



sur

revista internacional
de derechos humanos

5

SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS es una revista semestral publicada en inglés, portugués y español por Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos. Disponible en Internet en <www.surjournal.org>

CONSEJO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidad de Pretoria (Sudáfrica)

Emilio García Méndez

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sur del Consejo de la Unión Europea (Portugal)

Fiona Macaulay

Universidad de Bradford (Reino Unido)

Flavia Piovesan

Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

J. Paul Martin

Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Kwame Karikari

Universidad de Ghana (Ghana)

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidad de El Cairo (Egipto)

Richard Pierre Claude

Universidad de Maryland (Estados Unidos)

Roberto Garretón

Ex – Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Chile)

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

COMITÉ EJECUTIVO

Andre Degenszajn

Daniela Ikawa

Juana Kweitel

Laura Mattar

DISEÑO GRÁFICO

Oz Design

EDICIÓN

Daniela Ikawa

EDICIÓN DE ARTE

Alex Furini

COLABORACIONES

Catharina Nakashima, Irene Linda Atchison, Miriam Osuna

DISTRIBUCIÓN

Camila Lissa Asano

IMPRESIÓN

Prol Editora Gráfica Ltda.

SUSCRIPCIÓN Y CONTACTO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Pamplona, 1197 – Casa 4

São Paulo/SP – Brasil – CEP 01405-030

Tel. (5511) 3884-7440 – Fax (5511) 3884-1122

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <www.surjournal.org>

SUR – RED UNIVERSITARIA DE DERECHOS HUMANOS es una red de académicos cuya misión es fortalecer la voz de las universidades del Hemisferio Sur en el debate sobre derechos humanos y justicia social, así como promover una mayor cooperación entre estas y las Naciones Unidas. SUR es una iniciativa ligada a Conectas Derechos Humanos, una organización internacional sin fines de lucro con sede en Brasil. (Sitios de Internet: www.conectas.org y www.conectasur.org)

CONSEJO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro
Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa
Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj
Universidad Federal de Rio de Janeiro/Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie
Sciences-Po (Francia)

Cosmas Gitta
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato
Universidad Central de Venezuela (Venezuela)

Eduardo Bustelo Graffigna
Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)

Ellen Chapnick
Universidad de Columbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés
Universidad de Maguncia (Alemania)

Fateh Azzam
Universidad Americana en El Cairo (Egipto)

Guy Haarscher
Universidad Libre de Bruselas (Bélgica)

Jeremy Sarkin
Universidad de Western Cape (Sudáfrica)

João Batista Costa Saraiva
Tribunal Regional de Niños y Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)

Jorge Giannareas
Universidad de Panamá (Panamá)

José Reinaldo de Lima Lopes
Universidad de São Paulo (Brasil)

Julia Marton-Lefevre
Universidad para la Paz (Costa Rica)

Lucía Dammert
FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli
Universidad de Roma (Italia)

Luiz Eduardo Wanderley
Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil)

Malak Poppovic
Fundación de las Naciones Unidas (Brasil)

María Filomena Gregori
Universidad de Campinas (Brasil)

María Herminia Tavares de Almeida
Universidad de São Paulo (Brasil)

Mario Gómez Jiménez
Fundación Restrepo Barco (Colombia)

Miguel Cillero
Universidad Diego Portales (Chile)

Milena Grillo
Fundación Paniamor (Costa Rica)

Mudar Kassis
Universidad Birzeit (Palestina)

Oscar Vilhena Vieira
Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas (Brasil)

Paul Chevigny
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Philip Alston
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.
Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios
Universidad Federal de Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman
Universidad de Nueva York (Estados Unidos)

Víctor Abramovich
Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina)

Victor Topanou
Universidad Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand
Centro Irlandés de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Irlanda (Irlanda)

PRESENTACIÓN



Este quinto número de Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos analiza una amplia gama de temas. Primero se hace un estudio de dos órganos internacionales de protección a derechos: (i) el recién creado Consejo de Derechos Humanos de la ONU y los principales obstáculos que tiene en adelante (Duran), y (ii) el Tribunal Penal Internacional, más específicamente, el papel de actores a menudo negligenciados en los procesos judiciales –las víctimas– ante este Tribunal (González). Se vuelve a tratar la cuestión indígena, especialmente con foco en la protección del derecho a la identidad frente al Sistema Interamericano (Chiriboga). Se presenta también un análisis crítico de la justicia pos-conflicto en países de la región subsahariana, cuestionando los modelos impuestos por países extranjeros (Bosire). Por último se plantean tres temas relativos a la seguridad humana: (i) el servicio policial democrático en la *Commonwealth* del Pacífico (Prasad), (ii) la democratización de la seguridad pública en Brasil (Cano), y (iii) el impacto de la administración Bush en la doctrina internacional de soberanía de los Estados (Farer).

Agradecemos a los siguientes profesores y compañeros su contribución en la selección de los artículos para este número: Alejandro Garro, Christophe Heyns, Emilio García Méndez, Fiona Macaulay, Flavia Piovesan, Florian Hoffmann, Helena Olea, Jeremy Sarkin, Josephine Bourgois, Juan Salgado, Julia Marton-Lefevre, Julieta Rossi, Katherine Fleet, Kwame Karikari y Roberto Garreton.

Creada en 2004 para estimular el debate crítico en derechos humanos así como también el diálogo sur-sur entre activistas, profesores y agentes de organizaciones gubernamentales, Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos, es una publicación de Sur – Red Universitaria de Derechos Humanos,

una iniciativa de Conectas Derechos Humanos (organización no gubernamental internacional con sede en Brasil).

Además de estar disponible *online* en www.surjournal.org, la Revista tuvo entre los años 2004 y 2006 aproximadamente 12 mil ejemplares impresos y distribuidos gratuitamente en tres lenguas –portugués, español e inglés– en más de 100 países. El debate crítico ya tuvo, en esa línea, un comienzo animador. En el intento de alejarse de una perspectiva homogeneizante de los derechos humanos en el sur global, la Revista abarcó temas que reflejan la diversidad de los conflictos y desafíos relativos a la protección de derechos humanos en países del hemisferio sur. Esta diversidad en el debate proviene de la diversidad del propio contexto geográfico, histórico y cultural en el cual estos derechos son (o no) implementados.

La intención es, sin embargo, ampliar todavía más este debate. A modo de ilustración, de los más de 100 países que reciben la revista, los siguientes ya presentaron contribuciones en forma de artículos: Sudáfrica, Alemania, Argentina, Brasil, Colombia, Egipto, Ecuador, Estados Unidos, Hungría, India, México, Namibia, Nigeria, Kenia, y Reino Unido. También recibimos contribuciones de agentes de órganos intergubernamentales, como las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos. En la intención de traer respuestas a las incitaciones hechas y fundamentar un diálogo todavía más rico esperamos contar con artículos principalmente de los países restantes, que ya reciben la revista. Por lo tanto, solicitamos contribuciones especialmente de los siguientes países: Albania, Argelia, Angola, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bangladesh, Belarus, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burundi, Camarones, Chile, China, Costa Rica, Croacia, Congo, Dinamarca, Salvador, Etiopía, Filipinas, Finlandia, Francia, Gambia, Ghana, Grecia, Guatemala, Guinea-Bissau, Islandia, Israel, Italia, Kirguistán, Laos, Liberia, Macedonia, Malawi, Malasia, Mozambique, Montenegro, Marruecos, Nepal, Nicaragua, Níger, Noruega, Países Bajos, Palestina, Panamá, Paquistán, Paraguay, Perú, Polonia, Puerto Rico, Portugal, República Dominicana, Rumania, Rusia, Ruanda, Serbia, Sierra Leona, Sudán, Sri Lanka, Swazilandia, Suecia, Tanzania, Tailandia, Trinidad y Tobago, Turquía, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Vanuatu, Venezuela, Vietnam, Zambia, y Zimbabwe.

CONTENIDOS

CARLOS VILLAN DURAN	7	Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
PAULINA VEGA GONZÁLEZ	19	El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte
OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA	43	El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el Sistema Interamericano
LYDIAH KEMUNTO BOSIRE	71	Exceso de promesas, exceso de incumplimiento: justicia transicional en el África Subsahariana
DEVIKA PRASAD	111	El fortalecimiento de la policía democrática y de la responsabilidad en la <i>Commonwealth</i> del Pacífico
IGNACIO CANO	137	Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen
TOM FARER	157	Hacia un eficaz orden legal internacional: ¿de coexistencia a concertación?
RESEÑA	181	La neutralidad de la ciencia y los derechos humanos

CARLOS VILLAN DURAN

Co-director del Máster en Protección de Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá (Madrid); Presidente de la Asociación Española para el Desarrollo y la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH); Miembro del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo); Ex miembro de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Ginebra, 1982-2005).

RESUMEN

El Consejo DH nació bajo el signo de la provisionalidad, pues en el plazo de un año deberá decidir sobre el futuro del sistema de relatores especiales, del procedimiento de quejas individuales ante los mecanismos extra-convencionales de protección, así como de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. El previsto “mecanismo universal de revisión periódica” debe servir para estudiar la situación de los derechos humanos en todos los países. Para asegurar a las ONG su estatuto consultivo se deberán enmendar los Artículos 68 y 71 de la Carta. Y se debe reconocer a los siete Comités establecidos en tratados internacionales el estatuto de observadores permanentes ante el Consejo DH. (Original en español)

PALABRAS CLAVES

Consejo de Derechos Humanos - Comisión de Derechos Humanos - Naciones Unidas



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

LUCES Y SOMBRAS DEL NUEVO CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

Carlos Villan Duran

Introducción

La segunda Cumbre de Jefes de Estado celebrada en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 16 de septiembre de 2005 la creación de un “Consejo de Derechos Humanos” que se encargara de “promover el respeto universal de la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinciones de ningún tipo y de forma justa y equitativa”; estudiar las situaciones de “infracciones graves y sistemáticas” de los derechos humanos, así como “hacer recomendaciones al respeto”; y promover “la coordinación eficaz y la incorporación de los derechos humanos en la actividad general del sistema de las Naciones Unidas”.¹

Sin embargo, la falta de acuerdo impidió que se concretaran más el mandato, modalidades, funciones, tamaño, composición, calidad de miembro, métodos de trabajo y procedimientos del nuevo Consejo de DH. Los Jefes de Estado confiaron al Presidente de la Asamblea General la tarea de continuar las negociaciones sobre todos estos aspectos.² Tales negociaciones culminaron, al menos parcialmente, el 15 de marzo de 2006, con la adopción de una importante resolución de la Asamblea General que establece el primer marco procesal del Consejo de Derechos Humanos³ sobre la base de un acuerdo de mínimos.

No obstante, las negociaciones deberán continuarse porque el Consejo DH nace bajo el signo de la provisionalidad, ya que dispone ahora de un año para decidir qué hacer con tres cuestiones claves heredadas de la Comisión DH: el sistema de relatores especiales, el procedimiento de quejas individuales

Ver las notas del texto a partir de la página 15.

ante los mecanismos extra-convencionales de protección, así como el futuro de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.⁴ Además, se anuncia que la Asamblea General revisará el estatuto del Consejo DH “a los cinco años de su creación”.⁵

La calidad de miembro

Según la resolución finalmente adoptada, el Consejo DH tendrá su sede en Ginebra en sustitución de la Comisión DH.⁶ A diferencia de ésta, se constituye como órgano subsidiario de la Asamblea General a la que informará anualmente, formulándole recomendaciones respecto de la promoción y protección de los derechos humanos.

Más allá de la ambigüedad de la expresión “formular recomendaciones”, queda claro que éstas se dirigirán únicamente a la Asamblea General, por lo que es de lamentar que se excluya toda relación directa entre el nuevo Consejo DH y el Consejo de Seguridad. En este sentido, la propia resolución de la AG es contradictoria porque en otro lugar reconoce que existe una estrecha relación entre las violaciones masivas de los derechos humanos y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.⁷

El Secretario General, apartándose de las recomendaciones que le habían sido formuladas por el Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio,⁸ recomendó que la Comisión DH (53 Estados) fuera sustituida por un nuevo Consejo DH más pequeño y de carácter permanente; los miembros serían elegidos por mayoría de dos tercios de la Asamblea General.⁹ De esta manera, la propuesta del Secretario General se alineó con las preferencias manifestadas por los Estados Unidos y algunos de sus aliados.

Finalmente se decidió que el Consejo DH estará compuesto por 47 Estados, respetándose una distribución geográfica equitativa.¹⁰ Serán elegidos por períodos de tres años en votación secreta¹¹ y por la mayoría de los miembros de la Asamblea General. No habrá Estados permanentes en el Consejo DH, pues ningún miembro podrá optar por la reelección inmediata después de dos períodos consecutivos.

Aunque la participación en el Consejo DH estará formalmente abierta a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, la resolución en comento innova al introducir tres correctivos que tratan de atajar los problemas de politización excesiva en la composición de la antigua Comisión DH, pero que parecieran tener una dudosa eficacia:

En primer lugar, al elegir a los miembros del Consejo DH “los Estados Miembros deberán tener en cuenta la contribución de los candidatos a la promoción y protección de los derechos humanos y las promesas y compromisos voluntarios que hayan hecho al respecto”.¹² Esta cláusula está redactada en

términos excesivamente ambiguos,¹³ pues es el resultado de una larga negociación en el curso de la cual se habían propuesto criterios más objetivos y definidos como el de exigir a los Estados candidatos que hayan ratificado los siete tratados básicos de derechos humanos.

En segundo lugar, se prevé que la Asamblea General podrá suspender por mayoría de dos tercios a todo miembro del Consejo “que cometa violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”.¹⁴ Aunque la cláusula es innovadora, su eficacia práctica será reducida porque se deja a una mayoría cualificada de la AG –muy difícil de conseguir– la determinación de que un Estado comete o no violaciones sistemáticas de los derechos humanos. Hubiera sido preferible que esa determinación se confiara al dictamen de un experto independiente (relator especial geográfico), lo que evitaría la ineludible politización que una votación de esa naturaleza producirá en el seno de la Asamblea General.

En tercer lugar, los miembros del Consejo “deberán defender las más altas exigencias en la promoción y protección de los derechos humanos, cooperar plenamente con el Consejo y ser examinados con arreglo al mecanismo de examen periódico universal durante su período como miembro”.¹⁵ En realidad esta cláusula es redundante pues impone a los Estados miembros del Consejo DH las mismas obligaciones de comportamiento genéricas que ya tenían todos los Estados por el hecho de ser Miembros de la Organización de las Naciones Unidas. Además, como se pone de relieve más adelante, el mecanismo de examen periódico corre el riesgo de convertirse en un puro examen retórico realizado entre pares (es decir, los propios Estados).

Si bien se pretendió que el Consejo DH tuviera la categoría de órgano principal y permanente de la Organización, con la misma visibilidad política que el Consejo de Seguridad, el ECOSOC o la Asamblea General, las extensas negociaciones condujeron a rebajar su importancia. En efecto, ya hemos señalado que el Consejo de DH se configura como un órgano **subsidiario** de la Asamblea General.¹⁶ Tampoco será permanente pues “se reunirá periódicamente a lo largo del año y celebrará como mínimo tres períodos de sesiones ordinarios por año –incluido un período de sesiones principal–, por una duración total no inferior a diez semanas”.¹⁷ Además, como ya ocurría con la Comisión DH, el Consejo DH podrá celebrar períodos extraordinarios de sesiones, en esta ocasión “a solicitud de un miembro del Consejo, con el apoyo de un tercio de los miembros”.¹⁸

Competencias y funciones

Como ya había adelantado la Cumbre de Jefes de Estado, la Asamblea General reitera ahora que el Consejo DH “será responsable de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de

todas las personas, sin distinciones de ningún tipo y de una manera justa y equitativa”.¹⁹ Más precisamente, el Consejo DH se ocupará de:

- las situaciones en que se infrinjan los derechos humanos, incluidas las infracciones graves y sistemáticas;
- coordinar e incorporar los derechos humanos en la actividad general del sistema de las Naciones Unidas;
- impulsar la promoción y protección de todos los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo;
- promover la educación en derechos humanos;
- prestar servicios de asesoramiento a solicitud de los Estados interesados;
- servir de foro para el diálogo sobre cuestiones temáticas relativas a todos los derechos humanos;
- contribuir al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos;
- promover el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos;
- facilitar el seguimiento de los objetivos y compromisos sobre derechos humanos emanados de las conferencias y cumbres de las Naciones Unidas;
- prevenir las violaciones de los derechos humanos;
- responder con prontitud a las situaciones de emergencia en materia de derechos humanos; y
- supervisar la labor de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.²⁰

Ahora bien, todas estas funciones ya las desempeñaba *de jure* o *de facto* la Comisión DH, por lo que el valor añadido del Consejo DH se limita a su previsible mayor visibilidad política (al ser un órgano subsidiario de la AG en vez de depender del ECOSOC) y a su mayor número de períodos de sesiones ordinarias (al menos tres por año). Las sesiones ordinarias supondrán también un incremento de seis a diez semanas por año.

El mecanismo universal de revisión periódica

La piedra de bóveda bajo la cual el Consejo DH examinará el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos, será un “mecanismo universal de revisión periódica”. Según la resolución en comento, el citado mecanismo estará “basado en información objetiva y fidedigna”, y será realizado por los propios Estados miembros del Consejo DH. Además, el procedimiento garantizará “la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados”; y se basará en un “diálogo interactivo, con la plena participación del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades en relación con el fomento de la capacidad”.²¹

El mecanismo así diseñado no resuelve cuatro aspectos básicos:

En primer lugar, no se indica cómo se medirá el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Hubiera sido lógico que se indicara, al menos, que el examen se realizará sobre la base de las obligaciones dimanadas de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de las obligaciones específicas contraídas por cada Estado mediante la ratificación de los tratados de derechos humanos. Así se habría respetado una práctica bien consolidada en los trabajos de la Comisión DH.

En segundo lugar, tampoco se precisa cómo se proporcionará al Consejo DH la “información objetiva y fidedigna” sobre la situación real en cada país. Por ejemplo, la Alta Comisionada ofreció en su plan de acción que esa información fuera proporcionada por su propia Oficina, pero en el marco de un “informe temático mundial anual sobre derechos humanos”.²²

En nuestra opinión, sería preferible que tal información se contuviera en un **informe anual** sobre la situación de los derechos humanos en todos los Estados Miembros de la Organización, que fuera presentado ante el Consejo DH por una **comisión de expertos independientes**²³ (quizás la misma Subcomisión), que trabajara en estrecha coordinación con el sistema de relatores especiales y grupos de trabajo actualmente existente en el marco de la Comisión DH, así como con los órganos de protección establecidos en tratados internacionales de derechos humanos.

La citada comisión debiera contar también con el apoyo técnico no solamente de la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, sino también de los demás organismos especializados²⁴ y subsidiarios²⁵ del sistema de las Naciones Unidas, así como de los departamentos de la Secretaría²⁶ que gozan de una amplia presencia en todos los países del mundo.

Un informe anual así elaborado evitaría definitivamente la selectividad entre países, garantizaría un examen de todos los Estados en régimen de igualdad y avanzaría sustancialmente en la coordinación real de todo el sistema de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

En tercer lugar, la resolución en comento se limita a decir que el examen será realizado “por los propios Estados miembros del Consejo DH”, pero no concreta si lo harán en sesión pública (sometida al escrutinio de los observadores acreditados, incluidas las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos) o privada. Si en la práctica el Consejo DH se inclinara por realizar ese examen crucial a puerta cerrada, el procedimiento sería una mera repetición del tristemente célebre “procedimiento 1503” que había sido establecido por el ECOSOC en 1970 para “dialogar” a puerta cerrada con los Estados violadores de los derechos humanos sin ningún resultado efectivo.

Por último, en cuarto lugar, el mecanismo diseñado insiste en que el examen se hará con la finalidad de identificar las necesidades de cada Estado en relación con el fomento de su capacidad institucional, en vez de identificar el grado de cumplimiento real de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Si así fuera la comunidad internacional estaría renunciando a un mecanismo de fiscalización internacional que ya había asumido la Comisión DH en su práctica, aunque imperfecta, a través del sistema de relatores geográficos y temáticos.

Preservar el acervo de la comisión

El Consejo de DH diseñado en la resolución 60/251 de la AG no preserva suficientemente el acervo de experiencias positivas acumuladas por la Comisión DH a lo largo de su dilatada existencia de más de 60 años. Se debieran aprovechar los próximos años para revisar el estatuto del Consejo DH de manera que se recoja e incluso se mejore ese acervo, que se puede concretar en cuatro aspectos:

En primer lugar, la Comisión DH ha desarrollado una extraordinaria actividad en materia de codificación y desarrollo progresivo del DIDH que el futuro Consejo de DH debiera continuar e incluso superar. Debe recordarse que solamente en 2005 la Comisión DH había concluido con éxito la codificación de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.²⁷ La Comisión DH también tomó nota del “Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, como directrices para ayudar a los Estados a desarrollar medidas efectivas para combatir la impunidad.²⁸ Por último, un Grupo de Trabajo de la Comisión DH aprobó el 23 de septiembre de 2005 el proyecto de “Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”.²⁹

Es de esperar que el Consejo DH conceda prioridad a la aprobación definitiva de ese importante proyecto de convención contra las desapariciones, pues entre sus funciones figura la de formular recomendaciones a la AG “para seguir desarrollando el derecho internacional en la esfera de los derechos humanos”.³⁰

Pero es preocupante que la res. 60/251 no preserve la actual arquitectura codificadora de la Comisión DH, en la que la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos juega un papel vital al actuar como el órgano de expertos independientes que, en estrecho contacto con las necesidades de la sociedad civil, debe asesorar al órgano intergubernamental (antes la Comisión DH, ahora el Consejo DH) sobre las prioridades y las materias a codificar y desarrollar progresivamente en el campo del DIDH.³¹ La débil referencia a que el Consejo

DH mantendrá un “asesoramiento especializado”,³² es manifiestamente insuficiente para asegurar la continuidad de los trabajos de la Subcomisión.

En segundo lugar, no debiera someterse a discusión la continuidad del valioso sistema de relatores especiales y grupos de trabajo (en la actualidad son 17 geográficos y 31 temáticos) de la Comisión DH, lo mismo que el procedimiento de quejas individuales pacientemente construido en el ámbito extra-convencional de protección al calor de la práctica de los diferentes relatores especiales y grupos de trabajo especialmente temáticos, inspirándose en la labor eficaz del Grupo de Trabajo sobre las Detenciones Arbitrarias. Ante la falta de acuerdo entre los Estados se ha alargado la negociación durante un año más,³³ por lo que la incertidumbre sigue planeando sobre estos aspectos neurálgicos del sistema extra-convencional de protección.³⁴

En tercer lugar, después de arduas negociaciones la Asamblea General reconoce la importancia crucial de las ONG en materia de derechos humanos, de manera que seguirán disfrutando al menos de las mismas facilidades de acceso al futuro Consejo de DH que ahora tienen ante la Comisión DH. Hasta ahora el estatuto consultivo vinculaba las ONG al Consejo Económico y Social (ECOSOC) por imperativo de los Artículos 68 y 71 de la Carta NU. Los aspectos prácticos se regulaban conforme a lo establecido en la resolución 1996/31 del ECOSOC.³⁵

El problema que subsiste es el referido a la técnica legislativa empleada por la AG en su res. 60/251, que está en manifiesta contravía con lo establecido en los Artículos 68 y 71 de la Carta NU. En efecto, al configurarse el Consejo DH como un órgano subsidiario de la AG, será necesario modificar esas disposiciones de la Carta para ampliar el estatuto consultivo de las ONG a la propia AG y sus órganos subsidiarios. En cualquier caso, las Naciones Unidas necesitan de la legitimación de la sociedad civil, por lo que sus representantes genuinos deben ser incorporados con urgencia a los trabajos no sólo de la AG y por ende de su nuevo Consejo DH, sino también del Consejo de Seguridad.

Por último, en cuarto lugar, el gran olvidado del nuevo Consejo DH —a diferencia, por ejemplo, de las instituciones nacionales de derechos humanos— es el sistema **convencional** de protección de derechos humanos. En efecto, la res. 60/251 solamente hace una referencia a ese importante sistema de protección en sentido negativo: el mecanismo universal de revisión periódica “no repetirá la labor de los órganos creados en virtud de tratados”.³⁶

Por el contrario, sería altamente deseable que en la futura revisión del estatuto del Consejo DH se contemplara la coordinación de sus trabajos con el de los diferentes Comités, estableciéndose relaciones institucionales permanentes de trabajo que incluyan el reconocimiento de un estatuto de observadores permanentes ante el Consejo DH para los siete Comités establecidos en tratados, ya que ambos sistemas de protección (convencional y extra-convencional) son complementarios y convergen en el mismo objetivo: la protección internacional de los derechos de la persona humana.

Conclusiones

Es evidente que el Consejo DH ha nacido bajo el signo de la provisionalidad, pues en el plazo de un año deberá decidir sobre tres cuestiones básicas heredadas de la Comisión DH, a saber: el futuro del sistema de relatores especiales, del procedimiento de quejas individuales ante los mecanismos extra-convencionales de protección y de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Además, tanto la Asamblea General como el propio Consejo DH deberán revisar el estatuto de este último dentro de cinco años. Por consiguiente, se deberán aprovechar esas oportunidades para conseguir en los próximos años que:

- el Consejo DH tenga la categoría de órgano principal y permanente de la Organización; tenga una composición **universal**; y disfrute de la misma visibilidad política que el Consejo de Seguridad, el ECOSOC o la Asamblea General;
- el Consejo DH y el Consejo de Seguridad tengan una relación de trabajo directa, horizontal y fluida, en virtud del reconocimiento de la estrecha relación existente entre las violaciones masivas de los derechos humanos y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales;
- transitoriamente, mientras no se alcance el objetivo de que el Consejo DH tenga una composición universal, se exija a los Estados candidatos que hayan ratificado, al menos, los siete tratados básicos de derechos humanos y sus correspondientes protocolos facultativos;
- la determinación de que un Estado comete o no violaciones sistemáticas de los derechos humanos, a los efectos de su suspensión como Estado miembro del Consejo DH, debiera ser confiada al dictamen de un experto independiente (relator especial geográfico).

En cuanto al “mecanismo universal de revisión periódica”, debiera precisarse que:

- la evaluación de cada Estado se realizará sobre la base de las obligaciones dimanadas de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de las obligaciones específicas contraídas mediante la ratificación de los tratados de derechos humanos;
- la fuente de información será el **informe anual** sobre la situación de los derechos humanos en todos los Estados Miembros de la Organización, que será preparado bajo la autoridad de una comisión de expertos independientes, que pudiera ser la misma Subcomisión convenientemente renovada;
- el Consejo DH sesionará en reunión pública, sometido al escrutinio de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos;
- el objetivo principal de la revisión periódica entre pares será **evaluar** la

situación de los derechos humanos en cada país y, subsidiariamente, señalar medidas idóneas de capacitación técnica y desarrollo institucional.

Adicionalmente, el Consejo DH debe despejar las dudas sobre cuatro aspectos esenciales:

- Primero, la codificación y desarrollo progresivo del DIDH. Se debe aprobar de inmediato el proyecto de Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. También se deben acelerar los trabajos de codificación del proyecto de declaración universal sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y del proyecto de protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Hacia futuro, se debe preservar la arquitectura codificadora heredada de la Comisión DH, en la que la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos jugaba un papel vital al mantener un estrecho contacto con la sociedad civil.
- Segundo, la continuidad del valioso sistema de relatores especiales y grupos de trabajo de la Comisión DH (17 geográficos y 31 temáticos). En lo inmediato, el Consejo DH debe renovar en 2006 el mandato de 21 de esos procedimientos especiales, muchos de los cuales están habilitados para recibir quejas individuales en el ámbito extra-convencional de protección.
- Tercero, se debe asegurar a las organizaciones no gubernamentales en materia de derechos humanos que seguirán disfrutando de las mismas facilidades de acceso al Consejo de DH. Para ello se deberán enmendar los Artículos 68 y 71 de la Carta NU.
- Y, cuarto, se debe reconocer a los siete Comités establecidos en tratados internacionales de derechos humanos el estatuto de observadores permanentes ante el Consejo DH, de modo que se aseguren unas relaciones permanentes e institucionalizadas de trabajo entre los dos sistemas (convencional y extraconvencional) de protección internacional de los derechos humanos.

NOTAS

1. Asamblea General, Resolución 60/1, "Documento Final de la Cumbre Mundial 2005", 16 de septiembre de 2005, párrs. 157-159.

2. Ibid, párr. 160

3. En adelante: Consejo DH. Resolución 60/251 de la Asamblea General, aprobada el 15 de marzo de 2006 por 170 votos a favor, 4 en contra (Estados Unidos, Israel, Islas Marshall y Palau) y 3 abstenciones (Belarús, Irán y Venezuela). Las consecuencias presupuestarias de esta resolución se

han cifrado en una consignación adicional de US\$4.328.700 (Asamblea General, doc. A/60/721, de 15 de marzo de 2006, párr. 4).

4. Asamblea General, Res. 60/251, Párr. 6.

5. Ibid, párr. 1 *in fine*. Por su parte, el propio Consejo DH también “revisará su labor y su funcionamiento cinco años después de su establecimiento e informará al respecto a la Asamblea General” (párr. 16).

6. La Comisión DH será abolida por el ECOSOC el 16 de junio de 2006 (párr. 13 de la res. 60/251). Según el párrafo 15, las primeras elecciones al Consejo DH se celebraron el 9 de mayo de 2006 y la primera sesión del mismo comenzará el 19 de junio de 2006.

7. Así lo recoge el párrafo preambular 6 de la res. 60/251 de la Asamblea General: “Reconociendo que la paz y la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos son los pilares del sistema de las Naciones Unidas y los cimientos de la seguridad y el bienestar colectivos y que el desarrollo, la paz y la seguridad y los derechos humanos están vinculados entre sí y se refuerzan unos a otros”.

8. El conocido como “informe Panyarachun” abogó porque la Comisión DH continuara existiendo pero con una composición universal, esto es, los 192 Estados Miembros de la Organización. Cfr. Asamblea General, Doc. A/59/565, de 2 de diciembre de 2004, párr. 285. A largo plazo, el mismo Grupo consideró que la Comisión debería convertirse en un Consejo DH que fuera un órgano principal de la Carta, lo mismo que el Consejo de Seguridad (Ibid, párr. 291).

9. Asamblea General, Doc. A/59/2005, de 21 de marzo de 2005, titulado “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos”, p. 67, párr. 8 (e).

10. El párrafo 7 de la resolución 60/251 de la Asamblea General establece la distribución geográfica. Conforme a la primera elección practicada el 9 de mayo de 2006, el Consejo DH queda conformado como sigue: Grupo de Estados de África: 13 puestos (Argelia, Camerún, Djibouti, Gabón, Ghana, Malí, Marruecos, Mauricio, Nigeria, Senegal, Sudáfrica, Túnez y Zambia); Grupo de Estados de Asia: 13 puestos (Arabia Saudita, Bahrein, Bangladesh, China, Filipinas, India, Indonesia, Japón, Jordania, Malasia, Pakistán, República de Corea y Sri Lanka); Grupo de Estados de Europa oriental: 6 puestos (Azerbaiyán, Federación de Rusia, República Checa, Polonia, Rumania y Ucrania); Grupo de Estados de América Latina y el Caribe: 8 puestos (Argentina, Brasil, Cuba, Ecuador, Guatemala, México, Perú y Uruguay); Grupo de Estados de Europa occidental y otros Estados: 7 puestos (Alemania, Canadá, Finlandia, Francia, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza).

11. El voto secreto es una novedad importante porque permite a los Estados votar en conciencia, libres de la presión política acostumbrada de las grandes potencias. El riesgo a verse políticamente deslegitimado por la comunidad internacional es lo que, presumiblemente, ha llevado a Estados Unidos a anunciar que no presentará su candidatura, si bien este anuncio es coherente con su voto en contra de la creación del Consejo DH (Asamblea General, Res. 60/251).

12. Asamblea General, Res. 60/251, Párr. 8.

13. Ambigüedad que fue aprovechada por los Estados candidatos a la primera elección, que se limitaron a publicitar sus “logros” en materia de derechos humanos y a realizar promesas de poco calado.

14. Ibid, párr. 8 *in fine*. Al menos en 26 de los Estados elegidos el 9 de mayo de 2006 (*vid. supra*, nota 10) se pueden constatar violaciones graves y sistemáticas de un buen número de derechos humanos.

15. Ibid, párr. 9.

16. Asamblea General, Res. 60/251, Párr. 1. También nace el Consejo DH con cierta provisionalidad pues, como ya indicamos, se anuncia que "la Asamblea revisará su estatuto a los cinco años de su creación".
17. Asamblea General, Res. 60/251, Párr. 10. Con todo, ello significa un cierto progreso en relación con la Comisión DH, que estaba autorizada a reunirse durante un solo período de sesiones ordinario al año de seis semanas de duración.
18. *Ibid*, párr. 10 *in fine*.
19. Asamblea General, Res. 60/251, Párr. 2.
20. Asamblea General, Res. 60/251, Párr. 3-5.
21. Asamblea General, Res. 60/251, Párr. 5.e). Se prevé también que el Consejo DH determinará las modalidades y la asignación de tiempo necesaria del mecanismo universal de revisión periódica en el plazo de un año después de la celebración de su primer período de sesiones.
22. Véase Asamblea General, doc. A/59/2005/Add.3, de 26 de mayo de 2005, párr. 86.
23. Un antecedente muy valioso lo constituye la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, compuesta de 20 expertos independientes. Informa anualmente a la Conferencia Internacional del Trabajo sobre el cumplimiento de los convenios internacionales del trabajo por cada uno de sus Estados Partes.
24. OIT, Unesco, FAO, OMS.
25. PNUD, Unicef, ACNUR, PMA, la Comisión de Construcción de la Paz.
26. Especialmente el departamento de operaciones de mantenimiento de la paz o el departamento de asuntos humanitarios.
27. CDH, Res. 2005/35, de 19 de abril de 2005, Anexo. Estos principios fueron confirmados por el ECOSOC y la AG a finales de 2005.
28. CDH, Res. 2005/81 de 21 de abril de 2005, Párr. 20. La actualización de estos principios había sido realizada por la Prof. Diane Orentlicher, experta independiente, y se pueden consultar en el doc. E/CN.4/2005/102/Add.1 (ECOSOC), de 8 de febrero de 2005.
29. El texto de la futura Convención está disponible en la Web del Alto Comisionado: <www.ohchr.org>, consultado el 15 de agosto, 2006.
El citado proyecto deberá ser aprobado formalmente por el Consejo DH en junio de 2006 y posteriormente por la Asamblea General en diciembre de 2006.
30. Asamblea General, Res. 60/251. Párr. 5.c).
31. Véase, por ejemplo, la decisión 2005/114 de la Subcomisión.
32. Asamblea General, Res. 60/251, párr. 6.
33. *Ibid*, párr. 6 *in fine*.
34. Correspondía a la Comisión DH renovar en 2006 el mandato de 21 de esos procedimientos especiales, pero la prematura suspensión de su período de sesiones en marzo de 2006 le impidió pronunciarse sobre este extremo crucial, dejando la decisión en manos del Consejo DH.
35. *Ibid*, párr. 11 *in fine*.
36. *Ibid*, párr. 5.e).

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

Mexicana, Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de México y Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame, EEUU. Actual coordinadora regional para América Latina y el Caribe de la Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI).

Las opiniones vertidas en el artículo son responsabilidad exclusiva de la autora y no representan la opinión de la CCPI.

RESUMEN

La Corte Penal Internacional (CPI) ofrece un innovador y complejo sistema de justicia que contempla los derechos de las víctimas. Si bien estos derechos no son absolutos, debido a que se encuentran sujetos a las garantías de un juicio justo e imparcial, la Corte reconoce a las víctimas como partes legítimas en sus procedimientos. Sin embargo, este sistema representa un gran reto para esta Corte al que ya se ha enfrentado a través de las primeras investigaciones y el inicio de su primer caso. A lo largo de este trabajo se explica el papel de las víctimas en el sistema de justicia de la CPI, los derechos que se establecieron en el Estatuto y demás normas aplicables a los procedimientos de la Corte, así como la interpretación que de éstos ha realizado la Corte en sus primeras decisiones y se detalla la organización que ha adoptado la misma para dar cumplimiento a este importante mandato. (Original en español)

PALABRAS CLAVES

Corte Penal Internacional - Víctimas - Derecho de las víctimas - Derecho a la participación - Derecho a la protección - Derecho a la reparación



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS EN LOS PROCEDIMIENTOS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: SUS DERECHOS Y LAS PRIMERAS DECISIONES DE LA CORTE

Paulina Vega González

Para sorpresa de todos, incluso de los pronósticos más optimistas, la Corte Penal Internacional (en adelante “la CPI” o “la Corte”) es hoy una realidad; y es que a menos de ocho años de adoptado el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹ (en adelante “el Estatuto de Roma” o “el Estatuto”) ya ha comenzado sus primeras investigaciones y se enfrenta hoy ante el inicio de su primer caso.² Ante esta situación, se hace necesario abordar uno de los temas más innovadores de este naciente sistema de justicia penal internacional: los derechos de las víctimas en los procedimientos de la Corte. Para ello, este trabajo tiene como principal objetivo brindar al lector una visión general sobre el papel de las víctimas y la interpretación que de ésta ha realizado la Corte en sus primeras decisiones.

El reconocimiento de los derechos de las víctimas representa uno de los mayores avances de la justicia penal internacional producto del establecimiento de la CPI, éstos representan una novedad y un gran reto al cual se ha enfrentado ya la Corte en sus primeras actuaciones. Sin embargo, poco se ha escrito sobre el tema,³ aunque cada día se reconoce más su importancia en el discurso de los propios funcionarios de la CPI y por aquellos estudiosos del derecho penal internacional.

Con la intención de facilitar el entendimiento del papel de las víctimas en el sistema de justicia de la CPI, propongo en un primer lugar detallar cuáles son los derechos que se establecieron en el Estatuto y demás normas aplicables a los procedimientos de la Corte, así como la interpretación que de éstos ha hecho la Corte en sus primeras decisiones, para en un segundo lugar, abordar la organización que ha adoptado la misma para dar cumplimiento al importante mandato que ésta tiene frente a las víctimas de aquellos crímenes considerados los más graves contra la humanidad.

Ver las notas del texto a partir de la página 37.

La inclusión de los derechos de las víctimas: novedad y reto para la Corte Penal Internacional

Resulta extraordinario considerar la inclusión de los derechos de las víctimas en el Estatuto un tema novedoso para la justicia penal internacional; y es que contrario a lo que pudiera pensarse, en los tribunales penales que precedieron la CPI –el tribunal militar de Nuremberg, de Tokio, o los tribunales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia o Ruanda– no encontramos antecedentes, en sus Estatutos, práctica o jurisprudencia, sobre la inclusión de los derechos de las víctimas tal y como se encuentran reflejados en el Estatuto de Roma. En estos tribunales no consideraron a las víctimas como una parte legítima e independiente en los procedimientos por lo que no se les otorgó un espacio propio y su participación se limitó a brindar testimonios en calidad de testigos.

Así, en las discusiones previas a la adopción del Estatuto de Roma, e incluso en la misma Conferencia de Plenipotenciarios de Naciones Unidas para el Establecimiento de la Corte Penal Internacional, el debate sobre la inclusión de la participación de las víctimas en los procedimientos formó parte de los acalorados debates que las delegaciones tuvieron durante las negociaciones sobre el articulado del Estatuto.⁴ Lo anterior se debió a que no para todas las delegaciones de los Estados participantes el papel de las víctimas en un proceso penal era comprendido del todo; en este sentido, no existía certeza sobre cuál sería el acuerdo que finalmente alcanzarían los Estados al aprobar el Estatuto de Roma.

Para algunos países como Francia, Argentina, Colombia o Guatemala, el papel de las víctimas en los procesos ante la CPI era comprendido con mayor facilidad debido a que en su legislación nacional, en mayor o menor medida, encontramos la figura de parte civil o de querellante solidario en los procesos penales, donde la víctima cuenta con un papel independiente al del fiscal. Por ello, estos países entendían la demanda de las organizaciones de la sociedad civil⁵ quienes insistían en que se reconociera un papel autónomo para las víctimas en los procesos de la CPI.

Sin embargo, si para los países de América Latina los derechos de las víctimas en el proceso penal continúa siendo un tema poco explorado, a pesar de compartir el sistema jurídico civil o germano románico; para aquellos países del sistema jurídico anglosajón o *common law*, éste es un elemento que resulta totalmente ajeno.

El Estatuto es el resultado de la balanza entre los diferentes sistemas jurídicos existentes que establece un sistema mixto en sus procedimientos en los cuales podemos encontrar tanto algunos aspectos derivados del sistema civil como otros derivados del sistema anglosajón. Esta mezcla trajo consigo la inclusión de un innovador sistema de justicia que reconoce la importancia de las víctimas en la lucha contra la impunidad y les otorga un papel autónomo. Este reconocimiento se encuentra plasmado en el propio Preámbulo del Estatuto al tener presente que:

“[...] en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”. Sin embargo, el ejercicio de este papel y de los derechos aún se encuentra limitado por los derechos de la defensa y por las garantías de un juicio justo e imparcial, tal y como se detalla en los apartados siguientes.

Los derechos de las víctimas se encuentran dispersos en los diferentes cuerpos normativos que regulan los procedimientos frente la Corte, a saber: el Estatuto, donde se establecen los principales derechos, los cuales a su vez son desarrollados por las Reglas de Procedimiento y Prueba,⁶ el Reglamento de la Corte⁷ y el Reglamento de la Secretaría de la Corte.⁸ En estos instrumentos existen más de 115 disposiciones que hacen referencia a las víctimas,⁹ esta cifra no hace más que reflejar la complejidad del sistema que regula la forma en que sus derechos pueden ser ejercidos y de cómo la Corte, a través de sus distintos órganos, se organiza para dar cumplimiento al importante mandato que le ha sido encomendado en relación a las víctimas.¹⁰

Los derechos de las víctimas

Como mencionamos anteriormente es en el Estatuto de Roma donde se establecen los derechos de las víctimas; pero antes de entrar al estudio de éstos resulta importante clarificar el concepto de víctima para la Corte y así comprender quiénes pueden ser los titulares de estos derechos. La regla 85 define a las víctimas como:

Para los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

- Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;
- Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

La regla no va más allá al definir cuáles son las características que deben revestir el daño sufrido o si la persona debe ser afectada directa o indirectamente.¹¹ De esta redacción podemos decir que en principio, cualquier persona que considere ha sufrido un daño como consecuencia de la comisión del crimen de genocidio, crimen de lesa humanidad o crimen de guerra de acuerdo a la definición contenida en el Estatuto, y si éste cae bajo la jurisdicción de la Corte por competencia *ratione personae* o *loci* y *ratione temporis*, puede potencialmente ser reconocida como víctima ante la Corte si demuestra ante ella que el daño sufrido es producto de dichas conductas.

Los derechos de las víctimas pueden ser agrupados en tres grandes categorías:

(1) El derecho a la participación, (2) el derecho a la protección y (3) el derecho a solicitar reparación. De estos derechos que podemos llamar “principales” a su vez se derivan derechos “accesorios” como se explica a continuación.

Sin embargo, como mencionamos anteriormente, estos derechos no son absolutos, ya que en aras de mantener un juicio justo e imparcial en el que se respeten los derechos y garantías judiciales del acusado se otorgó la facultad a la Corte, para decidir la mejor forma en que estos podrán ser ejercidos, a saber: de una manera que no redunde en el detrimento de un juicio justo e imparcial. Es decir, el ejercicio de los derechos se encuentra aún condicionado a las decisiones de los jueces quienes en cada caso tendrán la función de velar por un lado, por el respeto de un juicio justo y por el otro, por el ejercicio de los derechos de las víctimas.

Resulta fundamental reconocer que en esta necesaria balanza entre los derechos del acusado y los derechos de las víctimas, existe ya una obligación de la Corte quien, en principio, deberá permitir y facilitar el ejercicio de los derechos de las víctimas de manera efectiva o fundamentar las razones que motivan un ejercicio restringido de los mismos.¹²

A continuación se desarrollan las categorías de los derechos principales para después ilustrar, con la primera decisión de la Sala de Cuestiones Premilitares I sobre la participación de las víctimas en la situación de la República Democrática de Congo,¹³ la interpretación que sobre estos derechos ha hecho la Corte en lo que es el primer antecedente jurisprudencial sobre los derechos de las víctimas en la CPI.

Derecho a la participación

El derecho a la participación de las víctimas en los procedimientos de la Corte es el principal de los derechos otorgados por el Estatuto, su base se encuentra en el artículo 68(3) que establece lo siguiente:

La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Del texto de esta disposición se desprenden diversos elementos que deben ser atendidos para comprender el alcance de este derecho, el cual se ve desarrollado principalmente por las reglas 89 a 93, al igual que diversas las disposiciones del Reglamento de la Corte y de la Secretaría.

En primer lugar, las víctimas tienen el derecho de presentar y a que sean consideradas sus opiniones y observaciones cuando se vieran afectados sus intereses personales por determinada actuación de la Corte. Para ejercer este derecho las víctimas deberán presentar una solicitud escrita al Secretario de la Corte de acuerdo a la regla 89(1) en la que deberán exponer la intención de ejercer su derecho a la participación y las razones por las cuales consideran deben ser reconocidos en su calidad de víctimas frente a una determinada situación o caso.

Con el objetivo de facilitar el ejercicio de este derecho por las víctimas la Secretaría de la Corte elaboró formatos estándar de solicitudes de participación.¹⁴ Estos formularios deberán ser distribuidos por la propia Secretaría en aquellos lugares donde la Corte realiza actividades de investigación y en la medida de lo posible, estos deberán estar accesibles en los idiomas que hablen las víctimas,¹⁵ quienes preferiblemente deberán hacer uso de estos formularios y asegurarse de proporcionar a la Corte toda la información que se solicita en los mismos.¹⁶ La Secretaría deberá auxiliar a las víctimas en el llenado de estos formatos y para ello capacitará a las víctimas o a personas que trabajen con víctimas o grupos de víctimas en el terreno.¹⁷

Las solicitudes de participación también deberán, en la medida de lo posible, ser presentadas al inicio de la etapa en la cual se desee participar y en alguno de los idiomas de trabajo de la Corte, a saber: inglés o francés. Estas solicitudes serán remitidas por la Secretaría a la Sala correspondiente con un informe sobre todas las solicitudes recibidas con la intención de facilitar la decisión de la Sala correspondiente¹⁸ quien será la que determine si los solicitantes demostraron ser víctimas de acuerdo a la regla 85.

Para facilitar la decisión de la Sala, el Secretario podrá solicitar información adicional que no haya sido contenida en la solicitud de participación de acuerdo con la norma 86(4).¹⁹ La solicitud de información adicional también podrá ser realizada por la Sala con el objetivo de fundamentar su decisión.

Una vez que la Corte tenga a su disposición dichas solicitudes determinará quienes tienen el carácter de víctimas y por lo tanto podrán participar en los procedimientos y la modalidad de dicha participación de acuerdo a la regla 89.²⁰

¿Cuándo podrán ejercer este derecho las víctimas?

El derecho a la participación puede ejercerse en cualquier etapa de los procedimientos ante la Corte. Los procedimientos ante la Corte comprenden: la investigación desarrollada exclusivamente por la Fiscalía; el *proceso* que inicia con la identificación del presunto responsable y la solicitud de una orden de detención o cuando el acusado sea presentado ante la Corte para la audiencia de confirmación de cargos, etapa que incluye la apelación, y finalmente la etapa de reparación en caso de ser celebrada por separado después de emitida la sentencia condenatoria.

Lo anterior se ve reforzado por el hecho de que en todas estas etapas de los

procedimientos existen disposiciones que hacen referencia explícita a los derechos de las víctimas; así por ejemplo, en la etapa de investigación las víctimas pueden enviar información al Fiscal para promover el inicio de una investigación *motu proprio* de acuerdo al artículo 15(3) y también las víctimas podrán presentar observaciones ante la Sala de Cuestiones Preliminares cuando el Fiscal presente una petición de autorización para el inicio de una investigación. Ya en la etapa del proceso o juicio como tal, en el caso de que la competencia de la Corte o la admisibilidad se vieran impugnadas, de acuerdo al artículo 19(3)²¹ las víctimas podrán presentar sus observaciones y finalmente de acuerdo al artículo 82(4), las víctimas podrán, en la etapa de reparaciones, apelar la orden de reparación.

Frente a la situación anterior, podemos adelantar que existirán diferentes grupos de víctimas en las diferentes fases del proceso ante la Corte debido a que se estudian situaciones en las que presuntamente se han cometido crímenes de la competencia de la Corte y en las cuales se deben individualizar posteriormente a los presuntos responsables para finalmente condenar a quienes hayan resultado culpables de los hechos probados. Esto genera la posibilidad de que en un primer momento, frente a la etapa de investigación exista un primer grupo de víctimas: “Las víctimas de la situación”; en una segunda etapa el grupo de víctimas se reduciría a aquellas que aleguen ser “las víctimas de los hechos” que se le imputan al presunto responsable de los crímenes por los cuales el Fiscal lo someta a juicio; y finalmente un tercer grupo, de víctimas, “las víctimas del condenado” si han demostrado que han sufrido daño producto de los hechos por los que se le ha condenado al responsable.

Ante este escenario complejo se ha enfrentado la Corte en sus primeras decisiones, por lo que en un momento dado, tarde que temprano, la Corte deberá preguntarse ¿qué tipo de justicia ofrecerá a las víctimas que queden fuera del último grupo de víctimas?, más aún, si es de público conocimiento que el Fiscal sólo enfocará los juicios e investigaciones a aquellas personas que tengan el mayor grado de responsabilidad de los crímenes. Esto generará que sólo haya juicios contados en la Corte en situaciones en donde puede adelantarse que existirá un gran número de víctimas.

Pero regresando al ejercicio del derecho a la participación, en la medida de lo posible las víctimas deberán presentar sus solicitudes de participación antes del inicio de la etapa del procedimiento ante la cual deseen presentar sus observaciones. Para lograr lo anterior la Corte debe dar publicidad al inicio de la investigación o de los procedimientos ante la Corte, particularmente en el lugar donde podrían encontrarse las víctimas y así facilitar que éstas presenten su solicitud de participación al inicio de los procedimientos.

Realizada dicha solicitud, la Sala competente deberá decidir si los solicitantes han proporcionado los elementos suficientes para suponer que cuentan con los requisitos mencionados en la regla 85 en relación a la situación o al caso concreto

a que su solicitud haga referencia. Posteriormente, la Corte deberá decidir, en el caso de acreditarse la condición de víctima ante ésta, la forma de participación; y si esta participación deberá ser llevada a cabo por su representante legal. Esta decisión de la Sala debe ser comunicada a las partes y podrá ser posteriormente modificada de acuerdo a la regla 91(1).

Las solicitudes de las víctimas deberán hacerse del conocimiento de la Fiscalía y de la Defensa, sin embargo las víctimas pueden solicitar que se reserve cierta información para garantizar su seguridad por lo que la Sala respectiva decidirá sobre la procedencia de dicha solicitud o sobre las medidas que pueden adoptarse al respecto.

La representación legal

Íntimamente vinculado al derecho de la participación se encuentra la representación legal y este derecho, de acuerdo a lo dispuesto por diferentes disposiciones, deberá ser ejercido en ciertos momentos procesales por los representantes legales.²² Por ello, un derecho accesorio a la participación es el derecho de la víctima a elegir libremente a su representante legal.²³ Estos representantes deberán cumplir con ciertos requisitos para ser aceptados por la Corte, como contar con diez años de experiencia.²⁴ Los requisitos son las mismas calificaciones que deben cubrir los representantes de la defensa establecidos de acuerdo con las Reglas de Procedimiento y Prueba 22 y 90(6).

Igualmente ha sido contemplada la figura del asistente legal con la intención de facilitar que la persona más cercana a las víctimas pueda formar parte de su representación legal ante la Corte.²⁵ Así, todo aquél que cumpla con los requisitos establecidos deberá de llenar los formularios respectivos suministrando la información pertinente y solicitar a la Secretaría de la Corte su acreditación como representante explicitando su deseo de ser representante legal de las víctimas, de la defensa o de cualquier parte indistintamente.²⁶

Adicionalmente, la Corte ha previsto que el número de víctimas de cada situación será elevado y con el objetivo de velar por la integridad del juicio y agilizar los procedimientos, pero al mismo tiempo permitir la participación de las víctimas, ha dispuesto la figura de la representación común para las víctimas.²⁷ Puede esperarse que esta modalidad será utilizada con amplia frecuencia en los procedimientos, particularmente en la etapa del juicio donde la necesidad de que las víctimas o grupos de víctimas elijan un representante común puede ser establecida por la Corte desde el momento mismo en que decida sobre la solicitud de participación.²⁸

La Corte tiene un papel activo frente a la representación legal de las víctimas, que si bien no es tan amplio como aquel frente a la representación legal de la defensa, sí la constriñe a asistirles en el ejercicio de sus derechos. En este sentido, la Secretaría de la Corte facilitará la elección de un representante legal,²⁹

particularmente cuando tenga que elegirse a un representante común ante la imposibilidad de que las víctimas o los grupos de víctimas elijan libremente a su representante común. Para ello el Secretario deberá observar en todo momento las opiniones de las víctimas.³⁰

Por otro lado, a nadie escapan los altos costos que implicará para las víctimas la participación en los procedimientos de la Corte. Por lo general, las víctimas que participan ante instancias internacionales son asistidas por organizaciones que cuentan a su vez con financiamiento limitado para realizar esta tarea. Ante esta situación la Corte ha previsto, aunque sea de manera limitada y de acuerdo a la norma 83 y 84 (Reglamento de la Corte) y la regla 90(5) (Reglas de Procedimiento y Prueba), asistir financieramente a las víctimas para cubrir los gastos que la representación legal signifique. La posibilidad de que las víctimas accedan a la asistencia pagada,³¹ cuyo alcance será determinado por la Secretaría, en consulta con la Sala respectiva, deberá ser informada a las víctimas. Para acceder a esta asistencia, el Secretario ha desarrollado un formato para determinar los medios del solicitante, de la víctima, y decidir si cubrirá totalmente o parcialmente dicha asistencia. Esta decisión podrá ser revisada por la Presidencia a solicitud de la víctima.³²

La notificación y la publicidad de los procedimientos

Otro de los derechos accesorios al de la participación es el derecho a la notificación; una vez que las víctimas sean reconocidas como tales frente a la Corte, en una situación o en un caso, directamente o a través de sus representantes legales, las víctimas tienen derecho a ser notificadas e informadas de los avances del procedimiento,³³ de las decisiones de la Sala correspondiente, de las fechas de las audiencias, de la interposición de recursos por las partes, entre otras diligencias.

Tanto la publicidad de los procedimientos como la notificación a las víctimas son claves para garantizar que las víctimas puedan ejercer su derecho a la participación. Esta importancia es reconocida por algunas disposiciones que hacen expresa la necesidad de que las víctimas tengan conocimiento del estado de los procedimientos; por ejemplo la norma 87 (Reglamento de la Corte) establece la obligación explícita del Fiscal de notificar a las víctimas de acuerdo a las reglas 50(1) y 92(2) (Reglas de Procedimiento y Prueba). Cabe decir que esta obligación deriva igualmente al papel que ha sido reconocido a las víctimas para echar a andar la facultad del Fiscal de abrir una investigación *motu proprio* y por ello tienen un derecho explícito de ser notificadas de las decisiones que tome el Fiscal.³⁴ Al igual que la Fiscalía, derivado del artículo 15 del Estatuto de Roma, la Secretaría podrá asistir en esta notificación si así es requerida por la Fiscalía.³⁵

Por otro lado, encontramos la obligación de notificar y dar adecuada publicidad de las actuaciones por medios generales de acuerdo a las reglas 92(8)

y 96(1) (Reglas de Procedimiento y Prueba), que puede realizar la Corte y que se encuentra regulada en el Reglamento de la Secretaría³⁶ en el cual se reconoce la importancia de que esta información sea accesible a las víctimas para facilitar así el ejercicio de sus derechos.

