, una dádiva a los sectores más necesitados”⁴⁶. Sobre el POS hay varias consideraciones:

a) La idea inicial conserva el cubrimiento de “todas las patologías” que, como veremos más adelante, se diluye en el desarrollo de la ley y de los decretos reglamentarios, con mecanismos como los “períodos mínimos de cotización” para ciertas enfermedades.

b) El Plan no depende de las necesidades de las personas sino a la definición que hace la ley, lo que “legítima” la reducción del derecho a la salud al marco legal y financiero que se determine. Así, la reglamentación de la ley 100 precisó una lista de exclusiones del POS contributivo⁴⁷ tales como: tratamientos de infertilidad, tratamientos de psicoterapia individual, corsés, sillas de ruedas y zapatos ortopédicos, medicamentos no autorizados o, literalmente, “medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el manual de medicamentos y terapéutica”, transplantes de órganos (ciertos transplantes quedan autorizados pero supeditados a la “discrecionalidad” del médico), tratamientos de periódoncia, ortodoncia y prótesis, tratamientos de enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando de ellas no exista posibilidades de recuperación, tratamientos de

45. Parágrafo, artículo 28, Decreto 806 de 1998

46. ISUANI, “Seguridad social y...” *Op. cit.*, p. 113; y en general sobre este debate, ver: pp. 113-128

47. Ver: artículo 15, Decreto 1938 de 1994 y Artículo 7, Acuerdo 8 de 1994, CNSSS

carácter experimental y, finalmente, actividades, intervenciones y procedimientos no autorizados expresamente en el respectivo manual. Este último concepto tal vez el más peligroso de todos.

c) La reglamentación plantea que “la aplicación del Plan Obligatorio de Salud en sus diferentes fases y niveles de complejidad se desarrollará de acuerdo con el equilibrio financiero del sistema”⁴⁸. El POS está supeditado no al perfil epidemiológico de las personas ni a las necesidades en salud sino a la viabilidad financiera del Sistema.

La discusión relacionada con los medicamentos ‘esenciales’ es una discusión específica. Esos medicamentos se definen no sobre la base de la necesidad médica de su uso sino “porque su costo se ajusta a las condiciones de la economía del país”⁴⁹. El Defensor del Pueblo demandó esa primera reglamentación del POS, mediante una acción pública de nulidad, alegando la ausencia de elementos de universalidad y de integralidad⁵⁰, que sí aparecen en la ley 100 de 1993. Sin embargo, el Consejo de Estado denegó la demanda.

3.3. Población excluida

Es largo y complejo explicar la lista de excluidos del POS, los argumentos financieros a favor de la exclusión y los argumentos jurídicos en contra. Si bien es cierto que algunas de tales exclusiones se han modificado en reglamentaciones posteriores, esto no es relevante para nuestro debate el cual muestra la lógica excluyente con la que fue concebido el sistema.

Empecemos por citar las exclusiones de los elementos para los discapacitados, algunas de las cuales han sido derogadas por medios jurídicos. En uno de estos casos la Corte Constitucional dijo: “...de ahí, que no sean válidas desde la perspectiva constitucional las exclusiones o limitaciones a los servicios que proporciona el plan obligatorio de salud, cuando se afectan los referidos derechos. La Constitución es norma de normas y cuando se presente la incompatibilidad entre ésta y la ley o

48. Artículo 12, Decreto 1938 de 1994

49. Parágrafo 1, artículo 23 del Decreto 1938 de 1994

50. La Acción Pública de Nulidad fue presentada por el Defensor del Pueblo ante la Sección Primera –Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado-, 9 de marzo de 1995

cualquier otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales...”.⁵¹ En el caso de un niño sordo de nacimiento que requería un implante coclear, la Corte Constitucional consideró: “Es cierto que (el paciente) puede sobrevivir sin el implante coclear; pero cabe preguntarse, ¿en qué condiciones podría seguir viviendo? (...) El derecho a la vida implica una existencia digna y no una mera existencia (...) omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana”⁵². La Corte también se ha pronunciado sobre lentes,⁵³ zapatos ortopédicos⁵⁴ y cirugías que la EPS quería presentar como estéticas, cuando realmente tenían fines terapéuticos⁵⁵.

La reglamentación de la ley dice que se excluyen del POS “actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas”⁵⁶. Así, elementos necesarios para la rehabilitación médica y también social quedan excluidos del POS, desde la visión reduccionista de la rehabilitación y de la atención médica, que es común a las EPS. Con esa noción, varias EPS han negado la terapia de lenguaje y aparatos necesarios como los audífonos⁵⁷.

Otra exclusión es la realización de transplantes. Amparadas en la exclusión legal, las EPS han rehusado la prestación del servicio e incluso han dejado de prestar los demás cuidados como medicamentos y exámenes de laboratorio. Solo entre abril y junio de 2000, la Asociación de Enfermos Hepáticos reportó seis casos de pacientes que fallecieron por la negativa de las empresas⁵⁸. Las EPS se escudan en que este tipo de tratamientos no hacen parte del POS, pero, además, tampoco hacen parte de

51. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia: T-640 de 1997, MP: Antonio Barrera.

52. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-236, mayo 21 de 1998, MP: Fabio Morón.

53. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia: T-645 de 1998, MP: Fabio Morón Díaz.

54. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia: T-597 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes

55. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia: T-102 de 1998, MP: Antonio Barrera.

56. Literal n, artículo 15, Decreto 1938 de 1994

57. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-159 de abril de 1995. MP: Hernando Herrera.

58. “EPS no cubren enfermedades hepáticas severas. Ni se le ocurra enfermarse del hígado”. *El Tiempo*, Bogotá, junio 27 de 2000

las enfermedades llamadas catastróficas o de alto costo, con lo que las personas no tienen ningún mecanismo de cobertura para enfermedades como hepatitis B y C, cirrosis y falla hepática severa. Sobre casos de solicitud por vía de tutela de asistencia a pacientes con enfermedades hepáticas, “la Corte recuerda que la aplicación sin contemplaciones de las limitaciones y exclusiones previstas en las regulaciones que definen el POS vulnera el derecho constitucional a la vida y a la integridad física, de quien necesita el tratamiento no incluido en el POS, cuando (i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien se está solicitando el tratamiento.”⁵⁹

Una tercera exclusión es relacionada con servicios de salud mental. Esta medida muestra lo ajena que fue a nuestra realidad la formulación del POS en particular y del modelo de salud en general: según el Ministerio de Salud, en el momento de la reforma, alrededor del 40 por ciento de las personas tiene condiciones de riesgo para desarrollar una enfermedad mental⁶⁰. A pesar de estos datos, el POS excluyó “tratamientos de psicoterapia individual, psicoanálisis y psicoterapia prolongada” que es la que sobrepasa los 30 días después de haber hecho el diagnóstico, tiempo que puede gastarse entre una y otra cita con el especialista. Además, el tratamiento de las enfermedades mentales requieren tiempos mayores, no tenidos en cuenta en esta decisión; la norma vulnera otra vez el criterio médico y la misma realidad. Muchas veces la atención se redujo sólo a la fase crítica, pero “carece de sentido, frente a la Constitución, que la persona afectada por los síntomas de un desajuste psicológico sea rechazada en cuanto al acceso a la prestación de los servicios médicos que lo corrijan o morigeren, bajo el argumento de que no se encuentra en la fase crítica y, peor

⁵⁹. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-1204, 14 de septiembre de 2000, MP: Alejandro Martínez.

⁶⁰. MINISTERIO DE SALUD (Colombia): *Estudio Nacional de Salud Mental y Consumo de Sustancia Psicoactivas*. Bogotá, 1994

todavía, arguyendo que ya pasó la etapa inicial de dicha fase”⁶¹. Una cuarta exclusión es la de ciertos medicamentos. La ley estableció que un medicamento esencial es “aquel que reúne características de ser el más costo-efectivo en el tratamiento de una enfermedad, en razón de su eficacia y seguridad farmacológica, por dar una respuesta más favorable a los problemas de mayor relevancia en el perfil de morbimortalidad de una comunidad y porque su costo se ajusta a las condiciones de la economía del país”⁶². La lista aprobada de medicamentos esenciales es exhaustiva y los medicamentos recetados deberán ceñirse a tal lista “sin que por ningún motivo se admitan excepciones, salvo que el usuario los pague como parte de un plan complementario”⁶³.

El problema se sitúa en lo que ocurre con los medicamentos que: a) representan una alternativa terapéutica pero están excluidos del POS y son esenciales para un tratamiento determinado. b) constituyen una segunda elección, por ejemplo en caso de alergia del paciente al medicamento de primera elección c) son la elección frente a enfermedades poco comunes y por tanto no se contemplan dentro de la lista de medicamentos más usados. El sólo hecho de que exista un medicamento en las posibilidades disponibles por la ciencia implica su potencial uso terapéutico, máxime cuando el país ha reconocido ese medicamento y este cumple con los requisitos legales. Así mismo, el hecho de que exista una lista de medicamentos que se ofrece al paciente cercena tanto el derecho del médico de elegir el medicamento y en general la terapéutica que él considera adecuada, como el derecho del paciente de recibir de manera integral la terapéutica más adecuada para su condición. Con ocasión de una sentencia sobre el suministro o no de medicamentos no incluidos en el POS a pacientes con VIH, la Corte dijo:

“La negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohíben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni

61. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-248 de 1998. MP: José Gregorio Hernández

62. Parágrafo 1, artículo 23 Decreto 1938 de 1994

63. Artículo 13, Manual de actividades, intervenciones y procedimientos de seguridad social en salud.

cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes, ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico... ”⁶⁴

Los medicamentos para el tratamiento del VIH/Sida estaban excluidos del paquete de medicamentos del POS, pero también era claro para la Corte Constitucional que la exclusión legal no por ser legal es necesariamente legítima: “...el peticionario tiene el derecho a que se le brinde la totalidad del tratamiento en la forma prescrita, porque un tratamiento incompleto o que no se ciña a las recomendaciones médicas desconoce las prerrogativas del paciente”⁶⁵. Fruto de sentencias similares, el CNSSS decidió incluir en el POS los medicamentos para el tratamiento del sida, pero no por convicción propia sino por mandato de la Corte Constitucional. Luego de los debates anteriores, las EPS intentaron una última medida para no tener que asumir responsabilidad alguna frente a los pacientes con VIH / Sida: no afiliarlos al sistema, filtrarlos mediante la exigencia de examen de VIH a personas que solicitaran la afiliación. Esta medida obligó al gobierno a expedir un decreto prohibiendo ese tipo de medidas:

“Por ser la salud un bien de interés público y un derecho fundamental, las entidades de medicina prepagada, aseguradoras, promotoras o prestadoras de servicios de salud, sean públicas o privadas, no podrán exigir pruebas diagnósticas de laboratorio para el virus de inmunodeficiencia humana, VIH, como requisito para acceder a la cobertura respectiva de protección. La condición de persona infectada, por no corresponder a la noción de enferma, no podrá considerarse como una condición patológica preexistente... ”⁶⁶.

64. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-271, junio 23 de 1995. MP: Alejandro Martínez

65. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-271, junio 23 de 1995. MP: Alejandro Martínez

66. Artículo 40, Decreto 1543 de 1997

En quinto lugar, los planes de fertilidad. Según la Constitución, “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad” (...) El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia” y reconoce que “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”⁶⁷. Puesto que la familia es una prioridad del Estado social de derecho, que es un derecho de la pareja decidir sobre el número de hijos y establecida la protección a la mujer durante la gestación y el parto, preocupa la forma como se excluyen del POS los tratamientos contra la infertilidad⁶⁸, máxime cuando medio millón de parejas sufren esta enfermedad⁶⁹. Algunas fuentes hablan de dos millones de colombianos que tienen problemas de fertilidad. Según un experto en fertilidad, el alto costo es un sofisma: “En Colombia, el recurso humano está disponible, hay que coordinar el recurso técnico y tener una red de especialistas para manejar el 80 por ciento de los casos de infertilidad en etapas iniciales y con costos mínimos. Solo el 20 por ciento de casos requiere reproducción asistida”⁷⁰.

Sexto, la exclusión de pruebas diagnósticas. La formulación de un “Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del POS” generó dos inconvenientes: una limitación directa al ejercicio médico, y una limitación a las posibilidades diagnósticas y terapéuticas de las personas. Las listas que aparecen en el manual, cerradas, sin ninguna flexibilidad, se han convertido en la argumentación de las EPS para negar servicios y/o limitar sus responsabilidades con las personas a su cargo. Cuando se han solicitado ciertos exámenes, la EPS argumenta su exclusión del POS.

Séptimo, pacientes terminales y enfermedades catastróficas. La ley 100 no precisa lo relacionado con las enfermedades catastróficas. Su texto habla del cubrimiento de “diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías”⁷¹. Pero una norma posterior crea una categoría de enfermedades sobre la base del alto costo de su atención y las denomina patologías

67. Artículo 42, *Constitución Política de Colombia*.

68. Artículo 15, Decreto 1938 de 1994

69. “Los derechos de la mujer que olvidó la Ley 100”. *El Espectador*, Bogotá, diciembre 29 de 1996

70. “Debate por tutela que obliga a EPS a cubrir tratamiento para fertilidad” *El Tiempo*, Bogotá, abril 5 de 2002

71. Artículo 162, Ley 100 de 1993

catastróficas⁷² o ruinosas y las excluye del POS. Estas son⁷³: a) Tratamiento con quimioterapia o radioterapia para cáncer, b) Transplantes de órganos y tratamiento con diálisis para la insuficiencia renal crónica, c) Tratamiento para el sida y sus complicaciones, d) Tratamiento médico-quirúrgico para el paciente con trauma mayor, e) Tratamiento para el paciente internado en una unidad de cuidados intensivos, f) Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central, g) Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénito y h) Reemplazos articulares. Luego, el Manual de Intervenciones añade nuevas exclusiones al POS: transplantes renal, de corazón, de médula ósea y de córnea, y modifica el texto de la atención de cuidados intensivos para extenderlo a los cuidados de esta naturaleza aún fuera de una unidad de cuidados intensivos propiamente dicha⁷⁴ (cambia de “tratamiento para el paciente internado en una unidad de cuidados intensivos” a “terapia en unidad de cuidados intensivos”)⁷⁵.

Esta norma, elaborada con sentido de racionalidad económica, reduce el POS a patologías temporales (agudas) de bajo costo y de fácil recuperación. Mediante la norma y con el criterio del costo de la atención, no mediante el pronóstico o la decisión médica, se definen las enfermedades que puede atender una unidad de cuidados intensivos y las que se excluyen. Las exclusiones son: pacientes terminales, pacientes descerebrados y pacientes politraumatizados mientras no se les defina el tratamiento⁷⁶.

Esa “no definición de tratamiento” es una figura que recae en la discrecionalidad del médico, quien no siempre decide sobre la base de su propio criterio, y muchas veces sí actúa a partir de las presiones ejercidas por los representantes de las empresas de salud. Esta reflexión no significa un rechazo a la regulación de la actividad médica por medio de normas. Sólo llamamos la atención sobre los criterios de regulación. Por

⁷². Este término, no guarda ninguna relación con las patologías derivadas de la atención de desastres o catástrofes, como se interpreta incorrectamente algunas veces.

⁷³. Acuerdo 8 de 1994, CNSSS.

⁷⁴. Si bien es cierto los cuidados intensivos requieren, por definición, de un esfuerzo especial, éste tipo de esfuerzo no siempre ocurre en una UCI.

⁷⁵. Artículo 17, Manual de actividades, intervenciones y procedimientos de seguridad social en salud, 1994

⁷⁶. Artículos 29 y 30, *Manual de actividades, intervenciones y procedimientos de seguridad social en salud*, Ministerio de Salud, Bogotá, 1994

supuesto, nuestra reivindicación de la autonomía médica no contradice, en modo alguno, la defensa de la salud por vía de la tutela sino que la complementa: una cosa es la discusión de un caso concreto en el que el juez constitucional con la ayuda de peritos puede tomar decisiones, y otra muy diferente es legislar sobre todas las posibilidades futuras desde un marco reduccionista de listados exhaustivos que no permiten excepción alguna. Como la misma Corte lo reconoce, “la actuación del Juez constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento”⁷⁷.

Y, por último, el POS de los más pobres. El POS-S es el plan de salud para quienes no tienen capacidad de cotización: es decir, para millones de personas que no pertenecen al régimen contributivo porque no tienen posibilidad de pagar. Las personas más pobres, con ingresos menores a dos salarios mínimos, con condiciones físicas inadecuadas de vivienda, sin fuentes de agua potable o sin servicios sanitarios (es decir, con riesgo de enfermedades de transmisión hídrica), de hacinamiento crítico (es decir, con riesgo infecciones respiratorias y enfermedades de la piel), con alta dependencia económica (es decir, bajos ingreso y por tanto, alto riesgo de desnutrición), son las personas a las que se les da un plan de servicios de salud cuyo costo es sólo el 50 por ciento del de las personas del régimen contributivo (cuya calidad de vida es mejor y cuyo riesgo de enfermarse menor). En resumen, los pobres tienen un entorno con condiciones que aumentan su vulnerabilidad, disponen de menos recursos para comprar salud y tienen un acceso restringido a los servicios, porque eso es lo que dispone el Estado para ellos.

4. Acceso y cobertura

La cobertura es, teóricamente, la razón de ser de la ley 100, pues su objeto es “crear las condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”. La ley establece una meta clara: “El sistema general de seguridad social de salud crea las condiciones de acceso a un plan

77. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia: T-179 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero

obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001”⁷⁸. Ya desde 1990, se consideraba que con la aplicación de la ley 10 de ese año, el país lograría una cobertura del 90 por ciento⁷⁹. Para otros, la posibilidad de lograr una cobertura del 100 por ciento para el año 2000 “no parece una meta irrealizable”⁸⁰. Pero no fue una prioridad del legislador ni del Ministerio de Salud establecer los mecanismos para lograr tal fin. Incluso preocupan algunas tendencias de desafiliación y de selección adversa de afiliados.

Antes de la ley 100 de 1993, existía el subsidio a la oferta. Con él, los hospitales públicos recibían recursos sin que mediaran, para la oferta de servicios, formas de vinculación o carnéización previa de los potenciales usuarios. Según un informe del Departamento Nacional de Planeación, “En 1992, uno de cada cinco colombianos enfermos no fue atendido. El resto financió su atención de diversas formas: uno de cada cinco, por medio de seguro de salud –social o privado-; una cuarta parte, de su bolsillo, y una tercera parte, del Subsistema de Atención Pública (SAP).

Tanto los no atendidos como los que acuden al SAP pertenecen mayoritariamente a los grupos de bajos ingresos y, en contraste, los que cuentan con seguros de salud provienen de los grupos de ingresos medios y altos”⁸¹. Es decir, sí había un servicio de salud previo y, aunque con muchos errores, lograba cierta cobertura por demás no despreciable. Los mencionados errores justificaron precisamente la necesidad de reformar el sistema: inequidad y falta de cobertura universal, las promesas de la ley 100.

Ahora, en ese sistema, los registros de pacientes no daban cuenta de la cobertura potencial sino de la real, que se evaluaba con el número de actos asistenciales realizados, medidos en las planillas de registro de pacientes atendidos. Con la ley 100 aparece la necesidad de contar a los derechohabientes, potenciales y reales, con la cual se crea la figura del “carnéizado”. El Estado ya no da recursos a

78. Artículo 162, Ley 100 de 1993

79. MINISTERIO DE SALUD / ACOMSAP: *Reorganización del Sistema Nacional de Salud. Una respuesta al cambio social. Memoria analítica de la Ley 10 de 1990*. Tomo I, Tercer Mundo, Bogotá, 1990, p. 117

80. MINISTERIO DE SALUD y otros: *La Salud en Colombia. Hallazgos... Op. cit.*, p. 51

81. VELEZ, Carlos Eduardo: *Gasto social y desigualdad. Logros y extravíos*. Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 1996, p. 16. En general sobre el gasto social en salud, ver: pp. 154-195

los hospitales (subsidio a la oferta), sino que paga a éstos según los actos asistenciales que haya ofrecido (subsidio a la demanda).

El carné, sería, en principio, el certificado del acceso a unos derechos. Si las personas que usaban servicios públicos de salud no tenían carné con la misma lógica de carnéización de después de promulgada la ley 100, es imposible evaluar la cobertura por el número de personas carnéizadas antes de la ley 100 de 1993 y mucho menos comparar estos períodos en los que se usaron estrategias de registro de cobertura diferentes. Con la ley 100, el gobierno desarrolló una importante estrategia de carnéización para el régimen subsidiado, cuyos resultados sólo pueden verse en términos de personas con carné del Sisben y no, como se presentan, como personas con cobertura en salud garantizada.

Para algunos autores, el hecho de que 16 millones de personas se encuentren bajo el régimen subsidiado es un avance. Según ellos, antes “no estaban cubiertos y dependían del sistema público de asistencia”⁸², lo que, además de ser una contradicción en los términos, demuestra el deseo de desconocer que había alguna cobertura antes de 1993. Según ese análisis, el gran logro de la ley 100 ha sido pasar del 28 por ciento de cobertura en 1992, al 53 por ciento en 1997. Pero ese cálculo es inexacto pues el registro de afiliados previo a 1993, que era de 28 por ciento, no refleja la cobertura⁸³, en la medida en que la atención que se brindaba, que era muy importante, no estaba mediada por el registro ni mucho menos por el carné.⁸⁴

En general, las cifras sobre el nivel real de afiliación son un debate *per se*, porque no se cuenta con un sistema de información nacional en salud que permita emitir cifras consolidadas y las cifras con que se cuenta son sólo la suma de las disponibles, muchas veces parciales, o el resultado de aproximaciones. Por ejemplo, un presidente del ISS pregonaba una afiliación de 13 millones que, a la postre, no resultó ser verdad, pues la afiliación

82. Ver: ESGUERRA, María del Pilar; ACOSTA, Olga Lucía; NIGRINIS, Mario: “Señales de alerta en el sector salud”. Debates de Coyuntura Social, núm 14, (Bogotá, febrero de 2001), p. 8

83. Presentación de la revista Debates de Coyuntura Social, núm 11 (Bogotá, noviembre de 1998), p. 5

84. En el mismo sentido, ver: VV.AA: “Reforma a la seguridad social en salud en Colombia y efectos sobre la equidad en el acceso y la utilización de servicios de salud”, Saludad, núm. 8 (Bogotá, 2001), p. 8-34

parece ser escasamente de 7 millones⁸⁵. Esa misma inexactitud de cifras con el ISS se dio en los informes del CNSSS al Congreso, pues el Consejo reportó 10.023.634 afiliados en 1999, pero en 2000 reconoció solo 4.838.377⁸⁶.

Existen además áreas de población, de sectores específicos, que no hallan un claro sitio en el sistema, entre ellas, los trabajadores informales, los vendedores ambulantes, las trabajadoras del servicio doméstico y los llamados vinculados. En el caso de las personas que trabajan en el llamado sector informal, la situación es preocupante. Su falta de afiliación representa tanto su desprotección como la pérdida de potenciales aportes financieros al sistema. En 1992, la economía informal representó el 52 por ciento del empleo urbano en Colombia⁸⁷, porcentaje que creció en la década. Se calcula que había por lo menos un millón de vendedores callejeros en los centros urbanos en el momento de la reforma⁸⁸, no vinculados en su mayoría al sistema. Para el análisis de la cobertura de esta población se requiere tener en cuenta que: a) los antecedentes de la cobertura para este tipo de trabajadores son pésimos, pues en 1992, el 76 por ciento de ellos carecía de afiliación⁸⁹; b) con las reformas económicas aumenta el número de vendedores ambulantes y de trabajadores informales debido al desempleo derivado de la disminución de gasto público y de la desindustrialización⁹⁰.

En particular, las personas que trabajan en el servicio doméstico han sufrido trabas para acceder al sistema de salud, por el establecimiento de nuevos requisitos, inexistentes en la legislación, por parte de las EPS, con lo que se busca desanimar la afiliación obligatoria por parte de los patronos, al punto que en mayo de 1999,

85. PATIÑO, José Felix: “Planteamientos del Presidente de la Academia Nacional de Medicina ante el Grupo de Trabajo” En: PATIÑO, José Felix (ed.): *Ley 100 de 1993: reforma y crisis de la salud*. Academia Colombiana de Medicina, Bogotá, 1999, p. 15

86. Ver el análisis de: “El informe del CNSSS al Congreso” en: *Salud Colombia*, núm. 50 (Bogotá, jul- Ago. 2000). Disponible en: www.saludcolombia.com/actual/salud50/noticia50.htm

87. GONZALEZ, Camilo: “Subsidios para el trabajador de la economía informal urbana” En: VV.AA: *Universalidad de la salud. Otro reto de fin de siglo*. Corporación salud y desarrollo. Bogotá, 1994, p. 9

88. GONZALEZ, “Subsidios...” *Op. cit.*, p. 10

89. *Op. cit.*, p. 18

90. Sobre el impacto de las medidas globalizadoras y su impacto en Colombia, ver el trabajo de: GARAY, *Globalización...* *Op. cit.*, especialmente el capítulo 5: “Crisis y construcción de sociedad: el caso de Colombia”, pp. 143-181

el 57 por ciento de las empleadas domésticas no estaba afiliado.⁹¹ Un último problema se relaciona con aquellas medidas tomadas por el legislador que permiten desafiliar personas del sistema por falta de pago. Ya la Corte Constitucional había sido clara en decir que cuando un empleador deja de pagar las cotizaciones, corresponde a éste el pago de los servicios de salud que sean requeridos por los empleados y que el derecho a tales servicios no se pierde por la omisión del empleador. Pero la tendencia del legislador ha sido trasladar la omisión del empleador a los empleados. “La afiliación será suspendida después de un mes de no pago de la cotización que le corresponde al afiliado, al empleador o a la administradora de pensiones, según sea el caso”⁹².

5. La equidad del sistema

El tercer núcleo de tensión entre el derecho a la salud y el sistema de salud colombiano se centra en el debate sobre los recursos financieros, su uso, la búsqueda de la equidad y la coparticipación del usuario en el pago de los servicios. El gasto en salud se ha incrementado por la participación del sector privado en la oferta de servicios de salud, la integración a un único sistema de los trabajadores cotizantes y la creación de figuras de recaudación de recursos entre los usuarios de los servicios (copagos, cuotas moderadoras).

Se calcula que “las actividades relacionadas con la salud (administración, intermediación, seguros, servicios médicos y hospitalarios, aportes, medicamentos y exámenes, entre otras) mueven billones de pesos anuales. Ese volumen de recursos representa alrededor de 8,6 por ciento del Producto Interno Bruto (PIB). [Y] el gran peso lo están soportando las familias, que aportaron el 47,8 por ciento de la billonaria cifra”⁹³, a través de cotizaciones y pagos de cofinanciación (copagos y cuotas moderadoras). Pero tales aportes no necesariamente se gastan en la atención: “...si bien es cierto la UPC equivale al valor del POS, no significa que la persona vaya a usar efectivamente esos recursos y no significa por tanto que el sistema deba disponer de esos recursos, sino únicamente del valor promedio por persona

91. “Domésticas, sin seguridad social”, *El Espectador*, Bogotá, mayo 30 de 1999

92. Artículo 57, Decreto 806 de 1998

93. “La salud mueve muchos recursos, pero no sale de la crisis” *El Tiempo*, Bogotá, 15 de julio de 2001.

beneficiaria⁹⁴. El mercado de la salud, más que mediado por la oferta y la demanda, está regulado por el costo de la UPC, lo que obliga a las EPS a reducir costos mediante el concepto de volúmenes de producción, márgenes de rentabilidad, tablas de rendimiento del personal y estándares de manejo (protocolos de manejo). Es decir, el sistema con regulación estatal, UPC estable y general, y participación privada, hace que se establezca una competencia basada en el diseño y la aplicación de indicadores de productividad y formas de administración que tienden a garantizar, ante todo, la supervivencia financiera del Sistema y, en el caso del capital privado, las ganancias correspondientes. Posteriormente a la ley 100, la tendencia ha consistido en disminuir los aportes de la Nación al sistema de salud y a la vez, paradójicamente, presionar, desde el gobierno a los hospitales, para que los pocos recursos sean suficientes gracias tan solo a innovaciones administrativas. En este sentido, se expidieron nuevas leyes que buscan racionalizar y disminuir el gasto público⁹⁵.

5.1. Períodos mínimos de cotización

El concepto de períodos mínimos de cotización depende de la noción de preexistencias en salud. Se entiende como preexistencia “toda enfermedad, malformación o afección que se pueda demostrar que existía a la fecha de iniciación del contrato o vinculación, sin perjuicio de que se pueda diagnosticar durante la ejecución del contrato sobre bases científicas sólidas. La demostración de la existencia de factores de riesgo, como hábitos especiales o condiciones físicas o genéticas, no podrán ser fundamento único para el diagnóstico a través del cual se califique una preexistencia”⁹⁶.

Ya la ley 100 había establecido que no es posible excluir de la asistencia médica tales enfermedades⁹⁷, pues las preexistencias son incompatibles con el principio de integralidad del servicio. Aunque la Corte aceptó su vigencia para efectos de contratos de salud diferentes al POS, como los contratos de medicina

⁹⁴. Para una explicación más detallada de la UPC, ver: GIEDION, Ursula; WÜLLNER, Andrea: *La Unidad de Pago por Capitación y el equilibrio financiero del sistema de salud*, Fedesarrollo, Bogotá, 1996

⁹⁵. Ley 344 de 1996

⁹⁶. Artículo 1, Decreto 1222 de 1994

⁹⁷. Artículo 164, Ley 100 de 1993

prepagada, también entendió que las preexistencias lesionarían la noción de la salud como derecho.

Sin embargo, la ley sí establece una nueva figura denominada “períodos mínimos de cotización”: “El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo [...] podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización”⁹⁸. Y para un período mínimo de cotización inferior a 100 semanas, “el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario”⁹⁹.

La norma los define como “aquellos períodos mínimos de cotización al sistema general de seguridad social en salud, que pueden ser exigidos por las entidades promotoras de salud para acceder a la prestación de algunos servicios de alto costo incluidos dentro del POS. Durante ese período el individuo carece del derecho a ser atendido por la entidad promotora a la cual se encuentra afiliado”¹⁰⁰. El régimen subsidiado no contempla períodos mínimos de cotización para la atención¹⁰¹.

De allí se derivan dos cosas: a) la selección de demandas en salud costosas y, b) el sometimiento de esa selección a un régimen especial de pago que recae enteramente en el usuario. Estas dos medidas dejan la atención de las enfermedades más graves en manos, precisamente, de las posibilidades de compra de servicios de salud. Cuando más imprescindible es el servicio, más está sometido a las leyes del mercado. Las patologías que no aparecen cubiertas son las consideradas patologías catastróficas o ruinosas, de las que se habló anteriormente.

De esto se deduce que:

a) Se excluyen la atención a órganos vitales (corazón, sistema nervioso central) y patologías altamente costosas y que necesitan para la supervivencia del paciente de los servicios de salud (cáncer, sida, insuficiencia renal crónica), con el argumento del costo financiero que tiene que asumir

98. Artículo 164, Ley 100 de 1993

99. Artículo 164, Ley 100 de 1993

100. Artículo 60, Decreto 806 de 1998

101. Artículo 6, Acuerdo 072 de 1997, CNSSS.

el sistema. La Corte obligó a una EPS a suministrar un medicamento para tratar a un paciente con cáncer, ya que la EPS se había negado argumentando precisamente la falta de semanas de cotización necesarias¹⁰².

b) Los servicios de salud que deriven de estas enfermedades sólo se atenderán si la persona cotizó un mínimo de 100 semanas (casi dos años). En este tiempo, enfermedades de deterioro progresivo como el sida y el cáncer alcanzan un estado avanzado en el que las posibilidades de mejoría son mucho menores. Así, las personas cotizantes que quieran ser atendidas en salud para este tipo de enfermedades deberán comprar los servicios de salud mediante las leyes del mercado.

c) Las complicaciones del sida conllevan a una clara violación al principio de igualdad, pues mientras un paciente VIH (-) con una patología cubierta por el POS se atiende sin problema, un paciente VIH (+), con la misma patología, podría ser excluido, so pretexto de que no es una entidad cubierta por el POS, sino una complicación del sida.

d) La exclusión del tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas lesiona el principio del derecho fundamental a la salud que la Constitución otorga a los niños.

e) La exclusión del POS del trauma mayor y su sometimiento a las leyes del mercado significa, simplemente, desconocer el perfil epidemiológico de Colombia, país donde la violencia (política, social y familiar) afecta severamente la calidad de vida de las personas y sus condiciones de salud. Lo mismo se puede decir respecto de la exclusión de los servicios de las unidades de cuidados intensivos.

Y si la persona que ha cotizado sus 100 semanas en una EPS hace uso de su derecho y exige la atención en esas patologías costosas, entonces “deberá permanecer [...] por lo menos dos años después de culminado el tratamiento en la respectiva” EPS¹⁰³. Se renuncia así al principio de libre escogencia de EPS y además se obliga a la persona a seguir cotizando (sin tener en cuenta el riesgo de quedar sin empleo), con lo que se pretende

102. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-283 de 1998, MP: Fabio Morón

103. Artículo 14, Decreto 1485 de 1994

asegurar la recuperación del gasto en salud que demandó su atención por parte de la EPS. En normas posteriores (1998), se presentan dos grupos de patologías susceptibles de cobro de períodos mínimos de cotización: el primer grupo abarca las patologías ya sometidas a 100 semanas de cotización previa. El segundo, al que se le exigen “cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo y que se encuentren catalogadas en el manual de actividades, intervenciones y procedimientos, Mapipos, como del grupo ocho (8) o superiores. Por lo menos 26 semanas deben haber sido pagadas en el último año”¹⁰⁴. Pero el debate aquí no es el número de semanas ni los cambios posteriores en la noción de tales períodos, sino en su puesto en la configuración inicial del sistema en 1993.

5.2. Copagos y cuotas moderadoras

El legislador previno posibles problemas derivados de este mecanismo y aclaró que “en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres”¹⁰⁵. Este mecanismo desconoce “la realidad socioeconómica del 80 por ciento de la población colombiana que, por sus ingresos salariales menores a dos salarios mínimos, no están en condiciones de cubrirlas”. El legislador justificó la medida en la necesidad de “racionalizar el uso de servicios del sistema” como una forma de inducir a los usuarios a recurrir al servicio únicamente en los casos realmente necesarios, a fin de lograr la eficiencia en la prestación del servicio” La Corte consideró que el pago no era una obligación imposible de cubrir por parte de los afiliados al régimen contributivo, quienes, por definición, tienen la capacidad de pago y tal pago materializa el principio constitucional de solidaridad.¹⁰⁶

Sin embargo, la Corte advirtió en la misma sentencia que se debe evitar que en casos en que no sea posible hacer el cobro, no “se impida a las personas el acceso a los servicios de salud; de tal forma que, si el usuario del servicio —afiliado cotizante o sus beneficiarios— al momento de requerirlo no dispone de los

104. Artículo 61, Decreto 806 de 1998

105. Artículo 187, Ley 100 de 1993

106. Sobre este debate, CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-542 de 1998, MP: Hernando Herrera

recursos económicos para cancelarlas o controvierte la validez de su exigencia [...] el sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes”.¹⁰⁷

Se parte de una explicación insuficientemente demostrada: los usuarios necesariamente hacen uso irracional de los servicios y por tanto hay necesidad de crear mecanismos de filtro. Uno de ellos es el pago de cuota por el uso de los servicios. Ese mito del uso irracional de los recursos por parte de los usuarios proviene directamente de una concepción mercantil de la salud: “el cliente quiere usar lo más por el mismo precio” y, por tanto, hay que desestimular su uso. Sin embargo, una investigación sugiere que mecanismos como los copagos y las cuotas moderadoras “podrían estar frenando la utilización de servicios entre los segmentos más pobres”;¹⁰⁸ dicha investigación mostró que la principal causa para el no uso de servicios de salud por parte de la población no cubierta y la segunda causa para la población cubierta fue la falta de dinero¹⁰⁹. En otra investigación, Profamilia encontró que el 51 por ciento de la población no usa los servicios de salud por falta de dinero¹¹⁰. Y según la Encuesta de Calidad de Vida de 1997, cada persona del régimen contributivo asiste en promedio a 3,5 consultas médicas por año, al odontólogo 1,28 veces; usa servicios de laboratorio 1,2 veces, mientras cada persona del régimen subsidiado asiste al médico 2,12 veces al año, al odontólogo, 0,59 veces, y usa servicios de laboratorio 0,65 veces¹¹¹. Además de no ser cierto el uso frecuente de servicios, esto no se ve como una (potencial) falla en la terapéutica sino como una actitud despilfarradora del consumidor del servicio. El problema, además del costo real de la cuota que sí genera serias limitaciones en el uso de servicios, es la concepción que subyace

107. Ver además, CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia: C-089 de 1998, MP: José Gregorio Hernández.

108. VV.AA: “Reforma a la seguridad...” Op. cit., p. 21

109. La primera causa de no uso para la población cubierta, en esta investigación, fue considerar la dolencia como un caso leve. VV.AA: “Reforma a la seguridad...” Op. cit., pp. 17 y 20

110. PROFAMILIA: *Salud sexual...* Op. cit., capítulo XIII, pp. 189-197

111. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS: *Encuesta de Calidad de Vida*, Bogotá. 1997

a ella, pues se desconoce que el usuario paga mensualmente con su cotización el acceso a los servicios de salud.

5.3. Cuotas de recuperación

Estas cuotas son los copagos de los pobres. Se parte, sin muchas pruebas, de que se está aceptando el abuso que hace la población de los servicios de salud y se argumenta que el cobro de una especie de “cuotas moderadoras para el Régimen Subsidiado” corregiría esta tendencia y además haría más justo el sistema. Pero al contrario de esa supuesta tendencia de despilfarro, se observa que “la demanda de servicios de los afiliados del Régimen Subsidiado es muy baja debido al desconocimiento de sus derechos”¹¹².

Según Iván Jaramillo, “es necesario revisar el sistema de copagos del régimen subsidiado, pues actualmente está resultando muy oneroso (un pobre que se enferma debe pagar hasta 200.000 ó 400.000 pesos anuales en copagos y el doble si se enferman dos en la familia, mientras que en el [régimen] contributivo se pagan solo 96.000 pesos anuales para las familias con un salario mínimo)”¹¹³.

Existe, además una tendencia a mostrar que los pobres necesitan menos recursos en salud. Según una peligrosa hipótesis expuesta en relación con los recursos del régimen subsidiado, “existen condicionantes estructurales y de comportamiento entre los subsidios que mantienen baja la demanda de servicios, pese a tener y conocer el derecho a los mismos. En consecuencia, en tal caso la UPC-S podría estar sobredimensionada”¹¹⁴. Si aceptáramos este argumento, no se justificarían las cuotas de recuperación como mecanismos de racionalización.

Las cuotas de recuperación, que muchas veces no actúan ni como forma de contención del abuso de servicios, ni como forma de financiación de los servicios, sino como filtro que favorece la selección de pacientes por su capacidad de pago, precisamente entre personas del régimen subsidiado que, por definición, carecen de recursos. Pero el legislador no lo ve así. Incluso en uno de sus decretos menciona que las personas vinculadas (pobres que no pertenecen al sistema) “tendrán acceso a los servicios de salud [...]

112. JARAMILLO, “Ley 100: los primeros...” *Op. cit.*, p. 19

113. *Op. cit.*, p. 17

114. *Ibid*

de conformidad con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes”¹¹⁵.

6. Conclusiones sobre el modelo colombiano

El modelo neoliberal de salud colombiano, a diferencia del modelo chileno, enfrenta la paradoja de formularse e implementarse bajo la misma Constitución Política que proclama el Estado social y los derechos sociales, entre ellos la salud.

Con relación a los planes de salud, preocupa que sólo cinco años después de puesta en marcha la ley 100, la norma dio alguna respuesta sobre las necesidades de salud que no hacen parte del POS-S y que la persona no puede comprar: “cuando el afiliado al régimen subsidiado requiera de servicios adicionales a los incluidos en el POS-S y no tenga capacidad de pago para asumir el costo de dichos servicios, podrá acudir a las instituciones públicas y a aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta. Estas instituciones están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes”¹¹⁶. Pero esta solución legal no tiene en cuenta que, precisamente, las personas sin “capacidad de pago” lo son porque no tienen recursos, pero la norma mantiene la figura de la cuota de recuperación.

Los excluidos, los llamados paradójicamente vinculados, tienen como único recurso para la asistencia en salud los hospitales públicos y allí compiten con las subsidiadas en el uso de recursos de los hospitales públicos. “A pesar del énfasis que se ha hecho en el avance de la asistencia pública al derecho a la salud mediante el nuevo sistema, el subsidio a la demanda no alcanza a generar la idea de derecho. Por el contrario, tiende a verse como una asistencia caritativa del Estado. El usuario del régimen subsidiado tratará de parecer pobre y de competir con sus vecinos en este propósito, para ‘merecer’ el subsidio”¹¹⁷.

Y, por último con relación a los recursos y la búsqueda de la eficacia financiera, debemos decir que no es admisible la

115. Artículo 33, Decreto 806 de 1998

116. *Ibid*

117. HERNANDEZ, Mario: “El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización”. en; DE CURREA-LUGO, Victor y otros: *La salud está grave. Una visión desde los derechos humanos*, Bogotá, Antropos, 2000, p. 154

explicación de que para aplicar la ley 100 es necesario sacrificar una generación de personas: “del mismo modo en que no es admisible que se imponga una tiranía con el pretexto de preparar a la población para disfrutar en el futuro de instituciones democráticas, es insostenible que se someta deliberadamente a la miseria a la mayoría de la población con la excusa de que ello garantiza el bienestar futuro o la supervivencia de un sector de la economía”¹¹⁸.

7. Consecuencias del neoliberalismo en la salud

Los países de América Latina muestran momentos más o menos similares del proceso de consolidación de su oferta de servicios de salud: en los años 70 fue de gran preocupación el establecimiento de sistemas nacionales de salud; en los 80 y 90, la necesidad de racionalizar el gasto y de abrir la oferta de servicios de salud al sector privado se hizo a partir de la referencia a dos modelos: el chileno y el colombiano, de modo que se permitía la mercantilización de la salud acompañada de una reducción del papel del Estado en la oferta de servicios. Al mismo tiempo, los procesos democratizadores produjeron reformas constitucionales y/o nuevas constituciones que incorporaron, de manera novedosa la noción de Estado social con el reconocimiento explícito de tales derechos, entre ellos el derecho a la salud, acentuando la tensión entre el Estado social y el neoliberalismo económico.

Esa tensión entre los derechos humanos o, si se prefiere, el Estado social, y el modelo económico tiene una expresión clara en la salud. En nuestros tiempos, la salud se constituye en: una promesa de la ciencia, una razón de ser del Estado social y un derecho fundamental con el correspondiente deber estatal. Es decir, una asignatura de la democracia. Pero el mismo modelo, en su desarrollo, plantea como opción presente la disminución del tamaño del Estado y una postura minimalista en materia de intervención estatal frente al mercado, en el que se incluyen la oferta de la salud. Insistimos en que fueron las normas de salud presentadas en los casos chileno y

118. NIKKEN, Pedro: *En defensa de la persona humana*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1988, p. 87-88. Citado por: BOLIVAR, Ligia: *Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes*. Provea, Caracas, 1996, p. 19

colombiano, y no otros aspectos, las que generaron el modelo del servicio, las que determinaron que ese modelo fuera así, tanto por su contenido, como por sus sesgos, sus figuras abiertas y hasta por las prioridades que estableció el legislador. En términos generales, lo dice así García-Pelayo: “La finalidad no es extraña, sino esencial a la norma y determinante de su estructura, pues la norma es, por definición, un *deber ser*, no un *tener que ser*, lo que quiere decir que entre las diversas regulaciones posibles se ha elegido una, y esta elección ha venido condicionada por la finalidad requerida y con arreglo a las posibilidades que ofrece la situación. Tal finalidad no queda al margen de la norma, sino inmersa en el contenido”¹¹⁹.

Así, la relación entre la norma y los servicios de salud no puede ser ni tangencial ni abierta a múltiples interpretaciones, al punto que pueda derivarse de ella una obligación para el médico y otra para el economista. Y si tal cosa es posible por falta de precisión en la norma, también es responsabilidad de la norma o, mejor, de los que así la diseñaron.

Consideramos que un sistema normativo tiene responsabilidad no sólo por aquello que permite sino también por aquellas indefiniciones (máxime si son deliberadas) o por las posteriores interpretaciones que admite, gracias a formulaciones abiertas que generan efectos importantes. Más que un sistema de salud que apruebe la elección del prestador del servicio, las reformas perpetuaron un sistema en el que las empresas de salud pueden elegir sus beneficiarios con un claro criterio de rentabilidad.

El aparente derecho de elección de prestador de servicios de salud, por parte del paciente, tendría como fin la garantía del acceso, pero sólo del acceso como derecho. Pero, en la práctica, tal fin tampoco se logra por cuanto, como se demostró en los casos estudiados, hay límites en la norma misma: períodos mínimos de cotización, exclusión de enfermedades, discriminación negativa en contra de los no beneficiarios basada en su incapacidad de pago, más los límites derivados de distribución de la red de servicios en detrimento de sectores rurales y urbanos pobres. La apuesta por un modelo económico representa no sólo una serie de medidas económicas, en sentido estricto, sino la organización

119. GARCIA-PELAYO, *Derecho Constitucional... Op. cit.*, p. 63

institucional y hasta jurídica que hace posible la adopción de tal o cual modelo. No es cierto que se haya construido un Estado no interventor y respetuoso de la libertad, pues ni siquiera la libertad del mercado (especialmente del financiero) fue garantizada: ni Chile privatizó las minas ni Colombia desamparó los bancos.

Esas fuerzas económicas desatadas (como cíclopes liberados) ganan en el imaginario social un carácter antropomorfo, por encima de las propias decisiones humanas (se dicen cosas como: “la bolsa cayó” ó “el mercado dio”) con lo cual se coloca el mercado por fuera del debate de las responsabilidades humanas. El mismo Hayek reconoció que “...únicamente el sistema planificador puede intentar la implantación de un mecanismo que asegure que las gentes han de recibir aquello que, desde un punto de vista moral, piensa un tercero que merece”¹²⁰.

En el terreno económico, una vez aplicado en Chile el modelo de Friedman y sus conclusiones, éste ha hecho carrera en la región. Con la caída del muro de Berlín y el fin de la guerra fría, el papel instrumental del Estado de bienestar (para detener el avance del comunismo¹²¹) ya no tiene sentido, pues obedecía a un fin diferente al presentado por los defensores del Estado social, era un medio dentro de la guerra fría antes que un fin para la garantía de derechos. El “fracaso” de Keynes deja sin soporte de un modelo económico a lo que en su día fue el origen de la seguridad social: la política social de Bismarck (a pesar de que esta última fue impulsada antes de que naciera Keynes), con lo cual el cuestionamiento a los modelos imperantes de seguridad social es inevitable. Ahora, tales reformas a la seguridad social en salud, en América Latina, si bien presentan elementos diferentes, tienen elementos comunes:

a) De su entorno y del momento político común en los países de la región en que son formuladas: crisis del modelo de Industrialización por Sustitución de Importaciones, búsqueda de estabilización macroeconómica y ajuste estructural en lo económico, y modernización del aparato estatal en lo político, y disminución del gasto social.

120. HAYEK, *Op. cit.*, p. 260

121. Ver, sobre esta valoración instrumental del Estado de bienestar: RUBIO LARA, María Josefa: La formación del estado social. Colección Tesis doctorales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pp. 250-254; y COTARELO, Ramón: Del estado de bienestar al estado de malestar. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 50-51

b) Agotamiento (real o aparente) del modelo de prestación de los servicios de salud y la noción de crisis que obligaba replantear y buscar nuevas formas organizativas distintas al de Sistema Nacional de Salud, con el que se respondió a la crisis previa.

c) Un desarrollo de normas constitucionales que incorporaron la salud como derecho (fundamental, humano y/o constitucional). Este hecho no es gratuito sino que hace parte de un giro, por lo menos jurídico, de una simple definición del Estado como Estado de derecho a una convicción de avanzar hacia un Estado social de derecho.

d) A pesar de lo anterior, la realidad de cada país hace cada vez más difícil convertir el mandato constitucional en realidad de la política pública, no solo por falta de recursos sino, principalmente, por el mantenimiento y/o desarrollo de modelos de salud que obedecían a otras prioridades determinadas en el modelo económico neoliberal que acompañó el regreso a gobiernos democráticos en la región.

e) Los nuevos modelos de salud si bien contemplan los indicadores de salud y las prioridades esperadas para los fines de un modelo de salud dentro del derecho constitucional (igualdad de oportunidades, garantía de mínimos básicos vitales, etc.), fijan sus prioridades en elementos propios de la economía y no en las obligaciones del derecho. En otras palabras “quiebran” (o “interpretan”) de otra manera la obligación constitucional en aras de maximizar la utilidad financiera.

f) El problema, ya formulado desde finales de los años 1980 por varios chilenos que veían las entonces nuevas políticas de salud, gira por el cambio de fin último del servicio: el hospital público (como institución emblemática de las políticas de salud) deja de ser un medio para garantizar la salud de acuerdo con unos indicadores de cobertura y de asistencia, para volverse un fin en sí mismo basado en indicadores propios de la empresa privada (eficacia, autofinanciación, calidad total, contención de costos, etc.). Esto no quiere decir que las herramientas de la empresa privada no pueden aportar a la administración en salud, sino que mientras teóricamente la administración debería contribuir a la

salvaguarda de derechos, realmente responde a la reproducción del capital (alguien decía que el negocio de una fábrica de coches no es hacer coches sino hacer dinero).