Finalmente sobre el ejercicio del derecho a la participación es importante mencionar que se otorgó la facultad a los jueces de rechazar una solicitud de participación si consideran que en ella no se ha acreditado la calidad de víctima frente a la Corte de acuerdo a los requisitos que se han mencionado. Esta situación viene acompañada por el derecho de la víctima de presentar otra solicitud en una etapa ulterior de acuerdo a la regla 89(2) (Reglas de Procedimiento y Prueba); al igual que el derecho de retirar una solicitud de participación en cualquier momento si así conviniere a sus intereses.³⁷

Derecho a la protección

El derecho a la protección es otro de los grandes derechos que las víctimas tienen frente a la Corte. La base de este derecho la encontramos en el artículo 68(1) y en el artículo 43(6) del Estatuto de Roma; este derecho al igual que el derecho a la participación se regula a su vez por las Reglas de Procedimiento y Prueba³⁸ y por diversas disposiciones de los reglamentos de la Corte y de la Secretaría.

De acuerdo al artículo 68(1) del Estatuto estas medidas tienen el objetivo de garantizar “la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas”. En este sentido, el derecho a la protección tiene dos grandes aspectos: por un lado, existen medidas generales de prevención y por el otro, las medidas directas o concretas. Las primeras deben ser adoptadas por todos los órganos de la Corte para reducir los riesgos que implique un acercamiento de las víctimas con la Corte, ya sea como consecuencia de sus investigaciones, por del ejercicio de un derecho por las víctimas o bien por ser llamados en calidad de testigos; mientras que las segundas, serán tomadas caso por caso cuando se identifique un riesgo concreto que requiera atención especial.

Las medidas generales de prevención tienen a su vez dos ámbitos distintos de aplicación ya que deben ser igualmente implementadas durante las actividades que realiza la Corte en el terreno o en su sede. Si bien es la Corte como institución la encargada de implementarlas, es la Secretaría la principal responsable³⁹ de adoptar medidas, como las acciones locales en el lugar donde se realicen las investigaciones⁴⁰ y es quien estará a cargo del programa de apoyo para las víctimas que debe incluir entre otros: asistencia psicológica, ayuda social y asesoramiento en todo lugar y momento donde la víctima tenga contacto con la Corte.⁴¹

La confidencialidad con la que deben ser manejadas las comunicaciones que tengan las víctimas con la Corte, principalmente a través de la presentación de sus solicitudes⁴² es una de las medidas generales que la Corte ha establecido para

garantizar el derecho a la seguridad de las víctimas. Es importante mencionar que si bien estas solicitudes deberán ser hechas del conocimiento del Fiscal y la Defensa, de acuerdo a la regla 87(2) (b) (Reglas de Procedimiento y Prueba) para garantizar un juicio justo, cabe mencionar que el acceso a las mismas o a parte de ellas podrá ser restringido por la Corte como medida para garantizar la seguridad de las víctimas si determina que existe un riesgo y que por lo tanto no deberán ser comunicadas dichas solicitudes o partes de éstas.⁴³ Para garantizar esta confidencialidad la Corte podrá solicitar a la Secretaría hacer uso de pseudónimos, distorsión de la imagen o de la voz, videoconferencias, retirar del expediente público cierta información, entre otras medidas.⁴⁴

La responsabilidad del derecho a la protección es asumida por todos los órganos de la Corte. En algunos casos existen disposiciones particulares que obligan a determinados órganos a tomar medidas o abstenerse de tomarlas si ellas redundan en la seguridad de las víctimas. Un ejemplo de lo anterior es la elección de los medios para informar a las víctimas,⁴⁵ en los cuales se deberán tomar todas las precauciones para evitar los riesgos que puedan generarse como producto de la participación de las víctimas en los procesos ante la Corte.

En relación con las medidas individuales o personalizadas de protección que la Corte puede ordenar, éstas parecen estar destinadas sólo a aquellas víctimas que aparezcan frente a la Corte, ya en el ejercicio de uno de sus derechos o al ser llamados como testigos. Lo anterior se debe a que el Reglamento de la Secretaría⁴⁶ señala que el Fiscal o el representante legal deberán llenar los formularios pertinentes para obtener los servicios de asistencia, para posteriormente ser incluidos en el programa de protección que será coordinado por la Secretaría.⁴⁷ Algunos de los servicios otorgados por este programa son: la reubicación, la designación de una persona de compañía y el reembolso de gastos extraordinarios, entre otros.⁴⁸

La reubicación de las víctimas⁴⁹ es la más conocida de las medidas individuales; sin embargo, es de esperarse que ésta será utilizada solamente en casos contados y no deberá asumirse como una medida general de protección por razones presupuestarias y de logística. En relación con la figura de la persona de compañía que contempla la Corte para aquellas personas que se acerquen a ella, tiene el objetivo de ayudar a que las víctimas puedan acercarse a la Corte con mayor confianza y ejercer sus derechos o testificar en sus procedimientos. La persona de confianza deberá ser acreditada por la Secretaría de acuerdo a diversos criterios derivados del entorno de la víctima o de elementos objetivos como la edad de la víctima o alguna necesidad de atención especial.⁵⁰ En esta evaluación, si bien se autoriza a la Secretaría para realizar una evaluación preliminar, ésta no deberá prejuzgar sobre la calidad de víctima de la persona que solicita esta medida, por lo que se espera que esta evaluación sea general y no rigurosa. Adicionalmente, cuando las víctimas se presenten como producto de una orden de la Corte, la Secretaría estará a cargo de arreglar las cuestiones de logística que esta presentación

signifique como el transporte y hospedaje⁵¹ con el objetivo de garantizar, en la medida de lo posible, su seguridad.

Adicionalmente, la Secretaría tiene la obligación de contar con una base de datos segura sobre todas aquellas personas que aparecerán frente a la Corte o que se encuentren en una situación de riesgo para dar seguimiento a la protección de éstas.⁵² Así, la Secretaría tiene un rol activo en la adopción de medidas de protección para garantizar la seguridad y la salud física y psicológica de las víctimas.⁵³

Derecho a solicitar reparación

Otro de los derechos principales de las víctimas frente a la Corte es el derecho a reclamar reparación por los daños sufridos producto de los crímenes de su competencia. Este derecho es independiente del derecho a la participación; así, habrá víctimas o grupos de víctimas que no estarán interesadas en participar en los procedimientos ante la Corte o que no lo hayan hecho por falta de información o cualquier otra circunstancia, situación que no obstará para que ejerciten su derecho a solicitar la reparación del daño. La base de este derecho se encuentra contemplada en el artículo 75 del Estatuto de Roma.

Al igual que el derecho a la participación, el derecho a solicitar la reparación se encuentra desarrollado por las Reglas de Procedimiento y Prueba⁵⁴ y los reglamentos de la Corte y de la Secretaría. Así, aquellas víctimas interesadas en solicitar la reparación deberán hacerlo por escrito y preferentemente utilizando los formatos estándar que para dicho fin se encuentra desarrollando la Secretaría de conformidad con la norma 88 (Reglamento de la Corte). En estos formatos se requiere a las víctimas para que presenten información sobre el daño causado y el tipo de reparación solicitada, y de ser posible los datos del presunto responsable y testigos, en el caso de conocerlos, entre otros aspectos. En este proceso el Secretario también tiene un papel activo en facilitar el ejercicio de este derecho por lo que también puede asistir en obtención de la información adicional necesaria para fundamentar la decisión de la Corte y por otro lado auxiliará a las víctimas a completar estas solicitudes. La Corte, basada en dichas solicitudes; en la solicitud del Fiscal; o de oficio, en circunstancias excepcionales, determinará en su sentencia el alcance de la reparación del daño para las víctimas y las bases o principios en los cuales sustente su decisión.

De acuerdo con el artículo 75(1) del Estatuto de Roma, la Corte establecerá principios aplicables a la reparación entre los cuales estarán incluidas medidas de restitución, indemnización y de rehabilitación. Es de esperarse que la Corte para fundamentar sus decisiones y en el establecimiento de sus principios de reparación hará uso de los estándares internacionales que existen en la materia como los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones*

*graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones,*⁵⁵ así como de las decisiones o jurisprudencia generada por los organismos internacionales de derechos humanos.

Esta decisión de la Corte podrá ordenar que la persona condenada repare el daño con sus bienes y/o utilizar el *Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas y sus familias* para cubrir esta reparación que podrá ser de tipo individual, colectiva o una combinación de ambas, así ello responde a las necesidades del caso concreto.⁵⁶

Las primeras interpretaciones de la Corte sobre los derechos de las víctimas

En el marco de la investigación que inició el Fiscal el 23 de junio de 2004, después de que el 19 de abril del mismo año la República Democrática del Congo (en adelante RDC) le refiriera una situación; un grupo de seis víctimas presentó individualmente su solicitud de participación en los procedimientos. La decisión que adoptó la Corte sobre estas solicitudes es la primera en la cual se interpreta el contenido de los derechos de las víctimas, particularmente del derecho a la participación y de algunas de las disposiciones que se explicaron en los apartados anteriores.

A continuación se resaltan las partes más importantes de esta decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I (en adelante “la Sala” o “la SCP I”), encargada de analizar la situación de RDC.⁵⁷ Cabe mencionar que antes de esta decisión, la Sala emitió otras decisiones en las que también se interpretan diferentes disposiciones relacionadas con los derechos de las víctimas, a saber: decidió sobre la solicitud de medidas de protección en beneficio de las víctimas,⁵⁸ solicitó información adicional a las víctimas,⁵⁹ y ordenó la celebración de una audiencia,⁶⁰ entre otras.

La decisión de la SCP I resolvió sobre las tres cuestiones principales: (1) Si el derecho a la participación de las víctimas en los procedimientos de la Corte, de acuerdo a los distintos ordenamientos, incluye la etapa de la investigación; (2) en caso de permitirse la participación de las víctimas en la etapa de investigación cuál debería ser la forma de esta participación; y (3) si los seis solicitantes cumplen con los requisitos para ser acreditados como víctimas en los procedimientos ante la Corte.⁶¹

Para responder a la primera interrogante, la SCP I estudió el alegato del representante legal de las víctimas contenido en las solicitudes de participación en donde señaló que éstas se presentaron con fundamento en el artículo 68(3) del Estatuto; y por otro lado consideró el memorando del Fiscal quien se opuso a la aplicación de este artículo en la etapa de investigación alegando que los procedimientos a los que hace referencia el artículo no incluyen esta etapa; que la participación de las víctimas era inapropiada durante la investigación; y que los solicitantes no demostraron la afectación de sus intereses;⁶² así como los argumentos del defensor *ad hoc*.

En relación con la primera interrogante, la Sala estudió el texto del artículo

68(3) del Estatuto en inglés y francés, puesto que son éstos los idiomas de trabajo y concluyó que el término “procedimientos” no excluye la etapa de la investigación de una situación, y por lo tanto este artículo otorga un derecho general de acceso a la Corte en esta etapa.⁶³ La Sala reconoció el papel independiente que le fue otorgado a la víctima para expresar sus opiniones y retomó, de decisiones de tribunales regionales de derechos humanos, la importancia del papel de las víctimas en los procesos penales para la realización de sus derechos.⁶⁴

Así, la Sala resolvió que el artículo 68 del Estatuto es aplicable también en la etapa de investigación⁶⁵ y que la participación de las víctimas no pone en riesgo *per se* la integridad y objetividad de la investigación.⁶⁶ Señaló que lo que podría, en un momento dado, poner en riesgo esta integridad sería la forma en que se ejerza esta participación, razón por la cual la Sala recordó que es ella quien debe decidir sobre la adopción de medidas necesarias para garantizar que siempre que se ejerciten los derechos de las víctimas se preserve la integridad de los procedimientos. Como parte de estas medidas, la Sala nombró un representante *ad hoc* de la defensa para la situación de RDC, quien representa los intereses de la defensa⁶⁷ en esta etapa y decidió igualmente restringir el acceso de las víctimas a todos aquellos documentos que clasifique como no públicos dentro del expediente.⁶⁸

Sobre la cuestión de que si los solicitantes demostraron que sus intereses se veían afectados en la etapa de investigación, la Sala consideró que éstos se ven necesariamente afectados de manera general durante esta etapa ya que es en ésta cuando se clarifican los hechos constitutivos de crímenes de la competencia de la Corte y se identifican a los presuntos responsables, por lo que su participación puede servir para ambos propósitos y para posteriormente solicitar reparación por los daños sufridos.⁶⁹ Sin embargo, la Sala notó igualmente que hay una distinción entre las situaciones y los casos por lo que en la etapa de investigación las víctimas deberán reunir las características de la regla 85 (Reglas de Procedimiento y Prueba) sólo en relación a la situación bajo estudio; pero que en la etapa del caso, estas características tienen que responder a la definición contenida en esta regla pero en relación con el caso en particular.⁷⁰ En este sentido la decisión de la Sala sólo tiene efectos para la etapa de investigación sobre la situación de RDC. Lo anterior, no hace más que comprobar la situación mencionada al inicio de este trabajo, sobre la posibilidad de que existan diferentes grupos de víctimas, los cuales irán reduciéndose conforme avanzan los procedimientos.

Por otro lado, la Sala interpretó que para acreditar la calidad de víctima en la etapa de investigación sólo debe probarse que se ha sufrido un daño a primera instancia⁷¹ y la existencia de “bases para creer” que el daño que se alega haber sufrido, es producto de uno de los crímenes bajo la jurisdicción de la Corte.⁷²

En relación al uso de los formularios para solicitar la participación en los procedimientos elaborados por la Secretaría, la Sala decidió que su uso no es obligatorio y que estas solicitudes pueden ser presentadas por una organización si

cuenta con el consentimiento de la víctima.⁷³ Así, después de analizar cada una de las solicitudes de las víctimas, la Sala decidió que los solicitantes deberían ser reconocidos como víctimas en la etapa de investigación, permitir su participación en la misma e igualmente, decidió la modalidad que esta participación debía adquirir. La participación de las víctimas se reconoció para la presentación de opiniones y preocupaciones, la presentación de documentos y para solicitar la adopción de medidas especiales.

Es importante mencionar que el 23 de enero de 2006, la Fiscalía solicitó autorización a la Sala para apelar esta decisión ante la Sala de Apelaciones por considerar errónea la interpretación que hiciera la Sala de los derechos de las víctimas.⁷⁴ A esta solicitud el representante de las víctimas presentó observaciones, que fueron a su vez comentadas tanto por la Fiscalía como por el defensor *ad hoc*. Todas las intervenciones fueron consideradas por la SCP I la cual en su decisión rechazó la solicitud del Fiscal.⁷⁵ Finalmente, con el inicio del juicio contra el Sr. Thomas Lubanga Dylo, derivado de la situación de RDC, tres víctimas presentaron su solicitud para ser acreditadas como tales en este caso,⁷⁶ la decisión de la Sala a la fecha de realización de este artículo aún se encuentra pendiente.⁷⁷ En esta decisión, la Sala deberá decidir si las víctimas acreditadas en la investigación cubren los requisitos de la regla 85 (Reglas de Procedimiento y Prueba) en el caso en cuestión.

La organización de la Corte para dar cumplimiento a su mandato en relación con las víctimas

Para dar cumplimiento al mandato en relación con las víctimas, derivado de las diversas disposiciones que se analizaron en los apartados anteriores, la Corte ha organizado su estructura de modo a poder dar respuesta a este mandato y cumplir con las tareas concretas que se han encomendado a los distintos órganos de la Corte.

Valga mencionar que la Corte, independientemente de las acciones que han tomado cada uno de sus órganos para responder a sus obligaciones *vis a vis* las víctimas, ha creado una estructura particular bajo su Secretaría, ya que es éste el principal órgano encargado de facilitar y auxiliar a las víctimas en el ejercicio de sus derechos. Por esta razón en este apartado se mencionan principalmente la estructura que ha adoptado la Secretaría, al igual que la creación de órganos independientes pero ligados al mandato de la Corte.

En este sentido, la Secretaría cuenta con dos oficinas principales que atienden este mandato, por un lado se encuentra la Unidad de Víctimas y Testigos y por otro, la Sección para la Participación y la Reparación de las Víctimas. Estas dependencias son conocidas como la VWU y la VPRS respectivamente por sus siglas en inglés. A continuación se explican las tareas que les han sido encomendadas a cada una de ellas.

La Unidad de Víctimas y Testigos

La Unidad de Víctimas y Testigos (en adelante “la Unidad”) encuentra su fundamento en el artículo 43(6) del Estatuto. Su función principal es la de velar por la seguridad de las víctimas y los testigos y de todas aquellas personas que puedan sufrir un riesgo producto de su contacto con la Corte. Esta protección, como mencionamos anteriormente, comienza desde la promoción y adopción de políticas institucionales en la Corte tendientes a garantizar la integridad física y psicológica de las víctimas, hasta la adopción de medidas particulares tendientes a disminuir los riesgos a los que pueden enfrentarse las víctimas producto de su acercamiento con la Corte.

La Unidad tiene además la tarea de procurar que todos los órganos de la Corte que tengan contacto con las víctimas tomen las medidas necesarias de protección para garantizar su derecho a la protección,⁷⁸ pero también para garantizar la adopción de medidas tendientes a evitar que el contacto de las víctimas o testigos con la Corte sea una experiencia de por sí traumática. Es por ello, que se ha otorgado particular atención a las víctimas de crímenes de violencia sexual y a los menores de edad que tengan contacto con la Corte.⁷⁹

Adicionalmente, esta Unidad coordina, en la medida de lo posible, sus actividades y medidas de protección con las labores propias de la Fiscalía con la intención de que las víctimas, desde su primer acercamiento con la Corte, sean tratadas con dignidad y en consideración al sufrimiento que han experimentado.

Finalmente, esta Unidad se encuentra a cargo de la implementación de las medidas y programas de protección que se mencionaron en el apartado del derecho a la protección y será quien sugiera al Secretario la adopción de ciertas medidas en base al examen de riesgo que realice. Por este motivo podrá presentar observaciones cuando así sea requerida por la Sala respectiva que brinden elementos para conocer la situación de riesgo en que las víctimas pueden encontrarse debido a su acercamiento con la Corte.⁸⁰

La Sección para la Participación y la Reparación de las víctimas

La Sección para la Participación y la Reparación a las víctimas (en adelante “la Sección”) se creó con base en la norma 86(9) (Reglamento de la Corte) con el objetivo de facilitar el ejercicio del derecho a la participación y a solicitar reparación, respectivamente. Es así que ésta estará encargada de prestar a las víctimas la debida asistencia, en todas las etapas del procedimiento.

Para cumplir con su mandato, la Sección ha desarrollado materiales de información y guía para facilitar el ejercicio de los derechos de las víctimas; ha elaborado los formatos estándar para solicitar la participación y la solicitud de

reparación; y es la encargada de realizar seminarios de capacitación y sensibilización dirigidos a víctimas y a sus representantes, particularmente en aquellos lugares donde la Corte se encuentra actuando. Con ello, se pretende ayudar a las víctimas para que hagan un uso informado de sus derechos y conozcan su alcance; contribuir a un entendimiento del mandato de la Corte y así evitar al mismo tiempo la creación de falsas expectativas frente a lo que la Corte puede ofrecerles.

La Sección será la encargada de procesar las solicitudes recibidas e informar a la Sala correspondiente sobre éstas y realizar el informe a que nos referimos en el apartado de la participación. Al mismo tiempo, será la responsable de asistir a las víctimas en la elección de los representantes comunes de acuerdo a lo mencionado cuando se abordó la figura de la representación común. Finalmente, esta Sección podrá presentar observaciones a la Sala de así ser requerida sobre cualquier aspecto que facilite la decisión de la Corte sobre alguna solicitud de las víctimas.

El Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas y sus familias

Los Estados decidieron establecer en el Estatuto de Roma un Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte y sus familias (en adelante “el Fondo” o el “Fondo Fiduciario”) con el objetivo de contribuir al cumplimiento de la función reparadora que ha sido encomendada a la Corte. El Fondo tiene su fundamento en el artículo 79 del Estatuto el cual establece que será un órgano independiente de la Corte. El Fondo, creado por la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma (en adelante “la Asamblea” o “la AEP”) el 9 de septiembre de 2002,⁸¹ podrá hacerse de recursos por tres vías, a saber: (1) Con los bienes incautados al acusado/condenado por el concepto de multas; (2) con las órdenes de reparación; y (3) con las contribuciones voluntarias de los Estados o de las instituciones, organizaciones o individuos.⁸²

La Asamblea aprobó recientemente, el 3 de diciembre de 2005, el Reglamento del Fondo⁸³ a través del cual se regula el mandato otorgado para facilitar la reparación y la asistencia a las víctimas. Este Fondo cuenta con un Consejo Directivo integrado por cinco personalidades de alta calidad moral quienes, a título honorario, tienen bajo su responsabilidad el manejo de los fondos y el buen funcionamiento del Fondo. Adicionalmente, la Asamblea estableció una Secretaría para facilitar el trabajo del día a día en la recolección de fondos y en el diseño de propuestas de actividades y proyectos que servirán para dar cumplimiento a las órdenes de reparación dictadas por la Corte o que podrán ser adoptados para hacer uso de las contribuciones voluntarias en la asistencia a las víctimas en la medida que su reglamento lo permite.

A pesar de que este Fondo es un órgano independiente que complementa la actuación de la Corte, los Estados en el diseño de su reglamento establecieron un procedimiento de actuación, que si bien respeta la autonomía de este órgano, lo

sujeta a la decisión de la Sala respectiva en diferentes momentos antes de que éste pueda realizar actividades de asistencia para las víctimas.

En la actualidad aún está pendiente de verificarse el alcance que los miembros del Consejo de Dirección darán a las actividades del Fondo en la interpretación de su mandato y la visión que la Corte adopte sobre esta función. Hay que recordar que el Fondo fue establecido en beneficio de las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte y sus familias, por lo que podemos adelantar que una interpretación amplia de su mandato podría cubrir a las víctimas de la situación y convertirse en parte de la interrogante sobre cómo abordar el problema de los diferentes grupos de víctimas; mientras que una interpretación restringida supondría que éste sólo debe beneficiar a las víctimas del condenado por la Corte, con las advertencias de lo que esta última interpretación supondría.

La Oficina Pública de Defensa de las Víctimas

El Reglamento de la Corte dispone la creación de una Oficina Pública de Defensa de las Víctimas que brindará asistencia a las víctimas que participen en los procedimientos ante ella.⁸⁴ Esta oficina es independiente de la Secretaría de la Corte⁸⁵ y tiene el mandato de prestar apoyo y asistencia a las víctimas y a sus representantes legales en su presentación ante la Corte. Entre las actividades que esta puede desarrollar se encuentra: el asesoramiento letrado, la investigación y la comparecencia ante una Sala, todo con la intención de facilitar finalmente el ejercicio de sus derechos ante la Corte.

Se espera que esta oficina facilite la actuación de los representantes legales de las víctimas en los procesos ante la Corte una vez que estas sean acreditadas como tales ante una situación o un caso. Esta oficina es la encargada de llevar el registro de las personas acreditadas como representantes de las víctimas y de los asistentes, lista que deberá ser puesta a disposición de las víctimas como se señaló en los apartados anteriores. Incluso, los miembros de esta oficina podrán asumir la representación que sea cubierta por la Corte a través de la asistencia financiera a la que se hizo referencia dentro del apartado de la representación legal.

En otras palabras, esta oficina tendrá la principal función de acercar a las víctimas y a sus representantes a la Corte, pues podemos adelantar que el hecho de que ésta se encuentre ubicada en la ciudad de La Haya, implicará una natural distancia con las víctimas de las situaciones o casos que conozca, por lo que se prevé incluso que su personal asista a las audiencias y realice la defensa o la presentación de las observaciones o intereses de las víctimas.

Finalmente, valga mencionar que a nivel operativo, los diferentes órganos de la Corte, a través de distintas dependencias, unidades o secciones, se reúnen en un grupo de trabajo para atender las cuestiones relacionadas con las víctimas con la idea de coordinar, en la medida de lo posible, sus acciones en el terreno y dentro de

la Corte. Esta práctica resulta de suma importancia pues en teoría debería facilitar la coordinación entre la Fiscalía y la Secretaría puesto que son estos órganos quienes tendrán el contacto inicial con las víctimas derivado de la investigación o de las medidas de difusión y capacitación en el terreno, y desde este primer momento la Corte debe conducirse con la sensibilidad debida y de forma tal que su actuación no genere riesgos adicionales para las víctimas.

Conclusiones

La Corte Penal Internacional, ofrece un innovador y complejo sistema de justicia que contempla los derechos de las víctimas y las considera como parte autónoma de los procedimientos. Si bien estos derechos no son absolutos, ya que se encuentran sujetos a la garantía de un juicio justo e imparcial, sí deben considerarse un avance del sistema de justicia penal internacional que plantea la Corte, y que la ponen frente a otro reto que deberá sobrellevar de la mejor manera en la legitimación de su actuación.

Para hacer realidad todos estos derechos y permitirles a las víctimas su ejercicio, la Corte a través de sus diferentes órganos debe adoptar las acciones necesarias que faciliten su ejercicio. Así, la Corte tiene, en la medida de lo posible, la tarea de ayudar a las víctimas a comprender la importancia de su papel en la impartición de justicia. Esto sólo será alcanzado si se diseña una campaña de difusión y sensibilización que les permita entender las capacidades de la Corte, su mandato y sus limitaciones, y donde se resalte que este sistema de justicia reconoce y garantiza sus derechos. Asimismo, la Corte deberá entender las necesidades de las víctimas para responder a éstas y generar en ellas el sentimiento de que la justicia internacional constituye una herramienta útil en los procesos de reconciliación o de paz y que puede ayudar a la difícil tarea de la reconstrucción del tejido social afectado por graves crímenes.

En este sentido, las primeras decisiones de la Corte sientan antecedentes que en general cumplen con las expectativas que se han puesto en materia del ejercicio de los derechos de las víctimas. Podemos esperar que estos antecedentes jurisprudenciales sean enriquecidos conforme avancen los procedimientos y la Corte conozca de otros casos. Las organizaciones de la sociedad civil, agrupadas en el grupo de trabajo sobre los derechos de las víctimas dan seguimiento a todos los temas vinculados con las víctimas en la CPI y continúan trabajando para que ésta tome las medidas necesarias para dar cumplimiento al mandato que le ha sido otorgado en relación con las víctimas.⁸⁶

Adicionalmente, la Corte ha puesto en la mesa de discusión, la necesidad de que las legislaciones nacionales, que no lo hayan hecho a la fecha, consideren incluir los derechos de las víctimas en los procesos penales de forma independiente, así como la adopción de medidas necesarias para garantizar su ejercicio y no dejar a la Corte como la única posibilidad de que sus derechos sean reconocidos y respetados

NOTAS

1. ONU, Doc. A/CONF.183/9, adoptado el 17 de julio de 1998, entrada en vigor el 1 de julio de 2002.
2. En la actualidad la Corte realiza investigaciones sobre las situaciones referidas de Uganda, Darfur, Sudan y de la República Democrática del Congo. De esta última situación se derivó el primer caso: n. 01/04-01/06, "The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dylo". Para mayor información visite la página oficial de la CPI: < www.icc-cpi.int>, consultado el 18 de agosto de 2006.
3. Uno de los pocos artículos que se han escrito en español sobre el tema es: G. Bitti & G. Gonzalez, "La participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional", in José Guevara y Tarciso Del Maso, *La Corte Penal Internacional: una visión Iberoamericana*, México, Editorial Porrúa, 2005, págs. 669-684.
4. Para consultar los textos de los trabajos preparatorios y posteriores a la Conferencia de Plenipotenciarios visite: <<http://www.un.org/spanish/law/icc/>>, consultado el 18 de agosto de 2006.
5. Diversas organizaciones de la sociedad civil, principalmente de derechos humanos, dieron seguimiento a las negociaciones previas y posteriores a la adopción del Estatuto de Roma. La Coalición por la Corte Penal Internacional articuló los esfuerzos de estas organizaciones y en la actualidad continúan trabajando por que la CPI sea una institución justa, efectiva e independiente. Para mayor información sobre el trabajo de la Coalición visite: <www.iccnw.org>, consultado el 18 de agosto de 2006.
6. Corte Penal Internacional, Doc. ICC-ASP/1/3 (part. II-A), adoptadas por la Asamblea de los Estados Partes el 9 de septiembre de 2002.
7. Corte Penal Internacional, Doc. ICC-BD/01-01-04, adoptado por la Corte Penal Internacional el 26 de mayo de 2004 y modificado por ICC-BD/01-01-04/Rev.01-05 el 9 de marzo de 2005.
8. Corte Penal Internacional, Doc. ICC-BD/03-01-06. Adoptado por la Corte Penal Internacional el 6 de marzo de 2006. Este documento sólo se encuentra disponible, a la fecha de la publicación de este artículo, en inglés y francés. La traducción de las normas que se utilizan para este estudio han sido realizadas por la autora por lo que no deben ser consideradas como traducciones oficiales.
9. Algunas de las disposiciones que hacen referencia explícita a las víctimas son: artículos del Estatuto: 15(3), 19(3), 68(3), 64, 65(4), 82(4), 43(6), 75(3), 79, 82, 76(3), 57(3)(e) y 93(1) (k); reglas: 16, 49, 50, 59, 81(3), 85, 87(2), 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 101(1), 107, 119(3), 131(2), 132(1), 143, 144(1), 148, 150, 151(2), 156(2), 217, 218(4), 219, 221, 223 y 224; normas del Reglamento de la Corte: 2, 21, 24, 32, 38, 39, 41, 42, 50, 54(o), 56, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 101, 116 y 117; Regulations: 2, 18, 21(2), 28(2), 36(3), 43(3), 47, 51(d), 64(4), 65(4) 79(2), 80, 81(1), 82, 83, 84, 88(1), 89, 90(1), 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 122(2)(d) y 163(3); sin embargo, muchas otras disposiciones de estos cuerpos normativos son igualmente aplicables a las víctimas *mutatis mutandis*.
10. Los textos de estos instrumentos pueden ser consultados en la página de la Corte <http://www.icc-cpi.int/about/Official_Journal.html>, consultado el 18 de agosto de 2006 en sus versiones en los idiomas oficiales o de trabajo. Para los efectos de este trabajo, "artículos" refiere a las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma; "reglas" a las disposiciones contenidas en las Reglas de Procedimiento y Prueba; "normas" a las disposiciones del Reglamento de la Corte; y "regulations" a las disposiciones del Reglamento de la Secretaría.

11. El antecedente de la definición fue la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, define a las víctimas como: "las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. Podrá considerarse 'víctima' a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión 'víctima' se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización". <http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/h_comp49_sp.htm>, consultado el 18 de agosto de 2006.

12. "[...] the victims' guaranteed right of access to the Court entails a positive obligation for the Court to enable them to exercise that right concretely and effectively [...]." Corte Penal Internacional, ICC-01/04-101-tEN-Corr, párr.71. Disponible en: <www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-101_tEnglish-Corr.pdf>, consultado el 14 de septiembre de 2006.

13. Corte Penal Internacional, Doc. n. ICC-01/04-101-tEN -Corr.

14. La norma 86 del Reglamento de la Corte llama a estos formularios "modelos tipo" en su versión en español.

15. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Secretaría Doc. ICC-BD/03-01-06, *regulation* 104.

16. De acuerdo a la norma 86(2) parte de la información que la solicitud de participación debe contener se refiere a: los datos generales de las víctimas, la descripción del daño sufrido, la descripción del incidente, los motivos por los cuales considera se han visto afectados sus intereses, la etapa del procedimiento en la que desea participar y si cuenta con representación legal, entre otros.

17. *Ibid.*, *regulation* 105.

18. *Ibid.*, *regulation* 109.

19. *Ibid.*, *regulations* 107(3) y (4).

20. El carácter de víctima que debe acreditarse ante la Corte sólo es para los efectos de los procedimientos que se llevan ante ella y no deberá afectar el carácter de víctima que una persona pueda tener en otro ámbito como por ejemplo el nacional o el reconocido por otra instancia internacional.

21. Algunos autores llaman "derechos específicos" a los derechos de participación contenidos en los artículos 15(3) y 19(3), frente al "derecho general" que otorga el artículo 68(3), Estatuto de Roma. G. Bitti & G. Gonzalez, *Op. cit.*, pág. 673.

22. Ver por ejemplo la regla 91(2), Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba ("Las Reglas"), Doc. ICC-ASP/1/3 (part II-A), establece que "2. El representante legal de la víctima estará autorizado para asistir a las actuaciones y participar en ellas de conformidad con la decisión que dicte la Sala o las modificaciones que introduzca en virtud de las reglas 89 y 90, Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba ("Las Reglas"), Doc. ICC-ASP/1/3 (part II-A). Ello incluirá la participación en las audiencias a menos que, en las circunstancias del caso, la Sala sea de la opinión de

que la intervención del representante legal deba limitarse a presentar por escrito observaciones o exposiciones. El Fiscal y la defensa estarán autorizados para responder a las observaciones que verbalmente o por escrito haga el representante legal de las víctimas”.

23. Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba (“Las Reglas”), Doc. ICC-ASP/1/3 (part II-A), regla 90(1).

24. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Corte, Doc. ICC-BD/01-01-04/Rev.01-05, norma 67.

25. *Ibid.*, norma 68.

26. *Ibid.*, normas 69, 70, 71, 72 y 73. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Secretaría, Doc. ICC-BD/03-01-06 *regulation* 122.

27. Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba (“Las Reglas”), Doc. ICC-ASP/1/3, regla 90(1).

28. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Corte, Doc. ICC-BD/01-01-04/Rev.01-05, norma 79 y 80.

29. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Secretaría, Doc. ICC-BD/03-01-06, *regulation* 112.

30. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Corte, Doc. ICC-BD/01-01-04/Rev.01-05, norma 79(2) y (3).

31. *Ibid.*, normas 83, 84 y 85.

32. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Secretaría, Doc. ICC-BD/03-01-06, *regulation* 113.

33. Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba (“Las Reglas”), Doc. ICC-ASP/1/3, regla 16(1). Corte Penal Internacional, Reglamento de la Secretaría, Doc. ICC-BD/03-01-06, *regulation* 102 y 103.

34. Esta obligación de notificar a las víctimas está vinculada con el artículo 53(1) y (2) y el artículo 15(3) que regulan facultades del Fiscal. (Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma (“El Estatuto”), Doc. A/CONF.183/9)

35. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Secretaría, Doc. ICC-BD/03-01-06, *regulation* 102.

36. *Ibid.*, *regulation* 103.

37. *Ibid.*, *regulation* 101.

38. Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba (“Las Reglas”), Doc. ICC-ASP/1/3, reglas 17, 18, 87 y 88.

39. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Secretaría, Doc. ICC-BD/03-01-06, *regulation* 79 a 96.

40. *Ibid.*, *regulation* 93.

41. *Ibid.*, *regulation* 83 y 89.

42. *Ibid.*, *regulation* 97.

43. *Ibid.*, *regulation* 99.

44. Ibid., *regulation* 94.
45. Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba ("Las Reglas"), Doc. ICC-ASP/1/3, regla 50.
46. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Secretaría, Doc. ICC-BD/03-01-06, *regulation* 80(1).
47. Ibid., *regulation* 96.
48. Ibid., *regulation* 80.
49. Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba ("Las Reglas"), Doc. ICC-ASP/1/, regla 16.
50. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Secretaría, Doc. ICC-BD/03-01-06, *regulation* 91.
51. Ibid., *regulation* 81 y 82 respectivamente.
52. Ibid., *regulation* 88.
53. Ibid., *regulation* 100.
54. Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba ("Las Reglas"), Doc. ICC-ASP/1/, regla 94 y subsiguientes.
55. Asamblea General de la ONU, Resolución 60/147, aprobada el 16 de diciembre de 2005.
56. Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba ("Las Reglas"), Doc. ICC-ASP/1/3, regla 97.
57. Corte Penal Internacional, ICC-01/04-101 tEN -Corr. La versión pública de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I del 17 de enero de 2006, sólo se encuentra disponible en inglés y francés, en sitio electrónico ya apuntado: op. cit. 12.
58. Corte Penal Internacional, ICC-01/04-73. Disponible en: <www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-73_English.pdf>, consultado el 14 de septiembre de 2006.
59. Corte Penal Internacional, ICC-01/04-101 tEN -Corr, párr. 4.
60. Ibid., párr. 8.
61. Ibid., párr. 22.
62. Ibid., párr. 25.
63. Ibid., párr. 46.
64. Ibid., párr. 51 y 53.
65. Ibid., párr. 54.
66. Ibid., párr. 57.
67. Ibid., párr. 70.
68. Ibid., párr. 76.

69. *Ibid.*, párr. 63.
70. *Ibid.*, párr. 66.
71. “[...] Pre-Trial Chamber I considers, moreover that the determination of a single instance of harm suffered is sufficient, at this stage, to establish the status of victim.” *Ibid.*, párr. 82.
72. “[...] at the situation stage, the status of victim may be accorded only to applicants in respect of whom it has “grounds to believe” that they meet the criteria set forth in rule 85(a) of the Rules.” *Ibid.*, párr. 99.
73. *Ibid.*, párr. 102, 104 y 105.
74. Corte Penal Internacional, ICC-01/04-103. Disponible en: <www.icc-cpi.int/cases/RDC/s0104/s0104_doc0TP.html> y <www.icc-cpi.int/updates4.html>, consultado el 14 de septiembre de 2006.
75. Corte Penal Internacional, ICC-01/04-135. Disponible en: <www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-135_tEnglish.pdf> y <www.icc-cpi.int/cases/RDC/s0104/s0104_doc.html>, consultado el 14 de septiembre de 2006
76. Corte Penal Internacional, ICC-01/04-144-Conf-Exp-tEN, ICC-01/04-145-Conf-Exp-tEN y ICC-01/04-146-Conf-Exp-tEN, respectivamente. Disponibles en: <www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-319-tEnglish.pdf> y <www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-151_English.pdf>, consultado el 14 de septiembre de 2006
77. Todas las decisiones relacionadas con la situación de RDC, y con los procedimientos de los casos que deriven de ella, pueden ser consultadas en el portal de Internet de la Corte: <http://www.icc-cpi.int/cases/current_situations/DRC.html>, consultado el 18 de agosto de 2006.
78. Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma. (“El Estatuto”) Doc. A/CONF.183/9, artículo 68(4).
79. Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba (“Las Reglas”), Doc. ICC-ASP/1/3, reglas 17 y 18.
80. Corte Penal Internacional, ICC-01/04-101 -tEN-Corr, párr. 12.
81. Corte Penal Internacional, Resolución ICC-ASP/1/Res. 6.
82. Corte Penal Internacional, Reglas de Procedimiento y Prueba (“Las Reglas”), Doc. ICC-ASP/1/3, regla 98.
83. Corte Penal Internacional, Resolución ICC-ASP/4/Res.3.
84. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Corte, Doc. ICC-BD/01-01-04/Rev.01-05, norma 81.
85. Corte Penal Internacional, Reglamento de la Secretaría, Doc. ICC-BD/03-01-06, *regulation* 115.
86. Para mayor información visite: <www.vrwg.org>, consultado el 18 de agosto de 2006.

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

RESUMEN

El presente trabajo pretende presentar una aproximación al concepto y naturaleza del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, para luego buscar las formas en que la normativa internacional protege este derecho en sus distintas modalidades. Finalmente, se hará el intento de construir este derecho desde los tratados del Sistema Interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos, con el propósito de contribuir con la justiciabilidad de al menos una parte de este derecho. (Original en español)

PALABRAS CLAVES

Identidad cultural - Pueblos indígenas - Minorías nacionales - Sistema Interamericano - Justiciabilidad



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS MINORÍAS NACIONALES: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO

Oswaldo Ruiz Chiriboga

[N]o se percibe cómo una civilización podría esperar beneficiarse del estilo de vida de otra, a menos que renuncie a ser ella misma.¹

Introducción

He convenido en ubicar dentro del concepto de grupos étnico-culturales a los pueblos indígenas y a las minoría nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas (en adelante “minorías nacionales”). Estoy consciente de que entre éstos existen algunas diferencias que han merecido la adopción de una normativa internacional diferenciada. No obstante, a efectos del presente trabajo, los tomaré indistintamente y resaltaré sus similitudes, dejando al lector la tarea de hacer las distinciones oportunas.

Aproximación al concepto y naturaleza del derecho a la identidad cultural

Para tratar de elaborar el derecho a la identidad cultural es necesario acudir a las definiciones que se han dado sobre cultura, cultura tradicional y popular, diversidad cultural, pluralismo cultural y patrimonio cultural, reconociéndose previamente que cada uno de estos conceptos aún no están plenamente definidos y continúan en el debate de los especialistas.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) ha definido a la cultura como

Ver las notas del texto a partir de la página 64.

*el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.*²

La cultura ha dejado de ser únicamente una acumulación de las obras y conocimientos que produce una sociedad determinada y no se limita al acceso a los bienes culturales, sino que es a la vez una exigencia de un modo de vida, que abarca también el sistema educativo, los medios de difusión, las industrias culturales y el derecho a la información.³

Por su parte, la cultura tradicional y popular fue definida por la Unesco en la Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular (1989) como

el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes.

En el Preámbulo de la mencionada Recomendación se afirma que la cultura tradicional o popular “forma parte del patrimonio universal de la humanidad y que es un poderoso medio de acercamiento entre los pueblos y grupos sociales existentes y de afirmación de su identidad cultural”.

La diversidad cultural se refiere “a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades”.⁴ Esta diversidad cultural “es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos [y] constituye el patrimonio común de la humanidad [que] debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”.⁵

En este sentido, los Estados están en la obligación de proteger y promover la diversidad cultural y adoptar “políticas que favore[zc]an la inclusión y la participación de todos los ciudadanos [para que así se] garanti[ce] la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz”.⁶ Por ello, “el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural”.⁷

La identidad cultural, por su parte, ha sido conceptualizada como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido; implica las libertades inherentes a la

dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente, la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto.⁸ Es una “representación intersubjetiva que orienta el modo de sentir, comprender y actuar de las personas en el mundo”.⁹

Parte integrante de la identidad cultural es el patrimonio cultural, el cual debe ser entendido como “todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos”.¹⁰ El patrimonio cultural se subdivide en patrimonio tangible e intangible. El primero corresponde a “[l]os bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos”;¹¹ mientras que el segundo abarca a

*los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.*¹²

Se incluyen en él las tradiciones y expresiones orales, las costumbres y las lenguas; las artes del espectáculo, como la música, el teatro, los bailes, las fiestas y la danza; los usos sociales y rituales; los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, como la medicina tradicional y la farmacopea; las artes culinarias, el derecho consuetudinario, la vestimenta, la filosofía, los valores, el código ético y todas las demás habilidades especiales relacionadas con los aspectos materiales de la cultura, tales como las herramientas y el hábitat.¹³

De todo lo anterior podemos concluir que el derecho a la identidad cultural (en adelante DIC) básicamente consiste en el derecho de todo grupo étnico-cultural y sus miembros a pertenecer a una determinada cultura y ser reconocido como diferente; conservar su propia cultura y patrimonio cultural tangible o intangible; y a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado involuntariamente por ella.

No obstante, la identidad cultural de un grupo no es estática y tiene una conformación heterogénea. La identidad fluye y tiene un proceso de reconstrucción y revalorización dinámico que se produce tanto por las continuas discusiones a nivel interno, como por el contacto e influencia que se tenga con otras culturas. Dentro de cada grupo étnico-cultural se confunden subgrupos (ancianos, mujeres, jóvenes, personas con discapacidad) que continuamente retoman, readaptan o rechazan ciertos rasgos y tradicionales culturales de su

grupo, todo lo cual “es parte integral de los procesos de reorganización étnica que hacen posible su persistencia”.¹⁴ Del mismo modo, al entrar en contacto con otras culturas los grupos culturales toman ciertas prácticas o rasgos de la cultura ajena y los incorporan a su propia identidad.¹⁵

En tal sentido, el DIC también consiste en el cambio, la adaptación y la toma de elementos culturales de otras culturas y pueblos, en la inteligencia de que todo esto se haga de manera voluntaria, libre e informada por parte del grupo. Impedir o dificultar el acceso a estos mecanismos podría llevar al grupo al estancamiento y a la exclusión, poniéndose en peligro su supervivencia física y cultural. Es por esto que algunos autores sostienen que el fortalecimiento de la identidad cultural no tiene como único objetivo conservar a las culturas, sino impulsar el despliegue de sus potencialidades en el presente y en el futuro, permitir el ejercicio de los derechos culturales, establecer canales más justos de diálogo y participación en la toma de decisiones, y evitar procesos de interacción avasalladores entre culturas diferentes.¹⁶

Asimismo, debe resaltarse que por su propia naturaleza el DIC es un derecho autónomo, dotado de singularidad propia (al menos conceptualmente), pero a la vez, es un “derecho síntesis”, que abarca (y transversaliza) tanto derechos individuales como colectivos, requiere de la realización y efectivo ejercicio de todos los derechos humanos y, a la inversa, de su realización depende la vigencia de muchos otros derechos humanos internacionalmente protegidos.¹⁷

En cuanto al sujeto del derecho, la Corte Constitucional colombiana (en adelante CCC) reconoció que el DIC “se proyecta en dos dimensiones[:] Una colectiva y otra individual”, pero, según la Corte, el sujeto del derecho es la comunidad dotada de singularidad propia. Lo cual no supone “que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece”. “Lo anterior (agrega la Corte) comprende dos tipos de protección a la identidad cultural[,], una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad (Sentencia T-778/05).”¹⁸

Distinto es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que aún cuando ha interpretado las dimensiones sociales de ciertos derechos humanos individualmente consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH),¹⁹ declara la violación de los mismos únicamente en perjuicio de los “miembros de la comunidad” y no de la comunidad como tal. Lo anterior se debe a la disposición consagrada en el artículo 1.2 de la CADH,²⁰ “que aclara la connotación que ese instrumento internacional maneja acerca del concepto de ‘persona’: El ser humano, el individuo, como titular de derechos y libertades”.²¹

Personalmente considero que habría que reformular la interpretación

del artículo en mención a efectos de aceptar a la comunidad como titular del derecho. El fin que motivó la adopción de este artículo fue impedir que cualquier individuo sea excluido de la protección de la CADH argumentándose que no ostenta el carácter de persona; situación esta que nada tiene que ver con la concepción comunal de los derechos que los grupos étnico-culturales tienen, que más bien da sustento y contenido a los derechos individuales. Además, debemos considerar que esta concepción limitativa del artículo 1.2 de la CADH presenta una serie de dificultades prácticas en el litigio de los derechos de los grupos étnico-culturales ante los órganos del Sistema Interamericano. Por ejemplo, es necesario individualizar y listar a todos los miembros de la comunidad previo al sometimiento de un caso (carga procesal que recae en las propias víctimas o sus representantes); listado que nunca será definitivo por los matrimonios, defunciones, nacimientos, movilizaciones y demás, que a diario se producen en el seno de la comunidad, lo que vuelve a la individualización difícil, costosa y a la larga inútil. Asimismo, la individualización de las víctimas puede ir en contra de la cultura de éstas, ya que por ejemplo, no se cuentan entre los “miembros” a los ancestros y las generaciones futuras, que algunos pueblos consideran como integrantes de sus comunidades. Otro problema que se presenta es que sólo se consideran víctimas de la violación del derecho individual a quienes aparecen listados,²² dejándose por fuera a quienes por cualquier razón no aparecen en esa lista. Finalmente, la individualización también resulta inútil por el tipo de reparaciones que se pretenden obtener. Por ejemplo, la Comunidad indígena Yakye Axa tuvo que individualizar a sus miembros, para posteriormente obtener de la Corte IDH el reconocimiento de su derecho a la propiedad comunal, lo cual hubiera sido perfectamente factible sin necesidad de la individualización. En suma, la individualización de los miembros de una comunidad no resulta adecuada, útil ni justa.

Ahora bien, el principal garante del DIC, así como de cualquier otro derecho humano, es el Estado dentro del cual se encuentra el respectivo grupo étnico-cultural. No obstante, dado que la diversidad cultural “constituye el patrimonio común de la humanidad”,²³ la comunidad internacional también tiene responsabilidad en su protección. Esto ha quedado evidenciado, por ejemplo, con la adopción de la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (1954) y sus dos Protocolos, y la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972). De igual forma, ha crecido la preocupación respecto a terceros ajenos a las autoridades estatales que se encuentran en control o posesión de bienes importantes para la identidad de una cultura. Al respecto, en el marco de la 31ª Conferencia General de la Unesco, celebrada en París (2001), el Director General sugirió adoptar una declaración en la que se señale que “[l]as autoridades

que controlen efectivamente un territorio, sean o no reconocidas por los Estados de la comunidad internacional, así como las personas e instituciones que controlen temporalmente o a largo plazo sitios culturales importantes y bienes culturales muebles, son responsables de su protección”.

A efectos del presente trabajo, nos concentraremos en las obligaciones del Estado, cuyo incumplimiento, por acción u omisión, le acarreen responsabilidad internacional. Para ello es necesario recordar que

[e]s un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, [...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación.²⁴

No obstante, no puede exigirse al Estado que proteja y promueva la identidad cultural de todos los grupos que se encuentran en sus territorios. Este derecho únicamente recae en los grupos étnico-culturales. Quedan por fuera, por ejemplo, los grupos inmigrantes. La razón de esta separación la brinda Kymlicka,²⁵ quien sostiene que mientras las minorías nacionales y los pueblos indígenas mantienen el deseo de seguir siendo sociedades distintas respecto de la cultura mayoritaria de la que forman parte, a la que han sido incorporados muchas veces en contra de su voluntad, y exigen, por tanto, diversas formas de autonomía o autogobierno para asegurar su supervivencia como grupo, los inmigrantes, además de estar generalmente dispersos, han salido de sus respectivas culturas de una manera voluntaria,²⁶ y por ende, han renunciado a parte de su cultura. “Si bien a menudo pretenden obtener un mayor reconocimiento de su identidad étnica, su objetivo no es convertirse en una nación separada y autogobernada paralela a la sociedad de la que forman parte, sino modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable a las diferencias culturales.”²⁷ En suma, mientras que para los primeros se aplica el derecho a la identidad cultural y, consecuentemente, el derecho a ser diferentes, para los segundos deben buscarse términos de integración más justos, aún cuando se les permita mantener, a manera de beneficio, ciertos rasgos de su propia cultura.

Sintetizando todo lo anterior concluimos que el DIC es el derecho de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, así como de sus miembros, a conservar, adaptar e incluso cambiar voluntariamente la propia cultura; abarca todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, de los cuales

depende y a la vez da sentido, y merece la protección de los particulares, la comunidad internacional y, sobre todo, del Estado.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como mencioné anteriormente, el enfoque principal de este artículo es la protección del DIC desde el ámbito del Sistema Interamericano de derechos humanos, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte IDH, organismos que se encargan principalmente de la aplicación e interpretación de la CADH y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH).

Una de las razones que caracterizan y a la vez revelan la importancia del SIDH es la posibilidad que tiene de recibir peticiones o denuncias por la violación de derechos humanos de personas o grupos de personas. Como veremos, muchas comunidades indígenas han logrado la protección de los órganos del Sistema y el reconocimiento de las violaciones que se han producido en su contra. No obstante, el Sistema tiene todavía la limitante de no poseer un instrumento vinculante específico que consagre los derechos diferenciados de los grupos étnicos-culturales. Los derechos que hacen referencia directa a la cultura están consagrados en el Artículo XIII de la DADDH y en el Artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (en adelante PSS).

Estos dos instrumentos presentan algunas dificultades en el litigio internacional de los derechos culturales. En primer lugar, la Corte IDH no está facultada para aplicar directamente la DADDH dentro de su competencia contenciosa.²⁸ En segundo lugar, el PSS no otorga competencia ni la CIDH ni la Corte IDH para conocer casos contenciosos por la violación de los derechos económicos, sociales y culturales que consagra, salvo el derecho a la educación y el derecho a la libertad sindical.²⁹ Por ello, necesitamos circunscribirnos a lo dispuesto por la CADH. En el siguiente apartado trataremos de esbozar algunas ideas sobre cómo utilizar este tratado para proteger el DIC.

La interpretación de la CADH

Las reglas de interpretación de la CADH están contenidas en el artículo 29 de la misma, el cual dispone:

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

- Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

- Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Los principios de interpretación consagrados en este artículo, así como los establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), permiten a los órganos del SIDH hacer una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales, puesto que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.³⁰

Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que:

*El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.*³¹

Debe tenerse en cuenta, además, que la formulación y el alcance de los derechos debe interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva.

Particular importancia tiene el literal (b) del artículo 29 de la CADH, que ha sido interpretado por la Corte IDH en el sentido que

*si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.*³²

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal ha considerado útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintivos a la CADH para interpretar sus

disposiciones en el momento actual, habida consideración de la evolución experimentada en el derecho internacional de los derechos humanos.³³

Asimismo, la interpretación de las normas contenidas en la CADH también debe contar con los aportes que brinda la jurisprudencia interna de los Estados parte del SIDH, especialmente en casos sobre los derechos de los grupos étnico-culturales, aún en gestación en el ámbito internacional, pero con un desarrollo más amplio en la legislación y jurisprudencia internas.

Finalmente, la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones también constituye, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, medios auxiliares para el derecho internacional y fuente para la interpretación de la CADH.

La Corte IDH y la CIDH no pueden dejar de incorporar estos avances, ya que sólo así se dará pleno sentido a los derechos que velan, y se permitirá que el régimen de protección de los derechos humanos adquiera todo su efecto útil. En palabras de Medina:³⁴

Los aportes nacionales e internacionales en materia de derechos humanos se vierten en un crisol, donde se produce una sinergia como resultado del cual los derechos humanos reaparecen ampliados y perfeccionados. Es allí, a ese crisol, donde los intérpretes de las normas de derechos humanos deben acudir para realizar su tarea.

Sobre la base de todo lo anterior, pasemos a analizar la CADH para construir en su articulado la protección del DIC de los grupos étnico-culturales.

El DIC en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El DIC no está expresamente consagrado en la CADH, sino que requiere de una construcción a partir de los derechos que este cuerpo normativo consagra. Un primer intento de construcción del DIC constituye el Voto Parcialmente Disidente del Juez Abreu Burelli en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay:

En lo que respecta a la Convención Americana, el derecho a la identidad cultural, si bien no se encuentra establecido expresamente, sí se encuentra protegido en el tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en los artículos 1.1 [obligación de respetar los derechos], 5 [derecho a la integridad personal], 11 [protección de la honra y de la dignidad], 12 [libertad de conciencia y de religión], 13 [libertad de pensamiento y de expresión], 15 [derecho de reunión], 16 [libertad de asociación], 17 [protección a la familia], 18 [derecho al nombre], 21 [derecho a la propiedad privada], 23 [derechos políticos] y 24 [igualdad ante la ley] del mismo, dependiendo de los hechos del caso concreto. Es decir, no siempre que se vulnere uno de dichos artículos se estaría afectando el derecho a la identidad cultural.

A este listado me permitiría agregar los derechos consagrados en los artículos 8 (garantías judiciales) y 14 (derecho de rectificación o respuesta) del mismo instrumento.

El derecho a la integridad personal

Hay veces que no se puede con nada, pero de todos modos atiendo a mis pacientes por consideración, porque ellos lloran conmigo cuando no tienen dinero para curarse y viéndolos tristes los curo con todo mi corazón.³⁵

El DIC se nutre de la protección que brinda el artículo 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH, según el cual la integridad personal abarca la integridad física, psíquica y moral.

En cuanto a la integridad física, el artículo 5 de la CADH en conjunción con el artículo 10 (derecho a la salud) del PSS se relacionan con el DIC en cuanto comprenden el derecho de los grupos étnico-culturales y sus miembros a conservar, utilizar y proteger sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, y exigir que los servicios de salud públicos sean apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, que no se les impongan tratamientos ajenos a su cultura sin su debido consentimiento libre e informado y se tenga en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales.

En lo que respecta a la integridad psíquica y moral conviene referirse a la sentencia de la Corte IDH en el caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, relativo a la masacre de 39 de sus miembros en el marco de un operativo militar en 1986. Las investigaciones llevadas a cabo por la justicia estatal no dieron los resultados esperados y los crímenes aún permanecen en la impunidad. Según las costumbres de la Comunidad, si uno de sus miembros es ofendido, sus familiares están obligados a buscar justicia por la ofensa cometida. Si el ofendido ha muerto, se cree que su espíritu no podrá descansar hasta que se haga justicia.³⁶ Asimismo, debido a los hechos del caso, la Comunidad Moiwana no pudo honrar apropiadamente a sus seres fallecidos, lo que se considera una “transgresión moral profunda”, que ofende a los ancestros y provoca “enfermedades de origen espiritual”.³⁷

La Corte IDH tomó en cuenta lo anterior y consideró violentado el derecho a la integridad personal de los miembros de la Comunidad por la “indignación y vergüenza de haber sido abandonados por el sistema de justicia penal de Suriname [y porque] han debido sentir la ira de los familiares que murieron injustamente durante el ataque”.³⁸

Otro caso que resulta ejemplificativo es el de los Guarani-Kiowah, un pueblo de 26.000 miembros en el Estado de Matto Grosso do Sul en Brasil, en donde ocurrió un fenómeno continuado de suicidios, cuya proporción era 30 veces mayor

al promedio nacional, a causa de la profunda depresión que sentían los indígenas por el despojo de sus territorios tradicionales.³⁹

Como puede observarse, para muchas comunidades indígenas el rompimiento de los lazos con los ancestros, la fragmentación de su relación con la tierra y sus recursos naturales y el abandono forzado de sus prácticas culturales les produce severos padecimientos que indudablemente afectan su derecho a la integridad psíquica y moral.

Libertad de conciencia y religión

[M]e proponéis cinco varones [...] que debo conocer. El primero es el Dios, Tres y Uno que son cuatro, a quien llamáis Creador del Universo, ¿por ventura es el mismo que nosotros llamamos Pachacámac y Viracocha? [...] El segundo es el que decís 'Adán'; Padre de todos los otros hombres. Al tercero llamáis 'Jesucristo' (al que amontonaron todos los pecados) [...] Al cuarto nombráis 'Papa'. El quinto es Carlos y es príncipe y señor de 'todo el mundo'. ¿Y entonces, este Carlos qué permiso puede requerir del Papa que no es mayor señor que él?⁴⁰

El párrafo arriba citado evidencia las contradicciones que Atahualpa descubría en el discurso que le estaba siendo impuesto por el representante de una religión diferente a la suya. Desde esta época hasta la actualidad se ha desarrollado un proceso de destrucción de las religiones indígenas y, consecuentemente, de su identidad cultural.

Una forma de imposición simbólica del poder muy utilizada por los europeos en la invasión a América era la destrucción de los templos y lugares sagrados indígenas y la erección, en el mismo lugar, de grandes iglesias y catedrales. Con ello se pretendía destruir los símbolos de las comunidades, su autoestima y su cultura, para convertirlas en concentraciones obreras-esclavas al servicio de sus verdugos.

La negación/eliminación de la religión desdibuja la percepción sobre los orígenes que cada pueblo tiene de sí mismo y su concepción sobre el mundo, se debilitan los lazos entre los miembros del grupo, se diluye la influencia de las autoridades tradicionales, y se facilita la apropiación de objetos o lugares sagrados.

En un caso sometido ante la CCC⁴¹ se denunciaba a la Comunidad Indígena de Yanacona, por haber impedido que ciertos integrantes de la Iglesia Pentecostal Unidad de Colombia (IPUC) efectuaran ritos religiosos dentro de la Comunidad. Los denunciantes alegaban la violación de su derecho a la libertad de conciencia y religión. La mayoría de los miembros de la Comunidad compartían el culto católico y sólo unos cuantos habían abrazado el culto evangélico que la IPUC pregonaba. Estos últimos habían empezado a desconocer a las leyes y autoridades tradicionales de la Comunidad. Al resolver la petición, la CCC señaló que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido el derecho a la integridad étnica y cultural, en el sentido de que también es fundamental el derecho a la supervivencia cultural, por lo cual, si los miembros de la comunidad indígena que profesan la

religión evangélica desconocen la autoridad del Cabildo y se niegan a continuar con las prácticas de producción y desarrollo comunitario establecidos, atentan contra la forma de vida que la autoridad indígena intenta preservar, toda vez que la extensión de sus creencias religiosas a otros campos de la vida social hacen evidente un conflicto y una ruptura de las relaciones pacíficas de los miembros del resguardo [...].

En esta dimensión, el ejercicio de la autonomía reconocida por la Carta hace que las autoridades indígenas tomen las medidas previsoras y correctivas – como en efecto ocurrió– frente al comentado incidente religioso, a fin de que el mismo no adquiera una trascendencia que tienda a descomponer los valores y la esencia de la cultura Yanacona. [... E]l catolicismo ha sido asimilado y aceptado por la mayoría de los indígenas del resguardo porque no se opone a sus normas, a sus costumbres, a las formas de vida desarrolladas por ellos desde el año de 1700; ni tampoco se ha constituido en factor de desconocimiento de sus autoridades tradicionales. Lo que bajo el extremo contrario sí ha ocurrido con la propagación de la religión evangélica protestante.

La veneración o admiración hacia la idea de Dios en un recogimiento y convicción individual, no puede transgredir el orden social que consensual y secularmente ha establecido la comunidad. Incluso, partiendo de la movilidad y vitalidad de la cual goza el desarrollo de cualquier colectivo social, es plenamente válido estimar un futuro posible donde el pensamiento de la IPUC sea reconocido por la mayoría Yanacona, pero, plegándose a la cultura e identidad del pueblo Yanacona y no a la inversa como se pretende en este caso. En otras palabras, los valores culturales, usos, costumbres y tradiciones de este pueblo, en la medida en que no son fijos ni inmutables pueden ser filtrados, conmovidos y transformados por las fuerzas evolutivas endógenas y exógenas, advirtiéndose sí, que, colectivamente se puede ser un espíritu abierto a todas las posibilidades, siempre y cuando se preserve la identidad dinámica que constituye la piedra angular de la comunidad indígena.⁴²

Como puede observarse en esta extensa cita, se presentan las dos facetas del DIC. Por un lado, se reconoce que la Comunidad y sus miembros tienen el derecho a conservar su propia cultura, forma de organización y religión (amenazada por las prácticas religiosas evangélicas) y por otro lado, no se niega que el evangelismo podría ser aceptado y asimilado por la Comunidad si es que éste se pliega a la identidad de la misma y no a la inversa, tal como sucedió con el catolicismo, que fue adaptado e incorporado por la Comunidad a su identidad.⁴³

Por ello, la protección que brinda el artículo 12 (libertad de conciencia y religión) de la CADH al DIC radica en el derecho de los grupos étnico-culturales y sus miembros a preservar, expresar, divulgar, desarrollar, enseñar y cambiar sus prácticas, ceremonias, tradiciones y costumbres espirituales, tanto en lo público como en lo privado. Involucra también el derecho que tienen a que no se realicen

intentos de convertirlos forzadamente y no se impongan creencias contra su voluntad. Este artículo interpretado en conjunto con los artículos 21 (derecho a la propiedad privada) y 22 (derecho de circulación y residencia) de la misma Convención, les otorga el derecho a mantener y acceder a sus lugares religiosos, sagrados y culturales, y a utilizar, vigilar y recuperar sus objetos de culto. Finalmente, en conjunción con el artículo 24 (igualdad ante la ley) de la CADH se les faculta a exigir al Estado las mismas posibilidades y beneficios que reciben las religiones mayoritarias, por ejemplo, el reconocimiento de los días feriados de sus religiones y la anuencia a que sus miembros, contratados por organismos públicos o privados, o internos en instituciones de salud y centros penales, asistan a sus ceremonias religiosas.

Libertad de expresión y derecho de rectificación

[U]na de las pequeñas paradojas de la historia es que ningún imperio plurilingüe del viejo mundo se atrevió a ser tan despiadado como para imponer una única lengua a todo el conjunto de la población, algo que sí hace la república liberal, 'que defiende el principio de que todos los hombres han sido creados iguales'.⁴⁴

De conformidad con el artículo 13 de la CADH, la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho “de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento”. Este derecho puede interpretarse como la facultad de manifestar la propia cultura e identidad.

Una de las principales formas de expresión de la cultura es el lenguaje, tanto es así que nuestros Estados liberales adoptaron por muchos años la consigna: Una sola nación, una sola lengua. Lo anterior significó la pérdida paulatina de los idiomas indígenas y el consiguiente menoscabo de las identidades culturales. Del mismo modo, “la elección de una lengua como lengua nacional y oficial coloc[ó] necesariamente en situación de desventaja a aquellos cuya lengua materna no e[ra] la elegida, al tiempo que confi[rió] un privilegio a quienes habla[ba]n el idioma elegido”.⁴⁵

La Corte IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la protección que la libertad de expresión brinda al derecho a hablar la lengua materna en el Caso López Álvarez vs. Honduras. La víctima en este caso era un indígena garífuna que estaba detenido en un centro penitenciario hondureño. Las autoridades de tal centro prohibieron a todos los garífunas utilizar su lengua materna “por cuestiones de seguridad”. La Corte IDH declaró que el Estado había violado el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad del señor López, puesto que tal prohibición “afect[aba] su dignidad personal como miembro de [la] comunidad [garífuna]”, ya que “el idioma materno representa un elemento

de identidad”.⁴⁶ Asimismo, la Corte consideró que la “lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”.⁴⁷

Pero la libertad de expresarse no se reduce solamente a la palabra, el propio artículo 13 de la CADH habla de “formas artísticas” de expresión y deja abierto este derecho “a cualquier procedimiento” por el que una persona se expresa. Esto es de vital importancia para los pueblos indígenas, ya que “[s]i el hombre occidental piensa en palabras, el hombre indígena piensa en símbolos, actos y ritos”.⁴⁸ En consecuencia, todas las formas por las cuales una cultura expresa su identidad son válidas y merecen la protección internacional.

Por otro lado, pienso que la protección del artículo 14 (derecho de rectificación) de la CADH radica en el derecho de los grupos étnico-culturales de corregir o solicitar la corrección de cualquier información inexacta o incorrecta sobre su cultura e historia, que aparezca en cualquier texto educativo, página electrónica, documento público o privado, publicación periodística, cinematográfica, de radio o televisión, e incluso en la historia oficial.

Derechos políticos

*Nosotros conocemos las leyes, para la buena salida se tiene que consultar a los pueblos indígenas.*⁴⁹

Según el artículo 23 de la CADH, los derechos políticos se dividen tres grandes grupos: (a) La participación en la dirección de asuntos públicos, (b) el derecho a elegir y ser elegido en condiciones libres y democráticas, y (c) tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas del país.

La garantía de estos derechos no depende exclusivamente de la expedición de normativa que los reconozca formalmente, sino que requiere que el Estado adopte las medidas necesarias que logren su real vigencia y ejercicio, y tomen en cuenta las particularidades propias de cada grupo poblacional.

En tal sentido, los Estados deben tener en cuenta que los pueblos indígenas necesitan un amplio grado de autodeterminación y control sobre su destino político para la preservación de su cultura. El derecho a elegir a sus representantes y participar en todo tipo de decisión que les afecte (o pueda afectar) significa para los pueblos indígenas una forma de supervivencia cultural y requiere de medidas estatales necesarias para garantizar que esa participación sea significativa y efectiva. Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU (en adelante CERD) señaló que los Estados deben tomar las medidas necesarias para permitir que miembros de las comunidades indígenas sean electos en los comicios,⁵⁰ puesto que las poblaciones indígenas tienen muy bajos índices de representación política⁵¹ y no están en igualdad de posibilidades de participar en todos los niveles del poder.⁵²

De tal suerte, el CERD recomendó la creación de distintos mecanismos para coordinar y evaluar las diversas políticas de protección de los derechos de las comunidades indígenas, que permitan una real y adecuada participación en la vida pública de la nación.⁵³

La falta de representación política ha tenido un efecto directo en las decisiones que se han tomado a nivel estatal respecto al uso y manejo de los recursos públicos. En efecto, una de las principales razones por las cuales los pueblos indígenas sufren de marginación y pobreza es justamente la violación de sus derechos de autodeterminación y participación política a nivel local, regional y nacional.⁵⁴

La participación directa de los pueblos indígenas en la dirección de asuntos públicos debe hacerse desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En un caso sometido a la Corte IDH, la organización indígena Yatama de la Costa Atlántica de Nicaragua reclamaba la violación de la CADH, entre otras razones, por la restricción legal de participar en las elecciones únicamente a través de partidos políticos. El Tribunal internacional consideró que la figura del partido político era ajena a los usos, costumbres y tradiciones de las organizaciones indígenas de ese país e implicaba “un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido” (párr. 218).⁵⁵ Asimismo, la Corte IDH dispuso que los requisitos para la participación política que sólo puedan ser cumplidos por los partidos, pero no por agrupaciones con diferente organización, entre ellas los pueblos indígenas, es contraria al derecho a la igualdad y a los derechos políticos, “en la medida en que limita[n], más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte[n] en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de asuntos públicos” (párr. 220).⁵⁶

En dicho caso también se discutió el tema de los distritos electorales. La Ley electoral nicaragüense disponía que toda agrupación política debía presentar candidatos en al menos 80% de las circunscripciones electorales municipales. De tal suerte, Yatama se vio forzada a presentar candidatos en municipios en los que no existía presencia indígena y con los cuales no tenían “ni vinculación ni interés” (párr. 222).⁵⁷ La Corte IDH consideró esta exigencia como desproporcionada, “que limitó indebidamente la participación política” y que no tomó en cuenta que los indígenas no contarían con apoyo para presentar candidatos en ciertos municipios o no tendrían interés en buscar dicho apoyo (párr. 223).⁵⁸

Para evitar lo anterior (y otros muchos problemas similares), pienso que los Estados deberían trazar las fronteras electorales de tal forma que las minorías étnico-culturales constituyan una mayoría dentro de sus territorios. Varios pueblos indígenas además de estar divididos entre fronteras nacionales, se encuentran en distintas provincias, departamentos o municipios dentro de un mismo Estado, y en cada división son una minoría.

Algunos esfuerzos se han dado para evitar esto. Estados Unidos ha trazado

circunscripciones (en ciertos casos un poco extrañas) con la sola finalidad de crear mayorías latino o afrodescendientes. La Corte Suprema de este país avaló estas circunscripciones “teniendo en cuenta la discriminación política que históricamente ha existido contra negros y méxicoamericanos [...] y de los efectos residuales de tal discriminación sobre esos grupos”.⁵⁹

Otros países han reservado escaños para asegurar la representación en el parlamento de un grupo minoritario específico. Por ejemplo, Jordania, para los cristianos y circasianos; Pakistán, para las minorías no musulmanas; Nueva Zelanda, para los maoris; Colombia para los pueblos indígenas y afrodescendientes; Eslovenia, para los húngaros e italianos, entre otros.

Además de lo anterior, debe garantizarse la representación de los grupos étnico-culturales en todo organismo que pueda interpretar o modificar sus competencias o derechos. Al respecto, el CERD mostró preocupación por la insuficiente representación de los pueblos indígenas y las minorías en la policía, el sistema judicial y otras instituciones públicas argentinas.⁶⁰

Finalmente, la participación política de los pueblos indígenas y sus miembros no se agota con la representación (por designación o elección) en los organismos del Estado. Es claro que dicha representación (necesaria, desde luego) es, en mayor o menor medida, insuficiente para la protección de sus intereses y derechos. Por ello, los pueblos indígenas tienen, además, el derecho a que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado sobre todos los asuntos que sean de su interés; sólo de esta forma se les permitirá “hablar por sí mismos[,] participar en el proceso de toma de decisiones [...] y que su contribución, además, [sea] beneficiosa para el país en el que habitan”.⁶¹

El CERD vinculó el derecho a la consulta al de participación política,⁶² e hizo un llamado a los Estados a fin de que “garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”.⁶³ En el mismo sentido, la CCC señaló que el derecho a la consulta constituye “el medio a través del cual se protegerá [...] su integridad física y cultural”.⁶⁴

En consecuencia, el DIC de los grupos étnico-culturales y sus miembros visto a través del artículo 23 (derechos políticos) de la CADH radica en el reconocimiento de su derecho a participar libremente en todos los niveles de adopción de decisiones en instituciones públicas responsables de políticas y programas que les conciernan; ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter que puedan afectarles; decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo, así como cualquier cuestión relacionada con sus asuntos internos; mantener y desarrollar sus propios sistemas políticos y económicos, y mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones. En conjunción con el artículo 13 (libertad de pensamiento y expresión) de la CADH, se protege su

derecho a recibir información oportuna, clara y veraz de todo aspecto que les concierna, a fin de que puedan pronunciarse individual o colectivamente.

Derecho a la propiedad

*Mi pueblo venera cada rincón de esta tierra, cada brillante espina de pino, cada playa arenosa, cada nube de niebla en las sombrías selvas, cada calvero, cada insecto que zumba; en el pensamiento y práctica de mi pueblo, todas estas cosas son sagradas.*⁶⁵

La tierra y los recursos naturales en ella existentes son la esencia misma de la identidad cultural de los pueblos indígenas y sus miembros, a tal punto que la Relatora Especial sobre poblaciones indígenas de la ONU indicó que “el concepto mismo de ‘indígena’ comprende la idea de una cultura y un estilo de vida distintos e independientes, basados en antiguos conocimientos y tradiciones, vinculados fundamentalmente a un territorio específico”.⁶⁶ La Relatora agregó que

*[L]a protección de la propiedad cultural e identidad, está fundamentalmente vinculada a la realización de los derechos territoriales y de la libre determinación de los pueblos indígenas. Los conocimientos tradicionales en cuanto a valores, autonomía o autogobierno, organización social, gestión de los ecosistemas, mantenimiento de la armonía entre los pueblos y respeto de la tierra están enraizados en las artes, las canciones, la poesía y la literatura que cada generación de niños indígenas debe aprender y renovar. Estas ricas y variadas expresiones de la identidad específica de cada pueblo indígena aportan la información necesaria para mantener, desarrollar y, de ser necesario, restablecer las sociedades indígenas en todos sus aspectos.*⁶⁷

Asimismo, en un informe posterior, la Relatora indicó que el deterioro gradual de las sociedades indígenas puede atribuirse a la falta de reconocimiento de su relación con sus tierras, aire, agua, los mares costeros, el hielo, la flora, la fauna y los demás recursos naturales vinculados a su cultura.⁶⁸

Muchos otros especialistas de los distintos organismos supranacionales (universales y regionales), así como diversos tratadistas y expertos han analizado extensamente las implicaciones que la tierra tiene para los pueblos indígenas. Por ello (y por la brevedad del presente trabajo), no trataremos en profundidad este tema. No obstante, revisaremos, por su importancia, algunas decisiones de los órganos del Sistema Interamericano.

La Corte IDH tuvo la posibilidad de conocer los casos de las comunidades Awás Tingni vs. Nicaragua, Yakye Axa vs. Paraguay y Moiwana vs. Suriname, en los que reconoció la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra y los recursos naturales, a los cuales calificó como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica, necesaria inclusive para

preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. A esta conclusión se llegó luego de la interpretación evolutiva del artículo 21 (derecho a la propiedad privada) de la CADH. La Corte, en los citados casos, consideró que este artículo no se refiere únicamente a la concepción civilista de propiedad, sino que también puede (y debe) interpretarse de tal forma que se proteja la propiedad comunal de la tierra y los recursos naturales. Es más, en el caso *Yakye Axa* la Corte IDH interpretó que el artículo 21 de la CADH también salvaguarda “los elementos incorporeales” que se desprendan de la relación de los indígenas con sus territorios, así como todo bien mueble u objeto, corporal o incorporeal, susceptible de tener un valor (no sólo económico). Dentro de estas categorías entran básicamente todo el patrimonio cultural tangible e intangible de los pueblos indígenas.

Es así que podríamos interpretar que la protección que el artículo 21 de la CADH brinda al DIC comprende el derecho de éstos al uso y goce de sus bienes, tanto materiales como inmateriales, lo que implica el derecho a conservar, utilizar, controlar, reivindicar y proteger su patrimonio cultural material e inmaterial, así como todo tipo de producto o fruto de su actividad cultural e intelectual, sus procedimientos, tecnologías e instrumentos propios, así como los lugares en donde su cultura se expresa y desarrolla.

La protección del artículo 21 se vería reforzada por la del artículo 12 (libertad de conciencia y religión) de la CADH, si los bienes en referencia tuvieran un significado religioso o espiritual; y por la de los artículos 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH y 10 (derecho a la salud) del PSS, si fueran utilizados, además, en prácticas curativas o en la medicina tradicional.

Finalmente, si interpretamos el artículo 11 (protección de la honra y dignidad) de la CADH, que confiere el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en la vida privada, en la familia y el domicilio, en conjunción con artículo 21 del mismo instrumento, podríamos concluir que los pueblos indígenas pueden rechazar la presencia en sus territorios de terceros ajenos a su comunidades, más aún si están tergiversando o afectando su cultura, identidad, forma de vida o recursos. A esta interpretación se sumarían los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH y el artículo 10 (derecho a la salud) del PSS, si la presencia de extraños estuviera poniendo en riesgo la salud y vida de los miembros de las comunidades.⁶⁹

Garantías judiciales

Nuestra producción se llama artesanía, y la de ustedes es industria.

Nuestra música es folclore y la de ustedes es arte.

Nuestras normas son costumbres y las de ustedes son derecho.⁷⁰

El artículo 8 (garantías judiciales) de la CADH consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las

debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación formulada en su contra o para la determinación de sus derechos y obligaciones.

Hasta el momento, la Corte IDH ha interpretado este artículo, en lo que a pueblos indígenas se refiere, señalado que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.⁷¹ No obstante, para efectos del presente estudio, interpretaremos el artículo 8 de la CADH de tal forma que se proteja el DIC de los indígenas a través del reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.

El derecho es parte integrante de la cultura de los pueblos y elemento central de la identidad étnica, a tal punto que autores como Sierra⁷² llegan a afirmar que “un pueblo que ha perdido su derecho ha pedido parte importante de su identidad”.

El derecho indígena comprende los sistemas de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida social de las comunidades, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores, cosmovisión, necesidades e intereses.⁷³ Téngase en cuenta, además, que las prácticas culturales indígenas (como el sistema de parentesco, las concepciones religiosas y el vínculo con la tierra) están presentes a la hora de administrar justicia.

La distracción de los indígenas de su derecho consuetudinario y el sometimiento de sus casos a la justicia estatal podría acarrear la violación de varias garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la CADH. Así, por ejemplo, este artículo consagra el derecho a ser oído por un tribunal competente. La competencia se refiere al ámbito especial, temporal, material y personal, definido previamente por la ley, dentro del cual el juzgador puede ejercer sus facultades. El derecho consuetudinario de varios pueblos indígenas define previamente cuáles son las autoridades encargadas de resolver los conflictos que se presenten, en cualquier materia, entre los miembros de cada comunidad. Desconocer lo anterior, sería someter a los indígenas a un tribunal distinto a su “juez natural”.

Finalmente, el procesamiento de un indígena que ya ha sido juzgado por su propia justicia constituiría una violación al derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito. En efecto, en el Ecuador se dio un caso en el que tres indígenas miembros de la Comunidad La Cocha que asesinaron a otro miembro de la misma Comunidad, fueron juzgados por un cabildo indígena. Dicho cabildo encontró culpables a los tres acusados y les impuso las penas de ortigamiento,⁷⁴ destierro de la comunidad por dos años, pago de una indemnización de seis mil dólares estadounidenses y a caminar sobre piedras. Tiempo después el Ministerio Público tomó conocimiento del asesinato que habían cometido los indígenas y, desconociendo el hecho que ya habían sido juzgados por sus pares, interpuso una

acusación ante un juez penal. Sin embargo, el juez estatal consideró que el proceso penal instaurado ante él no tenía razón de ser, ya que se estaba violentando el principio non bis idem, y decretó la nulidad de todo el proceso penal.⁷⁵

Igualdad ante la ley

*Ya no sé si esto es discriminación, porque es lo que vivo desde que me acuerdo.
Seguro que desde la panza de mi madre que me discriminan.*⁷⁶

El derecho a la igualdad, según los criterios de la Corte IDH,

*se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma los discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se corresponden con su única e idéntica naturaleza.*⁷⁷

De igual forma, la Corte en su reciente Opinión Consultiva 18 consideró “que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”.⁷⁸

Por su parte, la CIDH señaló que

*[d]entro del derecho internacional en general, y en el derecho interamericano específicamente, se requiere de protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente con el resto de la población. Además, quizá sea necesario establecer medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su supervivencia física y cultural, un derecho protegido en varios instrumentos y convenciones internacionales.*⁷⁹

Estas “protecciones” o “medidas especiales” tienen como finalidad superar los obstáculos y las condiciones concretas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad de los grupos étnico-culturales de modo que se garantice su supervivencia física y cultural.⁸⁰ Por ello, “la legislación por sí sola no puede garantizar los derechos humanos”, puesto que aún cuando exista marco jurídico favorable, éste “no es suficiente para la debida protección de sus derechos si no está acompañada de políticas y acciones estatales”.⁸¹

En lo que toca al DIC, el artículo 24 de la CADH obliga a los Estados a

ofrecer las mismas posibilidades de preservar la propia cultura a todos los grupos culturales existentes dentro de sus fronteras. Hemos visto que la elección de un lenguaje oficial, acarrea desventajas para quienes no hablan el lenguaje escogido; lo mismo se aplica a otros aspectos, como el derecho, la vestimenta, la religión, el modelo de desarrollo, etc. La cultura mayoritaria es la que se ve reflejada en los símbolos patrios, feriados nacionales, instituciones públicas y medios de comunicación. Las demás culturas están opacadas.

Hay que reconocer que se han dado avances en los últimos años y que ahora al menos se habla de relaciones interculturales, pero esas relaciones aún son asimétricas, y no basta que se reconozca la existencia de una cultura diferente, si no se reconoce su valor o se da un falso reconocimiento y no se permite su desarrollo en condiciones igualitarias.

Otros derechos

Brevemente quisiera plantear el DIC de los grupos étnico-culturales y sus miembros también pudiera encontrar protección en los artículos 17 (derecho a la familia) y 18 (derecho al nombre) de la CADH.

La protección del artículo 17 (derecho a la familia) de la CADH radicaría en el derecho de estos grupos y sus miembros a conservar sus propias formas de organización familiar y de filiación; no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida cultural de su familia y comunidad; y a exigir a los Estados que ejecuten “programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños [sean indígenas o no] perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad”.⁸²

Por su parte, la protección del artículo 18 (derecho al nombre) de la Convención comprendería el derecho que tienen a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, en su propio idioma, y mantenerlos. La atribución o el cambio no consentido de los nombres tradicionales por otros pertenecientes a una cultura diferente “constituyen cuando menos actos de imposición y de agresión cultural”.⁸³

Una reflexión a modo de conclusión

Estoy consciente de que el catálogo de derechos humanos recogido en la CADH no es suficiente para acomodar todas las demandas de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, pero, siendo realista, creo que aún nos encontramos lejos de adoptar un tratado vinculante dentro del ámbito americano que desarrolle cabalmente sus derechos. El Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, así como su similar en el ámbito de las Naciones Unidas, aún están en discusión, y todo hace pensar que seguirán así por un buen tiempo. Es más, en la optimista visión que dichas Declaraciones se aprobarán prontamente, su

carácter será el de una enunciación (muy válida ciertamente, pero insuficiente) de derechos, sin que constituyan un tratado o convenio plenamente vinculante. En suma, el Convenio 169 de la OIT seguirá siendo el único instrumento vinculante sobre pueblos indígenas. Situación similar se presenta con los derechos de las minorías nacionales y sus miembros, reconocidos únicamente en Declaraciones (salvo el artículo 27 del PIDCP).

Con este panorama, debemos buscar caminos alternativos a nivel internacional para velar por la plena vigencia de los derechos de los grupos étnico-culturales. El camino que hemos analizado en este trabajo es, a mi criterio, el más cercano que tenemos en Nuestra América, y el que mejores resultados ha dado hasta la fecha (en lo que respecta a casos contenciosos), tanto en la discusión jurídica como en las reparaciones que se han ordenado. Ahora bien, nada nos garantiza que los órganos del Sistema puedan (y estén dispuestos a) seguir “estirando” la CADH y los demás tratados americanos para cubrir todas las dimensiones del DIC, así que tampoco podemos considerarlo como un proceso sólido y acabado. Nos queda entonces seguir construyendo los derechos diferenciados en función del grupo desde cada una de las legislaciones nacionales, utilizando en la medida de lo posible a los organismos internacionales de derechos humanos y exigiendo su positivización universal. El derecho a la identidad cultural no estará plenamente reconocido hasta que no concluyamos con este proceso.

NOTAS

1. C. Lévi-Strauss, “Raza e historia” en *Raza y cultura*, Ediciones Cátedra, Madrid, [1952], 2000, pág. 96.
2. Preámbulo de la Declaración Universal de las Unesco sobre la diversidad cultural (2001).
3. Unesco, Recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural (26 de noviembre de 1976), en Janusz Symonides, “Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n. 158, diciembre, 1998, disponible en <<http://www.unesco.org/issj/rics158/titlepage158spa.html>>, consultado el 12 de agosto de 2006.
4. Unesco, Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, Art. 4.1, 2005.
5. Unesco, Declaración Universal de las Unesco sobre la diversidad cultural, 2001, Art. 1.
6. *Ibid.*, Art. 2.
7. *Ibid.*, Art. 2 - subrayado fuera del original.
8. *Draft Declaration on Cultural Rights*, 1998, Art. 1.

9. Villoro citado en A. Donoso Romo, "Comunicación, identidad y participación social en la educación intercultural bilingüe", en *Revista Yachaykuna*, Instituto Científico de Culturas Indígenas, 2004, n. 5, Quito, págs. 6-38, disponible en <<http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/>>, consultado el 17 de agosto de 2006.
10. E.I. Daes, *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/28, 1993, párr. 24.
11. Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 1954, Art. 1.
12. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, 2003, Art. 2.1.
13. Véase al respecto, Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular (1989) y Convención para la Salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003).
14. W.Assies, "Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina", en Assies, Willem, van der Haar, Gemma y Hoekema, André, *El reto de la diversidad*, Colegio de Michoacán, México, 1999, pág. 26.
15. Al respecto, deben tenerse en cuenta las advertencias de Lévi-Strauss (Strauss, "Raza y cultura" en *Raza y cultura*, Ediciones Cátedra, Madrid, [1983] 2000, págs. 105-142) en el sentido de que cada cultura debe poner cierta resistencia al intercambio con otras culturas, pues de lo contrario muy pronto dejaría de tener nada de sí misma que intercambiar.
16. L. Villapolo Herrera, "Indígenas modernos. La identidad cultural frente a la interculturalidad y la globalización", en *Encuentro Sudáfrica-Guatemala. Sociedades en transición, experiencias en salud mental, niñez, violencia y post conflicto*, ECAP, Guatemala, 1ra. Ed., 2001.
17. Al respecto, el Art. 4 de la Declaración universal de la Unesco sobre la diversidad cultural dispone que "[l]a defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos". En el mismo sentido, la CIDH consideró que "para que un grupo étnico pueda subsistir preservando sus valores culturales, es fundamental que sus componentes puedan gozar de todos los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues de esta forma se garantiza su efectivo funcionamiento como grupo, lo cual incluye la preservación de una identidad cultural propia". (Informe sobre la población nicaragüense de origen miskito, párr. 14). Finalmente, el artículo 2.1 de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (Unesco, 2005) dispone: "Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales".
18. En un caso sobre la exención de los indígenas al servicio militar, el Tribunal colombiano sentenció que para efectos del servicio militar "no se protege al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica". La Corte destacó que la finalidad de la exención era "proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas" (Sentencia C-058/95).

19. Véase por ejemplo la dimensión social del derecho a la libertad de expresión en Corte IDH Caso *Canese Vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n. 111, párr. 77; Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C n. 107, párr. 108, y Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia de 4 de septiembre de 2001, Serie C n. 84, párr. 146; y la dimensión colectiva de la libertad de asociación en Corte IDH Caso *Huilca Tecse vs. Perú*, Sentencia de 03 de marzo de 2005, Serie C n. 121, párr. 69.

20. CADH.- "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano", Art. 1.2.

21. Caso *Yatama vs. Nicaragua*, Voto Juez García Ramírez, Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n. 127, párr. 6.

22. Esto ha forzado a la Corte IDH a "dejar la puerta abierta" para que otros miembros de la comunidad puedan ser individualizados en el futuro.

23. Declaración Universal de las Unesco sobre la diversidad cultural, Art. 1.

24. Corte IDH, Caso de *19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 12 de junio de 2002, Serie C n. 93, párr. 140.

25. W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996.

26. El autor citado reconoce que existen casos como el de los refugiados, que han salido involuntariamente de sus países de origen. Al respecto, señala que "[I]o mejor que los refugiados pueden esperar, siendo realistas, es ser tratados como inmigrantes [...] Esto significa que, a largo plazo, los refugiados son víctimas de una injusticia, puesto que no renunciaron voluntariamente a sus derechos nacionales. Pero esta injusticia fue cometida por el gobierno de su país, y no está claro que podamos pedir, de una manera realista, que sean los gobiernos huéspedes quienes la reparen" (W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996, p.140).

27. W.Kymlicka, op. cit., p. 26.

28. Aunque puede utilizarla para interpretar los derechos consagrados en la CADH (tratado sobre el cual tiene plena competencia).

29. Véase el artículo 19.6 del PSS. No obstante, existen ciertas estrategias de litigio, como las que aborda Melish (T. Melish, *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de Casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School, Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2003.), que por razones de espacio no serán tratadas.

30. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114.

31. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 120.

32. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 52.

33. En especial, la Corte IDH ha utilizado Convenio n. 169 de la OIT (Casos *Yatama vs. Nicaragua*, *Yakye Axa vs. Paraguay* y *Moiwana vs. Suriname*), la Convención sobre los derechos del niño (Casos *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* y *Gómez Paquiyauri vs. Perú*), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos (Casos *Tibi vs. Ecuador* e *Instituto de*

Reeducación del Menor vs. Paraguay), entre otros instrumentos internacionales que no forman parte del SIDH.

34. C. Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003.

35. Galdino Hernández Castellanos, médico mixteco tradicional Disponible en< http://cdi.gob.mx/index.php?id_seccion=743>, consultado el 21 de septiembre de 2005.

36. Sentencia de la Corte IDH, Caso de la Comunidad *Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 8 de febrero de 2006, Serie C n. 145, párr. 95.

37. *Ibid.*, párr. 99.

38. *Ibid.*, párr. 96.

39. CIDH, Informe sobre Brasil, 1997.

40. Atahualpa dirigiéndose al Cura Valverde a través del intérprete Felipillo, Gracilaso de la Vega citado en Ruiz, 2004.

41. Sentencia T-1022/01.

42. *Ibid.*

43. Por ejemplo, la Virgen viste como una mujer de la Comunidad, tiene casa, ganado y bienes que son administrados por un síndico, sale en las espaldas de sus fieles a trabajar y “ella mismita va a conseguir la plata para su fiesta” (CCC, Sentencia T-1022/01).

44. Jonson citado en W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996, pág. 31.

45. J. Martínez Cobo, *Conclusiones, propuestas y recomendaciones del estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas*, Naciones Unidas, New York, 1987, párr. 125.

46. Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C n. 141, párr. 169.

47. *Ibid.*, párr 171.

48. N. Pacari, “Pluralidad jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida”, en *Justicia indígena. Aportes para un debate*, Judith Salgado comp., Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.

49. Esteban López, líder comunitario, Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C n. 125, párr.152.

50. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, 50º período de sesiones, México, A/52/18,1997, párr. 319.

51. Asamblea General, *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, 52º

período de sesiones, Nueva York, Panamá, A/52/18, 1997, párr. 342.

52. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, 46° período de sesiones, Guatemala, A/50/18, 1995, párr. 305.

53. Asamblea General, *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, 51° período de sesiones, Nueva York, Colombia, A/51/18, 1996, párr. 51.

54. Minority Rights. *Indigenous Peoples and Poverty: The Cases of Bolivia, Guatemala, Honduras and Nicaragua* <http://www.minorityrights.org/Dev/mrg_dev_title12_LatinAmerica/mrg_dev_title12_LatinAmerica_pf.htm>, consultado el 22 de septiembre de 2005.

55. Caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C n. 127.

56. *Ibid.* Algo similar sucedió en un caso sometido ante la CCC, en el que se alegaba que la exclusión por motivos de edad de una candidata indígena era incompatible con la identidad cultural del pueblo indígena al que pertenecía, puesto que dentro de la cosmovisión del pueblo su edad era suficiente para ejercer sus derechos, incluido el de representación política (Sentencia T-778/05).

57. *Ibid.*

58. *Ibid.*

59. *White vs. Register* (412 U.S. 755), citado en CIDH, Informe anual, 1973.

60. CERD/C/65/C0/1, 10/12/2004, párr. 17.

61. Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

62. Botswana A/57/18, 01/11/2002, párr. 292-314.

63. Recomendación General XXIII relativa a los derechos de las poblaciones indígenas, A/52/18, 1997.

64. C-169-01.

65. Citado en F. Zohra Ksentini, "Los derechos humanos y el medio ambiente", Informe de la Relatora Especial, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1994/9, 1994.

66. E. I. Daes, *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/28, 1993, párr. 1.

67. *Ibid.*, párr.4.

68. E. I. Daes, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2000/25, 2000.

69. Por ejemplo, en 1976 se dio a conocer en Brasil que el 15% de la población Yanomami (15 mil

indígenas) falleció a causa de enfermedades introducidas por los mineros, para las cuales no tenían defensas naturales (CIDH, Informe sobre Brasil, 1997).

70. Citado en O. Correas, "La Teoría General del derecho frente al derecho indígena" en *Crítica Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 14, 1994.

71. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C n. 125, párr. 63.

72. M.T. Sierra, "Autonomía y pluralismo jurídico: el debate mexicano", en *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Volumen LVIII, n. 1-2, México, 1998, pág. 25.

73. R. Yrigoyen Fajardo, Raquel "El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala", en *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, n. 1-2: 81-114, México, 1998.

74. La ortiga es una planta que causa picazón y ardor al contacto con la piel; es frecuentemente usada en las sanciones indígenas ecuatorianas.

75. Juzgado Tercero de lo Penal de Cotopaxi, 10 de septiembre de 2002.

76. Testimonio de un indígena Wichi. Disponible en Aranda D., "el apartheid del Impenetrable", <<http://argentina.indymedia.org>>, consultado el 21 de junio de 2004.

77. Opinión Consultiva, OC-4/84, párr. 55.

78. OC-18/03, párr. 101.

79. Informe sobre Ecuador, 1997, pág. 122.

80. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) reconoce este particular cuando señala en su artículo 2(2): "Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales [...]". A la misma conclusión llegan el Art. VI.1 del Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y los artículos 6.3 y 9.2 de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (1982).

81. CIDH, Informe sobre Paraguay 2001, párr. 28. Véase también, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General n. 3: "la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el [PIDESC], no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes" (párr. 4).

82. PSS, artículo 15.

83. J. Martínez Cobo, *Conclusiones, propuestas y recomendaciones del estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas*, Naciones Unidas, New York, 1987, párr. 470.

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Oriunda de Kenya. Tiene una licenciatura (con honores) y un Master en Administración Pública de la Universidad de Cornell. Ha realizado investigaciones en derechos humanos, salud pública, corrupción y conflictos, y también ha escrito trabajos y guiado capacitaciones en dichos temas.

Más recientemente, estuvo a cargo de los programas de Desarrollo de Redes y Aptitudes en el Centro Internacional de Justicia Transicional, donde, entre otras cosas, supervisó el mayor programa de capacitación del Centro para profesionales de los derechos humanos de los países en transición política. Fue responsable del desarrollo de relaciones estratégicas para el desenvolvimiento de aptitudes en el Centro, y de la coordinación de una alianza internacional de colaboradores para los problemas relativos a los derechos humanos posteriores a los conflictos.

En la actualidad, Bosire es consultora del Fondo de Población de la ONU.

RESUMEN

Desde Sierra Leona hasta Sudáfrica, los pedidos de juicio, la búsqueda de la verdad, los resarcimientos y la reforma institucional son cada vez más frecuentes cuando los países hacen frente a los abusos a los derechos humanos. Si bien las medidas de justicia transicional están pensadas para contribuir al fin de la impunidad y al progreso hacia la reconciliación, se cree que la efectividad de tales intervenciones dependen en gran medida de la capacidad de las instituciones estatales tanto a nivel administrativo, judicial, como político y de seguridad. En los países africanos, a pesar de la realidad de las deficiencias institucionales, el mal gobierno y la pobreza, las medidas de justicia transicional siguen cargadas de altas expectativas. El trabajo observa los obstáculos hallados en algunos países africanos, con la esperanza de cultivar expectativas modestas. (Original en inglés, traducido por Alex Ferrara)

PALABRAS CLAVES

Justicia transicional- Comisiones de la verdad – Reconciliación – Reforma institucional.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

EXCESO DE PROMESAS, EXCESO DE INCUMPLIMIENTO: JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL ÁFRICA SUBSAHARIANA¹

Lydia Kemunto Bosire

Introducción

Los pedidos de juicio, la búsqueda de la verdad, los resarcimientos y la reforma institucional son cada vez más comunes en los países que intentan enfrentarse a los pasados abusos a los derechos humanos. Dichos abordajes son necesarios para combatir la impunidad y para progresar hacia la reconciliación.² Mientras se escribe este trabajo, al menos doce países del África subsahariana se encuentran en alguna etapa de implementación de medidas de justicia transicional; sin embargo, no ha mediado un análisis de las limitaciones abrumadoras con las que dichos esfuerzos se topan.³ Para aquéllos cuya tarea es desarrollar tales estrategias en el futuro, un análisis así sería valioso para ayudarlos a fijar expectativas realistas.

Usando una lente comparativa, este trabajo explora los desafíos hallados en el esfuerzo por lograr justicia en varios países subsaharianos en transición.⁴ Por ejemplo, en muchos casos, los juicios domésticos no son sistemáticos ni oportunos, en parte debido a una capacidad judicial pobre. La búsqueda de la verdad y las medidas reparatorias, a menudo aplicadas en contextos de compromiso político y de recursos limitados, pueden verse como carentes de buena fe. Ante la ausencia casi total de juicios y de resarcimientos, muchas víctimas se quedan sin reparación alguna, sobre todo porque los esfuerzos para investigar a los abusadores a los derechos humanos siguen siendo lentos y desiguales, y los perpetradores permanecen en cargos de poder.

Ver las notas del texto a partir de la página 98.

El trabajo se basa sobre todo en las experiencias de la República Democrática del Congo (RDC), Ghana, Ruanda, Sierra Leona, Sudáfrica y Uganda. La selección de casos es deliberada, motivada por el hecho de que los países examinados emplean un discurso explícito de lucha contra la impunidad y de aliento a la reconciliación, y se definen a sí mismos (o son definidos) como en estado de transición.⁵ Igualmente deliberada es la elección para restringir los casos al África subsahariana, en parte debido a una combinación única de factores característicos de dichos Estados.⁶ Si bien deberían examinarse las fuentes precisas de los desafíos a la justicia transicional en África, la debilidad del Estado africano ofrece una explicación preliminarmente posible: las medidas pueden no tener los resultados buscados (como combatir la impunidad o avanzar hacia la reconciliación) si no se sostienen las suposiciones que subyacen a la implementación de tales medidas (como un Estado legítimo coherente, una sociedad civil independiente, y ciudadanos con ejercicio político).

Además, muchos de los conflictos que precedieron la transición no están claramente limitados. Uno de los impactos de esas fronteras porosas es que las medidas nacionales para combatir la impunidad a menudo son incompletas. Más aún, se han citado la pobreza y/o la distribución desigual de ingresos y de recursos como factores que contribuyen al conflicto y a la dictadura – siendo a la vez sus consecuencias. Las medidas de justicia transicional intentan aclarar dichas causas originales de violencia y de abuso, e influir sobre ellas. Es más, las dimensiones económicas del conflicto y la represión pueden tener consecuencias que requieran reparación y la posibilidad de reconciliación. Finalmente, estos países han estado en transición desde los noventa hasta el presente, una era en la que el campo de los derechos humanos ha sido más intervencionista,⁷ lo cual significa que los países, en general, tienen mayor presión para aplicar medidas que traten la impunidad (o den la impresión de hacerlo).

Este trabajo presenta el fundamento y la genealogía de la justicia transicional, luego se concentra en los muchos obstáculos enfrentados por los intentos de aplicarla por medio de juicios, de la búsqueda de la verdad, de resarcimientos y de una reforma institucional. A continuación, el trabajo explora cómo la secuencia de las medidas de justicia transicional, así como su solicitud, están afectadas por las definiciones de los términos “víctima” y “perpetrador”, por el uso de amnistías, por la naturaleza de la desmovilización, por el desarme, por los programas de reintegración (DDR), y por la comprensión de la reconciliación.

Concluye que las expectativas no cumplidas de dichos esfuerzos de justicia transicional, en parte se deben a una falta de comprensión institucional de dicha justicia transicional, que no es congruente con la calidad y la capacidad de las instituciones estatales en tiempos de transición. Las medidas de justicia transicional en África siguen cargadas de altas expectativas, no obstante las

realidades atenuantes de deficiencias institucionales, liderazgo pobre, pobreza, y el cisma entre gobierno y pueblo.⁸ Para que sea más efectiva, la distancia entre expectativas y realidad debe estrecharse por medio del cultivo de expectativas modestas acerca de lo que las medidas que buscan justicia pueden proporcionar; evaluando con una visión realista las condiciones institucionales necesarias para su exitosa implementación; e invertir en una reforma institucional de importancia (a veces incluso la construcción de edificios). De otro modo, se deberían buscar vías alternativas, complementarias, no estatales, para lograr la reconciliación – incluyendo las iniciativas localizadas, informales, con poca exigencia para con las instituciones estatales, o las iniciativas regionales por medio de la Unión Africana.

Historia y genealogía⁹ de la justicia transicional

La justicia transicional se ha definido como “un campo de actividad e investigación centrado en el modo como las sociedades tratan los legados de abusos pasados a los derechos humanos”,¹⁰ en un esfuerzo por combatir la impunidad y acercarse a la reconciliación durante un periodo de cambio definitivo en el panorama político. Se puede llegar al cambio de régimen mediante una negociación con el régimen saliente, cuando el nuevo gobierno sacrifica propósitos más ambiciosos como la lucha contra la impunidad en pos de la paz, la estabilidad y la reconciliación. Sin embargo, los nuevos regímenes, cada vez más, adoptan decisiones para enfrentar el pasado, y a menudo toman medidas que incluyen juicios, mecanismos para buscar la verdad, reforma institucional y programas de resarcimiento.

Los juicios son considerados el pilar principal de la justicia. Por su naturaleza punitiva, los juicios pueden ayudar a restaurar la primacía del gobierno de la ley y dejar en claro que su incumplimiento acarrea consecuencias. El castigo a los criminales es una manera de proporcionar “remedios efectivos” a las víctimas, y esencialmente, esa obligación recae en los tribunales nacionales. En los casos en los que el Poder Judicial local no está dispuesto o no puede querellar, los juicios internacionalizados pueden constituir un recurso alternativo.¹¹ Sin embargo, en contextos de abusos generalizados a los derechos humanos, los juicios pueden ser insuficientes para lograr la responsabilidad ante los cargos, en parte porque tratan los abusos a los derechos humanos sobre una base contenciosa, de caso por caso, y puede ser costoso y largo. En el mejor de los casos, los juicios pintan un panorama incompleto del pasado y ofrecen una justicia igualmente incompleta.¹² Además, el énfasis sobre los perpetradores y los crímenes puede dejar víctimas no reconocidas en los márgenes. Para remediar algunas de estas desventajas, los juicios pueden complementarse con otras medidas, más centradas en las víctimas.

Los mecanismos que buscan la verdad pueden operar simultáneamente a los juicios, dando la oportunidad para que la sociedad adquiera una mayor comprensión de las atrocidades del pasado. Con la extensa historia en Latinoamérica, y la popularidad en África por medio de la Comisión Sudafricana de la Verdad y la Reconciliación (CVR), las comisiones de la verdad pueden ofrecerle a las víctimas una oportunidad para hablar de sus experiencias y dar lugar a que los perpetradores reconozcan su responsabilidad. Los esfuerzos para llegar a la verdad pueden reconocer que las víctimas tienen derecho a saber la verdad acerca de los abusos que padecieron, y que el gobierno tiene la obligación de facilitarles un juicio para establecer un informe histórico. Las comisiones de la verdad aprobadas por el gobierno se han convertido en mecanismos bastante comunes para establecer una versión socialmente aceptable de la historia, convalidando las experiencias de muchas víctimas.¹³ También pueden existir comisiones o proyectos no oficiales con propósitos semejantes, administradas por sociedades, capaces de actuar como “reemplazos, complementos o precursores” de las comisiones oficiales.¹⁴

Los mecanismos que buscan la verdad pueden desarrollar una definición ampliamente reconocida de “víctima”, lo cual facilita otros mecanismos, como los programas de resarcimiento. Tal como se mencionó anteriormente, el Estado tiene la obligación de recordar la victimización de sus ciudadanos. Tal recuerdo puede constituir un resarcimiento simbólico. Pero los programas de resarcimiento más amplios –restitución, compensación y rehabilitación– bajo el derecho internacional, son una obligación del Estado hacia las víctimas, como una “materialización del reconocimiento de la responsabilidad”.¹⁵

Tanto los juicios como los mecanismos de búsqueda de la verdad pueden arrojar luz sobre las deficiencias institucionales que llevaron a los abusos, logrando que la nueva administración se haga cargo de asuntos como la investigación, así como de problemas más amplios de reforma institucional. Como parte de las medidas mayores de reforma institucional, la investigación debería incluir el uso de los méritos individuales, caso por caso, en lugar de desechar a la gente en virtud de su asociación o tendencia política. En otras situaciones, las instituciones comprometidas pueden verse significativamente alteradas o incluso abolidas, fijándose en su lugar otras nuevas, como medio para evitar la recurrencia.

Estas cuatro medidas de justicia transicional están íntimamente ligadas. Por ejemplo, las pruebas recolectadas de los procesos que buscan la verdad pueden usarse para apoyar acusaciones y determinar beneficiarios para los programas de resarcimiento. Para lograr un impacto mayor, algunos observadores recomiendan la aplicación de medidas de justicia transicional en un paquete integrado, en lugar de hacerlo como esfuerzos separados. Si no se hace así, se corre el riesgo de minimizar la credibilidad de las medidas: se ha sugerido que si los programas de resarcimiento se llevan a cabo sin una exploración detallada

de las causas y efectos de los abusos a los derechos humanos, pueden no ser satisfactorios, así como los resarcimientos otorgados sin un intento de responsabilidad jurídica pueden dar la impresión de estar contaminados.¹⁶

A lo largo de los años, las iniciativas de justicia transicional exhibieron prioridades diferentes.¹⁷ En lo que se denomina “Fase 1” de la justicia transicional –el periodo de la segunda posguerra y los juicios de Nüremberg– el foco de la justicia transicional fue la incriminación internacional y los juicios penales subsiguientes.¹⁸ Se crearon varios instrumentos, como la Convención sobre el Genocidio, sentando el precedente de que los individuos ya no podrían justificar abusos a los derechos humanos en nombre de una cultura institucional ni en respuesta a órdenes. En esta fase, el perpetrador fue el centro de la búsqueda de justicia.¹⁹

Durante la Guerra Fría, la búsqueda de una justicia transicional estuvo en gran medida estancada.²⁰ Esto duró hasta la “Fase 2”, que coincide con las transiciones ocurridas durante el ocaso de la Unión Soviética. Durante los diversos trastornos políticos en los países del Cono Sur, la apertura de los Archivos Stasi en Alemania, y la purificación en Checoslovaquia, se aplicaron las conceptualizaciones locales y politizadas de la justicia, asociadas con la construcción de un Estado. La justicia fue más allá de los juicios para incluir mecanismos poco explorados, como las comisiones de la verdad, los resarcimientos, las revisiones, y otras medidas restauradoras de la justicia, haciendo a la justicia transicional más “comunitaria” y creando un “diálogo” entre perpetradores y víctimas.²¹ En este periodo, el experimento de la comisión de la verdad en Argentina pronto ganó adhesión en todo Latinoamérica y más tarde se hizo popular en Sudáfrica.

La creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en 1993, marcó el inicio de otro nuevo panorama político, la “Fase III”, en la que la frecuencia mayor de conflicto llevó la aplicación de la justicia transicional y el reclamo para combatir la impunidad, de la excepción a la norma. El año 1994 vio la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), y poco después se promulgó el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional (CPI). El efecto dominó de estos tres mecanismos se ha hecho sentir en todo el mundo, particularmente en una serie de acuerdos de paz que han hecho alusión a los juicios y a las cortes internacionales. El Acuerdo Arusha para Burundi, el convenio Linas-Marcoussis para Costa de Marfil, el convenio entre el gobierno de Sierra Leona y la ONU para la Corte Especial, y el Diálogo Inter-congolés (DIC) para RDC, todos requirieron la creación de mecanismos querellantes internacionales o mixtos.²² En esta fase, hay una referencia constante a la ley humanitaria y de derechos humanos, así como a un “afianzamiento del Modelo de Nüremberg”, sobre todo por la creación de la CPI como tribunal permanente para llevar a juicio genocidios, crímenes de guerra, y crímenes de lesa humanidad.²³

Desarrollo de la justicia transicional en África

Desafíos

A diferencia de países como Chile y Argentina, en los que las medidas de justicia transicional se administraron siguiendo instancias relativamente claras de cambio de régimen, la mayoría de los casos bajo análisis en África aplican tales medidas durante transiciones negociadas, sin un corte claro con el pasado y/o con los conflictos persistentes.²⁴ El Acuerdo Lomé de 1999 para Sierra Leona fue el tercer acuerdo de paz tendiente a finalizar el conflicto y a establecer la democracia. De igual manera, la Comisión Nacional de Reconciliación de Ghana (CNR) fue la última de una sucesión de medidas de responsabilidad implementadas por varios gobiernos desde el golpe de estado que derrocó a Kwame Nkrumah en 1966. La RDC y Uganda siguen teniendo grados diferentes de conflicto, mientras siguen en el proceso de aplicar diversas medidas de justicia transicional.