Entonces, el “nuevo” modelo económico latinoamericano argumenta que para el cumplimiento de sus deberes, la solución está en buscar la eficacia del sistema mediante privatizaciones de empresas públicas, focalización de la asistencia a pobres, apertura del mercado (incluyendo la salud como bien del mercado), descentralización de lo administrativo en los entes territoriales, e incorporación de elementos de gerencia en las instancias públicas que sobrevivan, entre ellas los hospitales. Además, usa los derechos humanos como un discurso en el que busca su revalidación política y cuyo uso perverso le permite precisamente su vulneración “dentro” de la ley.

7.1. La búsqueda de la rentabilidad

La búsqueda de rentabilidad afecta de la oferta de servicios y se manifiesta en situaciones concretas, en prácticas médicas que no son resultado del azar sino fruto directo del tipo de modelo de oferta de servicios de salud imperante. Hablamos de la demora en la atención, el aumento del número de cesáreas¹²², de medidas de presión a los pacientes para que paguen, de filtros en los servicios de urgencias y del descuido de enfermedades llamadas tropicales que no tienen un puesto en el mercado de la salud, entre otras cosas. Otras prácticas han hecho carrera para negar la atención, entre ellas las siguientes: argumentar el cambio de ciudad de la persona, aunque ella esté afiliada a una institución de salud de cobertura nacional¹²³; querer confundir los términos mismos de la norma, suspender la prestación de servicio a pacientes crónicos e invertir la carga de la prueba de manera que se obliga al paciente a demostrar que tiene derecho al servicio¹²⁴ y negarse a practicar estudios radiológicos a personas reclusas en cárceles¹²⁵.

122. Un estudio realizado en 4 hospitales de Cali, demuestra la existencia de “factores no-clínicos” que determinaron la realización de cesáreas en un número importante de pacientes. GOMEZ, Olga Lucia; CARRASQUILLA, Gabriel: “Factores asociados a cesárea no justificada en cuatro hospitales de Cali, Colombia” *Vía Salud*, núm. 12 (Bogotá, 2000), pp. 24-29

123. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-387, septiembre 5 de 1995, MP: Hernando Herrera

124. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-060, febrero 10 de 1997. MP: Alejandro Martínez

125. CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia T-606, octubre 27 de 1998. MP: José Gregorio Hernández

En los servicios de urgencias sucede un problema recurrente y una tensión cotidiana, aunque estos han sido materia de una reglamentación clara. A pesar de ese marco normativo y jurisprudencial, uno de los problemas más graves de la aplicación del modelo es la generalización de prácticas como la exigencia de pagos anticipados o presentación de carnés de afiliación, antes de recibir la atención de urgencias.

En el caso de Bogotá, las quejas contra los servicios de urgencias presentadas por los usuarios se centran en los siguientes aspectos: saturación del sistema en horas pico y déficit permanente de camas, especialmente en servicios de pediatría y cuidados intensivos. Además se observa déficit de personal especializado.¹²⁶ En su afán por garantizar el pago de los servicios prestados, los hospitales han llegado a prácticas como la retención de personas contra su voluntad, de ropas del paciente o incluso de cadáveres.

7.2. La autonomía médica

No queremos de ninguna manera defender lo que algunos llaman la “impunidad jurídica” del personal de salud¹²⁷, contrario, por demás, a nuestra noción de derechos humanos. Más bien nos referimos a la libertad del médico para tomar autónomamente decisiones propias de su competencia en relación con la terapéutica más adecuada para sus pacientes.

Por ejemplo, el médico decide si una persona es o no candidato adecuado para un transplante. El médico, con su decisión, influye en la elección de un determinado medicamento, incluido o no en la lista de medicamentos esenciales. Según Mario Madrid-Malo, “el derecho al trabajo tiene como correlato una obligación de carácter negativo a cargo del Estado y de los particulares, como es la de (...) abstenerse de estorbar o de imposibilitar el ejercicio de una actividad laboral (y) no compeler a las personas a que trabajen contra su voluntad”¹²⁸.

El médico no está solo en sus decisiones y lo que se observa es la continua presión que ejercen las empresas de salud sobre él para que

126. Ver, en general, sobre detalles de estas afirmaciones: “Radiografía de las urgencias hospitalarias en Bogotá” *El Tiempo*, 16 de diciembre de 2001

127. GONZALEZ-TORRE, Angel Pelayo: *La intervención jurídica de la Actividad Médica*, Dykinson, Madrid, 1997

128. MADRID-MALO, Mario: *Derechos fundamentales: conózcalos, ejérzalos, defiéndalos*. 3R, Bogotá, 1997, p. 304

se ciña a las reducidas posibilidades que le permite el mercado, dentro de la competencia financiera con otras instituciones. Eso genera decisiones como la de no dar luz verde a transplantes (para conservar el empleo), o aspectos como el aumento de riesgos médico-legales (por aumento de número de consultas/médico/día), o dar órdenes de suspender la salida del paciente hasta que éste pague. La ley obliga al médico a sobrevivir en el mercado. Se le arroja a un mercado sin muchas herramientas y se le convierte en un empleado enajenado, y en un contexto que lo empuja a prácticas poco éticas.

Una encuesta realizada entre 112 médicos mostró que el 80 por ciento de ellos recibe de las empresas de salud presiones que afectan la calidad de la atención. Ese 80 por ciento dijo que existen limitaciones respecto a la cantidad de exámenes médicos que puede solicitar y el 76 por ciento reconoció limitaciones para formular medicamentos. El 58 por ciento dice que le exigen un tope mínimo de pacientes por día y el 39 por ciento dice estar limitado en la autorización de cirugías¹²⁹. Otras personas interpretan que el aumento en el número de personas atendidas a la vez que se mantienen las mismas horas de personal médico contratado refleja que “la demanda está siendo absorbida por efecto de un mayor rendimiento del recurso médico que estaba subutilizado”¹³⁰. Así, “el acto médico se constriñe cuando se le impone que produzca un determinado número de procedimientos, como si trabajara en una fábrica de botones”¹³¹.

Este control implica la intromisión en el terreno de la relación médico-paciente. Pero el problema no está en la relación médico-paciente *per se*, sino en que esta relación se ha desdibujado en torno a un contrato de compra-venta (de prestación de servicios) de ejecución instantánea, en la que el médico ya no es (y no puede ser) ‘médico’ y el paciente debe ser cliente. El problema de las relaciones médico-paciente está en el marco normativo y estructural del sistema de salud en el que se desarrollan estas relaciones y es allí donde debe buscarse la raíz del problema y no en la inmediatez del consultorio.

129. “Médicos se confiesan”, *El Tiempo*, Bogotá, 7 de octubre de 2001

130. Ver: FUNDACION PRESENCIA: “Las condiciones laborales de los médicos en Colombia 1996-1998”, *Vía Salud*, núm. 8 (Bogotá, 1999), p. 12

131. “Nos obligan a violar la ética” *El Tiempo*, Bogotá, 7 de octubre de 2001

7.3. Flexibilidad del mercado laboral¹³²

Hay al menos dos impactos a mencionar de las políticas de flexibilización laboral en las políticas de salud. Uno es que la flexibilización disminuye el número absoluto de personas con contrato laboral formal y, por tanto, el número de las personas que aportan a un sistema de salud basado en cotizaciones de trabajadores. El segundo es que las políticas laborales del personal de salud se ven afectadas, lo que a su vez genera un impacto en la prestación de servicios de salud.

En el caso colombiano, la aplicación de las políticas de ajuste hasta 1992 había significado 30.000 empleos menos y en 1996 se registraba la pérdida de 150.000 empleos¹³³. La afiliación al régimen contributivo cayó en 1998, lo que representó una disminución del 17 por ciento del ingreso esperado por cotizaciones¹³⁴. Una investigación sobre la contratación empresarial mostró que en 1997, el 80 por ciento de ellas redujo el número de trabajadores permanentes; en el 61 por ciento de los casos, la empresa exigió a los trabajadores temporales o con contratos civiles que se afilien a la seguridad social como independientes; el 72 por ciento de los empresarios consideró que el aumento de 7 por ciento al 12 por ciento en la cotización a la seguridad social desestimulaba, junto con otras causas, la contratación laboral¹³⁵.

Pero, además de la pérdida de cotizaciones, la flexibilización de las relaciones laborales significa nuevas formas de contratación de servicios a profesionales de salud. Los nuevos modelos de seguridad social de salud son cuestionados, además, por su grado de afectación a sectores sociales históricamente no tocados, como el personal médico. La forma de trabajo de los médicos había sido la de un profesional liberal que fijaba el rango de sus honorarios en forma directa con su paciente. Pero ahora, las reglas de juego hacen que el profesional de la salud venda su mano de obra a una empresa. Esto no quiere decir que hubiera

132. Utilizamos esta categoría, flexibilización, debido a su uso masivo, no sin precisar que, siguiendo a Stiglitz, la llamada flexibilidad del mercado laboral “en la práctica ha sido simplemente una expresión en clave que significa salarios más bajos y menor protección laboral”. STIGLITZ, *El malestar en...* *Op. cit.*, p. 115.

133. GUZMAN; REDONDO, *La reforma de la...* *Op. cit.*, p. 110

134. *Op. cit.*, p. 190

135. “Se adelgazan las nóminas, engordan los contratos” *Seguridad Social al día*, (Bogotá, sep. 1998). Disponible en: www.seguridadsocial.com.co/jun99a.htm

necesariamente justicia en los precios de los servicios de salud en la práctica liberal, sino que apunta al gran cambio que sufre este gremio al pasar a depender de un modelo neoliberal.

La mano de obra del personal de salud se da en una relación eminentemente financiera en la que un proyecto ético tiene poca cabida, mientras que la responsabilidad legal es total por parte del trabajador de la salud. Paradójicamente, se habla bastante de dicho proyecto ético: hay un auge de la bioética, el discurso de los derechos del paciente, el consentimiento informado, etc., sin que tales discursos traspasen a la formulación e implementación de políticas neoliberales.

Las nuevas condiciones de venta de mano de obra de personal de salud ya no se reconocen con formas jurídicas propias de una relación laboral (subordinación jurídica, reconocimiento del carácter de empleado, reconocimiento y pago de Seguridad Social, etc.). Además, el pago de los servicios a los médicos ha sufrido varios impactos:

a) Disminución del ingreso real. Si bien los médicos recibían honorarios por encima del promedio de los trabajadores de la salud, un modelo neoliberal produce una severa disminución del ingreso real. Eso ha generado que estos profesionales tengan dos y tres empleos, lo que causa un severo daño en la calidad de la atención.

b) Según la AMC, el 30 por ciento de un grupo de médicos entrevistados, tiene su principal fuente de ingresos en actividades diferentes al ejercicio de la profesión médica¹³⁶. Esa situación obedece tanto a la saturación de profesionales en las principales ciudades, como a la pérdida de rentabilidad del ejercicio de su profesión.

c) El pago de los servicios ha decaído, sin que eso represente una disminución de los costos para el paciente. Lo que sí indica es una acumulación del excedente (que pagan los usuarios pero que no reciben los funcionarios) en manos del nuevo actor intermediario de los recursos financieros del sistema de salud.

Es difícil aceptar la creación de una nueva plusvalía (o que profundice la ya existente) que proviene de la explotación del personal de salud. Es decir, una nueva forma de garantizar la

136. GUZMAN, REDONDO, *La reforma de la...* p. 95

rentabilidad del negocio de la salud a partir de la negación del derecho al salario justo de los trabajadores y que se argumente, además, de que así se salva de la crisis a los hospitales. Lo que hay detrás de estas medidas es el desmonte de las convenciones colectivas, el cumplimiento de las imposiciones de la banca internacional en términos de la flexibilización del mercado laboral, el recorte de la inversión social, y la disminución de los deberes del Estado. Incluso los expertos reconocen que aún recortando salarios no se contendrían los costos en salud, ni se remediaría la crisis hospitalaria, ni se harían competitivos los hospitales públicos.

Paradójicamente, aumenta el número de acciones judiciales contra el personal de salud, en forma paralela al poco, pero importante, crecimiento de la conciencia del derecho a la salud por parte de usuarios. Esto conduce al desarrollo de una medicina ‘defensiva’ que dispara los costos en exámenes, algunos innecesarios, solicitados más que para aportar al diagnóstico, para evitar riesgos que generen consecuencias médico legales.

7.4. La figura del intermediario

Un elemento central del sistema es la aparición de un nuevo actor: el intermediario (ISAPRE en el modelo chileno y EPS en el modelo colombiano). Su surgimiento se justificó con la designación de las labores administrativas y financieras (recolección de cotizaciones, contratación de servicios médico-asistenciales, afiliación de personas al sistema) a un ente diferente al de la prestación de servicios (hospitales y clínicas), lo que permitiría, teóricamente, reducir el gasto, racionalizar los recursos y ejercer un mejor control. En última instancia, garantizaría mejor el derecho a la salud. Se decía que la fusión de funciones (administrativas y asistenciales) en el viejo modelo contribuía al deterioro de los servicios.

La nueva figura actúa bajo la lógica de que la libre competencia en el mercado de la salud produce mejoras en la atención y reducción de costos, lo que podría ser cierto en un modelo virtual en el que se excluyen incertidumbres y ciertas variables determinantes de la enfermedad. Esto es otro rasgo del modelo neoliberal: la exclusión de variables que cuestionen la eficacia del modelo y la reducción de dichas variables a la

categoría de “externalidades” o de fenómenos aislados, lo que permite que se presente el campo de experimentación como igual a la realidad y, por tanto, se traspasen mecánicamente las conclusiones del modelo sin externalidades a una realidad, como es la salud, saturada precisamente de incertidumbres.

Como es claro para las empresas, la participación en el mercado de la salud no significaría una ganancia inicial, sino que es un negocio a largo plazo, con un largo período para alcanzar un punto de equilibrio. Hoy por hoy, en el caso colombiano, algunas empresas de salud figuran dentro de las empresas más ricas y rentables del país, lo que demuestra que el negocio de la salud es rentable, que las ganancias no son redistribuidas para ayudar a los más pobres y que, como en todo negocio, van al capital privado del empresario del caso. Esas ganancias provienen de dos fuentes: de la plusvalía de los trabajadores de la salud y del recorte de servicios, medicamentos y procedimientos para garantizar la rentabilidad del producto de mercado llamado salud, rentabilidad que poco o nada repara en debates éticos sino que se centra en indicadores financieros y técnicas empresariales, a lo que se suma, obviamente, la selección adversa de pacientes.

Toda la política de control de calidad y acreditación hospitalaria está permeada, de alguna manera, por una lógica de formulación de indicadores y de medidores de gestión que, si bien podría en algo beneficiar a los pacientes, develan esencialmente una preocupación real por la eficacia financiera, la reducción de costes y la magnificación de las ganancias.

7.5. La administración como paradigma

La administración en salud no nació con los modelos neoliberales, pero sí adquirió con estos modelos una nueva dimensión, pues, en este contexto, se erigió como una actividad paralela a la prestación de salud. Con el aumento de funciones gerenciales de los hospitales se incrementó la planta de personal. La nueva nómina complejizó la oferta de servicios y la administración de hospitales, paradójicamente, para dar cuenta de la reducción de costos y de la búsqueda de la eficacia. En este mismo sentido se volvió casi obligatoria la formación en administración o en gerencia de los profesionales de ciencias de la salud. La administración que se puede modificar (o si se quiere decir de

otra manera, la que es susceptible de cambios) tiene un límite y un espacio definido, el hospital, sin que ésta mire las otras partes del sistema. Incluso, la lógica que se deduce de los indicadores que predominan en los hospitales es que la corrupción es un problema de personas malintencionadas y no de dinámicas que la permiten o la impulsan. La crisis de los hospitales no se explica por los problemas propios del sistema sino por a supuesta incapacidad administrativa de los médicos que usualmente ocupaban y ocupan la plaza de directores de hospitales.

El nuevo modelo creó una nueva administración obligada a centrarse en las prioridades del sistema. La nueva administración en salud busca evaluar los actos asistenciales, hacer estudios de costos en salud, evidenciar los puntos posibles de reducción de gastos. En esta lógica, los indicadores de gestión y de recurso humano no contemplan la noción del derecho a la salud. Esos indicadores son, por ejemplo:

- a) Utilización efectiva del tiempo contratado por trabajador (número de pacientes por médico por unidad de tiempo). Con este indicador, la prioridad médica no es la calidad del servicio sino el volumen de pacientes.
- b) Normas, estándares y aplicación de manuales de procedimientos (control del acto médico sujeto estrictamente a los manuales impuestos por las empresas de salud).
- c) Mejoramiento del clima organizacional (medidas antisindicales en búsqueda de la llamada “paz laboral”).
- d) Uso racional de los recursos hospitalarios instalados (reducción de los tiempos de hospitalización, sin tener siempre en cuenta los reingresos que resultan aun más costosos para la institución de salud).

La acreditación y el control de calidad es el nuevo nombre de la administración, que busca un único objetivo: hacer rentable el hospital. Prima la eficiencia, pero no siempre aparece la eficacia en los indicadores. La formación de gerentes incluye la satanización del sindicalismo y de los derechos laborales.

A pesar de las evidencias, la crisis del sector salud tiene un buen chivo expiatorio o cabeza de turco: la mala gerencia. Lo primero es que no se puede resolver todo por vía gerencial

y, además, no se puede culpar de toda la falla del sistema a la ausencia de experticia gerencial de las directivas hospitalarias. Si bien urge mejorar el uso de los recursos, una cosa es su uso adecuado, por ejemplo, para un procedimiento quirúrgico, y otra, su racionamiento. Las fórmulas gerenciales no pueden resolver la crisis, principalmente, por dos cosas: a) porque no son la causa: la causa hay que buscarla en el modelo neoliberal en salud; b) porque los alcances que se persiguen en la administración en salud tienen mucho de mito. Es curiosa la proliferación de expresiones como empoderamiento, reingeniería, control de calidad, calidad total, contención de costos, acreditación, sin que se sepa exactamente lo que quieren decir, en un contexto que desconoce la administración como un medio y la convierte en un fin. Se requiere un replanteamiento de la administración para verla en su real dimensión, para entender que la creación de intermediarios financieros no proviene de la administración sino del modelo. Y también para exigirle a lo administrativo que esté al servicio de la gente. Es indudable que las herramientas de la administración benefician el uso adecuado de recursos, pero ese no es el debate: la discusión se refiere a las posibilidades reales de la administración de, por ejemplo, un hospital público pobre que compite con uno privado. No queremos menospreciar las herramientas de la administración en salud en la gestión de los hospitales. Incluso, defendemos su utilidad porque, además, la mala gestión ha sido responsable (en parte, solo en parte) de las crisis hospitalarias de América Latina. Lo que preocupa es la supervaloración de sus alcances que, sumada a una buena campaña de venta de las herramientas gerenciales, impide cualquier análisis que trascienda la mirada administrativa.

7.6. El problema de fondo: el modelo económico

Hoy día, casi todos los debates sobre recursos y economía nos conducen a discutir sobre globalización. Así, cuando nos adentramos en el debate sobre los recursos en salud, el primer aspecto que se aborda es “la ausencia de ‘verdaderas’ teorías generales sobre la globalización”¹³⁷. Pero si se limita

137. GARAY, *Globalización y...* *Op. cit.*, p. 1. El debate tiene aspectos económicos, políticos y culturales; detractores y defensores, y complejidades que sobrepasan los alcances de este texto. Resulta interesante, entre la abundante bibliografía disponible, citar el trabajo del Premio Nóbel y ex-vicepresidente del Banco Mundial, Joseph Stiglitz: *El malestar...* *Op. cit.*

el debate a la estabilización macroeconómica y al ajuste estructural en lo económico y a la modernización del aparato estatal en lo político¹³⁸, entonces se dan por ciertas las recomendaciones del Banco Mundial en materia de oferta de servicios de salud en el marco de tales reformas¹³⁹. Wallerstein afirma que no hay un desarrollo nacional independiente del funcionamiento del sistema mundial¹⁴⁰. Eso también se vive en el diseño de modelos de salud, ya sea por experiencia acumulada en la formulación y desarrollo de modelos en otros países (el auge de la salud pública, la formación de sistemas nacionales de salud, etcétera) o por las demandas y/o presiones externas al sector salud.

En 1980, el Banco Mundial empezó a conceder préstamos directos para los sistemas de salud y en 1983 se había convertido en una de las principales fuentes de financiamiento de los servicios de salud de los países pobres. Ya en 1987, esta entidad recomendaba una serie de medidas para la reorganización de los servicios de salud: a) trasladar a los usuarios los gastos en el uso de las prestaciones mediante el “cobro de aranceles (...) de servicios de salud”, b) ofrecer esquemas de aseguramiento para los principales casos de riesgo: “provisión de seguro u otra protección frente a riesgos”; c) utilizar en forma eficaz los servicios privados: “empleo eficiente de los recursos no gubernamentales”; d) descentralizar los servicios de salud gubernamentales¹⁴¹.

El modelo planteaba además la división entre unos servicios de naturaleza privada para quienes pudieran pagarlos y unos servicios públicos para las altas externalidades: el fundamento de dicha separación se encuentra en la teoría neoclásica de los bienes. Desde esta perspectiva, los bienes privados son aquellos que implican un beneficio individual diferenciado, por el que las

138. Sobre estas reformas, ver: RAMOS, Joseph: “Un balance de las reformas estructurales neoliberales en América Latina” *Revista de la Cepal*, núm. 62, (Santiago de Chile, agosto de 1997), pp. 15-38

139. BANCO MUNDIAL: *Informe sobre el desarrollo mundial. Invertir en salud*. Banco Mundial, Washington, D. C., 1993

140. Citado en: GARAY, *Globalización y Op. cit.*, p. 5

141. AKIN, J.: *Financing Health Services in Developing Countries. An agenda for reform*. World Bank, Washington, D. C., 1987. Hay un resumen oficial en español preparado por la Organización Panamericana de la Salud en: BANCO MUNDIAL: “El financiamiento de los servicios de salud en los países en desarrollo. Una agenda para la reforma”, *Economía de la Salud. Perspectivas para América Latina*. OPS, Publicación Científica núm. 517, Washington, 1989, pp. 145-191

personas estarían dispuestas a pagar. Los bienes públicos son solo aquellos que generan beneficios colectivos o altas externalidades y que, por lo mismo, deberían costearse con recursos públicos¹⁴².

El informe del Banco Mundial *Invertir en salud* está destinado a formular recomendaciones dirigidas especialmente a los países de medianos y bajos ingresos, con el fin de rediseñar sus servicios de salud. Estas recomendaciones han sido posteriormente parte de las exigencias de la banca internacional a los países, para renegociar las deudas externas, así como de los requisitos para adquirir nuevos créditos.¹⁴³

En América Latina, las recomendaciones del Banco Mundial han sido más o menos homogéneas para todos los países. Además, los gobiernos las han incorporado como parte de las reformas para alcanzar la estabilización macroeconómica y el ajuste estructural en lo económico, y la modernización del aparato estatal en lo político. El impacto buscado con los nuevos modelos de salud ha sido similar a lo ocurrido en Colombia¹⁴⁴, aunque con desarrollos menores pero en la misma dirección¹⁴⁵. Se considera a Colombia como el ejemplo a seguir en la región y el país líder del proceso¹⁴⁶.

142. BANCO MUNDIAL: “El financiamiento de...” *Op. cit.*, p. 147

143. Sobre la capacidad de la banca internacional para imponer las reformas y la lógica de la banca o, mejor, la ausencia de lógica, ver: STIGLITZ, *El malestar...* *Op. cit.*,

144. GUZMAN, REDONDO, *La reforma de...* *Op. cit.*, pp. 135-143

145. Esta fue una de las principales observaciones y conclusiones del Seminario Internacional “El derecho humano a la salud. Retos del nuevo milenio”, realizado en Caracas, Venezuela, con la participación de ONG de Chile, Ecuador, Venezuela, Colombia, y Bolivia.

146. “Fase crítica” *Revista Dinero*, núm. 145 (Bogotá, noviembre 9 de 2001). Disponible en: www.dinero.com/larevista/145/

Rogelio Flores¹⁴⁷

**EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS
INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO:
UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Buenas tardes ¿cómo están? Quiero agradecer a todas las instituciones organizadoras la invitación a participar en este Segundo Curso Internacional especializado en Derechos Humanos y a ustedes por resistir esta última jornada del día.

Me pidieron hablar sobre el impacto de las sentencias internacionales en el derecho interno, haciéndolo desde la perspectiva del derecho constitucional y, para ello, dividiré mi exposición en tres partes: en primer lugar haré una introducción donde plantearé a ustedes algunas reflexiones sobre las causas que han puesto a al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el foco de atención de los Estados, particularmente en los años recientes. Posteriormente haré referencia a la incidencia que esto ha tenido en la transformación de los sistemas constitucionales y que ha derivado en el llamado *Ius Comunque* latinoamericano y, finalmente, haré un recorrido sobre los casos del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos que generaron un impacto a nivel nacional y que han llegado a incidir de manera determinante en los sistemas constitucionales de Latinoamérica.

Muy bien, pues comencemos. Como ustedes saben, fue a partir de la segunda mitad del siglo pasado cuando surge el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a partir del desarrollo de una serie de instrumentos de carácter supranacional que tienen como propósito proteger los derechos de las personas. Como

147. Tiene estudios de Licenciatura en Derecho por la UNAM; de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Panamericana y el Máster oficial en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo España. Formó parte del staff jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica), al haber realizado una visita profesional de varios meses en ese Tribunal Internacional. Tiene la especialidad Program of Advanced Studies on Human Rights and Humanitarian Law por el Washington College of Law, de la American University y el Netherlands Institute of Human Rights; Posee el Título de Especialista en Derechos Humanos y el Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución, ambos por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo España. Es director del Centro de Estudios de Actualización del Derecho CEAD en México.

consecuencia de ello surgieron obligaciones internacionales para los Estados en este tema y se crearon órganos encargados de supervisar el cumplimiento nacional de estas obligaciones. Pero si estamos ante un tema que desde hace varios años debe ser observado por los estados desde esa perspectiva ¿por qué en este momento los gobiernos claramente atienden el tema con mayor atención y antes no lo hacían con tal intensidad?. Este interés ha generado una relación e implicaciones distintas entre del derecho nacional y el derecho internacional de los humanos. De eso voy a hablarles durante las próximas cuatro horas ¿están de acuerdo?

Vamos a partir de una base: como el propósito es abordar el tema desde la perspectiva del derecho constitucional, justo desde allí es donde comenzaremos. La Constitución es el instrumento más importante dentro del ordenamiento de un país, principalmente por dos aspectos: de ese instrumento se deriva la estructura formal del Estado, es decir, la forma en la que se va a ejercer el poder público y la forma de limitarlo y, por otro lado, es donde se establecen los derechos y la forma de garantizarlos.

En relación al primer punto, la división de funciones sigue la estructura de los check and balances con el propósito de que los poderes se vayan acotando entre sí, sin embargo, la historia nos ha mostrado que este diseño ha sido en muchas ocasiones burlado y ha sido recurrente que alguno de ellos busque la manera de prevalecer sobre los otros, de concentrar el poder. La evolución a este esquema se dio a través del surgimiento de los órganos constitucionales autónomos, a los que se aparta de la estructura centralizada del ejercicio del poder público en algunas materias que pueden representar un factor determinante para contener la concentración del poder.

Ahora bien, toda la actuación derivada de las funciones asignadas a esta estructura de ejercicio de poder público tiene su origen en la Constitución y debe estar acorde al contenido de ésta, es decir, niinguno de estos órganos puede actuar de forma contraria a la Constitución. Por otro lado, todo el ordenamiento debe tener coherencia con la Constitución. Se trata entonces del instrumento más importante dentro de la estructura de la jerarquía normativa, por lo que asume el carácter de *norma de cierre del sistema*. Ante tal relevancia, es un instrumento que se debe proteger y ¿cómo lo vamos a hacer?: otorgándole

carácter supremo. La forma de conservar de manera permanente el principio de supremacía constitucional, es a través del desarrollo de una serie de mecanismos procesales que tienen el propósito de proteger a este instrumento cuando sea vulnerado. A estos se les conoce como garantías constitucionales, ¿cuáles son las garantías constitucionales en Colombia?: la acción de inconstitucionalidad, la acción de tutela, el habeas corpus, la acción popular, etc. Todos estos mecanismos están diseñados para proteger a la Constitución cuando ésta sea vulnerada. Ahora bien ¿qué órgano tiene competencia para conocer de las garantías constitucionales?: el juez constitucional, en la forma que asuma el sistema de control constitucional en cada país. Aquí en Colombia, por ejemplo, tienen una Corte Constitucional. Como pueden ver, en la configuración del Estado constitucional, el juez asume gran relevancia porque es quien tiene la última palabra, incluso más allá de lo que dice la Constitución. Lo que prevalece finalmente es la interpretación que éste realiza, ya que cuando esta se emite se convierte en fuente formal del derecho.

Pero si tenemos el propósito de conocer el impacto nacional de las sentencias internacionales, ¿por qué consideran que les he explicado esto?, porque en Latinoamérica existe un factor que caracteriza a nuestros sistemas constitucionales: las llamadas *cláusulas de apertura*, como las llamó el profesor Héctor Fix-Zamudio, en donde las cartas fundamentales se han abierto al derecho internacional de los derechos humanos, considerándolos parte de ellas y otorgándoles jerarquía su misma jerarquía, convirtiéndose así en parámetro de validez de las normas inferiores del ordenamiento y también en parámetro de actuación de los órganos de representación y gobierno.

Bajo esta configuración, el derecho Internacional de los derechos humanos también es considerado Constitución, algo que se ha denominado *bloque de constitucionalidad*. Esto ha generado una transformación compleja del poder público y el esquema que les acabo de mostrar representa el sometimiento del poder al derecho, particularmente a la Constitución, por lo que podemos advertir una permanente tensión entre el ejercicio del poder público y la Constitución y los órganos que se encargan de protegerla. Derivado de ello, los elementos del Estado también han sufrido transformaciones; se acuerdan de nuestras clases de

teoría general del Estado ¿cuales eran los elementos que integraban a este? en este momento me interesa destacar el *principio de soberanía*, ya que es un elemento fundamental para entender estas transformaciones. La soberanía hoy tiene que coexistir en un contexto de apertura y globalización. Aquella concepción en tres dimensiones ¿se acuerdan?, la soberanía popular, la soberanía estatal y la soberanía internacional, que nos permitía entender a los Estados como una comunidad cerrada, ajena a lo que sucedía en los demás, ha sido transformada y ante la globalización y la apertura, las instituciones supranacionales e internacionales están teniendo enorme incidencia para transformar estos principios que conforman al Estado.

¿Qué ha sucedido? El contexto de la globalización nos muestra que estamos ante realidades complejas; nos encontramos ante una evolución del derecho público y ante transformaciones importantísimas que nos llevan a aceptar la existencia de una nueva geografía del derecho. La ciencia jurídica tiene la necesidad de adaptarse a todas estas transformaciones y es por ello que actualmente podemos encontrar distintas corrientes que intentar conceptualizar esa evolución, muestra de ello es lo que ven en la pantalla: existen autores que se han ocupado del tema, por ejemplo, cuando Antonio Cancado habla del *derecho de la humanidad*, o la idea del *derecho cosmopolita*, como dice la profesora Seyla Benhabib, o las concepciones del *derecho mundial*, o el *derecho trasnacional*. Aquí vale la pena referir la importante participación que en este proceso de conceptualización de la realidad compleja tienen los profesores, los académicos. Esto porque, finalmente, también se está ante la necesidad de nuevas formas de interpretar y aplicar el derecho, lo que representa contar con bases teóricas diferentes o transformadas y son los académicos quienes les están dando contenido. Como muestra de ello, resulta suficiente mirar las pautas hermeneúticas utilizadas por un enorme número de Altas Cortes nacionales en sus sentencias. Díganme, por ejemplo, ¿cuál es el método que frecuentemente están utilizando los jueces constitucionales para resolver un conflicto de derechos?, así es: la ponderación, y sobre ello se ha ocupado la doctrina. Otro tema que nos sirve para confirmar la postura es uno del que aquí en Colombia se escribe mucho: el neoconstitucionalismo. Pero ¿esto como influye? Por ejemplo, a partir de la concepción de la

norma jurídica con carácter de principio, misma que implica una forma de interpretar que tiene como punto de partida y objetivo a los derechos fundamentales. De esta y otras transformaciones se ocupan, principalmente, el Neoconstitucionalismo y el Garantismo. Como pueden observar, los aportes teóricos tienen una implicación práctica tan importante que las sentencias están llenas de referencias directas o indirectas sobre estas corrientes. Estamos ante el siguiente escenario: La teoría en transición a la práctica, a partir de la conceptualización y la sistematización de las transformaciones complejas.

Tomando esta reflexión como referencia y siguiendo a algunos autores, como el profesor Armin Von Bogdandy, se dice que estamos ante la consolidación de un *ius commune* en Latinoamérica, es decir, aunque cada país tiene realidades peculiares nuestros sistemas constitucionales poseen muchos rasgos similares. Las cláusulas de apertura, como la de su artículo 93 constitucional, es algo que encontramos en la mayoría de las constituciones latinoamericanas. A continuación haré una breve referencia a los *objetivos*, los *conceptos clave* y los *rasgos esenciales* del *ius commune* latinoamericano, siguiendo la clasificación del profesor alemán.

Conceptos clave. Seguramente han escuchado sobre el llamado dialogo jurisprudencial o diálogo entre tribunales, un tema recurrente en la actualidad, donde se plantea la necesidad de que las Altas Cortes nacionales tomen en consideración para su trabajo jurisdiccional, los criterios de los órganos supranacionales de protección de derechos y viceversa. No es casualidad la frecuencia con que hoy encontramos citas y utilización de estándares interamericanos en las sentencias constitucionales y, por otro lado, la utilización de criterios nacionales por parte de la Corte Interamericana. Una de las razones por las que esto sucede la encontramos en el tema con que comenzamos esta reflexión: la transformación del ejercicio del poder público. Los jueces nacionales están ante la necesidad de sustentar sus decisiones con una construcción argumentativa lo suficientemente sólida. Anteriormente el factor en que se basaba la legitimidad de sus determinaciones se limitaba, casi de manera exclusiva, a su posición de autoridad. Al tener la última palabra, es decir, ser el órgano de cierre del sistema bastaba para

su justificación, sin embargo, resulta que hoy pueden llegar a ser objeto de revisión por otras jurisdicciones, lo que ha generado la necesidad de dialogar, de tomar en consideración el pluralismo normativo. A partir de las cláusulas de apertura, hay que tomar en consideración a la norma convencional, pero resulta que estas disposiciones también tienen órganos legitimados que se encargan de interpretarlas, por lo que resulta indispensable conocer sus métodos de producción jurisprudencial y su forma correcta de emplearlos a nivel nacional.

Los RASGOS ESENCIALES. La concepción del derecho público tiene que abarcar ahora tanto el derecho nacional como el internacional, es decir, la interacción de jurisdicciones y la confluencia de corrientes teóricas predominantes que, en mi criterio son, como ya lo había referido, el Neoconstitucionalismo y el Garantismo. A partir de ello adquiere relevancia el derecho comparado: cada vez es más común que se atiendan los criterios desarrollados en otras altas Cortes, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia se ha ganado una posición de referente en el continente americano. Es frecuente que se esté atento a sus criterios, a partir de sentencias muy relevantes por su contenido, aunque no podemos dejar de considerar también sus claroscuros y la eventual incidencia de los otros poderes, principalmente en su conformación..

En cuanto a los OBJETIVOS del *ius commune*, el primero de ellos tiene que ver con el fortalecimiento de la democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos. Existe una relación indisoluble entre estos tres elementos y todo análisis resulta incompleto si no se considera que la eventual vulneración o afectación a uno de ellos, incide en la dificultad para el ejercicio de los otros. Por ejemplo, en un Estado donde se concentre el ejercicio del poder, invariablemente habrá una afectación directa al estado de derecho y el respeto y garantía de los derechos resultará más complicado.

El segundo elemento tiene que ver con el desarrollo del *Estado abierto*. A partir del fenómeno de la globalización y la necesaria vinculación interestatal, se genera la necesidad de crear nuevas reglas para que estas formas de interacción se den de manera ordenada. Para ello se crean instrumentos normativos de carácter supranacional y resulta inevitable para los Estados propiciar una

adecuación a ellos de sus ordenamientos nacionales. Este proceso de integración, en un principio, tuvo propósitos eminentemente económicos. Como ejemplo de ello ¿se acuerdan como se llamaba la Unión Europea antes de tener esa denominación?, así es: Comunidad Económica Europea, ya que el propósito principal de esa integración, como de la mayoría, es el tema económico. Bajo esta lógica, se gestan interacciones complejas en las que ya no solamente están involucrados Estados, sino que ahora podemos encontrar actores no estatales que asumen un rol de gran relevancia, entre los que destacan las empresas transnacionales, las organizaciones de la sociedad civil y a las organizaciones intergubernamentales, como la Organización de Estados Americanos para el caso de nuestro Continente.

Una vez que hemos hecho estas reflexiones iniciales, cabe preguntarnos acerca del papel cada vez más protagónico en que los Estados han colocado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos ¿por qué se imaginan que esto sucede? ¿Cuáles creen son los factores que han incidido para que los Estados tengan una mayor disposición para su recepción nacional?

Para responder a ello les propongo el siguiente análisis: ¿saben en qué consiste el Riesgo-País? Para tratar de explicarlo, permítanme hacerlo con un ejemplo simple, pero que nos ayudará a comprenderlo de mejor manera: Imaginen que esta clase tiene varias sesiones y en la primera de ellas llego aquí con Pedro y le pido prestado 50.000 pesos, haciendo el compromiso de pagarle al siguiente día, a lo que él accede. En la siguiente sesión, no cumplo con mi oferta y tampoco le refiero el tema, por el contrario, ahora me acerco a -¿como se llama usted?- me acerco a Juan y le pido prestada la misma cantidad, ¿que me va a responder usted, Juan?, así es, difícilmente aceptará basándose en la conducta que les mostré y la alta probabilidad de verse afectado. En términos muy simples, así podemos entender el Riesgo-País, la calificación que se le otorga a cada Estado a partir de un monitoreo permanente que determina el nivel de cumplimiento de las obligaciones que asume de manera voluntaria.

La forma de hacer esta calificación es la siguiente. Existen tres tipos de riesgo, que están viendo en la pantalla: el *riesgo soberano*, el *riesgo de transferencia* y el *riesgo genérico*. El Riesgo Soberano, es aquel que poseen los acreedores de títulos

de estatales, e indica la probabilidad de que una entidad soberana no cumpla con sus pagos de deuda por razones económicas y financieras. El Riesgo de Transferencia, implica la imposibilidad de pagar el capital, los intereses y los dividendos, debido a la escasez de divisas que tiene un país en un momento determinado, como consecuencia de la situación económica en la que se encuentre. El Riesgo Genérico, está relacionado con muy diversos factores, por ejemplo, el éxito o fracaso del sector empresarial debido a inestabilidad política, conflictos sociales, devaluaciones o recesiones que se susciten en un país.

Esta clasificación sirve para determinar la llamada *rentabilidad-riesgo*; una figura que constituye un factor determinante para que las empresas realicen inversión extranjera directa en los países. La evaluación permite al inversionista conocer si la posibilidad de utilidad es mayor al eventual riesgo, es decir, si el nivel de rentabilidad no es amenazado por las posibles dificultades que se presenten.

Este monitoreo lo realiza, principalmente, una empresa financiera de los Estados Unidos: el JP Morgan Chase Bank. Esta calcula el Índice de Bonos de las Economías Emergentes (EMBI), una vez que éste es determinado, entran en escena las calificadoras de riesgo: Fitch, Moody's y Standard & Poors, dos son de los Estados Unidos y la otra del Reino Unido. Estas realizan una medición de los países y determinan su nivel de riesgo. La calificación va estar representada por letras y representan su calidad: Principal, alto grado, grado medio superior y así van disminuyendo. Dependiendo de la posición que se ocupe en esa tabla, serán las posibilidades de inversión, un factor determinante para la dinamización de sus sistemas económicos.

No es excesivo advertir que esto se ha convertido en uno de los principales propósitos de los Estados: construir una imagen hacia la comunidad internacional que muestre estabilidad económica, social y jurídica que genere confianza en los inversionistas, aunque esto no sea del todo real, como sucede en mi país México. Ahora bien, uno de los factores que pueden afectar la calificación de riesgo-país, particularmente cuando ésta se basa en circunstancias inestables es, precisamente, la vulneración a los derechos humanos. Una resolución o una sentencia de algún órgano de carácter supranacional, que

determine la responsabilidad internacional de un Estado porque es incapaz de cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía, puede generar que toda la política orientada a mejorar en esa clasificación, termine en el suelo. Esta es una de las razones por las que considero actualmente los Estados atienden en mayor medida el tema de derechos humanos. Infortunadamente no por una legítima convicción sobre su eficacia, sino por una posición de conveniencia.

Para dimensionar la relevancia que la comunidad internacional otorga al tema de la inversión extranjera, basta ver la primacía que se les ha concedido a los órganos y a los mecanismos diseñados para resolver cualquier eventual diferencia en esta materia. Cada acuerdo o tratado de libre comercio regula de manera específica el medio de solución de controversias. El Banco Mundial posee una instancia que se encarga de ofrecer seguridad jurídica a los flujos de inversión internacionales: el CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, que fue creado por el **Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 1966. Un caso muy interesante y que resulta representativo para sustentar nuestro argumento, es el Vattenfall vs Alemania: Como respuesta a la creciente oposición pública a la energía nuclear después del desastre de 2011 de la planta nuclear de Fukushima en Japón, el gobierno alemán decidió renunciar al uso de la energía nuclear y cerró dos de sus centrales nucleares. Como resultado de ello, en mayo de 2012, la compañía de energía Sueca Vattenfall demandó a Alemania en el CIADI por una suma de 700 millones de Euros en indemnizaciones, alegando el incumplimiento de sus obligaciones legales en el Tratado sobre la Carta Europea de la Energía. El caso se resolvió mediante una negociación, cuyos términos no se hicieron públicos.**

Pasemos a la tercera parte de mi exposición, donde les hablaré del impacto que algunas de sus sentencias han generado a nivel nacional. Es indudable que la Corte y la Comisión Interamericanas han asumido un papel cada vez más relevante en el contexto continental. Hagamos un recorrido por algunos de los casos más emblemáticos y que nos servirán para entenderlo.

Analicemos la Opinión consultiva 14/94, ¿habrá alguien de

Perú por aquí?, ¿saben qué tema trata esa opinión consultiva?. Como seguramente habrán notado, en las sentencias de la Corte Interamericana se determina la responsabilidad de un Estado, ofreciendo un análisis técnico sobre las disposiciones de la Convención Americana que fueron incumplidas. Se determina la violación del derecho “X”, en relación con el artículo 1.1. Esto sucede porque allí es donde se establecen las obligaciones de respeto y garantía y, por otro lado, el artículo 2 establece la imposibilidad que tienen los Estados para argumentar alguna regulación nacional para incumplir con las obligaciones del artículo 1.1. Hasta antes de la opinión, no se había desarrollado un argumento tan extenso en donde se determinara el incumplimiento del artículo 2 de la Convención. Esta fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para consultar el siguiente asunto: En la constitución del Perú se posibilitaba la pena de muerte y la Comisión advirtió una evidente confrontación con el artículo 4 de la Convención Americana pero había un pequeño problema: la CIDH no tiene la posibilidad de solicitar una Opinión Consultiva para que se pronuncie sobre la compatibilidad entre una ley nacional y la Convención Americana, esa facultad es de los Estados. Para que ello no representara una causa de rechazo a la solicitud, se planteó el análisis del incumplimiento no solo del 4, sino del artículo 2. ¿cuáles fueron las preguntas que formuló la Comisión?, en primer lugar, cuáles serían los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales del Estado y la otra pregunta planteada se refería a las obligaciones y responsabilidades de los agentes o funcionarios estatales que apliquen esa ley contraria a la Convención. Las respuestas de la Corte hicieron referencia a que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado y ratificadas por la Convención, constituye una violación de esta y en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional del Estado, es decir, la sola existencia de una ley puede generar la responsabilidad internacional del Estado.

¿Qué reglas se generaron a partir de este criterio de la Corte?. En primer lugar se determinó el valor de las normas internas frente a la Convención Americana. En el párrafo 22 de la Opinión Consultiva se estableció lo siguiente: “en los supuestos e hipótesis

de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Parte y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquellas serán evaluadas por la Corte en los procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad susceptibles de ser ponderados solo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con presidencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico”, ¿se fijan lo relevante del criterio establecido por la Corte?, por un lado que para este órgano el derecho interno solamente es considerado como *simples hechos o manifestaciones de voluntad* y ello independientemente de la jerarquía que ocupen a nivel nacional, es decir, no es relevante si se trata de una ley o si es la Constitución. Ante cualquiera de estos supuestos, ese es el valor de las normas internas frente a la Convención. La segunda regla derivada de la Opinión es la figura de la *violación por sí misma* de la Convención Americana. Esto sucede cuando refiere que “las leyes de aplicación inmediata, la violación de los derechos humanos individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”, esto es, que la sola existencia de esa ley incompatible con el Pacto de San José genera responsabilidad internacional.

Pasemos al siguiente caso relevante para entender la evolución del impacto nacional: Suarez Rosero vs. Ecuador de 1997. Responsabilidad internacional por expedición de leyes contrarias a la Convención. En los hechos del caso, el señor Suarez Rosero es detenido en el marco de un operativo contra el narcotráfico; la detención sucede sin orden judicial, sin estado de flagrancia, no tiene defensor, le es rechazado un habeas corpus y la justificación para ello es el artículo 114 del código penal que niega el derecho del habeas corpus, ya que excluye de esa posibilidad a las personas que estuvieren encausadas por delitos sancionados por la ley sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Estamos ante una clara exclusión y se da una afectación directa contra un grupo específico. La sentencia estableció que esta ley lesiona intrínsecamente a todos los miembros de esa categoría de inculpados y que esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana.

Estamos ante la primera ocasión que en una sentencia se determina

la violación del artículo 2 de la Convención. Recapitulando, primero se refirió en una Opinión Consultiva y esta fue la primer referencia en una sentencia, concretamente el artículo 114 bis del Código Penal de Ecuador viola el artículo 2 de la Convención,

Vamos al siguiente caso: Castillo Petruzzi vs. Perú, de 1999. Aquí se determinó la responsabilidad internacional del Estado en una situación de emergencia. ¿Por qué hacemos referencia a una situación de emergencia?, porque, como ustedes saben, un estado de excepción posibilita a los Estados suspender derechos, se trata de un escenario donde los derechos pueden ser restringidos en grado máximo. Los hechos del caso suceden en el contexto de la “lucha contra el terrorismo” que el gobierno del Perú emprendió contra Tupac Amaru y Sendero Luminoso. Fujimori instauró una figura muy peculiar que se llamaba los “jueces sin rostro” y tenían facultades para juzgar sumariamente, con la posibilidad de condenar a cadena perpetua. En este caso, se somete a este tipo de procesos a cinco personas, a quienes nunca les dan posibilidad de acceder al expediente y sólo les dan acceso a él 40 minutos antes de la audiencia de juzgamiento, para que preparen su defensa. La Corte Interamericana reiteró en este caso que se violó el artículo 2 de la Convención por cuanto el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo los derechos consagrados en la misma, pero es importante destacar el resolutive 14, ya que en él se ordena por primera vez un Estado *reformular las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana*. Como recordarán, en la sentencia anterior solamente determinó la responsabilidad por la violación del artículo 2, aquí ya de manera expresa se ordena la reforma de las disposiciones incompatibles. Cuando se refiere que “no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos”, claramente le está diciendo al Estado que el ejercicio de su poder soberano tiene límites y ese límite son los Derechos Humanos.

Vamos al siguiente caso, del que creo ya les hablé Olger, Olmedo Bustos vs. Chile. Responsabilidad internacional por normas constitucionales contrarias a la Convención. Para no ser reiterativo, solo referiré que el punto relevante en los hechos consiste en que la Constitución chilena posibilitaba la censura

previa y después del tránsito que el asunto tuvo en diferentes instancias, se resuelve en la Corte Suprema promovido por un grupo de ciudadanos a nombre propio, en nombre de Dios y en nombre de la iglesia católica, solicitando se resuelva el conflicto entre la libertad de expresión y pensamiento y el derecho al honor de la persona de Dios. La Corte Suprema chilena resolvió, como ustedes saben, protegiendo el honor de la persona de Dios. La Corte Interamericana determinó que “la responsabilidad del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, en virtud de que el artículo 19 numeral 2 de la Constitución establece la censura previa, el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno” que en este caso se trata de la Constitución. El criterio resulta relevante porque los efectos generados a partir del precedente son importantísimos: claramente estamos ante la Constitución, la norma de cierre del sistema, resultando entonces que a partir de esta sentencia el Poder Constituyente deja de ser absoluto y tiene como límite los Derechos Humanos, particularmente la Convención Americana. De esta forma el principio de soberanía está delimitado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El segundo aspecto relevante derivado del caso es que, incluso la Constitución puede estar sujeta a revisión judicial cuando ésta es incompatible con los Derechos Humanos. Este caso es muy importante para dimensionar el impacto nacional de las sentencias internacionales. ¿Se fijan como vamos subiendo la intensidad de la incidencia nacional que tienen estas sentencias?

El siguiente caso que analizaremos es *Barrios Altos vs. Perú* –no crean que fue intencional la referencia a Perú, ya van tres casos, pero son los que me sirven para ejemplificar-. Este es un caso muy importante; se trata de la responsabilidad internacional por leyes de amnistía. Se trata de la ejecución cometida contra algunas personas que se encuentran en una celebración, por parte de militares vestidos de civil. Se inicia una investigación que no logra avanzar y tiempo después es retomada. Ante ello se promulga una ley de amnistía, que durante el proceso judicial se determina que esta normativa es contraria a la Constitución. La forma de resolverlo por parte del gobierno de Fujimori fue promulgando una segunda ley de amnistía donde se establece de manera concreta la imposibilidad de sancionar a quienes

participaron de esos hechos y, además, la ley no es revisable por órganos judiciales.