Surgen varias preguntas importantes: ¿Qué constituye una “transición” en África? ¿La transición está marcada simplemente por la elección política de usar la retórica de la justicia y de la reconciliación, incluso en un contexto de incumplimiento mínimo en el pasado, quizá para “crear la posibilidad democrática para volver a imaginar las vías específicas y los fines de la democratización”?²⁵ ¿Puede un país tener una sucesión de transiciones y aplicar medidas de justicia transicional en cada oportunidad?²⁶ ¿Son estas medidas apropiadas incluso en contextos de Estados débilmente institucionalizados, sin una historia de tradición democrática de estilo occidental?²⁷ ¿O es posible que los nuevos gobiernos adopten el lenguaje ahora común de la justicia transicional para competir por los recursos en un contexto internacional? Sin ofrecer respuestas a estas preguntas, este análisis apunta a la posibilidad de que el “momento de la transición” pueda ser más claro dentro del análisis académico que en la realidad. Ello puede aumentar la dificultad para evaluar cuándo un país está “maduro” para la justicia transicional. Si se toman medidas bajo condiciones inapropiadas, es posible que haya un aumento (no deseado) de recurrencia, que devaluaría las medidas mismas.²⁸

No obstante esta falta de claridad acerca de *cuándo* aplicar justicia transicional (y si el Estado posee instituciones adecuadas para la misma), los Estados tienen la obligación de combatir la impunidad y “proveer a las víctimas con remedios efectivos”.²⁹ Los países analizados en este trabajo han llevado adelante una variedad de medidas de justicia transicional para cumplir aparentemente con esta obligación, sin embargo la impunidad sigue extendida, ya que la aplicación de dichas medidas se topa con muchos obstáculos. Si bien los desafíos que se tratan a continuación quizá no sean exclusivos de los países

africanos, es posible que se muestren más pronunciados, en parte debido a la coincidencia de Estados débiles, transiciones confusas, y un frecuente recurso a medidas de justicia transicional.³⁰

Juicios

Llevar a los culpables a juicio es esencial en la lucha contra la impunidad. Además de actuar como límite para abusos futuros, los juicios pueden reparar a las víctimas, reafirmar el gobierno de la ley, y contribuir a la reconciliación.³¹ En teoría, los juicios en tribunales nacionales deben asumir la responsabilidad mayor por tratar con perpetradores, mientras que otras medidas de justicia transicional, como las reparaciones, las comisiones de la verdad y la reforma institucional, están diseñadas para complementar tales procesos. En casos de abuso extendido a los derechos humanos, es aún más importante —a pesar de que el poder judicial esté en su punto más débil— demostrar que la impunidad no es tolerable. En pos de este fin, demandar a los más responsables, en casos que ilustran patrones de abuso, puede ser importante para mostrar la gravedad de los abusos a los derechos humanos tanto como su perpetración sistemática.³²

A diferencia de casos como Grecia, donde hubo juicios sistemáticos que siguieron a una transición, en África se han llevado a cabo pocos procesos por abuso a los derechos humanos, y los realizados tuvieron muchas dificultades, sobre todo en Etiopía y Chad.³³ Con frecuencia, una capacidad legal pobre puede ser un impedimento importante para los procesos nacionales. En la RDC, la historia del poder judicial en toda la fase poscolonial estuvo marcada por una falta de independencia, de integridad y de infraestructura. Ello se complementa con el hecho de que la ley congoleña no proscribe el genocidio, los crímenes de guerra ni los crímenes de lesa humanidad: tales violaciones se tratan sólo en las cortes militares, cuyas definiciones no están de acuerdo con los estándares internacionales.³⁴ Incluso con el programa de justicia penal recientemente implementado en Bunia, Human Rights Watch describió una situación en la que los perpetradores de graves abusos a los derechos humanos fueron llevados a juicio por delitos menores, en contextos caracterizados por “insuficiencia de derecho penal existente [y] falta de recursos policiales necesarios para la investigación”.³⁵

La Ruanda posterior al genocidio tuvo que hacer frente a muchos profesionales de la ley muertos o exiliados, así como a un vacío de estructuras jurídicas. La incapacidad de la corte para llevar adelante los juicios fue (y sigue siendo) agravada por el mero número de perpetradores. En el 2000, se dice que Ruanda tenía más de 125.000 detenidos, un número abrumador para cualquier poder judicial, incluso en el mundo desarrollado. Muchos de estos individuos habrán cumplido condenas *de facto* en prisión sin ser jamás condenados,

problema éste que trae gran preocupación respecto del estado de la justicia. En un esfuerzo por acelerar los procesos judiciales respecto de las decenas de miles de detenidos a la espera de un juicio, se han armado las tradicionales cortes *Gacaca* para escuchar casos de diversas categorías de demandados, y suministran castigo apropiadamente.³⁶ Sin embargo, muchos estándares de justicia internacional consideran que el sistema está viciado y mal equipado para tratar crímenes internacionales de genocidio.³⁷

En Sierra Leona, el derecho interno de posguerra era muy débil y partidario. De acuerdo con un informe, después de la guerra civil, el sistema judicial “colapsó y las instituciones que administran justicia, tanto civiles como penales, apenas funcionaban... la administración de justicia fuera de Freetown [era] casi inexistente”.³⁸ El establecimiento de la Corte Especial para Sierra Leona fue, en parte, una respuesta a esta desintegración del sistema de derecho interno.

En varios países donde la capacidad técnica necesaria y la voluntad política no existen, hay un pedido constante de juicios internacionales, incluso cuando existe la clara indicación de que la posibilidad de armar tales tribunales no existe, según el entonces Secretario General Asistente para Asuntos Legales de la ONU.³⁹ En la RDC, el Diálogo Interno Congolés (DIC) resolvió solicitar al Consejo de Seguridad de la ONU la formación de una Corte Penal Internacional para la RDC, para analizar las atrocidades cometidas durante el conflicto en el que estuvo sumido el país.⁴⁰

En Ruanda y Sierra Leona, el alcance de los tribunales internacionalizados también ha sido limitado, debido a las restricciones técnicas y políticas de una naturaleza diferente. Por ejemplo, si bien el Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR) es una plataforma de enjuiciamiento encomiable, comprometida con la demanda de tantos cerebros del genocidio como sea posible, ha acusado sólo a ochenta personas, condenado a veinte y absuelto a tres. Dado su mandato limitado en el tiempo, el Tribunal llegó recientemente a un acuerdo con el gobierno de Ruanda, en medio de mucha controversia, para repatriar a algunos convictos con el fin de que sean juzgados. La situación de alcance limitado de juicios internacionales también es cierta respecto del experimento con el tribunal mixto de Sierra Leona, cuyo propósito es condenar a los “más responsables” del conflicto y de los abusos a los derechos humanos, y que ha acusado a trece personas. Otros problemas contaminan estos dos esfuerzos, como la dificultad para asegurar que estas cortes tengan un impacto importante sobre el sistema jurídico nacional.⁴¹

Mientras tanto, los gobiernos de la República Central Africana, la RDC y Uganda, y el Consejo de Seguridad con relación a Sudán, han hecho derivaciones a la CPI, pero la Corte puede analizar crímenes cometidos a partir del 1ro. de julio de 2002, fecha en la que entró en vigencia el Estatuto de Roma, dejando muchos agravios potencialmente sin tratar y decepcionando a las víctimas.⁴²

Además, las investigaciones de la CPI pueden verse afectadas por factores tales como la propia capacidad limitada de la corte, y la posibilidad de la cooperación estatal. También limita la jurisdicción de la CPI la Ley de Protección de los Miembros del Servicio Estadounidense de 2002, que prohíbe la ayuda militar a Estados miembros de la CPI, a menos que dichos Estados firmen acuerdos bilaterales (“Artículo 98” sobre los acuerdos) con los EE.UU., descartando la jurisdicción de la CPI para con el personal estadounidense presente en sus países.

Además de las limitaciones legales y técnicas tratadas anteriormente, también se han citado factores culturales como una razón que hace que los países, después de los conflictos, se asusten ante los juicios. En algunos casos, las preferencias expresas a favor de mecanismos locales que determinen la responsabilidad, no incluyen juicios ante cortes formales.⁴³ En Uganda, por ejemplo, los líderes Acholi no apoyan el ritmo de la derivación a la CPI, temerosos de que los juicios eliminen los incentivos de los rebeldes del Ejército de Resistencia del Señor (ERS) para el desarme.⁴⁴ En su lugar, quieren tomar medidas tradicionales para lograr la reconciliación en la región, diezmada por el Ejército Revolucionario del Señor (ERS). Una encuesta reciente de población completada en el norte de Uganda, sin embargo, indica que las víctimas no ven que la justicia y la paz sean mutuamente excluyentes. Si bien desean que termine la Guerra, no quieren que los perpetradores del ERS salgan impunes.⁴⁵

Medidas para buscar la verdad

Los mecanismos para buscar la verdad tratan de satisfacer el derecho a la verdad de las víctimas, y ofrecerle a la comunidad una versión de la historia tan completa como sea posible. Llevar a juicio a todos los perpetradores no es posible debido a los variados desafíos identificados previamente, por ello a menudo se establecen instituciones como las comisiones de la verdad, para ayudar a enmendar esa “brecha de impunidad”.⁴⁶ Más allá del reconocimiento de las víctimas, las comisiones de la verdad pueden ayudar a identificar a los perpetradores, a establecer un relato preciso de la historia, y a recomendar resarcimientos, reforma institucional y juicios. También ofrecen a la víctima una plataforma donde confrontarse con los perpetradores, y a veces les ofrecen a estos últimos una oportunidad para dar su propia versión de los acontecimientos, reconocer sus atrocidades y, en raros casos, disculparse.

La habilidad de las comisiones de la verdad para conseguir sus propósitos (uno de los cuales a menudo es la reconciliación) está dada tanto en el proceso de búsqueda de la verdad como en el informe final. Por esta razón, las comisiones deben verse como morales, justas, representativas, consultativas, creíbles, y abiertas al escrutinio público. Esto se refiere a todos los aspectos del trabajo de

la comisión y a todas sus etapas, incluyendo los bocetos de legislación, la elección de sus miembros y de su personal, y la entrega del informe final.⁴⁷

El primer desafío en muchas situaciones posteriores a conflictos es que los procesos que buscan la verdad fueron diseñados durante una negociación por la paz, marginando la voz de las víctimas y de las organizaciones civiles de la sociedad, posiblemente reduciendo la posesión y la credibilidad.⁴⁸ En la RDC, la comisión de la verdad fue propuesta por miembros del Diálogo Inter-Congolés (DIC), como parte de las negociaciones de paz.⁴⁹ La institución propuesta, con todas sus aspiraciones de largo alcance, nació de una consulta a una élite (quizá moralmente cuestionable), en la que las víctimas no tuvieron una participación amplia, acarreado el riesgo de consecuencias potenciales, al desconectar partes del país de dicho proceso embrionario.⁵⁰

El segundo desafío se refiere a la selección de los miembros de la comisión, quienes, idealmente, deberían ser personas muy respetadas, de una moral intachable, y elegidas mediante un proceso abierto.⁵¹ En muchos casos, sin embargo, el proceso está comprometido. Para la RDC, la resolución del DIC determinó que los miembros deberían ser “congoleses de gran moral y probidad intelectual, con las habilidades necesarias para llevar a cabo el mandato de la comisión”, seleccionados “por consenso entre los rangos de los componentes, según los criterios establecidos por el Diálogo: probidad moral, credibilidad...”⁵² A pesar de dichas cláusulas, los miembros fueron elegidos por sus partidos políticos, sin tomar en cuenta los criterios del DIC ni el consenso descrito en la resolución de la comisión de la verdad.⁵³ En Sierra Leona, los miembros nacionales de la comisión de la verdad fueron vistos como simpatizantes del Partido Popular de Sierra Leona (PPSL), entonces en el gobierno. Esta apreciación se vio reforzada aún más cuando, contrariamente a la recomendación de la comisión de la verdad sobre que el presidente de la república debía “disculparse ante el pueblo, sin reservas, por todas las acciones e inacciones de todos los gobiernos desde 1961”,⁵⁴ el presidente de la Comisión, Obispo Joseph Humper apoyó la negativa de disculpas del presidente. Más aún, en un cierto momento, el Obispo le agradeció a la milicia de la Fuerza de Defensa Civil (FDC) por su trabajo en la defensa del país, cuando dicha fuerza era conocida por los abusos extendidos a los derechos humanos.⁵⁵ Todas estas inclinaciones políticas han llevado a los observadores a considerar a la Comisión como parcial.

Es una expectativa generalizada que una comisión de la verdad contribuirá a la restauración de la dignidad de las víctimas. Éste no es siempre el caso: según cómo están estructurados, los juicios que buscan la verdad pueden ser traumáticos o incluso generar una nueva victimización. Las audiencias judiciales de la Comisión Nacional de la Reconciliación (CNR) de Ghana ocasionaron una discusión considerable: las víctimas dieron su testimonio bajo juramento,

seguido por las preguntas de los miembros, y luego un careo por los supuestos perpetradores (que estaban presentes). Después de cada careo (ya fuera por el supuesto perpetrador o por su abogado), el supuesto perpetrador tenía lugar para contar su parte de la historia. Si bien el proceso jugó un rol importante en el intento por alcanzar una verdad objetiva, algunos observadores comentaron que darle a perpetradores poderosos un lugar para carearse con las víctimas y posiblemente discutir sus historias, puede no haber contribuido al proceso de dignificación de la víctima.⁵⁶ De la misma manera, el Panel Oputa de Nigeria también permitió el careo de los supuestos perpetradores con las víctimas.

Otro desafío que enfrentan las comisiones de la verdad –y las medidas de la justicia transicional en general– es el de la ambición elevada, que puede llevar a la desilusión en las expectativas de las víctimas. Las comisiones de la verdad a menudo articulan fines enaltecidos que están más allá de sus medios, y con frecuencia, incluso más allá de la factibilidad política. Cada vez más, las comisiones de la verdad buscan muchos objetivos diferentes. Contrástese el mandato de la comisión de la verdad chilena, que buscaba resolver el tema de las desapariciones y de los asesinatos, con el mandato de la comisión de la verdad de la RDC que pretende decidir sobre “el destino de las víctimas de dichos crímenes, escucharlas, y tomar todas las medidas necesarias para compensarlas y restaurar plenamente su dignidad”.⁵⁷

Se relaciona con esto el hecho de que al redactar el informe final, la comisión de la verdad deja de existir, a menudo sin dejar ningún medio por el cual las aspiraciones consagradas en las recomendaciones puedan hacerse públicas, y mucho menos aplicadas por el gobierno. Tanto en Ghana como en Sierra Leona, los informes finales en varios volúmenes no se hicieron públicos de inmediato, lo cual dio lugar a preocupación. Si la población no ve el informe y no recibe toda la verdad, es difícil que haga responsable al gobierno con relación a las recomendaciones.⁵⁸ La forma misma del informe como documento escrito puede ser inaccesible a las comunidades de víctimas con altos porcentajes de analfabetismo.⁵⁹ Incluso cuando el informe se hace público, como en Sudáfrica, pocos miembros del gran público pudieron leerlo.⁶⁰

Programas de resarcimiento⁶¹

Bajo el derecho internacional, existe una obligación por parte de los países de dar un “rápido resarcimiento” a las víctimas de violaciones a los derechos humanos internacionales, proporcional al daño sufrido.⁶² El resarcimiento sirve, como mínimo, para tres propósitos: reconocer a las víctimas como ciudadanos a quienes se les debe derechos específicos, comunicar el mensaje de que una violación a dichos derechos merece una acción por parte del Estado; contribuir al establecimiento de la confianza cívica entre los ciudadanos y entre los

ciudadanos y las instituciones del Estado; y construir solidaridad social cuando la sociedad se identifica con las víctimas.⁶³

Es importante señalar que los resarcimientos nunca pueden compensar totalmente a las víctimas hasta el *status quo ante*, y sólo pueden ser parte de un paquete de medidas de justicia transicional que pueden incluir reformas institucionales, juicios, y búsqueda de la verdad. Ante la ausencia de un enfoque así integrado, los observadores han resaltado que los resarcimientos pueden verse como un intento de comprar aprobación (si no están acompañados por juicios) o bien como gestos inadecuados de poca influencia a largo plazo (si no van de la mano de reformas institucionales).⁶⁴

Los resarcimientos a menudo se encuentran con falta de recursos, y los donantes internacionales no pueden contarse para los pagos.⁶⁵ En Sudáfrica, el Comité de Resarcimientos y Rehabilitación (CRR) autorizó pagos provisionales para las víctimas con “necesidades urgentes de tipo médico, emocional, educacional y material o simbólico”, así como resarcimientos definitivos. Muchos desafíos estuvieron asociados con los resarcimientos provisionales. Por ejemplo, los pagos se hicieron efectivos muy tarde, casi dos años después de que las recomendaciones de la CRR fueran enviadas al gobierno. También los montos fueron insignificantes, descalificando a las víctimas, y generando una fuente frecuente de fricción y tensión en la comunidad, especialmente entre los que lo recibieron y los que no.⁶⁶ Después de una larga espera, se adjudicaron finalmente los resarcimientos finales con montos muchísimo más bajos que los recomendados por la CRR, en un pago único de aproximadamente US\$5000, en lugar de una serie de pagos a lo largo de seis años.⁶⁷

La CVR de Sierra Leona recomendó resarcimientos para los amputados, para los heridos, para las mujeres que sufrieron abuso sexual, para los niños, para las viudas de la guerra, porque dichas víctimas padecieron violaciones múltiples y se las consideró “con una necesidad urgente de un tipo de ayuda particular que tratara sus penurias, aunque eso sólo sirva para colocarlas en un pie de igualdad con una categoría más grande de víctimas”.⁶⁸ Para el universo de beneficiarios potenciales (no predeterminados), la Comisión recomendó que los resarcimientos se entregaran en “paquetes” que incluyeran cuidado médico y psicológico, y programas de educación y capacitación en oficios. Dado que la calidad de los servicios públicos en Sierra Leona es extremadamente pobre, los beneficios a las víctimas fueron cautivos de la capacidad de entrega de las instituciones existentes.⁶⁹ Más importante aún, la comisión de la verdad recomendó la creación de un Fondo Especial para las Víctimas de la Guerra, que se haría cargo de la atención de amputados, niños y mujeres afectados por la guerra, y que debería establecerse dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación del Informe Final. A la fecha del presente trabajo, el lapso expiró y el fondo aún no se ha establecido.

Cuando los resarcimientos se diseñan sin tener en cuenta otras medidas de justicia transicional —especialmente aquéllas dirigidas a los perpetradores— la contribución a la reconciliación puede erosionarse. En los países emergentes de conflictos, los resarcimientos pueden servir para zanjar la brecha de justicia creada por la falta de juicio a los perpetradores. Sin embargo, debido a que los esfuerzos en pos de los juicios se consideran esenciales para mantener la paz y la estabilidad, a menudo son priorizados; mientras que los resarcimientos, si es que alguna vez se implementan, llegan años más tarde. En Sierra Leona, los observadores informaron que en la posguerra la casi exclusiva concentración en la rehabilitación de los perpetradores y los excombatientes (en pos del obvio interés por la paz) alienó a las víctimas, quienes presentaron su caso muchas veces durante las audiencias ante la comisión de la verdad.⁷⁰ Este descuido hacia las víctimas es especialmente notable en el contexto de una amnistía general, donde el derecho a buscar una reparación judicial no está disponible.

Otro desafío para los programas de resarcimiento es que a menudo son elaborados a último momento. La CVR de Sierra Leona no consideró el tema de los resarcimientos hasta muy tarde en su trabajo, presionados por el tiempo y los recursos. Como resultado, se limitó la consulta a departamentos de gobierno y a ONGs con sede en Freetown. De igual modo, en Sudáfrica, “los resarcimientos parecen haber sido promovidos en principio por la mayoría de los actores, como una parte justa y necesaria de la transición, pero el tratamiento de los detalles se demoró siempre hasta el final del proceso”.⁷¹

Finalmente, la CPI prevé un Fondo Fiduciario para las Víctimas que beneficiará a las mismas y a sus familias.⁷² Desafortunadamente, dicho Fondo tendrá que enfrentar muchos desafíos. Algunos han observado que el Fondo no se traduce bien como programa de resarcimiento, dado que separa las compensaciones y la responsabilidad. Es más, el Fondo no necesariamente podrá atraer más recursos de fuentes internacionales que los programas nacionales de resarcimiento con fondos restringidos, y dado el número escaso de víctimas cuyos casos llegarán ante la CPI, la individualización propuesta para el otorgamiento de beneficios compensatorios podría verse como una discriminación entre las víctimas.⁷³ Muchas de las preocupaciones surgidas apuntan a que el Fondo (y por asociación la CPI) generará expectativas que no puede cumplir.⁷⁴

Investigación

Bajo el título más grande de reforma institucional, la investigación se está implementando cada día más para tratar los abusos a los derechos humanos. Definida como un “proceso formal para identificar y apartar de la función pública a individuos responsables de abusos”,⁷⁵ la investigación se está convirtiendo en una parte integral del proceso de restauración de la confianza

en los órganos del Estado, un intento de asegurar que las estructuras que facilitaron los abusos a los derechos humanos en el pasado ya no existan.

La reforma del personal debería llevarse a cabo de tal manera que se vea como justa, mientras que se respetan los derechos de los individuos y se evita agotar drásticamente la capacidad institucional básica.⁷⁶ Idealmente, el proceso de reforma debería incluir la evaluación de la capacidad institucional tanto del poder judicial como de los órganos de seguridad; la evaluación de la capacitación y calificaciones del personal existente; la designación de estándares de composición del personal deseado para cada sector en particular; y una consulta pública en curso de todo el proceso. La naturaleza compleja de la investigación ha presentado muchos retos al panorama de la justicia transicional.⁷⁷

La investigación puede verse afectada por la incapacidad del Estado para llevar adelante la tarea puramente técnica y de procedimiento para acceder a los archivos de personal, para evaluar su integridad y su competencia. Según un informe, virtualmente no existe infraestructura para la administración pública en la RDC, y ante la ausencia de algo tan básico como los archivos de personal, la dificultad para evaluar la integridad de los empleados es inmensa, a veces imposible. En Sierra Leona, el periodo de la pre-guerra estuvo caracterizado por un “colapso institucional, mediante el debilitamiento del ejército, de la policía, del poder judicial y del servicio civil”.⁷⁸ En un contexto así, el acceso a los archivos confiables del personal puede ser difícil, lo cual puede ser una razón que explique por qué la CVR decidió no llevar a cabo ninguna investigación basada en archivos pasados, por miedo a que fácilmente pudiera “ser usada abusivamente con fines políticos y propósitos de ajuste de cuentas, o ejecución de vendettas”. En lugar de ello, la Comisión hizo recomendaciones sobre el futuro del gobierno.⁷⁹

Un problema relacionado con el anterior es la voluntad política de producir el cambio necesario de personal en las instituciones. Debido a la naturaleza a menudo negociada e incompleta de la transición, el nuevo gobierno puede encontrarse imposibilitado o no deseoso de llevar a cabo una investigación por el abuso a los derechos humanos. Se estructuraron acuerdos para apartar a los perpetradores del campo de batalla. La naturaleza pragmática de dicho compromiso aumentó la percepción de una impunidad atrincherada, cuestionando seriamente las promesas de reforma por parte del gobierno. En la RDC, donde muchos funcionarios gubernamentales están implicados en abusos a los derechos humanos, algunos observadores notan que el parlamento no estaría dispuesto a sancionar una ley suicida de investigación.

El sector de seguridad, con frecuencia el más implicado en abuso a los derechos humanos, puede ofrecer desafíos de reforma particulares. En Sierra Leona, los años posteriores a la independencia estuvieron marcados por un mal uso de las fuerzas de seguridad para sofocar a la oposición política “en nombre de la seguridad nacional”.⁸⁰ El sector de seguridad y el ejército estuvieron

significativamente implicados en la guerra, y según el Informe Final, el ejército fue responsable de la tercera parte de las violaciones institucionales a los derechos humanos. Las Fuerzas de Defensa Civil (FDC), formadas en parte debido a la desconfianza entre la población y el ejército, fueron responsables de otra gran porción de los abusos a los derechos humanos. El Informe Final recomienda que el gobierno “fortalezca y reestructure” el sector de seguridad, si bien tal fortalecimiento requerirá un nivel de recursos que puede permitir la institucionalización, la profesionalización y el pago regular de salarios.

Otros problemas que afectan la justicia transicional

Surge una serie de problemas que podrían tener un impacto directo sobre todas las medidas de justicia transicional que se analizan anteriormente. Ellos incluyen las definiciones de “víctima” y de “perpetrador”, el uso de amnistías, el diseño de los programas DDR y el significado de la reconciliación.

Definiciones

Los tipos de crímenes por los que las estrategias de la justicia transicional están abocados a responder, definen los parámetros de quién está clasificado como “víctima” y quién como “perpetrador”.

En Sudáfrica, “la tarea de definir ‘víctima’ y ‘perpetrador’ [...] fue la decisión individual más importante, que determinó el alcance y la profundidad del trabajo de la Comisión”.⁸¹ La estrecha definición de violencia que adoptó la comisión de la verdad excluyó la violencia estructural, asegurando a la vez que un grupo más amplio de beneficiarios del apartheid –la población blanca– no fuera considerada responsable.⁸² Una “víctima” fue definida como el individuo (y su familia inmediata) sobre la cual se perpetraron “brutales violaciones a los derechos humanos”,⁸³ que pudieran terminar en “daño físico o mental, sufrimiento emocional, pérdida pecuniaria o impedimento sustancial de derechos humanos”.⁸⁴ Debía haber una motivación política subyacente a la perpetración. Al usar esta definición, la CVR ignoró dicha motivación política del sistema de apartheid, reconociendo efectivamente “sólo aquellas violaciones sufridas por activistas políticos o agentes estatales”, excluyendo a comunidades victimizadas en su totalidad.⁸⁵ Otras categorías de personas que normalmente no se designan como víctimas incluyen la población desplazada internamente, que en la región de los Grandes Lagos suma más de diez millones.⁸⁶

Los perpetradores tienen diferentes grados de responsabilidad al orquestar, perpetrar o apoyar los abusos a los derechos humanos.⁸⁷ Hay una cantidad de situaciones en las que la definición de “perpetrador” no es totalmente directa, hasta llegar a categorías de individuos con un “estatus moral y legalmente

ambiguo”. Por ejemplo, hay casos en los que los malhechores o los individuos que se han aprovechado de los crímenes de otros luego se resisten y pelean contra el régimen represor; los que anteriormente se resistieron y pelearon contra el régimen y eventualmente colaboran con él; las víctimas que, bajo coacción, colaboran y facilitan el trabajo de los perpetradores; etc.⁸⁸ Por estas razones y por otras, una serie de países elaboraron nuevas maneras de tratar a los perpetradores que tienen esta ambigüedad.

La ambigüedad también puede aplicarse a las víctimas. Muchos niños soldados involucrados en abusos a los derechos humanos en África fueron secuestrados y forzados a cometer atrocidades.⁸⁹ En Sierra Leona, UNICEF trabajó estrechamente con la Misión de la ONU en Sierra Leona (UNAMSIL) para elaborar recomendaciones sobre cómo la Corte Especial debería tratar a los niños que cometieron crímenes.⁹⁰

En Uganda, donde los niños secuestrados por la comunidad Acholi llenan las filas del ERS, la CPI afirma que “muchos de los miembros del ERS son ellos mismos víctimas”.⁹¹ En Sierra Leona y la RDC donde hubo un uso extensivo de niños soldados, o en otras situaciones en las que excombatientes mujeres fueron violadas o combatientes en general están crónicamente enfermos o incapacitados, muchos perpetradores también son víctimas.⁹²

En una definición amplia, los perpetradores y los beneficiarios de abusos a los derechos humanos pueden incluir instituciones, responsables estatales y no estatales, que se extienden incluso fuera de las fronteras nacionales. En la RDC, muchas compañías han estado implicadas al avivar los conflictos y el abuso a los derechos humanos, pero no existe una manera clara de abordar sus infracciones.⁹³ Sierra Leona tiene corporaciones comprometidas del mismo modo en la explotación de recursos, que siguen con su trabajo con casi total impunidad, aunque el Informe Final halle que la industria de los diamantes desencadenó la guerra. La ampliación de la definición de “perpetrador” puede tener implicaciones tanto para la solicitud de una reforma institucional como para el otorgamiento de resarcimientos. Por ejemplo, el Estado puede no estar tan dispuesto a pagar resarcimientos cuando los abusos pueden atribuirse directamente a otras partes. En Sudáfrica, el grupo Khulumani de apoyo a la víctima demandó a una serie de corporaciones por haber facilitado el apartheid.⁹⁴ En Ruanda, el gobierno atribuyó algo de responsabilidad por el genocidio a los franceses.

Surge un problema (político) cuando se define el término “perpetrador”, respecto de si los agentes que se oponen al régimen represor deben tratarse como perpetradores iguales a los agentes del régimen. En Sudáfrica, donde algunos observadores no encontraron ninguna equivalencia moral entre las atrocidades cometidas por el régimen del apartheid y las llevadas a cabo por los combatientes del Congreso Nacional Africano (CNA) por la liberación, el tratamiento ofrecido por la comisión de la verdad a las dos facciones llevó a la

insatisfacción. En Sierra Leona, el Jefe Sam Hinga Norman fue acusado por la Corte Especial por actuar como la “fuerza principal que estableció, organizó, apoyó, proveyó de apoyo logístico, y promovió la Fuerza de Defensa Civil (FDC)”, aunque dicha FDC se estableció para defender a la población contra los rebeldes del Frente Unido Revolucionario (FUR).⁹⁵

Muchos sierraleoneses vieron a Norman como un héroe y se decepcionaron cuando se lo acusó de haber cometido crímenes de guerra. En Ruanda algunos observadores notaron la falta de reconocimiento del gobierno de los crímenes cometidos por el Frente Patriótico Ruandés (FPR) contra *Interahamwe* y contra las fuerzas derrotadas de los Hutu.⁹⁶ Dicho silencio, sostiene, crea una escisión en la retórica de justicia del gobierno y en la reconciliación nacional.

La definición de “víctima” también puede ser politizada. En Ghana, las medidas de compensación anteriores a la CNR se aplicaron a una rehabilitación de víctimas selectiva, partidista y nada abarcadora. La identidad de las víctimas cambiaba con cada administración, con cada víctima seleccionada para la rehabilitación que se mostraba partidaria política. En un intento por hacer las cosas de otro modo, la CNR buscó unificar los grupos, adoptando un enfoque no partidista a la rehabilitación y consultando ampliamente con la sociedad civil, para cumplir su mandato de crear un “registro histórico preciso”, basado en las experiencias tanto de las supuestas víctimas como de sus perpetradores.⁹⁷

Amnistías

El uso generalizado de la amnistía niega a las víctimas el derecho a la reparación, que puede incrementar la urgencia, o la secuencia, de otras medidas de justicia transicional. Igualmente común es la falta de juicio, incluso sin promesas formales de amnistía. Las justificaciones son variadas: los juicios pueden provocar reacciones violentas en los casos en los que la fuerza militar aún es fuerte; la evidencia necesaria puede ser escasa o inaccesible; la capacidad de investigación y enjuiciamiento del nuevo estado puede ser débil debido a la lealtad hacia el régimen saliente; y los costos de los juicios pueden ser elevados.⁹⁸

Hay una tendencia creciente, consecuente con las leyes y normas internacionales, a excluir de las amnistías el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Se observa una excepción similar en Sierra Leona, donde el Acuerdo de Lomé extiende el “perdón libre y absoluto” a todas las facciones armadas, e incluso extiende las garantías de inmunidad a “antiguos combatientes, exiliados y demás personas actualmente fuera del país” por cualquier crimen cometido en la guerra, prometiendo “asegurar que [no se tomará] ninguna acción oficial ni judicial” en su contra.⁹⁹ El Representante Especial del Secretario General agregó la salvedad de que la ONU no respetaría una amnistía dada por crímenes de lesa humanidad ni por crímenes de guerra, abriendo así el mandato

a una Corte Especial para llevar a juicio a los que “tienen la mayor responsabilidad por las violaciones graves a la ley humanitaria internacional”.¹⁰⁰

Una serie de casos tienen amnistías condicionadas, en principio, a una serie de factores, como el decir la verdad, principalmente. Sin embargo, dada la experiencia pasada, no es claro el alcance de los juicios que surjan de casos de amnistía negada, dada la debilidad del Estado. En Sudáfrica, los líderes de la transición popularizaron la “verdad por la amnistía” a cambio de la promesa de que aquéllos a quienes se le denegaba la amnistía por crímenes políticos serían llevados a juicio con posterioridad. Con el gobierno del apartheid a cargo de las fuerzas de seguridad, tal compromiso surgió de la necesidad. Sin embargo, muchos sostienen que hubo una amnistía general de facto en Sudáfrica, ya que la primera sentencia a una persona a quien se le denegó la amnistía se dio en febrero de 2004¹⁰¹ y, según algunos observadores, el caso en particular fue elegido por la facilidad del juicio y no porque serviría para ilustrar patrones de abuso. Sigue habiendo especulaciones para más “reapertura” del proceso de amnistía; en otras palabras, oír más casos que no se presentaron, por el plazo que el Comité de Amnistía tenía con la CVR, para determinar si se otorga la amnistía o no. Algunos observadores temen que esta actitud afianzará la impunidad, ya que parece priorizar **no** el enjuiciamiento de aquéllos a quienes les fue denegada la amnistía, sino más bien extenderla aún más a los que no la recibieron la primera vez. A pesar de la decepción asociada con el modelo sudafricano de un proceso de verdad para la amnistía, el acuerdo de paz de la RDC proporciona un proceso similar en el que se otorga a la comisión de la verdad el poder “para proponerle a la autoridad competente aceptar o rechazar, cualquier aplicación de amnistía, individual o colectiva, en caso de actos de guerra, crímenes políticos y crímenes de opinión”.¹⁰²

Museveni, el presidente de Uganda, sancionó una amnistía para el Ejército Revolucionario del Señor (ERS) con la Ley de Amnistía del 2000, sujeto a que los soldados afiliados al ERS se presentasen y repudiasen el combate.¹⁰³ La amnistía, defendida por los líderes de las comunidades más afectadas por el conflicto y por otras partes, se ve como una “herramienta vital tanto para la resolución del conflicto como para la reconciliación a largo plazo”.¹⁰⁴ Se aplica a “cualquier ugandés” que haya sido combatiente, con la promesa de que si tales personas se presentan “no serán llevadas a juicio ni estarán sujetas a ninguna forma de castigo por [...] cualquier crimen cometido”.¹⁰⁵ Más aún, los líderes tradicionales del área más afectada por el conflicto montaron una campaña internacional en apoyo a una amnistía total, solicitando el uso de ceremonias tradicionales de purificación para reintegrar a todos los niveles del ERS. Sin embargo, la falta de reparación ocasionada por la amnistía ha dado lugar a crecientes discusiones acerca de otras medidas de justicia transicional, incluyendo la verdad, los juicios y los resarcimientos.¹⁰⁶ En líneas generales, la aplicación constante de la amnistía puede llevar al afianzamiento de la impunidad.

Programas de desmovilización, desarme y reintegración (DDR)

Los programas de DDR son de capital importancia para la seguridad en cualquier situación posterior a un conflicto, ya que pueden afectar la seguridad cuando tienen que aplicarse otras medidas de justicia transicional, así como la disponibilidad de las víctimas y de los testigos para colaborar con tales procesos. La seguridad puede, a la vez, aumentar o disminuir la disponibilidad del gobierno para correr riesgos, adoptando medidas de responsabilidad ante los cargos. Al menos siete de los 12 procesos de transición en el África subsahariana surgieron a partir de un conflicto violento, con grandes números de combatientes. Durante la transición, los excombatientes deben rehabilitarse y ser incentivados para que se unan a la vida civil. Los programas de DDR son claves para estabilizar las transiciones, porque pueden reducir los miedos a la seguridad mediante la centralización del uso de armas en el país.¹⁰⁷ Deben aplicarse como medidas holísticas con inversión y propiedad local, ejecutados prestando especial atención a las necesidades de los niños, de las mujeres, de las víctimas y de los civiles no combatientes.¹⁰⁸ También deben ofrecer tanta prioridad a la reintegración y a la rehabilitación como al desarme y a la desmovilización, el primero de lo cuales podría decirse que es crucial para el desarrollo de la confianza cívica.

Los programas de DDR ineficaces, incompletos o mal diseñados tienen como resultado obvio la creciente inseguridad del entorno en el que se aplican los mecanismos de la justicia transicional que, a la vez, afectan factores tales como la capacidad política de un nuevo régimen para considerar juicios; la motivación de los testigos para presentarse a testificar, ya sea ante las comisiones de la verdad o ante las cortes; y la osadía y alcance de los programas de investigación y de reforma institucional. Tanto en Sierra Leona como en Liberia, los excombatientes que volvieron a ser reclutados para los conflictos en Costa de Marfil y Guinea, mencionaron que el hecho de que los programas de DDR fueran incompletos y/o decepcionantes fue parte de la razón por la cual volvieron a alistarse.¹⁰⁹

Al evaluar las opciones de DDR para la región de los Grandes Lagos, el Banco Mundial citó la naturaleza regional del conflicto que involucra a Ruanda, a Uganda y a la RDC como un desafío particular, ya que llevó a un “dilema de seguridad” en el cual ningún gobierno está dispuesto a reducir su defensa (tanto regular como irregular), imponiendo un reto a las iniciativas abarcadoras de desarme.¹¹⁰ Más aún, algunos grupos armados tienen sus bases en países extranjeros, sumando la necesidad de repatriarlos, a un proceso ya de por sí complicado. Según el jefe de desarme de la Misión de la ONU en la RDC (MONUC), los viejos grupos armados ruandeses, conocidos ahora como FDLR (*Forces Démocratiques de la Liberation de Rwanda- Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda*) siguen frustrando los esfuerzos de desarme, en parte

debido a la incertidumbre respecto de la suerte que les espera en Ruanda (donde algunos oficiales, por ejemplo, podrían ser acusados por su rol en el genocidio de 1994).¹¹¹

Los programas de DDR pueden parecer incompatibles o estar en tensión con los propósitos de la justicia transicional; los programas dividen a las sociedades en combatientes y no combatientes, y a menudo se enfrentan al dilema moral de parecer que recompensan a los perpetradores.¹¹² En Sierra Leona, la mayor parte del trabajo de DDR fue completo –con beneficios acordados a excombatientes– antes de tomar medidas con las víctimas. Si bien los excombatientes no estuvieron totalmente satisfechos con el programa –hubo quejas de que los combatientes que compartieron armas no podían recibir beneficios– la queja más fuerte provino de las víctimas, que percibieron que los malhechores recibieron más, tanto durante como después del conflicto.¹¹³ Al momento de la redacción de este trabajo, años después de que los excombatientes recibieran sus “recompensas”, los beneficios de resarcimiento de las víctimas distan mucho de estar determinados. Sería razonable que las víctimas esperasen resarcimientos de valor comparable a los beneficios de DDR, ya que, de no ser así, aumentarían las fracturas sociales.¹¹⁴

La reintegración social de los combatientes a la comunidad puede ser un paso adelante crucial para la reconciliación. Sin embargo, los programas de DDR pueden funcionar en contra de la reintegración social, especialmente si se diseñan como un proceso de recompra de armamento, centralizado en la desmovilización y el desarme, a costa de la reintegración de los combatientes al seno de la comunidad.

Reconciliación

La mayor parte de los esfuerzos de justicia transicional en África se describen a sí mismos con el objetivo central de la reconciliación, una noción multidimensional y debatida. Como tal, la definición de “reconciliación” afectará la elaboración de las medidas de justicia transicional y, en última instancia, formará una de las bases sobre las cuales se juzgue el éxito de dichos esfuerzos. Comprendida de maneras muy diferentes, la reconciliación es considerada por muchos como un prerequisite así como un resultado de la democracia, el desarrollo y el respeto por el gobierno de la ley. Otros asocian el término con nociones tales como curación, olvido, perdón, coexistencia y disculpa. Esta noción tan debatida involucra en su descripción, fundamentalmente, el establecimiento de la confianza:

La reconciliación, mínimamente, es la condición bajo la cual los ciudadanos pueden confiar unos en los otros como ciudadanos otra vez (o de nuevo). Eso significa que

*tienen el compromiso suficiente con las normas y los valores que motivan sus instituciones de gobierno, la confianza suficiente en que los que operan dichas instituciones lo hacen sobre la base de dichas normas y valores, y la seguridad suficiente respecto del compromiso de sus conciudadanos de acatar esas mismas normas [y] valores.*¹¹⁵

La reconciliación, por ende, puede verse como más que la suma total del impacto producido por la implementación de las medidas de justicia transicional.¹¹⁶

Se ha mencionado en diversos lugares que un liderazgo moral fuerte jugó un rol central en el proceso de transición de Sudáfrica que, se cree, puso en movimiento un proceso de reconciliación nacional. Sin embargo, muchos países (africanos) no cuentan con líderes no comprometidos y confiables, como el Arzobispo Desmond Tutu y el Presidente Nelson Mandela, para otorgar liderazgo moral a sus transiciones, un hecho que puede afectar la credibilidad de muchas de las iniciativas que apoyan.¹¹⁷ En la RDC, el nombramiento de viejos señores de la Guerra para servir como generales de las fuerzas armadas trajo “serios cuestionamientos respecto del compromiso del gobierno congolés con la justicia y con los derechos humanos”, y se apartaría de manera obvia de un establecimiento de la confianza entre las instituciones del Estado y la población.¹¹⁸ En Sierra Leona, el Jefe Hinga Norman, responsable de la creación y organización de la Fuerza de Defensa Civil FDC, trabajó en el gobierno hasta recibir la acusación por cargos de crímenes de guerra.¹¹⁹

En otros lugares, la reconciliación se entiende como íntegramente ligada al desarrollo económico. En los casos donde la distribución desigual de recursos y la pobreza abyecta constituyen algunas de las causas radicales de la guerra, la continua marginación económica puede hacer que el mantenimiento de la transición sea difícil de lograr. Con relación a Ruanda, el ex presidente del Banco Mundial, James Wolfensohn, recomendó que “debe” existir un componente económico en el proceso de reconciliación en Ruanda¹²⁰ para ponerle carne a los huesos retóricos. Sin embargo, África no ha tenido casos en los que el proyecto de reconciliación haya estado unido integralmente al desarrollo social y económico. Algunos expertos sostienen que la redistribución de la riqueza estaba más allá del alcance de la CVR de Sudáfrica.

Una dificultad clave que entorpece los esfuerzos hacia el establecimiento de la confianza cívica es la borrosa distinción entre el proyecto político de reconciliación y la reconciliación localizada, interpersonal y específica de una cultura. En Sudáfrica, parte de la dificultad para evaluar la contribución de la CVR nace de la falta de claridad acerca del significado del término.¹²¹ La restauración de las relaciones interpersonales y el logro de la sanación (reconciliación individual) pueden ser una tarea claramente diferente de un proyecto político que establece instituciones estatales, con respeto por el

gobierno de la ley y los derechos humanos, que asegure la coexistencia (reconciliación nacional).¹²² Partiendo del hecho de que ni la constitución interina ni la Ley de Unidad Nacional y Reconciliación proporcionaron una “definición clara” de la reconciliación, el término está imbuido de significados diferentes en momentos diferentes. Si bien el Arzobispo Tute y otros lanzaron sus expectativas sobre la capacidad de la CVR para ofrecer una reconciliación interpersonal, la Ley de la Comisión fue una herramienta armada para ofrecer una reconciliación impersonal y política.¹²³ En Sierra Leona, grandes secciones de algunas comunidades no se presentaron ante la comisión de la verdad – por más que fueron afectadas desproporcionadamente por la guerra– porque, culturalmente, no creían que hablar sobre el conflicto ante el proyecto dirigido a nivel nacional conduciría a la sanación (interpersonal) ni a la reconciliación.¹²⁴ Aquí, muchas víctimas parecían más preocupadas por la reintegración social de los excombatientes que por un relato público de las atrocidades como medio para la reconciliación, tal como fue propuesto por la comisión de la verdad.¹²⁵

Si bien muchos académicos dirían que las medidas de justicia transicional son necesarias para alcanzar la reconciliación, muchos países se consideran reconciliados de un modo que cuestiona dichas suposiciones. En la Angola rural y en Mozambique, la guerra se consideraba una contaminación, y los involucrados en dichas atrocidades fueron ritual y **no verbalmente** purificados de sus crímenes antes de ser incorporados a la comunidad. Dichos rituales fueron realizados local en vez de nacionalmente, y por medio de ellos los perpetradores fueron tratados como reconciliados con sus comunidades.¹²⁶ En Namibia, el gobierno declaró al país reconciliado después de los años de apartheid, eligiendo una vía claramente diferente de la ofrecida por la comisión de la verdad de la vecina Sudáfrica.¹²⁷

¿Significa eso que dichos países volverán sobre su pasado en algún momento del futuro, debido a la falta de medidas que busquen la aplicación de la justicia en sus procesos de reconciliación? Dada la naturaleza a menudo ilegítima del Estado, ¿las iniciativas de reconciliación basadas en la memoria o en la cultura deberían verse como un fin en sí mismas, o como una contribución al establecimiento de condiciones posibles para fines más ambiciosos de justicia nacional? ¿Separar las nociones de justicia y reconciliación facilitaría la aplicación de la justicia al máximo nivel posible (que a veces significa ninguna justicia, y sin ninguna reparación clara) sin incorporar a las conversaciones el debatido concepto de reconciliación? Si bien las respuestas a estas preguntas no están claras, es posible apelar a soluciones más imaginativas al referirnos a la impunidad y la reconciliación en África, fuera de las suposiciones implícitas acerca de la naturaleza del Estado y el albedrío de los ciudadanos.

En busca de explicaciones

Hay una creciente tendencia en los Estados africanos posteriores a conflictos y a dictaduras a perderse en la retórica de la lucha contra la impunidad y del progreso hacia la reconciliación, estableciendo mecanismos tendientes a ello.

Evidentemente, muchas de las iniciativas establecidas están cargadas de problemas y con frecuencia no han logrado alcanzar sus objetivos. En todo el mundo, pero especialmente en África, los juicios por el abuso a los derechos humanos no son ni rápidos ni extendidos, en parte debido a la escasa capacidad técnica, legal y política. Con muy pocas excepciones, los juicios han estado precedidos por transiciones, y las amnistías (incluyendo las amnistías de facto) están muy extendidas. Los juicios internacionalizados, incluyendo las derivaciones a la CPI, son cada vez más, debido al esfuerzo por paliar las deficiencias de los juicios internos, pero su alcance es también inherentemente limitado.

En parte para reparar la brecha de impunidad creada por los juicios restringidos, los países cada vez más apoyan la aplicación de medidas de búsqueda de la verdad y los resarcimientos que, en contextos de recursos limitados y de compromisos políticos, pueden verse como carentes de buena fe, ya que a menudo prometen más de lo que pueden dar, decepcionando a las víctimas. De hecho, las condiciones para la implementación exitosa de un mecanismo de confesión de la verdad pueden no existir en muchos países estudiados.¹²⁸ De igual modo, los esfuerzos de reforma institucional, mediante la investigación a los abusadores de derechos humanos, han sido lentos y desparejos, a pesar de que se supone que dicha reforma proporcionará una de las garantías necesarias para que dichos abusos no se reiteren.

¿Por qué sigue la impunidad estando tan extendida en África, a pesar de la frecuencia con la cual se aplicaron medidas de justicia transicional? ¿Por qué las estrategias de justicia transicional enfrentaron muchas dificultades y a menudo no lograron alcanzar los objetivos que se fijaron?¹²⁹

¿Hay algo particular acerca del contexto africano que hace que las medidas posiblemente no sean las adecuadas? ¿Existe un mínimo de tradición democrática y de fuerza institucional necesaria para que las medidas de justicia transicional tengan éxito (condiciones quizá similares a las de Europa Oriental y Latinoamérica, donde se originaron las medidas)? Una explicación posible, en principio, es que las dificultades con las que se topan las medidas de justicia en África nacen en parte de una debilidad en las instituciones del Estado.¹³⁰

La naturaleza de las instituciones del Estado

La justicia transicional se comprende típicamente dentro del marco legal de las responsabilidades de Estado, dando por sentada la existencia de un modelo

de Estado institucionalizado, con órganos “no restringidos por la dinámica de las presiones sociales”, dentro de una sociedad compuesta por ciudadanos cuyas relaciones están reguladas por la ley más que por cualquier otro medio, como las relaciones de parentesco.¹³¹ Las medidas de justicia transicional, luego, buscan en primer lugar establecer o restaurar la confianza entre el estado y los ciudadanos que se adecuan a ciertos parámetros. Sin embargo, a pesar de todas las apariencias, el estado africano es a menudo “vacío e ineficaz”, una entidad deliberada e instrumentalmente informal, en la que el afianzamiento del gobierno de la ley no siempre corresponde a la lógica de la política.¹³² En otras palabras, los esfuerzos hacia la formalización del estado y hacia el establecimiento de condiciones donde los ciudadanos puedan “comprometerse lo suficiente con las normas y valores que motivan a sus instituciones gobernantes” –como buscan hacerlo las medidas de justicia transicional– a menudo corren a contrapelo de las prácticas de un estado en el que los gobernantes se benefician con un equilibrio informal.¹³³ En países con instituciones débiles, una de las consecuencias no deseadas de algunas medidas de justicia transicional es que éstas pueden proporcionar “un lustre de legitimidad para gobiernos que en realidad rechazan la democratización y el gobierno de la ley”, permitiendo que los líderes “aparenten apoyar los principios de los derechos humanos”, sin un cambio sustancial en el negocio de la política.¹³⁴

Con este trasfondo como lectura posible de la condición del estado africano, se puede ver por qué la aplicación de medidas de justicia transicional, originadas en contextos institucionales muy particulares, podría llevar a resultados inciertos, e incluso no cubrir en absoluto las expectativas. Con esta lectura, la institucionalización pobre es fundamental para la falta de rendimiento de las medidas de justicia transicional. Bajo condiciones con pocas reglas e instituciones legítimas, los juicios y los programas de investigación pueden chocar con la lógica del patrocinio del estado informal, en torno de la cual se ordena mucha de su política. La puesta a punto de un proceso público de búsqueda de la verdad no necesariamente se verá como un esfuerzo de buena fe respecto de un autoexamen crítico, sino más bien como la adopción de la responsabilidad extendida y de los derechos humanos –como la ratificación de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos sin verdaderos resultados– que pueden reducir la condicionalidad de la ayuda para el desarrollo. Y si bien hay pedidos para retornar a los modelos de las Conferencias Nacionales, que facilitaron varias transiciones africanas a comienzos de los noventa, estimulando el diálogo nacional acerca de los fracasos del pasado y la orientación futura del estado (incluyendo recomendaciones para compartir el poder), vale la pena subrayar que sus resultados también fueron mixtos.¹³⁵

Si bien la identificación de los posibles orígenes de las dificultades que enfrenta la justicia transicional no proporciona soluciones obvias, brinda la oportunidad de que las intervenciones posteriores a los conflictos se centren en construir la capacidad del estado y sus instituciones, para que éste pueda ofrecer justicia y derechos humanos, una intervención descrita como “paradójica”, dado que en otros lugares, las intervenciones sobre los derechos humanos tuvieron la intención de poner un freno a las instituciones del estado, más que la de fortalecerlas.¹³⁶ Dicho simplemente, existe un nivel mínimo de institucionalización estatal por encima del cual las políticas del estado, incluyendo las medidas de justicia transicional, pueden ser más efectivas.¹³⁷ Éstas no pueden aplicarse en un “desierto institucional”.¹³⁸ Los críticos hablan de este mínimo institucional que existe más allá del logro en la mayoría de los países en transición, una manifestación de la paradoja de que las instituciones de la justicia posiblemente tengan más éxito en los países que funcionan y donde el “efecto de demostración” de las medidas de justicia menos se necesita.¹³⁹ Si la construcción de instituciones fuera un importante punto de entrada, luego el secuenciamiento, el lapso y los recursos dados para la implementación de las medidas de justicia transicional (sobre todo ahora que aparecen cada vez más en las negociaciones de paz) reflejarían la realidad compleja y a largo plazo.

Más aún, un reconocimiento conciente de la centralidad de la institucionalización para el éxito de la justicia transicional permitiría que se suavizaran las altas expectativas puestas en tales medidas, así como la posibilidad de legitimar una exploración más amplia de iniciativas fuera de la búsqueda de justicia y de responsabilidad, a menudo legal y centrada en el estado. Por ejemplo, en los casos en los que la buena fe del gobierno para alentar la confianza pueda cuestionarse, quizá debido a lo que se percibió como su propia contribución al abuso de los derechos humanos (por ej. en Uganda y Sudán); o porque se aplicaron algunas medidas de justicia transicional en el pasado (creando posiblemente escepticismo entre la población acerca de la utilidad de dichas medidas); o cuando la guerra adquirió un carácter más local que político (como en el caso de Mozambique), los procesos localizados e informales que buscan establecer la confianza pueden ser más significativos.¹⁴⁰

Acercamientos locales por medio de la cultura y las artes

Debido a que la justicia transicional puede contener elementos de derecho, psicología, memoria, política, antropología y cultura,¹⁴¹ es posible que las intervenciones se vean como un continuo en el que una punta consiste en medidas sobre todo institucionales y legalistas, y la otra en acercamientos

más informales y culturales a la responsabilidad. Dado que este trabajo ha señalado las debilidades institucionales de muchos países africanos, una alternativa efectiva sería confrontar la atrocidad del pasado y el abuso a los derechos humanos en el final del espectro localizado y cultural, tal vez mediante las artes y las actividades culturales a nivel de la sociedad.

Si bien este trabajo no analizó este tema en profundidad, muchos teóricos y practicantes en otros contextos han explorado estos acercamientos alternativos. En Latinoamérica, por ejemplo, a menudo bajo el encabezamiento de “memoria colectiva”, muchos académicos y practicantes han intentado comprender y promocionar modos de tratar con el pasado, que no dependen de instituciones estatales ni de políticas públicas.¹⁴²

Ellos incluyen el teatro, las muestras de fotografía y las películas que trataron de explorar las complejas preguntas de **porqué** y **cómo** la atrocidad del pasado pudo haberse cometido, mientras intenta a la vez contribuir con un diálogo sobre los derechos humanos en el seno de la sociedad.¹⁴³

Los museos de la conciencia sobre los derechos humanos, como el Museo del Distrito Seis en Sudáfrica o el Museo del Genocidio de Ruanda, también son maneras cada vez más frecuentes de intentar construir un diálogo comunitario acerca del pasado.¹⁴⁴ Esos esfuerzos tratan de reclamar un espacio público y crean recordatorios físicos, iniciadores de conversación o lecciones provocativas de historia acerca de lo que sucedió y por qué. Operan en el nivel de la cultura local, y exigen que la sociedad recuerde lo sucedido. Como otras aproximaciones a la justicia transicional, apuntan tanto al futuro como al pasado.¹⁴⁵

Aproximaciones regionales

Incluso con el secuenciamiento apropiado de medidas de justicia transicional y con un estado legítimo e institucionalizado, la insuficiencia de mecanismos nacionales, debido a las implicancias de conflictos interregionales, seguiría presentando un enorme desafío. Sería difícil que la RDC tuviera una comisión abarcadora de la verdad cuando hay tanta gente implicada al otro lado de la frontera, en Ruanda o en Uganda. Se presentan casos similares de desafíos limítrofes en Sierra Leona, respecto de perpetradores de origen liberiano, el más notorio de los cuales es Charles Taylor.

Es posible que los mecanismos multinacionales regionales con una nueva fuente de legitimidad, como los instrumentos de la Unión Africana, sean una oportunidad para resolver estos desafíos.¹⁴⁶ Por ejemplo, el Acta Constitutiva de la Unión Africana condena el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad; el Consejo para la Seguridad y la Paz de la Unión Africana conserva el poder para recomendar una

intervención en un país donde se cometan dichos crímenes; la Nueva Asociación para el Desarrollo de África (NEPAD) reconoce la importancia de la “reconciliación posterior al conflicto” para el desarrollo; y la Conferencia por la Seguridad, Estabilidad, Desarrollo y Cooperación en África (CSSDCA), adoptada por la OAU en el año 2000, declara la importancia de combatir la impunidad y de enjuiciar a los perpetradores.¹⁴⁷ Sin embargo, no se sabe si la Unión Africana tiene la capacidad de cumplir con estas tareas; muchas acciones de estados miembros discrepan enormemente de dichas declaraciones.¹⁴⁸

Pasos hacia adelante

Este trabajo presenta una serie de problemas con profundas implicancias acerca de la capacidad que tiene el África posterior a los conflictos y a las dictaduras para embarcarse genuinamente en iniciativas legítimas que transformen la sociedad, y tengan, además, fuerza para sostenerlas. A pesar de la severidad de los desafíos descritos, en los que los esfuerzos de la justicia transicional no han logrado alcanzar los objetivos propuestos, incluyendo la creación de un entorno en el que los ciudadanos aprendan a confiar en el estado y a tratar las condiciones que llevaron al conflicto o al gobierno autoritario, o lo fomentaron, ellas siguen siendo una empresa importante.¹⁴⁹ La perspectiva crítica de este trabajo no apunta a quitarle importancia a la implementación de dichas medidas, sino a agregar sobriedad a la brecha entre la realidad y las expectativas, y a hacer un llamado para realizar un nuevo examen crítico de suposiciones, que subyacen a la implementación de intervenciones de justicia transicional que ahora son básicas.¹⁵⁰ Después de todo, es posible que otros países africanos que consideren la aplicación de iniciativas de justicia transicional similares, se sientan frustrados por la falta de un entorno posibilitador, y deban enfrentar desafíos muy parecidos a los tratados en este trabajo.

Por muchas medidas de justicia transicional que se apliquen para fortalecer las instituciones estatales, su éxito práctico depende de la previa existencia de instituciones en funcionamiento. Esta conclusión requiere una evaluación completa de la base institucional de los países en transición, antes de que se embarquen en la justicia transicional, en el cultivo de expectativas modestas acerca de lo que puede obtenerse, y en la exploración de paradigmas alternativos y/o complementarios para combatir la impunidad y progresar hacia la reconciliación en África. Finalmente, los africanos deben exigir que se dé prioridad a la reforma –o a la (re)construcción– de las instituciones del estado, y la comunidad internacional debe estar preparada para apoyar tales exigencias con los recursos apropiados.

NOTAS

1. Una versión más completa de este artículo se publicó en el International Center for Transitional Justice, <www.ictj.org.>, consultado el 30 de agosto de 2006. Fue escrito por Lydiah Bosire, Adjunta al Programa del International Center for Transitional Justice (ICTJ). El trabajo fue guiado por reuniones del Canadian International Development Agency (CIDA) cuyo encuentro de apertura tuvo lugar en Bellagio en abril de 2004, con líderes de ONGs de países africanos en transición. En el encuentro participaron Louis Bickford, Alex Boraine, E. Gyimah-Boadi, Brian Bright Kagoro, Matthew Kukah, Jennifer McHugh, Paul Nantulya, Surita Sandosham, Paul Simo, Graeme Simpson, Noel Twagiramungu, y Nansata Saliah Yakubu. Agradezco a Louis Bickford, Pablo de Greiff, Roger Duthie, Kelli Muddell, y a Marieke Wierda por sus comentarios. Louis Bickford y Sarah Rutledge proporcionaron ayuda editorial. Las opiniones vertidas son responsabilidad del autor y no reflejan necesariamente las del ICTJ.

2. A menudo se define la justicia transicional como una justicia que incluye juicios, iniciativas para llegar a la verdad, medidas resarcitorias y reforma institucional. La reconciliación, un objetivo frecuentemente citado en la justicia transicional, es una noción discutida que se comprende de maneras diversas, si bien esencialmente incluye el establecimiento de justicia cívica, basada en normas compartidas entre los ciudadanos, y entre éstos y las instituciones gubernamentales. Ver Pablo de Greiff, "The Role of Apologies in National Reconciliation Processes: On Making Trustworthy Institutions Trusted," en *The Age of Apologies*, Mark Gibney y Rhoda Howard-Hassmann, eds., de próxima publicación. Otros objetivos de la justicia transicional que se citan con frecuencia incluyen progreso hacia la "responsabilidad" (no sólo responsabilidad criminal) y lucha contra la "impunidad". Si bien se cree que las medidas de la justicia transicional contribuyen de manera dispar al logro de dichos fines (los juicios contribuyen más a la justicia, y la responsabilidad y los resarcimientos a la reconciliación, etc.) es mucho lo que se superpone, hasta el punto de que dichos fines a veces se usan de manera indistinta.

3. Dichos países incluyen a Burundi, Costa de Marfil, la República Democrática del Congo, Ghana, Kenya, Liberia, Nigeria, Ruanda, Sierra Leona, Sudáfrica, Sudán y Uganda. Otros países cuyas transiciones son de interés incluyen Angola, Chad, Etiopía, Mozambique, y Namibia.

4. "africano" se usa de manera indistinta con "África subsahariana" y en este caso excluye al África del Norte.

5. Estar "en transición" no significa que los países estén encaminados necesariamente hacia una democracia. Para mayores datos sobre la naturaleza potencialmente engañosa de la "teleología democrática", implícita en una comprensión lineal de la transición, ver Thomas Carothers, "The End of the Transition Paradigm," *Journal of Democracy* Vol.12, Number 1, 2002.

6. Ver Patrick Chabal y Jean Pascal Daloz, *Africa Works: Disorder as Political Instrument*, Bloomington: Indiana University Press, 1999. Ver también Bronwen Manby, "The African Union, NEPAD and Human Rights: The Missing Agenda," *Human Rights Quarterly*, v. 26, 2004, págs. 983-1027, y Mwayila Tshiyeme, "Inventing the Multination: Would a United States of Africa Work?," *Le Monde Diplomatique*, septiembre de 2000.

7. Gracias a Vasuki Nesiah por este punto.

8. Ni "el pueblo" ni otras categorizaciones usadas en este trabajo, como "víctimas" y "perpetradores" son un bloque monolítico de intereses.

9. Cabe destacar que esta genealogía de ninguna manera comprende la totalidad, y presenta una comprensión muy particular de la justicia transicional. Hay muchos otros análisis posibles de lo que constituye justicia en tiempos de transición, incluyendo definiciones locales y específicas de contextos, que pueden llevar a una genealogía diferente.

10. *Macmillan's Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, octubre de 2004. Ver también Neil Kritz, *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Washington, D.C.: US Institute for Peace, 1995.

11. Louis Joinet, "The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees—the question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)," informe final revisado que preparó el Sr. Joinet, de acuerdo con la decisión de la Sub-Comisión de 1996/119, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997. Dichos principios fueron revisados por Diane Orentlicher y presentados a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Ver Diane Orentlicher, "Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity," E/CN.4/2005/102 (ECOSOC), 2005, y "Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity," E/CN.4/2005/102/Add.1 (ECOSOC), 2005.

12. Incluso las medidas querellantes mejor fundadas, como los Tribunales Penales Internacionales en los casos de Yugoslavia y Ruanda (TPIY y TPIR), tienen un alcance y una influencia limitados.

13. Ver Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*, New York: Routledge, 2001.

14. Ver Louis Bickford, "Unofficial Truth Projects," manuscrito; y L. Bickford, "Memoryscapes," in Ksenija Bilbija, Jo Ellen Fair, Cynthia E. Milton, and Leigh A. Payne, eds., *The Art of Truth-Telling about Authoritarian Rule*, Madison: University of Wisconsin Press, 2005.

15. Ver Pablo de Greiff, *Repairing the Past: Compensation for Victims of Human Rights Violations*, de próxima publicación.

16. Ibid.

17. La justicia transicional tiene una historia que data de la democracia ateniense del 411 y el 403 a.C. Ver Jon Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, New York: Cambridge University Press, 2004, págs. 1-23. A partir de los experimentos atenienses, Elster no encuentra otros episodios "importantes" de justicia transicional hasta mediados del siglo veinte, cuando el final de la Segunda Guerra Mundial dio cabida a transiciones modernas hacia la democracia.

18. El análisis de Ruti Teitel comienza con las transiciones modernas, en lugar de las antiguas de Atenas. Para más información sobre la genealogía de la justicia transicional, ver "Human Rights in Transition: Transitional Justice Genealogy," *Harvard Human Rights Journal*, v. 16, n. 69, primavera de 2003, pág. 71.

19. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, *abierta para su firma* el 9 de diciembre de 1948, 78 U.N.T.S. 277 (*entró en vigencia* el 12 de enero de 1951). Es interesante el hecho de que este período sirvió para consolidar la comprensión moderna de los derechos humanos y lo que constituye a las víctimas y a los perpetradores, de un modo —a veces discutido— sigue afectando la percepción de dichos derechos.

20. La notable excepción es la promulgación de la Convención de No Aplicabilidad, de las Limitaciones

al Estatuto de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, *abierta para su firma* el 26 de noviembre de 1968, 754 U.N.T.S. 73 (*entró en vigencia* el 11 de noviembre de 1970), así como la adopción de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid del 30 de noviembre de 1963, 1015 U.N.T.S. 243 (*entró en vigencia* el 18 de julio de 1976).

21. Ver Teitel, nota supra 18, pág. 81.

22. Existe incluso la propuesta para crear una comisión de la verdad permanente para explorar los conflictos internacionales, así como "otros tipos de delitos y problemas", en particular el colonialismo y la deuda externa del Tercer Mundo. Ver Thomas Forsbert y Teivo Teivanen, "Past Injustice in World Politics Prospects of Truth-Commission-Like Global Institutions," *Crisis Management Initiative*, Helsinki, 2004, pág. 26.

23. Teitel sostiene que en esta etapa de la genealogía de la justicia transicional, ésta se aplica generosamente hasta el punto de que no es claro el "umbral mínimo más allá del cual la investigación histórica, psicológica o religiosa debería caracterizarse como búsqueda de justicia". Ver nota supra 18, pág. 89.

24. Si bien Ruanda no sufrió una transición negociada, la existencia continua de oposición activa y armada en los países vecinos afecta las decisiones políticas tomadas respecto de la implementación de la iniciativa de la justicia transicional.

25. En otras palabras, la transición es no-teleológica, y las medidas de justicia aumentan las opciones en lugar de consolidar el movimiento de un país en una dirección dada. Ver Vasuki Nesiah, "Truth vs. Justice," en Jeff Helsing y Julie Mertus, eds., *Human Rights and Conflict*, New York: US Institute of Peace, 2005, pág. 2. De acuerdo con Thomas Carothers, la idea misma de "transición" es confusa, y "muchos países, cuyos hacedores políticos y ayudantes persisten en llamar "Transicionales", no están en una transición hacia la democracia." Ver supra nota 5, 6.

26. O, en casos como los de Angola, Mozambique y Namibia, eligen no aplicar ninguna de las medidas de justicia transicional (al menos en un nivel oficial o gubernamental).

27. Muchos países africanos se encuentran forcejeando con la construcción de un estado tanto como con la responsabilidad ante los cargos. Uno de ellos resalta que el problema de un estado vacío "no pareció ser un problema en la Europa Meridional ni en Latinoamérica, las dos regiones que sirvieron como base experimental para la formación del paradigma de la transición." Ver Carothers, nota anterior 5, 9.

28. El uso repetido de medidas de justicia transicional puede incrementar el cinismo de la población acerca de su utilidad. Agradezco a Pablo de Greiff por este punto.

29. Orentlicher, *Updated Set of Principles*, ver nota 11 supra, Principle 1.

30. Estas apreciaciones preliminares no explican totalmente los desafíos que enfrenta la justicia transicional en África. Fuera de África, los dos países que pueden tener experiencias similares son Haití y Timor-Leste.

31. Los juicios aspiran, particularmente, a cambiar "la estructura de recompensas" asociada con diversas acciones, de modo tal que la existencia del castigo reduzca la posibilidad de repetición. Ver Elster, nota 17 supra, 204.

32. Ver Paul Seils, "A Promise Unfulfilled? The Special Prosecutor's Office in Mexico," junio de 2004,

pág. 18, disponible en <www.ictj.org.>, consultado el 30 de agosto de 2006. Sin embargo, en casos en los que la violencia está más extendida en la comunidad, hacer pagar sólo a “los más responsables” puede no ser significativo para las víctimas que siguen viendo a sus perpetradores en libertad.

33. Ver Human Rights Watch, “Chad: The Victims of Hissène Habré Still Awaiting Justice,” 17, n. 10 (A), julio de 2005. Ver también Human Rights Watch, “Ethiopian Dictator Mengistu Haile Mariam,” 1999; Amnistía Internacional, “Accountability Past and Present: Human Rights in Transition,” abril de 1995.

34. Ver Federico Borello, “A First Few Steps: A Long Road to a Just Peace in the Democratic Republic of the Congo,” octubre de 2004, págs 20-26, disponible en <www.ictj.org.>, consultado el 30 de agosto de 2006. Ver también Human Rights Watch, “Democratic Republic of Congo: Confronting Impunity,” enero de 2004.

35. Ver Human Rights Watch, “Making Justice Work: Restoration of the Legal System in Ituri, RDC,” septiembre de 2004. Al enjuiciar individuos por crímenes mucho menos importantes que aquéllos por los que son responsables, “el sistema judicial de Ituri está minando su propia credibilidad y poniendo en riesgo su legitimidad”.

36. Ver S’Fiso Ngesi y Charles Villa Vicencio, “Ruanda: Balancing the Weight of History,” en Eric Doxtader y Charles Villa-Vicencio, eds., *Through Fire with Water*, Rondebosch: Institute for Justice and Reconciliation, 2002, págs. 19-23.

37. El sistema, si bien tiene defectos, puede ser una alternativa preferible a la detención sin juicio, que es el estado de situación actual.

38. Ver Amnistía Internacional, “Sierra Leone: Ending Impunity—an Opportunity not to be Missed,” julio de 2000.

39. Ralph Zacklin sostiene que es “imposible” prever la creación de tribunales para Liberia, la RDC o Costa de Marfil, a pesar de la naturaleza aborrecible de las atrocidades cometidas, y a pesar del hecho de que el Acuerdo Arusha para Burundi y el convenio Linas-Marcousis para Costa de Marfil exigen responsabilidad judicial. Ver Ralph Zacklin, “The Failings of Ad Hoc International Tribunals,” *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, pág. 545.

40. Diálogo Inter-Congolés, Resolución N° DIC/CPR/05, marzo 2005. Con respecto al programa de justicia penal en Bunia, Human Rights Watch subrayó que uno de sus retos es “la ausencia a nivel gubernamental de una política clara para combatir la impunidad”. Ver “Making Justice Work,” nota 35 supra.

41. Ver International Center for Transitional Justice, “The Special Court for Sierra Leone: The First Eighteen Months,” marzo de 2004, disponible en <www.ictj.org.>, consultado el 30 de agosto de 2006. Ver también Zainab Bangura, “Sierra Leone: Ordinary Courts and the Special Court,” *Open Society Justice Initiative*, febrero de 2005, pág. 57.

42. Para mayor información sobre la CPI, ver el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, ONU, Doc. A/CONF.183/9, 1998 (que entró en vigencia el 1° de julio de 2002)

43. Con respecto a Zimbabwe, Brian Kagoro resaltó que entre los grupos de Zimbabwe, si el estado enjuiciara a un perpetrador, la comunidad a la que pertenece su familia se sentiría blanco de reglas injustas por parte del estado distante. En lugar de ello, prefieren apoyar los medios locales de responsabilidad, donde las comunidades determinan las sanciones apropiadas para los criminales.

44. Para mayor información sobre los desafíos que pueden surgir de una derivación de la Corte Penal Internacional de la ERS, ver Refugee Law Project, "Whose Justice: Perception of Uganda Amnesty Act 2000: Potential for Justice and Reconciliation," febrero de 2005.
45. Ver International Center for Transitional Justice and the Human Rights Center, "Forgotten Voices: A Population-Based Survey on Attitudes about Peace and Justice in Northern Uganda," julio de 2005, disponible en <www.ictj.org>, consultado el 30 de agosto de 2006.
46. Ver "Report of the Secretary-General on The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies," doc. de la ONU S/2004/616, 2004, xiv, párr. 50. Ver también Hayner, nota 13 supra.
47. Ver Orentlicher, Updated Principles, nota 11 supra, Principles 6–13. Ver también "Report of the Secretary General on The Rule of Law," id. párr. 51.
48. Para mayor información sobre la relación entre las comisiones de la verdad y la sociedad civil, ver International Center for Transitional Justice, "Truth Commissions and NGOs: The Essential Relationship," abril de 2004, disponible en <www.ictj.org>, consultado el 30 de agosto de 2006.
49. Ver Resolución DIC/CPR/04, disponible en <www.RDCpeace.org/docs/finalreport1_1.pdf>
50. La CVR tiene a su cargo una lista de 10 propósitos ambiciosos, que incluyen el establecimiento de la verdad y el gobierno de la ley, el nacimiento de "una nueva conciencia política", y "el logro de la reconciliación". Ver DIC/CPR/04, id. párr. 6.
51. Ver Alex Boraine, *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, New York: Oxford University Press, 2000, págs. 71-72.
52. Ver DIC/CPR/04, nota 49 supra, párr. 10.
53. Una sección de la ley prevé el nombramiento de 13 miembros más, si bien, aún así, los partidos políticos retienen el control. Es poco probable que los cambios propuestos en la composición de la comisión le devuelvan credibilidad. Ver Borello, nota 34 supra, págs. 41-42.
54. Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona, "Witness to Truth: Final Report of the Truth and Reconciliation Commission for Sierra Leone," Vol. 2, capítulo 2: "Reparations," párr. 197.
55. Rosalind Shaw, "Rethinking Truth and Reconciliation Commissions: Lessons from Sierra Leone," United States Institute for Peace, Special Report 130, febrero de 2005, pág. 5.
56. Sin embargo, otros han declarado que las víctimas logran la victoria, ya que su testimonio obliga a un perpetrador, (en principio) elevado socialmente, a presentarse ante la CNR. Además, algunas personas ven el ambiente de la corte como estimulante.
57. Ver DIC/CPR/04, nota 49 supra. Ver también Ley n. 04/018 del 30 de julio de 2004 sobre la organización de atribuciones y funcionamiento de la comisión de la verdad y reconciliación, 1ro. de agosto de 2004, Artículo 41 (en archivo)
58. En Sierra Leona, cabe mencionar que se realizó una versión del informe para niños y otra en video, ampliamente disponibles de un modo relativamente rápido.
59. La CVR de Sierra Leona CVR propuso tener una versión "popular" y otra para "niños" del Informe Final, ambas en forma escrita. También realizaron una versión en video.
60. Esto es muy diferente del informe final de la comisión argentina, que se convirtió en un éxito

de ventas (aunque no necesariamente significa que se haya leído extensamente). Agradezco a Priscilla Hayner por este tema.

61. En el caso analizado, sólo Sudáfrica implementó un programa de resarcimientos, cuyos desafíos se tratan en detalle a continuación. Sierra Leona propuso un programa de resarcimientos. Para un análisis detallado de dichos programas, ver de Greiff, nota 15 supra.

62. Ver ONU, "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law," C.H.R. res. 2005/35, UN Doc. E/CN.4/2005/L.10/Add.11, 19 de abril de 2005, párr. 11.

63. Ver de Greiff, nota 15 supra.

64. Para una mayor elaboración de las variables importantes sobre el diseño de los programas de resarcimiento, ver id.

65. Sin embargo, la CPI está considerando un Fondo Fiduciario para Víctimas.

66. Ver Christopher J. Colvin, "Overview of the Reparations Program in South Africa," en de Greiff, nota 15 supra. Ver también Anna Crawford-Pinnerup, "An Assessment of the Impact of the Urgent Interim Reparations" en *From Rhetoric to Responsibility: Making Reparations to the Survivors of Past Political Violence in South Africa*, Brandon Hamber and Thloki Mofokeng, eds., Johannesburg: Center for the Study of Violence and Reconciliation, 2000.

67. El gobierno autorizó el pago de resarcimientos finales por un total de US\$80 millones, mucho menos que los \$400 millones recomendados por la CVR. Este pago inferior puede deberse a motivos políticos, por encima de la escasez de recursos.

68. Informe Final de la CVR para Sierra Leona, nota 54 supra, "Reparations," párr. 57, 58.

69. Sin embargo, éste es el enfoque más pragmático a los resarcimientos en un país como Sierra Leona, en el que pedir medidas de reparación más amplias (especialmente en otorgamientos de dinero en efectivo) sería no realista y jamás podría llevarse a cabo. Entrevista a Howard Varney, mayo de 2005.

70. Por ejemplo, una víctima ante la CVR declaró: "Lo que me confunde es que se cuida a los criminales y nosotros, las víctimas, quedamos afuera". Para mayor información sobre el resentimiento de las víctimas hacia los perpetradores, ver el Informe Final de la CVR para Sierra Leona, nota 54 supra, párr. 38.

71. Ver Colvin, nota 66 supra.

72. Para mayor información sobre el Fondo Fiduciario para Víctimas, ver "Resolution on the Establishment of a Fund for the Benefit of Victims of Crimes Within the Jurisdiction of the Court, and of the Families of such Victims" (Resolución CPI-ASP/1/Res.6), adoptada en la tercera reunión plenaria, el 9 de septiembre de 2002, por consenso.

73. En otras palabras, (mientras el funcionamiento real del Fondo todavía es poco claro) existe la posibilidad de que, de toda una aldea de gente que sufrió crímenes de guerra, sólo los casos de unas pocas víctimas que se escuchen ante la CPI puedan ser resarcidos. En los entornos pobres en recursos donde emergerán los primeros casos de la CPI —como Uganda, la RDC o Sudán— un "privilegio" así de algunas víctimas sobre otras podría generar resentimiento.

74. Para mayores datos sobre los desafíos anticipados del Fondo Fiduciario, ver Pablo de Greiff y Marieke Wierda, "The Trust Fund for Victims of the International Criminal Court: Between Possibilities

and Constraints,” en *The Right to Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Marc Bossuyt, Paul Lemmens, Koen de Feyter, y Stephan Parmentier, eds., Bruselas: Intersentia, de próxima publicación.

75. Ver ONU, Informe del Secretario General, párr. 52. La investigación es una parte del enfoque plural para las estrategias de una reforma institucional más amplia que puede incluir, entre otras cosas, la transformación de instituciones antiguamente represivas y abusivas en otras que respeten el gobierno de la ley y traten a los ciudadanos con dignidad, revisando la legislación represiva.

76. La concentración en la reforma de personal es explicada en detalle por Alexander Mayer-Rieckh, “Vetting, Institutional Reform and Transitional Justice: An Operational Framework,” International Center for Transitional Justice y Programa de Desarrollo de la ONU, de próxima aparición. Ver también, Informe del Secretario General, ONU, párr. 53.

77. Mayer-Rieckh da una estrategia operacional detallada para la investigación, que incluye una de cuatro puntas para determinar la capacidad individual, la integridad individual, la capacidad organizativa y la integridad organizativa. Ibid.

78. Informe Final de la CVR para Sierra Leona, nota 54 supra, “Findings,” párr. 49.

79. Id. en “Recommendations,” párr. 259–262.

80. Informe Final de la CVR para Sierra Leona, nota 54 supra, “Findings,” párr. 61.

81. Ver Mahmood Mamdani, “Amnesty or Impunity? A Preliminary Critique of the Report of the Truth and Reconciliation Commission of South Africa (CVR),” *Diacritics* 32:3-4, otoño/invierno de 2002, pág. 33.

82. Según Mahmood Mamdani, esta definición limitada de “perpetrador” nace del modo exiguo con el que se definían las “brutales violaciones a los derechos humanos” cuando la Comisión elegía centrarse en “conflictos del pasado” de una manera individualista, hasta el punto de que el apartheid, el crimen de lesa humanidad, quedaba reducido a una situación contextual. Más detalles sobre este tema en *ibid*, págs. 33-59.

83. La Promoción de Unidad y Reconciliación Nacional, Ley, 1995, capítulo 1 (ix).

84. *Ibid.*, en Capítulo 1 (xix).

85. Mamdani, nota 81 supra, pág. 38.

86. Cifras del proyecto Global IDP, 2001, disponible en <www.idpproject.org>, consultado el 30 de agosto de 2006. Ver también Banco Mundial, “Greater Great Lakes Regional Strategy for Demobilization and Reintegration,” Informe n. 23869-AFR, 25 de marzo de 2003, pág. 2.

87. Jon Elster identifica cuatro categorías de individuos que cometen faltas: los que emiten órdenes, los que ejecutan órdenes, los que actúan como lazos intermedios entre las órdenes y las ejecuciones, y los que facilitan la comisión de faltas. Ver nota 17 supra, pág. 118. La determinación de la gravedad de los crímenes cometidos por los perpetradores en sí misma —en otras palabras, lo que constituye la “elaboración” o “facilitación”— puede ser una tarea difícil, debido a su naturaleza subjetiva.

88. *Ibid.*, págs. 99-115.

89. Ver “Cape Town Principles and Best Practices on the Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa,” 27 al 30 de abril de 1997.

90. Ver la Carta fechada el 31 de enero de 2001 del Presidente del Consejo de Seguridad al Secretario General de la ONU, documento de la ONU S/2001/95, donde declara que sería "muy poco probable que los delincuentes menores de edad de hecho sean llevados ante la Corte Especial".

91. Ver Corte Penal Internacional, "President of Uganda refers situation concerning the Lord's Resistance Army (ERS) to the CPI," La Haya, 29 de enero de 2004. El ERS secuestró a más de 10.000 niños. Ver Human Rights Watch, "Stolen Children: Abduction and Recruitment in Northern Uganda," 15, n.7 (a), marzo de 2003.

92. Ver IRIN, "Burundi: Demobilisation of child soldiers begins," 26 de enero de 2004. Por niños soldados en la RDC, ver Amnistía Internacional, "RDC: Children at War," AFR62/034/2003, 9 de septiembre de 2003. En Liberia, las Agencias de la ONU estiman que se han usado más de 15.000 niños en las luchas.

93. Para mayor información sobre el rol de las compañías en el conflicto de la RDC, ver ONU, "Final report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo," S/2002/1146, 16 de octubre de 2002.

94. *Khulumani et al. v. Barclays National Bank Ltd. et al.* El juicio se presentó en Nueva York contra 22 corporaciones que invirtieron en el apartheid de Sudáfrica. Los negocios nunca aparecieron ante la CVR, y Sudáfrica no tiene una ley que responsabilice a las corporaciones de los abusos a los derechos humanos. El juicio por ende fue desestimado por una declaración jurada presentada por el Ministerio de Justicia en nombre del gobierno de Sudáfrica. Actualmente, Khulumani presentó una apelación. Entrevista con Marjorie Jobson, Directora de la Junta de Khulumani Board, Johannesburgo, mayo de 2005. Ver también International Lawsuit Filed on Behalf of Apartheid Victims, Cohen, Milstein, Hausfeld & Toll, <<http://khulumani.net/content/category/4/7/63>>, consultado el 30 de agosto de 2006.

95. BBC News, "Rwanda Inquiry into French Role," Aug. 1, 2004. Ver la Corte Especial para Sierra Leona, *The Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, Caso n. SCSL-03-1, disponible en <www.sc-sl.org/normanindictment.html>, consultado el 30 de agosto de 2006. Ver también Informe Final de la CVR de Sierra Leona, "Findings," nota 54 supra, párr. 332. Ver también BBC News, "Ruanda Inquiry into French Role," 1ro. de agosto de 2004.

96. Ver por ej. Federación Internacional de Derechos Humanos, "Victims in the Balance Challenges ahead for the International Criminal Tribunal for Ruanda," n. 329/2, noviembre de 2002, pág. 16.

97. Incluso entonces, debido al precedente histórico, los partidarios del régimen de Jerry Rawlings así como los del Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas, se sintieron en la mira de la CNR, y consideran que es otro emprendimiento partidario más.

98. Por ejemplo, en Ghana, después de una década de gobierno militar, se votó en 1992 una constitución que afianzaba la amnistía, mediante un referéndum, en pos de la "paz y la estabilidad". En esa época, el gobierno militar todavía era poderoso. Dichas medidas permanentes aseguraron que muchas personas como el anterior presidente Jerry Rawlings no fueran llevadas a juicio. Ver Eric Darko, "Ghana CNR: Looking Back and the Way Forward," de próxima aparición. Para mayores razones por las que las amnistías fueron una elección política, ver Paul van Zyl, "Justice Without Punishment: Guaranteeing Human Rights in Transitional Societies," en *Looking Back/Reaching Forward: Reflections in the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Charles Villa-Vicencio y Wilhelm Verwoerd, editores,

Cape Town: UCT Press, 2000, págs. 42-47; y Diba Majzub, "Peace or Justice?" *Amnesties and the International Criminal Court*, *Melbourne Journal of International Law* 3, octubre de 2002, 251-252.

99. Acuerdo de Paz de Lomé, Tercera parte, Artículo IX.

100. ONU, "Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone," Artículo 1. Es interesante destacar que la CVR de Sierra Leona concluyó que: "La comunidad internacional señaló a los combatientes de guerras futuras que no deberían confiarse en los acuerdos de paz que contienen cláusulas de amnistía y que, al hacerlo, minaron la legitimidad de tales iniciativas de paz nacionales y regionales". Informe Final de la CVR de Sierra Leona, nota 54 *supra*, "Resumen Ejecutivo", párr. 68.

101. Conversaciones con Madeline Fullard acerca del caso de Gideon Nieuwoudt (ver Center for Studies of Violence and Reconciliation, Press Release, 11 de febrero de 2004). Para mayor información sobre el caso, ver U.S. Department of State, "South Africa: Country Practices on Human Rights Practices—2004," publicado por el Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, 28 de febrero 28, 2005, Section 4, disponible en <www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2004/41627.htm>, consultado el 30 de agosto de 2006.

102. Ver Borello, nota 34 *supra*, pág. 43.

103. La Ley de Amnistía, 2000.

104. Ver Refugee Law Project, "Whose Justice? Perceptions of Uganda's Amnesty Act 2000: The Potential For Conflict Resolution and Long-Term Reconciliation," febrero de 2005, pág. 5.

105. La Ley de Amnistía, 2000, Parte II 3(1).

106. Ver "Forgotten Voices," nota 45 *supra*, págs. 22-36.

107. Ver "Greater Great Lakes," nota 86 *supra*, pág. 13. En Sierra Leona, se ha dicho que la naturaleza incompleta de los Programas de Reintegración, tanto en 1997 después del Acuerdo de Abidjan como entre 1998-1989, hizo que en parte fracasaran los procesos de paz.

108. Id. págs. 57-58.

109. Ver también Human Rights Watch, "Youth, Poverty and Blood: The Lethal Legacy of West Africa's Regional Warriors," 17 n. 5A, marzo de 2005, pág. 4.

110. Ver "Greater Great Lakes," nota 86 *supra*, pág. 14.

111. Ver Peter Swarbrick, "DDRRR: Political Dynamics and Linkages" en *Challenges of Peace Implementation: The UN Mission in the Democratic Republic of the Congo*, Mark Malan y João Gomes Porto, editores., Pretoria: Institute for Security Studies, nov. 2003, 166-167.

112. Si bien existe una distinción entre "perpetradores" de abusos a los derechos humanos y "excombatientes" (algunos de los cuales quizá no cometieron abusos), no habiendo información que acredite lo contrario, muchas víctimas pueden confundir ambos conceptos.

113. Ver nota 54 *supra*, "Reparations," párr. 37.

114. Ver nota 54 *supra*, "Reparations," párr. 74.

115. Ver de Greiff, nota 2 *supra*.

116. Pablo de Greiff sostiene que incluso si los juicios, la búsqueda de la verdad, las investigaciones y los resarcimientos se llevaran a cabo con cierto éxito, la sociedad no se reconciliaría automáticamente. Id.

117. El problema del liderazgo moral está separado de la investigación tratada anteriormente, pero relacionada con ella.

118. Ver Human Rights Watch, "DR Congo: Army should not appoint war criminals," 14 de enero de 2005.

119. El Ministro de Defensa anterior, de quien dependía el Jefe Norman durante la guerra civil, es el actual presidente de Sierra Leona.

120. Gobierno de Ruanda, "President Kagame Commends Ruanda-World Bank Relationship," disponible en <www.gov.rw/government/071602.html>. Consultado el 30 de agosto de 2006. El Presidente del Banco Mundial señaló que "Para detener la ira y la amargura, es preciso construir esperanza".

121. Para un análisis más detallado acerca de estas dos dimensiones de la reconciliación, así como para los retos que surgen cuando se confunden una con la otra, ver Tristan Anne Borer, "Reconciling South Africa or South Africans? Advertencias de la CVR," *African Studies Quarterly*, vol. 8, n. 1, otoño de 2004. Para un tratamiento más amplio del tema, y sobre las diversas maneras como puede comprenderse, ver de Greiff, nota 2 supra.

122. Ambas dimensiones de la reconciliación pueden contribuir una a la otra de maneras obvias. La reconciliación nacional/política y el constitucionalismo pueden permitir una reconciliación interpersonal, pero el prerrequisito de una reconciliación política tal no es que los individuos se agraden en un espacio político y se reconcilien, sino que sus relaciones sean dirimidas por leyes uniformemente aplicables. Borer hace una recomendación importante acerca de que los procesos sean explícitos y claros respecto de qué tipo de reconciliación buscan, para evitar la confusión.

123. Borer, nota 122 supra, pág. 32.

124. Ver Shaw, nota 55 supra.

125. En otras palabras, es posible que ciertos estratos de la población hayan comprendido la reconciliación adelantada por la comisión nacional de la verdad a un nivel interpersonal, y ésta no alcanzara a cubrir sus expectativas, o fuera contraria a sus prácticas culturales.

126. Ver Alcinda Honwana, *Children of War: Understanding War and War Cleansing in Mozambique and Angola*, en *Civilians in War*, Simon Chesterman, ed., Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers, 2001. Ver también Alcinda Honwana, "Sealing the Past, Facing the Future: Trauma Healing in Rural Mozambique," en Jeremy Armon, Dylan Hendrickson y Alex Vines, editores, *The Mozambican Peace Process in Perspective*, Accord Series, London: Conciliation Resources, 1998.

127. Ver Paul Conway, "Truth and Reconciliation: The Road Not Taken in Namibia," *Online Journal of Peace and Conflict Resolution*, 5.1, verano de 2003, pág. 66-76.

128. Ver "Truth Commissions and Transitional Justice: A Short Guide," Amnistía Internacional Sección Holandesa, septiembre de 2003, pág. 9.

129. Esto no es para suponer que a las iniciativas recientes de justicia transicional en países como Haití o Timor-Leste les ha ido mejor que a las evaluadas aquí.

130. Hay muchos más problemas con la justicia internacional, de la cual la justicia transicional es un subconjunto, que obviamente influyen mucho sobre el modo con que la justicia transicional se aplica en África. El problema más amplio incluye hacer justicia en países pobres que son rehenes de los fondos y las políticas internacionales. Ver Charles T. Call, "Is Transitional Justice Really Just?" *Brown Journal of World Affairs* Vol. XI, n. 1, verano/otoño de 2004. También es importante señalar que el análisis de "estado débil" no confina la responsabilidad de dicha condición al estado mismo. Es posible que la pobreza de un país se deba a muchas acciones, incluyendo las de terceras partes como compañías multinacionales. Agradezco a Yasmi Sooka por este punto.

131. Ver Chabal, nota 6 supra, págs. 5-6.

132. Ibid., págs. 14 y 136.

133. Ver de Greiff, nota 2 supra.

134. Da la impresión de que los países y los líderes quieren responder por sus actos, al menos por el hecho de que aumenta su legitimidad y respetabilidad. Por otra parte, no están dispuestos a pagar el precio de procesos significativos, por razones recurrentes, tales como falta de recursos económicos, voluntad política, e infraestructura adecuada para ayudar a la reforma, así como lo son los juicios cuya autenticidad es cuestionable, dada la culpabilidad de los involucrados en la elaboración e implementación de las estrategias de responsabilidad. Chabal, nota 6 supra, pág. 37. Hay muchas motivaciones para esto, una de las cuales es el exceso de fondos internacionales. Después de todo, los gobiernos no son famosos por hacerse cargo de sus archivos de derechos humanos. Ver también Jack Snyder y Leslie Vinjamuri, "Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice," *International Security* Vol. 28, n. 3, invierno 03/04, págs. 33 y 42.

135. Dominique Bangoura, "National Conferences: The Only means for Overcoming Crises," *African Geopolitics* 17 (invierno 2004-2005).

136. Ver Manby, nota 6 supra, pág. 1024.

137. Los interesados en la justicia transicional, no pueden evadirse del hecho de que la infraestructura del estado es crítica para el éxito de su trabajo. Semejante a la discusión respecto del desarrollo de una "trampa de pobreza" —un umbral debajo del cual los países no pueden beneficiarse del comercio ni de las inversiones debido a las enfermedades, los ahorros escasos y la pobreza—es posible encontrar una analogía en los países que han padecido conflictos, y su relación posterior con la justicia transicional. Por debajo de cierto mínimo institucional (esto podría pensarse como el grado de institucionalización que corresponde a las condiciones en los países donde la justicia transicional se aplicó por primera vez, aunque su naturaleza precisa sea una cuestión de investigación empírica, más allá del alcance de este estudio), las medidas de justicia transicional pueden ser aplicadas, pero no se puede esperar que arrojen los resultados deseados. Por encima de dicho mínimo, sin embargo, pueden contribuir fuertemente para establecer el gobierno de la ley y la justicia, tal como se prevé en la teoría. Al igual que con el desarrollo, por debajo del mínimo, la comunidad internacional puede verse como responsable de ayudar a que un país salga de la trampa, invirtiendo en infraestructura pública y legal básica, asegurando que los sueldos de la policía se paguen en tiempo y forma, etc. Agradezco a Roger Duthie por señalarme los paralelismos. Para mayores datos sobre las trampas de pobreza, ver El Proyecto del Milenio, "Investing in Development: A Practical Guide to Achieving the Millennium Development Goals," Programa de Desarrollo de la ONU, Nueva York, 2005, 32-43.

138. Ver Snyder, nota 135 supra, pág. 12.

139. Ibid., pág. 25.

140. Esto no debería tomarse como una aprobación del enfoque de Mozambique, sino como una ampliación de las opciones que deben explorarse en las transiciones. Para mayores datos sobre las diversas iniciativas locales y su potencial contribución a la reconciliación, ver Roger Duthie, "Transitional Justice at the Local Level," manuscrito.

141. Agradezco a Roger Duthie por este punto.

142. Ver la colección de libros editados por la académica argentina Elizabeth Jelin para el proyecto de Social Science Research Council sobre Memoria Colectiva y Represión en el Cono Sur, disponible en <www.ssrc.org/fellowships/coll_mem/memory_volumes.page>, consultado el 30 de agosto de 2006.

143. Si bien estos enfoques no dependen de la institución estatal, pueden requerir una infraestructura básica que proteja la libertad de expresión, y para que también puedan beneficiarse de políticas públicas que ponen recursos al alcance de artistas y de la sociedad civil.

144. Ver Valmont Layne, "The District Six Museum," en *Transitional Justice and Human Security*, en Alex Boraine y Sue Valentine, editores, Cape Town: International Center for Transitional Justice and Japanese International Development Agency, 2006.

145. Ello no pretende decir que las medidas culturales serán necesariamente parciales y libres de politización. Ver Bickford, Louis, "Memory, Museums, and Memorials: Building a New Future," en *Transitional Justice and Human Security*, id.; y Ksenija Bilbija, Jo Ellen Fair, Cynthia E. Milton, y Leigh A. Payne, editores, *The Art of Truth-Telling about Authoritarian Rule*, Madison: University of Wisconsin Press, 2005.

146. Ver Tshiyeme, nota 6 supra.

147. El Acta Constitutiva de la Unión Africana, adoptada el 11 de julio de 2000 Artículo 4(h); Protocolo Relativo al Establecimiento del Consejo por la Paz y la Seguridad de la Unión Africana, adoptado durante la 1ra. Sesión Ordinaria de la Asamblea de la Unión Africana, en Durban, el 9 de julio de 2002, Artículo 7(e); Nueva Asociación para el Desarrollo de África, adoptada por la 37 Cumbre de la OUA en julio de 2001, párr. 74; CSSDCA Declaración Solemne, adoptada por la trigésimo sexta Sesión Ordinaria de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA, Lóme, Togo, julio de 2000, AHG/Decl.4 (XXXVI), 2000. Ver especialmente los puntos (k) bajo el subtítulo "seguridad" y (l) bajo el subtítulo "estabilidad" en Plan de Acción.

148. Ver Manby, nota 6 supra, págs. 1005-1011.

149. Tomar medidas que *parecen* referirse a causas de raíz por medio de una variedad de procesos públicos, sin hacerlo realmente, puede ser problemático: los procesos de paz en ocasiones han sido contraproducentes, y ciertos países en transición han llegado a nuevos ciclos de represión y de abusos.

150. Tales suposiciones esconden, por ejemplo, los bajos patrones de fondos internacionales para dichos mecanismos, secuencias de iniciativas, etc.

DEVIKA PRASAD

Oficial de Proyectos para el programa Access to Justice de la Commonwealth Human Rights Initiative (CHRI). CHRI es una ONG internacional, no partidaria, cuyo mandato es asegurar el respeto a los derechos humanos en los países de la *Commonwealth*, sobre todo en lo respectivo al acceso a la justicia y a la información. Prasad es Licenciada en Ciencias Políticas, y Máster en Estudios Legales Comparados de la Facultad de Estudios Orientales y Africanos de la Universidad de Londres.

RESUMEN

Nueve países islas componen la *Commonwealth* del Pacífico: Fiji, Kiribati, Nauru, Papúa Nueva Guinea, Samoa, Islas Salomón, Tonga, Tuvalu y Vanuatu. En toda la región, los problemas en torno de la seguridad y, sobre todo, de la reforma policial, son prioridades clave para gobernar, sumado esto a las preocupaciones sobre los derechos humanos. La seguridad en esta región particular tropieza con las grandes distancias geográficas entre los países, a menudo extendidos por muchas islas, con sociedades heterogéneas, crímenes violentos y crisis políticas esporádicas. La policía necesita el equipamiento suficiente para hacer frente a esta variedad de desafíos, en apoyo a la democracia y a los derechos humanos. Este trabajo busca vías para fortalecer el servicio policial democrático en los países de la *Commonwealth*, mediante el examen de la responsabilidad que le compete en particular. Esboza el marco legal y los procesos y mecanismos institucionales ya vigentes para responsabilizar a la policía. Estos mecanismos son elementos claves del servicio policial democrático. Este trabajo tiene como fin describir cuán afianzado está el servicio policial democrático en los países de la región, y resaltar estrategias que ayuden a mejorar dicho servicio. (Original en inglés, traducido por Alex Ferrara)

PALABRAS CLAVES

Responsabilidad – Derechos humanos – Servicio policial democrático



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

EL FORTALECIMIENTO DE LA POLICÍA DEMOCRÁTICA Y DE LA RESPONSABILIDAD EN LA *COMMONWEALTH* DEL PACÍFICO

Devika Prasad

Introducción

Nueve países islas integran la *Commonwealth* del Pacífico: Fiji, Kiribati, Nauru, Papúa Nueva Guinea, Samoa, Islas Salomón, Tonga, Tuvalu, y Vanuatu. En toda la región, los problemas relativos a la seguridad y, esencialmente, a la reforma de la policía son prioridades clave para poder gobernar, así como también preocupaciones respecto de los derechos humanos. La seguridad es una función básica y vital del Estado, investida del deber de garantizar un entorno de seguridad. En esta región, la seguridad enfrenta distancias geográficas muy grandes entre los países, que se extienden por muchas islas, con sociedades heterogéneas, crímenes violentos y crisis políticas esporádicas. La policía debe estar equipada para estar a la altura de esta miríada de desafíos en su defensa de la democracia y de los derechos humanos.

La única fuerza de seguridad legítima es la que ayuda a crear un entorno libre de miedo y conducente a la satisfacción de los derechos humanos del pueblo, particularmente de aquéllos que promueven una actividad política sin trabas, pilar de la democracia. Desgraciadamente, las historias posteriores a la independencia de muchos países del Pacífico han demostrado que la policía no siempre es imparcial y afirmadora de los derechos. Las agencias policiales en muchos de estos países han jugado un rol central en derrocamientos violentos de gobiernos, han fomentado conflictos internos y supresión de la democracia. Dichas experiencias han conducido a extensas iniciativas de reforma policial por toda la *Commonwealth* del Pacífico, algunas lideradas por agencias donantes

Ver las notas del texto a partir de la página 134.

internacionales y otras por gobiernos nacionales. De este modo, la región en cuestión ofrece ejemplos variados de problemas policiales, así como análisis internos sobre la reforma de la policía.

Las naciones democráticas necesitan una policía democrática. Las iniciativas de reforma policial que se dan en el Pacífico son tremendamente alentadoras, y han fijado un precedente muy importante para fortalecer una buena gobernabilidad y la democracia en toda la región. Pero el afianzamiento de una reforma policial sostenible requiere el cambio de una policía de “régimen” a una policía “democrática”. La policía de régimen, enquistada como una herramienta de gobierno colonial en muchos países de la *Commonwealth*, está caracterizada por una fuerza policial que responde en primer lugar al régimen vigente y no al pueblo, controlando en lugar de proteger a la gente; y permaneciendo directamente fuera de la comunidad. En cambio, la policía democrática se basa en un enfoque fundado en principios de responsabilidad, transparencia, participación, respeto por la diversidad, y protección a los derechos del individuo y del grupo. La policía democrática no sólo protege las instituciones democráticas y apoya un entorno donde los derechos y las actividades democráticas pueden prosperar, sino que encarna los valores democráticos en sus propios procesos y estructuras institucionales. Las iniciativas de reforma policial en curso en el Pacífico avanzan para democratizar a la fuerza desde el interior, pero quizá se necesite un mayor impulso para que la protección de los derechos humanos y democráticos sea una práctica central de la policía.

Este documento busca modos para fortalecer la policía democrática en los países de la *Commonwealth* del Pacífico, centrándose particularmente en la responsabilidad policial. Esboza el marco legal, los procesos y mecanismos institucionales ya vigentes para que la policía sea responsable de sus actos, un elemento clave dentro de una fuerza policial democrática. Con la información disponible y el análisis provisto, este trabajo describe el nivel de afianzamiento de la policía democrática en los países de la región, y resalta las estrategias que pueden ayudar a robustecer dicha policía democrática.

Problemas de seguridad

Los desafíos para consolidar una policía democrática en la región son complejos y considerables. Muchos de los países de la *Commonwealth* del Pacífico están luchando contra el delito crónico y la violencia, exacerbado por la amplia circulación ilegal de armas pequeñas. Muchos de los países de la región han tenido historias políticas turbulentas con posterioridad a su independencia. Sólo a manera de revisión superficial: Fiji experimentó tres golpes de estado desde finales de los ochenta; el gobierno de las Islas Salomón fue derrocado en el año 2000 por la policía paramilitar en acción conjunta con grupos militares;

crímenes violentos y un gobierno endémicamente malo se ciernen sobre Papúa Nueva Guinea; la estabilidad de la democracia en Vanuatu debe enfrentarse repetidamente a alianzas políticas cambiantes; la democracia aún debe echar raíces en Tonga. En toda la región, los gobiernos y el control de las instituciones son débiles, mientras que el sector de la seguridad tiende a ser poderoso y altamente militarizado, con el resultado de democracias frágiles propensas a las crisis. Es alarmante comprobar que, durante los periodos más turbulentos en las Islas Fiji y Salomón, los civiles se encontraban abandonados y lanzados a su propia defensa, mientras cualquier semblante de protección policial estaba conspicuamente ausente. En las Islas Salomón en particular, después del golpe de estado del año 2000, la policía se desintegró como organización en funcionamiento, y los funcionarios de dicha fuerza fueron empujados en distintas direcciones: o bien eran parciales, absorbidos por los grupos de militancia étnica, o estaban directamente incapacitados para actuar. El ambiente cargado significaba que los funcionarios de la policía no podían llevar adelante investigaciones en un territorio controlado por un grupo étnico rival, o simplemente no actuaban por miedo a las represalias. La organización policial de Papúa Nueva Guinea, llamada Fuerza de Seguridad Real de Papúa Nueva Guinea (Royal Papúa Nueva Guinea Constabulary-RPNGC), ha sido reiteradas veces centro de atención durante los últimos cinco años, debido a incidentes y acusaciones de brutalidad, uso excesivo de fuerza letal y coberturas que llevan a la impunidad de sus funcionarios. Es preocupante comprobar que mucha de la brutalidad policial en Papúa Nueva Guinea parece ocurrir durante el trabajo de rutina, tal como se refleja en los informes de los observadores internacionales y de las organizaciones de derechos humanos.

Iniciativas de reforma policial

Junto con los graves problemas de la policía, los países de la *Commonwealth* del Pacífico proporcionan simultáneamente lecciones de reforma policial. Existe un cierto número de proyectos de reforma policial en curso en la actualidad, internos en algunos países, así como también en un nivel regional. Muchos de los programas de reforma cuentan con el apoyo de donantes internacionales, sobre todo de los gobiernos de Australia y Nueva Zelanda, si bien también hay iniciativas específicas internas. Ya sea como programa iniciado por donantes externos o como iniciativa del gobierno nacional, la reforma policial a menudo se incluye como un aspecto de un programa de reforma más amplio de **todo un sector**, y con frecuencia está asociado a una reforma del Poder Judicial o de cuerpos claves de supervisión gubernamental, como el Defensor del pueblo o el Auditor General. La agenda para la reforma policial en la región incluye, entre otras cosas, el reemplazo de las leyes obsoletas que rigen la acción de la

policía proporcionando una base sólida para una fuerza de seguridad democrática y moderna; una reestructuración organizativa para que la policía sea menos militarista y jerárquica; una modernización de los programas de capacitación que refleje los nuevos requerimientos de habilidades y estándares de derechos humanos; y la tecnología suficiente para que los funcionarios policiales puedan aumentar su rendimiento. Como siempre, dichas iniciativas de reforma deben estar apuntaladas por la garantía de una mayor responsabilidad, tanto en el seno de las organizaciones policiales, como a través de medios externos.

Los detalles prácticos de una fuerza de seguridad democrática

Los programas de reforma en curso contribuyen a llevar elementos de una fuerza de seguridad democrática a las organizaciones policiales del Pacífico. Una fuerza de seguridad democrática es tanto un proceso –el modo como la policía lleva a cabo su trabajo– como un resultado. Los valores democráticos de la *Commonwealth* postulan un marco contundente para ello.

Una organización policial “democrática” debe:¹

- **ser responsable ante la ley, y no sólo ante una ley.** La policía, como todas las dependencias y empleados gubernamentales, debe actuar dentro de la ley del país y dentro de leyes y estándares internacionales, incluyendo las obligaciones respecto de los derechos humanos. Los funcionarios policiales que transgreden la ley deben afrontar las consecuencias, tanto internamente, a través de los sistemas disciplinarios dentro de las organizaciones policiales, como externamente, ante la justicia penal.
- **ser responsable ante las estructuras democráticas de gobierno.** La policía es una dependencia del gobierno, y debe informar al mismo de su adhesión a la política gubernamental y del uso de los recursos del gobierno. Sin embargo, se espera que la policía se mantenga políticamente neutral y aplique la ley sin parcialidad. Son responsables básicamente ante la ley del país, y no sólo ante el partido político oficialista.
- **ser transparente en sus actividades.** La responsabilidad se facilita con una mayor transparencia. En un sistema democrático, la mayor parte de la actividad policial debe estar abierta al escrutinio y al informe regular ante organismos externos. Su transparencia se aplica a la información acerca del comportamiento de los funcionarios policiales individualmente, así como acerca de la operación de la organización policial como un todo.
- **dar prioridad operacional a la protección de la seguridad y de los derechos de los individuos y de los grupos privados.** La policía debe ser responsable

ante el pueblo, no sólo ante los gobiernos, en lo que respecta a sus decisiones, a sus acciones y a su desempeño. La policía debe responder a las necesidades de los miembros individuales de la comunidad, – especialmente a las personas vulnerables– en lugar de responder sólo a órdenes emitidas por el gobierno.

- **proteger los derechos humanos, especialmente los necesarios para la actividad política sin trabas, que es característica de una democracia.** Una fuerza de seguridad democrática implica una protección que ofrezca apoyo y respeto a los derechos humanos, y que priorice la salvaguarda de la vida y de la dignidad del individuo. También requiere que la policía haga un esfuerzo especial para proteger las libertades características de una democracia: la libertad de expresión, de asociación y movimiento, libertad ante el arresto arbitrario, la detención y el exilio, e imparcialidad en la administración de la ley. La prioridad de la protección a los derechos humanos en el trabajo policial exige el ejercicio hábil de la discreción profesional de la policía.
- **adherir a niveles altos de conducta profesional, mientras se brinda un servicio de gran calidad.** La policía está integrada por profesionales, con grandes poderes, en quienes la sociedad deposita una enorme confianza. De ahí que la conducta policial deba estar regida por un fuerte código profesional de ética y de conducta, ante el cual se pueda responsabilizar a sus agentes por el modo como se comportan. Al mismo tiempo, la policía constituye una organización de servicio, y debe suministrar sus servicios a la comunidad con el nivel más alto posible de calidad, y ser responsable de los resultados que produce.
- **ser representativa de las comunidades a las que sirve.** Las organizaciones policiales, que reflejan las poblaciones a las que sirven, pueden mejorar las necesidades que éstas tengan, y ganar la confianza de los grupos vulnerables y marginales que más necesitan su protección. El reclutamiento policial debe apuntar a crear una institución policial más representativa y diversa, especialmente en los lugares donde las comunidades son heterogéneas.