En su sentencia la Corte Interamericana determinó que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción de establecimientos de exclusiones de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables, pero lo más relevante para efecto del tema fue que habló de la “manifiesta incompatibilidad” y determinó que una ley incompatible con la Convención Americana *carece de efectos jurídicos*. Esto no es cualquier cosa, una ley válida y vigente, es decir, que pasó por todo el procedimiento interno para existir y formar parte del ordenamiento, que es derecho positivo, simplemente no tiene efectos jurídicos por ser contraria a la Convención. Estamos ante el siguiente nivel de incidencia que una sentencia internacional tiene en el ámbito interno.

Este precedente resultaba muy importante en el contexto de no pocos gobiernos en la región con antecedentes de dictaduras militares y que estaban en condiciones similares. Ante ello, la Comisión Interamericana solicitó una interpretación de sentencia y le preguntó a la Corte cual era el alcance de esas reglas; si éstas aplicaban solamente para el Estado parte material en el caso, o sea Perú, o si podían aplicarse de manera general. La pregunta que me interesa destacar es la siguiente: ¿tiene la sentencia Barrios Altos, con referencia a la incompatibilidad de las leyes 26.479 y 26.492 con la Convención Americana, alcance general o se limita solamente al caso indicado? La Corte respondió que lo resuelto en la sentencia de fondo del caso Barrios Altos *tiene efectos generales*, con lo que se amplió aún más el impacto de este fallo. Es por ello que Barrios Altos resulta muy importante para comprender el tema de esta plática ¿se fijan como empezamos y la evolución gradual del impacto?: declaración de violación del artículo segundo, después la Corte ordenó modificar una disposición contraria a la Convención, posteriormente ordena modificar la Constitución, después la declaración de que una ley carece de efectos jurídicos. Hasta aquí podemos advertir que nos encontramos ante un control de leyes nacionales.

Alguien preguntó aquí alguno de estos días, no recuerdo en qué conferencia ¿qué pasaba con las políticas públicas, que si

había posibilidad de incidir en las políticas públicas?, pues la Corte Interamericana lo ha hecho en este caso que están viendo en pantalla: Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay, una sentencia de 2004. En los hechos más relevantes del caso, podemos referir que las condiciones de tratamiento de personas menores de edad involucradas en conductas posiblemente constitutivas de delito, vulneraban algunos de los derechos protegidos por la Convención. La Corte ordenó en el resolutive 11 de la sentencia que “el Estado debe realizar en consulta con la sociedad civil, en un plazo de 6 meses, un acto público de reconocimiento y la declaración que contenga la elaboración de una política del Estado en corto, mediano y largo plazo en materia de niños en conflictos con la ley que sean plenamente consistentes con los compromisos internacionales”. Como pueden apreciar, se ordena la adopción de “estrategias”, “acciones”, “recursos”, “programas” y fija un plazo para su implementación, es decir, está incidiendo determinadamente en la formación de una política pública. ¿Cuáles son los efectos de este precedente? Se pasó del plano normativo a las políticas públicas, un nivel mayor de impacto nacional.

Ahora me gustaría hacer una reflexión de por qué la Corte Interamericana puede hacer esto ¿Por qué creen ustedes que la Corte Interamericana, para decirlo coloquialmente, se mete “hasta la cocina” de los países? ¿Cuáles creen que son las causas? ¿Es positivo tener ese grado de injerencia o es necesario dejar un espacio para que los Estados cumplan de manera voluntaria con lo que se determina en las sentencias? Para responder a estas preguntas, resulta de utilidad que hagamos un análisis comparado entre el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano. Desde luego, no haré una explicación exhaustiva del sistema europeo porque no es el tema que me corresponde y porque ya tuvieron una charla con Carmen Morte. Vamos a poner en contexto a las dos doctrinas que han generado cada sistema, que tienen relación con nuestro tema y con el nivel de deferencia que se deben otorgar a los Estados para cumplir con las sentencias: la doctrina del *margen de apreciación* en el Sistema Europeo y el *control de convencionalidad* en el Sistema Interamericano. Comienzo con el sistema Europeo: Están viendo ustedes el informe anual del año 2012 y me interesa destacar algunas estadísticas: En esta gráfica

se muestran los casos que se presentan por año, en el 2012 fueron 65.200. Los casos pendientes de resolver, es decir, el rezago del Sistema Europeo son 128.100. Las sentencias que dictan cada año son 1003 y el número ha ido descendiendo. Ahora vamos a ver esos números pero en el Sistema Interamericano: en el 2012 se recibieron 1936 peticiones, la Comisión Interamericana recibió 1936 y noten que el país de donde se presentan más peticiones es México y luego Colombia. Estos son los números después del filtro que realiza la Comisión Interamericana: hay 811 y admisibles 42. Este es la gráfica que me interesaba: peticiones pendientes de estudio inicial al año 2012, es decir, el rezago del Sistema Interamericano: 7.208, ¿se acuerdan cuánto es el pendiente del Sistema Europeo? 128.100 contra 7208. Ayer decía Felipe que el Sistema Interamericano es frágil, creo que utilizó ese adjetivo, yo creo que no, o dependiendo de la perspectiva que se analice, en infraestructura comparada con las instalaciones de Estrasburgo, pues si, pero si hablamos de la incidencia que tienen las resoluciones del Tribunal Interamericano estoy seguro que no

Pero ¿por qué la Corte Interamericana posee ese nivel de intensidad en sus sentencias y el Tribunal Europeo no? Eso tiene una explicación: considero que el aporte más importante de la Corte Interamericana ha sido su doctrina de la llamada *reparación integral*. Siguiendo con el análisis comparado, las medidas de reparación en el Tribunal Europeo están referidas en el artículo 41 del Convenio, la *satisfacción equitativa*, que podemos entenderla como una indemnización económica. Es decir, hasta allí en donde el tratado faculta el Tribunal, en cambio, el 63.1 de la Convención Americana establece la reparación integral y ha servido de base para desarrollar los conceptos de *restitución*, *reparación*, *indemnización*, *proyecto de vida*, *satisfacción* y *garantías de no repetición*. Como podemos advertir, para el Sistema Interamericano resulta insuficiente la indemnización económica.

Ahora bien, otro factor que nos ayuda a entender claramente por qué la Corte Interamericana tiene ese nivel de incidencia lo encontramos en la naturaleza de las “democracias latinoamericanas”. Es un hecho que en este continente la forma de ejercer el poder político se ha dado principalmente a través de dos vías: los gobiernos autoritarios o las dictaduras militares.

La historia de Latinoamérica en ese tema nos ha mostrado un elemento común: la concentración del poder. De allí que podemos advertir la dificultad que hubiera representado para su cumplimiento, que en los tiempos en que se dieron las sentencias a que hice referencia en mi exposición, se hubiera otorgado un amplio nivel de discrecionalidad a los países para su acatamiento voluntario. Muy probablemente no lo hubieran hecho en el grado que hoy, ni tampoco hubieran tenido el mismo impacto nacional. Es una de las razones del desarrollo del sistema de reparación integral.

Ahora, la conformación de la Corte Interamericana resulta también importante para entender el impacto nacional. Desde hace algunos años resulta evidentemente que el Sistema Interamericano se encuentra en una etapa de reconfiguración y parte de ese proceso no es voluntario, sino derivado de la presión que el Sistema está recibiendo por parte de los Estados. De allí que la tendencia que les mostré a través de los casos referidos, ya no sucede. Esa Corte que dictaba sentencias donde el ejercicio del control de convencionalidad se daba en su máxima intensidad se ha transformado.

Veamos, para terminar, dos ejemplos más recientes en dónde aplicó control de convencionalidad en su máxima intensidad y que posiblemente generó un efecto contrario. En primer término la supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Barrios Altos. En el 2013 durante los procedimientos que continuaban a nivel nacional, se dictó una resolución que determinó la reducción de penas a Vladimiro Montesinos y a algunos miembros del grupo colina, eliminado además la calificación de delito de lesa humanidad, con lo que muy probablemente se generaría impunidad. La Corte convoca a una audiencia de supervisión de cumplimiento y solicita se anule la sentencia que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema Peruana, lo que finalmente sucedió. Estamos ante un ejemplo de los efectos nacionales del Sistema Interamericano. El segundo caso que nos sirve también para ejemplificar esto es Gelman, ¿qué pasó en Gelman? En 2013 se convocó a una audiencia de supervisión de cumplimiento por lo siguiente: la *Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado*, una ley de amnistía, había dejado de ser vigente a través de la expedición de la “Ley interpretativa” que declaraba la

imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos cometidos durante la dictadura, por considerarse casos de violaciones graves de derechos humanos. La Corte Suprema de Uruguay declaró inconstitucional la ley interpretativa, lo que generaba la vigencia nuevamente de la ley de amnistía. En esta supervisión de cumplimiento de sentencia la Corte Interamericana establece claramente lo que a mi criterio es el más reciente desarrollo del estándar del control de convencionalidad: entre los párrafos 67 y 74 van a encontrar una referencia a la *cosa juzgada internacional* y a la *res interpretata*, es decir, los efectos que va a tener una sentencia cuando se trate de un Estado parte material en el caso y alguien que no lo es. El otro punto destacable es el cambio en la clasificación del estándar ¿recuerdan cómo la doctrina clasificó al control de convencionalidad?, en difuso y concentrado; el primero lo realizan los Estados parte y el concentrado la Corte Interamericana. En este caso se da una precisión: el ejercicio del control de convencionalidad debe ser entendido como *primario y complementario*; el primero es el que deben realizar los Estados y, eventualmente, cuando las instancias nacionales no lo logren, se hará de manera excepcional la Corte. Esto resulta lógico atendiendo al fortalecimiento del principio de subsidiariedad, sin embargo, considero necesario dar distintas lecturas a esta disminución en la intensidad del estándar.

A lo largo de la exposición hemos podido constatar a través de todos los casos referidos, la manera en como la incidencia de las resoluciones fue transitando de una intensidad máxima a una etapa de “automoderación” que, evidentemente, tiene efectos positivos y deseables, sin embargo, no podemos dejar de hacer notar una lectura alterna que considero debemos hacer: en un contexto de gobiernos donde prevalece la tendencia a concentrar el poder, -vulnerando con ello a la democracia- donde el estado de derecho se advierte débil; con un Sistema Interamericano resistiendo propósitos de control estatal y debilitamiento desde distintos frentes; resulta necesario poner atención al trabajo de los órganos del Sistema y advertir la posible aparición futura del margen de apreciación nacional, pero en su dimensión de control.

Con esto termino la reflexión que quería hacer con ustedes sobre el impacto de las sentencias internacionales en el derecho interno, desde la perspectiva del derecho constitucional. Les

invito a que tengamos una formación cada vez más cuidadosa, más técnica de los derechos humanos, del derecho internacional de los derechos humanos y sus técnicas de recepción nacional eficaz. Estoy convencido que con ello podremos contribuir a que el trabajo jurisdiccional de las instancias nacionales, ordinarias y constitucionales, se realice desde una perspectiva de derechos y, con ello, incidir de manera positiva ante las circunstancias adversas en las que nos encontramos en Latinoamérica. Que la concentración del poder, que infortunadamente se ha convertido en un elemento común en muchos gobiernos, encuentre en los derechos humanos un límite importante. Vale la pena insistir en esa línea.

Quiero agradecer la paciencia en esta última sesión y reiterar mi agradecimiento, desde luego, a los organizadores de este curso por la posibilidad de estar aquí, que ha sido para mí un honor. Muchas gracias.

Juan David Posada Segura¹⁴⁸

**¿DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO DE LA
PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD?**¹⁴⁹

Aclaraciones previas

Al momento de hablar de los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad, resulta de gran utilidad hacer uso de la herramienta propuesta por la sociología del control penal, en lo relativo a definir los tres ámbitos que guardan relación directa con la norma: el ámbito de creación, interpretación y aplicación en su directa relación con lo que se ha denominado como derecho estático y derecho dinámico. En otros términos una cosa es lo que se consagra en las normas de Derechos Humanos y otra es lo que de ellas puede extraerse al momento de aplicarlas a una persona en situación de vulnerabilidad como la generada en el caso específico de la privación de la libertad.

Así aunque en principio no es discutible la calidad de amparados con las normas de Derechos Humanos que recae sobre las personas privadas de la libertad, al momento de descender en el nivel normativo y llegar a las normas de inferior jerarquía en los distintos ordenamientos encontramos una directa oposición en muchos casos.

Además al pasar a los ámbitos de interpretación y aplicación nos encontramos con lo que Iñaki Rivera ha denominado como la construcción de un ciudadano de segunda categoría, al que es “valido” violarle derechos en el entendido de que no será amparado como un ciudadano en plenitud. Ello obviamente guarda una directa relación con lo que ha dado en denominarse como el populismo punitivo, que es la estrategia política de ofrecer mayor

148. Docente Investigador de la Universidad de Antioquia. Doctor en Derecho, Sociología Jurídico-Penal (Universitat de Barcelona), Máster en Derechos Humanos (Universidad Internacional de Andalucía) y Abogado (Universidad de Antioquia). Director de grupo Sistema Penitenciario y del Semillero de Penitenciario. www.derechopenitenciario.org www.posadasegura.org

149. Este escrito contiene elementos de otros trabajos escritos y ponencias presentadas por el autor sobre las cuestiones penitenciarias y de Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad: POSADA SEGURA, Juan David. Sistema penitenciario. Estudio sobre Normas y Derechos relacionados con la privación de la libertad. Comlibros, Medellín (Colombia), 2009. Impacto de la constitución de 1991 en la normativa y la realidad penitenciaria, Foro balance de la Constitución Política de 1991: veinte años, Universidad EAFIT, 26 de julio de 2011. Situación de Derechos Humanos de personas privadas de la libertad, II Simposio Internacional de Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario, Medellín, 22 de mayo de 2012.

sufrimiento penal como mecanismo para obtener votaciones elevadas. En este sentido véase el estudio “el populismo punitivo” publicado en Cataluña, por parte del Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans.

No debe tampoco perderse de vista el que la mejor herramienta que encuentran muchos colectivos defensores de Derechos Humanos para la defensa de tales derechos es justamente el uso de la pena privativa de la libertad o en otras palabras la solución con el desplazamiento del problema.

Frases como los Derechos Humanos son para los humanos derechos, también hacen carrera y nos ponen de manifiesto que se considera adecuada la violación de Derechos Humanos al colectivo de personas privadas de la libertad.

Todo lo anterior pone de manifiesto que si bien es absolutamente clara la vigencia internacional de los derechos de las personas privadas de la libertad, el problema de la efectiva garantía de tales derechos no logra aterrizar de manera adecuada en el día a día de los centros de reclusión, bien porque las normas de inferior jerarquía lo impiden, porque la interpretación y la aplicación de las normas tergiversa su real objetivo, porque las presiones mediáticas, sobre los operadores del sistema y sobre los creadores de las normas logra que este colectivo se vea directamente afectado, porque en fin la sociedad presiona en la “certeza” de que se trata de generar sufrimiento para otros y no para si mismos, esa es la razón en la que se articula el inicio de este escrito, en el éxito que ha alcanzado el derecho penal al hacernos creer a todos que se trata de una herramienta que será usada contra otros y no contra nosotros mismos; así que sobre ese entendido pedimos más y más severidad, pedimos más y más desconocimiento de derechos, pedimos más y más violencia institucional que desmonte cualquier asomo de garantía por los derechos de los privados de la libertad.

Los velos que impiden ver el mundo penitenciario y carcelario tal y como es

El mundo de la privación de la libertad funciona hoy en todas las latitudes como una “realidad” que se nos muestra antecedita por una serie de velos que nos impiden ver lo que ciertamente sucede; el tipo de labor que desarrollemos puede levantar más o

menos velos, pero en todo caso nunca logramos ver lo que sucede realmente dentro de una cárcel o penitenciaría, esto sólo puede hacerlo quien sufra la privación de la libertad; me explico: un visitante ocasional, funcionario de organismo de control, juez de ejecución, investigador, miembro de red de apoyo, etc. logra ver mucho más que quien no ingresa nunca a un establecimiento, sin embargo su percepción aun estará opacada por múltiples velos. Un funcionario de prisiones logra ver muchísimo más, pero en ocasiones él mismo puede convertirse en un velo que oculta realidades a los demás; una persona privada de la libertad, vive el día a día de la prisión real y logrará ver lo que ella realmente es, pero difícilmente logrará transmitir lo que allí sucede; con lo que nuevamente nos encontramos con una realidad que nos es ajena, difusa distorsionada; muchos creen ver la prisión real porque ven algunas de sus escalofriantes violaciones de derechos, algunos señalan que la prisión está sobre-diagnosticada porque se conforman con lo primero que llega ante sus ojos, sin embargo la información que tenemos sobre la prisión es realmente escasa, superficial y difusa al estar precedida por tantos y tantos velos.

En este mismo sentido y refiriéndonos sólo a estadísticas en el caso colombiano, el Inpec¹⁵⁰ tiene datos, pero no se accede a ellos con absoluta facilidad y celeridad, aunque en los últimos años se han hecho importantes esfuerzos por superar este gran lío; además los datos de la administración penitenciaria nacional no son todos los datos de toda nuestra privación de la libertad, se quedan por fuera los datos de los establecimientos municipales, departamentales, policiales, militares, casa cárceles de particulares y de “medidas de protección de Adolescentes”. De acuerdo con todo lo anterior nuestro nivel de conocimiento de lo que sucede con nuestra realidad penitenciaria y carcelaria es escaso, lo que verifica que lo público ya es sólo la audiencia dentro del proceso, porque la ejecución quedó reservada al ámbito de lo privado, lo oculto, y aquello que no se conoce difícilmente puede evolucionar, cambiar, mutar.

Frente al mundo penitenciario algunos argumentan que existe un suficiente nivel de ilustración, que las realidades son conocidas, que la sociedad conoce lo que sucede dentro de las

150. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Ente encargado de administrar de manera directa los establecimientos de privación de la libertad del orden nacional.

prisiones, sin embargo ello no es completamente cierto ya que lo que allí sucede realmente muy pocos lo conocen; la sociedad sólo logra ver este mundo cuando como individuos ingresan a sufrirlo directamente o por un familiar, es sólo allí que surgen las preocupaciones por los derechos en privación de libertad, es allí que se evidencian las desgracias que las normas, las carencias de recursos, las carencias de formación, y sobre todo el populismo punitivo, han logrado llevar a la prisión.

Sin embargo esa situación que acabo de mencionar es la que fundamentalmente ha logrado que nuestras organizaciones sociales en torno a estos temas surjan, ya que un sector de la academia ha preferido quedarse en la cómoda posición de criticar sin proponer alternativas a las gravísimas situaciones que vivimos (escudados en uno de los abolicionismos, desconocen que la realidad de la prisión y su dolor diario están allí y merecen acciones coordinadas hoy, no dentro de 100 o 200 años que desaparezca la prisión como pena mayoritaria tal como efectiva e indudablemente lo hará). Un importante sector de la clase política ha encontrado en lo que ha dado en llamarse *populismo punitivo* su fortín, alcanzan grandes votaciones proponiendo más dolor y la masa, desinformada de que está pidiendo eso para sí misma, apoya estas iniciativas con su voto, así que para acercarnos a la realidad de la prisión no nos queda mucho más que las organizaciones sociales que surgen de ex privados de la libertad o de familiares de estos. Ese es uno de los caminos para identificar la real magnitud del problema.

Normas internacionales en materia de protección de derechos de las personas privadas de la libertad

Obviamente no puede realizarse una presentación sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en la que se señale como punto de partida el que las normas de nivel internacional que regulan las cuestiones relativas a la privación de libertad son claras y no dan lugar a confusión en cuanto a su vigencia sin que por lo menos se presenten los cuerpos normativos internacionales más importantes aplicables en el ámbito universal y en el ámbito americano en particular, tales normas son:

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en

Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. (95 Reglas)¹⁵¹

Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, ONU, Asamblea General, resolución 43/173, 9 de diciembre de 1988. (39 Principios)

Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, ONU, Asamblea General, 68ª. Sesión plenaria, resolución 45/111, 14 de diciembre de 1990. (11 Principios)

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. (25 Principios)

Rápidamente puede observarse como los cuerpos normativos del nivel universal fueron avanzando en su nivel de concreción pasando de 95 a 39 y luego a once articulados que hicieran más simple amplio y comprensivo, aquello que se entenderá como básico o indispensable al momento de establecer los derechos de las personas privadas de la libertad; por supuesto que ello también puede y ha tenido interpretaciones de generación de vacíos normativos que hacen perder efectividad d los derechos al entrar en el ámbito de lo etéreo o no regulado.

Observaciones finales

Aquel Leviatán del que nos hablaba Hobbes, tiene sus más afilados colmillos en el sistema penitenciario y carcelario, sin embargo ya que no logramos encontrar la cabeza, continúa haciendo su trabajo, sin que logremos ver y reconocer las pequeñas astillas que ponen en la boca de este monstruo las organizaciones sociales que trabajan en defensa de los derechos de los privados de la libertad.

Así como la transición de la pena de muerte a la pena privativa de la libertad, no ha sido algo que surgiera de la nada sino de una

151. Se trata de un cuerpo normativo que es el más importante resultado de los Congresos Internacionales Penitenciarios que se originaron en 1872, y que tras varias décadas y cambios nominativos dieron lugar al más destacado cuerpo normativo universal sobre la materia. Estas reglas fueron adicionadas en lo procedimental con los Procedimientos para la aplicación efectiva de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, ONU, Consejo Económico y Social, 21a. Sesión Plenaria, 25 de mayo de 1984, R. 1984/47 (13 procedimientos)

estructura social que la ha apoyado, hoy la privación de la libertad como pena mayoritaria bien podría estar ante una transición que la lleve a medidas electrónicas o a otro tipo de penas, pero ello requiere un mayor conocimiento social de lo que hay en nuestras realidades penitenciarias y carcelarias, un conocimiento que impida ser blanco fácil de populistas punitivos.

De acuerdo con lo anterior el principal problema que tenemos para lograr controlar al sistema penitenciario es que no podemos verlo en su real magnitud, que algunos creen que lo conocen por la superficial información que de él tienen, que aquello que no conocemos difícilmente puede ser objeto de acciones y sobre todo en términos de garantía de derechos; Que el sistema penal ha hecho fantásticamente su trabajo de ofrecernos dolor humano como la solución a los problemas sociales y con la promesa de que se dolor será para otros logra que como sociedad apoyemos su cada vez mayor influencia y su intromisión cada vez más dolorosa en cada vez más espacios de la vida en sociedad.

Hablar de Derechos Humanos en el contexto de la privación de la libertad no resulta fácil por las razones enunciadas en este escrito y por otras más que no lograron ser presentadas; pero ello no significa que se trate de una labor estéril y mucho menos que se trate de una legitimación del sistema punitivo en general o del sistema penitenciario en particular, se trata simplemente de una tarea de resistencia, de una tarea de constante trabajo que es fácilmente destruido por la estructura misma del sistema, una tarea que difícilmente deja ver frutos, pero en fin, una tarea indispensable en el camino de construcción de una sociedad que quiera hacer algo más coherentes los ámbitos de aplicación e interpretación de sus normas.

Daniel Cahen¹⁵²

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y SUS DESAFÍOS EN EL SIGLO XXI

Muchas gracias, es un placer estar aquí y deseo agradecer al Instituto por este espacio para hablar sobre derecho internacional humanitario (DIH), durante un curso que trata de derechos humanos. Especialmente en Colombia es relevante tener este espacio porque estamos en un país afectado por un conflicto armado y en el cual se aplica el DIH, entonces es muy importante tener la oportunidad de presentar algunos conceptos.

La idea de la presentación es hablar sobre el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y explicar un poco que hacemos a nivel mundial y particularmente en Colombia. En especial el trabajo con las víctimas del conflicto armado, la protección y difusión del DIH, incluyendo lo que significa esta rama del derecho internacional y algunos desafíos actuales, siendo uno de ellos la interacción jurídica entre el DIH y los derechos humanos, por último hablaremos un poco sobre nuevas tecnologías y nuevas aplicaciones para el DIH.

Es importante también pensar a futuro que va pasar con el DIH y esto también aplica para Colombia, porque Colombia tiene un ejército moderno, que está desarrollando nuevas tecnologías, entonces es importante pensar cómo el DIH se va aplicar en operativos del ejército colombiano en el futuro. También quiero destacar que acabo de llegar a Colombia, hace como dos meses, por segunda vez, trabajé en el 2004 en el Urabá antioqueño, en Apartadó, y hace 10 años salí del país y desde entonces no he hablado español y por eso, les pido paciencia con el idioma porque no es tan fácil retomararlo después de tanto tiempo.

Durante la presentación, vamos a parar tres veces para tener un espacio de preguntas y respuestas, y con mucho gusto puedo responder a sus preguntas e inquietudes.

152. Asesor Legal Comité Internacional de la Cruz Roja. Es el Asesor Jurídico de la Delegación Regional de Washington para Estados Unidos y Canadá. En este cargo, es responsable del apoyo legal para el CICR en los EE.UU. y Canadá, con un enfoque particular en Guantánamo y la política de detención cuestiones, así como las operaciones militares, en particular en Afganistán e Irak.

Antes de hablar del CICR como tal, es importante hablar de la historia del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, es importante porque hay un vínculo muy estrecho entre sociedades nacionales de la Cruz Roja y el CICR. Como en el caso de la Cruz Roja Colombiana y el CICR. En este sentido el DIH y la Cruz Roja, nacieron desde hace ya más de 150 años por medio de una iniciativa privada, del hombre que se ve en la pantalla, Henry Dunant, quien se encontraba en 1859 presente en Italia la ciudad de Solferino y en medio del campo de batalla. Dunant que por casualidad viajaba por esta parte del mundo fue testigo de esta batalla, una batalla importante y muy sangrienta en términos del número de heridos. Lo que más impresionó a Dunant fue la falta de asistencia médica para los heridos y el ejército en el campo de batalla y esta situación lo motivó a escribir un libro para proponer 3 nuevos conceptos: la primera idea de Dunant era que si las fuerzas armadas no tenían la capacidad para asistir a sus heridos, habría una necesidad de crear sociedades de socorro para asistirlos, de ahí nacieron las sociedades de la Cruz Roja y Media Luna Roja. La segunda idea era que había necesidad de crear nuevas leyes, leyes de derecho internacional para básicamente proteger a los heridos en el campo de batalla, y proteger a las personas que prestan el servicio para asistir a los heridos como también que los heridos que están fuera de combate están protegidos, y que no deben ser atacados cuando están fuera de combate de esta última idea nacieron los Convenios de Ginebra y básicamente el DIH. La tercera idea es que hay una necesidad de crear un emblema protector para distinguir esas personas que prestan servicios de salud, y esa idea por supuesto es el origen del emblema de la Cruz Roja como tal.

Hoy en día hay sociedades de la Cruz Roja o Media Luna Roja, en todos los países del mundo, cada país tiene una. Dentro de este movimiento, se encuentran la Federación Internacional de Cruz Roja y ese es el emblema que se ve en la pantalla, la Federación tiene su sede en Ginebra y se encarga de coordinar las sociedades nacionales como por ejemplo en situaciones de catástrofes como desastres naturales. Además el Comité Internacional de la Cruz Roja hace parte de este movimiento, también con su sede en Ginebra, el CICR fue fundado por Henry Dunant, y es la organización más antigua de este movimiento,

con el rol principal de trabajar en conflictos armados.

El CICR tiene tres misiones básicas, una es prestar asistencia y protección a víctimas de conflicto armado y otras situaciones de violencia y esto significa todos los programas humanitarios tradicionales, como programas de agua y saneamiento, alimentos para personas desplazadas, etc., Para ello adaptamos todas los programas de asistencia a las necesidades, por lo cual lo que hacemos en Colombia es muy distinto de lo que hacemos en Irak o en la República Democrática del Congo. Hay actividades de protección también, en el sentido que tratamos de convencer a las autoridades de respetar los derechos de las víctimas. Un ejemplo de actividades de protección, es las actividades que desarrollamos en las cárceles, para visitar personas detenidas en relación al conflicto. Nosotros visitamos Bellavista y todas las cárceles en Colombia, todos los días hay un delegado del CICR en las cárceles del país para averiguar las condiciones de detención. Pero también tenemos un papel de prevención, que está ligado al DIH en el tema jurídico y este rol es facilitar el desarrollo del DIH, entonces tenemos un rol a nivel internacional en la preparación de nuevos tratados de DIH y también participamos de reuniones internacionales cuando hay conferencias en las que se discute si hay o no hay necesidad de adaptar nuevas normas a nivel internacional y participamos de estos debates como expertos en derecho internacional humanitario. Finalmente y en relación a situaciones de conflicto armado el CICR coordinar las actividades de las sociedades nacionales de cruz roja y media luna y eso es misión básica del CICR.

Un comentario: tradicionalmente el CICR trabaja en situaciones de conflicto armado como tal, pero hoy en día trabajamos también frecuentemente en situaciones que no son conflictos armados pero otras situaciones de violencia interna que aunque no se califican como conflictos armados producen un alto nivel de violencia y muchas víctimas. Son entonces estas otras situaciones aquellas donde hay mucha criminalidad, también situaciones de protestas sociales donde el estado tiene respuestas fuertes, estas son situaciones de violencia que generan consecuencias humanitarias.

Nuestro trabajo se desempeña en base a cuatro principios rectores que son muy importantes para nosotros, en primer lugar

el principio de humanidad lo que significa que nos interesa fundamentalmente la situación de las víctimas de situaciones de violencia, significa también que no somos una organización política no tenemos una agenda política y el enfoque es solamente aliviar el sufrimiento humano. En segundo lugar, trabajamos de manera imparcial, en el sentido que el único criterio de nuestro trabajo son las necesidades de las víctimas, no vamos a elegir entre víctimas o entre varios tipos de necesidades. Hay organizaciones no gubernamentales que deciden trabajar en un país X por ejemplo o para apoyar a una comunidad X eso es perfectamente legítimo tener este tipo de enfoque. Pero para nosotros el enfoque es global entonces diseñamos nuestras actividades para todas las víctimas del conflicto armado, no por ser un país o una comunidad específica. Más que todo vamos a intentar trabajar en conflictos como el que actualmente ocurre en Siria y vamos a intentar trabajar con todas las víctimas sin importar del lado que provengan, lo que va a hacer el trabajo bastante complicado y peligroso a veces pero es muy importante para respetar el principio de imparcialidad.

También somos una organización neutral y esto genera mucha controversia, somos neutral en el sentido que nunca vamos a decir de manera pública quien tiene la razón o no en una situación de conflicto. La razón de esa neutralidad es mantener una distancia en el entorno del debate público que nos permita tener acceso a todos los actores que eventualmente violan los derechos humanos y el DIH. Entonces la neutralidad es vista como una herramienta, es lo que nos permite tener esa proximidad con las partes del conflicto. Finalmente trabajamos de manera independiente en el sentido en que no hay estados o empresas o donantes que hacen parte del proceso de decisión del CICR, eso nos diferencia con organizaciones internacionales como las agencias humanitarias de las Naciones Unidas en las cuales los estados tienen un rol. Para el CICR no hay presencia de los estados en nuestra junta directiva. Somos de cierta manera una organización privada sin presencia de un poder público y eso es importante para mantener la capacidad de decidir basándonos en las necesidades humanitarias.

La plata en el CICR viene de los estados más del 95% del financiamiento es financiamiento público. Lo que vimos en los

últimos 5 años es un crecimiento tremendo de las necesidades humanitarias a nivel global y el presupuesto de CICR creció casi de un 35% en los cinco años del 2010 al 2015.

El presupuesto nuestro para el próximo año es el más importante de toda nuestra historia más que todo a raíz de la situación en el medio oriente y también en África donde hay muchas situaciones que no están mejorando como es el caso de Sudan y el Congo. Desafortunadamente, hay una gran necesidad de trabajar en esos contextos.

Yo trabajé en los Estados Unidos antes de llegar a Colombia y parte de nuestro trabajo en los Estados Unidos fue tocar el tema de la detención de presuntos terroristas en las cárceles de Guantánamo, este diálogo es un diálogo muy complejo en términos jurídicos y humanitarios. Los EEUU son también el donante más importante del CICR. Y la verdad es que desde el 11 de septiembre de 2001 y a pesar del debate muy fuerte que tuvimos a propósito de detención de presuntos terroristas, nunca bajaron el nivel de financiamiento y siguen siendo nuestros mayores donantes. Esto es un ejemplo de que entonces se puede lograr un diálogo crítico sin poner en peligro el financiamiento.

Nuestra manera de trabajar a nivel mundial es más que todo tener presencia en el terreno como ustedes lo saben muy bien observando nuestro trabajo en Colombia. En Colombia, tratamos de salir a las veredas todos los días para tener esta aproximación con las víctimas, también trabajamos de manera confidencial para dialogar con las partes en conflicto. Es decir presentamos informes a las partes en el conflicto de manera directa y vamos a hablar con los comandantes a nivel local y también a un nivel más alto si se requiere, con el gobierno a nivel de Bogotá y cuando se trata de grupos armados no estatales, como las guerrillas, se trabaja a nivel de los mandos de esos grupos.

No vamos a denunciar violaciones de manera pública por neutralidad, pero también porque no sería posible tener acceso a esos grupos armados o a los estados si vamos a denunciar de manera pública lo que están haciendo. Entonces la opción o la manera de trabajar que elige el CICR es tener un diálogo confidencial y contacto directo con los responsables de violaciones. Esto no significa que no hay excepciones al principio de confidencialidad en ciertas situaciones de violaciones graves, masivas y repetidas

si el diálogo confidencial no sirve, si fracasa, si no hay cambios de comportamiento, y si es en el interés de las víctimas, el CICR puede denunciar públicamente, no es muy frecuente pero de vez en cuando el CICR decide denunciar en los medios violaciones graves al DIH.

¿Qué hacemos en Colombia? en primer lugar es importante decir que tenemos presencia en Colombia desde hace más de 40 años. Es uno de los contextos más antiguos para el CICR, lo que obviamente es bastante triste porque significa que durante este tiempo el nivel de violencia nunca bajó en Colombia, debido a varios factores incluyendo el conflicto armado. En 1980 concluimos un acuerdo bilateral con el gobierno que autoriza la presencia permanente del CICR en Colombia y en el cual se nos da también varios privilegios e inmunidades, de tipo diplomático para facilitar nuestro trabajo. Por ejemplo significa que tenemos la posibilidad de interlocución de dialogar con grupos al margen de la ley, sin temor de judicialización. Lo que es muy importante para nosotros porque no podemos trabajar para mejorar el comportamiento de grupos armados si no podemos hablar directamente con ellos. También en 1996 concluimos otro acuerdo que detalla un poquito más las actividades que podemos desarrollar en Colombia, en particular el tema de diseminación del DIH para las Fuerzas Armadas y tenemos una relación bastante estrecha con el Ministerio de Defensa para que el Ministerio integre normas de DIH en la doctrina militar, también en las normas militares y en el entrenamiento de las tropas. Es un trabajo que se hace de manera continua para mejorar el comportamiento, tratamos de tener el mismo tipo de programa en paralelo con los grupos armados para que integren mejor las normas de DIH en sus normas porque también tienen códigos de conducta, normas de comportamiento y trabajamos para para que el DIH esté presente en esta normatividad.

Tenemos 11 oficinas en Colombia con sede en Bogotá, cuatro sub-delegaciones una de ellas en Medellín para trabajar en Antioquia, Chocó y también hacia el norte hacia Montería. Más de 60 delegados internacionales que vienen de todo el mundo a Colombia para trabajar y más de 300 compañeros colombianos. Esto hace que Colombia este en el grupo de las 10 operaciones más grandes del CICR.

Lo que es interesante en Colombia es que trabajamos mucho como intermediarios neutrales dentro del conflicto. Un rol bastante tradicional del CICR es facilitar la liberación de personas detenidas por grupos armados. La semana pasada por ejemplo, facilitamos la liberación del General que fue capturado en el Chocó en las Mercedes, pero de eso los medios hablaron mucho porque él es un general, pero este trabajo de facilitar liberaciones lo hacemos todo el tiempo y eso no se ve en los medios. En los últimos años facilitamos más de 1500 liberaciones en Colombia. También un trabajo muy importante es ayudar a las familias de personas desaparecidas a conseguir información sobre lo que sucedió con sus familiares y facilitar la recuperación de los cadáveres en zonas en las cuales es complicado para el estado entrar, por lo que y cuando tenemos el visto bueno de los que controlan las zonas ayudamos a recuperar el cuerpo.

Otro tema en el cual trabajamos, como intermediario neutral, y de eso puedo hablar de manera pública porque ya se habla de eso en los medios, es la facilitación del proceso sobre negociación en la Habana. Desde el inicio lo que hicimos fue facilitar no la negociación como tal ni el contenido o la sustancia de la negociación, pero asegurar que las personas designadas por las FARC para participar de la negociación pudieran llegar a la Habana con garantías de seguridad, y por eso participamos en el viaje de estas personas, organizamos la extracción de esta gente hasta la Habana y a veces también el regreso a Colombia. Esto es típicamente el rol de intermediarios que tenemos cuando ambas partes están de acuerdo para facilitar un proceso de paz, entonces lo hacemos en Colombia pero lo hicimos en otros países también.

Entonces, hablemos un poquito del CICR y del movimiento de la cruz roja y de la media luna roja, lo que propongo es si tienen preguntas podemos hacer una pausa para preguntas y respuestas antes de pasar a la segunda parte de mi presentación que trata del tema del DIH.

Alejandro Valencia Villa¹⁵³

**LA INTERACCIÓN Y CONVERGENCIA ENTRE
EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y
EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS**¹⁵⁴

El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario hacen parte del derecho internacional público y tienen en común la protección de los derechos más fundamentales de la persona.¹⁵⁵ Sin embargo, presentan importantes diferencias aunque cada vez existe una mayor complementariedad y convergencia entre ambos.¹⁵⁶ “El debate sobre la interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario forma parte de otro debate jurídico más amplio sobre la cuestión de la fragmentación y la unidad del derecho internacional”.¹⁵⁷ Mientras el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en todo momento, el derecho humanitario se aplica exclusivamente en situaciones de conflicto armado. Mientras el derecho internacional de los derechos humanos parte de que el deber de respeto y garantía de los derechos está en cabeza de los Estados, el derecho humanitario señala que el deber de respeto de las normas

153. Es abogado colombiano dedicado a la promoción y defensa de los derechos humanos desde 1989. Actualmente es consultor independiente en derechos humanos, derecho humanitario y justicia transicional y miembro del comité académico de la maestría de derechos humanos de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Ha sido consultor de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, tanto para su Oficina en Bogotá como para diversos proyectos en Chile, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y República Dominicana. También ha sido perito ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

154. Este texto es una actualización a diciembre de 2013 del apartado 8. del capítulo 1 de mi libro *Derecho internacional humanitario, conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano* (segunda edición actualizada, enero de 2013), Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2013, pp. 135 a 152.

155. Sobre esta relación véase Cáceres Brun, Joaquín, “El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos”, en Rodríguez-Villasante Prieto, José Luis, *Derecho internacional humanitario*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 645 a 658.

156. Sobre esta interrelación véase por ejemplo Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 11º período de sesiones, Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, Resultados de la consulta de expertos sobre la cuestión de la protección de los derechos humanos de la población civil en los conflictos armados, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Tema 2 de la agenda, A/HRC/11/31 4 de junio de 2009.

157. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, Naciones Unidas, Ginebra, 2012, p. 128.

humanitarias está en cabeza de las partes en conflicto.¹⁵⁸ Mientras el derecho internacional de los derechos humanos protege a toda persona que se encuentre bajo jurisdicción de un Estado, el derecho humanitario protege solamente a quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades, es decir, las que denomina personas protegidas.¹⁵⁹ “Tradicionalmente, el derecho internacional humanitario se formula en términos de reglas objetivas de conducta para los Estados y los grupos armados, mientras que el derecho internacional de los derechos humanos se expresa en términos de derechos subjetivos de la persona frente al Estado”.¹⁶⁰ Estas cuatro características son las diferencias más fundamentales entre estos marcos normativos.¹⁶¹

La aplicación del derecho internacional humanitario guarda una relación directamente proporcional a la intensidad del conflicto: a mayor intensidad del conflicto, mayor aplicación. La del derecho internacional de los derechos humanos, en cambio, es inversamente proporcional a la intensidad del conflicto: a mayor intensidad del conflicto, menor aplicación, hasta alcanzar el núcleo inderogable de derechos.¹⁶² Esta complementariedad también ha sido reconocida por la Corte Constitucional:

158. Según el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, es norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, la siguiente: “Norma 149. Un Estado es responsable de las violaciones del derecho internacional humanitario que le son imputables, en particular: a) las violaciones cometidas por sus órganos, incluidas sus fuerzas armadas; b) las violaciones cometidas por personas o entidades autorizadas a ejercer prerrogativas de su autoridad gubernativa; c) las violaciones cometidas por personas o grupos que actúan de hecho obedeciendo sus instrucciones o bajo su dirección o control; y d) las violaciones cometidas por personas o grupos privados que él reconoce y acepta como comportamiento propio”. Véase Henkaerts, Jean –Marie, Doswald – Beck, Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, ob., cit., pp. 599 a 606.

159. Por esta razón se puede sostener que el individuo según el derecho internacional humanitario tiene una personalidad jurídica internacional limitada. Véase Ambos, Kai, *Conceptos básicos del derecho internacional humanitario y el nuevo crimen de agresión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p. 75 nota de pie de página 197.

160. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, Op., Cit., p. 16.

161. Véase O’Donnell, Daniel, “Introducción al derecho internacional de los derechos humanos”, en Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho penal internacional*, vol. I, Bogotá, 2001, pp. 49 y ss donde se hace referencia a las tres primeras.

162. Cáceres Brun, Joaquín «Aspectos destacados en la aplicación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos», en Gabriel Pablo Valladares, *Lecciones y ensayos, derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 56.

Ahora bien, el derecho internacional humanitario ha sido concebido como un mecanismo de protección de la persona humana, sea ésta partícipe o no del conflicto armado. En efecto, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corporación, estos convenios, como el que ahora se revisa, hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos puesto que, tanto los tratados de derechos humanos como los convenios de derecho humanitario, son normas de *ius cogens* que buscan ante todo, proteger la dignidad de la persona humana, garantizada por el artículo 1° de la Carta Política colombiana, como un principio constitucional. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana, tanto en situaciones de conflictos entre Estados como dentro de éstos. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que si bien un grupo de esos ordenamientos están diseñados en lo esencial para situaciones de paz y otros operan en situaciones de conflicto armado, ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos.¹⁶³

Sobre este particular, son ilustrativos los siguientes extractos de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

112. Respecto de la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Internacional Humanitario, la Corte estima necesario destacar que toda persona, durante un conflicto armado interno o internacional, se encuentra protegida tanto por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como por ejemplo la Convención Americana, como por las normas específicas del Derecho Internacional Humanitario, por lo cual se produce una convergencia de normas internacionales que amparan a las personas que se encuentran en dicha situación. En este sentido, la Corte destaca que la especificidad de las normas de protección de los seres humanos sujetos a una situación de conflicto armado consagradas en el Derecho Internacional Humanitario, no impide la convergencia y aplicación de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagradas en la Convención Americana y en otros

163. Corte Constitucional, sentencia C-156 de 1999, M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

tratados internacionales. 113. La mencionada convergencia de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de las normas del Derecho Internacional Humanitario ha sido reconocida por este Tribunal en otros casos, en los cuales declaró que los Estados demandados habían cometido violaciones a la Convención Americana por sus actuaciones en el marco de un conflicto armado de índole no internacional.^{164*} Asimismo, la Corte ha protegido a miembros de comunidades a través de la adopción de medidas provisionales, “a la luz de lo dispuesto en la Convención Americana y en el Derecho Internacional Humanitario”, dado que se encontraban en una situación de extrema gravedad y urgencia en el marco de un conflicto armado.^{165**} De esta manera, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene plena vigencia durante un conflicto armado interno o internacional.

115. En este mismo sentido, el Derecho Internacional Humanitario consagra en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, la complementariedad de sus normas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al establecer, *inter alia*, la obligación que tiene un Estado en situación de conflicto armado de carácter no internacional, de brindar un trato humano y sin distinción alguna de índole desfavorable a las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, o que hayan quedado fuera de combate por cualquier razón. En particular, el Derecho Internacional Humanitario prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, los atentados contra la vida, la integridad y la dignidad de las personas nombradas anteriormente.^{166***} 116. Asimismo, el Protocolo Adicional a los

164* Cfr. Caso Molina Theissen. Reparaciones, supra nota 14, párrs. 15 y 41; Caso Molina Theissen. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106, párr. 40 y puntos resolutivos tercero y cuarto; Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C. No. 91, párr. 85; y Caso Bámaca Velásquez, supra nota 15, párrs. 143, 174, 207, 213 y 214.

165.** Cfr. Caso Pueblo Indígena de Kankuamo. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2004, considerando undécimo; Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de marzo de 2003, considerando undécimo; y Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, considerando undécimo.

166*** Cfr. Caso Bámaca Velásquez, supra nota 15, párr. 207.

Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), reconoce en su preámbulo la complementariedad o convergencia entre las normas del Derecho Internacional Humanitario con las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al señalar que “[...] los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”. Además, el artículo 75 del Protocolo I a dichos Convenios, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que estén en poder de una Parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los referidos Convenios o de dicho Protocolo, y el artículo 4 del Protocolo II, al referirse a las garantías fundamentales de todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, las que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privados de libertad, señalan que tales personas deben gozar de dichas garantías, consagrando de esta forma la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.¹⁶⁷

En otra decisión, la Corte Constitucional señala:

El componente del principio humanitario consistente en la obligatoriedad de respetar las garantías fundamentales y salvaguardas humanitarias básicas durante los conflictos armados, constituye uno de los principales nodos de interacción del Derecho Internacional y Constitucional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. ... Más aún, es claro que en los casos de conflictos armados internos, las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario se aplican de manera concurrente e interactúan de distintas formas en su aplicación a situaciones concretas.¹⁶⁸ Sobre el particular ha dicho la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Nada en los tratados de derechos humanos indica que no sean aplicables en tiempos de conflicto armado. ...

¹⁶⁷. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, (Excepciones Preliminares), párrs 112, 113, 115 y 116.

¹⁶⁸. Corte Constitucional, sentencia C-291/07, p. 110 y 111.

Así pues, en un conflicto armado, las normas internacionales de derechos humanos se aplican de manera concurrente con el derecho internacional humanitario. ... La aplicación complementaria de los dos regímenes jurídicos se conoce como aplicación concurrente o doble aplicabilidad. Un criterio que podría utilizarse para determinar qué corpus normativo debe aplicarse en una situación particular es la del control efectivo: cuanto más efectivo sea el control sobre personas o territorios, más apropiadas como marco de referencia serán las normas de derechos humanos.¹⁶⁹

Aunque el derecho internacional de los derechos humanos se aplica en todo tiempo y lugar, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, es decir, en casos de graves alteraciones de orden público o de conflictos armados, se autoriza la suspensión temporal de algunas obligaciones convencionales, en la estricta medida que la situación lo exija (art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). El derecho humanitario se aplica solamente en tiempos de conflicto armado y sus disposiciones complementan al derecho internacional de los derechos humanos, puesto que en lo que no se vincule directamente a las hostilidades, los derechos humanos siguen aplicándose de manera convergente.¹⁷⁰ Sobre el particular ha dicho el Relator de Naciones Unidas para las ejecuciones sumarias, extrajudiciales o arbitrarias:

50. ... En la actualidad la opinión más extendida es que la protección que ofrecen las normas internacionales de derechos humanos y la que ofrece el derecho internacional humanitario coinciden en el tiempo y el espacio y que ambos conjuntos

169. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados, Op., Cit., pp. 6, 59 y 68.

170. Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2675 (XXV) de 1970. "... [U]na vez analizado el contenido y alcance del término 'peligro público' que figura en el artículo 27 de la CADH, parece fácil concluir que esta noción cobijaría la totalidad del ámbito de aplicabilidad *rationae materiae* del DIH de los conflictos armados internos. En otras palabras, con la denominación de peligro público se calificarían las situaciones de violencia interna que alcanzan a ser consideradas como conflicto armado interno, en los términos del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra, hasta los conflictos armados de más alta intensidad, regulados por el Protocolo Adicional II. Por tanto, la convergencia de los ámbitos de aplicabilidad *rationae materiae* del DIH y de la CADH es, en estos casos, absoluta". Ramelli Arteaga, Alejandro, *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 146.

normativos se aplican simultáneamente a menos que se produzca un conflicto de leyes entre ellos. En caso de que se produzca ese conflicto, debería aplicarse la *lex specialis*, aunque sólo en la medida en que la situación de que se trate entrañe un conflicto entre los principios aplicables en el marco de los dos regímenes jurídicos internacionales. La Corte Internacional de Justicia ha rechazado explícitamente el argumento de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé únicamente la protección de los derechos humanos en tiempo de paz:

...La protección que otorga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se suspende en tiempo de guerra, excepto en función de lo dispuesto en el artículo 4 [suspensión en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación]. Sin embargo, esa suspensión no se aplica en relación con el respeto del derecho a la vida. En principio, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida se aplica también en las hostilidades. No obstante, la prueba de lo que es una privación arbitraria de la vida debe ser determinada en esos casos por la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en los conflictos armados, que está concebido para reglamentar la conducción de las hostilidades.¹⁷¹

En relación con la posibilidad de suspensión de determinados derechos con base en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

...el párrafo 1 del artículo 4 establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario. El artículo 4 del Pacto no puede interpretarse como justificación para suspender la aplicación de disposiciones del Pacto si tal suspensión entrañase la infracción de otras obligaciones internacionales del Estado, contraídas ya sea en virtud de un tratado o del derecho

171. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/2005/7, 22 de diciembre de 2004, párr. 50. Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (8 July 1996), párr. 25.

internacional general.¹⁷² El núcleo irreductible de los derechos humanos, que son los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, corresponde a la misma protección a la que un individuo aspira en todo tiempo. En este sentido, el Protocolo II de 1977 adicional de los Convenios de Ginebra de 1949, en su Título II contiene prácticamente todos los derechos irreductibles del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁷³ Como consecuencia:

...Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.¹⁷⁴

Este mismo Comité, en su Observación General núm. 31 sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, señaló que:

11. Tal como está implícito en la Observación General N° 29, el Pacto se aplica también en situaciones de conflicto armado a las que son aplicables las normas del derecho humanitario internacional. Si bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes.¹⁷⁵ En particular, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, a través de

172. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 29, “Los estados de emergencia”, párr. 9.

173. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios, Plaza & Janés, Bogotá, 1998, párr. 4430. “...los instrumentos internacionales de derechos humanos ejercieron influencia en el proceso de elaboración de los dos Protocolos Adicionales de 1977”. Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias”, en Cançado Trindade, Antônio A.; Peytrignet, Gérard y Ruiz de Santiago, Jaime, Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos humanos de la persona humana. Derechos humanos, derecho humanitario y derecho de los refugiados, Editorial Porrúa, México, D.F., 2003 p. 107.

174. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 29, “Los estados de emergencia”, párr. 11.

175. *Ibíd.*, párr. 11.

sus prohibiciones protege cinco de los derechos básicos que son también protegidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos: la vida, la integridad personal, la libertad personal, la dignidad personal y las garantías judiciales.¹⁷⁶ Por esta razón se afirma que estos derechos constituyen los derechos humanos mínimos que deben respetarse aún en casos de conflictos armados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Esta Corte ya ha señalado en el caso Las Palmeras (2000), que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomadas en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana.¹⁷⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha acudido al derecho internacional humanitario, como *lex specialis*, para interpretar de manera adecuada la Convención Americana. Sobre el particular dice la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

... de conformidad con el principio de la *lex specialis*, cuando a una misma situación se le aplican dos disposiciones discrepantes entre sí, la que proporcione orientaciones más detalladas debe prevalecer sobre la más general. ... Como medio de introducir el principio de *lex specialis* en el contexto de un conflicto armado, se señaló que, cuanto más estable fuera la situación, más aplicable sería el paradigma de los derechos humanos; cuanto menos estable y efectivo fuera el control, más aplicable sería el paradigma del derecho internacional humanitario como

176. "El derecho internacional humanitario prevé la protección de diversos derechos civiles y políticos (por ejemplo, las garantías judiciales o el derecho a la vida de los enemigos puestos fuera de combate), derechos económicos, sociales y culturales (por ejemplo, el derecho a la salud y el derecho a la alimentación) y derechos colectivos (por ejemplo, el derecho a un medio ambiente saludable)". Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, Op., Cit., p 17.

177. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bámaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 209.

complemento de las normas de derechos humanos.¹⁷⁸ La Corte ha utilizado los tratados de derecho internacional humanitario para dar contenido y alcance a los artículos de la Convención Americana. En la sentencia atrás citada de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, ha dicho esta Corporación: 119. En su jurisprudencia la Corte ha establecido claramente que tiene la facultad de interpretar las normas de la Convención Americana a luz de otros tratados internacionales, para lo cual en reiteradas oportunidades ha utilizado normas de otros tratados de derechos humanos ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a la normativa de la Convención. En este sentido, este Tribunal en su jurisprudencia constante^{179*} ha resuelto que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”. En dicha jurisprudencia, la Corte ha indicado que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Estos parámetros permiten a la Corte utilizar las normas del Derecho Internacional Humanitario, ratificadas por el Estado demandado, para dar contenido y alcance a las normas de la

178. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, Op., Cit., pp. 65 y 68.

179. Cfr. Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 144; Caso “Instituto de Reeduación del Menor”, supra nota 10, párr. 148; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury, supra nota 10, párrs. 165 y 166; Caso Bámaca Velásquez, supra nota 15, párrs. 126, 157 y 209; Caso Cantoral Benavides. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrs. 98, 100 y 101; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 192, 193 y 194; Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 133; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 54 y 120; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 20-22; El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 32, 34, 36 y 42; Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 21; Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 44; y “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 septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrs. 19 y 21.

Convención Americana.¹⁸⁰ La Corte no tiene ningún impedimento para declarar la violación de derechos de la Convención que estén relacionadas con el derecho internacional humanitario. Esta corporación, denegó una excepción preliminar de falta de competencia “*ratione materiae*” interpuesta por el Estado colombiano en el caso Santo Domingo, en la que se planteaba la exclusión en una situación de conflicto armado entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.¹⁸¹ Dijo entre otras la Corte en esa oportunidad: “... En este caso, al utilizar el DIH [derecho internacional humanitario] como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos, pues no está en duda la aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto armado. Eso sólo implica que la Corte puede observar las regulaciones del DIH, en tanto normativa concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales”.¹⁸² Una manera concreta en que la Corte Interamericana de derechos Humanos ha interpretado la Convención Americana sobre Derechos Humanos utilizando los tratados de derecho internacional humanitario, puede verse en el caso *Mapiripan Vs Colombia*:114. Asimismo, al proceder a determinar la responsabilidad internacional del Estado en el presente caso, la Corte no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II). El respeto debido a las personas protegidas implica obligaciones de carácter pasivo (no matar, no violar la integridad física, etc), mientras que la protección debida implica obligaciones positivas de impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas. La observancia de dichas obligaciones resulta

180. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, (Excepciones Preliminares), párr. 119.

181. *Ibíd.*, párrs. 16 a 26.

182. *Ibíd.*, párr. 24.

de relevancia en el presente caso, en la medida en que la masacre fue cometida en una situación de evidente desprotección de civiles en un conflicto armado de carácter no internacional. 115. Las obligaciones derivadas de dicha normativa internacional deben ser tomadas en cuenta, según lo dispuesto en el artículo 29.b) de la Convención, pues quienes se hallan protegidos por el régimen de dicho instrumento no pierden por ello los derechos o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, sino se complementan o integran para precisar su alcance o determinar su contenido. Si bien es claro que la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de Derecho Internacional Humanitario no puede ser declarada, como tal, por este Tribunal,^{183*} dichas normas son útiles para la interpretación de la Convención,^{184**} al establecer la responsabilidad estatal y otros aspectos de las violaciones alegadas en el presente caso. Esas normas estaban vigentes para Colombia al momento de los hechos, como normativa internacional de la que el Estado es parte^{185***} y como derecho interno,^{186****} y han sido declaradas por la Corte Constitucional de Colombia como normas de *jus cogens*, que forman parte del “bloque de constitucionalidad” colombiano y que son obligatorias para los Estados y para todos los actores armados, estatales o no estatales, que participen en un conflicto armado.^{187***** 188}

183* Cfr. Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares, supra nota 181, párr. 108, y Caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C no. 67, párr. 33

184** Cfr. Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares, supra nota 181, párr. 119; Caso Las Palmeras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párrs. 32 a 34, y Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrs. 208 a 209.

185*** El Protocolo II fue ratificado por Colombia el 14 de agosto de 1995 y entró en vigor el 14 de febrero de 1996.

186**** Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”.

187***** Cfr. sentencia C-225/95 de 18 de mayo de 1995, emitida por la Corte Constitucional.

188. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la masacre de Mapiripán Vs Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrs. 114 y 115.

Un buen resumen de la jurisprudencia del sistema interamericano en materia de derecho humanitario es la de Aponte Cardona, Alejandro “El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática”, en Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, Editorial Temis, Bogotá, 2011, p. 125 y ss. El autor sostiene por ejemplo que la invocación del derecho internacional humanitario en la sentencia de Mapiripán Vs Colombia ha diluido las diferencias entre interpretación y aplicación, al señalar como es obligatorio el dih tanto para actores estatales como no estatales, *Ibíd.*, p. 162.

También la Comisión Interamericana ha acudido al derecho internacional humanitario para interpretar la Convención Americana, en uno de los últimos pronunciamientos sobre el particular, en la petición interestatal de Ecuador Vs Colombia:

125. En el presente caso, el Estado peticionario alega la presunta ejecución extrajudicial de un ciudadano ecuatoriano por agentes del Estado Colombiano, en el contexto de un operativo militar en territorio de Ecuador. Por lo tanto, las normas del DIH pueden ser relevantes, dependiendo de las circunstancias establecidas, para definir si la alegada privación de la vida de Franklin Guillermo Aisalla Molina fue “arbitraria” o no de acuerdo con el artículo 4.1 de la Convención.

Al igual que otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos, la Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 comparten un núcleo común de derechos no suspendibles y el objetivo común de proteger la integridad física y la dignidad inherente al ser humano.^{189*}

1. Es así como tanto el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra como el artículo 4 de la Convención Americana protegen el derecho a la vida y en consecuencia, prohíben las ejecuciones extrajudiciales en cualquier circunstancia. Por lo tanto, las denuncias que aleguen privaciones arbitrarias del derecho a la vida, atribuibles a agentes del Estado, están claramente dentro de la competencia de la Comisión Interamericana, pero de resultar establecida la existencia de un conflicto armado, resulta indispensable acudir al DIH como fuente de interpretación autorizada que permita aplicar la Convención Americana con una debida consideración de las características particulares de esta situación.

122. De esta manera, aunque la *lex specialis* respecto a hechos que tienen lugar en el contexto de un conflicto armado es el DIH, ello no significa que el derecho internacional de los derechos humanos no se aplique. Al contrario, lo que significa es que al aplicar el derecho de los derechos humanos, en este caso la Convención Americana, se recurre al DIH para efectos

^{189*} CIDH Informe No. 55-97, caso 11.137 Juan Carlos Abella (Argentina), 18 de noviembre de 1997, párr. 158. Ver también, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Comunicación 227/99- D.R. Congo c. Burundi, Ruanda y Uganda, 33ava sesión ordinaria de la Comisión Africana, mayo 2003, párrs. 64 y 65.

de interpretación como normativa específica que rige un conflicto armado.^{190**191}

Hasta la fecha, la sentencia de la Corte IDH que ha profundizado más en temas de derecho internacional humanitario es la correspondiente al caso Santo Domingo contra el Estado de Colombia. En este caso se alegaba la violación de derechos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”), ocasionados por un bombardeo ocurrido en la vereda de Santo Domingo el 13 de diciembre de 1998 y hechos posteriores, como resultado, entre otras, de operaciones militares del Ejército Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana contra las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Entre otras, la muerte de 17 personas y las heridas a otras 27 en la vereda Santo Domingo el 13 de diciembre de 1998, fueron ocasionadas por una munición en racimo (*cluster*) lanzada por un helicóptero de la Fuerza Aérea Colombiana. Se trataba de hechos perpetrados en el marco del conflicto armado, razón por la cual, la Corte, como lo había venido señalando en su jurisprudencia, acudió al derecho internacional humanitario, como *lex specialis*, para interpretar de manera adecuada la Convención Americana. Los párrafos pertinentes del fallo son los siguientes: 211. Una vez establecido la ocurrencia de los hechos, el Tribunal pasa a examinar la responsabilidad del Estado en las afectaciones a la vida y la integridad de las víctimas del bombardeo. Para ello, como fuera señalado (*supra* párr. 187), analizará los hechos del caso interpretando las disposiciones de la Convención Americana a la luz de las normas y principios pertinentes del derecho internacional humanitario, a saber: a) el principio de distinción; b) el principio de proporcionalidad, y c) el principio de precaución.

190* CIDH. Informe No. 109/99, Fondo, Caso 10.951, *Coard y otros* (Estados Unidos). 29 de septiembre de 1999, párr.42. Ver también CIJ, Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, CIJ, Informes 1996, párrafo 25.

191. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 112/10, Petición Interestatal PI-02, Admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador C. Colombia, OEA/Ser.L/V/II.140, Doc.10, 21 de octubre de 2010, párrs. 125, 117, 118 y 122.

La noción de remisiones que el Convenio Europeo contiene en algunos artículos, ha sido utilizada por la Corte Europea para señalar que tiene competencia de aplicar disposiciones del derecho humanitario. Alejandro Aponte Cardona, “El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática”, en Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel (editores), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ob. cit., pp. 130 a 133.

a) El principio de distinción

212. De acuerdo a lo establecido por el Derecho Internacional Humanitario, el principio de distinción se refiere a una norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales en la cual se establece que “[l]as partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes”, que “[l]os ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes” y que “[l]os civiles no deben ser atacados”.^{192*} Además, son normas de Derecho Internacional Humanitario consuetudinario las que disponen que “[l]as partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares”, de tal forma que “los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares”, mientras que “los bienes de carácter civil no deben ser atacados”.^{193**} Del mismo modo, el párrafo 2 del artículo 13 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra prohíbe que tanto las personas civiles como la población civil como tal sean objeto de ataques.^{194***} La jurisprudencia de tribunales penales internacionales también se ha referido a este principio.^{195****}

213. En el presente caso la Corte dio por probado que, en el marco de enfrentamientos con la guerrilla FARC, el día 13 de diciembre de 1998 la Fuerza Aérea Colombiana lanzó un dispositivo *cluster* AN-M1A2 sobre el caserío de Santo Domingo, causando la muerte y lesiones de personas civiles (*supra* párr. 210). La Corte toma nota de que las instancias judiciales y administrativas internas han considerado que el Estado incumplió el principio de distinción en la conducción del referido operativo aéreo.

^{192*} Henkaerts, Jean – Marie, Doswald – Beck Louise, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, volumen I, normas, CICR, Buenos Aires, 2007, p. 3, Norma 1.

^{193**} Henkaerts, Jean – Marie, Doswald – Beck Louise, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, volumen I, normas, CICR, Cambridge, 2005, p. 29, Norma 7.

^{194***} En ese mismo sentido, la norma 87 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario y el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra establecen que “[l]as personas civiles y las personas fuera de combate serán tratadas con humanidad”. Henkaerts, Jean – Marie, Doswald – Beck Louise, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen I, normas, CICR, Buenos Aires, 2007, p. 349, Norma 87.

^{195****} Cfr. Tribunal Penal para la Ex - Yugoslavia (en adelante también “TPIY”), Radicado: IT-96-29/1-T. Asunto “Fiscal Vs. Stanislav Galic”. Sentencia del 5 de diciembre de 2003. Sala de Primera Instancia del TPIY, párr. 57. Véase asimismo Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 13 June 2000, párr. 29, e Informe de la Comisión de Investigación sobre el Líbano, presentado de conformidad con la resolución S-2/1 del Consejo de Derechos Humanos, 23 de noviembre de 2006, párr. 25.

b) El principio de proporcionalidad

214. De acuerdo a lo establecido por el Derecho Internacional Humanitario, el principio de proporcionalidad se refiere a una norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales, en la cual se establece que “queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.^{196*} El referido principio establece entonces una limitante a la finalidad de la guerra que prescribe que el uso de la fuerza no debe ser desproporcionado, limitándolo a lo indispensable para conseguir la ventaja militar perseguida.^{197**}

215. Sobre el particular, como ya fuera señalado, si bien el lanzamiento del dispositivo *cluster* afectó directamente a la población del caserío de Santo Domingo, el objetivo militar más general de la operación aérea habría sido la guerrilla presumiblemente ubicada en una mata de monte cerca de Santo Domingo. En esta hipótesis, la ventaja militar que esperaba obtener la Fuerza Aérea Colombiana era socavar la capacidad militar de los integrantes de la guerrilla ubicados en un lugar donde presumiblemente no había presencia de población civil que pudiera resultar afectada incidentalmente por el dispositivo *cluster*. Por ende, el Tribunal considera que no corresponde analizar el lanzamiento de dicho dispositivo a la luz del principio de proporcionalidad, puesto que un análisis semejante implicaría determinar si los muertos y heridos entre la población civil pueden ser considerado un resultado “excesivo” en relación con la ventaja militar concreta y directa esperada en caso de haberse impactado un objetivo militar, lo cual no ocurrió en las circunstancias del caso.

^{196*} Henkaerts, Jean – Marie, Doswald – Beck Louise, El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, volumen I, normas, CICR, Buenos Aires, 2007, p. 53, Norma 14.

^{197**} Véase Comisión Interamericana, Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia. Capítulo IV, “Violencia y violación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario”, doc. OEA/Ser. L/V/II.102. Doc. 9, rev. 1, del 26 de febrero de 1999, párrafos 77 a 80. Véase además: Informe de la Comisión de Investigación sobre el Líbano, presentado de conformidad con la resolución S-2/1 del Consejo de Derechos Humanos” del 23 de noviembre de 2006, párr. 147, y Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, 13 June 2000, párrs. 28, 48, 49 y 50.

c) El principio de precaución

216. De acuerdo a lo establecido por el Derecho Internacional Humanitario, el principio de precaución se refiere a una norma consuetudinaria para conflictos armados internacionales y no internacionales en la cual se establece que “[l]as operaciones se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil”, y que “[s]e tomarán todas las precauciones factibles para evitar o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente”.^{198***}

Del mismo modo, la norma 17 de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario dispone que “[l]as partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de guerra para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y de heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente”, y la norma 18 señala que “las partes en conflicto deberán hacer todo lo que sea factible para evaluar si el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.^{199*200}

La Corte IDH solo viene interpretando y no aplicando el DIH. Con la decisión de las excepciones preliminares del caso de Las Palmeras, en que las que dio por probada dos excepciones interpuestas por el Estado colombiano, la Corte IDH se declaró incompetente para aplicar el derecho internacional humanitario.²⁰¹ Esta le dio la razón al Estado colombiano que propuso diferenciar entre interpretación y aplicación. La CIDH argumentó que el caso debía ser decidido a la luz del DIH y que la Corte IDH tenía competencia para aplicar esa normativa. “... la Convención

198*** Henkaerts, Jean – Marie, Doswald – Beck Louise, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, volumen I, normas, CICR, Buenos Aires, 2007, p. 59, normas 15.

199* Henkaerts, Jean – Marie, Doswald – Beck Louise, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, volumen I, normas, CICR, Buenos Aires, 2007, pp. 65 a 67, normas 17 y 18.

200. CorteIDH, Caso masacre Santo Domingo Vs Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012 excepciones preliminares, fondo y reparaciones).

201. Corte IDH, Caso Las Palmeras, sentencia de 4 de febrero d 2000, excepciones preliminares, párrs. 28 a 34.

Americana no tiene ninguna norma para distinguir una hipótesis de la otra [la existencia o no de un conflicto armado] y, por esta razón, debe aplicar los Convenios de Ginebra”.²⁰² Esta tesis de la CIDH sobre la aplicación del DIH se desprende de los razonamientos ya esbozados en su informe 55/97 sobre los hechos que acaecieron el 23 y 24 de enero de 1989 en el cuartel militar La Tablada en Argentina, así como en el Capítulo IV del Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia de 1999.²⁰³ Dijo en el caso de La Tablada que los hechos vinculados directamente con el ataque al cuartel de La Tablada y su recuperación constituyeron un conflicto armado no internacional, hechos que se rigen por las normas en materia de conflictos armados internos, cuya aplicación es de competencia de la CIDH.²⁰⁴ Esto concluyó esta corporación:

Con sustento en la aplicación de dichas normas de derecho humanitario, la Comisión encontró que no existían pruebas suficientes para determinar que el Estado utilizó métodos y medios de combate ilegales para recuperar el cuartel de La Tablada en enero de 1989. Determinó igualmente que los civiles que tomaron las armas y atacaron dicho cuartel se constituyeron en blancos militares legítimos durante el tiempo que duró su participación activa en el conflicto. Por lo tanto, las muertes y heridas sufridas por los atacantes, mientras duraba su condición de participantes activos del conflicto, estaban legítimamente vinculadas al combate, y no constituyen violaciones de la Convención Americana o de disposiciones aplicables del Derecho internacional humanitario.²⁰⁵

Esta convergencia entre los derechos humanos y el derecho humanitario ha sido resaltada por la Corte Internacional de Justicia tanto en la Opinión Consultiva del 9 de junio de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un

202. *Ibíd.*, párr. 29.

203. CIDH, Tercer Informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, 29 de febrero d 1999, OEA/Ser.L/V/II. 102, Doc. 9 rev. 1.

204. CIDH, Informe 55/97 caso 11.137, aprobado el 18 de noviembre de 1997, párr. 327.

205. *Ibíd.*, párr. 328.

muro en el territorio palestino ocupado,²⁰⁶ como en el fallo del 19 de diciembre de 2005 en el asunto relativo a las actividades armadas en el territorio del Congo (la República Democrática del Congo C. Uganda).²⁰⁷ En esta última decisión cabe destacar la opinión separada del juez Simma que “señaló que por lo menos la esencia de las obligaciones dimanantes de las normas del derecho internacional humanitario y del derecho de los derechos humanos es válida *erga omnes*”.²⁰⁸

A su vez, el profesor Cançado Trindade, ha resaltado que: La adopción del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que contiene estándares mínimos de protección en caso de conflicto armado no-internacional, también contribuyó a la aproximación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debido a su amplio ámbito que acarrea la aplicación de las normas humanitarias de la misma manera en las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción (como ocurre en el campo propio de los derechos humanos).²⁰⁹

El profesor Daniel O'Donnell manifiesta al respecto: La aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas para abordar las violaciones de los derechos fundamentales perpetradas por las partes en un conflicto armado que no son un

206. “Más en general, la Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del derecho internacional, es decir, el derecho de los derechos humanos y, como *lex specialis*, el derecho internacional humanitario”. CIJ, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en territorio palestino ocupado, 9 de Julio de 2004, párr. 106. Disponible en: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf citado por Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 112/10, Petición Interestatal PI-02, Admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador c. Colombia, OEA/Ser.L/V/II.140, Doc.10, 21 de octubre de 2010, párr. 124.

207. Véase en este sentido el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Normas básicas de la humanidad, E/CN.4/2006/87 del 3 de marzo de 2006, párrs. 23 y ss.

208. *Ibid.*, párr. 28.

209. Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias”, *ob. cit.*, p. 135.

Estado fortalece la imparcialidad y la objetividad del sistema respetando, al mismo tiempo, los principios jurídicos básicos por lo que atañe a la responsabilidad de los Estados. Recurrir a las normas humanitarias para interpretar las normas de derechos humanos, y otras formas de desarrollar una normativa mixta más sólida que provenga de las dos ramas del derecho con objeto de cubrir prácticas y situaciones en que ambas son relevantes, afianza la compatibilidad y la eficacia de los dos sistemas.²¹⁰

Sin embargo, "...las aproximaciones o convergencias entre estas vertientes de protección internacional de la persona humana se manifiestan en nuestros días no sólo en los planos conceptual, normativo y hermenéutico, sino también en el plano operativo".²¹¹ Sobre este particular, el profesor O'Donnell ha señalado:

Cabe, sin embargo, destacar que los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas recurren cada vez con mayor frecuencia al derecho humanitario en los cuatro tipos de situaciones siguientes: -cuando la finalidad de las normas del derecho humanitario es expresamente cubrir una práctica específica, prevista sólo indirectamente en la normativa de los derechos humanos; -cuando las normas humanitarias y de los derechos humanos se aplican indistintamente; -cuando el derecho humanitario es más pertinente que el derecho de los derechos humanos, dada la identidad del infractor; -cuando las normas humanitarias aplicables convergen con el derecho de los derechos humanos.²¹² Para finalizar, sobre esta interrelación dos académicos nacionales han señalado: Ahora bien, el [derecho

210. O'Donnell, Daniel, "Tendencias en la aplicación del derecho internacional humanitario por los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 147, Ginebra, 1998, p. 545.

211. Cançado Trindade, Antônio Augusto, "Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional humanitario: aproximaciones y convergencias", *ob. cit.*, p. 168.

"... Las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, - que, como vengo sosteniendo hace muchos años, se manifiestan en los planos tanto normativo como hermenéutico y operativo, - han maximizado la protección de los seres humanos en toda y cualquier circunstancia, aún más tratándose de normas pertenecientes al dominio del *jus cogens*". Voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004, (Excepciones Preliminares), párr. 41.

212. O'Donnell, Daniel, *ob. cit.*, p. 524.

humanitario] es un estatuto mínimo –y no máximo– de derechos humanos. El hecho de que esté edificado sobre la neutralización normativa de la prohibición de matar, por lo menos en circunstancias de combate, es indicativo, en sí mismo, de que el [derecho humanitario] comporta el reconocimiento de que la guerra es el imperio de la razón instrumental y estratégica, de manera que sus pautas normativas configuran criterios mínimos, acaso sobre todo negativos, de flaqueo valorativo dentro de un universo dominado en buena medida por las concesiones a la “eficiencia”, en detrimento de los estándares comparativamente altos de respeto por los derechos humanos –v. gr., derechos fundamentales– propios del Estado liberal de derecho.²¹³

Señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

En este sentido, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario ofrecen salvaguardias y garantías amplias en relación con los derechos de las personas que no participan activamente en las hostilidades o han dejado de hacerlo, en particular los civiles. La aplicación de ambos conjuntos normativos debe hacerse de tal manera que se complementen y refuercen mutuamente. Al hacerlo, se previenen las deficiencias en materia de protección y, posiblemente, se facilita el diálogo con las partes en conflicto sobre el alcance de sus obligaciones legales. Además, la aplicación complementaria de ambos conjuntos normativos permitirá contar con los elementos necesarios para activar los mecanismos de rendición de cuentas nacionales o internacionales por las violaciones cometidas en el conflicto. Por último, ambos regímenes jurídicos también proporcionan los mecanismos necesarios para garantizar que las víctimas puedan ejercer su derecho a interponer recursos y obtener reparaciones.²¹⁴

213. Orozco Abad, Iván y Gómez Albarello, Juan Gabriel *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Editorial Temis, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999, p. 252.

214. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*, Op., Cit., pp. 129 y 130.

CORTE PENAL INTERNACIONAL: JURISDICCIÓN, ADMISIBILIDAD, AVANCES Y DESAFÍOS DE SU JURISPRUDENCIA

Buenas tardes, muchas gracias por la invitación, tenemos toda la tarde para conversar, vamos a hablar de los procedimientos ante la Corte y les voy a contar los casos que están en este momento en discusión. En cuanto a las preguntas les pediré que las hagan por escrito, para que sea recolectadas durante la pausa y las discutiremos en la segunda parte de esta presentación, así podemos avanzar ya que tenemos bastante material que discutir y la idea es que al final de esta presentación tengan una idea más o menos clara de cómo funciona la Corte.

En cuanto a los puntos a tratar, como tenemos bastante tiempo, vamos a ver lo siguiente: Primero, ¿Qué es la Corte Penal Internacional? En segundo lugar vamos a conversar acerca de cuáles son los parámetros de jurisdicción de la Corte. En tercer lugar veremos cómo se activa esta jurisdicción. Luego, como cuarto punto, veremos los asuntos de admisibilidad, después en quinto lugar el principio de complementariedad, para concluir en la segunda parte de esta presentación con un análisis detallado de las situaciones y casos que están actualmente ante la Corte..

La Corte Penal Internacional es una institución internacional independiente, permanente y complementaria a las jurisdicciones nacionales. La Corte Penal Internacional está basada en su propio tratado, el Estatuto de Roma, y no es parte del sistema de las Naciones Unidas como otros Tribunales Internacionales que se han creado en otras oportunidades para lidiar con situaciones específicas, como los tribunales ad-hoc para la ex Yugoslavia o Ruanda, que dejarán de existir cuando concluyan con su cometido. La Corte Penal Internacional es permanente y existe como tal a partir de la fecha en la que el Estatuto de Rome entró en vigencia el 1 de Julio de 2002 y, como les dije anteriormente,

²¹⁵. Magistrado Auxiliar - Asesor Legal de la Sala de Juicio III de la Corte Penal Internacional. Las opiniones expresadas por la autora no representan la visión de la Corte Penal Internacional.

es independiente aun cuando tiene relaciones con las Naciones Unidas.

El Estatuto de Roma es el Tratado base de la Corte, así como la Carta de las Naciones Unidas es el Tratado de las Naciones Unidas. El Estatuto de Roma fue adoptado por una Conferencia de Plenipotenciarios que fue organizada por las Naciones Unidas y, después de largas discusiones, finalmente el Estatuto fue adoptado el 17 de julio de 1998. 139 Estados firmaron el Tratado, pero, a la fecha, solo 122 Estados han depositado el respectivo instrumento de ratificación del mismo. Como ustedes han de saber, la norma en derecho internacional en relación a los tratados es que, por medio de la firma, un Estado expresa, en principio, su intención de transformarse en Parte de un Tratado, esto lo hacen generalmente los representantes diplomáticos que participan en este tipo de conferencias. Sin embargo, la firma de un tratado no obliga al Estado, de ninguna manera, a emprender más acciones que presentarlo a nivel interno para su aprobación, normalmente por el poder legislativo o el parlamento del Estado respectivo. La ratificación, en cambio, implica la obligación legal del Estado que ratifica de aplicar el Tratado respectivo. En el caso del Estatuto de Roma, éste ha sido ratificado a la fecha no por los 139 Estados signatarios sino sólo por 122 Estados. Ahora bien, 122 Estados puede parecer un número pequeño, pero si tomamos en consideración que los Estados Miembros de las Naciones Unidas son 193, se trata entonces de que un 63 por ciento de los Estados que son parte de las Naciones Unidas son además parte del Estatuto de Roma. Sin embargo, es importante tener en cuenta que Estados Unidos, China, Rusia, Israel, entre otros, no son parte del Estatuto de Roma. Más adelante verán ustedes, en relación a los procedimientos de activación, la importancia que tiene que un Estado sea parte o no. Entonces, recapitulando lo más importante que hemos visto hasta ahora, la Corte Penal Internacional tiene su tratado independiente, el Estatuto de Roma, fue adoptado el 17 de Julio de 1998 y la Corte entró en vigencia el 1 de julio el año 2002, una vez que los primeros 60 documentos de ratificación fueron depositados.

Ahora bien, ¿qué define los parámetros de jurisdicción de la Corte? En primer lugar ¿qué quiere decir jurisdicción?, bueno es el marco dentro del cual la Corte puede operar ¿Qué es lo

que lo define? Tres cosas muy importantes: (i) crímenes (artículo 5 del Estatuto de Roma), la corte tiene competencia solo para conocer de ciertos crímenes; (ii) tiempo (artículo 11 del Estatuto de Roma), la corte tiene competencia solo dentro de un periodo de tiempo determinado; y (iii) territorio o nacionalidad (artículo 12(2) del Estatuto de Roma).

¿Cuáles son los crímenes de competencia de la Corte? Bueno los crímenes son “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, no cualquier crimen es de competencia de la Corte. La Corte tiene competencia para conocer sólo de 4 grupos de crímenes específicos: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión. Es importante tener en cuenta que, por supuesto, dentro de cada grupo hay acciones específicas que se repetirán, como el causar la muerte de una persona, pero lo que hace que esa muerte sea o no un crimen de competencia de la Corte es el contexto en el que se comete la acción.

En el caso de genocidio, conforme al artículo 6 del Estatuto de Roma, son distintas formas de cometer un crimen destinado a destruir un grupo. Ahora bien, esto sólo si se trata de un grupo étnico, nacional, racial o religioso. Si se llegara a cometer un crimen con la intención de destruir, por ejemplo, un grupo político, eso no es genocidio, podrá quizás calificar como un crimen de lesa humanidad, pero el genocidio entonces son crímenes de asesinatos tortura, desplazamiento forzados, entre otros, pero siempre que se cometan con el objetivo de destruir el grupo como tal, a que el grupo desaparezca, eso es genocidio.

Crímenes de lesa humanidad también incluye muchas acciones pero ¿Qué es lo que hace que estas acciones constituyan éste crimen? Para que hablemos de crímenes de lesa humanidad, conforme al artículo 7 del Estatuto de Roma, las acciones se deben haber cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil. Este ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil debe además ser parte de una política de un Estado o de una organización para cometer este ataque. Como vimos anteriormente, un ataque destinado a destruir a un grupo político no será genocidio, pero si se comete como parte de una política con la intención de destruir este grupo, será entonces un crimen

de lesa humanidad. Los crímenes de guerra son, en cambio, conforme al artículo 8 del Estatuto de Roma, graves violaciones a las leyes y usos aplicables durante los conflictos armados, ya sea internacionales o internos. Durante los conflictos armados el Derecho Internacional Humanitario regula las acciones que se encuentran permitidas, por ejemplo matar a la contraparte en una guerra, en principio, no es un crimen, hay algunas cosas que se pueden hacer en el contexto de una guerra. Ahora bien, cuando se transgreden estas normas de la guerra, que es el derecho internacional humanitario, nos encontraremos entonces con crímenes de guerra.

El crimen de agresión es un crimen que está por ahora solo definido en el Estatuto pero, como vamos a ver más adelante, la Corte no tiene aún competencia para ejercer jurisdicción en relación éste. Conforme al artículo 8 bis, un acto de agresión es el uso de fuerza armada por parte de un Estado en contra de la soberanía, integridad territorial o independencia política de otro Estado.

Por lo tanto, son solamente 4 grupos de crímenes los que son de competencia de la Corte. Nada más que hay otros crímenes que tienen efectos internacionales que afectan a la comunidad en su conjunto, por ejemplo, el terrorismo o el tráfico de drogas, pero éstos no están incluidos en el Estatuto, pueden ser crímenes que tienen trascendencia universal pero que no son necesariamente parte de la competencia de la Corte.

En cuanto al tiempo, y esto es muy importante, como les contaba anteriormente el Estatuto entro en vigor el 1 de julio del año 2002. Conforme al artículo 11 del Estatuto, los crímenes cometidos con anterioridad a su entrada de vigencia no son de competencia de la Corte y, bajo ninguna circunstancia, la Corte puede conocerlos. Por ejemplo, los crímenes cometidos en la dictadura de mi país, Chile, no son parte de la competencia de la Corte, jamás podrá asignársele a la Corte la responsabilidad de conocer de esos crímenes. Pero además, el 1 de julio del año 2002 es la fecha de corte para aquellos 66 Estados que ratificaron antes de que el Estatuto entrara en vigencia el 1 de julio del año 2002, conforme al artículo 126, en relación a aquellos Estados que han ratificado con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto, éste entra en vigencia en relación a ellos solo el primer

día del mes siguiente al sexagésimo día siguiente al depósito del instrumento de ratificación. Volviendo al ejemplo de Chile, que ratifico el Estatuto el 29 de Junio de 2009, el Estatuto entró en vigor para Chile solo a partir del 1 de Septiembre de 2009. Por lo tanto, la competencia de la Corte para conocer de los crímenes cometidos en mi país es a partir del mes de septiembre de 2009 y no desde el 1 de julio del año 2002.

Ahora ¿Es posible para los Estados aceptar la competencia de la Corte con anterioridad a fecha en depositan el instrumento de ratificación? En principio sí, pero esto nunca podrá ser con anterioridad al 1 de julio del año 2002 que es la fecha tope, de ahí en adelante no hay ninguna limitación y, conforme al artículo 12(3) del Estatuto, los Estados pueden aceptar la competencia de la Corte aún sin hacerse parte del tratado. Además es necesario tener en cuenta que, conforme al artículo 124, al momento de ratificar el Estatuto un Estado puede deferir la entrada en vigencia de la competencia de la Corte por crímenes de guerra hasta por un período de 7 años.

En relación al crimen de agresión, como les expliqué anteriormente, la Corte aún no tiene competencia en relación a este crimen ya que hay unas condiciones, que se establecen en el Artículo 15 bis del Estatuto, que se deben cumplir antes de que la competencia se active. En particular, es necesario que las reformas relativas a agresión sean ratificadas por al menos 30 Estados Parte y que se tome una decisión al respecto, con posterioridad al 1 de enero de 2017. Si esto se aprueba probablemente la Corte tendrá jurisdicción para conocer sobre el crimen de agresión, hasta ahora solo existe la definición.

El último parámetro que limita la jurisdicción de la Corte es dónde, o por quién, deben haberse cometido los crímenes. De acuerdo al artículo 12(2) del Estatuto, los crímenes tienen que haberse cometido en el territorio de un Estado parte o por un Nacional de un Estado parte, a menos que la situación sea referida a la Corte por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Como dijimos anteriormente, las Naciones Unidas tiene 198 Estados que son parte de ella, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas podría, en el ejercicio de sus facultades establecidas en el capítulo séptimo de la Carta de las Naciones Unidas, referir una situación cometida en un Estado que no es

parte a la Corte. Pero si nos referimos a cualquier otra forma de activar la competencia de la Corte que no es por una remisión del Consejo de Seguridad, tiene que ser cometido por un individuo o dentro de un Estado parte.

Entonces, recapitulando, los márgenes de jurisdicción de la Corte son: (i) los cuatro tipos de crímenes, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión; (ii) el tiempo, solo con posterioridad al 1 de julio de 2002 o la fecha de entrada en vigencia del Estatuto para el Estado respectivo; y (ii) dentro del territorio o por un nacional de un Estado parte.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el hecho de que se cometa un crimen que cae dentro de este marco de jurisdicción no quiere decir que la Corte va a conocer inmediatamente de esos crímenes, es necesario que la jurisdicción de la Corte se active. La jurisdicción de la Corte se activa solo a través de los tres mecanismos enumerados en el artículo 13 del Estatuto: (i) por la remisión de un Estado Parte, esto quiere decir que un Estado Parte, cualquiera de los 122, le puede remitir al Fiscal de la Corte Penal Internacional una situación en la que se ha cometido un crimen de jurisdicción de la Corte ya sea en su propio territorio o en otro; (ii) por remisión por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como decíamos antes el Consejo no tendrá limitaciones territoriales ni personales y podrá remitir situaciones cometidas en el territorio o por nacionales de un Estado que no es parte del Estatuto de Roma; y (iii) finalmente, la forma más difícil de activar la jurisdicción de la Corte, es de oficio por la Fiscalía de la Corte con la aprobación de la Sala de Cuestiones Preliminares. La jurisdicción de la Corte solo se puede activar de una de estas tres formas.

Es muy importante tener en cuenta que hay una distinción fundamental entre una “situación de crisis”, por una parte, y un “caso” concreto, por la otra. Lo que se remite a la Corte o, por lo que se activa la jurisdicción de la Corte es por una situación de crisis en general, no por un caso determinado, la jurisdicción de la Corte no se puede activar por un acto cometido por un individuo determinado en contra de alguna otra persona, no, se activa por una situación general que ocurre dentro de un territorio determinado, durante un tiempo determinado, con ciertas conexiones de un contexto, yo la he definido como “un conjunto de hechos que

ocurren dentro de un territorio determinado, durante un período de tiempo específico, en el cual uno o más hechos de competencia de la Corte parecen haberse cometido”. Esto es muy importante porque, principalmente, cuando nos referimos a una remisión, hay que tener en cuenta que la jurisdicción de la Corte no se va a activar solo para perseguir a un sector de un conflicto sino que va a tener competencia para conocer la situación completa en su conjunto e investigar los crímenes cometidos por todas las partes, no solamente por una de ellas.

Después de que se ha concluido la investigación, los “casos” serán recién identificados, y los casos se refieren entonces a “crímenes específicos cometidos por personas determinadas”. Solo una vez que el Fiscal conduce la investigación de la situación de crisis será posible identificar uno, dos, tres, o cien casos, el Fiscal identificará crímenes cometidos por tal persona en tal lugar, en tal día, eso es un caso, pero eso es algo que va a venir mucho después de la remisión o de la activación de la jurisdicción de la Corte.

Dijimos entonces que eran tres formas de activación, entonces veamos la primera que es la remisión de una situación por un Estado parte. Conforme al artículo 14 del Estatuto, cualquier Estado puede remitir al Fiscal una situación de crisis cuando parezca que crímenes de competencia de la Corte se han cometido, por lo que el Estado dirá: “señor Fiscal a mí me parece que en este país se están cometiendo crímenes de competencia de la Corte, este país es un Estado parte, por lo tanto, usted tiene competencia, investigue”. Hasta ahora 5 situaciones se han remitido por auto remisión de un Estado parte, estas son las situaciones de la República Democrática del Congo, Uganda y dos situaciones de la República Central Africana, y una en Mali.

El hecho de que un Estado haga la remisión de una situación a la Fiscalía de la Corte no significa que inmediatamente el Fiscal se va a poner a investigar, el Fiscal primero realizará lo que se llama un “examen preliminar” de lo que se le ha enviado y para ello analizará los parámetros del artículo 53(1) del Estatuto. En primer lugar, se debe tratar de un crimen de competencia de la Corte. El Fiscal por tanto deberá verificar que, efectivamente, lo que se le ha remitido es una situación en la que crímenes que encajan dentro de los cuatro crímenes que dijimos la Corte tiene

competencia, hasta ahora en todo caso solo tres exceptuando el crimen de agresión, tiene que ver que exista el contexto que efectivamente encaje dentro de la definición del artículo 6, 7 u 8 del Estatuto.

El segundo nivel de análisis que el Fiscal debe realizar es, si este caso es admisible o no, porque puede haber casos o crímenes cometidos que aunque sean de lesa humanidad o de guerra, la Corte no tiene competencia, por lo tanto tiene que ver que el caso sea admisible de acuerdo al artículo 17 del Estatuto.

El tercer nivel de análisis es una facultad discrecional, política, que se le ha dado al Fiscal y él puede hacer una determinación que aun cuando sea un crimen de competencia de la Corte, aun cuando sea admisible por reunirse los requisitos del artículo 17, el Fiscal puede establecer que existen razones sustanciales para creer que no es necesario seguir adelante con este caso por los “intereses de la justicia”. El concepto de “intereses de la justicia” no está definido y es una facultad discrecional del Fiscal, pero que está sometida a la revisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional. Este análisis del artículo 53(1) es muy importante para la discusión del caso de Colombia, por lo tanto, es fundamental que tengan claro que estos son los parámetros que el Fiscal tiene que analizar, primero debe existir un crimen, el caso debe ser admisible, y que el fiscal no determine que existe un interés de justicia para no seguir adelante con la investigación.

Por lo tanto, aún cuando la situación sea remitida por un Estado Parte, la Fiscalía luego de hacer este “análisis preliminar” puede determinar que no procede abrir una investigación y el Fiscal podrá determinar que no procede iniciar una investigación, ya sea porque no incluye un crimen de competencia de la Corte, o los casos potenciales serán inadmisibles, o en relación al interés de justicia es mejor no investigar.

La segunda forma de remisión, es la que se realiza por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas actuando de conformidad al capítulo séptimo de la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo puede remitir al Fiscal una situación de crisis en la que parezca que se han cometido crímenes competencia de la Corte, hasta ahora dos situaciones se han remitido por el Consejo de Seguridad, la situación de Sudan y la situación de Libia. Es importante recordar nuevamente que cuando se

trata de una remisión por parte del Consejo de Seguridad no se aplican los parámetros de territorio ni de personalidad, por lo tanto la Corte es competente para conocer de crímenes cometidos en cualquier lugar del planeta y por cualquier individuo. Sin embargo, nuevamente aunque el Fiscal reciba una situación de parte del Consejo de Seguridad, este debe hacer en todo caso el análisis del artículo 53(1), y el Fiscal le podría decir nuevamente al Consejo de Seguridad: “muchas gracias por su carta pero no voy a iniciar una investigación”, no ha pasado hasta ahora pero en teoría puede pasar.

¿Qué pasa cuando el Fiscal decide no investigar?, esa decisión está sometida al control de la Sala de Cuestiones Preliminares. En todo caso, si la negativa se basa en alguna de las razones establecidas en el artículo 53(1)(a) o (b), es decir que no era un crimen de competencia de la Corte o que el caso no era admisible, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá revisar solo si el Estado o el Consejo de Seguridad le pide que lo haga conforme al artículo 53(3)(a) del Estatuto. ¿Qué pasa en el caso de que la Sala revisa? La Sala no tiene facultad de ordenarle al Fiscal proceder con la investigación, la Sala podría estar en desacuerdo con el Fiscal, podría establecer que eran crímenes competencia de la Corte y que el caso era admisible, pero solo puede pedirle al Fiscal que reconsidere su decisión, esto para resguardar la decisión y la independencia del Fiscal y que no esté sujeto al control absoluto de la Sala de cuestiones preliminares, la idea es que exista un cierto balance y que el Fiscal tenga una independencia. Por el contrario, el Fiscal tiene la facultad de no investigar basado en consideraciones de los “intereses de la justicia” y en ese caso como es una decisión netamente política, conforme al Artículo 53(3)(b) y la Regla 110(2), la Sala de Cuestiones Preliminares puede revisar por voluntad propia, no necesita que el Consejo de Seguridad o el Estado le pida que revise y, en ese caso si la Sala está en desacuerdo con el Fiscal esta le puede ordenar al Fiscal investigar. Si bien el Fiscal tiene la facultad de por razones políticas no investigar, esta decisión solo va a surtir efectos si es confirmada por tres jueces independientes del Fiscal y, si ellos no confirman pueden ordenarle investigar en todo caso, esta es la forma en la que el Estatuto resguarda que una decisión de este tipo, tan netamente política sea balanceada y analizada por

una sala independiente de jueces. La tercera forma de activar la jurisdicción de la Corte, que es la más compleja pero también la facultad más importante del Fiscal, es que el Fiscal puede iniciar una Investigación de oficio con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares. El Fiscal está permanentemente monitoreando las situaciones en el mundo, pero no solo eso sino que cualquier sujeto pueden mandarle una comunicación al Fiscal de la Corte Penal Internacional, refiriendo información acerca de crímenes de competencia de la Corte, indicando por ejemplo, que en tal día, en tal lugar, se ha cometido un crimen determinado y el Fiscal tiene la obligación de revisar cada una de esas comunicaciones. Por supuesto, el Fiscal recibe cientos, sino miles, de comunicaciones permanentemente, y adicionalmente tiene la obligación de monitorear lo que sucede alrededor del mundo en los Estados Parte.

Como resultado de este análisis inicial que el fiscal conduce, puede haber casos donde el Fiscal considere que los requisitos del artículo 53(1) se han cumplido. Conforme al artículo 15, en los casos en que el Fiscal considere que se requiere un examen más profundo, éste iniciará un examen preliminar con el fin de verificar la veracidad de la información que ha recibido y, podrá recabar información adicional, podrá pedir informes, podrá entrevistar testigos y recolectar evidencia, aún cuando todavía no se ha iniciado formalmente una investigación.

El último informe de exámenes preliminares fue emitido el 2 de diciembre de 2014, hace un par de días atrás, y en éste el Fiscal indicó que tenía aún pendientes a la fecha exámenes preliminares en relación con las situaciones en Afganistán, Colombia, Georgia, Ginea, Honduras, Irak, Nigeria y Ucrania, como pueden ver, están trabajando con bastantes situaciones al mismo tiempo, pero una situación que es importante tener en cuenta es que el Fiscal no tiene plazo para este examen preliminar y, como ustedes saben por la situación en Colombia, el Fiscal se ha tomado bastantes años, aun cuando no tiene plazo, nuevamente el Fiscal tiene que hacer el análisis mirando los elementos del artículo 53(1).

Después de este análisis preliminar en el cual no existe plazo, solo en caso de que el Fiscal determine que existe fundamento suficiente para iniciar una investigación, el Fiscal solicitará autorización para iniciar una investigación a la Sala de Cuestiones

Preliminares. Aquí se inicia un procedimiento totalmente distinto al caso en que una situación es referida a la Corte por un Estado parte o por el Consejo de Seguridad. Como les expliqué anteriormente, cuando el Fiscal decide iniciar una investigación a consecuencia de una remisión, la Sala de Cuestiones Preliminares no interviene. En este caso en cambio, como nuevamente es un poder discrecional importante que se le da al Fiscal los redactores del Estatuto se preocuparon por poner un resguardo para que el Fiscal no inicie investigaciones políticamente motivadas o, presionadas por algún Estado o por algún interés y, por lo tanto, su decisión de iniciar una investigación propio mutuo está sujeta al control de la sala de cuestiones preliminares.

En Kenia y en Costa de Marfil el Fiscal dio inicio a procedimientos propio mutuo. Luego del examen preliminar por parte del Fiscal, el que puede durar mucho tiempo como ya hemos visto ya que el Fiscal tiene que hacer un análisis detallado de toda la información que ha recolectado, el Fiscal le presenta esta situación a la Sala de Cuestiones Preliminares para que ésta autorice la apertura de la investigación. Cuando la solicitud se ha presentado serán tres jueces independientes quienes tendrán que hacer nuevamente el mismo análisis que hizo el Fiscal y nuevamente determinar si efectivamente los 3 requisitos del artículo 53(1) se cumplen. La Sala de Cuestiones Preliminares también puede pedir información a las víctimas, lo que es muy importante, pues la manera de que la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares sea independiente de la decisión del Fiscal la Sala de Cuestiones Preliminares no se va a limitar a la información que el Fiscal le trae, ella misma puede recolectar información adicional, incluyendo la información proporcionada por las víctimas.