Es crucial para el fortalecimiento del servicio policial democrático el principio de que la policía debe ser responsable no sólo ante el gobierno sino ante una red más amplia de dependencias y organizaciones que trabajan en nombre de los intereses del pueblo, dentro del marco de los derechos humanos. Un sistema eficaz de responsabilidad policial –conforme a los controles y a los equilibrios que modelan los sistemas democráticos de gobierno– se caracteriza por múltiples niveles de responsabilidad. Habitualmente, la responsabilidad sobre las organizaciones policiales proviene de cuatro fuentes:

Control gubernamental (o “estatal”). Las tres ramas del gobierno –legislativo, judicial y ejecutivo– proporcionan la arquitectura básica para la responsabilidad policial en una democracia. De hecho, en toda la *Commonwealth*, los jefes de policía responden directamente ante los representantes elegidos por voto del Poder Ejecutivo, por ejemplo, ante los Ministros responsables de la fuerza policial. A menudo se convoca a los jefes de la policía ante la legislatura para responder preguntas. Donde el Poder Judicial es fuerte e independiente, se pueden presentar casos contra la policía que arrojen nueva jurisprudencia y una guía de políticas respecto de problemas de responsabilidad, o un incremento de canales para la reparación.

Control externo independiente. La naturaleza compleja de la seguridad y los amplios poderes otorgados a la policía requieren la puesta en marcha de controles adicionales. En cualquier democracia, al menos un cuerpo civil e independiente de supervisión suma un tremendo valor a la extensión de la responsabilidad policial hacia aquellos círculos externos a la policía y al gobierno. Instituciones tales como las Comisiones de Derechos Humanos, el Defensor del pueblo y las dependencias de quejas públicas pueden jugar un rol valioso para controlar a la policía y limitar su abuso de poder.

Un control interno dentro de la organización policial, por medio de sistemas disciplinarios, capacitación y supervisión, sistemas adecuados para registrar el desempeño y la información sobre las infracciones son todos elementos necesarios en cualquier organización policial. El desafío en muchas jurisdicciones de la *Commonwealth* es que las políticas y los procedimientos internos no se aplican adecuadamente o, en algunos casos, directamente no se aplican.

Un control social o de “responsabilidad social”. En una democracia, tanto los medios como las personas o una gran variedad de grupos (como víctimas de delitos, organizaciones empresariales, grupos cívicos o grupos de vecinos) hacen que la policía tenga que enfrentar su responsabilidad públicamente. De este modo, el rol de hacerla responsable no recae meramente en las instituciones democráticas que representan al pueblo, sino que la gente común juega un papel activo en el sistema de responsabilidad. Existe sólo un pequeño número de instituciones que facilitan este tipo de responsabilidad en la *Commonwealth*; por el contrario, se espera que la policía y las comunidades negocien sus correspondientes acuerdos.

La responsabilidad de la policía en la región

Las dependencias policiales de los países de la *Commonwealth* en la región son fuerzas centralizadas; todas están establecidas constitucionalmente y regidas por leyes que rigen la acción policial. Todas ellas están lideradas por

un Comisionado de Policía, quien, a su vez, responde ante el Ministro designado responsable de la fuerza policial. Es importante destacar que el Comisionado de Policía es responsable de los asuntos financieros, operativos y administrativos cotidianos. Sólo en Tonga la situación es diferente: la Sección 8 de la ley sobre la acción policial de Tonga confiere “el comando, la superintendencia y la dirección” de la policía al Ministro de la Policía, “quien puede delegar en el Superintendente de la Policía el ejercicio de la responsabilidad en su nombre”.² En este caso, el Ministro es responsable ante el Gabinete. En líneas generales, las dependencias de la policía de esta región están dentro del ámbito de responsabilidad de los Ministerios de Asuntos Internos, de Seguridad Interior o, en los casos de las Islas Salomón y de Tonga, de un Ministro de Policía específico.

Marcos legales de responsabilidad

La necesidad de que la policía sea responsable está claramente reconocida por el Derecho Internacional. Numerosas declaraciones y tratados de las Naciones Unidas han definido las reglas de dicha responsabilidad, y las mismas están reflejadas en los estándares internos y regionales de la *Commonwealth*. Los países de la *Commonwealth* en el Pacífico son todos miembros de la ONU y, por lo tanto, reconocen el sistema de leyes y estándares internacionales del organismo, junto con las declaraciones y comunicados de la *Commonwealth*. Si bien el Pacífico no tiene estándares regionales que se refieran directamente a la responsabilidad policial, una organización regional llamada Foro de las Islas del Pacífico (Pacific Islands Forum), que busca elevar la cooperación entre los Estados miembros—que casi todos son también miembros de la *Commonwealth*—elaboró declaraciones en el Foro para fortalecer el gobierno y la seguridad regionales, con implicancias para la seguridad.

Si bien los instrumentos internacionales ofrecen un marco importante para una fuerza de seguridad democrática, en la práctica cotidiana las constituciones nacionales, las leyes que rigen la acción policial y demás leyes relevantes son los instrumentos más inmediatamente pertinentes a la conducta de los funcionarios individuales y a las organizaciones policiales en su integridad. Por toda la *Commonwealth*, las Constituciones son la ley suprema de la tierra, estableciendo la estructura de los Estados y reflejando las aspiraciones nacionales. Merece destacarse que, en toda la región, la policía, a través del Comisionado de Policía, tiene autonomía operativa otorgada por la Constitución (siendo Tonga la excepción). Las leyes referentes a las fuerzas policiales y las normas de apoyo (como las normas y reglamentos policiales) fijan los objetivos de la seguridad, crean la estructura y la jerarquía de la organización policial, y definen las funciones y los poderes de la policía. Así,

es de vital importancia que la legislación nacional establezca una base sólida y fuerte de responsabilidad para afianzar el servicio policial la seguridad democrático interno.

Estándares internacionales de la *Commonwealth* y de la región del Pacífico

Diversas convenciones y estándares de la ONU ofrecen principios claros para moderar el comportamiento de los funcionarios policiales, imponiendo obligaciones legales específicas sobre funcionarios que hacen cumplir la ley, proporcionando canales de responsabilidad y de resarcimiento, y guiando el ejercicio de poderes policiales difíciles, tales como el uso de la fuerza. Desgraciadamente, los gobiernos de la *Commonwealth* del Pacífico no exhiben un buen registro de firmas de tratados sobre los derechos humanos, lo cual significa, en líneas generales, que no han adoptado los estándares internacionales en su práctica interna.³ La *Commonwealth*, tal como se expresa en los documentos firmados desde la Declaración de Harare en 1991 (el documento más importante de la *Commonwealth*, cuyo cumplimiento es determinante para ser miembro de la misma) se compromete al desarrollo de las instituciones democráticas que respeten el gobierno de la ley y los principios del buen gobierno. La fuerza de seguridad democrática es una de dichas instituciones. Otras declaraciones regionales existentes, nacidas del Foro de las Islas del Pacífico, no tratan la responsabilidad ni los estándares de los derechos humanos, sino que se centran principalmente en la facilitación del cumplimiento cooperativo y transnacional de la ley.

Marco constitucional en torno a la policía

La mayoría de las Constituciones de la región sufrieron numerosas reformas, debido a las tensiones o crisis políticas, o a la incorporación de nuevos Estados a las federaciones en crecimiento. Por ejemplo, la Constitución de Fiji tuvo una importante reforma en 1997, y la de las Islas Salomón se está revisando en profundidad actualmente.

Cabe destacar que las Constituciones establecen marcos de responsabilidad –constituidos tanto por los procesos como por las estructuras– que se aplican directamente a la policía. Además de fijar mecanismos específicos de responsabilidad, los artículos constitucionales también guían procesos importantes tales como la designación del jefe de policía, precisan la responsabilidad para ciertas acciones disciplinarias, y determinan las garantías legales y de derechos que la policía debe respetar.

Es de capital importancia que los derechos humanos se protejan

constitucionalmente, y que las instituciones independientes de control, como las comisiones de derechos humanos y las oficinas del defensor del pueblo tengan una base constitucional, ya que las Constituciones son más difíciles de reformar que la legislación normal.

Derechos y libertades fundamentales

Las Constituciones de esta región afianzan los derechos y libertades fundamentales, y requieren que éstos estén protegidos por todas las dependencias del Estado. Con respecto al ejercicio de los poderes de la policía, en Fiji, Papúa Nueva Guinea, Vanuatu, Kiribati, y Tuvalu, la Constitución incluye el derecho a la vida, a la libertad personal, a la protección contra el trato inhumano; así como también la protección de la ley y de los derechos fundamentales, entre otros. Es importante mencionar que, con el objetivo de lograr un sistema penal de justicia sin inconvenientes, el derecho a asegurar la protección de la ley fija los principios para juicios justos aceptados internacionalmente, como la presunción de inocencia hasta que se pruebe la culpabilidad, el derecho a una defensa adecuada, y procedimientos imparciales y equitativos. Las Constituciones de Fiji, Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón y Kiribati contienen una sección específica sobre los derechos de las personas arrestadas o procesadas, que incluye directivas necesarias para los funcionarios que hacen cumplir la ley, tales como informar a las personas de las razones de su arresto, que éstas sean rápidamente puestas en libertad si no se presentan cargos en su contra, que tengan acceso a un abogado de su elección, y que sean tratadas con dignidad y respeto. Casi todas las Constituciones también prohíben la búsqueda y la aprehensión arbitrarias.^{4*} Este tipo de salvaguarda constitucional avanza un paso más para lograr que la policía practique su función de forma democrática.

Leyes que regulan la acción policial

Muchas de las leyes que regulan la acción policial de la región están en proceso de revisión como parte de los programas de reforma del sector Ley y Justicia, conducidos por las agencias donantes internacionales. Ello es absolutamente necesario, ya que las leyes actuales conservan elementos coloniales y profundamente militaristas. El concepto de un servicio policial democrático implica un enfoque basado en normas y valores derivados de los principios democráticos, y una Ley l modelada a la luz de dichas normas democráticas y de dichos estándares de derechos humanos puede establecer una base firme para un servicio policial democrático. Tomando ejemplos de la legislación policial más progresista de la *Commonwealth*, los elementos clave de un marco

legal fuerte para un servicio policial democrático y para una responsabilidad efectiva incluyen:

- un mandato de derechos humanos en la definición de los deberes y funciones de la policía;
- sistemas disciplinarios internos que sean justos, adecuados y fuertes;
- cooperación entre los mecanismos internos y externos sobre la responsabilidad policial;
- al menos una dependencia independiente, preferentemente conducida por civiles, para investigar las quejas públicas contra la policía;
- supervisión multipartidaria de la policía por parte de representantes elegidos en los parlamentos, las legislaturas o los consejos locales;
- interacción obligatoria entre la policía y la gente.

En general, las leyes referentes a la policía en el Pacífico no hacen referencia a la protección de los derechos humanos ni a las libertades civiles, sino que se centran en las funciones de tipo colonial de la policía como “el mantenimiento de la ley y el orden”. Tal como se dijo anteriormente, los derechos y las libertades fundamentales básicos están contemplados en las Constituciones de la región, pero ello es solamente un paso para la protección de los derechos humanos. Es igualmente importante que las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el ejercicio del deber se contemplen como infracciones en la ley referente a la acción policial. Las leyes actuales son todas anteriores a la creación de organismos externos de supervisión conducidos por civiles, lo cual significa que la ley que rige a la policía depende casi exclusivamente de los sistemas disciplinarios internos a ésta para investigar su propio mal comportamiento.

Funcionamiento de regímenes disciplinarios según lo establecen las normas legales que rigen la actuación de la policía: problemas y desafíos

Los procesos internos de responsabilidad representan la primera línea de defensa contra la mala conducta policial y también el grado de compromiso de una fuerza policial para mantener dicha responsabilidad y ejercer una supervisión efectiva. Las infracciones disciplinarias de los funcionarios policiales aparecen en las leyes sobre la acción policial y en las normas de apoyo, como las normas de la policía, las reglas policiales o los reglamentos para las comisiones de servicios de la policía; de hecho, las normas de apoyo a menudo tienen una lista más extensa que la ley sobre la acción de la policía. En casi todas las organizaciones policiales de estos países, los procesos disciplinarios siguen un patrón similar; la disciplina para los agentes de menor rango es impuesta por los funcionarios de rango más alto y el

Comisionado de Policía, y los funcionarios más destacados son evaluados por las Comisiones de Servicios (organismos gubernamentales autónomos conducidos por representantes del poder ejecutivo, que ejercen un control disciplinario sobre los funcionarios policiales, y tienen influencia en la designación del Comisionado de Policía). Papúa Nueva Guinea es una excepción, ya que el régimen disciplinario parece ser uniforme, sin tener en cuenta el rango; y en Tonga, el Ministro de Policía ejerce total control disciplinario sobre el cuerpo policial. La disciplina se lleva a cabo mayormente mediante la investigación y el castigo que unos policías hacen sobre otros, y la supervisión civil está marginada debido a la sobrecarga que sufren los organismos externos de control. Todas las fuerzas policiales tienen procedimientos y procesos vigentes para realizar investigaciones internas y procedimientos disciplinarios, con una acción disciplinaria que va desde advertencias orales, multas, degradaciones y suspensiones hasta la expulsión. Una ley vigente en la mayoría de las jurisdicciones es que un agente de igual o mayor grado al agente cuestionado debe realizar la investigación, y también que el agente cuestionado tiene derecho a una audiencia. Además de la acción disciplinaria, también puede iniciarse un juicio penal, según la naturaleza y gravedad de la infracción cometida.

Un problema importante que se repite en todas las leyes referentes a la policía es que no siempre se articulan las distinciones entre infracciones “menores” y “mayores”, dejando la diferencia a discreción de los funcionarios mismos. Por ejemplo, en Vanuatu, la ley que rige la acción policial establece castigos –una multa, confinamiento en barracas durante catorce días, reprimenda–⁵ que los funcionarios de mayor rango pueden imponer a sus subordinados al evaluar infracciones disciplinarias, sin determinar qué castigo corresponde a cada infracción. El Comisionado de Policía puede revisar la decisión, y tiene el poder de imponer castigos más severos (aunque se le da siempre al agente implicado la oportunidad de ser escuchado), incluida la expulsión de la Fuerza, la reducción de su rango, la pérdida de la antigüedad, o una multa que no supere la paga de quince días.⁶ Este patrón básico se aplica en Fiji, Kiribati, y las Islas Salomón, si bien los agentes pueden apelar la decisión final externamente, en general ante la Comisión de Servicios. En Papúa Nueva Guinea, a pesar de que las penalidades para infracciones menores y serias están definidos en la ley que rige la acción policial, el Comisionado y los “funcionarios disciplinarios” designados tienen autoridad para decidir qué constituye una infracción menor o una grave en el caso de los agentes de menor rango, sobre la base de caso por caso.⁷ La considerable discreción otorgada a los funcionarios de más rango para disciplinar a los de menor rango, sin una base legislativa clara y justa que delimite la severidad de las diferentes infracciones, puede dar lugar al abuso. Es importante establecer las definiciones y categorías de la falta

de conducta, y las sanciones disciplinarias correspondientes en cuanto a ley y política, así como la implementación de los canales para la apelación.

Además, en áreas particulares, la reglamentación disciplinaria es más dura para los agentes de menor rango. Casi todas las leyes sobre la policía contienen una sección que hace a “todo agente que no sea un funcionario de alto rango” pasible de castigo, si ha cometido una infracción contemplada por tales leyes. El agente implicado puede ser arrestado sin una orden de arresto por cualquier agente de rango superior al suyo, y presentado ante uno de rango más alto. En Fiji, el Comisionado de Policía tiene el poder de imponer castigos a cualquier agente del cuerpo de inspectores⁸ y a cualquier agente subordinado—⁹ incluso con la expulsión— después de la debida investigación por parte de los funcionarios de alto rango designados, y sujeto al acuerdo de la Comisión de Servicios Disciplinarios. En cambio, la Sección 21 de las Reglas de la Comisión de Servicios Policiales permite a los funcionarios de alto rango cierta libertad de acción para escapar de los procedimientos formales respecto de faltas disciplinarias menores. Si la Comisión decide que los procedimientos disciplinarios no son necesarios, el agente simplemente recibirá una carta de advertencia. Se adjuntará una copia de dicha carta al informe confidencial anual, que tiene cierto peso en las decisiones internas referidas a las promociones. En Papúa Nueva Guinea, la Sección 27 de la Ley que rige la acción policial deniega a los agentes de menor rango el derecho a apelar cualquier decisión de culpabilidad o penalidad que le hayan impuesto por faltas graves.

Existen también mayores problemas contextuales con dichos regímenes disciplinarios. Por ejemplo, las leyes sobre la policía de Fiji, Islas Salomón, Vanuatu, Kiribati y Tonga enumeran la desertión y el motín como infracciones disciplinarias mayores para los funcionarios policiales. Dicha sección se redacta de manera semejante en todas las leyes que rigen el accionar policial. Las infracciones de tipo militar como el motín y la desertión no tienen cabida en un servicio policial moderno, responsable y democrático. Estas infracciones son restos que quedan de una fuerza de seguridad con el estilo de régimen empleado por los gobiernos coloniales, e indican tanto una perturbadora tendencia hacia la parcialidad como un nivel inadecuado de militarización de la policía. En una tónica similar, las leyes que rigen la acción policial de Fiji, Vanuatu, Kiribati e Islas Salomón¹⁰ contienen todos ellos un artículo que permite al Jefe de Estado declarar unilateralmente —cuando considere que existe una amenaza grave a la defensa o a la seguridad interna del país— el uso de la policía como una fuerza militar o de seguridad interna y, al hacerlo, ésta acatará órdenes militares. El peligro aquí está en que la decisión de invocar un estado de emergencia se deja a merced del ejecutivo, sin intervención del Parlamento ni de otra dependencia gubernamental. Además, tomando en cuenta las grandes diferencias de roles entre los militares y la policía, al someter a la policía a las

reglas y leyes militares (aunque sea por un periodo corto de tiempo) se puede “militarizar” inadvertidamente a agentes individuales, y quizá instilarles una mayor proclividad para que recurran a la fuerza bruta. Es inevitable que haya también complicaciones respecto de la escala de responsabilidad y de supervisión cuando la policía cae dentro del ámbito militar.

Procesos y mecanismos de responsabilidad

El éxito de las iniciativas de reforma policial depende de la institucionalización de la responsabilidad con métodos efectivos. La responsabilidad de la policía no está ausente en la *Commonwealth* del Pacífico, y hay procesos y mecanismos vigentes que funcionan para que la policía sea responsable en los distintos países de la región. La IDHC sostiene que la base de una responsabilidad contundente está en los procesos internos cuidadosos, sumados al control necesario de otras oficinas del gobierno, y al menos de un organismo civil independiente de supervisión. La sección siguiente, al examinar una selección de procesos y mecanismos clave de responsabilidad, presenta una evaluación del alcance que tiene este modelo de responsabilidad contundente en la *Commonwealth* del Pacífico.

Responsabilidad policial frente el Ejecutivo

En toda la *Commonwealth* del Pacífico, los representantes clave del poder ejecutivo juegan roles importantes y específicos en el gobierno y en la supervisión de la policía. Cabe destacar que el cargo más alto de la jerarquía policial –el Comisionado de Policía– es designado por el Jefe de Estado. Como se menciona anteriormente, la policía en todos estos países responde directamente al Ministro especialmente designado, que es parte del ala ejecutiva del gobierno y puede verse como el vocero político, o la cabeza, de la policía. Además, la estructura de los países del Pacífico incluye Comisiones de Servicio. Por medio de dichos procesos y mecanismos, el liderazgo policial comparte una relación estrecha con el poder ejecutivo. Para examinar aspectos selectos de la relación policía-poder ejecutivo, es importante determinar hasta qué punto se practica verdaderamente el control democrático.

Designación del Comisionado de Policía

El poder para designar y para dimitir a la cabeza de la policía es un instrumento clave de responsabilidad y debe complementarse con procedimientos justos y transparentes y con una supervisión por medio de instrumentos de responsabilidad eficaces, para evitar que se desarrollen relaciones de patronazgo

inapropiadas. Desde esta perspectiva, es importante que al Jefe de Estado no se le conceda **poder único** para designar al Comisionado. En todo el Pacífico, una tendencia en el procedimiento de nombramiento es que el Jefe de Estado decide consultando a la Comisión de Servicios o con su recomendación, pero de ninguna manera es éste el único procedimiento empleado para designar al Comisionado. En las Islas Salomón y en Vanuatu, el Jefe de Estado designa al jefe de policía después de consultar a la Comisión de Servicios Policiales. En Kiribati, el Presidente, siguiendo el consejo del Gabinete y después de consultar a la Comisión de Servicios Públicos, designa al Comisionado de Policía. En Tuvalu, el Jefe de Policía es nombrado por el Jefe de Estado con el consejo del Gabinete, dado después de una consulta a la Comisión de Servicios Públicos. Existen también otras fuentes de nombramiento. En Fiji, la Comisión Constitucional de Cargos Públicos (Constitutional Offices Commission) designa al Jefe de Policía tras consultar al Ministro a cargo de la Policía. En Tonga, el Ministro de Policía, con la aprobación del Gabinete, recluta y designa a cada funcionario policial, incluyendo al Superintendente de Policía. Y en Papúa Nueva Guinea, el Comisionado de Policía es designado por el Consejo Ejecutivo Nacional (CEN), que es un cuerpo establecido constitucionalmente y que representa al ejecutivo. A diferencia de las Comisiones de Servicios, el CEN no es una entidad independiente con un mandato específico relacionado con la policía.

Es positivo notar que la base legal del procedimiento de designación en muchos de los países del Pacífico, no le otorga al Jefe de Estado solo la discreción para elegir al jefe de policía, requiriéndose la consulta de otras entidades. Tonga y Papúa Nueva Guinea son las excepciones del caso, donde la designación se hace por una única fuente. En Tonga, es un precedente peligroso que el Ministro tenga el poder de elegir básicamente por su cuenta, no sólo al Superintendente de Policía, sino a todo el plantel policial. Ello da lugar a que la seguridad laboral de los agentes policiales dependa del patrocinio del Ministro. Surgen serios incumplimientos a la ley y a la responsabilidad precisamente de este tipo de relaciones inapropiadas de patrocinio. Respecto de la práctica en Papúa Nueva Guinea, *Transparency International* (una organización internacional de anticorrupción) sostiene que, como el nombramiento proviene del Consejo Ejecutivo Nacional, ello implica que el Comisionado es un funcionario político.¹¹ Entre 1997 y 2002, la policía de Papúa Nueva Guinea tuvo cinco comisionados de policía diferentes. La División 4 de la Constitución, que contiene artículos especiales relativos a la fuerza policial, determina específicamente que la fuerza policial está sujeta al control del Consejo Ejecutivo Nacional a través de un Ministro, diluyendo aún más la independencia del liderazgo policial.

Incluso en los otros países, donde al menos la decisión es en colaboración,

y la policía tiene autonomía operativa ante la ley, la designación del Comisionado todavía es realizada sólo por los organismos gubernamentales que representan solamente al poder ejecutivo, con la ausencia absoluta de la opinión civil y pública. En otras jurisdicciones de la *Commonwealth*, la designación del Comisionado involucra mucha mayor colaboración, y requiere la participación de organismos civiles de control. En el Estado australiano de Queensland, por ejemplo, el Comisionado del Servicio de Policía es designado por el Gobernador, “bajo la recomendación acordada por el director de la Comisión del Delito”,¹² que es una dependencia de supervisión policial independiente. También debe contarse con el acuerdo del Ministro de Policía del Estado. Si bien no hay fórmulas universales, el poder para designar al Comisionado debe, como mínimo, estar delimitado por procedimientos claros y justos, y donde sea posible, contar con la colaboración de instituciones independientes, como las Comisiones de Servicios o los organismos civiles de control. El cargo más alto de la policía también debe estar protegido por una permanencia segura.

Comisiones de Servicios

Las Comisiones de Servicios, predominantes en la *Commonwealth* de pequeños Estados del Caribe y del Pacífico, son organismos gubernamentales autónomos que supervisan asuntos disciplinarios y de administración en el sector público, y en algunos casos, las dependencias policiales específicamente. La experiencia en muchos países de la *Commonwealth* muestra que surgen muchas instancias de interferencia política ilegítima en el servicio policial cuando los políticos manipulan los poderes disciplinarios o administrativos con fines políticos. Las Comisiones de Servicios se crearon precisamente para limitar la interferencia política indebida en la selección, promoción, transferencia y remoción de funcionarios policiales, y para actuar, por ende, como mecanismos de responsabilidad. En algunos casos, también sirven como mecanismos de apelación para los funcionarios policiales que buscan un resarcimiento por disputas laborales o disciplinarias internas.

Las Comisiones de Servicios fueron concebidas como organismos gubernamentales con una voz independiente. Su rol incluye la designación, la dimisión y en general la disciplina de los funcionarios policiales de alto rango. En este sentido, su autoridad para nombramientos y su composición –como medidas de independencia– se tornan importantes para estimar hasta qué punto pueden llegar a funcionar como organismos de amortiguación. Dondequiera que los miembros de las Comisiones de Servicios existan en el Pacífico, son designados por el Jefe de Estado, y son, sobre todo, empleados públicos. En la mayoría de los casos, hay espacio para los que aparentan ser miembros independientes, si bien no hay ningún criterio para seleccionar la mejor gente

para ocupar dichos cargos. Sin un criterio objetivo hay mayores posibilidades de que las preferencias personales tengan demasiado peso. En Fiji, por ejemplo, la Comisión de Servicios Disciplinarios está integrada por un director y por otros dos miembros designados por el Presidente. En Tuvalu, la Comisión de Servicios Públicos está formada por un director y tres miembros más. En ambos casos, la ley no dice nada respecto de las cualidades y de la experiencia deseadas para “los otros miembros”. También es cierto que en todos los países del Pacífico, existe una cláusula constitucional para mantener la independencia de las Comisiones de Servicios, en la que se establece que ninguna persona que sea Miembro del Parlamento, tenga un cargo público u ocupe un cargo considerado de “naturaleza política” puede integrar ninguna de las Comisiones de Servicios. Ésta es una cláusula importante, que fortalece el objetivo de que las Comisiones de Servicios no estén sujetas a ningún otro control o autoridad.

Comparado con modelos más nuevos de Comisiones de Servicios en países de la *Commonwealth* como Nigeria y Ceilán, sin embargo, el modelo del Pacífico deja que desear. Tanto en Nigeria como en Ceilán, las Comisiones de Servicios de la Policía incluyen una representación de ciudadanos y tienen poderes más amplios para definir su política. Cabe destacar que ambas Comisiones aceptan las quejas públicas contra la policía y tienen el poder para llevar a cabo las investigaciones correspondientes. Éste es un hito clave dentro de un sistema de servicio policial democrático fortalecido. Ninguno de los mandatos de las Comisiones de Servicios del Pacífico les permite la aceptación de quejas del público; por lo tanto, la mala conducta policial que afecta a la ciudadanía (acciones más serias como la brutalidad, la corrupción y otras violaciones a los derechos humanos) no está “disciplinada” por las Comisiones.

Mecanismos internos de responsabilidad

Además de tratar específicamente la disciplina y la mala conducta de la policía a través de una jerarquía de obediencia, algunas de las organizaciones policiales del Pacífico cuentan también con unidades disciplinarias internas. Ellas ofrecen un foro que recibe quejas del público contra los agentes policiales; y facilitan también –lo cual es importante– que los miembros de la policía presenten quejas e investiguen a sus colegas. Conocidas como oficinas de responsabilidad profesional, de asuntos internos, o departamentos de estándares éticos, estas unidades generalmente reciben quejas del público o de otros agentes de la policía y llevan adelante investigaciones para decidir qué acción disciplinaria se aplica a cada caso particular, si es que se aplica alguna.¹³ Algunas pueden examinar sólo ciertas categorías específicas de mala conducta, como la corrupción o la brutalidad.

Es difícil hacer comentarios conclusivos respecto de los puntos fuertes y

de las flaquezas de las unidades internas de disciplina, debido a la falta de información. La experiencia de las Islas Salomón revela que los conflictos más grandes pueden poner en juego la responsabilidad interna de manera drástica. En otros casos, sucede que directamente no se aplican los procesos disciplinarios ni los procedimientos. En Papúa Nueva Guinea, un Comité de Revisión tuvo la tarea de evaluar a la policía y halló que el Manual de Disciplina de la Policía, así como las cláusulas disciplinarias de la Ley sobre la policía, directamente no se cumplían, lo cual significa que los procesos disciplinarios vigentes no se usan; el Comité procedió entonces a recomendar que el Comisionado lanzara una directiva para informar a todo el personal de la Fuerza que cumpliera con el Código Disciplinario de inmediato.¹⁴ Dicha negligencia lleva a la ineficacia absoluta del sistema disciplinario y a la grave ausencia de confianza pública; el 85% de las quejas contra la policía no se resuelven.¹⁵ En el Pacífico, las limitaciones dentro de los sistemas internos de disciplina son el resultado de la presión política ejercida para proteger a ciertos individuos. Los problemas también pueden surgir de una seria falta de capacidad dentro de la policía misma, incluyendo la escasez de buenos investigadores que recaben pruebas. Por ejemplo, el Comité Administrativo de Revisión en Papúa Nueva Guinea recomendó que se redoblaran los recursos y la capacitación disponible para el personal del departamento de Asuntos Internos, reclutando, en particular, a personas con experiencia para realizar investigaciones. Al observar jurisdicciones similares dentro de la *Commonwealth*, en el Pacífico, puede decirse que la mayoría de los problemas comunes surgen a partir del modo como se maneja la disciplina dentro de la policía. Tres factores relacionados entre sí son los que juegan la parte más importante en esto: la falta de compromiso con los sistemas disciplinarios entre los funcionarios de alto rango, la opacidad en el modo como funcionan dichos sistemas, y el choque entre los sistemas disciplinarios y la “cultura” predominante en las organizaciones policiales, que a menudo tiene una actitud negativa con respecto a las cuestiones de disciplina.

Control externo: comisiones de derechos humanos y defensorías del pueblo

Los mecanismos de administración interna –si están bien implementados– pueden ser un instrumento poderoso para controlar a las organizaciones policiales. Pero no son suficientes por sí mismos. Ningún sistema interno de disciplina puede evitar incidentes de mal comportamiento policial por completo, y hasta los sistemas mejor administrados carecerán de la confianza total del público. Reconociendo tal realidad, muchos países de la *Commonwealth* han buscado equilibrar los mecanismos internos de responsabilidad con algún otro

sistema externo de supervisión no policial (civil). Al tener un sistema que complementa y refuerza al otro, se crea una red de responsabilidad en la que se hace cada vez más difícil que se produzcan faltas policiales sin consecuencias. Los sistemas externos de responsabilidad también crean canales para que las quejas de la gente puedan seguir su curso independientemente de la policía, ayudando a terminar con la impunidad de los elementos corruptos y abusivos dentro de las organizaciones policiales de la *Commonwealth*.

En el Pacífico, no hay dependencias establecidas que se dediquen únicamente a la investigación y a la supervisión de las quejas contra la policía. Los organismos de control existentes –comisiones de derechos humanos y oficinas de defensoría del pueblo– investigan casos de mal desempeño policial como una parte del mandato más amplio de descubrir abusos a los derechos humanos, corrupción y mala administración en las dependencias gubernamentales. En Fiji, hay una Comisión de Derechos Humanos y una Defensoría del Pueblo, mientras que Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón y Vanuatu tienen todos Defensoría del Pueblo. Todos estos organismos están establecidos constitucionalmente, y algunos además tienen su propia legislación. La Comisión de Derechos Humanos de Fiji es la única comisión de derechos humanos en los países de la *Commonwealth* del Pacífico. El proyecto de la Constitución de las Islas Salomón prevé la creación de una Comisión de Derechos Humanos, si bien la reforma constitucional aún está en curso.

La Sección 42 de la Constitución de Fiji establece una comisión de derechos humanos, y la Ley para la Comisión de Derechos Humanos fue sancionada en 1999. Tal Comisión surgió como una pieza líder entre las sociedades civiles del Pacífico, demostrando ser independiente y activa. En parte, ello se debe al hecho de que la base legal otorgada a la Comisión se rige por los requerimientos mínimos contemplados por los Principios de París –¹⁶ una serie de estándares internacionalmente fijados para guiar a los Estados en la formación de instituciones de derechos humanos fuertes y eficaces– que proporciona los requisitos básicos para una Institución Nacional de Derechos Humanos con verdadero poder, principios que se aplican asimismo a cualquier organismo de supervisión. La eficacia con la cual funcionan la Defensoría del Pueblo y las Comisiones de Derechos Humanos depende de una arquitectura legal nacional autónoma y bien establecida.¹⁷

La Comisión de Derechos Humanos de Fiji de 1999 está diseñada para asegurar su independencia y efectividad al describir un mandato amplio, flexible y al otorgarle poderes extensivos y contando con fondos adecuados. Bajo este marco legal, esta Comisión cumple la función de proteger y promover los derechos humanos de todas las personas en las Islas Fiji, de acuerdo con los Principios de París. Como se mencionó anteriormente, la gama completa de los derechos humanos que pueden disfrutar todos los ciudadanos de Fiji están

fijados en la Declaración Constitucional de Derechos. La Declaración de Derechos es progresista, cubre un amplio espectro de derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales, y también estipula todo derecho y libertad coherente, conferidos por el derecho común y consuetudinario; y aún si no están descritos en la Declaración de Derechos, también deben estar protegidos. Así, la Comisión está obligada a proteger y promover un espectro amplio de derechos humanos. La Ley de 1999 asigna poderes reactivos y proactivos a la Comisión, que una vez más es un precedente legal muy positivo para establecer un control de vigilancia. La Sección 7 de la Ley exige que la Comisión promueva los derechos humanos de varias maneras importantes, como hacer declaraciones públicas acerca de las obligaciones del Estado respecto de los derechos humanos, educar a los funcionarios públicos en sus responsabilidades respecto de los mismos para promover un mejor cumplimiento de acuerdo con los estándares internacionales, alentar la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos y aconsejar al Gobierno sobre su informe de obligaciones, hacer recomendaciones sobre las implicancias de cualquier legislación o política sobre derechos humanos que sea propuesta, y publicar lineamientos para evitar acciones o prácticas que puedan ser contrarias a tales derechos. Más directamente, en cuanto a la supervisión de la policía y de otras dependencias de gobierno, en la misma sección, la Comisión tiene los siguientes poderes proactivos:

- invitar y recibir representaciones de miembros de la sociedad sobre cualquier asunto que afecte los derechos humanos;
- averiguar en general sobre cualquier asunto, incluyendo cualquier ley o promulgación, cualquier procedimiento o práctica, sea gubernamental o no gubernamental, si la Comisión considera que se infringen o pueden infringirse derechos humanos por su intermedio;
- investigar las acusaciones de contravenciones a los derechos humanos y acusaciones de discriminación injusta, por cuenta propia o a partir de una queja, ya sea individual, de un grupo o de una institución, en su nombre o en nombre de terceros;
- resolver quejas por medio de la conciliación y derivar las quejas no resueltas a los tribunales para su decisión;
- cada tanto, la Comisión puede publicar informes de interés para el público o de una persona o departamento en particular, del modo como mejor lo considere, relativos en general al ejercicio de sus funciones o a cualquier caso o casos particulares investigados bajo la Ley mencionada.

Se le otorga a la Comisión capacidades investigativas plenas; se le permite hacer interrogatorios si lo considera necesario, y puede convocar a cualquier persona o exigir cualquier tipo de información que requiera en el curso de

una investigación. Para los fines de una investigación, el Comisionado y la Comisión tienen los mismos poderes que un juez de la Suprema Corte respecto de la presentación de documentos, y de la asistencia y examen de testigos.

Es importante destacar que la Ley también prevé la garantía de independencia del plantel que integra la Comisión. La autoridad designadora es informada por distintas voces: los miembros de la Comisión son nombrados por el Presidente, con el consejo del Primer Ministro, y después de una consulta con el Líder de la Oposición, y con el comité permanente de la Cámara de Representantes en lo que atañe a asuntos relativos a los derechos humanos. La Sección 8 de la Ley declara específicamente que al aconsejar al Presidente, el Primer Ministro debe considerar no sólo los atributos personales de los postulantes, sino también “su conocimiento o experiencia de los distintos aspectos de los temas pasibles de ser tratados ante la Comisión”. Más aún, un ciudadano no puede ser miembro de la Comisión si lo es ya del Parlamento, o de alguna autoridad local, o si tiene algún cargo en un partido político. Todos los miembros de la Comisión tienen prohibición legal y expresa de participar activamente en política o en negocios lucrativos.

Desde 1999, la Comisión de Derechos Humanos de Fiji ha recibido unas setecientas solicitudes de ayuda, en general quejas sobre abuso de la policía y de agentes penitenciarios.¹⁸ La Comisión ha realizado muchas sesiones de capacitación con la policía para generar una conciencia sobre los derechos humanos dentro de la fuerza. Recientemente, la Comisión publicó un manual para las fuerzas de seguridad de Fiji (incluida la policía) titulado “Seguridad Nacional y Derechos Humanos”,¹⁹ en el que se dan los lineamientos sobre las obligaciones legales y los acuerdos de responsabilidad relativos al comportamiento en las dependencias de seguridad del país.

El mandato general de la Defensoría del Pueblo en toda la región es investigar las quejas sobre la mala administración en las dependencias gubernamentales, y en todas partes, dichas dependencias gozan de poder suficiente ante la ley. La Defensoría del Pueblo existente hace siempre lo que puede para estar a la altura de su rol como cuerpo supervisor y guardián de la responsabilidad del gobierno, pero debe hacer frente a una aguda escasez de recursos, de fondos, de conocimiento técnico y, en ocasiones, de obstrucción por parte del gobierno. Papúa Nueva Guinea, Fiji, Vanuatu y e Islas Salomón poseen todos una Defensoría del Pueblo. En países como Papúa Nueva Guinea y Vanuatu, la Defensoría del Pueblo es el único cuerpo de control independiente y, por lo tanto, es un canal importante para que la ciudadanía busque reparación y responsabilidad.

En Papúa Nueva Guinea, la Comisión de la Defensoría del Pueblo incluye tanto la oficina del defensor del pueblo como la que implementa el Código de Liderazgo.²⁰ El reciente cambio de la Defensoría del Pueblo de

Papúa Nueva Guinea para crear una Unidad de Derechos Humanos apunta a la tendencia de defensorías del pueblo que amplían su mandato tradicional de lucha contra la corrupción y la mala administración, para incluir quejas de violaciones a los derechos humanos. En forma expresa, el Defensor del Pueblo en Papúa Nueva Guinea, Vanuatu e Islas Salomón tiene el poder para iniciar investigaciones por su cuenta, y tiene jurisdicción sobre una amplia gama de organismos, así como poderes considerables de investigación. En Vanuatu, el Defensor del Pueblo puede investigar a todos los empleados y autoridades públicas, y a todos los departamentos ministeriales, con la excepción del Presidente de la República, la Comisión de Servicios Judiciales, la Suprema Corte y otros cuerpos judiciales. Las cláusulas constitucionales permiten que los interrogatorios se inicien a discreción del Defensor del Pueblo, cuando éste recibe una queja de la ciudadanía, o a pedido de un ministro, de un Miembro del Parlamento, del Consejo Nacional de Jefes, o de algún consejo gubernamental local. El Defensor del Pueblo tiene plena autoridad para solicitarle a cualquier Ministro, empleado público, administrador o autoridad pertinente cualquier información o documentación relacionada con la investigación. El Defensor del Pueblo en las Islas Salomón tiene el poder de convocatoria concedido a un magistrado. En Papúa Nueva Guinea, la Defensoría puede considerar deficiencias en la ley y desafiar las decisiones oficiales.

En ciertos aspectos, la ley también limita el alcance de los poderes del Defensor del Pueblo. Por ejemplo, la Comisión de Defensoría del Pueblo de Papúa Nueva Guinea no puede cuestionar la “justificabilidad” de las decisiones del Consejo Ejecutivo Nacional (CEN),²¹ las políticas ministeriales ni las decisiones de la Corte.²² El CEN es el organismo que designa al Comisionado de Policía, y el único control externo sobre el gobierno no puede desafiar esta decisión. En todos estos países, el Defensor del Pueblo no tiene poder para hacer cumplir sus recomendaciones, si bien en Vanuatu la Defensoría puede presentar informes especiales al Parlamento, respecto de acciones tomadas ante sus hallazgos. La función de vigilancia del Defensor del Pueblo también se ve afectada por una falta grave de recursos, tanto de fondos y de infraestructura como del conocimiento técnico necesario, particularmente para el Defensor del Pueblo y la Comisión de Código de Liderazgo en las Islas Salomón, y la Defensoría del Pueblo en Fiji y Samoa.²³ La falta de capacitación investigativa y legal, o de personal esencial, significa que la mayoría de las defensorías no pueden hacer frente a la cantidad de casos. Una autonomía operativa limitada también cumple un papel en la paralización de la supervisión independiente. La Defensoría del Pueblo de las Islas Salomón fue gravemente inhabilitada al funcionar dentro de la Oficina del Primer Ministro. Después de repetidos e ignorados

pedidos a la Oficina del Primer Ministro para conseguir un espacio separado de trabajo, el Defensor del Pueblo de las Islas Salomón finalmente cerró su oficina en 2003 por el volumen acumulado. En esa época, se acumularon muchos casos atrasados desde 1999. En 2004, Transparency International comentó: “Actualmente, las Comisiones de Código de Liderazgo y de Servicios Públicos funcionan administrativamente dentro de la Oficina del Primer Ministro. Este hecho los expone extremadamente a las presiones políticas, ya sea de manera directa e inmediata o más gradual, como la presión de recursos que se les ha aplicado a todos durante años”.²⁴

Siendo una oficina ferozmente individualista, en estos países la eficacia del Defensor del Pueblo a menudo depende de la “personalidad”. La primera Defensora del Pueblo de Vanuatu, Marie Noelle Ferrieux-Patterson, gozó de una tremenda confianza popular debido a su feroz campaña contra la corrupción, a pesar de la oposición. Durante su cargo, no sólo la Defensoría del Pueblo publicó vigorosos informes públicos, sino que utilizó ideas innovadoras para que se conocieran ampliamente. Como el nivel de alfabetización en Vanuatu estaba entre el 50 y el 60%, la Defensoría del Pueblo utilizó la radio y los discursos públicos para diseminar la información contenida en los informes públicos. Desde 1996, la publicación de un nuevo informe público fue seguido por una publicación en la prensa y por una entrevista al/a los funcionario(s) implicado(s) en el informe por Radio Vanuatu. Ella también inició campañas radiales contra la violencia familiar, alentando a las mujeres a denunciar los incidentes ante la policía y a informar sobre la falta de acción policial ante la Defensoría del Pueblo. En el informe de 1997, criticó a la policía como incompetente, haciendo demasiado poco demasiado tarde. Dicho informe reveló desidia persistente, indisciplina, arrogancia e ignorancia de los deberes legítimos por parte de los miembros de la policía de distintos rangos. A pesar de su buen trabajo y del apoyo de la ciudadanía, el gobierno rechazó la renovación de su contrato en 1999. Después que su sucesor terminó el suyo en agosto de 2004, el gobierno se tomó más de ocho meses para cubrir el cargo para la única dependencia de control externo del país.

En comparación, un Defensor del Pueblo de las Islas Salomón no presentó ningún informe anual entre 1991 y 1995, si bien la oficina recibió quejas. Una Defensoría también se encuentra a veces inundada de asuntos administrativos, lo cual puede significar menos tiempo y menos recursos para gastar en quejas contra la policía. En las Islas Salomón, aproximadamente un 60% de los 8.062 casos manejados por la Defensoría del Pueblo desde su establecimiento en 1981, fueron presentados por empleados públicos como quejas relativas al empleo y a las relaciones dentro del lugar de trabajo, en el servicio público.²⁵ En la práctica, la mayoría de las quejas proviene de los

propios empleados públicos. Si bien es un paso positivo para limpiar la corrupción endémica presente en la mayoría de los gobiernos del Pacífico, ello desvía la atención del Defensor del Pueblo respecto del control de dependencias como la policía, cuya supervisión se relega cada vez más a donantes externos en lugar de recaer en organismos nacionales.

Es alentador que muchos gobiernos del Pacífico reconozcan la necesidad de una dependencia civil externa e independiente, aún si muchas todavía no funcionan como deberían. La existencia de tales organismos encargados de efectuar investigaciones autónomas a partir de acusaciones de abuso policial puede hacerle entender a la policía que serán responsables de su mal proceder. Evidentemente, un mandato legal amplio y bien definido es importante para cimentar la independencia y los poderes de un organismo de supervisión efectiva. Sin embargo, el factor más esencial es la necesaria voluntad política para producir la reforma y el fuerte liderazgo tanto del cuerpo policial como del de control para construir un sistema de seguridad responsable y receptivo.

Conclusión

Evidentemente, el servicio policial en la *Commonwealth* del Pacífico no puede verse aislado del contexto político, económico y social más amplio de cada país. La complejidad de los problemas de inestabilidad política, violencia crónica, delito y contienda social influyen sobre el servicio policial. En algunos casos, este efecto combinado llevó a graves crisis del mismo y requirió la intervención externa para restaurar la paz y un clima de confianza.

Afortunadamente, la reforma policial ha llegado al Pacífico, y muchos gobiernos han demostrado su compromiso al presentar iniciativas de reforma, ya sea por medio de estrategias internas o por la ayuda de donantes internacionales. Éstos son pasos muy alentadores hacia el establecimiento de los elementos de un servicio policial democrático, pero aún queda mucho trabajo por hacer para establecer *la práctica* democrática en los países de la *Commonwealth* del Pacífico.

Para poner realmente en práctica un servicio policial democrático, deberán aplicarse los mecanismos de responsabilidad, en particular, dentro de marcos legales y políticos. La reforma no será duradera sin el establecimiento de instituciones nuevas, independientes, que asuman la responsabilidad; sin una reforma legal que consolide los valores y los procesos de un servicio democrático; y sin procedimientos renovados de responsabilidad interna. Con la voluntad y el esfuerzo necesarios, y haciendo uso del *momentum* actual para avanzar, el servicio policial democrático puede convertirse en una realidad para los ciudadanos de la *Commonwealth* del Pacífico.

NOTAS

1. Esta sección está adaptada de D. Bayley, *Democratising the Police Abroad: What to Do and How to Do It*, National Institute of Justice, Departamento de Justicia de los EE.UU., Washington, 2001 págs 11-15; Bruce D. & Neild R., *The police that we want: a handbook for oversight of police in South Africa*, Center for Study of Violence and Reconciliation, Johannesburgo, y Open Society Justice Initiative, New York, 2004; and C.E Stone & H.H. Ward, *Democratic policing: a framework for action*, Policing and Society, Vol. 10, n. 1, 2000, pág. 36.
2. Ley que rige la acción policial de Tonga, Sección 9.
3. Nauru es el *único* país de la *Commonwealth* del Pacífico que firmó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como la Convención contra la Tortura y otros Tratamientos Crueles, Inhumanos y Degradantes (CCT). Islas Salomón es el único estado firmante en el Pacífico del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) fue firmada por Fiji, Vanuatu, Kiribati, Papúa Nueva Guinea, Samoa, Islas Salomón y Tuvalu, quedando afuera Tonga y Nauru. Fiji, Papúa Nueva Guinea, Nauru, Islas Salomón y Tonga firmaron la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR). Si bien Fiji no firmó muchos tratados internacionales esenciales sobre derechos humanos, su Constitución nacional permite la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos donde sean aplicables, incluso sin ratificación.
4. N. de T.: La orden de búsqueda y aprehensión arbitrarias se refiere a la búsqueda y aprehensión de objetos relacionados a una investigación.
5. Ley sobre la acción policial de Vanuatu, Sección 59(1).
6. Ley sobre la acción policial de Vanuatu, Sección 62(1).
7. Ley que rige la acción policial de Papúa Nueva Guinea, titulada *Tratamiento de infracciones de menor potencial ofensivo*, Sección 21(1) (*Dealing with minor offences*) dice: "Cuando el Comisionado, o un funcionario de disciplina, tenga razones para creer que un miembro de menor rango ha cometido un delito disciplinario el cual, según la opinión del Comisionado o del mencionado funcionario, deba dirimirse bajo esta sección..." y la Sección 23(1), *Tratamiento de infracciones graves (Dealing with serious offences)* reza "cuando hay razón para creer que un miembro de la Fuerza ha cometido una infracción disciplinaria distinta de la que debiera tratarse o se crea que debiera tratarse como una infracción menor, será tratado como si fuera una infracción grave".
8. Ley que rige la acción policial de Fiji, Sección 32A(a).
9. Ley que rige la acción policial de Fiji, Sección 32A(b).
10. Ley que rige la acción policial de Kiribati, Sección 8; Ley que rige la acción policial de Vanuatu, Sección 5; Ley que rige la acción policial de las Islas Salomón, Sección 6; Ley que rige la acción policial de Fiji, Sección 6.
11. Transparency International, *National Integrity Systems 2003: Papúa Nueva Guinea*, pág. 27.
12. Ley de Administración del Servicio de Policía 1990, Queensland/Australia, Sección 4.2(1).
13. En las Islas Salomón, anteriormente, el Departamento de Investigaciones Penales (DIP) era

el que se ocupaba de todas las acusaciones de corrupción a funcionarios de la policía. Durante el prolongado conflicto interno que dividió a la fuerza policial en facciones radicales, el DIP fue amenazado y desarticulado en sus funciones. Renació como la Unidad de Estándares Profesionales dentro de la policía en 1998. La Unidad investiga las quejas y acusaciones y recomienda acciones disciplinarias que deben tomar el Comisionado de Policía o los funcionarios de alto rango, así como también la Comisión de Servicios Policiales y Penitenciarios. La Policía de Fiji también tiene una Unidad de Estándares Profesionales, y en Papúa Nueva Guinea un departamento de Asuntos Internos se dedica a la investigación de acciones armadas de la policía y trata las quejas del público.

14. Government of Papúa Nueva Guinea and the Institute of National Affairs, *Report of the Royal Papúa Nueva Guinea Constabulary Administrative Review*, 2004, pág. 78.

15. S. Dinnen, "Building Bridges: Law and Justice Reform in Papúa Nueva Guinea", *State, Society and Governance in Melanesia*, Discussion Paper 02/2, Canberra, 2002.

16. ONU, Principles Relating to the Status and Functioning of National Institutions for the Protection and Promotion of Human Rights (Principios de París), 1993: <<http://www.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm>> disponible desde el 10 de marzo de 2006.

17. De acuerdo con los Principios de París, su eficacia también dependerá de la amplitud y claridad de su mandato, de su capacidad de investigación, de la composición y competencia de su liderazgo y de su plantel, y de la adecuación y fuentes de financiamiento que posea.

18. Estados Unidos de Norteamérica, Bureau of Democracy, Human Rights and Labour, *Country Reports on Human Rights Practices 2002: Fiji*, United States Department of State, 2003.

19. Comisión de Derechos Humanos de Fiji, *National Security and Human Rights Handbook*, 2003: <http://www.humanrights.org.fj/pdf/inside_pages_changes.pdf > disponible desde el 10 de marzo de 2006.

20. El Código de Liderazgo es una herramienta anticorrupción creada para monitorear la riqueza y los activos de las figuras públicas, obligando sobre todo a los líderes del servicio público a presentar un informe anual a la designada Comisión de Código de Liderazgo, detallando las fuentes de sus ingresos y una declaración de bienes. Éste es un instrumento de responsabilidad particular de los países del Pacífico, y de gran importancia para combatir la corrupción endémica en los círculos de poder de la mayoría de los países de la región. Generalmente, los jefes de policía caen dentro de la definición de líder.

21. Sección 219(3).

22. Sección 219(5).

23. Centre for Democratic Institutions and Tony Regan of the State, "Society and Governance in Melanesia Project", *Evaluation of the Accountability and Corruption in Melanesia Workshop*, pág. 1.

24. Transparency International, *National Integrity Systems: Salomón Islands*, 2004, pág. 11.

25. Transparency International, *National Integrity Systems: Salomón Islands* 2004, pág. 24.

IGNACIO CANO

Ignacio Cano – Laboratorio de Análisis de la Violencia – Universidad del Estado de Río de Janeiro. Graduado en Sociología en la Universidad Complutense de Madrid y Pos grado en Psicología Social por la misma institución. Pos doctorado en la Universidad de Michigan con énfasis en metodología cuantitativa de investigación y pos doctorado en la Universidad de Arizona en metodología de análisis de datos y evaluación de programas sociales. Desde agosto de 2000 es Profesor de la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ) en “Metodología de las Ciencias Sociales”. También es miembro del Laboratorio de Análisis de la Violencia – UERJ.

RESUMEN

Desde los años 1980 y 1990, la delincuencia en Brasil creció considerablemente, de manera que el tema de la seguridad pública ahora se encuentra en todas las agendas políticas y sociales. Actualmente, el escenario es de una gran crisis y de fracaso de las políticas tradicionales –que en general son reactivas y basadas en la represión– para controlar el delito y la violencia. Las deficiencias son varias: falta de inversiones, herencia autoritaria, abusos de derechos humanos, casos de corrupción en la policía. Mientras tanto, este artículo desea presentar y comentar ciertas propuestas innovadoras en determinadas ciudades brasileñas. Aún, serán igualmente analizados algunos puntos básicos que pueden establecer un nuevo paradigma –democrático– de seguridad pública en Brasil. (Original en español)

PALABRAS CLAVES

Seguridad pública democrática - Esfuerzo de prevención de la delincuencia - Promoción de los derechos humanos - Percepción social de la violencia.



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

POLÍTICAS DE SEGURIDAD PÚBLICA EN BRASIL: TENTATIVAS DE MODERNIZACIÓN Y DEMOCRATIZACIÓN VERSUS LA GUERRA CONTRA EL CRIMEN

Ignacio Cano

Introducción

El término usado normalmente en Brasil para referirse a este tema es el de “seguridad pública” (*segurança pública*), en lugar de “seguridad ciudadana”, más común en otros países de la región. De hecho, la noción de “seguridad ciudadana” en Brasil está asociada a un paradigma particular, más democrático y comunitario, vinculado a la noción de ciudadanía.

Brasil, como muchos otros países de la región, vive un escenario de crisis en la seguridad pública, con altas tasas de incidencia delictiva que han crecido de forma significativa a lo largo de los años 80 y 90. Hasta los años 70, la delincuencia era concebida básicamente como un problema de policía; la izquierda esperaba, como en otros países, que la salida de la dictadura y la democratización de alguna forma resolverían la cuestión. La temática de la delincuencia era concebida como una temática “de la derecha”, de los defensores de la ley y el orden, y un énfasis excesivo en la cuestión ya era visto como sospechoso. En consecuencia, no existía una reflexión ni una propuesta desde los sectores progresistas que se contrapusiera a la simple demanda de orden proveniente de los grupos conservadores.

Sin embargo, el incremento notable de la delincuencia trajo el tema de la seguridad pública a la agenda política y social, de la cual ya no saldría más. El fracaso de las políticas tradicionales para controlar el delito y la violencia abrió espacio para reformas y propuestas innovadoras. Inclusive, algunas voces comenzaron a levantarse pidiendo un cambio completo de paradigma en la seguridad pública. La idea de una seguridad pública más democrática, una mayor atención a la

Ver las notas del texto a partir de la página 155.

prevención, el surgimiento de nuevos actores, la noción de policía comunitaria o, simplemente, de una policía que compatibilizase eficiencia con respeto a los derechos humanos son todos ellos síntomas de este nuevo período de debate y efervescencia.

En Brasil, la seguridad pública es fundamentalmente una competencia de los estados. Cada uno de ellos tiene, por ejemplo, sus fuerzas policiales –Policía Civil y Policía Militar– y su Tribunal de Justicia, conforme al modelo federativo. Por su parte, la Policía Federal tiene un tamaño muy reducido –inferior al de muchas policías estatales– y el sistema de justicia criminal federal tiene competencias limitadas a determinados delitos.