Algo muy importante también es que cuando la Sala de Cuestiones Preliminares determina que sí existe una situación que debe ser investigada, ésta va a determinar cuál es la situación y no necesariamente va a estar limitada a lo que el Fiscal le trajo, como ha pasado ya en ciertos casos. Por ejemplo, el Fiscal requirió autorización para investigar la situación del periodo eleccionario de Kenia, entre Diciembre del 2007 y Febrero del 2008, pero la Sala determinó que la situación abarcaba un periodo mucho mayor, entre Junio del 2005 y Noviembre del 2009, ya que consideró que

lo sucedido en el periodo eleccionario era una consecuencia de lo que venía pasando ya desde un tiempo anterior y, por lo tanto, autorizó una investigación por un periodo mayor, ya que la Sala de Cuestiones Preliminares no está limitada en su análisis por lo que la situación descrita por el Fiscal. Dijimos entonces que el primer elemento que la Sala de Cuestiones Preliminares y el Fiscal van a analizar, de acuerdo al artículo 53(1) del Estatuto, es si se ha cometido un crimen de competencia de la Corte o no. El segundo elemento es el de la admisibilidad, efectivamente puede ser que aparezca que se ha cometido un crimen competencia de la Corte pero que aun así la situación no sea admisible. ¿Cuáles son los elementos de admisibilidad? Conforme al artículo 17(1) del Estatuto estos son: (i) el Principio de Complementariedad, (ii) la cosa juzgada, y (iii) la gravedad suficiente. Estos son nuevamente estándares que pueden hacer que la decisión del Fiscal de iniciar una investigación varíe, aún cuando existan crímenes de competencia de la Corte. Por ejemplo, por el Fiscal determinó que en Irak aparecía que se habían cometido crímenes de competencia de la Corte, pero el también estimó que el caso no era admisible ya que los crímenes no tenían gravedad suficiente, el número de casos no eran suficientes como para iniciar una investigación. La cosa juzgada también puede ser relevante ya que podría perfectamente puede darse e caso de una comunicación o una remisión que se refiera a crímenes por los que ya existe una decisión judicial. Lo mismo sucede con la complementariedad. Esto es lo que se ha llamado el test de admisibilidad, que está compuesto básicamente de dos partes, una parte en la que la Corte se va a enfocar en ver si existen investigaciones a nivel nacional, por lo tanto determinará complementariedad y cosa juzgada y, la segunda parte es la de analizar la gravedad del asunto.

El tercer nivel de análisis es el tema de los “intereses de justicia”. En este punto es importante tener en cuenta, que no se trata de que el Fiscal tenga que hacer una determinación de que un caso sí satisface los intereses de justicia, sino que este se considera una vez que se han hecho determinaciones positivas de admisibilidad. Por lo tanto, aún cuando se trate de crímenes que son competencia de la Corte, y el caso parece ser admisible, el Fiscal no necesariamente tiene que decidir si asunto es en interés de la justicia. Por el contrario, se trata de una decisión negativa,

en ciertos casos simplemente el Fiscal podría decir que no es en interés de la justicia iniciar una investigación o enjuiciamiento, el punto es que no es necesario que exista una determinación positiva de que una investigación es en interés de la justicia, ya que existe una presunción en favor de investigación y juicio, por lo tanto, solo en situaciones muy excepcionales no va a ser interés de la justicia investigar o perseguir un crimen.

El principio de complementariedad en realidad fue el punto que permitió el acuerdo, el punto que permitió que el Estatuto llegara a existir, ¿Por qué? Porque la mayor oposición para que se firmara el Tratado era que los Estados querían resguardar su facultad punitiva. Facultad soberana de cada Estado de decir qué se sanciona y qué no. Por lo tanto, la complementariedad es un principio que tiene una doble función, por un lado, resguardar la facultad punitiva soberana de los Estados, quienes siguen siendo los principales responsables de la persecución de crímenes, pero por otra parte, este principio asegura que cuando los Estados no cumplen con su deber exista un resguardo, alguien más puede hacer algo, el principio de complementariedad está básicamente desarrollado en los artículos 17 al 19 del Estatuto de Roma.

El principio de complementariedad es por una parte un límite al ejercicio de la jurisdicción de la Corte, porque la Corte no necesariamente siempre actuará cuando exista un crimen competencia de la misma, sino que solo va a actuar en casos en que exista inactividad, incapacidad o falta de voluntad, pero los Estados son el primer elemento, los Estados son los principales responsables de perseguir los crímenes de competencia de la Corte y solo cuando los Estados no actúan, interviene la Corte.

Algo importante es que el Estatuto habla de falta de capacidad y falta de voluntad, pero desde el principio en que la Corte comenzó a operar se presentó la duda de si era necesario siempre hacer una determinación de si el Estado carecía de voluntad o de capacidad. La duda fue resuelta por la misma Corte hace ya varios años cuando dijo, no, el primer paso es la inactividad y aun cuando no está en el Estatuto se entiende claramente del texto del Estatuto. Cuando nadie hace nada el caso es directamente admisible ante la Corte, no es necesario hacer una determinación de si el Estado carece de voluntad o si hay incapacidad. Inacción hace el caso inmediatamente admisible sujeto solo al análisis de gravedad, no

hay necesidad de analizar admisibilidad (caso Katanga Decisión 1497, párrafo 78; caso Kenyatta Decisión 274, párrafo 43; caso Ruto Decisión 307, párrafo 44).

Un segundo punto muy importante es que es la Corte quien determina si tiene competencia o no, no los Estados (caso Kony Decisión 377, párrafo 45 y caso Gaddafi Decisión 163, párrafo 37). Si la Corte ejerce jurisdicción y un Estado no está de acuerdo en cuanto a quien tiene competencia, el Estado no puede simplemente desobedecer las órdenes de la Corte, sino que tiene que impugnar la competencia, y tiene que presentarse ante la Corte e impugnar la admisibilidad del caso concreto (caso Gaddafi Decisión 163, párrafo 37).

Cuando pasamos del tema de inactividad, si vemos que el Estado sí está haciendo algo, entonces entramos al punto de, ¿Qué es lo que tiene que hacer el Estado para inhibir a la Corte de actuar? Conforme al artículo 17(1) del Estatuto, hay dos formas en las que la Corte puede verse impedida de actuar: (a) cuando existe una investigación o juzgamiento actual; o (b) cuando existió en el pasado una investigación terminada con una decisión de no incoar la acción penal. Por lo tanto es posible que la Corte pueda no tener competencia incluso en el caso en que no se haya llevado adelante una acción penal pero para eso hay ciertos requisitos. El primero entonces del artículo 17(1)(a), para el que se requiere una investigación o enjuiciamiento actual, realizada por un Estado con jurisdicción. Es decir, cualquier Estado, no solamente aquellos con un vínculo personal o territorial con los crímenes sino también aquellos que ejerzan jurisdicción universal.

El segundo caso del artículo 17(1)(b) requiere que se haya llevado adelante una investigación y que esta investigación haya concluido con la decisión de no incoar la acción penal, de no llevar adelante un procedimiento penal. Para ello es necesario que exista una investigación realizada con anterioridad al procedimiento ante la Corte, desarrollado por un Estado con jurisdicción y que el Estado sea el que ha decidido no incoar la acción penal.

Ahora bien, para determinar cuál es la investigación o enjuiciamiento que va a inhibir a la Corte de actuar, la Corte ha desarrollado lo que se llama el test de “la misma persona - la misma conducta”. Por lo tanto, no es que cualquier investigación sirva

para que la Corte no actúe, la investigación tiene que referirse a la misma persona y a la misma conducta. La interpretación del test es un tema que ha cambiado un poco, originalmente se interpretó de manera muy estricta y, la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso Lubanga indicó que era una “conditio sine qua non para que un caso sea admisible es que los procedimientos nacionales comprendan tanto la persona como la conducta que es sujeto del caso ante la Corte” (Caso Lubanga Decisión 8, párrafo 31; caso Harun Decisión 1, párrafo 24; caso Katanga Decisión 55, párrafo 20; caso Kenyatta Decisión 96, párrafo 51; caso Ruto Decisión 101, párrafo 55). La consecuencia de esta interpretación estricta fue que en los dos primeros casos ante la Corte se siguió adelante con procedimientos aun cuando los sujetos estaban siendo investigados por un Estado con jurisdicción, pero por otros crímenes. En efecto, el señor Lubanga y el señor Katanga, por ejemplo, estaban siendo investigados en el Congo por otros crímenes de lesa humanidad y de guerra, distintos de los crímenes por los que ellos fueron juzgados ante la Corte. Sin perjuicio de que los crímenes por los que ellos fueron juzgados ante la Corte son en todo caso crímenes atroces, podría en estos casos quizás haberse determinado de manera distinta el test al decir que no era necesario que la Corte interviniera por que el Estado ya estaba actuando, pero se interpretó de manera estricta el criterio y la misma conducta se interpretó como que tenía que ser exactamente el mismo crimen.

A partir de agosto del año 2011 ésta jurisprudencia cambia un poco, y la Sala de Apelaciones finalmente se refirió al término término que “sea objeto de una investigación” e indicó que hay que distinguir entre una situación de crisis y un crimen. Cuando hablamos de admisibilidad y complementariedad al nivel de la situación de crisis los contornos de los crímenes son aun vagos (caso Ruto Decisión 307, párrafo 39; caso Kenyatta Decisión 274, párrafo 38). Por lo tanto, el Estado no tendrá la obligación de demostrar que está investigando exactamente a los mismos sujetos por exactamente los mismos crímenes, porque los Estados ni siquiera saben cuáles son los sujetos ni los crímenes que el Fiscal está investigando, por que hasta ese minuto solo existe una situación de crisis, esto da una mayor flexibilidad al test y cuando la discusión se lleva para la situación de crisis podría

ser más fácil para un Estado demostrar que está investigando la misma situación, a ese nivel podría llegarse quizás a un acuerdo, que la Corte diga que efectivamente el Estado está investigando lo mismo y, que la situación no es de competencia de la Corte en ese momento.

Ahora bien, cuando el nivel de análisis es en relación al caso concreto, ya se ha pasado del nivel de la situación de crisis y ya existen sujetos identificados por crímenes específicos, ya no basta con decir que se está investigando a un grupo armado determinado, será necesario demostrar que se están investigando al mismo sujeto. Pero la flexibilidad que le dio la Sala de Apelaciones al test fue que dijo ya no requirió que se trata de la misma conducta, sino “sustancialmente la misma conducta” (caso Ruto Decisión 307, párrafo 40; caso Kenyatta Decisión 274, párrafo 39). La incorporación del término “sustancialmente” le da una tremenda flexibilidad al test, porque ya no es necesario para los Estados estar investigando exactamente los mismos crímenes, en el mismo lugar, en el mismo día y, a la misma hora, deberá ser “sustancialmente” la misma conducta y ello dependerá en una interpretación caso a caso.

La Corte podrá determinar que efectivamente lo que el Estado está investigando y lo que la Corte está investigando no es exactamente lo mismo, se puede decir que “sustancialmente” están investigando lo mismo. La mayor flexibilidad dada al test por la Sala de Apelaciones en el caso Kenia, se han aplicado ya en la práctica de una manera muy interesante, en los casos de Libia, en contra de Saif Al-Islam Gadaffi, el hijo de Muammar Gadaffi, uno de los sospechosos que está detenido y el segundo sospechoso que está detenido es el que era cuñado de Gadaffi, Abdala Al-Senussi. Ambos en este minuto están bajo proceso en Libia y en ambos casos Libia impugnó la competencia de la Corte.

En el caso Gadaffi la Sala de Cuestiones Preliminares, confirmada por la Sala de Apelaciones, determinó que el caso era admisible y que por lo tanto la Corte era competente y, que Libia debía transferir a Gadaffi ya que Libia no estaba investigando la misma conducta. Sin embargo, en el caso en contra de Abdalá Al-Senussi, la decisión de la Corte fue que “sustancialmente” Libia estaba investigando la misma conducta y el caso ya no era admisible

ante la Corte, esta decisión es fundamental, porque quiere decir que la complementariedad está operando en la Corte, y cuando los Estados demuestran que están legítimamente investigando, legítimamente juzgando a individuos, la Corte se va a abstener de actuar y la Corte va a decir en realidad: “bueno, yo no estoy aquí para robarle casos a los Estados, estoy aquí simplemente para resguardar que los Estados cumplan con su obligación.” Pero el responsable primordialmente es el Estado.

Un tema que fue muy discutido antes de que se diera esta flexibilidad del test era si la investigación nacional debía o no comprender exactamente los mismos actos. La Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Gadaffi indicó que no es necesario que exista una total superposición, no tiene que tratarse exactamente del mismo delito del mismo día, del mismo lugar, va a depender del grado de superposición que exista y se va a determinar caso a caso, pero podría ser que aun cuando no se está investigando exactamente el mismo incidente, la Corte determine que efectivamente el Estado está cumpliendo con su obligación de perseguir (caso Gaddafi Decisión 344, párrafo 83, caso Gaddafi Decisión 547, párrafo 72).

Muy importante también, y una tremenda discusión que existía antes de esta interpretación era si los Estados tenían que criminalizar los delitos exactamente como están en el Estatuto de Roma, o sea, si no es un crimen de lesa humanidad con homicidio, con el plan, etc., la duda era ¿tenemos que penalizar todo exactamente igual?, no nos sirve que lo estemos criminalizando por homicidio. Nuevamente, lo que dijo la Sala de Cuestiones Preliminares fue, basta con que se refiera sustancialmente a la misma conducta y no hace falta que estén penalizados como crímenes internacionales a nivel nacional, lo importante es que los elementos existan, que el caso cubra o se refiera a la misma conducta (caso Gaddafi Decisión 344, párrafo 88).

Muy importante es tener en cuenta que estas interpretaciones, aun cuando se ha venido dando más flexibilidad al test, los jueces no están absolutamente en acuerdo de cuan estricto este test tiene que ser y, en la última discusión en el caso de Al-Senussi hay una opinión disidente de la jueza Ušacka (caso Gadaffi Decisión 547-Anx2, párrafos 55-57), donde ella dice que el test debería ser interpretado de una manera aún más flexible, particularmente en contextos transicionales.

Está claro entonces que cuando se trata de casos debe de tratarse del mismo sujeto, pero cuando estamos en examen preliminar en situación de crisis, ni siquiera es necesario que sean los mismos sujetos por que el contorno de los casos son vagos aun, y cuando estamos hablando de la conducta, no es necesario que sea exactamente la misma conducta, ya se permite que sea penalizada por un crimen a nivel nacional sin necesidad de que estemos hablando de que está siendo perseguida una persona por un crimen de lesa humanidad como crimen internacional, si los elementos están presentes, puede ser suficiente.

Podría ser que la jurisprudencia de la Corte más adelante cambie, lo importante es que como les dije antes el análisis se hace en concreto, y los Estados tienen que impugnar la competencia de la Corte para que esta decida si es competente o no.

El primero elemento es investigación o juzgamiento, el segundo elemento es por un Estado con jurisdicción, bueno cualquier Estado que tenga algún vínculo con el crimen ya sea territorialidad, personalidad, activa o pasiva, pero también están aquellos que ejerzan el principio de jurisdicción universal, no todos los Estados han reconocido en su sistema jurídico que van a ejercer la jurisdicción universal, pero para aquellos que si lo han reconocido, es válido.

A qué se refiere el Estatuto con el término “investigación” es algo de lo que aún no se ha referido la Corte, la investigación tiene que ser hecha primero que nada por un Estado, ya que el Estatuto dice que debe ser por el Estado, entonces una investigación hecha por una ONG o por la ONU o por otra organización, no es suficiente para inhibir a la Corte de actuar. Ahora bien, lo que no está definido es si ésta investigación tiene que ser esta una investigación penal ante un tribunal criminal. Esto no está claro ya que aun la jurisprudencia no se ha definido en este punto, eventualmente podría existir una decisión en la que se indique que una investigación sistemática, dentro de un sistema estatal que no sea necesariamente investigación penal puede ser suficiente. No se ha dicho y, yo solo les digo que es posible, solo estoy diciendo que es un tema que no está aún definido específicamente, pero lo que sí es importante es que sea por un Estado con jurisdicción. Las excepciones son, como dijimos, que exista una investigación por un Estado, pero la Corte solo se inhibe de actuar cuando el

Estado está realmente tratando de llevar a esta persona frente a la justicia, cuando el Estado carece de voluntad o de capacidad, aun cuando el Estado esté actuando, la Corte va a seguir teniendo competencia. Entonces el primer nivel de análisis, como les decía, es ver si hay actividad o no, cuando hay actividad hay que ver el tipo de actividad, y como ya se ha dicho, solo cuando esta actividad parece suficiente, ahí, recién ahí, se llega al análisis de si el Estado carece o no de voluntad o capacidad.

Los requisitos de una falta de voluntad se encuentran en el artículo 17(2), que establece básicamente que éstas se encuentran enmarcadas en la necesidad de ajustarse a las normas del debido proceso reconocidas por el derecho internacional, éstas son: (i) Procedimiento instaurado con el propósito de sustraer a la persona de que se trata de su responsabilidad por crímenes de competencia de la Corte, (ii) Demora injustificada en el juicio, incompatible con el propósito de hacer comparecer a la persona de que se trata frente a la justicia; (iii) Proceso sustanciado de manera no independiente o imparcial de una forma incompatible con el propósito de poner a la persona a disposición de la justicia.

Por lo tanto, habrá falta de voluntad, cuando sea un procedimiento sea instaurado con el propósito de sustraer a la persona de la justicia y el procedimiento es un show trail, solo para llenar papeles y hacer un procedimiento que vamos a presentar ante la Corte; o cuando hay una demora injustificada en el procedimiento y pasan diez años para que alguien sea interrogado, cinco años más para recoger una prueba, cuando las demoras no tienen ninguna justificación también va a parecer que hay falta de voluntad. Un punto muy importante es cuando el juicio se sustancia de una manera que no es independiente ni imparcial, pero hay que tener en cuenta una resolución reciente de la Sala de Apelaciones dice expresamente que la independencia e imparcialidad son importantes solo en la medida que sea incompatibles con la intención de poner a la persona a disposición de la justicia, puede que un procedimiento sea llevado solo con la intención de llevar a esta persona a la justicia, en el caso de que los enemigos son los que están juzgando y realmente lo que quieren es llevar adelante un procedimiento para que ésta persona sea juzgada por los crímenes que cometió, estos procedimientos pueden no ser muy imparciales o muy

justos, pero lamentablemente dice la norma que le perseguirá y, la independencia solo es relevante cuando no es compatible con la intención de poner a una persona frente a la justicia, esto fue discutido en el caso de Al-Senussi.

La incapacidad o falta de habilidad está regulada por el artículo 17(3) del Estatuto y se refiere al caso en que debido al colapso total o sustancial de la administración de justicia o al hecho de que carece de ella, el Estado no está en condiciones de hacer comparecer al acusado, no dispone de pruebas o testimonios necesarios o no está, por otras razones, en condiciones de llevar a cabo el juicio. Este es el caso de cuando hay un colapso tal, como cuando un Estado no tiene poder judicial, o no tiene capacidad de investigar, está totalmente destruido por la guerra y en realidad no existen fiscales, no existe policía, no existen tribunales, un Estado que trata de abrir una investigación en esas circunstancias va a ser considerado como incapaz de llevarlo a cabo.

Es importante tener en cuenta que la inhabilidad o incapacidad ha sido la causal más invocada por los propios Estados para referir las situaciones a la Corte, la República Democrática del Congo, Uganda y la República Central del Africana cuando remitieron las primeras situaciones que activaron la jurisdicción de la Corte indicaron que no tenían la capacidad de juzgar los crímenes. Por lo tanto, la incapacidad o inhabilidad no es necesariamente algo malo, no necesariamente tiene la connotación de que el Estado está fallando.

Es importante tener en consideración que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte la falta de habilidad o incapacidad que es relevante es la del Estado y no la de los jueces, por lo tanto y como pasó en el Caso Bemba (Decisión 802, párrafo 246), si existe un poder judicial que funciona y existe una fiscalía que funciona y una policía que funciona y que quiere llevar adelante un procedimiento, pero este poder judicial está limitado de una u otra forma por el Gobierno, por el poder político, esa es la falta de voluntad que es relevante, la del poder político, si están en desacuerdo, lo que importará es la falta de voluntad del poder político.

El tema de la inacción, cuando no se está haciendo nada, la falta de voluntad o de capacidad no tienen una relevancia, no se va a hacer ningún análisis de si el Estado es capaz o incapaz,

de si tiene voluntad o no, a menos que existan procedimientos concretos que se estén llevando a cabo, entonces no es un análisis que se hace en abstracto, es un análisis que solo se hace cuando existen procedimientos concretos, cuando el Estado está demostrando acción y está demostrando que está haciendo algo, solo en ese minuto se entra a ver si es capaz y tiene voluntad (caso Katanga Decisión 1497, párrafo 75; caso Gaddafi Decisión 547, párrafo 213)

Por último, hay que tener en cuenta que la interpretación literal del art. 17(2)(c), crea un problema con la tesis del debido proceso (caso Gaddafi Decisión 466, párrafo 22; caso Gaddafi Decisión 565, párrafos 218-230). Este tema se discutió en relación con Al Senussi que está siendo juzgado el por el gobierno de Libia. Su defensa indicó que se estaban violando sus derechos ya que el tribunal no sería independiente ni imparcial y no se le habrían otorgado al sospechoso los derechos básicos del debido proceso, como el derecho a tener acceso a un abogado. La Sala de Cuestiones Preliminares I interpretó la norma de manera literal y estimó que, si bien podrían haber violaciones al debido proceso, ya que los procedimientos demostraban la intención de poner al sujeto a disposición de la justicia no habría falta de voluntad ni de capacidad. La Sala de Apelaciones afortunadamente cambió un poco la interpretación y determinó que si bien eso es lo que dice el Estatuto, cuando hay una violación flagrante la Sala no puede simplemente taparse los ojos, la justicia no puede ignorar una violación flagrante a las garantías mínimas y por lo tanto cuando las violaciones sean de gran magnitud deben ser examinadas.

¿Cómo funcionan los procedimientos ante la Corte? Primero dijimos que se realizaba el examen preliminar, el que procede en cualquiera de las formas de activación de la jurisdicción de la Corte, una vez que se ha remitido por el Consejo o por un Estado, o cuando el Fiscal recibe información de cualquier persona o por si solo se entera que existen crímenes, el primer paso es el examen preliminar. El examen preliminar termina en el momento en el que, el Fiscal abre una investigación después de una remisión por un Estado parte o del Consejo de Seguridad, o cuando le pide autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares para abrir una investigación *proprio motu*. Luego comienza la etapa de investigación propiamente tal.

La etapa del examen preliminar, la de la investigación y la etapa de pre juicio, son aquellas en que la Sala de Cuestiones Preliminares tiene facultades para revisar en ciertas ocasiones las actuaciones del Fiscal, autoriza ordenes de investigación, órdenes de arresto, autoriza ciertas medidas y, puede además ordenar ciertas investigaciones. Antes de la confirmación de cargos lo que hace la Sala de Cuestiones Preliminares es emitir un mandato de arresto, en ese momento comienza el caso, cuando el caso comienza la investigación puede continuar en relación a otros casos de la misma situación.

A partir de que el caso comienza y la persona es arrestada, un nuevo procedimiento distinto comienza, la etapa de pre-juicio, la que concluye cuando se confirman los cargos en relación a un sujeto. Después de que los cargos son confirmados, y solo cuando son confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares, habrá un juicio oral, en que ambas partes van a poder presentar sus pruebas y los jueces de la Sala de Primera Instancia, que son jueces distintos que los de la Sala de Cuestiones Preliminares van a conducir este procedimiento.

Después del juicio viene la apelación a la sentencia definitiva, y durante todo el procedimiento va a haber apelación de decisiones interlocutorias, básicamente tenemos pre investigación, examen preliminar, investigación, pre juicio, juicio y apelación, estas son las diferentes fases de los procedimientos ante la Corte.

¿Cuáles son las situaciones que se han abierto ante la Corte Penal Internacional?, hasta este momento tenemos 9 situaciones, Uganda, la República Democrática del Congo, de la República Central Africana, por la que se han abierto dos situaciones, y Mali, esas 5 situaciones se abrieron por auto remisión de Estado parte, que dijimos que era una forma de activar la jurisdicción de la Corte y que el Fiscal tiene que analizar la información que envía el Estado, en este caso todos los Estados que remitieron las situaciones a la Corte fueron el mismo Estado donde los crímenes se habían cometido, hubo una discusión sobre si esto no estaba permitido en el Estatuto, pero está aceptado por la jurisprudencia hoy en día y, no solo Estados vecinos u otros Estados pueden referir situaciones, sino que el mismo Estado puede referir una situación que sucede en su mismo territorio.

Después tenemos las situaciones de Sudán y de Libia que fueron remitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y después tenemos Kenia y Costa de Marfil, que fueron las dos situaciones por las que se ha abierto una investigación proprio motu por el Fiscal con autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, de estas nueve situaciones la Corte ha iniciado hasta la fecha 21 casos contra 36 sospechosos.

Vamos a ver primero la situación en Uganda, ésta fue referida en Diciembre del 2003 por el Presidente de Uganda, Yoweri Museveni en los términos de la “situación relacionada con el Lord’s Resistance Army (LRA)”. Sin embargo, el 29 de Julio de 2004, luego de concluir el examen preliminar, el Fiscal abrió la primera investigación de la Corte en términos de la “situación relativa a Uganda del Norte”. Por lo tanto, aún cuando el Presidente de Uganda, refirió la situación relacionada con el Lord’s Resistance Army, o sea, sus enemigos, como les expliqué previamente a la Corte no se le refieren casos concretos sino una situación de crisis, una situación general, no crímenes específicos ni individuos específicos. Por lo tanto, cuando el Fiscal abrió la investigación fue relativa a Uganda del Norte, no podía abrir una investigación solo en relación al Lord’s Resistance Army. Sin perjuicio de ello, hay que tener en cuenta que a la fecha la Fiscalía no ha pedido orden de arresto para alguien más que los miembros de la Lord’s Resistance Army, eso se puede prestar a crítica, pero la realidad es que aun cuando un Estado remitió una cosa limitada específica, el Fiscal abrió una situación mayor, por lo tanto los Estados no limitan necesariamente la jurisdicción de la Corte cuando remiten una situación.

De esta situación ha surgido a la fecha un caso. En Julio del 2005, la Sala de Cuestiones Preliminares II emitió 5 mandatos de arresto en contra de los mas altos mandos del Lord’s Resistance Army – Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen and Raska Lukwiya. Lukwiya falleció, los demás aún permanecen prófugos de la justicia. Todos ellos son sospechosos, conforme al art. 25(3)(a) y (b), de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluyendo homicidio, esclavitud, esclavitud

sexual, violación, tratos inhumanos, maltrato de civiles, ataque a poblaciones civiles, pillaje, reclutamiento forzado de menores. Para que tengan una idea, esos son más o menos los tipos de crímenes que llegan a la Corte, estos son los casos de los que la Corte se hace cargo.

Estos sujetos lamentablemente aún son prófugos de la justicia, por lo tanto el procedimiento solo ha llegado hasta el mandato de arresto, no se ha hecho confirmación de cargos, ni juicio, ni nada más adelante, porque los procedimientos ante la Corte hay algunos que se pueden llevar en ausencia, por regla general el procedimiento solo continúa una vez la persona se presenta voluntariamente o ha sido arrestado, hasta entonces el procedimiento no puede continuar adelante.

En segundo lugar se encuentra la situación de la República Democrática del Congo. Se trata de otra auto remisión por la cual, con fecha 19 de Abril de 2004, el Presidente de DRC, Joseph Kabila, remitió a la Corte “la situación en curso desde el 1 de Julio de 2002, en la que aparentemente se han cometido crímenes de competencia de la Corte”. El 26 de Junio de 2004, el Fiscal abrió una investigación sobre “los graves crímenes que se alegan haber cometido en DRC desde el 1 de Julio de 2002”.

En relación a esta situación, la Sala de Cuestiones Preliminares ha emitido a la fecha 6 mandatos de arresto. El primero fue en contra de Thomas Lubanga Dyilo, el primer individuo juzgado por la CPI. Declarado culpable, el 14 de Marzo de 2012, como co-autor, art. 25(3)(a), del crimen de guerra de reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en la Force Patriotique pour la Libération du Congo (FPLC) y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades en el contexto de un conflicto armado no internacional. Condenado a 14 años de presidio. Fallo y sentencia confirmados por la Sala de Apelaciones 1 Dic 2014. Este es un juicio que ya está terminado con la sentencia confirmada por la Sala de Apelaciones, este es el primer caso completamente terminado por la Corte.

Después tenemos es segundo caso que la situación es un poco distinta, se inició un caso en contra de dos sujetos al mismo tiempo, un caso también dentro de la República Democrática del Congo en contra de Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo,

ambos acusados como co-autores mediatos, conforme al artículo 25(3)(a), de los crímenes de lesa humanidad de asesinato, violencia sexual y violación y de los crímenes de guerra de reclutamiento e utilización de menores de 15 años en las hostilidades, ataque a poblaciones civiles, homicidio intencional, destrucción de propiedad, pillaje, esclavitud sexual y violación, todos cometidos en el contexto del ataque a la villa de Bogoro el 24 de Febrero de 2003.

Ya hablamos anteriormente de la interpretación estricta de la misma persona y de la misma conducta, misma que llevó a que la Corte siguiera adelante este procedimiento solo en relación al ataque a la villa de Bogoro el 24 de febrero de 2003, pero estos sujetos Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo estaban siendo procesados por el Kongo por otros crímenes cometidos dentro del conflicto armado, solo que aun cuando hubo una discusión al respecto, los crímenes de Bogoro no estaban siendo investigados.

Yo les conté también que hubo una evolución jurisprudencial y que el test se hizo un poco más laxo un poco más relajado, ya que, por ejemplo, el 18 de Diciembre de 2012, la Sala de Juicio II declaró inocente a Mathieu Ngudjolo Chui y ordenó su liberación inmediata, ya que las pruebas en su contra no fueron suficientes. Si bien este sujeto fue declarado inocente en relación a los crímenes específicos que se perseguieron frente a la Corte, una vez que fue liberado, por supuesto, su lugar de liberación no es una información pública, yo no sé dónde está pero probablemente no retornó al Congo y, ahí es donde estamos con los temas de complementariedad, quizás hubiera sido mejor que ese señor se hubiera quedado en el Congo cumpliendo pena o siendo procesado por otros crímenes que había cometido, no todos los crímenes necesariamente tienen que ir a la Corte, no necesariamente la Corte es la solución a todos los problemas. En todo caso actualmente, este caso está en apelación, la Fiscalía por supuesto apeló a la declaración de inocencia de este sujeto y el fallo de apelación deberá salir pronto.

Entonces tenemos un caso donde una persona fue condenada, este segundo caso esa persona fue declarada inocente y fue liberada por que no hubo pruebas suficientes en su contra, pero Germain Katanga, que fue juzgado junto con Mathieu Ngudjolo si fue encontrado culpable, aun cuando la sala tuvo que recalificar

su participación, porque no se pudo probar la participación que el Fiscal originalmente le adscribía, pero en todo caso el 7 de Marzo de 2014 Katanga fue encontrado culpable por contribuir de algún modo, conforme al artículo 25(3)(d), a los crímenes de lesa humanidad y de guerra de homicidio, ataque a la población civil, destrucción de propiedad y pillaje. Condenado a 12 años de prisión, decidió no apelar. De hecho, pidió perdón por los daños que les había causado a las víctimas y el procedimiento terminó en marzo de 2014, él está cumpliendo su pena.

Pero ya están por ahora tres casos, otros casos abiertos por el Congo, recordando lo que Joseph Kabila presidente del Congo refirió la situación en curso desde el 1 de julio de 2002 en la que aparentemente se han cometido crímenes de competencia de la Corte, eso fue el 19 de abril de 2004. En el año 2010 el Fiscal pidió el arresto de Callixte Mbarushimana, que era un sujeto que vivía en París por crímenes que se había cometido en los Kivus como parte de la situación en la República Democrática del Congo, la Sala de Cuestiones Preliminares I, requirió al Fiscal demostrar la conexión entre los crímenes que se alegaban haber sido cometidos en los Kivus en Septiembre del año 2009 con la situación remitida por el Presidente Kabila en el año 2004. Este es un punto muy importante, es importante tener en cuenta que las remisiones al Fiscal y las investigaciones proprio motu no son eternas, no es que el Fiscal cuando abre una investigación en una fecha determinada va a tener facultades para investigar cualquier crimen que se cometa en ese país de aquí en adelante y por la eternidad, no, la jurisdicción de la Corte se activa en relación a una situación de crisis determinada y, por lo tanto, en este caso solo se remitió el mandato de arresto una vez que el Fiscal demostró que los crímenes que se cometieron en el año 2009, sí tenían relación con la situación que se llevaba a cabo en el año 2004, el mismo grupo se encontraba activo, eran las mismas partes, simplemente siguió la confrontación por 5 años, pero no se trataba de una situación distinta.

Esto es muy importante porque, como les indiqué anteriormente hay dos situaciones en la República Central Africana y esta es la razón por la que hubo que abrir una segunda investigación, porque en realidad la jurisdicción de la Corte no se activa de manera perpetua, no hay límite para que se abra

una investigación pero una vez que se abre, lo que se abre con relación a una crisis concreta, no es que se le da Carta Blanca al Fiscal para investigar de manera perpetua. En cuanto a Callixte Mbarushimana, el mandato de arresto fue finalmente emitido y él fue arrestado en París y llevado a la Haya. Él era sospechoso -en su condición de vocero del grupo desde su residencia en París- de haber contribuido, en los términos del artículo 25(3)(d), a la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra por las Forces démocratiques pour la libération du Rwanda (FDLR), entre Enero y Septiembre de 2009, en las provincias del Norte y Sur Kivu en DRC. En Diciembre del 2010, SCP I no confirmó los cargos ya que no fue posible probar el vínculo entre los crímenes concretos que se llevaron a cabo en los Kivus para la República Democrática del Congo, con la actividad de este sujeto en su apartamento en París, él era el hombre que hacía los comunicados de prensa del movimiento político, él era un miembro del movimiento político y no militar, y él estaba allí simplemente contando las noticias en una página web, y dicen que: “cometimos crímenes acá pero no es cierto nosotros no fuimos”, entonces no fue posible demostrar que él a través de esa emisión de noticias en realidad tuvo ninguna vinculación o participación con los crímenes que se estaban cometiendo, que su actitud haya afectado a la comisión de crímenes, entonces los cargos no fueron confirmados y fue ordenada su libertad inmediata, ustedes no deben verlo como algo malo, al contrario es importante verlo que es debido proceso dentro de la Corte, que el hecho de que una persona llegue a la Corte no quiere decir que esa persona está condenada, tiene que presentarse pruebas en su contra y tiene derecho a un juicio justo.

Luego tenemos el caso de Bosco Ntaganda, este es un caso interesante, él tiene un mandato de arresto que se le emitió a finales del año 2006 junto con Lubanga, hubo muchas críticas de que el caso Lubanga se enfocó solo en el reclutamiento de niños cuando él había cometido otros crímenes y por tantas críticas el Fiscal requirió un segundo mandato de arresto en julio del año 2012 en contra de este señor Ntaganda alegando muchos otros crímenes, el problema es que, y como pasa en los procesos de paz en general, las milicias que están luchando en contra de los ejércitos de un Estado, a fin de participar en los procesos de paz

muchas veces se integran en el ejército regular del Estado, bueno, él era de un grupo rebelde que se reintegró en el ejército del Congo, y por lo tanto cuando se reintegró en la mitad del conflicto no fue fácil arrestarlo, solo cuando él después de un tiempo se desvinculo del ejercito y nuevamente comenzó la lucha contra ellos el sujeto vio peligrar su vida se entregó voluntariamente, y por lo tanto fue posible llevar adelante un procedimiento en su contra, se hizo procedimiento de confirmación de cargos el año pasado y los cargos fueron confirmados, el juicio en su contra va a comenzar el año próximo, en junio de 2015, él está acusado conforme a los art. 25(3)(a),(b),(d) y art. 28, de 13 cargos de crímenes de guerra y 5 cargos de crímenes de lesa humanidad, incluyendo asesinato, ataque a poblaciones civiles, violación, esclavitud sexual, pillaje, desplazamiento de civiles, destrucción de propiedad, reclutamiento y uso de niños soldados, entre otros. Estos son los crímenes en los que la Corte se está enfocando, estos son los crímenes que se están cometiendo alrededor del mundo.

Después tenemos otro prófugo de la justicia Sylvestre Mudacumura, ¿recuerdan el caso que les conté de Callixte Mbarushimana? Del sujeto que estaba en París haciendo informativos de prensa, bueno el que estaba en los Kivus dirigiendo las tropas era Sylvestre Mudacumura, entonces cuando el Fiscal no fue exitoso con Mbarushimana, pidió arresto de Mudacumura el cual va a ser muy difícil de arrestar ya que está en el medio de la jungla, pero en algún minuto se puede dar, o se puede entregar incluso voluntariamente, este sujeto es sospechoso de ordenar conforme al art. 25(3)(b), crímenes de guerra, incluyendo asesinato, ataques a poblaciones civiles, mutilación, tratamientos inhumanos, violación, tortura, destrucción de propiedad, pillaje y otros ataques a la dignidad de las personas, cometidos por el FDLR entre Enero del 2009 y Septiembre del 2010, en el contexto del conflicto en Kivus, DRC.

Esos son todos los casos que se han abierto a la fecha en la República Democrática del Congo, como ustedes pueden ver se trata de múltiples casos, distintos grupos armados, distintas fuerzas, en distintos lugares del país, por muchos años. Después tenemos la República Central Africana y acá tenemos 2 situaciones, la primera situación, este es el caso donde yo

trabajo, aquí es donde yo conozco mucho más, así que preguntas de este caso yo puedo contestarlas con mucha mayor facilidad, el 7 de enero de 2005 a diferencia de los otros casos donde fue el Presidente, en este caso fue un representante del gobierno y la situación fue aceptada como remitida por el gobierno, así que no necesariamente tiene que ser un individuo específico, pero el gobierno de la República Central Africana remitió la situación de los crímenes de jurisdicción de la Corte que se habían cometido a partir de julio de 2002, en este caso el Fiscal se tomó más de dos años en hacer este examen preliminar y, solo dos años más tarde abrió la investigación, les contaba que los elementos para que el Fiscal decidiera abrir o no investigación estaban en el artículo 53, bueno, el segundo punto era que el caso tenía que ser admisible y ¿Por qué el Fiscal se demoró tanto?, porque en la República Central Africana sí se habían llevado a cabo algunos procedimientos por los crímenes que se cometieron en el año 2002, el problema fue que los procedimientos continuaron porque a las personas no era posible arrestarlas, vamos a ver después porque.

El Fiscal tuvo que hacer todo ese análisis preliminar antes de decidir abrir la investigación y podría, si el caso hubiera avanzado a otro nivel, podría efectivamente haber rechazado la situación como inadmisibles. Pero bueno en relación a esta situación solo dos casos se han abierto, Jean-Pierre Bemba, quien era el Vicepresidente del Congo en el momento en el que fue arrestado, y por eso mismo, aun cuando les contaba que se hicieron investigaciones en la República Central Africana, ellas no pudieron seguir adelante porque claro, fue para ellos imposible arrestar al Vicepresidente del País vecino y, ¿Por qué él está involucrado en crímenes cometidos en la República Central Africana?, porque bueno, el Presidente Patassé que era el Presidente de la República Central Africana tuvo un golpe de Estado el 25 de octubre del año 2002, por el que era antes su comandante en jefe del ejército, y este Presidente en ejercicio como era su ejército el que lo estaba atacando no tenía con que defenderse en realidad y, le pidió ayuda al ejército vecino, le pidió ayuda también a Gadafi que le mandó algunas tropas, le pidió ayuda a Bemba, quien era jefe de una milicia muy grande y poderosa en el Congo, quien le mandó 1500 hombres.

De lo que se le acusa fue que esos 1500 hombres fueron enviados sin ser pagados, sin recibir nada y con la instrucción de acabar con todo, esta milicia se fue de República Central Africana al Congo por 5 meses. El señor Bemba es acusado por la responsabilidad del superior, conforme al art. 28, de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra de asesinato, violación y pillaje, cometidos por en CAR por su grupo rebelde del DRC, Mouvement de libération du Congo (MLC), entre Octubre del 2002 y Marzo del 2003.

Los cargos fueron confirmados, este juicio inició el 22 de octubre de 2010, la presentación de la prueba terminó 3 años más tarde el 22 de noviembre de 2013, pero al día siguiente el abogado defensor del señor Bemba fue arrestado, el que era su case manager fue arrestado, un testigo fue arrestado, un miembro del parlamento del Congo fue arrestado, todos ellos porque se alega que algunas pruebas que presentó la defensa eran falsas, bueno ellos fueron arrestados el 23 de noviembre, el 11 de noviembre de 2014 los cargos en contra de ellos fueron confirmados y el juicio tendrá que comenzar pronto, ellos están en libertad ahora por que la mayor condena que pueden tener por delitos contra la administración de la justicia es de 5 años, estuvieron casi un año en detención. Se les acusa de haber cometido ofensas a la administración de justicia presentando evidencia falsa e influenciando a testigos para prestar falso testimonio en el caso en contra de Jean-Pierre Bemba Gombo. Estos dos procedimientos se están llevando de manera separada, la Sala de Juicio III está trabajando ahora en la Sentencia del Caso Bemba y otra Sala de juicios se hará cargo de los delitos que se alegan han cometido.

Después tenemos otro caso con referal que es Mali, que fue referido el 13 de julio de 2012, el Fiscal abrió la investigación en enero de 2013 pero a la fecha no se ha abierto ningún caso, o sea todavía está en investigación y situación, por lo tanto no se ha identificado ninguna persona o crimen específico.

Darfur-Sudán, el 31 de Marzo de 2005, luego del Informe de una Comisión Internacional relativo a los crímenes cometidos por el gobierno de Sudán y la milicia Janjaweed en contra de las tribus “africanas” Fur, Zaghawa, Masalit, Jebel y Aranga en Darfur, el Consejo de Seguridad emitió la Resolución 1593 (2005), remitiendo al Fiscal de la Corte “la situación en Darfur

desde el 1 de Julio de 2002”. El 6 de Junio de 2005, el Fiscal decidió abrir una investigación relativa a “la situación en Darfur, Sudan”.

A la fecha se han abierto casos no solamente en relación a los crímenes cometidos por el Gobierno, sino que también por las milicias. Tenemos en primer lugar los mandatos de arresto en contra de Ahmad Harun and Ali Kushayb, emitidos por SCP I en Febrero de 2007, ambos prófugos. Sospechosos conforme al art. 25(3)(a), (b) y (d), de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluyendo asesinato, deportación forzada, arrestos indebidos, tortura, persecución, actos inhumanos, ataques a la dignidad personal, ataques a la población civil, pillaje, violación y destrucción de propiedad, cometidos por las fuerzas armadas del Sudan y la militia Janjaweed en contra de la población Fur, Zaghawa and Masalit, entre Agosto de 2003 y Marzo de 2004.

Además se han emitido a la fecha dos mandatos de arresto en contra del Presidente Omar Hassan Ahmad Al Bashir, quien es sospechoso como co-autor mediato, art. 25(3)(a), de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio en contra de la población civil en Darfur pertenecientes a las tribus Fur, Masalit y Zaghawa. Es necesario tener en cuenta que éste es el único mandato de arresto emitido por la Corte hasta ahora por el crimen de genocidio.

Hace un par de años se emitió un cuarto mandato de arresto contra otro miembro del gobierno apoyando a Al Bashir, Abdel Raheem Muhammad Hussein, quien también se encuentra prófugo de la justicia. El es sospechoso básicamente por los mismos crímenes que los otros miembros del gobierno, como co-autor mediato, art. 25(3)(a), de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos por las Fuerzas Armadas del Sudan contra la población civil de la tribu Fur en los poblados Kodoom, Bindisi, Mukjar, Arawala de Darfur.

Como les indiqué anteriormente la situación fue iniciada por los crímenes cometidos en Darfur y no solo por los crímenes que estaba cometiendo por el gobierno, por lo tanto, la Fiscalía inició también un caso por los crímenes que estaban cometiendo las milicias que estaban luchando contra el gobierno, el caso que salió fue muy interesante porque en realidad fue un caso donde estas milicias atacan a las Unidades de Paz del African Union,

por que los acusaban de dar información al gobierno de donde estaban ubicadas las milicias, atacaron y destruyeron totalmente una base.

Se trata de Bahar Abu Garda, Abdallah Banda y Saleh Jerbo. Todos sospechosos como co-autores directos, art. 25(3) (a), por el ataque a la misión de paz del AU en Haskanita el 29 de Septiembre de 2007. Estos sujetos que eran rebeldes se presentaron voluntariamente, no fueron arrestados, los cargos en contra de uno de ellos no fueron confirmados por que no se demostró que existiera un vínculo con los crímenes y, los cargos de los otros dos si fueron confirmados, pero uno de ellos murió lamentablemente, como les dije, ellos se presentaron voluntariamente por lo tanto no estaban en arresto, ellos fueron a la Corte y regresaron a Sudan. Uno de ellos murió y el segundo no ha sido hallado hasta ahora para comenzar el juicio, por lo que no hay fecha de inicio por que no ha sido posible ubicarlo.

Esos son entonces los casos de la situación de Darfur, la primera situación referida por el Consejo de las Naciones Unidas.

Después tenemos la situación de Libia, el 26 de Febrero de 2011, en vista de las serias violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, incluyendo el asesinato y persecución de cientos de civiles por el gobierno en Tripoli, Benghazi y otras ciudades en Libia, el Consejo de Seguridad emitió la Resolución 1970 (2011), remitiendo al Fiscal la situación en Libia desde el 15 de Febrero 2011. El 3 de Marzo de 2011, el Fiscal anunció la apertura de una investigación. En esta oportunidad el Fiscal no se tomó mucho tiempo, solo un par de días y, un par de meses más tarde se emitieron los mandatos de arresto.

El 27 de Junio de 2011 la SCP I emitió mandatos de arresto en contra de Muammar Gaddafi y Saif Al-Islam Gaddafi por su responsabilidad como co-autores mediatos, art. 25(3)(a), de los crímenes de lesa humanidad de asesinato y persecución cometidos en Libia en Febrero del 2011. El caso contra Muammar Gaddafi se terminó debido a su muerte en Noviembre del 2011. Como les contaba anteriormente, Saif Al-Islam Gaddafi se encuentra en custodia de Libia y no ha sido transferido a la Corte. En Mayo del 2013 la SCP I rechazó la impugnación a la admisibilidad del caso presentada por Libia y reiteró la obligación de transferirlo

a la Corte, decisión confirmada por la Sala de Apelaciones en Junio de 2014. Lamentablemente Libia no ha cumplido con su obligación de transferirlo y el Consejo de Seguridad no ha hecho nada tampoco para forzarlo.

El otro caso interesante es el de Abdulá Al Senussi, el cuñado de Gadaffi, sospechoso como autor directo, art. 25(3)(a), de los crímenes de lesa humanidad de asesinato y persecución cometidos en Benghazi en Febrero del 2011. En Octubre del 2013, la SCP I determinó que el caso era inadmisibile frente a la Corte ya que Libia se encontraba investigando y enjuiciando sustancialmente la misma conducta, fallo confirmado por la Sala de Apelaciones el 24 de Julio de 2014. Es muy importante tener en cuenta que el análisis de admisibilidad es un análisis que se hace al momento de la impugnación, por lo tanto un caso que era admisible se puede tornar no admisible y a la inversa, dependiendo de la actividad a nivel nacional.

Después tenemos Kenia, en noviembre de 2009 el Fiscal requirió información para investigar la violencia post eleccionaria en Kenia, yo les conté que cuando la investigación se hacía proprio motu el Fiscal le pedía autorización a la Sala, pero después de haber pedido autorización la Sala no es que revise los papeles y ponga un timbre, la Sala escucha a las víctimas y puede pedir información de otras entidades y así lo hizo efectivamente la Sala, recibió los testimonios y la opinión de las víctimas y determinó que la situación era solo una y, que empezaba el primero de junio de 2005 hasta por lo menos el 26 de noviembre del 2009, fecha en la que el Fiscal presentó la solicitud de autorización.

La situación de Kenia ha sido bastante compleja como ustedes saben Kenia es un Estado parte pero después de iniciados los procedimientos ante la Corte los individuos que estaban siendo investigados terminaron siendo el Presidente y Vicepresidente del País, por lo tanto, la cooperación del Estado y los Estados vecinos no ha sido la mejor. En Marzo del 2011 William Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Sang fueron citados a comparecer por su responsabilidad en los crímenes de lesa humanidad cometidos entre Diciembre del 2007 y Enero del 2008 en distintas localidades de of Kenia por los partidarios del ODM en contra de los partidarios del PNU. Igualmente Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta and Mohammed Hussein Ali fueron citados por su responsabilidad en crímenes de

lesa humanidad cometidos en Enero del 2008, como represalia por la comunidad Mungiki pro-PNU, en contra de aquellos percibidos como partidarios del ODM. Los cargos en contra de Henry Kiprono Kosgey y Mohammed Hussein Ali no fueron confirmados

El problema principal en esta situación es que Uhuru Kenyatta se alió con William Samoei Ruto, los oponentes se aliaron y formaron un gobierno y bueno la situación ha sido bastante compleja. En Marzo del 2013 el Fiscal retiró los cargos en contra de Francis Muthaura por falta de pruebas. Una vez que los cargos se confirmaron, y después de que todos estos sujetos asumieron el poder, no fue posible mantener las pruebas que se tenían, los testigos decidieron no seguir adelante con sus testimonios, alguna evidencia desapareció, entonces el Fiscal tuvo que retirar los cargos primero en contra de Muthaura, no por que considerara que la persona era inocente, sino porque la prueba con la que habían sido confirmados los cargos ya no estaba disponible para el juicio.

Los casos contra William Samoei Ruto el Vicepresidente de Kenia y Joshua Arap Sang un periodista, se inició en septiembre de 2013 y ese caso continúa adelante el problema es que ha habido muchísima interferencia de testigos, el caso continuó adelante pero no se sabe que va a pasar, no se sabe si la Sala va a recibir en realidad pruebas suficientes y, como el caso continúa si la Sala no recibe pruebas suficientes la persona tendrá que ser absuelta.