Por ello, el papel del poder federal ha sido sobre todo el de incentivar, a través de financiamientos, intervenciones de los estados que respondan a ciertos requisitos técnicos y políticos.

Las municipalidades, por su parte, tienen un papel sobre todo en el área de la prevención, aunque la expansión de las guardias municipales está incluyendo también tareas de represión.

La percepción de inseguridad creciente por parte de los ciudadanos provocó a lo largo de los últimos años una presión social para que todas las autoridades tomaran medidas en el campo de la seguridad pública, independientemente de sus competencias oficiales. Por otra parte, la difícil situación financiera de los estados impide inversiones significativas, lo que ha contribuido a la expansión de las esferas municipal y federal en este ámbito.

Políticas federales

Entre los órganos con que el gobierno federal cuenta en esta área destaca la Policía Federal, con competencias en la vigilancia de fronteras y aduanas, y en los delitos federales. El tamaño de la fuerza, de apenas unos pocos miles de efectivos para todo el país, impide un cumplimiento más efectivo de todas sus funciones.

La Secretaría Nacional Anti-Drogas, vinculada a la presidencia de la república y tradicionalmente dirigida por militares,¹ tiene competencias sobre todo en el área de prevención que se solapan con las de otros órganos gubernamentales.

Dos elementos contribuyeron históricamente para limitar el papel federal en este campo. El primero es el temor de levantar suspicacias en los gobiernos estatales relativas a una actitud intervencionista por parte del gobierno federal que contrariase el pacto federativo, justamente en un área tan delicada como ésta. El segundo es la resistencia de los gobiernos federales a involucrarse intensamente en un tema complejo, pues un fracaso podría tener fuertes costos políticos.

Sin embargo, como ya fue mencionado, la crisis de la seguridad pública provocó una demanda social para que todos los poderes públicos interviniesen de manera más activa. En el año 2000, poco después del famoso incidente del bus 174 en Río de Janeiro,² el gobierno federal de Fernando Henrique Cardoso lanzó el Plan

Nacional de Seguridad Pública. La coincidencia de fechas no es mera anécdota, pues retrata la tendencia de los poderes públicos a formular respuestas inmediatas a episodios de crisis en la seguridad pública, en vez de optar por un abordaje planificado en función de indicadores y datos globales.

El Plan Nacional contenía una serie de 15 compromisos y 124 acciones concretas con las que el gobierno federal se comprometía a intervenir contra la violencia, particularmente contra la violencia urbana. Algunas de las acciones eran exclusivas del poder federal y otras deberían ser ejecutadas en conjunto con las autoridades estatales y municipales. Para los críticos, el Plan simplemente reclasificaba muchas acciones que ya estaban siendo realizadas o en fase de proyecto, vinculándolas ahora al área de seguridad.

Una de las principales iniciativas fue la creación de un Fondo Nacional de Seguridad Pública, con la finalidad de financiar proyectos de estados y municipios que cumplieren determinados requisitos –eficiencia, transparencia, respeto a los derechos humanos– y que el gobierno federal juzgase prioritarios. La idea que comenzaba a gestarse era la de que el gobierno federal podría inducir políticas públicas reformistas en los estados, a través del financiamiento selectivo, sin herir susceptibilidades. La Secretaría Nacional de Seguridad Pública (SENASP) del Ministerio de Justicia, órgano con un perfil muy bajo anteriormente, fue reorganizada y fortalecida para implementar y hacer el seguimiento de estas nuevas tareas.

Una de las 124 acciones del Plan Nacional era el *Plano de Integração e Acompanhamento de Programas Sociais de Prevenção da Violência Urbana* (PIAPS), que fue creado de hecho en 2001, vinculado al Gabinete de Seguridad Institucional de la Presidencia de la República. Una de sus particularidades es que no contaba con recursos propios sino que funcionaba como agente articulador de iniciativas de varios ministerios con competencias que podían contribuir a prevenir la violencia. Así, constituía un programa intersectorial que pretendía coordinar y maximizar los resultados de varias agencias gubernamentales. Al mismo tiempo, se proponía promover la cooperación entre los tres niveles del poder público –federal, estadual y municipal– y fomentar redes locales. Su foco principal eran los niños y los jóvenes entre cero y veinticuatro años.

En su primer año, 2001, el PIAPS dio prioridad a las regiones metropolitanas de São Paulo, Río de Janeiro, Vitória y Recife, justamente las que presentaban una mayor incidencia de violencia letal en el país. Al año siguiente, fueron incorporadas las regiones de Cuiabá, Fortaleza y el Distrito Federal. El programa trató de articular programas de 16 sectores del gobierno federal, entre ministerios y secretarías, todos bajo el paradigma de la prevención a través de la mejora de las condiciones de vida, el respeto a las personas y el acceso a derechos de ciudadanía. Las iniciativas se caracterizaban, en teoría, por coordinarse directamente con agentes locales, ya fuera directamente con los municipios, ya fuera con organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil. El objetivo era establecer convenios formales entre el gobierno

central y los gobiernos municipales y estatales. Con todo, los proyectos a ser financiados eran elegidos por los técnicos del poder federal. Sin embargo, la concepción y ejecución de los proyectos era responsabilidad de las agencias proponentes –municipales o no gubernamentales–, que no precisaban seguir unos criterios técnicos predeterminados.

A partir de enero de 2003, el nuevo gobierno abandonó el PIAPS en aras de otros programas en el área de seguridad.

Como candidato, el presidente Lula elaboró un Plan Nacional de Seguridad Pública y dio visibilidad a este tema durante la campaña electoral. Después de la elección, el gobierno Lula creó el llamado Sistema Único de Seguridad Pública (SUSP), que pretendía articular operativamente las intervenciones de los estados y de la federación, incluyendo sus respectivas policías, en cada región del país. Después de sucesivas crisis políticas, el SUSP dejó de recibir apoyo político y quedó en buena parte en el papel.

La propia Secretaría Nacional no consiguió, desde su creación, corresponder a las expectativas generadas. La falta de criterios políticos exigentes en relación a los programas estatales financiados y los sucesivos cortes de presupuesto debilitaron considerablemente su papel como inductor de políticas en los estados, papel que debería ejercerse a través del Fondo. En el presente año, por ejemplo, el presupuesto inicial de aproximadamente US\$180 millones, ya reducido para la dimensión del país y de la tarea propuesta, sufrió dos recortes y quedó situado en poco más de un cuarto del presupuesto original.

La Policía Federal, por su parte, dedicó los últimos años a operaciones bien planeadas y difundidas para desarticular nidos de delincuencia organizada de alto nivel en varios estados. Uno de sus principales éxitos fue la investigación de varios casos de corrupción por miembros de la propia policía, lo que le confirió una imagen de una policía menos corrupta que las estatales. Sin embargo, recientes escándalos en la Superintendencia de Río de Janeiro han empañado un tanto esta imagen. Por otro lado, la Policía Federal ha sido acusada de algunos excesos y, sobre todo, de dar prioridad a la publicidad en el curso de sus acciones contra la delincuencia organizada.

Un campo en el que el poder federal ha conseguido varios avances es el del control de las armas de fuego, comenzando con la ley de armas de 1997 que convirtió el porte ilegal en delito –antes era una mera falta– y continuando con el “Estatuto del Desarmamento” en 2003.

Políticas estatales

Los estados, como ya fue mencionado, son los actores principales en el área de seguridad pública. Cada estado cuenta con una Policía Militar, una fuerza uniformada cuya tarea es el patrullamiento ostensivo y el mantenimiento del orden, y con una Policía Civil, que tiene como misión investigar los delitos cometidos. De esa forma, ninguna de las dos policías ejerce el denominado “ciclo completo” de

seguridad pública, que va desde la prevención a la represión, lo que suscita problemas de duplicidad y rivalidad entre ambas.

En general, las políticas estatales de seguridad –si es que pueden recibir este nombre en ausencia de planificación, objetivos y evaluación– son básicamente reactivas y basadas en la represión más que en la prevención. Con frecuencia, los gobiernos reaccionan ante el último caso con repercusión pública, particularmente si está reflejado en la prensa, para dar una respuesta de corto plazo. Cuando el caso pierde visibilidad, las medidas iniciales se van desvaneciendo. La prensa, en este sentido, disfruta de un enorme poder para orientar las medidas de los órganos públicos. Las intervenciones rara vez están precedidas de una planificación con base en objetivos específicos.

Entre las deficiencias más comunes en el área de seguridad pública, podemos destacar:

- falta de inversión suficiente, lo que se traduce, entre otras cosas, en bajos salarios para los rangos inferiores de las policías, que, por su parte, obligan a los agentes a trabajar en otros empleos, generalmente en la seguridad privada. Esto se traduce en altos niveles de estrés y en una tendencia a privatizar la seguridad pública;
- formación deficiente de los agentes policiales, sobre todo de los policías de niveles jerárquicos inferiores;
- herencia autoritaria, según la cual la policía era un órgano de protección del estado y de las élites que lo dirigen contra los ciudadanos que representan un peligro para el status quo, las llamadas “clases peligrosas”. La transición del modelo de una policía de control del ciudadano a una policía de protección de las personas es gradual y aún no ha sido completada. Por otro lado, el estado brasileño conserva resquicios de su formación oligárquica, como la prisión especial para las personas con formación universitaria;
- Insistencia en el modelo de la guerra como metáfora y como referencia para las operaciones de seguridad pública. Así, el objetivo continúa siendo, en muchos casos, el aniquilamiento del “enemigo”, frecuentemente sin reparar en los costos sociales. El problema de seguridad pública aparece a veces como una cuestión de calibre, como un nudo que será desatado cuando el poder de fuego de las policías supere al del enemigo delincuente. En consecuencia, la seguridad pública se presenta fuertemente militarizada en sus estructuras, doctrinas, formación, estrategia y tácticas. Y las operaciones de seguridad pública en áreas pobres se asemejan a operaciones de guerra en territorio enemigo: ocupación, “razzias”, etc.;
- En el contexto anteriormente mencionado, no es de extrañar la existencia de numerosos abusos a los derechos humanos, particularmente referidos al uso de la fuerza. Los tiroteos en comunidades pobres producen un alto número de muertes, incluyendo víctimas accidentales. Alegaciones de torturas contra presos y condenados son también frecuentes;
- Relaciones conflictivas con las comunidades pobres, sobre todo en lugares

donde la delincuencia organizada es fuerte. La juventud que vive en esos lugares considera a la policía como enemiga y un sector de la policía tiene la misma visión. Encuestas muestran que hay muchas comunidades en que los residentes tienen más miedo a la policía que a los narcotraficantes, cuyo despotismo es más predecible;

- Numerosos casos de corrupción policial, desde pequeños sobornos para no aplicar multas de tránsito hasta protección a narcotraficantes. En muchas ocasiones, el abuso de fuerza está también vinculado a los casos de corrupción (ver el estudio de Mingardi³ sobre la Policía Civil de São Paulo y el caso reciente de la masacre de la Baixada⁴ en marzo de 2005).

No obstante este cuadro de deficiencias, en los últimos años han podido observarse iniciativas de reformas modernizadoras. Estas constituyen todavía excepciones a la regla general, pero representan la posibilidad de un futuro cambio de paradigma en la seguridad pública brasileña. La lista no es exhaustiva ni pretende haber seleccionado necesariamente las de mayor importancia, pues fue creada, básicamente, a título de ejemplificación. Entre las experiencias podemos citar:

- Experiencias de Policía Comunitaria en varios estados. En general, los resultados han sido positivos, por lo menos en lo relativo a la imagen de la policía y a su relación con la comunidad, si bien no se han logrado reducciones significativas de las tasas de delincuencia. El elemento más importante, de hecho, es el cambio en la relación entre policía y comunidad. De cualquier forma, ningún estado ha adoptado el modelo de policía comunitaria como modelo general para la Policía Militar;
- Creación de “Ouvidorias” de Policía en varios estados. Las Ouvidorias tienen como misión la recepción de denuncias de abusos cometidos por policías, garantizando si fuera preciso el anonimato del denunciante. Las denuncias son dirigidas a las Corregedorias (Departamentos de Asuntos Internos) para ser investigadas y la Ouvidoria hace un seguimiento de esta investigación. La institución publica informes periódicos sobre las denuncias recibidas y ha funcionado como un elemento de movilización y concienciación sobre este tema. No obstante, la falta de comunicación posterior con los denunciantes y la baja proporción de casos que se traduce en castigos para los acusados provocan un considerable grado de insatisfacción entre los denunciantes, como las encuestas en tres Ouvidorias han mostrado. Su grado de institucionalización es aún incipiente y su desempeño depende en buena medida de la figura del Ouvidor. No suelen contar con una plantilla de personal ni con un presupuesto propio, y muchas de ellas funcionan en los edificios de las Secretarías de Seguridad, contrariando con eso su vocación para preservar el sigilo;
- Uso de Técnicas de Geo-referenciamiento para mapear las áreas y horarios de mayor incidencia delictiva, para poder dirigir el patrullamiento preventivo a

esos puntos críticos. De hecho, los estudios clásicos que evaluaban el impacto del patrullamiento, como el de Kansas City en 1972, concluyeron que el patrullamiento inespecífico, sin focalización espacial o temporal, no conseguía reducir la delincuencia. La Policía Militar de Belo Horizonte, entre otras, ha trabajado en esta línea del geo-referenciamiento;

- Programas piloto para reducir la violencia letal en áreas marginales con alta incidencia de homicidios. Entre ellos, podemos citar GPAE en Río de Janeiro y “Fica Vivo” en Belo Horizonte. Esto constituye una cierta novedad en el país, porque los delitos contra la vida, al contrario de los delitos contra la propiedad y los secuestros, nunca constituyeron una prioridad de las políticas de seguridad pública brasileñas. Ello sucede, entre otras cosas, porque las víctimas de homicidios son en su mayoría miembros de las clases más humildes, sin voz ni influencia política comparable a las clases medias y altas.

El programa GPAE (*Grupo de Policiamento em Áreas Especiais*) fue aplicado por primera vez en la *favela* de Pavão-Pavãozinho-Cantagalo en el año 2000 y posteriormente extendido a otras tres comunidades pobres de la ciudad. Substituyendo a la estrategia tradicional de invasiones periódicas con tiroteos, la policía permanece en la comunidad de forma estable, intenta desarrollar una relación de proximidad con los habitantes locales y prioriza en su actividad la reducción de los incidentes armados, no la lucha contra el delito en general. Además de eso, la policía se esfuerza para ayudar a la comunidad a obtener programas sociales, especialmente para la juventud, que puedan contribuir a la prevención de la violencia. Se trata de una iniciativa de reducción de daños parcialmente inspirada en la experiencia *Cease Fire* de Boston, y sus resultados mostraron que, respetadas ciertas condiciones, es posible una reducción de los tiroteos y de la inseguridad en las comunidades afectadas. A pesar de eso, la experiencia no fue tomada como un nuevo modelo de policía para comunidades marginales sino como un caso especial.

El programa Fica Vivo fue introducido en años recientes en una *favela* de Belo Horizonte con altos niveles de violencia y combina intervención policial con programas sociales, sobre todo para la juventud. Los resultados son aparentemente positivos en términos de reducción de los homicidios;

- Mejoras en el tratamiento de la información policial, a través de la informatización, racionalización y almacenamiento de denuncias y datos de inteligencia. En la Policía Civil de la gran mayoría de los estados, la falta de un sistema eficiente de informaciones y de un programa informatizado centralizado para recoger las denuncias provoca que la información circule de forma restringida. Los datos de inteligencia, por ejemplo, suelen “pertenecer” al policía que los obtiene y, cuando él cambia de distrito, se lleva las informaciones consigo. En el caso de estado de Río de Janeiro, el programa *Delegacia Legal*, implantado a finales de los 90 por el gobierno

del estado, modificó sustancialmente el modo de trabajo de los policías. Además de mejoras en la infraestructura y en el diseño del espacio —como la construcción de comisarías modernas, con aspecto de oficinas y con espacios abiertos que dificultasen, por ejemplo, locales cerrados donde podrían suceder abusos y torturas— y de la supresión de las cárceles al interior de las comisarías, la iniciativa se propuso alterar el trabajo cotidiano de investigación para tornarlo más eficiente. La atención inicial a los denunciantes pasó a ser dada por becarios universitarios, mejorando el tratamiento recibido por la población, y liberando, supuestamente, los policías para que se concentrasen en su misión investigadora. Las denuncias pasaron a ser registradas en un sistema informático centralizado, lo que trajo varias ventajas considerables. La información circula con mayor rapidez y puede ser totalizada instantáneamente, facilitando la producción de datos delictivos. Los agentes no pueden eliminar un registro después de creado, lo que antes facilitaba la corrupción. Cuando un agente es transferido a otra unidad, toda la información permanece en la unidad de origen. El sistema integrado facilita enormemente la fiscalización del Departamento de Asuntos Internos, que tiene acceso a los registros en tiempo real, sobre la calidad del trabajo de cada policía. Esto, junto al hecho de que el programa computacional no avanza si las informaciones no son cargadas o son consignadas de forma manifiestamente incorrecta, mejoró sustancialmente la calidad de los datos procesados. Esperables resistencias institucionales y la dificultad de alterar algunas rutinas negativas, como los turnos de trabajo de 24 horas, limitaron el impacto del proyecto, pero no resta duda de que se puede trazar un antes y un después de la introducción del proyecto cuando se analiza el desempeño de la Policía Civil fluminense;

- Intentos de integrar la actuación de la Policía Militar y la Civil. La separación entre las dos policías está establecida en la Constitución de 1988, razón por la cual no es posible, por el momento,⁵ unir las dos policías. En función de eso, algunos estados han procurado medidas para integrar en la práctica el trabajo de las dos corporaciones. Así, el estado de Pará creó una Academia conjunta para las dos policías, sin con ello unir los dos currícula en uno solo, de forma que la convivencia conjunta entre las dos policías desde el principio de la formación ayudase a superar desconfianzas y divergencias.

Otros estados, como Minas Gerais y Río de Janeiro, instituyeron áreas de seguridad conjunta para las dos policías, obligando de esa forma a que las jurisdicciones geográficas de las dos instituciones —batallones de la Policía Militar y comisarías de la Policía Civil— coincidiesen por primera vez, e intentando promover un trabajo conjunto. Hasta el momento el grado de éxito de esta última parte de la iniciativa es, por decirlo de alguna forma, bastante modesto.

Políticas municipales

Introducción

El poder local surge como un actor de importancia creciente. Aunque, como ya fue explicado, la gran mayoría de las competencias de seguridad pertenezcan al ámbito estadual, la presión popular y la mayor bonanza económica de algunos municipios en relación a los estados favorecieron la intervención local.⁶

Los municipios tienden a involucrarse preferentemente en programas de prevención, tanto por su vocación natural como porque no suelen contar con muchas de las herramientas de represión tradicionales (policías, cárceles, etc.). En general, el lento cambio de paradigma de la seguridad pública oscila hacia un énfasis mayor en la prevención en vez de un esfuerzo exclusivo en la represión. No obstante las ventajas de un abordaje preventivo, los programas de prevención suelen ser complejos y, con frecuencia, sólo presentan resultados a mediano o largo plazo.

Durante los últimos 15 años, los municipios se han dedicado cada vez más a ejecutar intervenciones de seguridad pública, a veces como resultado de iniciativas de otras esferas públicas –como fue el caso del PIAPS anteriormente citado–, pero la mayor parte de las veces como resultado de iniciativas propias. En este último caso, los municipios a veces buscan fondos en otras instancias, pero ello no altera el hecho de que la iniciativa fue local.

En ocasiones, la decisión de lanzar un programa municipal sobreviene a algún episodio de violencia de particular repercusión en el municipio. Los tipos de intervenciones varían entre unos casos y otros, contemplando, por ejemplo, la creación o expansión de una guardia municipal, el establecimiento de alarmas o cámaras en puntos claves de la ciudad, o la aplicación de proyectos sociales. Aunque estas intervenciones incluyen en algunos casos componentes de represión al delito, la gran mayoría de las iniciativas está relacionada a la prevención.

Este ha sido el caso de diversos municipios del interior del estado de São Paulo. Municipios medianos o grandes, con recursos disponibles y con una administración local con un grado razonable de competencia técnica son los más proclives a lanzar iniciativas de ese tipo. Por otro lado, una vez que municipios vecinos han hecho públicos sus planos de prevención, aumenta la probabilidad de que otros sigan el mismo camino. El Fondo Nacional de Seguridad Pública de Brasil es un recurso que el gobierno federal destina a financiar algunos proyectos estaduais de seguridad pública y, secundariamente, proyectos municipales. A pesar de que el foco del Fondo está en los estados, fueron muchos los proyectos municipales que llegaron al Ministerio solicitando financiamiento.

En verdad, a pesar de que los proyectos que nacen de los municipios puedan sugerir un paisaje de fragmentación, este escenario podría ser considerado más favorable que el de los grandes planes nacionales de seguridad. Ello porque los

planes nacionales están sujetos a vaivenes, atrasos o estancamientos y pueden colapsar o languidecer rápidamente cuando las condiciones políticas cambian. De hecho, la mayoría de los programas demuestra una preocupante falta de continuidad. Por su parte, el nacimiento de iniciativas locales espontáneas puede ofrecer mejores perspectivas de continuidad general, a pesar de que el destino de los proyectos en cada uno de los municipios sea incierto. Así, las iniciativas de algunos municipios, particularmente los pequeños, pueden adolecer de deficiencias técnicas y nunca llegarán a garantizar el grado de homogeneidad y articulación que un programa nacional bien aplicado podría proporcionar. Sin embargo, los programas nacionales no suelen alcanzar el grado de universalidad y capilaridad con que son concebidos y los riesgos de interrupción son fuertes.

Un elemento de gran interés es la capacidad de los municipios para articularse entre sí para hacerle frente al problema. Entre las ventajas de esta opción están las economías de escala relativas a la inversión técnica, sobre todo para municipios pequeños. En otras palabras, el planeamiento, la supervisión y la evaluación de los programas podrían ser realizados por un único equipo técnico contratado por todos los municipios con ese fin. Si se trata de un único programa aplicado en un conjunto de municipios, existen ventajas metodológicas también. Por ejemplo, contar con una muestra mayor, poder disponer de algunos lugares como grupos de control y otros como grupo experimental, etc. Otro punto que refuerza la importancia de la articulación intermunicipal es el desplazamiento delictivo. De esa forma, cuando un delito comienza a ser reprimido con mayor intensidad en un lugar determinado, es común que los delincuentes se trasladen a otros lugares, que cambien de modalidad de delito o que ataquen a otro tipo de personas. Por eso, cualquier evaluación de una intervención local contra la delincuencia tiene que llevar en consideración la posibilidad de que ésta aumente en las áreas vecinas. Ese fue el caso, por ejemplo, de la implantación de la “ley seca” en Diadema, municipio del estado de São Paulo, que será analizada más adelante. Tal medida ayudó a reducir los incidentes violentos en Diadema, al mismo tiempo que aumentaban en las regiones vecinas. Tal verificación sólo fue posible por el cruce de datos de varios municipios y llevó a los gestores a creer que parte de los habitantes de Diadema pasó a ir a las ciudades próximas buscando el tipo de diversión que se les negaba en la suya. Las ventajas de una intervención intermunicipal son más evidentes en el caso de regiones metropolitanas en las cuales la problemática suele ser común y la circulación de víctimas y de autores de hechos violentos, muy intensa.

Un ejemplo de tentativa de coordinación intermunicipal es la creación del Foro Metropolitano de Seguridad Pública en el área metropolitana de São Paulo. Ese foro reúne secretarios de seguridad municipales, o equivalentes, junto a representantes del gobierno estadual, con el objetivo de planear iniciativas conjuntas e intercambiar experiencias e informaciones.

Arquitectura institucional dentro de los municipios

Dado que las competencias centrales sobre seguridad pública pertenecían a los estados, no había estructuras municipales relacionadas a esta cuestión. En la medida en que los municipios fueron entrando en ella, acabaron por crear una instancia, en general una Secretaría, con la misión de coordinar todos los programas relevantes. En algunos casos, particularmente en el estado de São Paulo, se trata propiamente de Secretarías Municipales de Seguridad Pública. En otros casos, las nuevas secretarías adoptan nombres diferentes o antiguas secretarías pasan a recibir las nuevas competencias.

Entre los municipios en que antiguas Secretarías fueron reestructuradas para incluir las nuevas competencias podemos señalar el ejemplo de Vitória, capital del estado de Espírito Santo. Entre los municipios que crearon órganos nuevos para tratar de la seguridad pública podemos mencionar el de Diadema, en el estado de São Paulo.

Vitória es el centro de una región metropolitana densamente poblada y azotada, desde hace años, por algunas de las más altas tasas de homicidio del país. Por otro lado, el estado de Espírito Santo fue tradicionalmente considerado como uno de los lugares donde la delincuencia organizada presentaba un grado de enquistamiento mayor, afectando a sectores significativos del poder legislativo, el ejecutivo e incluso el judicial, hasta el punto de suscitar peticiones de intervención federal. Paradójicamente, junto a estos elementos extremadamente negativos, Vitória también destaca por los esfuerzos de la municipalidad, durante varias administraciones, para reducir la delincuencia y la percepción de inseguridad. En 1994 fue creada la Secretaría Municipal de Ciudadanía, destinada a prestar servicios a la población de menos recursos y tornar los derechos más accesibles a los segmentos más vulnerables. En 1997 fue creado, dentro de la Secretaría, un Núcleo de Seguridad Pública. Poco después la Secretaría fue reestructurada y pasó a llamarse Secretaría Municipal de Ciudadanía y Seguridad Pública.

La Secretaría tiene como principales cometidos la coordinación de los proyectos, y la articulación con las policías, con las ONGs y con la sociedad civil en general. Asimismo, gestiona la obtención de financiamientos por parte del gobierno federal.

Fue construido un Centro Integrado de Ciudadanía (CIC) en un edificio cedido por la Universidad Federal de Espírito Santo con la finalidad de albergar servicios de promoción de derechos y acceso a la justicia para los más desfavorecidos. El CIC está coordinado por la Secretaría y recibió financiamiento del gobierno federal, a través del PIAPS.

En el caso de Diadema, São Paulo, el municipio estructuró una Secretaría de Seguridad Pública, ex-nihilo, para tratar de la cuestión. Diadema era durante la década de los 90 uno de los municipios más violentos del área metropolitana de São Paulo y, por extensión, de Brasil y de América Latina. Cuando la nueva administración municipal que inició su mandato en 2001 llegó al poder, creó una Secretaría

especialmente para cuidar del tema. Sus competencias incluyen definir las directrices de actuación de la Guardia Municipal y la coordinación de la misma con las policías estatales para desarrollar programas conjuntos de prevención del delito.

Participación de la sociedad

Muchos de los proyectos municipales se proponen fomentar la participación de la comunidad y la sociedad civil en el proceso de formulación o de implementación de los proyectos.

Al mismo tiempo que el municipio de Vitória decide intervenir activamente en el área de violencia, crea el Consejo Municipal con el fin de formular un plano estratégico para la ciudad. La violencia era apenas uno de los temas a ser tratados. El consejo reunió 350 componentes de diversos órganos del poder público y representantes de la sociedad civil que participaron en la elaboración del plano. En una segunda etapa, fueron creados el Consejo de Seguridad Municipal y los Consejos Municipales Regionales de Seguridad Pública.

El Consejo de Seguridad Municipal está formado por el secretario municipal de seguridad, los presidentes de los Consejos Regionales de Seguridad y un representante de la Cámara Municipal. Además, tienen asiento representantes del poder estadual, como el jefe del Departamento de Policía Judicial de Vitória, el comandante del Primer Batallón de Policía Militar y un representante de la Fiscalía estadual. Por parte de la sociedad civil, encontramos un representante de la Asociación Comercial, un miembro de la Federación de Industrias del Estado de Espírito Santo, el presidente del Consejo Popular de Vitória y un representante del Colegio de Abogados.

Los Consejos Municipales Regionales de Seguridad Pública fueron constituidos de acuerdo con las regiones administrativas de la ciudad: uno para cada una de las siete regiones. Cuentan con representantes de las policías civil y militar, miembros de las comunidades y un agente de la municipalidad y persiguen el objetivo de formular propuestas de intervención y acercar el poder público – las policías, en particular– a las comunidades beneficiarias.

El municipio de Recife, capital del estado de Pernambuco y otra de las ciudades con mayor tasa de homicidios del país, también elaboró una estrategia de movilización social. Fueron creados dos órganos: El Consejo Municipal de Derechos Humanos; y el Comité de Promoción de Derechos Humanos y de Prevención de la Violencia. La visión de los responsables políticos de esta ciudad era que seguridad pública y derechos humanos son dos objetivos que deben perseguirse simultáneamente.

El Consejo Municipal de Derechos Humanos es un órgano que cuenta con ocho miembros de la municipalidad y otros ocho de la sociedad civil. Su función teórica era recibir denuncias sobre violaciones a los derechos humanos y articular políticas públicas de defensa de esos derechos, pero no llegó a cumplir sus funciones de forma satisfactoria.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos y Prevención de la Violencia es un órgano compuesto por miembros de diversas secretarías municipales, o sea que no tiene participación de la sociedad civil. Su misión no es ejecutar proyectos, competencia de las respectivas secretarías, sino coordinar de forma más efectiva los esfuerzos municipales. Dos iniciativas relevantes que surgieron del Comité fueron la celebración de un foro que sirve de espacio de debates y la realización de mapas de la violencia sobre el riesgo de cada zona de la ciudad.

En general, la movilización y la participación social pueden traer varios efectos benéficos:

- Efectos sobre la concepción, gestión y seguimiento de los programas en términos de descentralización, democratización, etc.;
- El impacto preventivo que el crecimiento de las redes sociales y la mejora de las relaciones comunitarias puede suponer con relación al temor y a la violencia, ya sea de una forma indirecta, al reducir el temor y estimular la ocupación de los espacios públicos, o de forma directa, al promover la resolución pacífica de los conflictos del día a día;
- Un cambio en la percepción social de la violencia, que interiorice el nuevo paradigma de la prevención.

De la misma forma, la participación enfrenta diversos obstáculos. En primer lugar, el riesgo más evidente es que esa participación sea usada de forma retórica pero no aplicada en la práctica, especialmente cuando es un requisito impuesto por el nivel superior. En el estado de Río de Janeiro, el gobierno estadual determinó la creación de Consejos Municipales de Seguridad como una de las condiciones para financiar proyectos municipales de seguridad pública. Pocas fueron las municipalidades que crearon tales consejos. El municipio de São Gonzalo, en la Región Metropolitana de Río de Janeiro, inauguró su consejo en 2004, pero con un impacto muy limitado. El candidato que se presentaba en representación de la sociedad no tenía suficiente respaldo y diversas autoridades no parecieron tomar la institución como algo relevante.

En segundo lugar, muchas comunidades son difíciles de movilizar. Y, desgraciadamente, aquéllas que más podrían beneficiarse de la participación y la intervención son en general las más reacias a participar. De esa forma, en las comunidades con un alto nivel de violencia las redes sociales suelen estar deterioradas y los vecinos no confían unos en otros.

En tercer lugar, la movilización popular es a veces intensa en ciertos momentos de crisis o en función de objetivos específicos a ser logrados, pero tiende a menguar a mediano plazo o cuando ya no hay metas muy claras, como la obtención de un puesto policial o de recursos para un determinado proyecto.

En cuarto lugar, la composición de los órganos que representan a la sociedad y la representatividad de sus miembros son cuestiones que están lejos de estar resueltas. Uno de los riesgos más claros es el de que la participación popular se vea

reducida a los sectores de mayor influencia y grado de organización. Por ejemplo, la hegemonía de comerciantes en consejos populares es relativamente común.

En quinto lugar, hay numerosos casos de utilización de los órganos de participación por parte de los agentes del estado como un medio de obtener recursos de la comunidad. Este es el caso de financiamiento de costos de mantenimiento de las policías estatales por parte de comerciantes locales, representados en los consejos.

Por último, cada proceso abierto de participación, particularmente si es de tipo asambleario, posee una dinámica propia y no es posible predecir su resultado final. Pueden aparecer problemas insospechados.

Un ejemplo de esto último sucedió en el Consejo Municipal Regional de Maruípe, en la ciudad de Vitória. Las reuniones del consejo eran tradicionalmente abiertas a quien quisiera participar. Sin embargo, los participantes comenzaron a sentirse intimidados, sentimiento que se disparó cuando surgió la información de que un delincuente buscado por la policía habría estado presente en la reunión en que fueron discutidas estrategias para capturarlo. Independientemente de si tal hecho ocurrió de verdad o no, el sentimiento de inseguridad se instaló en las reuniones y llevó a la prohibición de la presencia de cualquier persona que no fuera miembro efectivo del Consejo. Esta limitación causó un gran debate entre los miembros. En opinión de algunos, los Consejos son órganos abiertos por definición y cerrarlos significa minar justamente el objetivo central de la participación. Así, la prohibición de la presencia de personas que no son miembros efectivos supondría un cambio hacia un órgano de naturaleza representativa, no participativa, pervirtiendo su propósito original.

Vitória representa un caso tristemente paradójico. Los Consejos Municipales Regionales de la ciudad, que eran un ejemplo de participación social, fueron disueltos cuando el poder público advirtió que varios de los consejeros estaban convirtiéndose en candidatos de los partidos de oposición en las elecciones municipales, en virtud justamente de la visibilidad personal que habían alcanzado como miembros de los consejos.

Tipos de programas preventivos existentes

Los tipos de proyectos de prevención contemplados pueden ser englobados en tres grupos: situacionales, sociales y policiales. Es común que un programa contemple más de una de estas tres líneas al mismo tiempo.

Los programas de *prevención situacional* pretenden reducir las oportunidades de que ocurran delitos o actos de violencia en determinados lugares, incidiendo directamente sobre ellos. La meta es la modificación del medio ambiente para hacerlo menos susceptible a la comisión de delitos. Por detrás de este modelo está la teoría de las oportunidades, que resalta la importancia no de cambiar al agresor potencial sino de reducirle las opciones para que lleve a cabo esta conducta. El contra-

argumento tradicional es que si un agresor potencial no encuentra condiciones favorables en un lugar, buscará otro, pero podrá continuar cometiendo delitos. Sin embargo, es indudable que la disminución de oportunidades en varios lugares acabará por reducir el volumen total de delitos, pues no todos ellos podrán ser “trasladados” a otro lugar con facilidad. Por otro lado, algunos delitos son cometidos por impulsos en el momento –peleas callejeras, por ejemplo–, de tal suerte que están asociados a un contexto determinado y no surgirán necesariamente en un contexto diferente.

La forma más simple de intervenir en esta línea es, por ejemplo, la mejora de la iluminación urbana, que aumenta la visibilidad, reduce al menos la sensación de peligro y puede acabar disminuyendo también el riesgo de un ataque o un asalto. La recuperación de espacios públicos degradados –de eriales por ejemplo– para que no generen inseguridad es una estrategia observada en varias intervenciones.

Un ejemplo clásico de prevención situacional lo constituye la instalación de cámaras en puntos de gran circulación de la ciudad o en puntos de alto riesgo. Estas cámaras están conectadas a un centro de supervisión, normalmente dirigido por la policía, y permiten una respuesta rápida si se detecta un delito. Un número significativo de municipios del estado de São Paulo optó por la instalación de estas cámaras y de un centro de vigilancia que las integrase, comúnmente bajo responsabilidad de la Guardia Municipal, que alerta a la policía si es necesario.

Los programas de **prevención social** son intervenciones que buscan cambiar las condiciones de vida de personas con alto riesgo de desarrollar comportamientos agresivos o delictivos, con el objetivo de disminuir este riesgo. Ellos son los programas de prevención por antonomasia: los más comunes, los que más recursos reciben y los que siempre estuvieron más próximos del día a día de las municipalidades. Normalmente, se habla de tres niveles de prevención social:

- Prevención primaria, dirigida a la población en general, como los programas de atención universal;
- Prevención secundaria, destinada a los grupos de riesgo de sufrir o cometer actos violentos;
- Prevención terciaria, que tiene como meta aliviar la situación de las víctimas de la violencia o ayudar en la reinserción social de los autores.

Las municipalidades tienen obviamente más tradición en la prevención primaria, que es muy amplia. Sin embargo, su capacidad de conseguir resultados depende mucho de la focalización, es decir, de la habilidad para dirigir sus recursos a aquellos grupos con riesgo más alto.

Tradicionalmente, los programas de prevención social pueden demorar para presentar resultados, pues están basados en el cambio de condiciones de vida o de relaciones entre las personas. Por otro lado, si se consigue el impacto perseguido, puede llegar a ser más intenso y más prolongado que el de los programas situacionales.

La filosofía de diferentes programas de intervención social hace hincapié en

conceptos diversos, como derechos humanos, ciudadanía, mejoría de las condiciones materiales de vida y otros. Esto hace que aunque, el abordaje general sea el mismo, el énfasis de cada programa sea diferente.

Algunos ejemplos comunes de prevención social son los siguientes:

- Proyectos educativos, para aumentar la escolaridad de los jóvenes y evitar el abandono escolar, aumentando así sus opciones profesionales y personales;
- Proyectos de formación profesional para los jóvenes, con la misma finalidad;
- Proyectos de formación en ciudadanía –con diversos sub-temas específicos– para jóvenes de áreas de riesgo, de forma que ellos ejerzan un liderazgo positivo en sus comunidades y se conviertan en agentes catalizadores contra la violencia;
- Proyectos culturales y recreativos dirigidos a la juventud. Un ejemplo son las actividades culturales organizadas en las escuelas después de las clases. En ocasiones, las actividades recreativas son organizadas en lugares y horarios de alto riesgo de violencia, con lo que se consiguen objetivos de prevención social y situacional simultáneamente. Con estos programas se pretende estimular la autoestima de los niños y ofrecerles una forma constructiva de emplear su tiempo;
- Proyectos de salud, especialmente para los más jóvenes;
- Proyectos que dan apoyo jurídico y administrativo a personas no habituadas a manejarse con los mecanismos del Estado formal;
- Proyectos de asistencia social o de trabajo comunitario con miembros de bandas juveniles, para desincentivar la violencia;
- Campañas de educación pública en temas como la violencia doméstica o la resolución de los conflictos a través de mediaciones;
- Centros de acogida para víctimas de la violencia (violencia doméstica, etc.).

En muchas municipalidades, los programas de prevención de la violencia constituyen en verdad una reconceptualización terminológica de viejos proyectos asistenciales de larga tradición. Esta reconceptualización puede estimular la focalización y la reflexión sobre cómo integrar en la práctica el funcionamiento de diversos proyectos.

En Recife, por ejemplo, el programa Bolsa-Escola concede un subsidio a las madres de familias pobres para que mantengan sus hijos en la escuela. Se trata del programa estrella de la administración municipal, que otorga valores económicos muy superiores al de su homónimo federal. Como parte de la reflexión sobre la prevención de la violencia, el programa ahora mantiene como uno de sus criterios de selección, además de la renta, beneficiar a mujeres de presos con hijos en edad escolar.

En Vitória, el programa “*Agente Jovem de Desenvolvimento Social e Humano*” forma jóvenes en la prevención de enfermedades, protección del medio ambiente o ciudadanía. El programa tiene como uno de sus criterios de selección incorporar a jóvenes que hayan sido condenados por cometer delitos. Por otro lado, el programa funciona integradamente con el programa *Terra*, de prevención del deterioro ambiental, pues los mismos jóvenes formados por el programa son los que

conciencian a sus comunidades para el trabajo de preservación de los manglares.

Los programas de prevención policial constituyen iniciativas en las que el poder local actúa a través de una fuerza policial para que ésta, a través del patrullaje en la calle, de la policía comunitaria o de algún otro mecanismo, ayude a reducir la incidencia delictiva. Estos programas dependen, obviamente, de la capacidad de los municipios de articular fuerzas policiales. Una opción es la cooperación con las policías estatales, pero las resistencias a un efectivo control municipal son muchas, de tipo político, administrativo y cultural. De hecho, las experiencias de policía comunitaria —el paradigma más notorio de prevención policial en estos momentos— son casi siempre iniciativas de las autoridades estatales de seguridad pública.

Otra opción más común es la participación de la Guardia Municipal, para aquellos municipios que la poseen. De hecho, una cuestión central en el debate sobre seguridad pública municipal en el país es el perfil y el tamaño de la Guardia Municipal. El papel constitucionalmente previsto para la misma es la vigilancia de edificios públicos, parques y monumentos. Sin embargo, la diversidad de situaciones en la práctica es bastante grande. Muchos municipios no tienen aún Guardia Urbana y otros las han creado recientemente. Vitória, por ejemplo, que ha sido escenario desde los años 80 de iniciativas de prevención, no tenía guardia hasta el año 2004. En otros casos, las guardias han sido reformadas y expandidas. Algunas Guardias, particularmente en São Paulo, usan armas de fuego,⁷ lo que aumenta el riesgo para los agentes y puede disminuir su potencial de trabajo comunitario. Si las guardias se transforman en policías comunes, se perdería un actor diferenciado en la seguridad pública. Los casos en Brasil oscilan entre guardias que aspiran a ser policías militares y guardias que se dedican sólo a vigilar edificios públicos, escuelas y parques, o a ordenar el tránsito.

Un buen ejemplo de un programa de prevención policial es la aplicación de la llamada “Ley Seca” en Diadema. Como ya fue explicado, este municipio presentaba altísimas tasas de homicidio durante los años 90, que le convirtieron en símbolo de violencia para el conjunto del país. Un estudio sobre los homicidios mostró que 60% de ellos sucedían en bares o en áreas próximas durante la noche. El municipio estableció en 2002 el cierre de los bares a partir de las 23 horas. Algunos locales cuentan con permiso excepcional para operar después de este horario, siempre que cumplan determinados requisitos: Ambiente cerrado, servicio de seguridad propio y no haber registrado casos de violencia en el pasado reciente. Este último elemento convierte a los dueños de tales bares en agentes activos de la prevención de la violencia.

En una intervención cuidadosamente diseñada para lograr el apoyo de la Fiscalía y de los juzgados, patrullas nocturnas de la Guardia Municipal junto con la Policía Militar vigilan el cumplimiento de la ley. Cualquier bar que sea notificado tres veces por no cumplir la normativa pierde la licencia, aunque el dueño puede optar por otra actividad comercial si desea seguir operando. El cierre de los locales no es efectuado durante la noche, para no generar conflictos innecesarios con los clientes, sino durante el día.

Evaluación de los proyectos

Tanto los programas federales como los estatales y municipales necesitan de una evaluación de resultados que apunte caminos y genere apoyo público y político para las iniciativas exitosas. Sin embargo, el escenario en este campo es desolador. En general, los programas no cuentan con evaluaciones de impacto que muestren en qué medida alcanzaron los resultados propuestos.

De hecho, existen algunos informes evaluativos, pero suelen estar referidos a meras evaluaciones de implementación –actividades realizadas, número de beneficiarios, etc.– o constituyen auditorías para ver cómo se gastó el dinero. En ambos casos, se deja de lado la cuestión central del impacto. Por otro lado, no es raro que tales informes se centren en dimensiones como la participación y la movilización popular que, con ser importantes, son variables intermedias. No reflejan la evolución de aquello que los propios programas reconocían como su objetivo principal: la reducción de la delincuencia y del temor.

La tradicional deficiencia de los datos en este campo no contribuye a la hora de realizar una evaluación rigurosa. De hecho, muchos planes municipales incluyen la meta de mejorar la producción y el acceso a las informaciones de seguridad pública, pero muy pocos muestran resultados satisfactorios.

Esos “informes de evaluación” suelen ser elaborados por los propios técnicos que condujeron los proyectos, por lo que tienden a ser auto-elogiosos o a dar por descontado que los efectos procurados aparecerán una vez realizadas las actividades. Raramente el esfuerzo evaluativo es desarrollado por una agencia independiente, técnicamente capaz y neutral con relación al programa.

Una evaluación de calidad debe ser proyectada juntamente con la intervención, para que se destinen recursos, se programen las actividades de evaluación y, sobre todo, se realicen las medidas anteriores a la intervención que puedan ser comparadas con las medidas posteriores, con el fin de registrar el cambio que pueda ser producto de la misma. La evaluación de impacto es metodológicamente compleja –la forma ideal de llevarla a cabo es a través de un grupo experimental y un grupo de control–, requiere personal cualificado y datos precisos, pero jamás podrá ser realizada si no se conoce la situación previa a la intervención cuyo impacto se desea medir. Idealmente, toda evaluación de un proyecto de cierto porte debe ser realizada, al menos en parte, por instituciones independientes cuyo trabajo no esté directamente vinculado al resultado de la misma.

Las evaluaciones en el área de seguridad pública y de prevención son particularmente difíciles,⁸ en función de diversos fenómenos (migración de la delincuencia de un área para otra, multiplicidad de dimensiones, efectos a mediano y largo plazo, etc.). Sin embargo, son de extrema importancia para garantizar la continuidad de los programas y para dirigir los recursos de forma eficiente. La

mayoría de los programas adolece de discontinuidad y transcurre en períodos demasiado breves, lo que dificulta la evaluación. Pero no es menos cierto que sin evaluaciones que revelen efectos claros será difícil conseguir financiamiento a largo plazo para esos mismos proyectos.

NOTAS

1. En este sentido, seguía la tendencia estadounidense de militarizar el combate a las drogas.
2. En este episodio, la policía cercó a un asaltante que estaba dentro de un autobús urbano y los pasajeros fueron tomados como rehenes. Después de horas de tensión retransmitidas en vivo por la televisión, la policía abortó la negociación e intentó matar al delincuente. El fallo en el disparo de la policía provocó la muerte de un rehén a manos del asaltante. Este último fue preso y fue asfixiado hasta la muerte dentro de un furgón de la policía.
3. G. Mingardi, *Tiras, Gansos e Trutas. Segurança Pública e Polícia Civil em São Paulo (1983-1990)*, Porto Alegre, Corag., 2000.
4. En esa masacre, policías militares asesinaron aleatoriamente a un total de 29 personas, aparentemente para desestabilizar al comandante de su batallón, que estaba introduciendo medidas moralizadoras y de control.

CESEC/ FASE / JUSTIÇA GLOBAL/ Laboratório de Análise da Violência / UERJ/ SOS QUEIMADOS/ VIVA RIO Impunidade na Baixada Fluminense. In prensa.
5. Existe un proyecto de ley que propone la "desconstitucionalización" del modelo policial, o sea, retirar la mención existente en la Constitución para que cada estado escoja el modelo que le parezca oportuno.
6. J.T. Sento-Sé (org.), *Prevenção da Violência: o papel das cidades*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005.
7. Esta cuestión no contemplada en la legislación ha sido legitimada a posteriori por el *Estatuto de Desarmamento* de 2003, para municipios de un cierto tamaño.
8. WORLD BANK, Department of Finance, Private Sector and Infrastructure. Latin American Region, *Prevenção Comunitária do Crime e da Violência em áreas urbanas da América Latina: um Guia de Recursos para Municípios*, 2003.

TOM FARER

Decano de la Escuela de Altos Estudios para Graduados de la Universidad de Denver, director de su Centro de Cooperación para China y los Estados Unidos y profesor honorario de la Universidad de Pekín. Fue presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dependiente de la Organización de Estados Americanos y de la Universidad de Nuevo México, así como editor honorario del *American Journal of International Law* e integrante del comité editorial del *Human Rights Quarterly*. Ha sido miembro del *Smithsonian's Woodrow Wilson Center*, del *Carnegie Endowment* y del *Consejo de Relaciones Exteriores*, y ocupado cargos en los departamentos de Estado y de Defensa de los Estados Unidos de América. Sus artículos se han publicado, por ejemplo, en el *London* y el *New York Review of Books*, *Foreign Affairs* and *Foreign Policy*, en el *American Journal of International Law*, *World Politics*, *International Organization* y en las publicaciones sobre leyes de las universidades de Harvard y de Columbia. Su libro más reciente es *Transnational Crime in the Americas* (Routledge 1999) y su trabajo más nuevo, 'The Interplay of Domestic Politics, Human Rights & U.S. Foreign Policy', se encuentra en *Wars on Terrorism and Iraq: Human Rights, Unilateralism and U.S. Foreign Policy* (Routledge 2004, disponible en breve).

RESUMEN

Al prohibir el uso de la fuerza, excepto en defensa propia contra un ataque armado o cuando lo autoriza el Consejo de Seguridad, la Carta de Naciones Unidas se presenta como la culminación de un sistema de orden internacional basado en la doctrina de la soberanía de los Estados. El resultado acumulativo de las acciones relativas a la legislación internacional, omisiones y declaraciones de la Administración de Bush desde su origen, puede verse como un desafío fundamental al sistema de soberanía de los países. La estrategia de seguridad que declara la Administración es una respuesta posible a los retos indudablemente graves a la seguridad nacional y humana. De hecho, sólo la alianza institucionalizada entre los Estados Unidos y la serie de estados relacionados con éste puede aspirar a manejar dichos retos exitosamente, en parte debido a que sólo ella posee la legitimidad requerida. Dicha alianza o concierto de naciones podría organizarse dentro del marco de la ONU, aunque intensificando sus elementos jerárquicos. (Original en inglés, traducido por Alex Ferrara)

PALABRAS CLAVES

Administración de Bush - Uso de la fuerza - Defensa propia - Soberanía Estatal - Seguridad nacional y humana - Legitimidad



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

HACIA UN EFICAZ ORDEN LEGAL INTERNACIONAL: ¿DE COEXISTENCIA A CONCERTACIÓN?

Tom Farer

El estado actual del orden legal internacional

Desde su nacimiento en las mentes de las élites europeas de hace unos cuatro siglos hasta la última parte del siglo veinte, se consideraba que el derecho internacional facilitaba la coexistencia –en cuanto a que expresaba sus condiciones– entre comunidades políticamente organizadas, sin reconocer ninguna autoridad superior.¹ Surgió gradualmente a partir de la derrota de las ambiciones imperiales de Hapsburg y de los respectivos reclamos papales para gobernar las vidas morales y espirituales de la cristiandad. En un proceso comparable al desarrollo aluvional de orden entre los habitantes indígenas de aldeas remotas sin instituciones políticas formales, los líderes de las comunidades europeas –que disfrutaban de una independencia de facto unos respecto de otros, a pesar de su estrecha relación y de compartir culturas, historias y valores similares como para no verse como especies diferentes–, inevitablemente desarrollaron una comprensión compartida acerca de la naturaleza de su relación y acerca del modo correcto de tratar los casos en los que los derechos soberanos se superponían, o en los que el *locus* o los *indicia* de soberanía eran inciertos.

En general, los gobernantes debían vivir como propietarios, libres para hacer prácticamente todo lo que desearan con sus respectivos estados. La Carta de las Naciones Unidas llevó la lógica de la igualdad de derechos y obligaciones un paso más allá al prohibir el ejercicio de la fuerza para privar a un estado de su territorio, así como a la toma autónoma de decisiones y a las decisiones

Ver las notas del texto a partir de la página 175.

para el cumplimiento de la ley que tuvieran el mismo alcance que la idea de un estado soberano.²

Durante la Guerra Fría, la prohibición de la Carta dominó el discurso sobre las obligaciones de los estados. Sin embargo, durante las casi cuatro décadas y media que pasaron entre la fundación de Naciones Unidas y el evidente fin de esa guerra, los Estados Unidos, usando ya fuera fuerzas regulares o delegadas, invadieron Guatemala, Cuba, República Dominicana, Granada y Panamá, mientras que la Unión Soviética hizo otro tanto con Hungría, Checoslovaquia y Afganistán. Además, ambos hicieron caso omiso de los ostensibles derechos soberanos de otros estados, utilizando una sarta de medios ilícitos menos extravagantes que una invasión para manipular su política interna.³ Cuando se trató de no tener en cuenta las restricciones de la Carta respecto de la intervención en general y del uso de la fuerza en particular, obviamente las superpotencias no estuvieron solas. Francia, por ejemplo, armó y desarmó gobiernos en el África Occidental a su agrado.

Algunos de estos delitos *prima facie* fueron condenados por los abogados internacionales más académicos, así como por la gran mayoría en la Asamblea General de las Naciones Unidas, y una organización de tratado regional,⁴ aparentemente decidió mantener, con alguna excepción casi marginal, la posición de que los únicos usos de la fuerza legítimos bajo la Carta son en caso de autodefensa contra un ataque armado real o inminente, o bien autorizado por el Consejo de Seguridad.⁵ En lo que respecta a la vieja agresión con saqueo, la respuesta decisiva a la invasión de Irak a Kuwait en 1991 evidenció la fortaleza continua del apoyo colectivo a la integridad de las fronteras debido a la Guerra Fría. Pero mientras que en la autorización a la Operación Tormenta del Desierto las Naciones Unidas parecieron reafirmar las prerrogativas de soberanía reconocidas desde hacía mucho tiempo, las atenuó hasta cierto punto al autorizar la intervención en países para proteger, sobre todo a su población, del asesinato y la miseria que resultara del colapso de la autoridad pública (Somalia y Haití 2) o de su abuso combinado con un conflicto civil espantoso (Sierra Leona y Liberia), o de su abuso después de que los putschistas se apoderaran de la autoridad pública (Haití 1), o de un conflicto civil homicida agravado por la intervención extranjera (Bosnia). La invasión no autorizada a Irak del año pasado, poco después de la intervención humanitaria de la OTAN en Serbia respecto del problema de Kosovo y vista a la luz de delitos múltiples de las superpotencias durante la Guerra Fría y de las múltiples intervenciones de Francia en los estados supuestamente independientes del África Occidental, llevó a muchos comentaristas a concluir que el Derecho Internacional perdió, al menos temporariamente, su capacidad de servir como un mecanismo central guía para las relaciones internacionales.⁶ Eso aún está por verse. Podría decirse acaso que es simplemente no conseguir

guiar, mucho más que de costumbre, la política exterior de los Estados Unidos. Por más eficazmente que una mezcla de reglas y principios –a menudo incrustadas en instituciones burocráticas formales– pueda, como un asunto observable, estabilizar la conducta y las expectativas de una amplia gama de áreas temáticas tan diversas como los usos de los mares y la protección del perezoso de doble pecho,⁷ no constituirá un orden legal, a menos que se vea como instancia de un sistema general de autoridad que se aplica con razonable efectividad a todos los estados, y que se hace cargo de las preocupaciones existenciales de las comunidades humanas, que incluye pero no está limitado al tema de quién puede hacer uso de la fuerza y bajo qué circunstancias. El sistema también debe tener una regla ampliamente aceptada para identificar qué otras reglas tienen su estilo de legalidad, en el sentido de infundir un respeto superior a todas las demás normas societarias; lo que H.L.A. Hart⁸ llamó “la regla del reconocimiento”.

El consentimiento de las autoridades estatales, ya se manifieste en un texto formal o en una práctica consistente, ha sido la regla de reconocimiento del sistema internacional. No veo evidencia de un cambio importante en este aspecto, sino más bien un movimiento gradual o gradualmente más abierto hacia lo que podría denominarse creación de leyes e interpretación por un “consenso suficiente”. En ninguna otra instancia es esto más evidente que en el área de los derechos humanos. Hace veinticinco años, cuando la conducta sobre los derechos humanos de un importante número de países se vio desafiada – incluyendo a algunas naciones tan poderosas como la República Popular China – invocaron ruidosamente una supuesta inmunidad soberana a la apreciación externa de sus prácticas internas. Hoy en día, casi nunca se hace una defensa semejante.⁹ Los gobiernos han dejado de invocar la defensa de la soberanía cuando ésta dejó de resonar en sus pares. En efecto, aceptaron que la norma de la soberanía había disminuido, a pesar de sus objeciones.