El caso en contra del Presidente Kenyatta después de haberse postergado en reiteradas oportunidades, porque de la misma forma que sucedió con Muthaura los testigos eran testigos en contra de un sujeto que había perdido las elecciones, no tenían ningún temor en testificar, pero como pasaron a ser testigos del Presidente en ejercicio ya no todo el mundo quería ir a la Corte, se trató de postergar y dar alguna seguridad a los testigos pero la realidad es que la Fiscal llegó a la conclusión de que no tenía ya la prueba suficiente para lograr una condena y decidió retirar los cargos el 5 de Diciembre. Nuevamente está claro que no se retiraron cargos por que el sujeto fuera inocente sino porque no era posible llevarlo a juicio, porque la prueba ya no estaba.

Existe pendiente un mandato de arresto en contra del señor Walter Osapiri Barasa, que está acusado de haber cometido los mismos crímenes del abogado del caso Bemba, por tratar de

corromper testigos. Después tenemos Costa de Marfil, nuevamente el Fiscal pidió autorización para investigar la situación en Costa de Marfil a partir del 28 de noviembre de 2010, pero la Sala de cuestiones preliminares 2 después de escuchar a las víctimas y después de recolectar información por si misma, decidió que la situación a investigar era a partir del 19 de septiembre de 2002 y, no solamente del 2010, el Fiscal pidió autorización para investigar 6 meses y la Sala de investigaciones dijo que no, que tenía que investigar 9 años.

El primer caso en esta situación es el caso en contra de Laurent Gbagbo el que era también Presidente de Costa de Marfil fue arrestado. En Junio de 2014 los cargos en su contra por su participación en los crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación, otros actos inhumanos y persecución cometidos en Costa de Marfil entre Diciembre del 2010 y Abril del 2011, como co-autor mediato, ordenar o contribuir de cualquier otra forma, art. 25(3)(a), (b) y (d), fueron confirmados. Juicio comenzará 7 Julio 2015.

Después tenemos a la señora de Laurent Gbagbo y su mano derecha Simone Gbagbo que es la señora que está acusada de ser parte del plan de cometer los crímenes, ella participaba directamente con él, ella tenía mucho poder también, y Charles Blé Goudé que era la mano derecha de ambos. Ella se encuentra prófuga pero Charles Blé Goudé fue arrestado y el proceso de confirmación en su contra se llevó adelante a fines de septiembre este año, probablemente a mediados de diciembre tendremos la decisión de confirmación de cargos y sabremos si el caso continúa adelante o no.

Después tenemos la segunda situación en la República Central Africana, nuevamente lo que les contaba con el Congo, la situación por la que se activó la jurisdicción de la Corte fue una que se encontraba en el año 2004, para que el Fiscal pudiera perseguir los crímenes que se cometieron en el 2009 tuvo que demostrar que había un vínculo, bueno en este caso la situación por la que se activó la jurisdicción de la Corte en relación a la República Central Africana en el 2005 se refería a los crímenes que estaba ocurriendo en 2002, crímenes que no tienen ninguna relación con los crímenes que se cometieron en el año 2012.

En septiembre de este año la última situación fue abierta, no hay ningún caso que se haya iniciado respecto de esta situación. Con esto terminamos, estos son los casos ante la Corte.

Muchas gracias por su atención nuevamente.

PANEL: EDUCACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Salomón Lerner Febres²¹⁶

LA NECESIDAD DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Muy buenos días a todos ustedes, a los amigos que me acompañan en la mesa como expositores, palabras de gratitud al Instituto Colombiano de Derechos Humanos y a las instituciones que han hecho posible la organización de este curso y que han tenido la gentileza de invitarme para hablarles de un tema que es según se le mire, o muy simple o muy complejo, esto es: la educación y los derechos humanos, y la necesidad de vincular ambas cuestiones.

En primer lugar estamos hablando de derechos humanos y educación, todo eso tiene sentido si es que tenemos clara comprensión de lo que es la naturaleza humana y dentro de ella los derechos, y lo que significa la diversidad. Se trata de cuestiones que parecerían no cuestionadas y que, sin embargo, merecen que nos detengamos un momento a reflexionar, porque es a partir de una recta comprensión de lo que puede hacer el hombre, que nacen los derechos, y por tanto, una conducta frente a ellos.

Estamos acostumbrados a hablar de lo humano, incluso de definiciones: el hombre es un animal racional, y todos los hombres somos iguales, y las leyes también nos hablan de términos de igualdad. Si bien retóricamente, en lo escrito, estamos muy bien, a veces en la práctica esto no se cumple.

216. Bachiller en Derecho por la PUCP (1970-1967). Doctor en Filosofía por la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica (1973). Actualmente se desempeña como Presidente Ejecutivo del Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP) y Profesor principal de la Especialidad de Filosofía en el departamento de Humanidades de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Presidente de la Sociedad Filarmónica de Lima. Asimismo, Presidente de la Fílmoteca PUCP; Presidente del Consejo Permanente Premio Southern Peru Corporation – PUCP; Presidente el Consejo Consultivo de la Escuela de Música de la PUCP. Rector de esa casa de estudios durante dos periodos 1994-1999 y 1999-2004 respectivamente. Posteriormente, fue nombrado Rector Emérito. Ha sido Presidente de la Unión de Universidades de América Latina (UDUAL 1999-2002) y 2001 miembro del Consejo Nacional de Cultura. En 2001 fue designado, por el gobierno de transición del Perú, Presidente de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, culminando sus labores en el 2003.

En el plano jurídico los derechos humanos como tales consisten en un reconocimiento dado en los últimos tiempos. Desde la modernidad se considera la calidad que tiene el ser humano, calidad que previamente, de algún modo, había quedado, no desdeñada pero sí colocada en un costado, frente a lo divino o lo mítico. Y, en ese sentido, se habla de una conquista de la modernidad en lo que toca a la comprensión de los derechos humanos. Esto sin embargo debe ser matizado porque toda la cultura occidental desde su nacimiento, entiende al ser humano como algo esencial dentro del mundo, dentro de la naturaleza. La famosa definición esotérica según la cual el hombre es un animal racional, se repite pero a veces no se comprende, es decir que no se llega a comprender que el hombre es un animal, que se diferencia de los otros animales porque tiene palabra, tiene *logos*, palabra en griego que fue traducida al latín como *ratio* que en nuestro castellano es razón: el hombre es un animal racional.

Pero cuando Aristóteles habla del hombre como un animal racional que tiene *logos*, precisa que tiene *logos* en el sentido de que posee, a diferencia de cualquier otro animal, de cualquier otra cosa, la capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo. La definición de *logos* según Aristóteles, es esa especie de señal disintida del hombre en el sentido de valorar las cosas, en el sentido de poder comprender, en el sentido de poder aprehender, y eso pues, no se da con las cosas inertes, no se da con los animales, se da en el hombre, y es una calidad que va acompañando a la naturaleza del hombre desde lo permanente. Esto nos permite entender por qué ese hombre merece un tratamiento especial.

En la filosofía contemporánea, Martín Heidegger se refiere al hombre como existencia: lo único que existe es el hombre, el hombre no simplemente es, el hombre existe, es decir, es aquel que en mundo puede comprender, que tiene la característica de comprender, y tiene unas notas que no pueden decirse de las otras cosas que hay en el mundo. El hombre tiene historia, es un ser que se define por su historicidad, es decir, que él se inscribe dentro de un devenir, tiene un detrás que debe comprender y se sitúa en un momento determinado del tiempo y se abre a un futuro, construye un futuro, al mismo tiempo que es consciente de su finitud y de su temporaneidad. El hombre es un ser que puede hacer cosas maravillosas pero que está destinado también

a acabar, a morir, y en ese sentido la historia abarca ese quehacer de los hombres a lo largo del tiempo concibiendo lo que puede ser una sociedad que marche hacia lo bueno, hacia la armonización que le es cedida a los hombres, que es la justicia. El hombre pues es un existente que comprende, que se comprende y comprende las demás cosas. Y comprender las cosas no significa solamente percibir las, comprender las cosas supone comprender en el fondo su estar en el mundo, para el hombre es una virtud que se puede abandonar y es la de dar sentido, dar significado a las cosas, el hombre es un ser que le da sentido a las cosas. Por ejemplo, la narración bíblica Adán y Eva se caracterizan por dar nombre a las cosas, estar nominándolas, dándoles un sentido. Esa es una característica esencial del hombre, y todos los hombres poseemos esa misma naturaleza que tiene la paradoja de hacernos iguales y, sin embargo dentro de esa igualdad, comprender un derecho a ser diferentes.

Somos diferentes pero en contexto de igualdad, tenemos el derecho a ser diferentes, y tenemos en ese sentido el derecho de afirmarnos como personas que además viven en sociedad, viven en comunidad. Nuestra historicidad, nuestra sociabilidad está dada, testimoniada en las cosas más aparentemente pequeñas. Pensemos que desde que nacemos de padres, de personas que nos dan vida, el nacimiento marca nuestra entrada en el mundo, y a partir de ahí nuestro desarrollo dentro ese mundo. Ese desarrollo significa el despliegue de una serie de capacidades en el orden cognitivo, afectivo y fruto de ello en el orden moral, en el orden de la acción, en el orden ético. Volviendo entonces a esta definición de Aristóteles, el hombre es un animal moral, es alguien que puede hacer el bien o el mal, que debe elegir y que debe elegir bien en función del conocimiento. ¿Cómo puede llegar a hacer eso el hombre? Sólo puede hacer eso dentro de un medio social; y ahí la familia es un primer medio de socialización: padre, madre, hermanos, hermanas van constituyendo una especie de horizontes de frente a significados que el pequeño va asumiendo, y éste va a colocarse de un determinado modo frente a los demás. Y ese camino se prolonga dentro de algo que es un derecho que tiene el hombre, y ha de ser reconocido entre las instituciones, que es el derecho a la educación. La educación es un derecho humano fundamental, todos tenemos derecho a la educación. Y en tanto que

todos tenemos derecho a la educación, la educación representa un deber de aquellos que ejercen autoridad. En efecto, para aquellos en quien nosotros delegamos la autoridad, representa un deber el otorgar educación, ese servicio es deber fundamental del Estado si bien, evidentemente, puede ser complementado por un principio de subsidiariedad donde también los particulares ayuden en la formación de los niños y los jóvenes. Pero eso tiene que darse, tenemos las capacidades, nuestra naturaleza no es la de nacer para morir tal cual como hemos nacido sino para que en el camino nuestra existencia nos hagamos más humanos. Y el hacernos más humanos pasa por la educación, entendida no sólo como el aprendizaje de memoria de una serie de “afirmaciones” que luego puedan ser repetidas y olvidadas. Educar significa entender, dar sentido, dar respuesta a preguntas que son elementales y que a veces ni siquiera se plantean. ¿Por qué aquello que estamos estudiando? ¿Cómo? ¿Para qué? Si es que los maestros y los alumnos no caminan por esa ruta de preguntas importantes, la educación finalmente será una especie de disfraz que no conduzca a nada. Esa búsqueda de sentido sólo puede darse en un ambiente donde se afirme el hombre en esa dimensión de sociabilidad en donde reconozca a los otros hombres, para así él exigir ser reconocido. Uno no puede tratar a los otros hombres como no quiere que lo traten, el principio fundamental de la ética de Kant por ejemplo apunta a obrar de tal manera que tu acción se convierta en norma universal de conducta, es decir, actúa como actuaría una persona que conoce, que busca el bien y que quiere hacerlo. Si no hay ese reconocimiento, entonces la educación no pasa de ser una simple pantomima, y creo que es lo que de algún modo deberíamos observar ahora. En nuestras sociedades en Latinoamérica y en otras partes del mundo hemos experimentado periodos de violencia terribles en los cuales la muerte, el delito contra el otro hombre en el sentido de afectar contra su vida, su dignidad y sus derechos, ha sido horrible.

Tendremos que preguntarnos en consecuencia ¿por qué ha ocurrido esto? Y yo puedo dar una respuesta por lo menor parcial, refiriéndome a mi país, el Perú. A mí me tocó presidir la Comisión de la Verdad y Reconciliación en mi país, y lo que yo les puedo decir es que ese factor de educación fue entendido en un sentido lato fundamental en la génesis de una violencia no solo

de veinte años, sino que venía de antaño, y que desgraciadamente continúa. La falta de educación en el sentido de existir en la vida social del Perú se verificó en la discriminación, la exclusión, el reconocimiento sólo teórico de derechos con la imposibilidad real de ejercerlos por parte de un vasto sector de la población, esencialmente las poblaciones indígenas, las poblaciones más pobres, las poblaciones que se dedicaban a la agricultura y que de pronto no hablaban bien el castellano. Estas personas de algún modo desde antaño, fueron consideradas menos valiosas que aquellos burgueses, ciudadanos, gente que podía tener dinero, y que consideraban a sus otros hermanos peruanos como ciudadanos de segunda categoría. No hubo, creo yo, puede que hayan existido excepciones, una educación en la solidaridad y una educación en el reconocimiento del otro ni de la peruanidad de todos los peruanos. En las audiencias públicas de la Comisión de la Verdad, hay un testimonio de una víctima que realmente me impactó y que resume un poco del sentir de todos aquellos que fueron afectados por el conflicto armado. Al terminar su testimonio la víctima señaló *“ojalá señores Comisión de la Verdad, ojalá que algún día llegue a ser peruana”*, porque no se sentía peruana, es decir, no se sentía incluida dentro de una sociedad protegida por un Estado. El Estado más bien la había violentado en sus derechos y en ese sentido su testimonio de una manera dejaba constancia de eso. ¿Y por qué sucede ello? Entre otros factores, por una mala educación.

En el Perú, la mala calidad de la educación se pone de manifiesto en el modo a través del cual muchas escuelas enseñan. Es un modo memorístico, en donde no importa formar a los jóvenes en el quehacer diario a través de una actitud de apertura y de responsabilidad con nosotros. Y ahí se va gestando un punto, una especie de espíritu que en algunos casos alimenta un egoísmo y así, en la vida social, ya mayores las personas educadas y con profesión, simple y llanamente son cómplices de una serie de injusticias protagonistas de una crónica social que, a mi modo de ver, se ha convertido hoy por hoy en una lógica de mercado. Hoy no se busca tanto el bien común, no se busca el desarrollo de la cultura, el desarrollo de la ciencia, por el contrario, lo que se busca hoy más bien es el establecer la primacía del poder, del dinero, y eso no sólo a través de los países en los

grandes sistemas corporativos en donde el ser humano se ha convertido simplemente en un consumidor, un cliente en donde todo tiene precio, en donde todo se ve en función de ganancia. Esa educación distorsionada acompañada de otra que se dio también en los institutos públicos en el Perú en los años setenta, fue una educación altamente idealizada en donde simplemente se enseñaba de modo dogmático. Esta situación determinó que muchos jóvenes en las universidades públicas acogieran con simpatía mensajes subversivos, en los cuales a la luz de la injusticia que se vivía en mi país, se creería que eran activos caminos que podían conducir a la revolución, a la justicia, no dándose cuenta de esos dogmatismos que llevan a fanatismos en donde se pierde la capacidad de razonar, y en donde finalmente se nos convierte.

La educación entonces es un derecho natural. La educación en relación con la violencia es un factor que puede concurrir a que ella nazca, y la educación luego de la violencia es fundamental para que haya un futuro de no repetición, para que se aprendan las lecciones del pasado, para que se afirme la identidad de un pueblo y para que se establezca un diálogo ético, intersubjetivo, entre las personas de una sociedad que ha padecido la violencia. En ese sentido considero que la enseñanza tiene que volcarse en esos temas, en el tema de la naturaleza humana, del quehacer humano, y la educación no debe simplemente quedarse en una serie de dichos que se aprenden de memoria en los libros, la educación debe tener una dimensión activa en donde aquello que se aprende también se haga.

De otro lado considero que en el Perú, el que las personas ignoraran doctrinas tan fundamentalistas, y el hecho de que hubieran personas que no esperaban ya nada del Estado, fue una especie de anzuelo para la violencia y para que los movimientos subversivos los atraparan. Todo esto nos debe llevar a recordar ese pasado y la enseñanza en la educación en torno a los derechos humanos: debe haber una mirada en el espejo, debe ser posible conversar sin ceder a tentaciones por las cuales se trate de imponer una verdad oficial o se trate de imponer el olvido. Yo lo he experimentado en mi país, una vez en la Comisión de la Verdad hubo gente que dijo *“bueno ahora nos está yendo bien económicamente, vamos para adelante, no hay que mirar*

el retrovisor”, y realmente esas cosas tenían una especie de ausencia moral y de exigencia de explicarse las cosas, si uno no conoce su pasado no sabe quién es, qué es, y cómo va a ser. Y este conocimiento y esta memoria tienen que ser dados no sólo en las clases, sino también en las experiencias diversas a través de las cuales el hombre vive, deben hacerse cultura. Felizmente en el Perú frente al defecto de la enseñanza oficial ante lo ocurrido en los años de la violencia armada, han surgido una serie de lecciones en la literatura, en el cine, en el teatro, en la pintura que van ilustrando a los jóvenes de hoy y a los niños sobre esos años horribles entre 1980 y 2000. Cuando no sucede eso –y también eso ha vivido el Perú–, surge la posibilidad de que nuevamente emerjan doctrinas salvadoras que no han aprendido nada del pasado, porque hay un intento del grupo alzado en armas Sendero Luminoso, de resucitar como partido político a través de una institución que se llama MOVADEF (Movimiento por Amnistía y derechos fundamentales) en donde existen jóvenes de buena voluntad que quieren cambiar al país pero que no saben que están siguiendo el camino que ha sido recorrido por una institución criminal genocida. Es por ello que se debe educar a los jóvenes para la no repetición.

La educación hay que entenderla entonces como una forma de vida, como un elemento que influye en la cultura, como algo que comienza en la vida, en el hogar, que se prolonga en las instituciones de enseñanza. Todos los días nosotros podemos aprender y creo que el mayor aprendizaje en el terreno de la vida humana y de la vida moral es el reconocimiento de la dignidad del otro. Yo puedo discrepar con muchas personas, pero discrepar no significa pensar que desde el punto de vista se tenga razón, la tolerancia es una virtud fundamental y el único límite que yo le pondría a la tolerancia es la intolerancia a los otros. Entonces educación y memoria se deben leer conjuntamente, para dar identidad, para así ponernos en un presente y orientarnos hacia un futuro de no al olvido. El olvido es imposible, el que quiera olvidar tiene que recordar aquello que olvida, y en ese sentido no existe el olvido total: si yo me estoy olvidando de algo estoy recordando eso que quiero olvidar, por lo tanto el olvido no nos conduce a ningún lado, no nos hace ganar experiencia aunque ellas sean traumáticas, aunque ellas sean difíciles. Esto no justifica

memorias de venganza. La justicia va de la mano con la memoria y la educación en la vida de los pueblos, una justicia que implica mirar con valores las acciones del pasado, acciones humanas por ejemplo en los casos de conflicto armado, en donde deben haber personas que respondan por ellas. Se debe generar así una memoria social, una memoria dialogada que busque conmemorar, que busque empatía, que busque solidaridad; se debe generar una memoria de sentido, que dé significado a los actos y que nos dé un diagnóstico de nuestra sociedad. La Comisión de la Verdad en el Perú no sólo tuvo como objetivo estudiar veinte años de violencia sino también estudiar las causas que hicieron posible dicha violencia. Eso nos llevó a ver muchos años detrás hasta la época del virreinato y así vimos cómo desde ahí había exclusión y habían ciudadanos de primera y de segunda categoría.

La labor del Estado es la de servir a la sociedad, servir a la sociedad es buscar el bien común, preservar los derechos de cada uno de los ciudadanos, reconocer el origen de su mandato y no ensordarse con el poder. El poder absoluto corrompe, el poder debe ser especializado y debe ser el primer actor además de la sociedad civil, en la lucha por los derechos de todos los hombres y por el derecho a la diferencia. Esto podrá hacerse a través de políticas públicas que favorezcan a lo que podría ser una cultura de paz que no se consigue de un momento a otro, que se da construyendo paso a paso a través de la aceptación de la verdad, a través de nuestra conciencia, de nuestros deberes incumplidos para con los demás, asumiendo la responsabilidad por el otro en actitud solidaria. Personalmente creo que estamos sufriendo un cambio total, un cambio de época del que quizá no somos tan conscientes. Vivimos en una era tecnológica donde aún el hombre puede convertirse en bestia, vivimos en una época en la cual la naturaleza se revela, vivimos en una época donde el pragmatismo, el poder y el valor de lo económico han sido elevados superlativamente a una oscuridad lo más entrañable. Y una cultura de paz es la que nos llevará a la democracia, no habrá allí discriminación ni exclusión.

Ángel Martín Peccis²¹⁷

LAS MEDIDAS DE IMPLEMENTACIÓN DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Muy buenos días, agradezco a los organizadores, al Instituto Colombiano de Derechos Humanos, a la alcaldía, a la universidad. Un gran saludo especial a Salomón Lerner, una eminencia en derechos humanos en todo el continente, a Roberto Cuéllar, amigo, persona que viene trabajando los derechos humanos desde hace muchísimos años.

Yo tengo preparada la intervención de las medidas de implementación de la educación en derechos humanos, y al respecto debo decir que nadie tiene la verdad absoluta sobre los derechos humanos, que no existe una metodología clara que sea eficiente al ciento por ciento, y por lo tanto partamos desde esa tesis: los derechos humanos se construyen y la educación de derechos humanos se construye cada día. Y entonces ¿cuándo implementamos adecuadamente los derechos humanos? ¿Desde qué ámbitos? ¿Desde los gobiernos? ¿Desde los parlamentos? ¿Desde los decretos del Poder Ejecutivo? ¿Desde las autoridades locales? ¿Desde nuestras Constituciones? ¿Desde nuestras normas? ¿Lo implementamos desde las escuelas? ¿Le damos la responsabilidad a los profesores? ¿Nuestros periodistas deben implementar los derechos humanos en la sociedad? ¿Lo aprenden desde las familias? ¿Tienen responsabilidad las familias en implementar o no implementar los derechos humanos? ¿Lo hacemos desde los ámbitos sociales, desde nuestros movimientos sociales, instituciones, organizaciones? ¿Lo hacemos desde la dimensión individual? ¿Realmente son tan importantes los derechos humanos para tener la obligatoriedad de ser implementados de una manera integral, o resolvemos las circunstancias a situaciones personales o colectivas para dar respuestas a los problemas que surgen? Como premisa tenemos que los derechos humanos son fundamentales y existe la obligación de implementarlos.

²¹⁷. Director de la Organización de Estados Iberoamericanos para la educación, la ciencia y la cultura en Colombia, Director del Instituto Iberoamericano de Educación en Derechos humanos.

Entonces ¿qué es lo que pasa si ya tenemos recogidos en nuestras Constituciones y en nuestra normativa los derechos humanos? ¿Qué es lo que pasa si nuestros gobiernos nacionales o locales tienen la obligación de garantizar esos derechos humanos, pero los medios de comunicación reportan noticias de derechos humanos continuamente violados a nivel estatal o a nivel individual? ¿Qué es lo que ocurre? Por lo tanto mi primera reflexión, siguiendo un poco la línea del profesor Salvioli, es que lo jurídico no está haciendo suficiente. Esto es algo fundamental, porque cuando se vulnera un derecho humano tenemos que acudir a la norma para que nos garantice justicia ante esa vulneración de derechos humanos. Pero si continuamente se incumplen las obligaciones vinculadas a los derechos humanos, si estos se vulneran, si no se garantizan, ese ámbito jurídico no sirve, y aquí aparece el tema educativo, el tema cultural. Seguramente no habremos hecho suficientes actos todavía, para lograr que a través de la educación y la cultura se complemente la importante normatización de los derechos innatos de las personas: los derechos humanos somos nosotros, somos todos los derechos innatos que tienen las personas. Al preparar mi intervención, encontré un comentario muy interesante que decía *¿dónde empiezan los derechos humanos universales?* Considero que en pequeños lugares, en lugares tan próximos y tan pequeños que no aparecen en el mapa, pero esos son los lugares que conforman el mundo del individuo. En el barrio que se vive, en la universidad que se estudia, la fábrica u oficina donde se trabaja, esos son los lugares en que cada hombre, mujer y niño busca ser igual, busca un reconocimiento de su dignidad; si esos derechos no significan nada en esos lugares, tampoco significarán nada en ninguna parte, sin una acción definida de los ciudadanos para defender esos derechos individuales no será posible una medida alguna en la protección de los derechos humanos. Los derechos humanos los tenemos aquí al lado, y muchos ciudadanos no se han dado cuenta. Pensamos que los derechos humanos son un tema de gobierno, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o de la Organización de los Estados Americanos (OEA), pero es un tema de todos nosotros. En esa visión holística, integral, los derechos humanos somos cada uno de nosotros, nuestras casas, cada una de nuestras posibilidades como seres humanos los derechos humanos son instrumentos que nos permiten desarrollarnos dignamente. Y

esos derechos humanos deben garantizarse individualmente, y los tienen que garantizar los gobiernos. Entonces la pregunta es ¿si son tan importantes que los tenemos recogidos normativamente, qué está pasando? Yo tengo algunas ideas para compartir con ustedes. Considero que estamos formando en derechos humanos a través de lo abstracto, de lo racional, de lo memorístico. Sin embargo, nosotros no sólo somos razón, nosotros no solamente somos abstractos, nosotros no solamente somos forma. Nosotros somos corazón y sentimiento, y hasta que no lleguen los derechos humanos hasta nuestro corazón y sentimiento no tendrá sentido nuestra vida. Los derechos humanos tienen que estar comprendidos en nuestro proyecto de vida, individualmente, colectivamente. Mis derechos humanos son universales, irrenunciables, vienen conmigo adonde yo quiera ir.

Cuando uno es profesor y enseña derechos humanos, el primer mensaje es ése para los estudiantes, los derechos humanos no son un conocimiento más, deben darse de manera pura en nuestras vidas individuales y colectivas. Si no logramos eso tenemos problemas. Por lo tanto debemos humanizar los derechos humanos, tienen que estar en nuestras vidas. En estos momentos, con todas las estructuras normativas de derechos nacionales e internacionales, declaraciones, pactos, cátedras, ¿quién tiene que aterrizar eso a alguien? ¿Quién tiene que aterrizar eso a las escuelas y los medios de comunicación? ¿Cómo hacemos entendibles los derechos humanos como parte de los valores, de nuestra personalidad individual y colectiva? Y más aún, siguiendo a dos grandes pedagogos ¿será siempre un camino enredado acercarse a lo educativo desde una teoría o desde una doctrina? No podemos enseñar siempre desde una teoría o desde una doctrina. Para que una medida educativa sea eficaz para que no se desoriente o se pierda por el camino deberá partir no de una doctrina sino de una experiencia, de una sensación sentida como propia. ¿Cuánto nos cuesta ponernos en los lugares del otro? Si yo no me pongo en los lugares de otro ¿cómo voy a respetar sus derechos fundamentales? El primer movimiento, según uno de los doctrinantes, pasa entonces por sensibilizar el corazón, si nosotros no utilizamos la educación para llegar a nuestros sentimientos y a nuestros corazones no cumpliremos el respeto a los derechos humanos, sólo por la lógica. Yo les pregunto

entonces por el muchacho que mata a otra persona por robarle el dinero, ¿qué siente ese muchacho? ¿Qué promete individual y colectivamente un muchacho que mata a otra persona? O ese otro que maltrata a la esposa en la casa, a la mujer que es la madre de sus hijos ¿qué piensa ese señor, qué siente ese hombre que está fallando individual y colectivamente? ¿Cómo podríamos a través de la educación y la cultura intentar complementar el marco normativo? Por lo tanto vuelvo a insistir, que el método pedagógico no solo sale de la razón jurídica de las personas, debe salir del sentido de los individuos y de las unidades, tiene que salir del sentido de la vida individual y colectiva. Por lo tanto la educación en derechos humanos tiene que ser a partir de lo humano, porque el individuo es único e irrepetible.

De esta manera, a nivel educativo las personas deben interiorizar en sus conciencias los derechos humanos, sentir los derechos humanos. Para ello considero que tienen que partir desde la simplicidad de los intereses, y creo que hay que llegar a construir aprendizajes significativos, ¿y qué es un aprendizaje significativo? Es aquel que llega a formar parte de nosotros, es eso que llega de ese aprendizaje y se queda conmigo. Por ejemplo, acaban de darle a Malala Yousafzai, la niña Pakistani, el Premio Nobel de la paz, y su actitud, su vivencia vale mucho más que mil teorías que se ven en las clases de la universidad: la experiencia de esa niña enfrentándose a la realidad en Pakistán, se vive como una experiencia vital. Y recordemos la importancia y el derecho que tiene esa niña a no ser perseguida, a que pueda tener educación como parte del desarrollo de su personalidad y eso se siente y se queda más que mil conferencias.

Por lo tanto los educadores en derechos humanos podemos ser todos, no tiene que ser simplemente el docente, puede ser el papá, la mamá, puede ser el periodista, debe ser el funcionario público. No hay una metodología educativa que pueda decir que es la mejor en el mundo, no. Hay muchas experiencias, muchas metodologías, ha habido grandes esfuerzos, por lo tanto yo quiero compartir con ustedes algunos ítems que me parecen importantes para enseñar, que no son los únicos, que no son los mejores pero que me parecen valiosos. Lo primero es que educar es compartir, crea un espacio de conocimiento. Para enseñar en derechos humanos nuestra propia civilización debe reconocer la

educación y la cultura como un derecho fundamental, tanto como las dos carreteras que se construyen, tanto como explotar un sector económico, la educación es fundamental para tener grandes ciudadanos, no para tener grandes profesionales que trabajen en nuestras fábricas. El Estado propio tiene que garantizar la educación. La educación y la cultura tienen que ser prioritarias en la sociedad si queremos que se disfruten los derechos humanos.

Asimismo, otro ítem es aquél que se refiere a la importancia de sentir y vivir los derechos humanos, entender el respeto a la participación, entender el respeto a la dignidad ideológica, el derecho a la reunión, que los derechos económicos, sociales y culturales son importantes, que los derechos humanos deben ser garantizados por el Estado aunque nosotros directamente no seamos víctimas de una vulneración.

Otro ítem que me parece importante es que se debe rescatar el valor del grupo, los derechos son de uno y del otro, una fundamentación basada en la vivencia y en la experiencia y no en la teoría, lo que no se siente no se entiende, y lo que no se entiende no interesa. Se requiere una aproximación flexible y comprensiva que reconozca la diversidad y la convivencia con el otro. Se debe educar antropológicamente destacando a la persona, poniendo a la persona diferente, como única, como irrepetible, como valiosa, con afecto, con sentimiento hacia ella; una educación basada en la interacción donde todos enseñan y todos aprendan, una interacción de aprender y enseñar, una educación que fortalezca la autoestima y la inclusión. Yo les pregunto ¿cuántos indígenas, afros o campesinos tenemos en las universidades públicas? El muchacho indígena que ha cumplido dieciocho años y no ha podido ingresar a la universidad; el estudiante afro que no ha podido ingresar porque su papá no tiene dinero para pagar una matrícula alta o no ha tenido cupo de los pocos públicos, ¿qué será a los treinta o treinta y cinco años? ¿dónde estará? Lógicamente eso no es una responsabilidad individual, es una responsabilidad de la sociedad de un país, es una sociedad de gobierno, es una sociedad de Estado de derecho. Una situación que haga pensar y sentir, una educación que parta de la realidad porque a veces nos encontramos con que nuestros estudiantes reciben una formación que no tiene nada que ver con lo que pasa, que parte de las características de nuestras sociedades y de nuestros fronterizos,

hay que incorporar la experiencia directa, por lo tanto hay que llevar la academia a la sociedad. Este punto me parece muy importante, se educa dialogando, dialogar es reconocer al otro, afirmar la igualdad de los seres humanos, cuando se dialoga se valora y se respeta. El diálogo se hace posible el aprendizaje activo, por eso debe ser el método educativo por excelencia. Y para dialogar hay que generar un ambiente de confianza, si no hay confianza entre las personas, no dialogan. Hay que tener también una metodología de enseñanza de derechos humanos crítica, constructiva, que desarrolle la expresión de las personas y sea presentada en visiones distintas. Y aquí vuelvo a insistir, se parte de una condición plana que es la afectividad de las personas, para educar en derechos humanos tenemos que trabajar en la afectividad de las personas, una metodología que promueva la participación, que fortalezca la libertad, que fortalezca la integridad, por eso hablamos de esos ítems que yo me he atrevido a recopilar, a analizar. Insisto, debemos tener una educación en derechos humanos que pueda llenar no solamente a la razón, al pensamiento de las personas, de los ciudadanos, sino también al corazón y a su afectividad.

Yo quiero terminar comentándoles cuál es el objetivo que yo pienso que tiene la educación en derechos humanos. Para mí lo primero está en reconocer los derechos y deberes que tenemos por ser personas, enseñar que esos derechos fundamentales se deben respetar, que nuestro pacto social, que nuestra construcción democrática y de gobierno debe de garantizar esos derechos humanos, es decir, que nuestro pacto social en los sistemas democráticos están contruidos alrededor de los derechos humanos de las personas. Y que esos derechos humanos son universales, es decir, que son para todos, que es universal el derecho a la educación; que los derechos humanos son inalienables, que no caducan, que son irrenunciables, que el Estado debe garantizar los derechos humanos y reconocerlos normativamente. Y recordemos que la enseñanza de los derechos humanos es recordar también que la persona que tenemos al frente, también tiene sus derechos, derechos que no se pueden transgredir, porque tenemos que convivir en esa armonía de convivencia que respete ambas garantías de los tuyos y los míos. Como les decía, los derechos humanos son las condiciones necesarias para todas las personas

por el hecho de serlo, para que puedan vivir como personas y desarrollarse como ciudadanos de acuerdo a su dignidad humana, y colectivamente.

Finalmente, pensando en el proceso de paz en Colombia, me parece fundamental resaltar que la paz es un derecho humano. Y la protección del derecho a la vida es un derecho humano, por ello no puede ser que el conflicto armado de cincuenta años nos haga pensar que matar es normal. El derecho a la paz es un derecho fundamental que los colombianos se merecen, y yo creo que ahí es bien importante saber qué son derechos fundamentales, y que el Estado democrático debe garantizar esos derechos, y que se deben fortalecer fundamentalmente para ser respetados en un Estado Social de Derecho, ampliando oportunidades, disminuyendo desigualdades, generalizando derechos fundamentales como una salud de calidad, la vivienda de calidad y oportunidades de trabajo digno.

Roberto Cuéllar²¹⁸

LA SOSTENIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Muchas gracias a ustedes, y muchas gracias al Instituto Colombiano de Derechos Humanos con quien compartimos hace tres años su fundación cuando yo era el director ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Tenemos ese orgullo de haber participado en su creación.

Hoy muy brevemente ciñéndome al tiempo, trataré de complementar las dos preguntas fundamentales que plantearon mis dos queridos amigos, los profesores Salomón Lerner y Ángel Martín Peccis. Es posible proponer e incluir transversalmente el enfoque de la condición humana y sus derechos en el marco de los derechos humanos como lo planteó Salomón Lerner, es viable inducir prácticamente los ideales de los derechos humanos, de los valores y los criterios como fórmula y mejoramiento de bienestar humano, como lo señaló Ángel Martín Peccis, lo voy a hacer con ustedes a través del relato de una historia. El 1ro de diciembre de 1955 una mujer afroamericana, Rosa Parks, sin pedir permiso puso a la nación de los Estados Unidos de América completamente al revés, ¿qué ocurrió?, pues Rosa Parks en una madrugada se subió a un autobús en Montgomery (Alabama) y se sentó en la quinta fila porque las cuatro primeras en ese país estaban reservadas a los blancos. El autobús se llenó y un rostro pálido le dijo a Rosa que se levantara y Rosa le dijo que no, el blanco la denunció y la policía la detuvo, y ésa fue la chispa que inició la lucha de los derechos civiles que ayudaría a acabar con

218. Salvadoreño. Se desempeñó como Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) durante cerca de trece (13) años. Fue Director de la oficina de ayuda legal del Arzobispado de San Salvador, en la administración del Arzobispo D. Oscar Arnulfo Romero. Hizo estudios de Psicología y de Derecho en las universidades Nacional y Católica de El Salvador y de especialización en México. Investigador visitante en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Cofundador del Centro de Derechos Humanos Fray Francisco de Vitoria O.P. y miembro fundador del Instituto de Estudios Jurídicos de El Salvador. Fue asesor especial del Consejo Mundial de Iglesias y de la Secretaría General de la ONU, para los procesos de paz en Centroamérica. Ex Presidente de la Conferencia Interamericana de Amnesty International "Defensores de Derechos Humanos" (Bogotá, 1996). Con más de veinte años de experiencia profesional en diversos programas del sistema interamericano y en IIDH, en cuya organización dirigió las áreas de Sociedad Civil e Investigación y Desarrollo y los programas especiales del IIDH en Cuba y Guatemala. Actualmente coordinador para Centroamérica del Instituto Iberoamericano de Educación en Derechos Humanos y Democracia de la Organización de Estados Iberoamericanos.

la segregación racial en Estados Unidos, a mi juicio, una lucha de nunca acabar.

La primera vez que un joven, Martín Luther King, este emblemático ciudadano del mundo, alzó la voz, fue en defensa de la mujer ciudadana afroamericana Rosa Parks. Cuando Rosa Parks fue encarcelada, Martín Luther King inició un boicot contra la empresa de autobuses de Montgomery y la respuesta fue asombrosa, fue espectacular, los ciudadanos empezaron a usar bicicleta, cogieron taxis para que los ciudadanos afroamericanos bajaran sus tarifas, se organizaron todos los días en coches particulares ante el problema de la segregación racial. Un gesto, un símbolo, hicieron lo que fuera para no meterse a los autobuses de la empresa de Montgomery, un tiempo después la empresa quebró, fracasó, sus clientes eran de la comunidad afroamericana en un 75% hasta el momento de la detención de Rosa Parks. Dos meses más tarde increíblemente la Corte Suprema de los Estados Unidos, el poderoso tribunal de los Estados Unidos sentenció que la segregación racial en los autobuses era inconstitucional. Antes de ello, los jueces de Estados Unidos no habían caído en la cuenta de ese delito absurdo. Aquello fue solo el principio porque se siguió luchando por los derechos de la comunidad afroamericana poco a poco, sobre todo tras las muertes promovidas desde el famoso movimiento del Ku Kux Klan. Así, a partir de esa lucha, las personas afroamericanas pudieron ir a la universidad, pudieron entrar al cine por las mismas puertas de los blancos e incluso ver las películas sentados. Ésa es la lucha por los derechos humanos.

Yo quisiera preguntarles a ustedes ¿qué nos dice ese relato? ¿Qué nos plantea este relato para la educación en derechos humanos, para la acción popular como lo dijo Ángel Martín Peccis? La historia hasta nuestros días demuestra que la lucha por los derechos humanos es constante y permanente, sin movilización social no vamos a ser escuchados. Rosa Parks nos deja un mensaje de construcción permanente que demuestra, como ya lo han remarcado mis colegas, que la educación es un reto que deben aplicar los ciudadanos de a pie para generar escenarios de inclusión. La educación se convierte en un factor primero para que haya una construcción de democracia y desarrollo para el mundo.

En primer lugar este relato nos dice que si nuestra aspiración es que cambie este mundo tan injusto y la intención que tenemos para la realización de los derechos humanos del futuro, el primero

que tiene que dar ese paso soy yo, somos todos, son ustedes, nadie debe ejercer los derechos por ustedes. Fíjense que cuando abrimos el programa de observación electoral, por primera vez en el mundo, en América Latina, tres países se atrevieron a abrir las escuelas para que durante la jornada de elecciones niños y niñas de 12 años observaran cómo votaban en el pueblo, qué decían los políticos de la educación, cómo dejaban las escuelas al final, si practicaban bien el voto. Los tribunales electorales de Uruguay, de Colombia, el Salvador y próximamente de República Dominicana, se atrevieron a abrir la escuela en el calendario electoral. Y no se imaginan lo que dijeron los niños. Si bien eran conscientes que no iban a conseguir todo, para ellos era la primera vez que los tomaban en cuenta para ser protagonistas de la acción ciudadana y la democracia. Rosa Parks ejerció su derecho básico e implantó su voluntad, no decayó nunca, la encarcelaron y se desató una ola de cambios que, como indiqué al principio, es la lucha de nunca acabar, en un país que tiene la cultura de segregación y esclavismo.

En segundo lugar el relato nos dice que los grandes progresos en derechos humanos y en la cultura de los derechos humanos surgen de conquistas populares entre gente muy sencilla. Los Premios Nobel de la Paz de este año son dos personales sencillos, Malala Yousafzai y Kailash Satyarthi, que han luchado por la educación en sus países. El progreso en derechos humanos surge también del mejor aprovechamiento del tiempo, del espacio político, porque se trata de una tarea responsable y exige solidaridad. Y así como el joven Luther King, Mandela y Gandhi alzaron su voz, yo tuve una dicha enorme como experiencia personal, de servir tres años al arzobispo de San Salvador entre 1975 y 1980, serví en la primera oficina muy modesta de derecho humanos en atención a las víctimas que organizó el arzobispo Óscar Romero, que fue asesinado en el altar, en el Salvador. Yo tuve la fortuna de acompañarlo 3 años y 15 días exactamente hasta cuando lo asesinaron el 24 de marzo de 1980. Sin solidaridad de los grupos más pobres, sin solidaridad y responsabilidad entre los grupos más sencillos, sin organización y participación de las víctimas, otros van a ejercer los derechos humanos por nosotros. Así como Martín Luther King alzó la voz, boicoteó el transporte blanco y más nunca se dio la práctica de segregación en los autobuses.

Puede ser una gesta sencilla, pero fue permanente y popular.

Y en tercer lugar, con esa cuota de acción ciudadana de lucha diaria, de organización política y popular en su comunidad negra, con equipos de dirección calificada, y entre las víctimas es muy factible y posible denunciar las fallas del derecho. El derecho es injusto en la mayoría de nuestras sociedades, y por ello es necesario demostrar que hay leyes tan injustas que impiden la realización de los derechos humanos. El poderoso tribunal de los Estados Unidos o fue ingenuo, que no lo creo, o fue torpe –que tampoco lo creo–, o fue cómplice estructural de la odiosa segregación racial. La educación es un derecho humano fundamental de carácter de nivel social, y podríamos seguir discutiendo que es un derecho, que puede pasar por el derecho interno y llegar hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Podríamos seguir discutiendo también con ustedes que este derecho es aún más amplio, por su alcance y naturaleza, ya que el derecho a la educación está reconocido en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, en su artículo 13. Podríamos indicar que es el único derecho social obligatorio de los Estados parte del Protocolo de San Salvador. Y a ello podríamos agregar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, interpretando el artículo 26 de la Convención Americana, declaró la exigibilidad de la no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Podríamos agregar que el Estado no solo debe contar con un magisterio, sino con un magisterio que respete los derechos fundamentales, bien pagado y escalafonado, bien asegurado y con prestaciones dignas de seguridad pública, con buena cobertura hospitalaria y guarderías para las maestras y sus familias, con escuelas bien reconstruidas permanentemente con seguridad escolar preventiva y muy efectiva. En tres países latinoamericanos que trabajan con la organización, Guatemala, Honduras y el Salvador, solo en estos dos años, se han asesinado a 375 niñas y niños escolares en el trayecto a la escuela, dentro de la escuela o dentro de sus propias comunidades educativas por distintos tipos de violencia. Nunca en la guerra centroamericana tuvimos esa cifra de acoso e inseguridad en la región.

Y podríamos seguir diciendo que el derecho a la educación también, como lo planteó Ángel Martín Peccis, necesita de

programas para la vida, necesita de programas para enfrentar el conflicto, necesita de programas para el ejercicio de los derechos dentro del aula. Nos hemos dado cuenta de que la escuela pública no está dando los resultados esperados y que tampoco se dedican los mejores esfuerzos presupuestarios, financieros, políticos, profesionales y éticos para atender la demanda entre talentos de la gente muy joven, para atender la cobertura en el derecho de igualdad como lo manda el derecho a la educación, y la educación en derechos humanos. La seguridad en las entidades educativas mejora realmente hasta que los funcionarios de más alto rango deciden enviar a sus hijos, hijas, nietos y nietas a la escuela pública. En caso contrario deberían renunciar porque ello supondría que no funciona lo que están dirigiendo y prometiendo mejorar. La cobertura del derecho a la educación es fundamental para la democracia. Recuerden que la participación política lamentablemente se pierde el día que las y los funcionarios llegan al poder ejecutivo, toman su cargo, y no pueden llevar adelante sus promesas electorales. Muchas cosas deben valorarse para sostener la educación en derechos humanos en la comunidad nacional y educativa, y para que eso suceda hay que atender prontamente las urgencias que afectan el derecho a la educación pública, que son varias.

No hay que perder de vista el magisterio más depreciado que trabaja con riesgo social. Sin maestros y sin maestras es imposible la educación en derechos humanos. Es necesario contar con un magisterio bien formado, acreditado, escalafonado, bien respaldado en valores y derechos con calidades pedagógicas y conocimiento de la realidad. Un magisterio ético, un magisterio que desde las escuelas vocacionales se le plantee que es de las profesiones más importantes para la democracia. Hoy en día la democracia en América Latina se juega entre dos profesiones que hay que valorar, dignificar, la profesión del magisterio en primer lugar y la profesión de la policía en segundo lugar. En Finlandia y en la mayoría de países nórdicos aspiran a cinco carreras, entre ellas dos muy cotizadas, en primer lugar el magisterio y en segundo lugar la policía, muchos niños y niñas quieren ser profesionales policías y profesionales del magisterio. Ni en Costa Rica que se precia de ser una democracia muy progresiva ninguno de los niños y niñas que yo conozco en el rango social

que nos movemos, ni siquiera se atreven a matricularse en las escuelas del magisterio y mucho menos en las escuelas de policía. A muchos se nos escapa que la escuela pública es más un espacio para la enseñanza de destrezas y habilidades, que es un espacio para darle forma abierta a una visión de la realidad crítica y comprometida con la transformación de la misma, de la propia comunidad educativa más inmediata, más cercana y más personal. Pero el sistema tiene que operar un cambio de orientación no sólo a nivel curricular, debe ceñirse con letra mayúscula y en voz alta que la educación está llena de derechos, que la educación es inclusiva o no es educación pública y que debe cubrir con la más alta calidad a los más pobres. Ahí arriba está Costa Rica que tiene cobertura en 55 zonas del país y ha reducido la criminalidad, y lo hace con eficiencia y aprendizaje técnico para ser productivos y solidarios, y que debe llegar a todos los rincones hoy con la modernidad tecnológica, básica y sostenible.

Hay esfuerzos evidentes, no quiero decir que todo es negativo, en la última década se han generado bases de cambio sobre condiciones legales, ya dijo Ángel Martín Peccis que hay que reconocer el derecho a la educación en la Constitución, en las leyes administrativas, en las leyes orgánicas del ministerio de educación, ahí tiene que darse la primera conquista. En segundo lugar hay cambios institucionales y experiencias concretar para introducir la enseñanza en el marco curricular en el alcance de sus contenidos, en el programa de asignaturas e incorporarlos claramente en la formación especializada de las y los educadores, en la distribución amplia y bien hecha de materiales didácticos y textos, así como implementar metodologías para la evaluación permanente. Se requiere también de apoyo didáctico, de apoyo pedagógico, de apoyo actual. Pero no es suficiente, no hay que perder de vista la crisis del derecho y de los derechos humanos que es la raíz estructural, hay también consensos alrededor del derecho internacional sobre el Protocolo de San Salvador y el derecho a la educación, que por ejemplo permitió durante diez años en mi gestión en la dirección del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, promover y plantear a partir del 2010 el Pacto Interamericano por la Educación en Derechos Humanos. Pero esto tampoco es suficiente. La enseñanza de derechos

humanos va más allá de la educación formal. En síntesis pues, para que la incorporación de la educación en derechos humanos sea viable y sostenible, debe ser reforzada de manera permanente a través de programas especiales al magisterio. Es necesario dignificarla profesión del magisterio, solo así se asegura el futuro de la democracia inclusiva en nuestros países. En lugar de ejército, se debe invertir en el magisterio con todo el respeto que le tengo a los militares, se debe invertir en el ejército de la cultura, en los artífices de este desarrollo que es la dignificación del magisterio. Se debe hacer el esfuerzo para que la comunidad educativa, las y los profesores incluyan curricularmente los derechos humanos en la formación, para transformar la educación, comenzando por su propia comunidad. Y finalmente hace falta un enfoque de derechos y de justicia para tener a la educación como una política exitosa, que sea un derecho humano de realización y cumplimiento obligatorio como lo prescribe el Protocolo de San Salvador. Aunque me digan lo contrario, esto comienza por nosotros.

Ojalá que algún día el Sistema Interamericano de Derechos Humanos reciba de ustedes casos de acción colectiva para mejorar el derecho a la educación, y colocar ahí un problema de derechos humanos las deficiencias del sistema educativo en virtud del artículo 13 del Protocolo de San Salvador, para tener un derecho a la educación con un enfoque de derechos humanos. Así como recordé con ustedes, la gesta de Rosa Parks, así quiero terminar hoy, honrando la memoria doliente y viviente de 43 aspirantes a ser maestros y maestras, de 43 muchachos pobres que en Ayotzinapa entregaron su vida. Allí nos dimos cuenta realmente que los estudiantes habían puesto el dedo en la llaga, y sus familias han demostrado que los derechos civiles son el primer eslabón al derecho a la educación, como condición humana vital y esencial. La educación es el derecho humano del futuro de nuestras democracias en América.”

Jorge Calderón²¹⁹

**EL ROL ACTIVO DE LA CORTE IDH EN
LA SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO E
IMPLEMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS
INTERAMERICANAS**

El tema que el día de hoy me corresponde abordar es la supervisión de cumplimiento e implementación de las sentencias... Por qué es un tema relevante algo que podría parecer como lógico o básico que una vez se emitió una sentencia ésta se tendrá que cumplir en automático, y es relevante porque obviamente la implementación de las sentencias de un tribunal internacional son paradigmáticas, tienen desafíos importantes para los países en todo lo que ustedes han aprendido en cuanto a garantías de no repetición, cuestiones que pueden tener alcances transformadores para la sociedad y eso no es un desafío sencillo, tampoco para los Estados implementar las sentencias, y tampoco en el derecho internacional hay precedentes como el que tiene la Corte Interamericana y con eso me refiero al homólogo de la Corte Interamericana que es la Corte Europea de derechos humanos, una vez ésta emite sus sentencias por violaciones a derechos humanos no está encargado de monitorear las mismas sino que es otro organismo que se llama el Comité de Ministros de la Unión Europea quien tiene la potestad y la competencia para supervisar la implementación de las mismas con las capacidades de la Unión Europea de poder establecer algunas sanciones puesto que es un órgano más político; sin embargo en el sistema interamericano no existe esta figura y por ende es la propia Corte la que tiene y ha refrendado su facultad de supervisar sus propias sentencias y con esto tenemos cosas bastante interesantes a nivel internacional, igual aplicables a derecho interno que vale la pena repasar...

219. Abogado Coordinador Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Profesor en Derechos Humanos. Lic. Universidad Iberoamericana, México DF; Magister (LL.M.) en International Legal Studies, American University, Washington College of Law. Publicaciones: https://www.linkedin.com/profile/public-profile-settings?trk=prof-edit-edit-public_profile Email: jorgecalderon@cortheidh.or.cr

Pero quisiera empezar primero que nada con unas reflexiones en las que me gustaría que ustedes participaran:

Entonces vamos a reflexionar sobre estos temas que son los que quisieran que quedaran claros al final de la presentación y quisiera saber su opinión sobre estos puntos:

La primera pregunta sería: ¿Sí las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias?, segunda ¿Qué vías de cumplimiento existen para implementarlas?, ¿Qué implica dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana? y por último ¿a quién le compete su debida implementación?

Intervención público:

1. “Frente a la primera pregunta desde la jurisprudencia de la misma corte y desde la doctrina internacional son obligatorias porque son una facultad convencional que suscribieron los Estados, es decir los Estados autónomamente decidieron suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos y la carta de la OEA, en consecuencia en virtud de la suscripción de esos tratados están en la obligación de acatar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Frente a la segunda pregunta las vías de cumplimiento son un problema que ha existido a lo largo de la labor que ha hecho la corte porque se supone que debería ser un papel que cumpla la OEA como un organismo político democrático que podría presionar a los Estados cuando son condenados internacionalmente y deciden no dar cumplimiento a una sentencia.

Frente a la tercera pregunta sería que la implicación fundamental sería que básicamente estaría reivindicando los derechos humanos y estaría generando un impacto no sólo a nivel de su país sino frente a los estados que suscribieron la Convención Americana de Derecho Humanos. Frente a la última pregunta considero que el mecanismo que está establecido convencionalmente es el de supervisión y cumplimiento de las sentencias que es el que hace la Corte periódicamente con los Estados que es el mecanismo más idóneo para verificar si está siendo cumplida efectivamente o no.”

Intervención dos:

2. “ En México la corte estableció un debate reciente para determinar si las sentencias de la Corte Interamericana obligaban o no a México y se determinó inicialmente por la Suprema Corte que sólo le vinculaban aquellas en las que había sido parte, que los criterios emanados de sentencias en los que no había sido parte sólo eran orientadores pero de ninguna manera vinculatorios; esto recientemente dio un cambio y se ha establecido ya la obligatoriedad de toda la jurisprudencia, desde luego en aquellos puntos que sean comunes, que no se vinculen particularmente con las partes en litigio. En cuanto a las vías de cumplimiento en el caso Castañeda Gutman, Castañeda estimo recientemente que la sentencia no estaba cumplida y él ideó promover un juicio de amparo en contra de las autoridades.”

Ponente

Entonces inclusive un país, por ejemplo México primero dijo: sí son obligatorias pero sólo las que son de México pero las demás no me obligan sino me orientan y ya después cambio la jurisprudencia, entonces habría una pregunta: si en realidad las sentencias si son obligatorias o no.

Intervención 3

En caso de incumplimiento se llevara ante la asamblea general de la OEA, y siguiendo la reflexión de nuestro compañero el caso colombiano en la constitución y en el bloque de constitucionalidad expresa que para Colombia son obligatorias las sentencias en contra del país.

Ponente

Entonces prosigo a la presentación en el siguiente orden: Primero me voy a referir a una parte normativa, ¿por qué las sentencias son obligatorias?, ¿Cuál es el fundamento jurídico?, y vamos a ver otra parte práctica de cómo es que la Corte ha interpretado esas obligaciones del propio tratado y en la práctica cómo se ha implementado las sentencias.

En esta primera parte normativa vamos a ver cuál es la naturaleza de una sentencia de la Corte Interamericana,

y primero que nada a nivel convencional la Convención Americana de derechos humanos, es en este tratado que le da competencia a la Corte para conocer de violaciones del mismo y como lo dijo la primera compañera que intervino son los Estados los que le dan una aceptación expresa a la Corte para que los juzgue, entonces recordemos que por un lado está la firma y ratificación del tratado pero por otro está la aceptación específica de la jurisdicción contenciosa de la Corte - y quizá ya la han compartido en otra de las charlas-, pero dentro de los países - que son más o menos 21 los que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte-, estos países representan a un aproximado de 560 millones de personas en nuestro continente respecto los cuales la Corte Interamericana tiene competencia para conocer casos, más o menos el tribunal europeo tiene jurisdicción respecto de otros 500 millones de personas correspondientes a Europa, hay un promedio de 300 millones de personas que quedarían por fuera de esa jurisdicción de la Corte que corresponde a los países que no han aceptado esas competencia pero que en su mayoría son Estados Unidos y Canadá que tienen poblaciones grandes.

Pero entonces estamos hablando que la jurisdicción tiene un alcance bastante amplio en cuanto a personas y no sólo por los casos que pueda recibir -que no son tantos como lo han visto- sino por el impacto de las decisiones y el control de convencionalidad -que ya han estado conversando seguramente- de una decisión respecto a estándares para toda la región.

Entonces en relación con la Convención Americana tenemos que el artículo 62 dispone que los Estados aceptan la competencia de la Corte expresamente y eso lo hacen en casos relativos a la interpretación u aplicación de la Convención Americana , esto obviamente obliga a todo el Estado en su conjunto, sí la violación se dio en Antioquia o en Barranquilla etc. El Estado es como tal responsable, no es que el Estado se vea en materia de derecho internacional como un Estado fragmentado donde las competencias van a variar, éste responde en su conjunto ante este tipo de órganos y éste es el primer punto que veíamos de obligatoriedad que fue lo que dijo la

compañera: el Estado se obligó. Número dos, el artículo 67 señala que los fallos de la Corte son definitivos e inapelables, es decir es la última instancia en esta materia, recordemos que previo a ello está el agotamiento de recursos internos con todas las vías que existen a nivel interno , posteriormente están los recursos ante la Comisión Interamericana y como última instancia tenemos a la Corte Interamericana entonces por eso se dice que son definitivos e inapelables, no obstante el artículo 67 prevé que se pueda hacer una solicitud de interpretación pero sobre el sentido y alcance de la sentencia, esto no quiere decir que es una apelación sino solamente para aclarar cosas que puedan tener un contenido obscuro o poco claro y la cláusula de oro el artículo 68 que señala expresamente que los Estados se comprometen a cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana y el artículo 65 de la Convención Americana que señala que en caso de incumplimiento la corte deberá informar a la asamblea general de la OEA en su informe anual que un Estado está incumpliendo, esto vamos a entrar más específicamente a ver qué ha pasado en la práctica con este artículo específico.

Entonces con esta normativa no nos queda duda de la obligatoriedad de las sentencias, porque que mucha gente a veces señala y dice: “bueno, pero por qué son obligatorias si no hay forma de obligar al Estado que lo haga”, y efectivamente no hay una policía internacional que pueda obligar al Estado pero por lo menos el diseño convencional tiene cláusulas expresas de obligatoriedad, por otro lado es importante señalar las obligaciones que se derivan de la Convención en los artículos 1.1 y 2 - que seguramente ya lo han referido varios ponentes-, pero vale repasar que se señalan obligaciones de respeto que consisten en no violar derechos humanos, no incursionar en la esfera del derecho de una persona; pero también obligaciones del deber de garantía que tiene un espectro más amplio que incluye prevenir, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos y en coalición con el artículo 2 de la Convención referente al deber de adoptar medidas de derecho interno, es decir desde que un Estado se obliga al firmar la Convención Americana y más aún sí acepta la competencia de la Corte no es que va estar obligado a cumplir con los

derechos humanos de esa Convención sólo a partir de cuanto la Corte Interamericana le dicte una sentencia sino al hecho de ratificar ese tratado ya está obligado a poner toda su legislación interna acorde a la Convención Americana y el artículo 2 no sólo es legislación sino practicas que puedan ser contrarias a la misma, y en cuanto al deber de garantía hay que tener todos los mecanismos adecuados y efectivos para garantizar esos derechos humanos de la Convención entonces que quede claro que el cumplimiento empieza desde la ratificación y no a partir de una sentencia.

Por otro lado también a nivel convencional tenemos el art 63.1 de la Convención que señala que cuando decida la Corte que hubo una violación a un derecho o libertad protegida lo corte dispondrá – y ese es el famoso art de lo que llamamos el concepto de reparación integral del daño en derecho internacional y recogido por muchos países a nivel interno entre ellos Colombia- la Convención dice se garantice al lesionado el goce del derecho o libertad conculcado, así mismo se dispondrá si fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida que ha configurado la vulneración, y tercero el pago de una justa indemnización.

Entonces veamos como el diseño de la propia Convención no fue que los fallos solamente fueran condenas con indemnizaciones que el Estado tuviera que cubrir, cómo el sistema europeo que este es el alcance que tiene, tiene una cláusula de satisfacción equitativa donde la Corte Europea lo interpreto por muchos años como ordenar una indemnización para las víctimas, la Convención Americana fue más amplia y diseño un sistema donde no sólo hay que pagar indemnizaciones sino garantizar derechos y modificar consecuencias de la violación, esto es muy importante para entender el alcance, la supervisión e implementación, de dónde surge esta la reparación integral que es a fin de cuentas la que se va tener que cumplir y el artículo 68 de la Convención Americana también señala que la indemnización podrá ejecutarse por el proceso interno género que para la ejecución de sentencias, es decir la Corte le otorga una cierta potestad al Estado para que por vía de mecanismos internos puede ejecutar la indemnización, pero la Corte conserva su potestad de ordenar reparaciones.

Y cómo ha interpretado la Corte este artículo 63.1 en su doctrina o en su jurisprudencia de manera más amplia ha determinado siete medidas de reparación que vienen a configurar el concepto de reparación integral: tenemos unas de carácter pecuniario y otras de carácter no pecuniario, la primera de ellas serían las medidas de restitución, segundo rehabilitación, tercero satisfacción, cuarto garantías de no repetición son fundamentales y la obligación de investigar los hechos, determinar responsables y en su caso sancionar, y por el otro lado tenemos la indemnizaciones compensatorias, el reintegro de costas y gastos, y modalidad la Corte siempre va disponer una modalidad de cómo se va cumplir esas medidas en su propia sentencia, -entiendo que ya hubo un modulo o una charla del doctor García Ramírez sobre reparación integral entonces no me detendré-, pero cada una de estas medidas han sido desarrollo jurisprudencial de la Corte recogiendo otros parámetros de Naciones Unidas como los principios y directrices sobre reparación integral en un dialogo inter partes entre la ONU y la Corte Interamericana y también experiencias de muchos países en especial latinoamericanos como Colombia en sus sistemas de reparación, pero a partir de estas siete medidas es que se consagra ese concepto y entonces convierte a la jurisprudencia de la Corte no en una mera condena moral, o en una mera corte de multas sino en un organismo transformador de las situaciones que llega a conocer, y es por eso que un sólo caso que la corte conoce sobre una temática, a partir por ejemplo de las garantías de no repetición se logran cambiar situaciones complejas, sea legislación, capacitación de funcionarios etc. que puedan estar generando violaciones estructurales a derechos humanos y esto tiene la mayor relevancia en el continente y como aquí lo decíamos esa jurisprudencia no es que sólo va ser vinculatoria o obligatoria para el país que fue condenado sino sí otros país se encontrara en la misma situación que ya fue condenada en otro país tendría que tomar las mismas acciones para corregir la situación.

Después tenemos también aparte de la Convención como parte normativa una fuente reglamentaria de la Corte que dispone en su propio reglamento el artículo 69 el

procedimiento sobre supervisión de cumplimiento y de otras decisiones del tribunal, es decir la Corte va supervisar no sólo sus fallos condenatorios sino sus medidas provisionales y sus propias resoluciones llamémosle interlocutorias y establece un procedimiento de cuatro vías: una un procedimiento de informes y contra informes u observaciones de los representantes, dos solicitudes de información relevante a un perito, a un testigo que pueda ayudar a establecer dificultades en una implementación, tres celebración de audiencias – ahora vamos a profundizar en ello- y en emisión de resoluciones de supervisión de cumplimiento.

Otra vía de fuente internacional que nos ayuda a interpretar las obligaciones de un Estado para cumplir con los fallos de la Corte son utilizando el derecho internacional público, que digamos tiene una lógica muy sencilla que se deben acatar las decisiones conforme a los siguientes principios, uno de ellos es el principio que se llama en latín *Pacta Sunt Servanda* que quiere decir que las partes se obligan a lo acordado, a lo convenido, es decir si un estado se obligo hay un principio que se debe cumplir si él se obligo sólo tuvo soberanía y voluntad de hacerlo ahora la cumple, otro principio sería el principio de buena fe, que los Estados cuando firman un tratado se trata de hacer todo lo posible para acatar el cumplimiento y no al contrario, otro principio sería el del efecto útil que vendría hacer que sí un tratado no se cumple o las decisiones no se cumple ese tratado carecería de un efecto real, entonces hay un principio de que las cosas se tienen que cumplir cuando se suscriben para que cumplan sus efectos, un cuarto principio sería el de la competencia que quiere decir que la Corte el tribunal en última instancia en materia de derechos humanos tiene la competencia de regir su propia competencia por ejemplo para supervisar sus fallos y otro principio importantísimo del derecho internacional que está recogido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ya desde 1969, ese tratado es el que da las pautas de interpretación de cómo se debe interpretar tratados internacionales y expresamente el artículo 27 dice que los Estados no pueden invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento dado que debe garantizar el acatamiento

de las disposiciones del tratado internacional en el ámbito de la jurisdicción interna, qué quiere decir esto - y con esto contesto un poquito o paso hacia la intervención que usted decía- que por más que un Estado diga internamente: “no, para mí no van hacer obligatorias las decisiones de la Corte o van hacer medio obligatorias o si quiero las cumpla o no”, esto iría en contra de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados porque eso sería usar el derecho interno como un justificativo para incumplir un tratado internacional entonces eso importante tenerlo en cuenta.

Y después tenemos otro aspecto que es cómo la Corte ha interpretado y ha tenido que lidiar con esas facultades de supervisar sus propias sentencias, entonces decimos que desde el primer caso contencioso que conoció en 1987 la corte que era el caso *Velásquez Rodríguez* una desaparición forzada contra Honduras, la Corte estableció su competencia y supervisión porque no fue algo expreso sino que le dijo al estado que tenía que cumplir con la sentencia y le dio unos plazos y le pidió que entregar un informe al año de emitida la sentencia de cómo estaba implementando la misma, pero fue hasta 2001 que la Corte venía haciendo está practica de pedirle informes a vez que cumplió un año a los Estados y en un caso paradigmático el caso *Baena Ricardo Vs. Panamá* , Panamá cuestiono a la Corte sobre su propia competencia para supervisar el fallo y le dijo que no la tenía y que dónde en la Convención estaba recogido, entonces en esa se llama sentencia sobre competencia en el caso *Baena Ricardo* en el 2001 la Corte explica todo lo que les acabo de mencionar anteriormente y refrenda su competencia para supervisar sus propios fallos y dice que lo tiene de conformidad con los artículos que pueden ver en pantalla señalo el artículo 63 porque en ese entonces otro reglamento el que normaba y era otro artículo, el art actual sería el 69. Y finalmente también la corte señalo en esas interpretaciones que la aplicación del artículo 65 de la convención que es notificar a la OEA sobre un incumplimiento era un procedimiento excepcional, es decir que la corte iba a supervisar sus propios fallos y sólo cuando considerar pertinente iba a utilizar esta disposición.

Cuál ha sido la práctica de la Corte en su supervisión lo vamos resumir en nueve tipos de mecanismos que sintetizarían en sí como la Corte está asumiendo esta potestad, entonces lo primero de ello es que la sentencia de la Corte, recordemos que cubre tres aspectos fundamentales: uno puede ser las excepciones preliminares sí es que los Estados las interpusieron las excepciones preliminares serían cuestionamientos a la competencia de la Corte, entonces la Corte resuelve en un primer apartado sí es competente o no, o sí es que el Estado cuestiono su competencia para conocer de un caso contencioso, segundo en una sentencia va resolver sobre el fondo del asunto , es decir si hubo violaciones encontradas a la Convención y su alcance en interpretación de la Convención, y en un tercer aspecto va abrir un capítulo que es sobre la reparación integral que mencionábamos anteriormente, en ese capítulo de la reparación integral es que la Corte va señalando los alegatos de las partes y las consideraciones de la Corte, en esas consideraciones de la Corte ésta va a ordenar al Estado una medida específica de reparación pero en ese mismo apartado le va señalar cómo se debe implementar o cómo se debe cumplir y establecerá los plazos específicos para su cumplimiento, entonces me gustaría darles un ejemplo de ello práctico y actual: el día de ayer 10 de diciembre salió la sentencia del caso *Palacio de Justicia* de los desaparecidos del palacio de justicia contra Colombia – ya quizás ustedes escucharon esa noticia-, esa sentencia sabemos que es bastante emblemática para Colombia, representan una época – en 1985 para los que son de Colombia hago un pequeño resumen: cuando se dio la toma del palacio de justicia donde estaba el Consejo de Estado y la Suprema Corte por personas perteneciente a un grupo guerrillero al M-19 tomaron el palacio y frente a eso el Estado hizo un operativo de la retoma para retomar el palacio de las personas que estaban ahí en ese momento supuestamente secuestradas- no vamos a hablar de todo el alcance de la sentencia porque no es materia de este tema y también está... ustedes saben que una vez que se emite la sentencia las partes tienen tres meses para interponer lo que se llama interpretación de la sentencia de ser necesario, entonces mientras no pase eso es mejor por lo menos de mi parte no hacer

ningún pronunciamiento pero si les voy a reseñar básicamente que fue lo que paso sin entrar más a detalle pero frente a estos hechos la Corte determino y ayer lo ratifico que Colombia era responsable por la desaparición de un grupo de personas que se supo que estaban en el palacio de justicia, que salieron con vida y que fueron desaparecidos, otro grupo de personas que fueron desaparecidas y posteriormente ejecutados, un tercer grupo de personas que salieron con vida del palacio de justicia pero fueron torturados y durante interrogatorios, y otro grupo de personas que la Corte determino que habían muerto en la retoma del palacio de justicia que entonces el estado no los había desaparecido o no había prueba suficiente, no obstante sí el Estado había faltado a su deber de garantizar su derecho a la vida porque el operativo según la comisión de la verdad que se instauró aquí en Colombia quedo claro que hubo un uso excesivo de la fuerza , un operativo mal planteado que derivó inclusive en la muerte de todos los magistrados de la Suprema Corte y funcionarios etc.. Lo cual incurrió el estado en la falta del deber de garantizar el derecho a la vida de estas personas.

Frente a esos hechos y las diversas violaciones, y también se analizó la falta de investigación y el paradero de las víctimas desaparecidas y las omisiones etc... - ya ustedes pueden ver la sentencia que ya está publicada- , vamos ahora si a la parte de reparaciones donde en el capítulo la Corte determino las siguientes medidas: una que la sentencia constituye por si una forma de reparación ósea el narrar los hechos de cómo fue la retoma, de qué es lo que sucedió etc. La Corte dice esto contribuye a la memoria de las víctimas y es per sé una forma reparatoria que exista una sentencia condenando al Estado, tomen en cuenta que es un mecanismo ya la propia sentencia es importante, dos la Corte ordeno publicar la sentencia y su resumen así como realizar difusiones radiales y televisivas de la misma en diferentes períodos y en ese capítulo especifica las modalidades dice que tiene que ser en radios de amplia cobertura, que estas publicaciones debe ser dentro de los 6 meses posteriores a la notificación que se debe informar a los familiares previo a que se vayan a emitir estas publicaciones y la radiodifusión para que ellos la puedan oír y cumpla el aspecto satisfactorio de la medida, tercer medida la Corte le ordena a

Colombia llevar a cabo las investigaciones para establecer la verdad de los hechos así como determinar, juzgar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos del presente caso, y la cuarta es efectuar en la mayor brevedad una búsqueda rigurosa en la cual realicen todos los esfuerzos para determinar el paradero de las once víctimas aún desaparecidas a la mayor brevedad y la Corte señala que será a la mayor brevedad y que esto se hace en coordinación como una acuerdo con los familiares de la víctimas desaparecidas una vez encontrados los responsables y la víctimas esto se debe hacer pública la información para toda Colombia para que se conozcan los hechos y le dan para investigación de los responsables un plazo razonable el cual durante la supervisión de cumplimiento se va a evaluar, la quinta sería que le ordena a Colombia brindar el tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, a las víctimas que así lo soliciten y de ser el caso pagar la suma establecida por concepto de gastos por dicho tratamiento para aquellas víctimas que residan fuera y para esto la Corte otorga un plazo de seis meses a las víctimas para que se apersonen con el Estado a decir si van a estar interesadas en recibir este tratamiento y se le solicita al Estado que les brinde atención especializada especialmente a las personas sobrevivientes que han sido torturadas.

Lo que estoy mostrándoles es una medida de satisfacción que es cómo la Corte va especificando de qué manera se debe ir cumpliendo, y sexto le pide al Estado realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso el cual debe ser con altas autoridades de Colombia y de común acuerdo con los familiares de las víctimas y séptimo realizar un documental audiovisual sobre los hechos del presente caso, sus víctimas y la búsqueda de justicia de sus familiares, para eso le da la corte dos años al Estado para realizar este documental y le pide que debe entregar la parte física con 155 ejemplares e igual se debe hacer de común acuerdo con las víctimas y por último le orden al Estado pagar las indemnizaciones correspondientes, no obstante ya se habían pagado algunas indemnizaciones por el Consejo de Estado de derecho interno la corte señala que las mismas no cubrieron todos los aspectos que fueron

encontrados violatorios en la sentencia sino que sólo se les reparo por uno de esos conceptos y no por otros, entonces a la Corte ordena mayores indemnizaciones y le pide que las indemnizaciones que ya fueron otorgadas en el derecho interno le sean descontadas de los montos que ordeno la Corte Interamericana.

Entonces este es un ejemplo de cuando hablamos de cómo la propia sentencia ya trata este mecanismo de tener las mayores especificidades plazos y particularidades para su cumplimiento, el segundo mecanismo vamos a ver que la Corte y voy hacer un enroque entre el tercero y el segundo para que sea más claro y es que el tercer mecanismo pues en el segundo es que la Corte le solicita como decíamos en la propia sentencia al estado que cumplido un año de la notificación de la sentencia debe informar sobre cómo está implementando el fallo, entonces quiere mostrar... porque muchas veces pasa a nivel interno : “no es que ya paso un año y el Estado no cumplió”, pero recordemos que no todo lo debe cumplir al año, van a ver que cada medida puede tener diferentes plazos estipulados lo que sí hay que cumplir al año es informar a la Corte sobre el estado de cumplimiento, es decir Colombia en el caso del palacio de justicia el próximo once de diciembre de 2015 tendrá que estar informado como está cumpliendo ese fallo y respecto de eso una vez que el Estado emite su informe se crea un contradictorio, esto quiere decir que se le va remitir a la comisión y a los representantes ese informe para que puedan hacer sus observaciones, entonces que es lo que se dice una vez que se remite a observaciones se podría estar diciendo que se crea una nueva litis, ósea se está diciendo que las partes van a volver a confrontar sobre si están de acuerdo o no con el cumplimiento eso es lo que llamamos el procedimiento contradictorio y simplemente con esa información la Corte una vez que recibe estos informes le va dictar muchas veces al estado que rinda informes trimestrales sobre cómo está implementando las sentencias después de dar un mes a los representantes para observaciones y un mes a la Comisión para observaciones pues es decir al año podría haber hasta cuatro informes del Estado respecto del cumplimiento de una sentencia, entonces este es un mecanismo importante

pero a partir del 2001 la corte también se dio cuenta que tenía la facultad de emitir resoluciones de supervisión de cumplimiento, esto es cuando recibía informes de las partes pues tenía que emitir qué pasaba si está cumpliendo o no.

Entonces la Corte desde el 2001 viene emitiendo resoluciones que cabe señalar que esas resoluciones también son jurisprudencia de la Corte, en muchos de los países jurisprudencia tiene un significado u otro, pueden ser varias sentencias en un sentido... pueden ser sólo las que dicta la suprema corte... no, en la Corte Interamericana todas la decisiones que se emiten son jurisprudencia incluyendo sus resoluciones de supervisión de cumplimiento donde se emiten también criterios e interpretaciones de la convención de mayor envergadura, entonces en esas resoluciones la corte va a evaluar como el estado está cumpliendo por un lado con cada uno de estos puntos y puede determinar tres vías: una que ya se dio un cumplimiento total de el punto pendiente, otra sería el cumplimiento parcial y tercero un incumplimiento total donde la corte le va hacer saber al estado de la información que requiere o llamarle la atención y todo esto es público es decir ustedes pueden acceder y también se puede presionar al estado por medio de esa información, y un cuarto mecanismo que la corte empezó a vislumbrar a partir del 2007 antes no lo hacía y fue llamar a las partes a una audiencia de supervisión de cumplimiento, la practica en la corte comenzó con casos haciéndolo de manera privada, no obstante se emiten también audiencias públicas pero la mayoría de estos casos son a puerta cerrada, y por qué, qué es lo que se pretende es que las partes no estén haciendo un litigio publico una vez más sino una vez que la Corte ha considerado que hay información que el Estado ha cumplido o no ha cumpliendo es que vengan las partes a la Corte a dar explicación de cuáles son los impedimentos en el cumplimiento, igual la Comisión y las víctimas y que se pueda llegar a acuerdos en un implementación de la misma y por esto que la modalidad de audiencias privadas a beneficiado a ese dialogo. Ahora la Corte puede hacer estas audiencias en su práctica ha hecho diferentes modalidades: una sería con un caso específico es decir digamos un caso en Colombia el caso de Mapiripan y la Corte llama a Colombia y a los representantes

a que venga a rendir cuenta al respecto, otro sería por país podría llamar a Colombia, México , Perú a que informe sobre todos los casos que tiene pendientes, pero también podría ser sobre una temática específica y así en la practica en la Corte, por ejemplo hace dos años se hizo una audiencia sobre medidas de rehabilitación en todos los casos colombianos, entonces qué es lo que se pretendía, la Corte tenía más de diez casos en supervisión de Colombia donde la rehabilitación esta medida de garantizar acceso a la salud de las víctimas no se estaba logrando que se implementara debidamente entonces en vez de llamar a uno por uno en los casos llamo a todos los representante de los casos y al Estado para que buscaran un mecanismo complementario que funcionara y eso ha tenido buenos éxitos y hay otras experiencias comparadas como en Guatemala por ejemplo donde hay impunidad de casos en la parte de investigar donde también en todos esos casos se ve una medida específica, un quinto mecanismo seria la aplicación del artículo 69.2 del reglamento de la Corte que recuerden que yo les mencionaba que consiste en llamar o que la Corte solicite información específica pero no necesariamente a una de las partes, puede ser a un tercero que no tenga nada que ver con el caso puede ser un perito, puede ser un fiscal , puede ser y eso recientemente este año la Corte llamo a los casos guatemaltecos para conocer sobre la impunidad de esos casos y la Corte le pidió al fiscal general de la nación que acudiera a la Corte para rendir un informe sobre los obstáculos en las investigaciones de esos casos, por ser un tercero ajeno y vamos al caso especifico que se pide situación entonces la Corte está viendo cómo usar este mecanismo de la mejor manera, un sexto mecanismo sería las cartas de secretaria que esto consiste en toda la información que llega a las partes, los informes y los contra informes , no necesariamente se guía ... la Corte supervisa más de 160 casos, no sería muy orgánico estar pidiendo muy orgánico estar pidiendo audiencias, que vayan hasta costa rica los países y emitiendo resoluciones sino que hay cosas que se pueden hacer vía la tramitación de casos, vía cartas, esto se llaman cartas por instrucciones del presidente, donde la Corte si ve que el informe del estado viene incompleto o no informo sobre una de las medidas

la corte puede señalar específicamente a, b y c sobre esto o dígame más sobre esto, entonces vía carta también es que se da trámite a estas supervisiones es algo totalmente activo que pasa a diario en el tribunal.

Un octavo mecanismo es lo que le llamamos el cumplimiento del artículo 65 de la Convención Americana - que acá ya en las primeras preguntas lo menciono la compañera de adelante - que significa esta disposición que tiene la convención que la Corte debe rendir un informe anual a la asamblea general de la OEA y va señalar ahí cuando un Estado no haya cumplido con sus sentencias, entonces este artículo pareciera bastante bueno en diseño convencional pensando en que la OEA hiciera algo, que una vez que la Corte le informara sobre un eventual incumplimiento la OEA un poco similar al comité de ministros de Unión Europea pudiera ser un órgano político que entablara algún tipo de sanción a alguno de los Estados desgraciadamente esta modalidad no ha sido como se espera, no ha sido fructífera por tanto la corte ha enviado hasta la fecha dos casos a notificar a la asamblea de la OEA sobre su cumplimiento el primer caso se llama *Benavidez Ceballos VS. Ecuador* y el segundo caso es el caso *Apitz Barbera Vs. Venezuela* en el caso Benavidez Ceballos se dio el incumplimiento de una sentencia de la Corte respecto del deber de investigar, por eso la Corte lo envió y en el caso Apitz el tribunal interno en Venezuela dijo que no lo iba a ejecutar y que no se podía hacer, entonces siendo que ya no se podía hacer nada la Corte lo notifico pero como les menciono esto al menos en la OEA no ha tenido una repercusión muy importante y por eso es que la Corte eso lo ve como un mecanismo excepcional, es decir preferimos a nivel de la Corte estar tratando la supervisión, que se cumplan ratificando nuestras propias facultades de supervisión que enviar el caso y que se quede allá dormido, qué es lo que se esperaría con ese artículo 65 que si no se cumplía por ejemplo algún ex presidente de la Corte el doctor Cançado Trindade sugería en varios informes que se creara un organismo permanente en la OEA que se encargara de esa supervisión o al menos de dar cumplimiento a esos incumplimientos, no obstante no ha sucedido, pero bueno es un mecanismo en potencia, y después tenemos un noveno mecanismo que es la Corte del

año 2014 creó una unidad de supervisión de cumplimiento de sentencias entonces esto es un equipo de abogados que se dedica exclusivamente a estar monitoreando la situación de implementación hacer exámenes de esto y generar propuestas dentro de ellas podría estar eventualmente realizar visitas a los países para ver cómo está cumpliendo con los fallos mirar por ejemplo fallos de la Corte que han conocido en condiciones carcelarias que mejor que estar recibiendo un informe que diga, no ya no hay hacinamiento o ya se cumplió con el crear un pabellón de mayor seguridad, la propia Corte pueda ir a monitorear a la cárcel si eso se ha implementado bien.

Entonces es un mecanismo en potencia también que esperamos vaya rindiendo frutos y que pueda establecer también supervisiones más temáticas regionales que puedan ayudar a generar estándares en esta materia.

Y hay un décimo mecanismo pero que como todavía ha sido sólo un caso no lo pongo como mecanismo, pero es una experiencia interesante en el caso *XÁKMOK KÁSEK contra Paraguay* este es un caso de comunidades indígenas en el chaco paraguayo que no tenían acceso a su territorio ancestral y que habían sido despojados de él y la Corte determino que tenían derecho a solicitar la reivindicación de ese territorio y el Estado tendría que resolver y en su caso darle ese territorio ancestral o tierras alternativas y que si el Estado incumplía ósea le daba un plazo de tres años al estado para otorgarle a la comunidad *XÁKMOK KÁSEK* su territorio, y que sí no cumplía se le iba a cobrar un monto de 10.000 dólares mensuales por el incumplimiento, entonces este ha sido un precedente único, no ha sido repetido por la jurisprudencia de la corte, pero tuvo un motivo que ya ha habido dos sentencias previas donde en los casos *Sawhoyamaxa* y *Yakye Axa Vs. Paraguay*, muy parecidas donde ya han pasado más de tres años y el Estado no ha dado cumplimiento entonces la Corte dijo en vista de el incumplimiento reiterado esta vez se te va poner una multa, eso es muy interesante porque también la corte desde el caso *Velásquez Rodríguez* había señalado que el derecho internacional público de los derechos humanos no existían lo que se llaman daños punitivos es decir indemnizaciones que castiguen al Estado, que las indemnizaciones tendrían que ser para reparar las víctimas

y no para castigar pero esto sería una discusión que entraría a definir si es un daño punitivo o es simplemente una multa por incumplimiento pero esto va ser desarrollado seguramente por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte.

Voy a mostrar aquí algunas estadísticas en la supervisión de cumplimiento, para poder entender en la debida dimensión qué es lo que hace la Corte:

La corte ha emitido desde 1987 en 27 años de jurisprudencia 287 sentencias en casos contenciosos recuerden que la Corte tiene competencia para otro tipo de cosas como opiniones consultivas, medidas provisionales etc.... pero en casos contenciosos son 287, no parece mucho pero como lo han visto ustedes cada una son emblemáticas por el alcance que pueden tener cada una de ellas, eso no podemos decir que es un promedio de 10 sentencia por año, porque los primeros quizá 15 años la Corte conocía dos o tres casos , es en realidad a partir de 2004 que se incrementan exponencialmente los casos que recibe la Corte y la producción y hoy día estamos hablando de un promedio de entre 14 y 24 sentencias por año que emite la Corte.

La corte entonces tiene más ahora en el 2014 más de 160 casos en supervisión de cumplimiento ejemplo de los países que tienen más supervisiones sería: Perú con 26 casos, Guatemala que tiene 15, Colombia 15, Argentina 13, Ecuador 13, México 6.

Otra estadística sería que la Corte no sólo conoce de casos contenciosos sino que también emite resoluciones de medidas provisionales, este año son más de treinta medidas provisionales, también recepciona casos contenciosos entre 14 y 25 al año y es por esto que estamos hablando de un promedio de volumen de asuntos que maneja el tribunal, serían unos 200 asuntos vivos y un promedio de resoluciones al año de 100 entre sentencias, opiniones consultivas, resoluciones etc.... pero eso para poderlo ver en su debida dimensión, porque quizás no le parezca mucho porque para poder entender porque la supervisión de cumplimiento es así hay que comprender cuáles son también las limitaciones o las posibilidades de órgano como la Corte Interamericana y hay que remitirnos al presupuesto de la Corte y esto también puede ser ilustrativo de lo poco o mucho que hace con sus sentencias.

Entonces, ¿cuál es el resultado de esta supervisión de cumplimiento?

Tenemos... recordando igual la característica de las reparaciones que otorga la Corte que son complejas, vamos a ver que hay un alto cumplimiento, respecto a la indemnizaciones compensatorias, ósea los Estados no les cuesta tanto trabajo pagar generalmente la Corte otorga un año para cumplir con las indemnizaciones que ordena y los Estados generalmente cumplen porque digamos es el mecanismo más fácil quizás que pueda tener.

Se registra un cumplimiento medio, respecto de las otras medidas que sería satisfacción que entran todas estas medidas en conmemoración, publicación de la sentencias, etc. rehabilitación el otorgar la asistencia médica y restitución, puede ser de libertades o restitución del territorio indígena etc. hay cumplimiento por parte de los Estados pero diríamos un cumplimiento medio.

¿Dónde hay un rezago de cumplimiento?, en las garantías de no repetición ¿por qué?, ¿ No necesariamente por falta de voluntad de los Estados, puede ser que sí, pero puede ser que no, pero recordemos que las garantías de no repetición son las que pretenden justamente que los hechos que generaron las consecuencias, la violación, sean subsanados, y para esto la Corte ordena dos tipos de medidas, unas serían capacitaciones a funcionarios públicos o inclusive campañas de difusión para la población en general sobre algún un tema específico puede ser violencia de género, defensores de derechos humanos etc. pero también la modificación de normativas incluyendo modificaciones a la Constitución Política de los Estados, esto no es fácil cumplir depende de varios órganos del Estado y entonces ahí pues hay que esperar un poco y donde se registra un bajo cumplimiento desgraciadamente es en las investigaciones y sanciones a los responsables y eso por qué ... bueno ahí sí generalmente puede ser por falta de voluntad.

Pueden ser dos factores, uno que los hechos que ya conoce la Corte han pasado muchos años por ejemplo el caso Palacio de Justicia que hablábamos hoy los hechos ocurrieron en 1985 lo que sucedió ahí hoy en día se está ordenando al Estado investigar, pero sí se tuvo una falta de debida diligencia con

el levantamiento del cadáver la recolección de evidencias etc. a estas alturas será difícil poder subsanarlos, entonces no obstante la Corte va a monitorear, va a obligar que se cumpla pero va a representar problemas. Y otra es porque muchas veces las personas que están implicadas en esos casos pueden ser también altos funcionarios del Estado y eso pues va a generar problemas para que se cumpla.

Bueno, vamos a ver algunos ejemplos en la supervisión de cumplimiento que son casos que pueden ser ilustrativos en esta materia el primero de ellos es el caso *Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua* este trata sobre la falta de limitación y titulación del territorio ancestral de una comunidad sumo Awas Tingni una comunidad indígena en Nicaragua donde el Estado había otorgado concesiones para la explotación maderera en su territorio y siendo que no tenían delimitado el lugar pues no podían hacerlo exigible que es lo que pasa en este caso, la Corte ordena obviamente al Estado, o lo condena por violación a su derecho a la propiedad colectiva y se le ordena que debe de delimitar y demarcar el territorio ancestral pero para ello debe de crear un mecanismo adecuado y efectivo, una ley específica que permita realizar este tipo de demarcaciones, eso dice la sentencia. En la supervisión de cumplimiento del Estado: la Corte llama, es una de estas primeras audiencias de supervisión privadas que la Corte escuchó y en esa audiencia las partes dijeron cuáles eran los problemas en la implementación del fallo y la Corte solicito que llegaran a una minuta que pudiera ser recogida de cómo iban a implementar los puntos pendientes de cumplimiento, al año de ese caso el Estado cumplió con crear ese mecanismo es la ley sí no mal recuerdo 445 que no sólo ha permitido demarcar y titular el territorio Mayagna sino es una ley que hoy en día funciona para los demás casos de comunidades indígenas en Nicaragua, entonces este es un ejemplo perfecto de una garantía de no repetición y siendo que el Estado cumplió con eso y ya le dio su título a la comunidad indígena Mayagna entre las otras medidas, ese caso ha sido totalmente cumplido por Nicaragua.

Un segundo caso es el que ya comentamos de Paraguay también de comunidades indígenas que siendo que en el

caso *Sawhoyamaxa y Yakye Axa* no había cumplimiento en se puso una multa que es lo que ha pasado al día de hoy ya la comunidad Yakye Axa se le otorgaron tierras alternativas y hoy en día la comunidad Sawhoyamaxa se ha expropiado un territorio de la persona un ganadero que tiene en manos el territorio indígena y se ha expropiado para otorgarlo a la comunidad Sawhoyamaxa y tener esa reivindicación.

Otro caso es que de mis favoritos es el caso *Cantoral Benavides contra Perú* y este caso para mí refleja realmente el funcionamiento o el éxito de lo que es el sistema interamericano de derechos humanos Luis Alberto Cantoral Benavidez era un estudiante en la universidad de Perú, una universidad pública en Perú, en la época que existía las leyes antiterroristas durante el periodo de Fujimori y donde se realizaron ciertas detenciones según secreto de manera arbitraria, redadas a estudiantes etc. que pudieran creer donde había gente subversiva, y frente a estos hechos Luis Alberto fue detenido, fue torturado y encarcelado el estaba estudiando y cuando la Corte conoce de este caso escucha cuál es el reclamo en su reparación integral y los representantes solicitan que se le dé un pago por lo que se le denomino el daño al proyecto de vida -que entiendo que en Colombia tiene otro nombre-, ahí la Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo* uno anterior había acreditado que se había perpetrado esa afectación al proyecto de vida como un daño independiente a las otras afectaciones de daño material y moral, pero la Corte había dicho que no tenia elementos jurisprudenciales o doctrinarios para señalar que tipo de reparación se le debería de dar a Loayza Tamayo que era un caso anterior llega el caso Cantoral Benavidez, la Corte encuentra también esta violación ordena, que se había puesto el encarcelamiento de Luis Alberto había sido injustificado se habían violado sus garantías etc. debido proceso, individuales y la Corte reconoce ese daño al proyecto de vida de Luis Alberto en cuanto a su vocación y sus potencialidades como estudiante y por primera vez ordena una medida específica para reparar ese daño que consiste en otorgarle una beca de carácter integral para que pueda completar sus estudios donde él mejor lo prefiera entonces llega la supervisión de cumplimiento y el Estado digamos alegaba que Luis Alberto

ya no vivía en Perú sino que Luis Alberto tuvo que salir una vez fue liberado se fue a vivir a Brasil porque ahí tenía su tratamiento psicológico superando también todo el problema de la violación a sus derechos humanos que había recibido, y entonces él había pedido continuar sus estudios en Brasil, entonces la supervisión decía el estado que él podía otorgar esa reparación en una escuela pública en el Perú y que podía comer en el comedor universitario etc. y que además Luis Alberto cuando sufrió la violación era ingeniero químico, estaba estudiando eso y después de ello estaba estudiando derecho entonces qué es lo que sucedió ahí: que la Corte señalo que no, esto no era un beneficencia ya las garantías que se le habían ofrecido a cualquier ciudadano la educación pública o una beca etc. sino una reparación por una violación a derechos humanos, entonces esto tenía otro tipo de carácter el cual el Estado tenía que cumplir y por ende le obligó al Estado que en Brasil mismo tuviera que pagarle completar esa beca para que terminara sus estudios integrales en Brasil y obviamente reflexionó sobre el cambio de carrera que no se trataba de llevar a la persona o sea retrotraerlo 10 años atrás si no que el proyecto de vida era continuar poder potencializar ese proyecto de vida entonces cual es lo bonito de la historia: que Luis Alberto Cantoral terminó sus estudios se graduó de abogado, licenciado en derecho, se volvió defensor de derechos humanos, hace unos cuantos años hizo una pasantía en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y siempre ha estado muy interesado en acudir a la Corte Interamericana y hoy en día se dedica a eso.

Entonces porque digo que es un caso bastante emblemático, porque es lo que refleja la reparación integral y lo que refleja la supervisión de cumplimiento. ¿Qué hubiera pasado sí a Luis Alberto solamente se le hubieran dado una indemnización?, ¿O sí simplemente hubiera bastado con una condena y que lo liberaran?, realmente no hubiera podido concluir esos estudios podría cumplir su proyecto de vida, la reparación integral logró su objetivo y la supervisión de cumplimiento también logro que se materializara y que hoy en día una víctima por violación a derechos humanos pueda estar en esa situación de defender a otras víctimas de la misma situación, entonces este caso es muy

importante. Ahora sí vamos al caso Castañeda contra México entonces me gustaría si el compañero si le pueden pasar el micrófono si nos puede narrar brevemente de que es lo que trato:

Intervención público:

Castañeda estimo que la sentencia de la corte no había sido cumplida en sus términos que con el hecho de haber creado el medio de impugnación en contra de la resolución que no le permitía participar como candidato independiente a la presidencia de la república no había un recurso el Estado mexicano creo ese medio de impugnación, pero él consideraba que atendiendo al sentido integral de la sentencia no había sido cumplida en sus términos y él hizo uso de los medios de control constitucional internos promoviendo un juicio de amparo en contra de aquellas autoridades vinculadas con el cumplimiento que en su opinión no habían dado el debido acatamiento al fallo, sin embargo el resultado final de ese amparo llevado a la Suprema Corte fue el que la Corte mexicana no tenía competencia para resolver sobre el cumplimiento de las sentencias de la corte interamericana porque este era el único interprete ultimo de si la sentencia había sido o no cabalmente cumplida.

Ponente

Para completar esa idea el caso Castañeda trataba sobre un candidato a la presidencia de la república por la vía de candidaturas independientes en México que no existía la figura, entonces él reclamo que según la Convención Americana el artículo 23 no tenía esa restricción para ser candidatos independientes la corte conoció de ese caso, no declaró esa violación le dijo que el sistema de partidos podía ser compatible con la convención no obstante no es que no se pudiera hacer pero no era incompatible pero sí encontró que había una violación respecto de que no había en México no existía un recurso adecuado, el recurso de amparo que acá sería el recurso de tutela para en materia electoral; entonces le pidió a México le ordeno que modificara cierta normativa para que adecuara, diera un recurso adecuado y efectivo a las personas que interponían cuestiones electorales entre ellos

candidaturas independientes. Entonces qué es lo que paso ahí en la supervisión de cumplimiento: México notificó a la Corte que no necesariamente había modificado toda su legislación en la materia pero la corte valoro que en México usted debió de haber escuchado que se hizo una reforma constitucional en 2011 que considera los derechos humanos en su artículo 1, tiene un interpretación conforme luego la Suprema Corte de Justicia de la nación dijo que los fallos son obligatorios se registró que el tribunal electoral estaba aplicando lo que se llama el control de convencionalidad es decir en los casos internos que conoce estaba aplicando la norma más favorable de la convención a las personas que escuchaba y por ende la Corte le señaló que no obstante no hubiera modificado ciertos artículos específicos vía ese control de convencionalidad estaba dando cumplimiento a la sentencia de la Corte y por lo tanto cerro el caso y el caso Castañeda está ya cumplido.

Otro ejemplo relevante es el caso *Gelmán Vs. Uruguay*, el cual trata sobre las leyes de amnistía que estaban vigentes en Uruguay con motivo del conflicto durante la dictadura militar, la Corte en su sentencia le ordenó a Uruguay que anulara esas leyes de amnistía porque eran incompatibles con el deber de investigar y acceso a la justicia para las víctimas y por lo tanto el poder ejecutivo ya en la supervisión de cumplimiento emitió un decreto a fin de dejar sin efectos estas leyes de amnistía, pero que fue lo que paso, que la suprema corte en Uruguay en febrero de 2013 declaró que ese decreto el ejecutivo era inconstitucional entonces qué es lo que paso cuando llega la supervisión a la Corte: la Corte observa o valora que eso que está diciendo la suprema corte está incumpliendo la sentencia de la corte interamericana y que los jueces, recuerdan lo que decíamos del convenio de Viena sobre el derecho de los tratados en su artículo 27 que los jueces no pueden invocar en sus posiciones el derecho interno para incumplir fallos o sentencias internacionales y aplicó un concepto que se llama la cosa juzgada internacional es decir que ya cuando la Corte conoció no solo un estándar genérico sino sobre una situación específica de un estado la juzgo y la condeno y dijo que eso era incompatible ya es cosa juzgada internacional y se tiene que cumplir ya no hay vuelta atrás y diferenció con lo que se llama

la cosa interpretada que sería cuando todavía no ha conocido de un país específico, un incumplimiento de una cosa, pero ya interpreto algo que pueda ser violatorio ahí todavía habría que hacer una interpretación sí en realidad lo que sucede es incompatible con lo que es por caso de analogía etc. pero cuando la cosa ya esta juzgada es obligatorio, bueno en los dos casos es obligatorio, pero es mayormente obligatoria y por lo tanto le obligo la corte al poder judicial aplicar un control de convencionalidad para casos similares, hay un voto después Eduardo Ferrer Mac Gregor muy interesante que expone y explica más sobre este concepto de la cosa juzgada internacional y el control de convencionalidad.

Cuáles serían otros casos exitosos de implementación, pues hay casos donde se han aplicado a partir de las sentencias de la Corte se han reformado leyes por ejemplo en Guatemala el caso Fermín Ramírez se reguló el recurso de gracia para las personas condenadas a pena de muerte, en el caso Myrna Mack Chang en Guatemala, se ordenó la reforma a la ley de amparo, en el caso de Argentina la tipificación del delito de desaparición forzada, otros países que han adoptado mecanismos de implementación con fiscalías especializadas, comisiones de búsqueda de niños desaparecidos o por ejemplo a partir del caso Mapiripan contra Colombia se creó un sistema de información genética para la identificación de las víctimas del caso y que ha permitido utilizarse para otro tipo de casos. En el caso Bamacá Velásquez en el 2009 un caso de desaparición en Guatemala, también la Corte enfatizó los factores de impunidad en Guatemala y se solicitó información relevante con eso la Suprema Corte anuló algunos casos sobre seguimientos a algunos perpetradores a violaciones de derechos humanos en el caso Masacre Dos Erres contra Guatemala la Corte Suprema ordenó la extradición también de 5 kaibiles que habían sido perpetradores y fueron condenados con eso también se inició el juicio también de Efraín Ríos Montt.

Ustedes saben también en Perú el caso del juicio de Alberto Fujimori tuvo fundamento en sentencias que hizo la Corte Interamericana, también el caso Mapiripan y otros de Colombia, la Rochela, también se extraditaron paramilitares.

En el caso de masacres se han dado pagos de indemnizaciones a un gran número de personas etc.

Pero tenemos otro supuesto que es cuando los países también adoptan legislaciones internas para que los fallos se cumplan, ya aquí vamos a ver no sólo lo que ordena la Corte sino también como un estado tiene mecanismos para hacer vigentes, entonces por ejemplo Costa Rica desde 1981 tiene esta ley que señaló que las sentencias de la Corte tienen la misma fuerza ejecutiva que las internas, en Perú en 2002 se reguló que la ejecución de las sentencias por tribunales supranacionales eran auto ejecutables. En Colombia en 1996 se tiene la ley que dice que el pago de indemnizaciones, lo debe hacer, una ley que permite el pago de indemnizaciones y se han creado órganos ejecutivos con comité de ministros para complementar los fallos de la Corte y ustedes pues lo han dicho aquí, cosas más actualizadas respecto a leyes que tiene Colombia para implementar los fallos de la Corte.

México tiene en la constitución y una ley sobre responsabilidad patrimonial que permite que las indemnizaciones se hagan por esa vía y recién con la decisión de la Suprema Corte -que comentaba el compañero-, la ratificación de 2012 que los fallos son obligatorios y justamente este año también entro en vigor la ley general de victimas que permite también que se cumplan también las sentencias de la Corte y se apliquen estándares de reparación integral también a nivel interno.

Guatemala ha tenido decretos en el congreso que regula las funciones de la ejecución de la Procuraduría Nacional, la propia Corte Suprema de la Nación ha declarado autoejecutables las sentencias de la Corte, lo dijo en el caso de la masacre de las dos erres.

Brasil tiene mecanismos de pago indemnizatorio, Venezuela su propio artículo 31 de 1999 ordena, o dice que son obligatorios el cumplimiento de las sentencias no obstante en los hechos, el caso Apitz las ha descatado. Honduras tiene también la constitución la obligatoriedad de las sentencias y Argentina desde 2000 tiene decisiones de la Suprema Corte sobre esta obligatoriedad.

Otras buenas prácticas que con esto quisiera ya resumir más o menos todo lo que hemos visto que es, ya vimos cuales

son los mecanismos que tiene la Corte Interamericana para hacer cumplir las sentencias, pero hay otras prácticas ajenas a la Corte que podemos identificar y que son relevantes para que se cumpla.

Entonces el primero de ellos es cuando los Estados hacen reconocimiento de responsabilidad frente a la Corte, un caso frente a la Corte o ante la Comisión y eso deriva en un allanamiento de su posición frente al Estado y permite que lleguen acuerdo de reparación entre las partes, eso va a ser muy benéfico porque aunque la Corte lo condene ya el Estado reconoció que si había incurrido en responsabilidades y que iba a compensar a las víctimas

En el caso justamente del *Palacio de Justicia* que vimos, esta sentencia ayer el estado había hecho un reconocimiento parcial de responsabilidad, un allanamiento sobre algunos hechos y justamente la Corte no obstante eso dijo sí todo eso es muy positivo lo valoro como súper positivo para las reparaciones pero no obstante la Corte como les señalaba las sentencias per sé una forma de reparación, ordenó el perdón, dispuso en su capítulo de hechos probados todos los hechos porque eso ayuda también a la memoria histórica, no es entonces porque las partes ya reconocieron la corte se lava las manos, no obstante haya un reconocimiento la Corte va a emitir su sentencia, esto es muy positivo.

Otra es la participación activa de las partes durante el litigio y durante la supervisión de cumplimiento que permite que las partes lleguen a diálogos y acuerdos, yo les he señalado ejemplos en la práctica de supervisión de cumplimiento, audiencias privadas que justamente la Corte trata de que concilien y lleguen acuerdos de cómo se va a implementar, ha sido fundamental como las ONG también o representantes de víctimas puedan articular esto.

Un tercer practica seria tener muy claro cuáles son las obligaciones que se mandan en la sentencia y cuáles son las diferentes autoridades en las cuales recae, una sentencia aunque digamos que el Estado es responsable en su conjunto no podemos olvidar que hay cosas que le va a corresponder hacer al ejecutivo, habrá otras que será el judicial y otras al poder legislativo entonces esas tres , dimensiones son relevantes para

que las ONG, representantes o el propio Estado sepa generar mecanismo para exigir ese cumplimiento entonces por ejemplo el caso de México donde estamos señalando reiteradamente esa sentencia de la Suprema Corte vanguardista es a raíz del caso Radilla Pacheco una desaparición forzada y primer condena contra México o bueno segunda después del caso Castañeda, pero era la primera donde el poder judicial le correspondía hacer algo no sólo al ejecutivo pagar una indemnización de un acto público sino que la corte lo obligaba a hacer un control de convencionalidad para inaplicar ciertas disposiciones del código de justicia militar que hacía que las personas, que los militares que habían generado violaciones a derechos humanos fueran juzgados por tribunales militares entonces la Suprema Corte como órgano judicial tuvo que poner un posicionamiento al respecto con este pronunciamiento de vanguardia pero sí fuera una reforma legislativa como también la ha sido en Colombia, pues sería legislativa eso importante.

Cuarto, la aplicación de control de convencionalidad por las autoridades internas como ya vimos ha sido valorada por la Corte, la cual ha tomado en cuenta cómo los órganos de justicia están aplicando este control de convencionalidad y con esto se da cumplimiento a los fallos entonces estrategia digamos para el litigio interno es hacer que las autoridades internas ejerzan ese cumplimiento aunque sea en casos ajenos a la materia que fue condenado.

Un quinto elemento sería el manejo mediático de las resoluciones de la Corte Interamericana y esto es muy importante porque todas las resoluciones de la Corte son públicas y están dispuestas en su página web e inclusive se emite un comunicado de prensa con el objetivo de que la prensa interna y de otros países pueda también recoger esos mecanismos y a veces creemos que solamente que es la Corte o el Estado el que tiene que hacer las cosas, pero qué pasa con la sociedad civil, la sociedad civil también tiene que hacer algo para motivar o para empujar el cumplimiento de las sentencias y una vía idónea es ese manejo mediático y que en algunos países pasa que por ejemplo la prensa va diciendo, han pasado tres años desde emitida la sentencia de la Corte y solamente se ha cumplido con un punto, se ha cumplido con dos, estar haciendo esa presión es importante.

Otro elemento es la exigencia de ONG o sociedad civil, qué es lo que pasa cuando un Estado no cumple una sentencia de la corte, eso a quien va a afectar, ¿solamente a las víctimas del caso?, no afecta a toda la sociedad, a toda la región estamos hablando de unos 500 millones de personas que pueden estar afectadas, mi mensaje es que digamos las sentencias de la Corte son, entran al orden, al interés general de la humanidad, digo de la región al menos, entonces es responsabilidad de todos, de todos nosotros, todos los actores que eso se cumpla entonces sí vemos que un Estado no está cumpliendo con las exigencias de una sentencia también la sociedad civil tiene que decir algo al respecto.

Y otro elemento es mecanismos de ejecución interno de sentencias, entonces esto sería, no sé cómo funciona aquí en Colombia, pero sí se estuviera incumpliendo una sentencia en algún país, también se podría interponer un recurso amparo un recurso de tutela para decir, el juez interno la autoridad interna no está cumpliendo con lo que le fue ordenado entonces eso todavía falta explorar pero son vías que pueden ser útiles.

Frente a ello me gustaría cerrar con estas preguntas y ahora vemos esas que hacíamos las preguntas generadoras en un principio:

Ustedes díganme, ¿Las sentencias de la Corte por ende son obligatorias?

Estaríamos convencidos, a nadie le queda la menor duda?
¿Qué vías de cumplimiento existen?

Ya las señalamos son bastantes, pero están las que son competencia de la corte, pero ya vimos que hay otras que son competencia del derecho interno e inclusive de otros mecanismos alternativos.

¿Qué implica dar cumplimiento a una sentencia de la Corte Interamericana?

Implica no sólo cumplir en tiempo con un pago indemnización sino implementar cada uno de los puntos en tiempo y forma que van a ser trascendentes no sólo para este caso sino para otros y para esto la Corte va a tener que supervisar y dar por cumplido una vez que así se considere por el litigio inclusive entre las partes.

Y la pregunta de oro, esa si se las dejo a ustedes. ¿A quién le corresponde por ende la debida implementación de las

sentencias de la Corte?, y ahí me gustaría escuchar a alguien que quiera compartir:

Intervención Público:

“Pues a todas la autoridades del Estado que estén vinculadas con todos los puntos que comprenda la sentencia, por ejemplo en el caso de Rosendo Radilla, habían medidas de no repetición como era el cambio de la normatividad, pero habían medidas de una capacitación extensiva a todos los poderes judiciales, tanto al federal como al local y se establecieron esas capacitaciones, esto porque la Suprema Corte no tenía muy claro sí a la Corte le correspondía o no dar el cumplimiento a la sentencias o sí el Estado mexicano en este caso lo representaba solamente el ejecutivo porque nadie le notificó a la Corte, fue la decisión del entonces presidente él que determino que la Corte asumiera aquella parte que en su opinión le correspondía pero nadie le determino a la Corte el que sí le correspondía”.

Bueno, ahí tenemos la respuesta -gracias por la intervención-, pero me gustaría dejar plasmado primero que nada al Estado, es el que tiene la obligación de implementar estas sentencias de la Corte, como lo dice usted diferentes órganos de gobierno tendrán que estar involucrados, segundo también la implementación le va a corresponder a la Corte Interamericana en monitorearla y en dar su visto bueno y en pronunciarse de que esta sea... por eso pongo una debida implementación porque no es que sólo está valorando sí ya hicimos el acto público o ya publicamos la sentencia, o ya dimos la atención médica, sino que se va a valorar sí eso se hizo debidamente, tercero las partes en el litigio, la Comisión también tiene un rol activo respecto de decir como garante del orden publico interamericano si se está cumpliendo o no con la sentencia del sistema, pero también los representantes tienen que hacer ver a la Corte si eso está debidamente cumplido o no.

Cuarto decíamos a la sociedad civil en general, no podemos ser ajenos, no podemos esperar sólo a que el caso que nos corresponde se ha cumplido, es a toda la sociedad inclusive transnacional que le corresponde exigirle a los Estados que se le dé cumplimiento a las sentencias, porque en eso radica la

efectividad del sistema interamericano y digamos la garantía de los derechos humanos, que ayer estábamos cumpliendo 66 años de la vigencia de los derechos humanos, entonces para todos es relevante que los casos sean cumplidos, ya mencionamos otros actores relevantes que les corresponde: la prensa, los medios la comunicación, también tiene que hacer alusión sí se está cumpliendo o no y por último los mecanismo internos las ONG, las personas que están allí tienen que impulsar que en sus propios Estados existan mecanismos efectivos para que eso se dé cumplimiento con los fallos y finalmente, y con gran relevancia, la OEA, recordamos empezábamos con el artículo 65, la OEA no puede ser ajena al cumplimiento de las sentencias de uno de sus órganos principales establecidos en la Convención Americana, la OEA debe tener un rol en esta materia y veremos cómo lo implementan.

Muchas gracias y quedo atento a sus comentarios y preguntas.

Gloria Estella Zapata Serna

**EDUCACIÓN Y DERECHOS HUMANOS UN INICIO
PARA LA FAMILIA, EDUCACIÓN Y DERECHOS
HUMANOS PARA VIVIR EN DERECHOS HUMANOS.
METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN SOBRE
DERECHOS HUMANOS**

La familia como primera comunidad de individuos y como columna vertebral de la sociedad es la primera formadora y transformadora de los seres humanos, por tanto es la primera responsable en educar y hacer vivir los DDHH.

La educación en DDHH como un derechos fundamental es una responsabilidad de los Estados y por tanto para que se dé con efectividad debe responder a una política pública de ciudad.

Los gobiernos de los países aliados (OEA) deben invertir en la formación de los maestros y las escuelas para una verdadera y efectiva educación en DDHH.

Según la UNESCO: “La educación relativa a los derechos humanos es parte integral del derecho a la educación y cada vez obtiene mayor reconocimiento en tanto que derecho humano en sí misma”²²⁰.

Ahora bien, “El 10 de diciembre de 2004, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó mediante resolución 59/113, el Programa Mundial para la educación en derechos humanos (2005-en curso) con el objeto de promover la aplicación de programas de educación en humanos en todos los sectores”²²¹.

Desde 2000 el IIDH desarrolla una metodología de investigación sobre derechos humanos origen a la preparación anual del Informe interamericano de la educación en derechos humanos. En el marco de la XXXVIII Asamblea General de la OEA, llevada a cabo en Medellín, Colombia, del 1 al 3 de junio de 2008, fue aprobada la Resolución AG/RES. 2404 (XXXVIII-O/08), La educación en derechos humanos en la educación formal en las Américas, en

220. En la web: <http://www.unesco.org/new/es/education/themes/leading-the-international-agenda/human-rights-education/>

221. En la web: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/education/training/programa.htm>

la que se destaca la labor del IIDH en esta materia y se anima a los Estados miembros a continuar apoyando las actividades y proyectos educativos del Instituto en la región²²².

Lo anterior, nos indica claramente los esfuerzos de organizaciones internacionales –Comunidad Internacional– que creen en los DDHH como el camino más expedito para el reconocimiento y el respeto de la dignidad humana y, en el derecho que existe de educar en ellos.

Surge entonces algunos interrogantes para las familias, las instituciones educativas y el gobierno colombiano: ¿Creemos en la necesidad de educar en DDHH? ¿Educar en DDHH trae algún beneficio para la sociedad colombiana?

En Colombia existe a través del Ministerio de Educación Nacional, el Programa de Educación para el Ejercicio de los Derechos Humanos EDUDERECHOS inspirado en el artículo 67 de la Constitución de 1991 y en la Ley General de Educación (Ley 115/94-arts. 5 al 14) “que establece como uno de los fines de la educación la formación para el respeto a los derechos humanos, en especial la vida, la paz, la democracia, la convivencia, el pluralismo y el ejercicio de la tolerancia y la libertad” y en la ley 1098 Código de la infancia y la adolescencia²²³ y, materializado a través del Plan Decenal de Educación 2006-2016.

Con lo observado, podemos decir que existe un avance en educación y DDHH en la educación primaria y secundaria

¿Qué ha pasado al respecto en las Universidades del país? Según el plan nacional de educación en DDHH, “En el campo de la educación superior se han abierto diferentes diplomados y cátedras, especialmente en las facultades de derecho que han asumido estos temas, algunas creando pregrados, como por ejemplo la Universidad Pedagógica Nacional con la licenciatura en educación comunitaria y derechos humanos”²²⁴. Abonan a estos resultados, los esfuerzos desde la educación no formal y desde la educación popular. Y llegamos a lo más valioso en materia de educación y DDHH: ¿Qué ha pasado al respecto en nuestras familias colombianas? Hemos de considerar que la formación

222. En la web: http://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/9_2010/fe22f95d-bb81-4859-a029-d383a54f576e.pdf

223. En la web: <http://www.mineduacion.gov.co/1621/w3-article-241014.html>

224. En la web: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Education/Training/actions-plans/Colombia.pdf>

en valores y Derechos Humanos corresponde inicialmente a la familia. Definida como: “una comunidad de personas: del hombre y de la mujer esposos, de los padres y de los hijos; de los parientes, cuyo primer cometido es el de vivir fielmente la realidad de la comunión con el empeño constante de desarrollar una auténtica comunidad de personas” (S.S. Juan Pablo II en la exhortación apostólica)²²⁵, la familia como célula y punto de apoyo de la sociedad, tiene a su cargo la primera educación de sus miembros- “la familia tiene como misión promover a la prole al estado perfecto del hombre”²²⁶.

Resultados de la educación en DDHH

Después de 10 años de esfuerzos por educar a diferentes sectores de las sociedades en DDHH ¿hemos obtenido los resultados esperados?

¿Se ha logrado evitar las violaciones de los derechos humanos, que tienen consecuencias ruinosas desde los puntos de vista humano, social, cultural, ambiental y económico?

¿Podríamos decir que en Colombia cada persona se reconoce como sujeto de derechos, es capaz de ejercerlos y defenderlos y, a la vez, reconoce y respete los derechos de las otras personas y actúa en consecuencia?

Podemos encontrar respuestas positivas a estos interrogantes si desde los hogares colombianos educamos en DDHH, pues la formación que se deje de impartir en los hogares, difícilmente se aprende en otros espacios como la escuela y el trabajo. Los padres con su amor y su buen ejemplo nos hacen sentir y vivir los DDHH. La Escuela de DDHH de la Alcaldía de Medellín es una apuesta de ciudad que a pesar del poco tiempo que tiene de creada (octubre de 2013) ya tiene muy buenos resultados impactando algunas comunas.

A través de un diagnóstico en Medellín se pudo constatar que no hay un acercamiento directo al tema de la Educación y los DDHH, pese a los esfuerzos del gobierno nacional y de las organizaciones internacionales como ya se resaltó. A penas si existe por parte de organizaciones no gubernamentales ONGs, algunos antecedentes

225. En la web: http://www.filosofia.mx/index.php/portal/archivos/la_familia_como_educadora_para_el_orden_soc

226. *Ibíd.*

en educación pero no lo suficientes para responder a lo que ya es un derecho fundamental.

Tenemos varios retos importantes, pero sin duda el mayor de los retos, es que esta apuesta se quede como una política de ciudad y que no dependa de la voluntad política de cada gobierno, máxime si reconocemos que estamos en un proceso de paz y de cara a un post conflicto.

La educación que se brinda en la Escuela, responde a las necesidades de las comunidades de la ciudad de Medellín, lo que exige tener una metodología y una pedagogía diferente en cada lugar. Lo anterior, se convierte en otro reto.

Reconocer la educación de los DDHH como un derecho fundamental es otro de los propósitos y retos de la Escuela. Es necesario ser conscientes que este derecho está a cargo del Estado porque es un mandato constitucional. De ahí la necesidad de implementar una educación popular construida de la mano del Estado.

Otro importante reto es educar con aplicabilidad, para que lo que se aprenda se dialogue y exista una resignificación que debe empezar desde nuestro círculo social más pequeño, la casa, el trabajo, los amigos, el barrio, no se puede pensar solo en lo individual sino también en lo colectivo.

Educación y DDHH no es solo un discurso bonito, es importante que sea crítico, pues los DDHH plantean por si mismos una problemática que debe ser conocida y discutida por las comunidades, por poner un solo ejemplo, está la suscripción de los Estados a los tratados de DDHH y su cumplimiento.

También es un reto para la Escuela la educación articulada no solo con los actores locales sino en todas las dimensiones, nacional e internacional.

Finalmente, otro de nuestros grandes retos es promover una verdadera cultura en y para los DDHH.

Las comunidades deben conocer sus escuelas y aún más a las que pertenecen sus hijos. Deben estar enterados de las problemáticas que viven en ellas. A través de la investigación realizada en los países miembros de la OEA, se indagó hasta dónde ha llegado la educación de los DDHH de manos de los Estados y lo hallado es que aún están en deuda.

La educación en DDHH debe estar en la ley orgánica de educación y se debe impartir en todas las escuelas públicas, pues es la que le llega al pueblo en general, es un tema transversal ¿El curso de DDHH aparece en los boletines de los estudiantes?

Otra gran preocupación que arrojó esta investigación, está relacionada con la formación que reciben los maestros en DDHH ¿Cuánto invierten los Estados en la dignificación del maestro que son los motores de la educación? La respuesta no es muy alentadora, no existe la posibilidad de ascender en el escalafón por tener estudios superiores en DDHH, esto lo dice todo. La formación en DDHH está privatizada.

Un punto débil es la falta de articulación entre Educación-Democracia y Participación. No existen programas extraescolares que permita vivenciar los DDHH, por ejemplo, la observación electoral.

Se deben visitar las escuelas con un pensamiento más crítico, pues son solo Ustedes y nadie más los que pueden promover la educación en DDHH, la comunidad se debe preparar para la paz, no podemos seguir callados.

La escuela es el techo de la educación de los DDHH, están en nosotros hacerlos una realidad escolar.

Julissa Mantilla²²⁷

DERECHOS DE LAS MUJERES Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Muy buenos días a todos y todas.

Quería iniciar esta presentación contándoles un poco sobre mi experiencia profesional para que tengan claridad sobre la clase que vamos a tener hoy. Yo soy abogada, soy peruana y mi primer acercamiento a la investigación de casos de violaciones de los derechos de las mujeres lo tuve en Perú, cuando en los 90 trabajé en la investigación que realizó la Defensoría del Pueblo sobre los casos de esterilizaciones forzadas contra las mujeres realizadas durante el gobierno de Alberto Fujimori. En ese caso, se trató de violaciones a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, cuya investigación se inició en la década de los 90 y hasta hoy -2014- no se ha logrado que las víctimas obtengan justicia.

Posteriormente, en el 2001 trabajé en la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, investigando los casos de violencia sexual contra las mujeres ocurridas en el conflicto armado peruano. Creo que esta experiencia es especialmente importante para el caso de Colombia, que vive un proceso de paz y que tendrá una Comisión de la Verdad en un futuro cercano.

Tiempo después vine a Colombia como consultora de Naciones Unidas e inicié una labor de estudio y trabajo vinculado a los casos de violaciones a los derechos de las mujeres víctimas del conflicto armado. En todo este proceso, he desarrollado una labor de trabajo e investigación que quisiera compartir con ustedes hoy.

Me dijeron que, a diferencia del año pasado, además de abogados y abogadas en el curso hay un grupo grande de personas de organizaciones de la sociedad civil, lo cual es importante para

227. Es abogada y profesora de la Facultad de Derecho y del Diplomado de Género de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). En la actualidad se desempeña como Especialista en temas de Justicia de Género del Programa Mujeres, Paz y Seguridad de UNIFEM, en Colombia. Previamente fue la Encargada de la Línea de Género de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. Obtuvo su Maestría (LLM) en London School of Economics and Political Science (LSE), Londres, 2000. Recibió una beca del Banco Mundial y de la LSE, a fin de realizar sus estudios de postgrado

que la clase pueda presentar una visión del Derecho desde una perspectiva más amplia que incluya la teoría pero que se nutra de las experiencias cotidiana que, muchas veces, cuestiona la normatividad.

Dicho esto, quisiera que empecemos por el principio, preguntándonos “¿Qué es género?”, para que tengamos un punto de partida. En este sentido, lo primero que quiero que aprendamos es que “género” no es igual a “mujer”.

Hay dos conceptos fundamentales que debemos tener en claro: una cosa es el “sexo”, es decir, las diferencias biológicas y otra cosa es el “género”, que son las construcciones culturales que se elaboran a partir de esas diferencias. El ejemplo más evidente se encuentra en la reproducción: biológicamente, solo las mujeres podemos quedar embarazadas. Pero cuando yo, por ejemplo, soy dueña de una empresa, recibo hojas de vida porque tengo que contratar un abogado o abogada y al revisarlas me pregunto si debo contratar una mujer que eventualmente puede embarazarse o a un hombre, y decido contratar al hombre porque me significa menos costos, entonces estoy haciendo una diferencia relativa al género.

La noción de género se va formando desde la infancia, por ejemplo, cuando establecemos diferencias entre niños y niñas relativas a los colores. Si sabemos que nuestra colega va a tener un niño, entonces todos los regalos serán de color azul pero si sabemos que será una niña, regalaremos cosas de color rosa. Y les asignamos características diferentes y opuestas a esos colores: el azul se vincula a lo masculino, a lo fuerte, lo público y el rosado significa lo femenino, la dulzura, la delicadeza.

Esas diferencias las marcamos permanentemente, por ejemplo, cuando a las bebés se les hacen aretes, se les ponen accesorios como vinchas y lazos que demuestren que es una niña y no se la confunda con un niño.

Y en la crianza se siguen estableciendo las mismas diferencias: la niñas se cae y todos corremos a ayudarla y consolarla pero si es el niño el que se golpea, se le dice que se pare, que los hombres no lloran, que parecen niñas. Siempre marcamos diferencias entre lo femenino y lo masculino.

Básicamente lo que quiero que quede claro es que el género puede definirse operativamente como “el sexo socialmente

construido”, lo cual significa que con base en las diferencias biológicas se construyen diferencias sociales que van definiendo la noción de lo masculino y lo femenino. Y el problema se presenta en lo relativo al Derecho cuando, por ejemplo, una persona con esas ideas tradicionales de lo masculino como la fortaleza, llega a ser juez y tiene que resolver un caso de crimen de odio contra un travesti, por ejemplo. Una persona que tiene esas nociones estereotipadas de lo femenino y lo masculino resulta siendo un problema al momento de administrar justicia porque puede considerar que ese crimen fue provocado por la víctima o, más grave aún, que se lo merecía.

Por eso quisiera que quede claro que el análisis de género no es solo un tema de mujeres, sino que es una herramienta de análisis que permite analizar el impacto de la discriminación en el ejercicio efectivo de los derechos de las personas. En esta clase nos centraremos en los derechos de las mujeres pero eso no impide tener una visión amplia del impacto negativo de los estereotipos de género para todos y todas.

Lo que hace el análisis de género es cuestionar aquello que hasta hoy consideramos como clásico y como la norma sobre lo que es ser hombre o ser mujer. Por eso es tan difícil trabajar con análisis de género a nivel general y, sobre todo, desde el Derecho.

El género cuestiona, confronta y empieza a presentarnos conductas que consideramos normales o cotidianas como situaciones que equivalen a violencia de género. Un ejemplo importante es el acoso callejero, el tan conocido “piropo”. En países como Bélgica ya se dan propuestas legislativas para normar estos hechos y en países como Perú existen iniciativas desde la sociedad civil para protestar por esto. Al respecto les recomiendo la página “Paremos el Acoso Callejero” donde se incluyen testimonios de mujeres que han sido acosadas, quienes narran lo sucedido e incluso toman fotos del acosador para ponerlas en internet.

La visión tradicional es que se trata de simple “galantería” pero cuando se empieza a deconstruir esa conducta masculina, el punto de partida es que los hombres sienten que tienen derecho a opinar sobre el cuerpo y el aspecto de las mujeres y que si a ellas les parece bien o no, no es importante: las mujeres tienen que aceptar e incluso “agradecer” el comentario. Y estamos hablando de una conducta que se repite una y otra vez durante todos los

días, no de algo ocasional, y que incluso determina aspectos tan básicos como el libre tránsito. Yo les pregunto a las mujeres: cuando tienen que pasar por una tienda y ven a un grupo de hombres afuera, qué hacen? Las mujeres usan otra vía, dan más vueltas para llegar a su destino, evitan ciertas calles y desarrollan estrategias para algo tan simple como movilizarse, estrategias que los hombres no necesitan utilizar en su vida diaria. Por eso es tan importante analizar los hechos de acoso callejero como una agresión y no como una conducta “galante” que se debe tolerar.

Y en esta línea de cuestionamiento de lo considerado como normal y cotidiano, les quiero contar un ejemplo que sucedió acá en Colombia y que demuestra cómo la falta de un análisis de género impide el ejercicio real de los derechos. Hace tiempo estaba en un taller de género con fiscales de Justicia y Paz, en el ámbito de la Ley 975, y un participante le hizo una pregunta a los demás. Les preguntó qué hacían cuando llegaba una mujer con sus hijos pequeños porque las normas impiden la entrada de los niños y niñas a estos espacios. Otro participante dijo que él cumplía la norma y no los dejaba entrar porque lo podrían sancionar. Otra fiscal dijo que en su entidad habían separado un espacio con juguetes para que los niños pudieran estar allí. Y así por el estilo, cada funcionario iba contestando cómo resolvía la situación. Ahora bien, si sabemos que las mujeres se hacen cargo de la crianza de sus hijos e hijas, es evidente que para acceder a una entidad del Estado en busca de justicia, tendrán que llevarlos y si no pueden lograr que ellos entren, ellas no podrán entrar tampoco. En este caso, la norma no se dio con el objetivo de discriminar y excluir a las mujeres pero en su aplicación sí se produce esa exclusión, lo cual es una consecuencia de la falta de un análisis de género en el Derecho.

Por otro lado, en un país como Colombia, con la cantidad enorme de hombres desaparecidos y muertos por la guerra, ¿quiénes se han quedado a cargo de las familias? ¿Quiénes han iniciado los procesos judiciales?, ¿quiénes están buscando a cargo de los procesos para que les restituyan la tierra? Las mujeres. Por eso es que, por ejemplo, la ley de víctimas 1448 ha establecido como prioridad la atención de las mujeres.

Por otro lado, un aspecto importante es dejar de ver la situación de los derechos de las mujeres como un problema solo de las

mujeres y entender que afecta a toda la sociedad. Y al respecto les quiero dar un ejemplo.

En Colombia, uno de los elementos cruciales en el desarrollo del conflicto armado ha sido el tema de la propiedad de la tierra. Por la tierra se ha matado, se ha generado desplazamiento, se ha peleado. Si sabemos que la mayor parte de los muertos y desaparecidos son hombres, son las mujeres las que iniciarán los procesos de restitución de las tierras. Cuando las mujeres se acerquen a pedir esas tierras, obviamente se les solicitará una serie de papeles e información: título de propiedad, historia registral, información sobre hipotecas, etc. En muchos casos las mujeres no tienen esa información que manejaba su esposo o , incluso, los títulos de propiedad estaban a nombre de ellos. Las mujeres tendrían que iniciar procesos judiciales y administrativos costosos y complicados, además de seguir al cuidado de sus hijos e hijas y de la supervivencia de la familia.

Imaginemos que en este contexto se acerca un traficante de tierras que le propone a la mujer un pago a cambio de su tierra por un precio mucho menor al costo real de la propiedad, pero que significará recibir el dinero en efectivo y de inmediato. Es muy probable que esa mujer acepte y que esa situación se repita en muchas ocasiones más, con lo cual se vuelve a producir un problema de acumulación ilegal de tierras y, así Colombia firme la paz mañana, en unos años la guerra volverá a iniciarse. Y les comparto este ejemplo para que entendamos que el que las mujeres tengan poco acceso a la educación, a la propiedad, al control de su salud y sexual reproductiva no es una situación que las perjudique solo a ellas: es una violación a sus derechos que tiene un impacto en la comunidad y puede marcar la diferencia entre la guerra y la paz.

Otro tema que me parece importante señalar es de la interseccionalidad de la discriminación, es decir, que además de la discriminación por género o sexo, hay que visibilizar otro tipo de discriminaciones. Por ejemplo, no es lo mismo el caso de un hombre indígena frente a una mujer indígena; un hombre o una mujer afro; un hombre o una mujer transgenero; un hombre gay o una mujer lesbiana.

Ayer estuve en un evento en Bogotá y cuando se hablaba de la discriminación, muchas personas decían que había que proteger a

las mujeres porque “las mujeres damos vida, las mujeres somos madres, todos hemos nacido de una mujer”. En eso, una mujer del público pidió la palabra y dijo: “Mire, es que yo soy soltera y no voy a tener hijos nunca, entonces ¿dónde me ubico en esa clasificación?”. Por eso no hay que hablar de “los hombres” o “las mujeres” sino que hay que mirar las particularidades y las situaciones concretas.

Un siguiente elemento que me gustaría analizar es cómo se construyen esos estereotipos que vamos identificando. El primer ámbito es el hogar, por ejemplo, con las canciones y cuentos infantiles, por ejemplo, la famosa canción que todos y todas hemos cantado: “Arroz con leche me quiero casar con una señorita de Portugal, que sepa tejer, que sepa bordar, que sepa abrir la puerta para ir a jugar. Con esta sí, con esta no, con esta señorita me caso yo.” O sea, desde niñas nos van repitiendo que las mujeres –para ser elegidas para un matrimonio- tenemos que ser “señoritas” y tenemos que saber tejer y bordar. Esa es la idea de mujer que se va construyendo.

Y en cuanto a los cuentos infantiles tenemos las imágenes de las princesas: delgadas, blancas, hermosas y todas salvadas del mal por el beso de un príncipe, un príncipe de color azul, además. Este es un caso interesante porque ahora existen nuevos modelos de princesas. El caso de la película “Frozen” por ejemplo es interesante porque en ese cuento se presenta un nuevo tipo de princesa: aguerrida, fuerte, donde lo que prima es la relación de hermandad y no la presencia de la figura masculina como salvador.

La publicidad, por otro lado, es otro ámbito donde se van reforzando estereotipos. Quiero compartir el caso de la publicidad de una librería peruana que hace un par de años por el Día de la Mujer publicó esta oferta: 20% de descuento en novelas románticas y 20% de descuento en libros de autoayuda. Como ven, el encarte es rosado, con corazones y pajaritos, absolutamente estereotipado²²⁸. Otro ejemplo es esta publicidad de zapatos en El Salvador, un país con un enorme número de feminicidios. En este afiche se ven los pies del cadáver de una mujer en una morgue, utilizando zapatos de lujo y con la frase: “La nueva colección está

228. El afiche se puede ver en: <http://peru21.pe/reportuit/polemica-redes-sociales-oferta-crisol-dia-mujer-2120807>

de muerte”²²⁹. Es impresionante, entonces, cómo la publicidad crea y reproduce estereotipos y normaliza situaciones de violencia contra las mujeres.

Adicionalmente, yo quería repasar con ustedes algunas frases utilizadas por líderes políticos de la región, porque creo que permiten entender la gravedad del tema que venimos estudiando.

Por ejemplo, Rafael Correa presidente de Ecuador dijo en el 2011: “Yo no sé si la equidad de género mejora la democracia, lo que sí es seguro es que ha mejorado la farra. ¡Qué asambleístas guapísimas las que tenemos, corcho! Hay que aumentarles el sueldo ya que no tuvieron plata para comprar suficiente tela y todas con una minifalda. ¡Dios mío! Me contaron que tienen unas piernas impresionantes.”²³⁰ La próxima vez que analicemos por qué las mujeres deciden no participar en política, pensemos en los mensajes que reciben cuando deciden hacerlo.

En el 2006, el entonces presidente Vicente Fox dijo: “Como ejemplo de prosperidad puedo decir que el 75% de los hogares de México tienen una lavadora, y no de dos patas o de dos piernas, sino una lavadora metálica”²³¹. Nuevamente, el uso del lenguaje para menospreciar a las mujeres y consagrar estereotipos basados en roles de género.

Pero más allá de los “chistes”, están los comentarios sobre los casos de agresiones hacia las mujeres. En el 2010 la joven peruana Stephany Flórez fue asesinada por el ciudadano holandés Joran Van der Sloot a quien conoció en un casino. Al comentar estos hechos, el entonces Presidente Alan García dijo: “No puede ser que alguien por una calentura momentánea se preste a irse con otra persona a la que recién ha conocido y estas son las consecuencias de eso.”²³² Es decir, la culpa se hace recaer en la mujer víctima y no en el agresor. El modelo de la canción infantil que vimos antes (“una señorita buena que sepa tejer y bordar”) se utiliza como el punto de partida y cualquier mujer que sale de ese modelo (“se deja llevar por una calentura momentánea”) tiene que

229. Se puede ver algunas de estas imágenes en: <http://chichicaste.blogcindario.com/2007/11/00751-campana-de-las-zapaterias-md-incita-a-la-violencia-contra-las-mujeres.html>

230. Al respecto, revisar: <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/asambleista-romo-responde-al-presidente.html>

231. Sobre este hecho, revisar: <http://www.jornada.unam.mx/2006/02/09/index.php?section=politica&article=016n1pol>

232. Las declaraciones se pueden encontrar aquí: <https://www.youtube.com/watch?v=rkeHzjKTkm0>

asumir las consecuencias. Es interesante, por otro lado, analizar cómo se educa de forma distinta a mujeres y hombres en este tema: mientras a las mujeres se les educa para protegerse de la violación sexual (cómo se viste, con quién sale, por dónde anda), a los hombres, por lo general, no se les habla sobre este tema.

Si entramos en el caso de los estereotipos de género y el Derecho, yo quisiera citar a dos autoras que trabajan el tema de forma clara y precisa. Ellas son Alda Facio y Hilary Charlesworth. Facio trabaja la idea del androcentrismo del Derecho, es decir, que en su creación y desarrollo el modelo que se ha utilizado como punto de partida para las normas y jurisprudencia es el masculino. Charlesworth se pregunta dónde están las mujeres en el Derecho Internacional y dónde se ubica el análisis de género en el debate.

Yo quisiera aplicar esas preguntas, por ejemplo, a la situación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el momento actual. Como se sabe, a noviembre del 2014 no hay juezas. Eso es muy preocupante porque si, por ejemplo, en un país determinado se presenta el caso de que no existan mujeres en las altas cortes, ¿cómo se puede analizar esto y plantear que es una discriminación hacia las mujeres si en el caso de tribunales internacionales de derechos humanos la situación es similar? Es cierto que la elección de los jueces no depende de la Corte sino de los Estados, pero, por eso, es importante tomar todas las acciones necesarias para contrarrestar esta situación en las próximas elecciones.

Otro ejemplo puede darse al analizar el equipo del gobierno colombiano que negocia la paz. A setiembre del 2012 no había mujeres en este grupo y es un año después cuando se incorporan dos mujeres. Si bien esto puede verse como un avance –que se enmarca en el cumplimiento de la Resolución 1325 de Consejo de Seguridad- lo cierto es que en el primer año de negociación no hubo participación de las mujeres y ese año es importante porque en él se definen los puntos de la agenda, los temas que se incluyen, las prioridades. En ese proceso las mujeres no estuvieron. Y es grave si se sigue analizando el tema y encontramos, por ejemplo, que en la recientemente creada Comisión Histórica sobre el Conflicto y sus Víctimas, la cual tiene 14 integrantes, solo hay una mujer.

Esta exclusión de las mujeres en los espacios de creación del Derecho ha contribuido no solo a la invisibilización de las afectaciones a sus derechos, sino también a consagrar ideas

estereotipadas desde la propia doctrina jurídica. Un ámbito es el Derecho Penal y quiero utilizar este texto de Julieta di Corleto, que –al analizar la forma como tradicionalmente se entendía el tema del consentimiento en la violación sexual- utiliza este texto jurídico que ha sido estudiado tradicionalmente: “ (...) para que se configurara el delito de violación el autor debía vencer una resistencia seria y constante y que no debe confundirse la verdadera violencia que generalmente dejará en las ropas o el cuerpo de la víctima otras señales que la del acto sexual mismo, con la discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella que en realidad, desea y consiente”. Lo que este texto nos está diciendo es que hay una resistencia inicial de la mujer -que se hace “la difícil”- y hay la verdadera violencia, que implica golpes, heridas, marcas en el cuerpo. En este sentido, si yo estudio y me formo como abogado o abogada con estos textos y luego llego a ser magistrado, le creeré a las víctimas que “demuestren” la violación con pruebas físicas mientras que aquellas que, por ejemplo, se paralizaron como una reacción psicológica o fueron amenazadas con armas y no tienen huellas en el cuerpo, no serán consideradas como víctimas. Por eso es tan importante conocer y desechar los estereotipos al momento de administrar justicia.

Un caso que ilustra lo dicho es el de *MZ v. Bolivia*, de 1994, que llegó hasta la Comisión Interamericana. En este caso, la víctima era una ciudadana holandesa que vivía en Bolivia y alquiló un cuarto en una casa. Ella fue agredida por el hijo de los dueños, quien la violó sexualmente. No obstante los signos de violencia, tanto en la Corte de Apelaciones como en la Corte Suprema no se le cree a la víctima y se usan argumentos estereotipados a favor del agresor: desde que la mujer era europea y no era virgen hasta que el agresor era físicamente más débil y más bajo que ella. Es decir, que incluso en el caso de que existan pruebas físicas, los estereotipos son más fuertes y determinantes.

Hasta ahora hemos visto ejemplos generales pero yo quisiera detenerme ahora en el caso del Derecho Internacional Humanitario (DIH), es decir, el derecho de los conflictos armados. Si bien la violencia sexual no es la única infracción al DIH que se da en las guerras, quiero detenerme en ella por su gran frecuencia y sus niveles de impunidad. Es importante entender que el uso de la violencia sexual contra las mujeres durante los conflictos

tiene varias dimensiones. La primera es la afectación directa a las víctimas y las consecuencias en sus derechos. Pero, además, la violencia sexual implica un mensaje de humillación y terror para la comunidad en general y los hombres en particular. En sociedades tradicionales en las que el rol de los hombres es proteger a las mujeres, la violación sexual contra ellas se utiliza para ofenderlos y descalificarlos en el conflicto. Este tema de la construcción de masculinidades se evidencia también en el posrt conflicto cuando las mujeres deciden denunciar la violencia sexual y, como ha sucedido en Perú, son los hombres quienes se niegan porque no quieren sentirse humillados. Vemos, por tanto, cómo el tema de los estereotipos sobre lo masculino que vimos al inicio de la clase tiene impactos amplios y graves para el ejercicio de los derechos humanos y el acceso a la justicia para las mujeres.

Como les decía, el caso de Perú es interesante en este punto, especialmente en las zonas del sur, donde se establecieron bases militares, en las cuales se cometieron numerosos hechos de violencia sexual contra las mujeres de la zona, producto de los cuales nacieron muchos niños y niñas. Y esta situación es similar al caso colombiano, en el que la violencia sexual ha sido utilizada ampliamente por todos los actores armados.

Y estos hechos constituyen retos para el Derecho, por ejemplo, el Derecho Civil y la regulación de la familia. Porque en el caso de la violencia sexual ocurrida en un conflicto de gran duración, existen niños y niñas nacidos a consecuencia de la violación sexual, que muchas veces no saben quiénes son sus padres y que pueden sufrir una nueva agresión sexual. Se empieza a constituir familias producto de la violación sexual y estableciéndose relaciones jurídicas en consecuencia, aspectos que –sin un análisis de género– resultan invisibilizados por el Derecho.

Si se revisa la regulación que se incluye en los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977 vemos que, al referirse a la violación sexual, se habla de la protección de todo atentado contra “el pudor” y el “honor”. No se hace referencia a la integridad ni la libertad sexual y esto es muy importante porque nos permite entender, por ejemplo, las regulaciones establecidas en los códigos penales latinoamericanos. Por ejemplo, en muchas legislaciones cuando se daba una violación sexual, bastaba con que el agresor decidiera casarse con la víctima para que no fuera

a prisión. Incluso, si eran varios los agresores bastaba con que uno accediera al matrimonio para que todos quedaran libres. El fundamento de esta medida –a todas luces irracional- es que, si la violación sexual dañaba el honor de la víctima, el matrimonio lo restituía.

Siguiendo con este análisis, quisiera referirme ahora al Derecho Penal Internacional, específicamente al Tribunal de Nuremberg y su Carta de 1945, la cual incluye como crímenes contra la humanidad el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, la esclavitud y otros actos inhumanos, entre otros crímenes. Como vemos, no se menciona la violencia sexual pero ¿no creen que podría haberse interpretado la Carta para incluirla? Por ejemplo, en “otros actos inhumanos”. ¿Por qué no se hizo esta interpretación? Una primera respuesta es que en esa época no se había desarrollado el enfoque de género ni de los derechos de las mujeres. Sin embargo, si hacemos un análisis más completo nos daremos cuenta que, mientras el genocidio fue cometido por los nazis, la violencia sexual fue cometida tanto por los nazis como por los aliados. Al respecto, recomiendo revisar el libro “What soldiers do” de la historiadora Mary Louise Roberts del 2013, el cual cuenta cómo durante la Segunda Guerra Mundial uno de los argumentos para convencer a los soldados estadounidenses de viajar a Francia fue utilizar a las mujeres francesas como señuelo, lo cual desencadenó constantes casos de violencia sexual y aterrorizó a la población. Como hemos visto, las experiencias comparadas son importantes para entender la necesidad de un análisis de género en el Derecho y, sobre todo en la investigación de violaciones de derechos humanos. Por ello, quiero centrarme en el caso de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR), creada en el 2001 para investigar los crímenes y violaciones de derechos humanos ocurridas en el conflicto armado peruano entre 1980 y el año 2000. Cuando la CVR se creó, el mandato no hablaba de violencia sexual ni de la perspectiva de género y de los doce comisionados, solo había dos mujeres. Asimismo, no había informes estatales ni de la sociedad civil sobre violencia de género. Sin embargo, se logra crear una Línea de Género y visibilizar los casos de violencia sexual. Esta fue una tarea muy difícil porque no existían denuncias judiciales ni informes sobre el tema y los abogados y abogadas de las ONGs tampoco los

conocían. Incluso, se pensaba que esto no había sucedido. Sin embargo, gracias a los Informes de la Comisión de la Verdad de Sudáfrica y de Guatemala, se pudo encontrar antecedentes de investigación que nos ayudaron en la tarea. El uso de los llantos de sus hijos como una forma de tortura de psicológica contra las mujeres en Sudáfrica o la violación de las mujeres antes de las masacres en Guatemala, fueron ejemplos que se lograron visibilizar con una perspectiva de género en la investigación de violaciones de derechos humanos y que sirvieron para el trabajo de la CVR. En el caso sudafricano, era evidente que el torturador utilizó el rol de género de la mujer –madre para desarrollar la tortura: si bien un padre también sufriría al escuchar el llanto de su hijo, desde el momento en que se utilizaron estos métodos básicamente contra las mujeres, se está utilizando el estereotipo de género para una violación de derechos humanos y esto debe ser investigado de manera diferenciada. Para el caso de Guatemala, la Comisión de Esclarecimiento Histórico encontró violencia sexual amplia y generalizada y estudió el caso de las masacres, en las cuales los hombres y mujeres eran separados para poder violar a las mujeres antes de asesinarlas. Asimismo, el Informe narra cómo al momento de la huida los hombres lo hacían primero ya que las mujeres se demoraban recogiendo a los niños y, además, en muchos casos ellas instaban a los hombres a huir primero, pensando que a ellas no las estaban buscando.

Como les había señalado, en el caso del Perú no habían informes de las ONGs sobre la violencia sexual, pero sí sobre otras violaciones de derechos humanos como torturas y desapariciones forzadas, narradas sin perspectiva de género. Lo que hicimos fue aplicarle esta visión diferenciada a la investigación de violaciones de derechos humanos recurriendo a testigos y víctimas y analizando la información desde esta perspectiva. Es interesante que, años después, la Corte Interamericana en el caso *Campo Algodonero v. México* hablara de los indicios de violencia sexual en los cuerpos de las mujeres víctimas de ejecución extrajudicial. Lamentablemente, en el momento en que trabajó la CVR, estos avances jurisprudenciales no existían.

Sin embargo, gracias a la perspectiva de género cuando la CVR entrega su informe en el 2003 se pudo concluir que la violencia sexual contra las mujeres había sido generalizada en determinados

ámbitos durante el conflicto armado, aspecto al que no se hubiera llegado sin una perspectiva de género aplicada al Derecho.

El objetivo de esta clase era que ustedes supieran qué significa género y que no es igual a mujer, sino que es una herramienta de análisis que permite visibilizar los estereotipos y roles que se van creando desde la infancia, se reproducen en la publicidad y forman parte del saber común. Y era importante que ustedes pudieran entender que todo esto se verifica también en el Derecho y tiene un costo en el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. Como se ha visto, la CVR del Perú es un ejemplo de la importancia de trabajar con una perspectiva de género. Pero Colombia tiene también organizaciones muy importantes como la Ruta Pacífica, que recientemente publicó su Informe sobre la Verdad de las Mujeres, que recopila un gran número de testimonios de mujeres víctimas del conflicto para lo cual diseñó su propia metodología de trabajo, desarrollada por las mujeres de la Ruta que son también víctimas en su mayoría. La otra entidad es la Asociación de Mujeres del Oriente Antioqueño (AMOR), que desarrolla una labor importante de apoyo psicosocial a las mujeres víctimas del conflicto armado. Existen muchas más, sin duda, y es importante conocerlas.

Finalizo entonces con una conclusión que quisiera que todos y todas logremos entender: que el Derecho con perspectiva de género puede aumentar el acceso a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas y, sobre todo, puede contribuir a mayor equidad y menos discriminación.

Muchas gracias.

**MEMORIAS - II CURSO INTERNACIONAL
ESPECIALIZADO EN DERECHOS HUMANOS**

Se imprimió en Pronto Express Publicidad S.A.S.
en Diciembre de 2014

Para su elaboración se utilizó papel Bond 90 grs
en páginas interiores, Propalcote 115 grs para
los separadores, y Propalcote 160 laminado para la carátula,
Fuente tipográfica: Times New Roman 11 puntos.

En este libro el lector encontrará las memorias del "II Curso Internacional Especializado en Derechos Humanos, Acceso a los sistemas internacionales de protección", el cual se desarrolló los días 1º al 12 de diciembre del 2014 en la Ciudad de Medellín. Dicho curso fue organizado en conjunto por la Alcaldía de Medellín, la Universidad Pontificia Bolivariana y el Instituto Colombiano de Derechos Humanos, instituciones que en demostración de su interés por el respeto y la difusión de los Derechos Humanos en Medellín, han unido esfuerzos para dicha causa.

Las presentes memorias que también forman parte del compromiso por los derechos humanos que estas instituciones han acordado realizar, buscan mostrar al lector los temas que se trataron durante el Curso especializado en derechos humanos como lo fueron el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como sus homónimos Europeo y Africano, y el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Adicionalmente se trataron temas en relación a sectores vulnerables de la sociedad como lo son los derechos de las mujeres, los pueblos indígenas y afrodescendientes, los derechos de las personas desplazadas y refugiadas.

Finalmente, se abordaron temas que también tienen relación directa con los derechos humanos, pero que requieren un estudio aparte como lo es el derecho internacional humanitario, el trabajo de la Corte Penal Internacional, la justicia transicional y la jurisdicción universal.

Apoya



Organiza



Alcaldía de Medellín