No quiero exagerar este punto. Las murallas de la soberanía pasada de moda siguen fuertemente custodiadas. Sólo el año pasado, parte de los miembros de la ONU obstaculizó la presentación de una idea,¹⁰ liderada por Canadá y otros partidarios de la intervención humanitaria, en la que la soberanía debería estar condicionada en un estado por el cumplimiento de sus obligaciones de proteger la seguridad de su pueblo. La tensión entre el valor previamente dominante de la seguridad de estado y el creciente pedido de enfatizar la seguridad humana (con la seguridad de estado como un medio contingente para tal fin)¹¹ sigue siendo alta y divide no sólo a países democráticos ricos de otros semi-democráticos y menos desarrollados en el mejor de los casos, sino también a élites dentro de muchos países, incluyendo los democráticos. El fracaso de los Estados Unidos de asegurarse siquiera una mayoría mínima de votos del Consejo de Seguridad para su propuesta

ensayo de cambio de régimen en Irak, un país con un régimen monstruoso, podría leerse como un continuo apego de las élites gobernantes a las prerrogativas desalentadas de soberanía de estado.

La retirada del internacionalismo estadounidense

Si, como afirma el escritor neo-conservador Robert Kagan,¹² los europeos (los alemanes, sobre todo) ahora personifican la creencia en la resolución por vía legal de disputas entre países por medios pacíficos, mientras que los estadounidenses reconocen la fuerza como el árbitro inevitable, entonces estamos siendo testigos de algo cercano a un intercambio de roles históricos. En la Conferencia de La Haya de 1898, organizada a instancias del Zar de Rusia para promover la paz mundial, el principal representante de los EE.UU. habló de la guerra como de “un anacronismo, como el duelo o la esclavitud, algo que la sociedad internacional ha dejado atrás”, y propuso un acuerdo de arbitraje obligatorio en el caso de que las disputas entre países no pudieran resolverse por vía diplomática.¹³ Si bien EE.UU. reconoció una excepción para esas “diferencias” que fueran “de tal índole que obligara o justificara ir a una Guerra”, la delegación alemana rechazó su propuesta arguyendo que “los tratados para limitar el uso de armas y proporcionar un arbitraje ‘neutral’ de las disputas, le negó [a Alemania] su ventaja estratégica más importante: La posibilidad de movilizarse y atacar más rápida y efectivamente que cualquier otra nación”.¹⁴ En cualquier caso, sostuvieron los alemanes, la Guerra, tanto en sus fines como en sus medios, es una prerrogativa de soberanía que no está sujeta al juicio de terceros, un punto de vista no demasiado reñido con la furiosa hostilidad de los conservadores estadounidenses ante el proyecto de que la guerra estadounidense sea auditada por la nueva Corte Penal Internacional.¹⁵ De hecho, en lo que respecta a los fines, se hace eco de las opiniones de ciertos eruditos contemporáneos bastante respetables.¹⁶

Claro que la diferencia entre la retórica estadounidense empapada de ley y la *raison d'état* alemana se ablandó cuando las élites de los dos países miraron más allá de las relaciones entre lo que el estadista y abogado norteamericano Joseph Choate llamó “las grandes naciones del mundo”¹⁷ para ver las relaciones con lo que el historiador estadounidense John Fiske¹⁸ denominó “las razas bárbaras”.¹⁹ En una línea similar, el influyente intelectual alemán de comienzos del siglo XX, Heinrich von Treitschke, llamó al derecho internacional meras “frases, si sus estándares también se aplican a los pueblos bárbaros”. “Para castigar a una tribu negra,” escribió, “deben quemarse sus aldeas, y sin fijar ejemplos de este tipo, nada se logrará. Si el Reich alemán aplicara el Derecho Internacional en tales casos, no sería humanidad ni justicia sino una debilidad vergonzosa”.²⁰

No quiero exagerar el paralelo entre la insistencia alemana sobre las prerrogativas de soberanía (y la subsiguiente legitimidad de la fuerza como instrumento de la maquinaria de estado) y las afirmaciones de los Derechistas que gobiernan los EE.UU. en este momento. Para empezar, von Treitschke rechazó la idea de los límites legales tanto sobre los medios como sobre los fines de la guerra. En franco contraste, llevando adelante primero las guerras contra Afganistán y luego contra Irak, la administración de Bush ha celebrado, en general, su adhesión estricta a las leyes de la guerra, llegando a proclamar una nueva era histórica en la que la tecnología hace posible apuntarle a los gobernantes malvados en lugar de a las sociedades que subyugan. Más aún, la administración intentó en parte fundamentar su recurso para forzar interpretaciones de reglas legales y éticas mundialmente reconocidas, en lugar de reclamos acerca de las prerrogativas de soberanía no revisables.²¹

La invocación del derecho de autodefensa, reconocido por la Carta, contra un ataque armado en el caso de un gobierno de facto, (como el Talibán de Afganistán) que proporciona un refugio seguro a una organización terrorista bien organizada que golpeó repetidamente blancos estadounidenses, mató a más norteamericanos de los que murieron en Pearl Harbor (cuando el ataque japonés precipitó el ingreso de los EE.UU. a la Segunda Guerra Mundial), y amenaza con ataques continuados, no es un intervalo dudoso de la norma aplicable. Después de todo, todos los países de la OTAN, incluyendo los países europeos más pequeños que normalmente son los partidarios más fuertes de la Carta y del gobierno de la ley en los asuntos internacionales, reconocieron que los ataques del 11 de septiembre sobre Nueva York y Washington fueron actos de guerra,²² tal como lo hizo el Consejo de Seguridad mismo cuando adoptó una resolución que reconocía la aplicabilidad del derecho de autodefensa bajo las circunstancias creadas por el ataque.²³

Irak fue un intervalo pero, tal como han sostenido los defensores de la administración de Bush, no mayor del que hizo la OTAN cuando bombardeó a Serbia para que se sometiera a Kosovo, una acción considerada técnicamente ilegal, pero no obstante “legítima”, por la Comisión Internacional Independiente sobre Kosovo, compuesta por el tipo de progresistas cosmopolitas comprometidos con la disminución de la fuerza en los asuntos internacionales y el fortalecimiento de las instituciones y del derecho internacional.²⁴ En el caso de Kosovo, se consideró el recurso del uso de la fuerza, y finalmente fue aprobado por una organización multilateral de democracias (OTAN), que respondían a la amenazada comisión de un crimen de lesa humanidad (limpieza étnica de masas), a punto de ser llevado a cabo por un régimen recientemente asociado a otros crímenes, y también al de agresión (contra Bosnia). En Irak, los EE.UU. —respaldados por un Miembro Permanente del Consejo de Seguridad y por más de una treintena de países—

lograron que el Consejo de Seguridad adoptara resoluciones, basándose en hallazgos reiterados que dicho Consejo de Seguridad encontró en el Capítulo VII,²⁵ acerca del incumplimiento de un acuerdo de cese del fuego de 1991 firmado por el gobierno de Saddam Hussein, un agresor reincidente (Kuwait, 1991, después de Irán en 1982). Es más, en la década precedente, el Consejo había o bien consentido o bien promocionado mayores acciones militares limitadas de EE.UU. y el Reino Unido contra Irak, por violaciones a las condiciones del cese de fuego de 1991, y también por la defensa de las poblaciones kurda y shiíta contra el recrudecimiento de brutales violaciones a los derechos humanos, bordeando, en el primer caso, con el genocidio.²⁶

Pero Irak parece un intervalo modesto cuando se lo considera aislado de las acciones y reclamos que han determinado la política exterior estadounidense desde el advenimiento de la Administración de Bush en enero de 2001. Analizado, sin embargo, contra el telón de fondo de la Estrategia de Seguridad Nacional, emitida por la Casa Blanca en 2002²⁷ y de otras declaraciones de la Administración de Bush,²⁸ Irak se presenta mucho más como un desafío revolucionario al sistema de la Carta –y no sólo en lo que respecta a la limitación sin precedentes al recurso de la fuerza– ya que la Carta y la ONU misma son sólo partes de un diseño más grande, implícito en el surgimiento inicial de una construcción institucional internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Lo que motivó a los arquitectos de la ONU, de las instituciones financieras internacionales y del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) fue la creencia de que el sistema de equilibrio de poderes, determinado por el compromiso de las élites nacionales con la incesante acumulación competitiva y con la explotación del poder, es demasiado peligroso de sostener e incompatible con la demanda creciente de bienestar más que de países en guerra.²⁹ Un sistema internacional de libre comercio, facilitado por monedas estables (el acuerdo del FMI) y la regla de la nación más favorecida (el GATT), haría que los recursos naturales estuvieran disponibles para todos los países, eliminando uno de los incentivos clásicos para la agresión y estimulando la interdependencia. Estas instituciones políticas y económicas fueron los primeros elementos del sistema de administración para la sociedad y la economía globales que reemplazaría, con suerte, al sistema de guerra global que entre 1914 y 1918 trajo la muerte a escala planetaria. Fuera del Bloque Comunista, el sistema de comercio previsto y el orden financiero asociado a él crecieron y se lanzaron debido a cambios sísmicos en la información, las comunicaciones y las tecnologías de transporte, de modo que sesenta años después de la Segunda Guerra, poseemos el mundo interconectado que los arquitectos de 1945 vagamente pudieron imaginar. Tenemos lo que imprecisamente se llama “globalización”, pero ha ocurrido

en gran medida a través de actores privados y sin un desarrollo proporcional de las instituciones de administración pública, sobre todo en el terreno de los asuntos políticos y militares, en el que la Guerra Fría en gran medida paralizó al Consejo de Seguridad y limitó la cooperación para evitar un conflicto catastrófico entre las superpotencias.

El colapso del poder soviético en 1991 coincidió a grandes rasgos con el resurgimiento del optimismo económico y psicológico en los EE.UU. hasta producir un medio ambiente internacional semejante al imperante en 1945, pero con diferencias cuyos efectos potenciales no fueron claros de inmediato. La similitud consistió en la sensación generalizada, al menos en las políticas occidentales, de una nueva era llena de gran potencial para la cooperación entre los estados líderes para mejorar la condición humana.³⁰

La primera gran diferencia era la naturaleza absolutamente sin parangón del poderío militar estadounidense. El equilibrador soviético había desaparecido, y no había país ni coalición de países en el horizonte que pudiera reemplazarlo. Por primera vez en la historia de la humanidad, un único país podría desplazar una fuerza militar decisiva y convencional a cualquier rincón del globo en semanas, si no en días, a partir de la decisión de hacerlo. Tanto los defensores como los críticos de la supremacía estadounidense empezaron a referirse al ubicuo “Mundo Unipolar” actual.³¹ Una segunda diferencia era la realidad de una interdependencia e integración que probablemente superara la imaginación de los arquitectos de las instituciones de la segunda posguerra. Esto ya no era una mera cuestión de comercio transnacional y de flujos de inversiones, sino una producción transnacionalmente integrada, de redes de servicios y de sistemas vulnerables de energía y comunicación, que lograron que dicha integración fuera viable. La tercera diferencia entre las condiciones imperantes en 1945 y en 1991 fue el efecto acumulativo de la integración del mercado y de la revolución del transporte y de las comunicaciones sobre la cultura tradicional y sobre la conciencia política en la periferia global, junto con una extraordinaria aceleración del crecimiento poblacional. La proliferación demográfica llenó la campiña con gente en exceso; la revolución en el transporte y las comunicaciones les ha dado el incentivo y los medios para probar suerte en las ciudades, lejos de las fuentes tradicionales de autoridad moral y los ritmos de anclaje de la vida familiar rural, donde han formado agrupaciones de material socialmente combustible, sobre todo en las sociedades mal gobernadas del África y del Asia Occidental – agrupaciones que, dada la flexibilidad de las fronteras y la facilidad de desplazamiento, están desdibujando el límite entre el occidente y el resto. Desde dichas agrupaciones, los líderes –guiados no por la pobreza sino por el desafío de una cultura consumista y libertaria a su sentido de identidad y autoridad, e impulsados por un sentido de humillación por la debilidad político-militar

de sus sociedades ante un poder cultural y militar occidental— pueden conseguir reclutas para la guerra de guerrillas contra los EE.UU., sus aliados y sus colaboradores.

Dadas dichas características salientes del mundo de la Posguerra Fría, en 1991 habría sido razonable esperar de los líderes estadounidenses una creatividad institucional y normativa similar a la exhibida después de la Segunda Guerra Mundial. Por un lado, los EE.UU. gozaban de un poder militar relativo mucho mayor, y un alcance económico y cultural mucho mayores que el de sesenta años antes y, por otro lado, enfrentaron una serie de amenazas interrelacionadas a su seguridad nacional a largo plazo y al bienestar de su pueblo equiparable a la amenaza que el poder soviético y la ideología marxista le habían impuesto. Pero dichas amenazas carecían de algo a esa altura: De un nombre, de una cara y de un domicilio que los ubicara dentro de la plantilla maniquea de la cultura popular estadounidense.

En los años que siguieron a la disolución de la Unión Soviética, Washington dio algunas pistas retóricas de nuevas ambiciones para un nuevo orden internacional, en general en términos de un compromiso con la expansión planetaria de mercados libres y de la democracia liberal.³² Y una serie de hechos, como las intervenciones —poco entusiastas— en Somalía, Haití y los Balcanes se interpretaron como un compromiso germinal de los EE.UU. frente a un descuido multilateral institucionalizado de las condiciones dentro de las sociedades nacionales, para asegurar un nivel mínimo de seguridad entre sus habitantes.

Pero otras señales apuntaron en una dirección muy diferente para la política exterior estadounidense. Un documento redactado por los planificadores del Pentágono durante la presidencia de Bush padre, y que se filtró a la prensa,³³ defendía la preservación indefinida del dominio estratégico estadounidense, a pesar de que evitaba —y esto es interesante— la explotación de dicho dominio, si podían considerarse amenazantes para otros países. El tono unilateral del documento del Pentágono tenía un eco bipartidista en el discurso dado durante los primeros años de la Administración Clinton por la entonces Embajadora ante la ONU, Madelaine Albright. En él, declaraba que la Administración de Clinton recurriría a las organizaciones internacionales sólo porque servían para facilitar el logro de los intereses de los EE.UU., y no dudaría en perseguir los objetivos estadounidenses unilateralmente.³⁴ Como la futura Secretaria de Estado invocó como instancias ejemplares de acción unilateral la invasión de la pequeña isla caribeña de Granada durante la era Reagan y la invasión de Panamá por Bush padre —aventuras militares consideradas ampliamente como ilegales por el Derecho Internacional— Albright pareció estar anunciando la independencia estadounidense de las normas esenciales del orden global, así como de su institución esencial: los Estados Unidos.

Sin embargo, las políticas reales de la administración de Clinton incluyeron intentos para asegurar la apropiación de fondos del Congreso, necesarios para pagar atrasos presupuestarios estadounidenses a la ONU, apoyo para tratados internacionales sobre el medio ambiente y –en el final mismo de su mandato– la firma del Estatuto de la Corte Penal Internacional, objetivo rico en símbolos del rencor derechista. Así que, a pesar de sonar ocasionalmente como una actuación de derecha, las políticas de Clinton no estaban fuera del rango del movimiento general –o al menos de la preferencia abstracta– de la política exterior estadounidense durante el siglo veinte, a favor de la expansión del Derecho Internacional para regular la maquinaria de estado e incluso la conducta interna de los países hasta el punto de sacudir la conciencia del electorado estadounidense. De todas maneras, para todo aquél que anticipara un salto adelante en vez de un leve incremento en el alcance de las instituciones y del Derecho Internacional, las políticas de Clinton tenían que ser decepcionantes.

Entre otras razones para su cautela, cabe mencionar la desaparición, en el campo de la política exterior, de una cierta disciplina impuesta por el desafío elevado de la competencia americano-rusa en la Guerra Fría. Sin esos desafíos, el campo de la política exterior se tornó completamente accesible a los antagonistas en las guerras culturales que habían ardido en Estados Unidos desde la era de Vietnam. En ese campo, el tipo de delineador desvergonzado del interés nacional en términos brutalmente competitivos, que reflejaban el desprecio de la élite alemana de comienzos de siglo para el arbitraje de la ley en el marco de las relaciones internacionales, podía coalicionarse con los grupos religiosos derechistas que simpatizaban con la imaginería maniquea y, oportunamente, con libertarios hostiles a la regulación y a la administración pública, fueran nacionales o internacionales (pero sospechosos de las aventuras foráneas) y a las diásporas étnicas ansiosas de emplear el poderío estadounidense para derrotar adversarios de sus hermanos foráneos, en lugar de administrar el conflicto internacional de acuerdo con las normas de conducta generales.³⁵ Como he sugerido, uno de los vínculos entre dichos grupos era la hostilidad a las limitaciones a la discreción nacional que las instituciones internacionales, a menudo encapsuladas como la ONU y el Derecho Internacional, imponían. Y debido a razones demasiado complejas para resumir aquí,³⁶ y por tal motivo, no completamente claras,³⁷ durante las dos décadas anteriores a la presidencia de Clinton, subieron considerablemente el tono y la imaginería del discurso político.

La reñida elección presidencial del 2000 llevó a estos dispares antagonistas del proyecto sobre Derecho Internacional y construcción institucional al centro del poder mundial. Se terminó el incrementalismo tibio de Clinton. Se inició en su lugar un asalto feroz a la Corte Penal Internacional, seguido rápidamente

de un rechazo al propuesto protocolo de cumplimiento con la Convención de Armas Biológicas, al aborto de esfuerzos para aumentar la transparencia del sistema financiero global, para reducir su complicidad con la corrupción oficial, la evasión fiscal y el lavado de dinero³⁸ y el repudio (sin una oferta de alternativas) de las restricciones propuestas a las actividades que contribuyen al calentamiento global (o sea al Protocolo de Kyoto), para nombrar sólo las jugadas más conocidas.

Estos y otros actos y omisiones, por hostiles que sean a la visión que anima a los fundadores del sistema de la Carta de la ONU, no desafiaron aún al sistema mismo. Ese desafío esperó al acontecimiento desencadenante del ataque terrorista del 11 de septiembre, y a la subsiguiente declaración de un derecho y una disponibilidad para lanzar una guerra preventiva (engañosamente rotulada como “de prevención prioritaria”) contra cualquier país cuyas acciones o actitudes sean consideradas por el gobierno de los EE.UU. como una amenaza, inminente o no, a la seguridad de la nación. Incluso respecto de países –distinguibles de organizaciones terroristas sombrías sin una dirección fija ni un capital irrecuperable– la Administración propuso eliminar en lugar de desalentar el lanzamiento de guerras de elección contra estados que podrían convertirse en amenazas.³⁹ Una expansión tal del derecho de autodefensa es simplemente incompatible con el sistema de la Carta.

Como una especie de corolario a la doctrina de la guerra preventiva, la Administración de Bush anunció su intención de retomar el desarrollo de armas nucleares⁴⁰ para crear cabezas nucleares de bajo rendimiento que podrían usarse especulativamente contra puestos de comando enterrados y laboratorios.⁴¹ De este modo, atacó otro pilar del sistema de orden que evolucionó bajo el paraguas de la Carta, sobre todo la doctrina implícita de que, excepto posiblemente para advertir la derrota estratégica de países amenazadores, las armas nucleares sólo se usarían para impedir un ataque nuclear o como medio para mitigar las consecuencias de uno y para tomar represalias. Simultáneamente, violó al menos el espíritu del tratado de no proliferación nuclear, según el cual los países no nucleares renunciaron al derecho de adquirir tales armas a cambio de la promesa de las potencias nucleares de reducir este tipo de arsenal y trabajar en pos del desarme nuclear.⁴² Por esta razón, la declaración de Bush implícitamente confiaba en la amenazada aplicación del poder estadounidense en lugar de en un régimen multilateral para limitar la proliferación de armas nucleares.

El cumplimiento unilateral de un régimen selectivo de no proliferación, desafió no sólo a la Carta sino al sistema completo de soberanía de los países durante los últimos cuatro siglos, con su corolario de igualdad de derechos legales. Porque, ¿qué es más esencial a la idea de soberanía que la libertad para determinar cómo defender mejor la independencia política de un país

soberano y su integridad territorial? Una cosa es que los países renuncien por medio de un tratado al derecho a elegir los sistemas armamentistas más convenientes para impedir un ataque. Pero, ¿qué queda de la soberanía si un estado único, actuando unilateralmente, le puede negar a los otros la única arma que le impediría imponer su voluntad por cualquier problema que surgiera?

La perspectiva de un orden legal internacional a la luz de Irak

Los costos cada vez más altos de la ocupación en Irak y el rechazo de ciertos países importantes para ayudarlos a mantenerla, sin que el Consejo de Seguridad asuma un rol prominente en el control de la transición política en ese país, tiene que ser una experiencia de aprendizaje, por poco deseada que sea. Una lección es que la mayor parte del mundo, tanto del desarrollado como del que está en vías de desarrollo, se aferra a los elementos esenciales del sistema de orden proporcionado por las leyes sustantivas y procesales de la Carta. Sobre todas las cosas, sigue habiendo un apoyo fuerte hacia la invalidez presunta de cualquier intervención armada por parte de un estado en otro, sin la autorización del Consejo de Seguridad o, al menos en África, sin la autorización de una organización regional.

La Administración de Bush no ha demostrado que no adhiera a este amplio consenso a favor de las limitaciones al uso unilateral de la fuerza, siempre que las leyes no afecten a los Estados Unidos. No debería sorprendernos. Desde la perspectiva parroquial de una Unipotencia, el mundo normativo más feliz es aquél en el que ella sola, o ella y cualquier otro país ungido por ella, están autorizados con exclusividad para usar la fuerza con fines que no sean el de la autodefensa contra un ataque real o inminente. La mayoría de los demás países, sin embargo, no parece dispuesta a autorizar excepciones a los países que se consideran a sí mismos excepcionales. Así que, por el momento, estamos en un impasse.

La normativa disonante en el corazón del reino de la seguridad coexiste, claro, con la invocación de leyes y principios supuestamente autoritarios en diversas partes del archipiélago de regímenes transnacionales. Los gobiernos procesan pedidos de asilo y extradición, hacen cumplir la reglamentación pesquera en las zonas definidas por el Tratado sobre la Ley Marítima, intentan proteger, hasta cierto punto, las especies en peligro, cumplen con la Organización Mundial de Comercio, y así sucesivamente. La dinámica de la vida social transnacional genera expectativas, y el poder de reciprocidad impone una cierta medida de respeto por las leyes, así como la conveniencia, la eficiencia y la inercia alientan cierto grado de apoyo hacia las instituciones

a las que muchas de ellas pertenecen, donde se las elabora y se las ejecuta. Pero ante la experiencia de ser parte de un sistema integrado de orden que refleje y proteja los valores más profundos de sus miembros, el respeto por las expectativas –y agreggo, el miedo– yace sólo en cálculos inmediatos de utilidad, y ése es el terreno precario en el que se está en épocas difíciles, o cuando se enfrentan problemas que van en contra de importantes grupos de interés local.

Una reducción generalizada en la autoridad (y de allí hacia una conformidad) del Derecho Internacional y de las instituciones multilaterales, es sólo uno de los costos posibles que surgen de la actual renuencia de los Estados Unidos para aceptar las limitaciones normativas de sus propias elecciones respecto de los medios y fines de la maquinaria de estado. De importancia aún más inmediata es el impacto potencial sobre las normas y procesos para limitar el uso de la fuerza y sobre los esfuerzos por fortalecer las limitaciones en el mayor desarrollo y despliegue de armas de destrucción masiva. Pero quizá el más grave de todos los efectos secundarios que surgen de la hostilidad de la Administración de Bush hacia el proyecto de Derecho Internacional y construcción institucional es lo que los economistas llaman “costos de oportunidad”.

Los países con la capacidad colectiva de actuar no están tratando efectivamente ni la miseria extendida en amplias franjas de todo el mundo ni las fuentes no totalmente ajenas a la violencia nihilista e instrumental que azota a los seres humanos y erosiona las bases de la seguridad nacional. La difusión y el impresionante aumento del conocimiento tecnológico y de sus productos, junto con la explosión poblacional, la urbanización, las mayores presiones medioambientales, los desafíos desgarradores a los sistemas tradicionales de creencias y de identidades y los niveles de interpenetración política, económica, social y cultural sin precedentes, seguirán generando o intensificando patologías, incluso estigmatizando desigualdades respecto de posibilidades en la vida, que no sanarán. Con un grado variado de cooperación y éxito, las elites nacionales hacen frente a ciertos síntomas –como las redes transnacionales de terror, los conflictos genocidas o la hambruna visible en algún lugar miserable, para ir más allá de la tragedia cotidiana de la muerte por desnutrición– pero, en el mejor de los casos, sólo atizan sus raíces esporádicamente.

Ir a las raíces requiere niveles de recursos –humanos y materiales– que ningún país y ni siquiera los países de la OTAN juntos pueden desplegar.⁴³ Sólo una unión que incluya a los países no-occidentales más importantes podría reunir el aura requerida de legitimidad y de poder irresistibles. En un sentido, la unión sería un proyecto hegemónico multilateral, pero la hegemonía en este caso se constituiría con élites que gobernarán –en la mayoría de los casos pero no en todos– democráticamente, a una mayoría de los pueblos

del mundo, aunque sólo a un número pequeño de sus estados nacionales.

En el momento de su adopción, la Carta de la ONU aparentó, pero en verdad no logró, encarnar un compromiso de gran poder para el gobierno global, al menos en el área clave de la paz y la seguridad, porque las dos superpotencias ya estaban ceñidas en un forcejeo mayor por el mayor poder tradicional, y había menos países que se aferraban a sus imperios. Mientras que el final de la Guerra Fría parecía ofrecer una nueva oportunidad para reemplazar el sistema competitivo de estados por uno cooperativo sin precedentes históricos, ni la Unipotencia ni los participantes regionales importantes como China, Rusia y Francia estaban dispuestos psicológicamente para transformar —que es diferente que ajustar con grandes aumentos— una estructura marcada por una cooperación limitada y a menudo negociada bilateralmente con un problema a la vez. La incapacidad de la OTAN para asegurar la sanción del Consejo de Seguridad para la intervención en Kosovo dejó más explícitos los límites de esta organización. Y poco después, cuando la actual administración estadounidense reemplazó a la de Clinton, los Estados Unidos empezaron a alejarse incluso del incipiente proyecto de construcción de un orden que había avanzado con pesadez glacial durante la Guerra Fría y que se aceleró muy modestamente ni bien ésta terminó. O sea, cuando los países medianos y pequeños favorables al consenso multilateral y liderados por Canadá y Noruega,⁴⁴ intentaron mejorar la seguridad humana por medio de una Corte Penal Internacional, de las convenciones sobre niños soldados y minas terrestres, y de otras iniciativas rechazadas por los conservadores estadounidenses.

El ataque terrorista del 11 de septiembre no dejó lugar para la complacencia acerca de las condiciones del *statu quo* global. Pero en lugar de animar una búsqueda renovada hacia un orden cooperativo, inicialmente envalentonó a los defensores estadounidenses de un proyecto violento e imperial para reconstruir un mundo recalcitrante, el Prometeo desencadenado de los EE.UU.⁴⁵ Ahora, sin embargo, después de la ejecución caótica de su primer paso hacia ese fin, en medio de una ola creciente de hostilidad popular, incluso entre las políticas de los aliados tradicionales (dejando de lado los de las sociedades islámicas hasta entonces moderadas como Indonesia y Malasia), los partidarios del nuevo orden impuesto han perdido la iniciativa.⁴⁶

Dicha pérdida podría ser temporaria, sin embargo, sólo a la espera de un nuevo acto de terrorismo catastrófico. Porque los guerreros de derecha, a diferencia de muchos de sus oponentes desperdigados, reconocen las condiciones volátiles y peligrosas en las que vivimos y ofrecen una visión transformacional. Un sistema anárquico de estados soberanos es compatible con la seguridad estadounidense y, de hecho, humana, sostienen ellos, sólo cuando todos sus miembros son democracias capitalistas.⁴⁷ De ahí que la

superpotencia estadounidense deba aplastar, con la ayuda de los que estén dispuestos, el marco westfaliano e imponer un orden desigual, limitando la soberanía de los países considerados peligrosos o incompetentes, mientras se alienta a lo largo del tiempo –por el medio que resulte eficiente en los casos dados– la reestructuración de naciones autoritarias a imagen del capitalismo democrático.

Unas invocaciones icónicas de los EE.UU. como medio alternativo de orden no pueden competir con este proyecto proactivo. Tal como está actualmente constituida, la institución, a pesar de su brillante Secretario General, no da en la talla de las amenazas al orden, inmediatas o no, que se delinearon anteriormente. Invocarla no lleva a más que a una afirmación de incrementalismo indolente frente a riesgos catastróficos. Los pedidos de reforma institucional, particularmente por parte del Consejo de Seguridad, carecen también de fuerza política suficiente, particularmente dentro de la Unipotencia, al menos en parte porque las reformas previstas en sí mismas (agregando miembros y posiblemente limitando el veto) parecen ser y son respuestas en gran medida formales a un reto sustantivo. Los conservadores presentan un caso persuasivo para la propuesta de que, en el mundo tal como está, un sistema de orden guiado e inspirado por la virtud negativa de la tolerancia mutua es un barco con muchos capitanes –algunos incluso homicidas– llevando el timón adelante mientras el iceberg se acerca.

La alternativa multilateral al proyecto unilateral debe concordar con la respuesta visionaria de este último como peligro presente y futuro. Para que concuerde, también tendría que ir más allá de la anarquía Westfaliana, pero la separación sería mucho menos abrupta y el quiebre más estrecho. Después de todo, desde el comienzo, hubo elementos jerárquicos en el sistema de la Carta que coinciden con su purificación del paradigma Westfaliano. ¿De qué otra manera se explicaría la adjudicación de poderes que hace la Carta para el control a un Consejo de Seguridad de sólo quince miembros, cinco de los cuales son permanentes y con poder de veto y –tal como se concibió originalmente– el poder para dirigir las operaciones militares de la ONU por medio de oficiales extraídos de sus respectivas fuerzas armadas?⁴⁸ Más aún, como la Carta no previó la revisión de las decisiones del Consejo de Seguridad por parte de la Corte Mundial, podría decirse que le otorgó al Consejo de Seguridad autoridad ilimitada para determinar no sólo la naturaleza y la duración de las medidas de control, sino también la existencia de condiciones jurisdiccionales –“una amenaza a la paz”– como requisito para aplicarlas.

Durante la última década aproximadamente, el Consejo autorizó el uso de la coerción, de sanciones económicas y de la fuerza para obtener fines que van más allá de la prevención, la limitación o la terminación de conflictos entre países y las guerras civiles a gran escala derramándose peligrosamente

por las fronteras, que fueron foco de preocupación en el momento en que se adoptó la Carta. Al hacerlo, sentó un precedente desde los años setenta, cuando consideró que el gobierno de facto racista y blanco de Rodesia del Sur (ahora Zimbabwe) era una amenaza a la paz, si bien en ese momento tenía poca resistencia interna y no era necesario perseguir a sus disidentes a través de las fronteras vecinas.⁴⁹ El quid de la cuestión, entonces, es que un sistema de gobierno global, caracterizado por una estrecha cooperación entre los países líderes de hoy, dentro del marco del Consejo de Seguridad –por ejemplo, para imponer la terminación de un programa sospechoso de desarrollo de armas de destrucción masiva, para resolver un incipiente conflicto étnico, para deshacerse de un gobierno que comete brutales violaciones a los derechos humanos, o para asumir el mando de un país que se agita bajo el yugo de cleptócratas– no sería un concepto totalmente ajeno al paradigma de la Carta, si bien significaría un gran salto más allá del *statu quo*. Sólo un salto semejante, sin embargo, podría alcanzar los desafíos que se acumulan en nuestra era. Con la excepción de Rodesia (un caso residual de descolonización), y la primera intervención en Haití (donde el efecto de la ONU estaba promoviendo un juicio de organización regional acerca de quién constituía un gobierno legítimo del país,⁵⁰ el Consejo se ha preocupado por las condiciones internas de los países sólo en situaciones de crisis humanitarias –hambruna, genocidio, asesinato de masas– e incluso en esos casos, de manera errática. Pero jamás autorizó que una intervención tratara con los violadores crónicos de los derechos humanos; con regímenes que sobreviven a aplicaciones permanentes de tortura, detención arbitraria y asesinato ejemplar a tal punto que parezca lo normal, mucho menos con regímenes como el de Angola, que tortura y mata a sus ciudadanos indirectamente, robando el patrimonio público en lugar de producir productos públicos, o bien como el de Libia, que se apropió de gran parte del patrimonio para satisfacer las fantasías de un dictador.

Por lo que sabemos, jamás se contempló una propuesta que amenazara a los delincuentes en tales casos con su expulsión y con el reemplazo transicional de sus políticas vapuleadas bajo una administración fiduciaria de la ONU. Tampoco fueron contemplados incentivos positivos a los inescrupulosos para una reforma preventiva, mucho menos se agregó algo así al orden del día. Y hubo al menos tres razones que dan cuenta de ello. Una fue la anterior falta de interés estadounidense por la reconstrucción de países muy, pero no completamente fracasados. Otra fue la cierta oposición, dentro del Consejo, de uno o más Miembros Permanentes y de representantes del mundo desarrollado, conformados como lo están partes de él, por regímenes del tipo que acabamos de describir. Una tercera razón fue la ausencia de un mandato o de un mecanismo, para desarrollar planes abarcativos para la corrección de estructuras de estado, que garantizan la perpetuación de la pobreza de masas, la desocupación, el analfabetismo funcional, las enfermedades crónicas y

la alienación acumulativa del nuevo orden global. Al menos con respecto al Medio Oriente, la primera de estas razones ya no prevalece, ya que su desenlace y costo final para los EE.UU. posiblemente dependa de la intervención en Irak. La segunda y la tercera, la última determinada en gran medida por la primera, siguen siendo trabas para la acción.

Un proyecto multilateral, propenso a competir políticamente con el unilateral que domina la actual Administración Presidencial de los EE.UU., debe incluir una estrategia para inducir su remoción. El único medio concebible para obtener tal fin sería un compromiso histórico entre la Unipotencia estadounidense y el estrato siguiente de países con peso. La primera reuniría el gran proyecto arquitectónico –iniciado con el apoyo estadounidense posterior a la Segunda Guerra– para construir un sistema normativo e institucional suficiente para las tareas de gobierno global. Dicha reunión requiere que los EE.UU. abandonen su reclamo de tener derecho a un status excepcional, y presenten su declinación para reconciliar sus medios y propósitos preferidos con los de otros países. Estos últimos deberían abrazar la idea de que el propósito principal de gobierno debe ser la acción positiva, absolutamente necesaria para proteger el bien común, ya sea frente a amenazas a la paz y la seguridad, inmediatas o meramente en desarrollo, y se declare que la seguridad importante es la de los seres humanos, no meramente la de los “estados”, lo cual ha sido un eufemismo para hablar de una élite en control de un territorio nacional determinado. Tal compacto entre el hegemónico y el nivel siguiente de países influyentes, portaría la semilla de un orden legal real, acompañando y revitalizando el actual archipiélago de regímenes. Las condiciones históricas en las que se encuentran las élites de miembros potenciales de la concertación, les da un alivio de intereses comunes sin paralelo histórico, y sin embargo, siguen dependiendo primariamente del instrumento anticuado de la diplomacia bilateral para coordinar la cooperación –cuando tienen la disposición de cooperar– y para evitar o mitigar el conflicto.

El movimiento hacia la colaboración puede lograrse dentro del marco de la ONU y sin reformar al Consejo de Seguridad. Si puede haber un Grupo de los Ocho, ocupados por decisión propia básicamente en la coordinación del reino económico, para eso puede haber un Grupo de los Diez, Doce o Quince que acepte responsabilidades más amplias, reuniéndose en la sede, y aún más frecuentemente a niveles burocráticos más altos para coordinar las políticas. Podría contar con el apoyo de un secretario independiente o uno creado especialmente dentro de la ONU, en cualquiera de cuyos casos podría buscarse dentro de instituciones nacionales o internacionales dedicadas a la inteligencia, para que lo ayudara a identificar y priorizar los problemas, y a desarrollar planes operacionales para una acción coordinada, que utilice todos los instrumentos de la maquinaria de estado. Una vez aprobados por los gobiernos en cuestión,

donde la ejecución de los planes requiera una intervención armada, habría que presentarlos ante el Consejo de Seguridad para su autorización. Como en primera instancia, el concierto de países incluiría a todos los Miembros Permanentes más India, Japón, Alemania, Brasil, y posiblemente algunos países con mercados emergentes como Sudáfrica, Turquía, Indonesia y México, sería razonable esperar su aprobación, incluso de parte de un Consejo no reformado.

Dicho concierto de naciones estaría abierto a miembros adicionales que compartan sus compromisos (y sean capaces de contribuir sustancialmente) de extender los beneficios de una economía globalmente integrada, mitigando los incidentes dolorosos del crecimiento y de la integración planetaria, limitando la proliferación de armas de destrucción masiva, luchando contra los grupos terroristas transnacionales y las mafias comerciales, y eliminando la fuerza ilícita y los crímenes contra la humanidad. Basado en dichos principios constitutivos, un grupo de tal diversidad, tamaño y poder debería poder ofrecer las decisiones del Consejo de Seguridad, que reflejen el consenso previamente negociado del grupo con mayor legitimidad de la que tienen decisiones semejantes hoy en día, en parte debido a que el apoyo de la concertación induciría a la expectativa de un cumplimiento efectivo.

La legitimidad, por supuesto, es una cuestión de grado. El mundo le está haciendo frente a un choque no de civilizaciones sino de culturas: La humanista de un lado, y la chauvinista/milenarista por el otro –un choque que es interno de cada civilización histórica. El concierto de naciones y sus fines son expresiones e instrumentos del proyecto humanista. Se refieren a la expansión a todos los pueblos de las buenas cosas de este mundo, y piden cooperación y tolerancia a través de las líneas nacionales, religiosas y étnicas. Así, son implícitamente hostiles a la postura mundial de los fanáticos nacionalistas y de los religiosos extremistas de todo el mundo, y no menos en los EE.UU.

Conclusión

El movimiento hacia tal concierto de países líderes quizá deba aguardar desastres más espantosos que el del 11 de septiembre, o podría ser guiado por la acumulación constante de costos para el orden y el bienestar, que evidencian más vívidamente la insuficiencia de la actual mezcla de normas refutadas y de instituciones inconexas y generalmente débiles. O podría no suceder nunca. Sean cuales fueren las insuficiencias, el orden actual de las cosas, como cualquier orden instituido de poder, autoridad y riqueza, está rodeado de un aura de inevitabilidad, y con una acumulación enquistada de intereses, furiosamente resistentes al cambio. La respuesta más fácil a los traumas, grandes y chicos, es suponer que hacer más de lo mismo pero con mayor energía y mayores recursos evitará traumas nuevos.

Como un hombre con un martillo en la mano que cree que todos sus problemas son clavos, los EE.UU. con su hipertrofiado poder militar⁵¹ tiene la tendencia a creer que los problemas se resuelven mediante soluciones militares, una tendencia agravada por el asalto ideológico, impresionantemente efectivo dentro del país, de la idea de autoridad pública como instrumento para abordar las desigualdades de riqueza y de poder, y también por la atracción ejercida sobre importantes grupos electorales de modelos maniqueos y apocalípticos para identificar amenazas y recetar respuestas.⁵²

Washington, de todos modos, sigue siendo la fuente más plausible de cualquier iniciativa para delinear un concierto efectivo. Tal iniciativa podría iniciarse con un llamado falsamente modesto para una consulta habitual entre los países en cuestión, asistidos por una secretaria de planeamiento, formada por expertos secundados y un directorio de funcionarios con experiencia, uno por cada país, con acceso directo a sus respectivos jefes de gobierno. En teoría, por supuesto, un grupo de socios potenciales de Washington podría armar una propuesta así, fortaleciendo de este modo la mano de los multilateralistas estadounidenses. Pero dada su heterogeneidad, su costumbre de tratar con los EE.UU. bilateralmente, y sus preocupaciones políticas y sociales individuales (así como la sensibilidad de la mayoría de élites nacionales no europeas a medidas y precedentes que tiendan a disminuir sus propias prerrogativas soberanas), como grupo son improbables instigadores de nuevas propuestas constructivas. Y las propuestas que emanan sólo de los europeos pueden carecer del peso necesario para concitar el interés estadounidense.

“Las viejas ideas”, escribió John Dewey hace casi un siglo, “ceden lentamente; porque son más que formas y categorías abstractas y lógicas. Son costumbres, predisposiciones, actitudes de aversión y preferencia profundamente enraizadas”.⁵³ La suposición realista de que la cooperación entre los países poderosos nunca podrá ser más que una cuestión de conveniencia temporaria, una mera táctica dentro de la lucha inmutable por el poder, es una vieja idea alojada en la conciencia de la mayoría de las élites gobernantes. Sin embargo, frente a las graves amenazas a la seguridad y la riqueza de los poderosos, algunos realistas confirmados están comenzando a desplazarse hacia la visión constructivista de que las identidades y los intereses son plásticos. El ex Secretario de Estado Henry Kissinger,⁵⁴ una vez la personificación misma de la óptica realista para los asuntos públicos, defiende el compromiso de los EE.UU. con China, rechazando el pedido de restricciones para el intercambio económico para demorar el crecimiento de China.⁵⁵ Un orden legal basado en un concierto de naciones líderes es posible, si la intuición constructivista gana conversos similares.

NOTAS

1. A pesar de la utilidad general de la palabra "coexistencia", ésta puede dar lugar a error en cuanto a que los participantes más grandes en la construcción del Derecho Internacional no concedieron a los más pequeños el derecho a persistir, y los más grandes durante muchos siglos no se abstuvieron de apropiarse por la fuerza de una parte del territorio de los más chicos y de su gente. La coexistencia, por ejemplo, no evitó que Polonia fuera redividida tres veces por sus vecinos más poderosos –Rusia, Prusia y Austria– entre 1764 y 1795. De todos modos, mientras un estado ocasionalmente se apoderaba del territorio y de la población de otro, hasta que lo lograba, no tenía derecho reconocido a preocuparse por la manera como su vecino organizaba su sociedad y su economía, legitimaba su dominio o coercionaba a su población. Ésos eran asuntos que se determinaban a discreción de los diversos reyes y oligarcas. Podría afirmarse entonces, como lo han hecho otros, que el único valor común –o podríamos decir constitucional– del sistema fue la tolerancia de la diversidad.

2. T. Farer, "Law and War", en C.E. Black and R.A. Falk (Eds.), *The Future of the International Legal Order*, Princeton: Princeton University Press, 1969.

3. S.C. Schlesinger & S. Kinzer, *Bitter Fruit: The Story of the American Coup in Guatemala*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999; M. Kinzer, *All the Shah's Men: An American Coup and the Roots of Middle East Terror*, Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2003.

4. T. Farer, "Panama: Beyond the Charter frame", *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990, págs. 503-515; and "A paradigm of legitimate intervention", en L.F. Damrosch (Ed.), *Enforcing Restraint: Collective Intervention in Internal Conflicts*, New York: Council on Foreign Relations, 1993.

5. Para un análisis más detallado de la práctica de los estados en la interpretación de las restricciones del Estatuto respecto del uso de la fuerza, ver T. Farer, "Panama: Beyond the Charter frame", *American Journal of International Law*, vol. 84, 1990, págs. 503-515; T. Farer, "A paradigm of legitimate intervention", en L.F. Damrosch (Ed.), *Enforcing Restraint: Collective Intervention in Internal Conflicts*, New York: Council on Foreign Relations, 1993; T. Farer, "Humanitarian intervention before and after 9/11: Legality and Legitimacy", en J.L. Holzgrefe y R.O. Keohane (Eds.), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; T. Farer, "Beyond the Charter frame: Unilateralism or condominium?", *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, págs. 359-364; T. Farer, "The prospect for international law and order in the wake of Iraq", *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, págs. 621-628. Ver también C. Joyner, "Reflections on the lawfulness of invasion", *American Journal of International Law*, 1984, vol. 78, págs. 131-144.

6. Glennon –en M. J. Glennon, "The new interventionism", *Foreign Affairs*, vol. 78, mayo/junio, 1999, págs. 2-7; *Limits of Law, Prerogatives of Power: Interventionism after Kosovo*, New York, Palgrave, 2001– ve el agotamiento del sistema de seguridad colectiva del Estatuto. Si bien Thomas Franck (T. M. Franck, "Break it, don't fake it", *Foreign Affairs*, vol. 78, julio/agosto, 1999, págs. 116-118) está en desacuerdo con prácticamente todos los puntos del análisis de Glennon, parece concluir que el Derecho Internacional está temporariamente sobrecargado por una reafirmación violenta de una *raison d'état* y no ve ninguna posibilidad cercana de resurgimiento.

7. En la críspida formulación de Steven Krasner (S. Krasner, 'Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables', en S. Krasner (Ed.), *International Regimes*, Ithaca: Cornell University Press, 1983, págs. 1-21.), los regímenes son "principios, normas, reglas, implícitos o explícitos, y procedimientos de toma de decisiones en torno de los cuales las expectativas de los actores convergen en un área dada de relaciones internacionales".

8. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961.

9. Pude presenciar este tipo de conducta de estado de primera mano mientras fui miembro (y durante dos periodos, presidente) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (1976-83).

10. Un informe—"The responsibility to protect" (disponible en <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/iciss-ciise/pdf/Commission-Report.pdf> >, consultado el 11 de septiembre, 2006_)— fue encargado por la Comisión Internacional sobre la Intervención y la Soberanía de los Estados, establecida por el Ministro canadiense de Relaciones Exteriores Lloyd Axworthy, después de que Kofi Annan diera su controvertido discurso ante la Asamblea General de la ONU sobre soberanía e intervención en 1999. A pesar de la afirmación del Secretario General respecto de que el Consejo de Seguridad de la ONU "recibió favorablemente" el Informe, "los resultados concretos de la reunión están mezclados. Hay poco interés en el Consejo para comprometerse con principios que lo forzarían a actuar prematuramente": S. N. MacFarlane, J. Welsh & C. Thielking, "The responsibility to protect: Assessing the report of the International Commission on intervention and state sovereignty", *International Journal*, 2003, vol. 57, págs. 489-502.

11. Como el Programa de Seguridad Humana del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio de Canadá lo definen: "*La Seguridad Humana es un enfoque de la política exterior centrado en la gente, que reconoce que la estabilidad perdurable no puede alcanzarse hasta que la gente no esté protegida de amenazas violentas a sus derechos, a su seguridad y a sus vidas*". Ver <http://www.humansecurity.gc.ca/psh_brief-en.as>, consultado el 29 de agosto de 2006.

12. R. Kagan, *Of Paradise and Power: America and Europe in the New World Order*, New York: Knopf, 2003.

13. P13. H. Maguire, *Law and War: An American Story*, New York: Columbia University Press, 2000, pág. 48.

14. *Ibid.*, pág. 48.

15. La administración de Clinton se opuso a la inclusión de crímenes contra la paz (es decir, al recurso ilegal de la fuerza) entre los delitos sujetos a la jurisdicción de la Corte (ver Human Rights Watch, "Human Rights Watch condemns United States' threat to sabotage Corte Penal Internacional", Press Release, 1998, 9 de julio, disponible en <<http://www.hrw.org/press98/july/icc-us09.htm>>, consultado el 29 de agosto, 2006.) Los conservadores (por ej., J. Bolton, "The global prosecutors", *Foreign Affairs*, vol. 78, Enero/febrero, 1999, págs. 157-164.), se opusieron a que la Corte siquiera juzgara a cualquier estadounidense, incluso acusado de genocidio o de otros crímenes de lesa humanidad.

16. J. Yoo, "International law and the war in Iraq", *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, págs. 11-23; cf. R. Wedgwood, "The fall of Saddam Hussein: Security Council mandates and preemptive self-defense", *American Journal of International Law*, vol. 74, 2003, págs. 24-34;

- P. Zelikow, "The transformation of national security: Five redefinitions", *National Interest*, vol. 71, 2003, págs. 17-28.
17. P. H. Maguire, *Law and War: An American Story*, New York: Columbia University Press, 2000, pág. 69.
18. Coiner of the term 'manifest destiny'.
19. P. H. Maguire, *Law and War: An American Story*, New York: Columbia University Press, 2000, pág. 50.
20. *Ibid.*, pág. 50.
21. W.H. Taft IV & T.F. Buchwald, "Preemption, Iraq, and international law", *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, págs. 5-10.
22. Declaración del Consejo del Atlántico Norte, 12 de septiembre de 2001, *Press Release (2001) 124*; disponible en <<http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm>>, consultado el 29 de agosto de 2006.
23. En la Resolución 1368 (del 12 de septiembre de 2001), y especialmente en la Resolución 1373 (del 28 de septiembre de 2001).
24. La Comisión también fue autorizada por el Secretario General de la ONU Kofi Annan. El texto completo del informe se encuentra en <<http://www.reliefweb.int/library/documents/thekosovoreport.htm>>, consultado el 29 de agosto de 2006.
25. Se puede encontrar un análisis de las Resoluciones del Consejo de Seguridad más importantes –y del "caso" global que estaba armando EE.UU– en el texto borrador de la resolución ofrecido por EE.UU., España y el R.U. el 7 de marzo de 2003 en <<http://www.casi.org.uk/info/undocs/sres/2003/20030307draft.pdf>>, consultado el 29 de agosto de 2006.
26. W.H. Taft IV & T.F. Buchwald, "Preemption, Iraq, and international law", *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, págs. 5-10.
27. Disponible en <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>>, consultado el 29 de agosto de 2006.
28. Por ejemplo, el discurso de apertura de Bush dado en la West Point Academy en junio de 2002, en <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/06/20020601-3.html>>, consultado el 29 de agosto de 2006.
29. Según George y Sabelli (S. George & F. Sabelli, *Faith and Credit: The World Bank's Secular Empire*, Boulder, CO: Westview Press, 1994.), "una y otra vez, los *Procedimientos* de Bretton Woods resaltan la obsesión de gobernar de estos líderes de un mundo destrozado por la guerra: no volver nunca a "las depreciaciones competitivas de moneda, a la imposición de restricciones de cambio, a las cuotas de importación y a otros medios que no han hecho más que ahogar el comercio' que arrojaron al planeta de bruces contra el conflicto más devastador de su existencia". Sobre la influencia sobre la creación sobre todo de IBRD de John Maynard Keynes, ver R. Skidelsky, *John Maynard Keynes: Fighting for Freedom, 1937-1946*, New York: Penguin, 2002.
30. Ver, por ejemplo, la referencia al nuevo orden mundial que realizó el entonces Presidente George H. W. Bush en 1991, al dirigirse al Congreso de los EE.UU. en su Estado de la Unión: <http://www.presidency.ucsb.edu/site/docs/doc_sou.php?admin=41&doc=3>, consultado el 29 de agosto de 2006.

31. Por ej. C. Krauthammer, "The unipolar moment", *Foreign Affairs*, vol. 70, 1990, enero/febrero, págs. 23-33.
32. A. Lake, "Confronting backlash states", *Foreign Affairs*, marzo/abril, vol.73, 1994, págs. 45-55.
33. P.E. Tyler, "U.S. strategy plan calls for insuring no rivals develop", *New York Times*, 8 de marzo de 1992, pág. A1.
34. T.W. Lippman, "Clinton struggles to define world vision", *Chicago Sun Times*, 30 de septiembre de 1993, pág. 30.
35. T. Farer, "The interplay of domestic policy, human rights & US. foreign policy", en T.G. Weiss, M.E. Crahan, y J. Boering (Eds.), *Terrorism and the UN: Before and After September 11*, Londres: Routledge, 2004 (en breve).
36. Ibid.
37. En una crítica reciente de libros sobre la administración de Bush, el economista liberal, Paul Krugman (P. Krugman, "Strictly Business", *New York Review of Books*, 20 de noviembre de 2003, págs. 4-5.) escribe acerca del éxito de derecha al fijar el tono y los parámetros del discurso público y, después de tratar de explicar su éxito, termina admitiéndolo con cierta sorpresa.
38. P. O'Neill, "Confronting OECD's notions on taxation", Sitio en la WEB del Departamento de Estado de los EE.UU. <<http://usinfo.state.gov/topical/econ/group8/summit01/www01051001.html>>, consultado el 29 de agosto de 2006, publicado originalmente en *The Washington Times*, el 10 de mayo de 2001.
39. Ver la Sección V de la Estrategia de Seguridad de la Casa Blanca en <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss5.html>>, consultado el 29 de agosto de 2006.
40. La Cámara de Representantes de los EE.UU. se negó a apoyar la iniciativa. Ver C. Hulse, "House trims Bush plan for research on weapons", *New York Times*, 19 de julio de 2003, pág. A9.
41. C. Hulse, "House retreats from Bush's nuclear plan", *New York Times*, 2003, 15 de julio, pág. A18.
42. S. Weinberg, "What price glory", *New York Review of Books*, 6 de noviembre de 2003, disponible en <<http://www.nybooks.com/articles/16733>>, consultado el 29 de agosto de 2006.
43. Para transmitir la dimensión del abismo entre las necesidades y las respuestas propuestas a ellas, noto que los Estados Unidos proponen gastar hasta \$150 millones en escuelas en Indonesia, que les daría a los hijos de los musulmanes pobres una alternativa frente a las administradas por los islámicos radicales, que preparan a sus alumnos más para la *jihad* que para una participación exitosa en la economía global. Ciento cincuenta millones de dólares es algo menos que el presupuesto anual para las escuelas públicas de mi ciudad natal (Littleton, Colorado), con una población de 40.000 habitantes. Indonesia tiene 207 millones. Pakistán, donde el efecto maligno de las *madrasas* radicales es mejor conocido, tiene una población de 153 millones de personas.
44. Estos formaron la "Red de Seguridad Humana", que nació de un acuerdo bilateral—la de Lysøen y una Propuesta de Asociación—entre Noruega y Canadá. Otros países que se incluyen son Austria, Grecia, Irlanda, Jordania, Mali, Holanda, Eslovenia, Suiza, Tailandia y (como observador) Sudáfrica.

45. Un exponente destacado de este punto de vista es Charles Krauthammer (C. Krauthammer, "The real new world order: The American empire and the Islamic challenge", *The Weekly Standard*, 12 de noviembre de 2001, pág. 25; "A new policy", Townhall.com, 8 de junio de 2003, disponible en <http://www.townhall.com/columnists/charleskrauthammer/ck20010608.shtml>. Para una visión más matizada, ver S. Mallaby, "The reluctant imperialist: Terrorism, failed states, and the case for American empire", *Foreign Affairs*, marzo/abril, vol. 81, 2002, págs. 2-7. Para una visión escéptica, ver J. Kurth, "Confronting the unipolar moment: The American empire and Islamic terrorism", *Current History*, diciembre, 2002, págs. 403-408.
46. Pew Research Center for the People and the Press, *What the World Thinks in 2002*, Washington DC, 2002, disponible en <http://people-press.org/reports/pdf/165.pdf>, consultado el 29 de agosto de 2006.
47. Incluso algunos pensadores, hasta ahora asociados al centro político o incluso a la centro-izquierda en su disposición ideológica general, – M. Ignatieff, "The burden", *New York Times Magazine*, 5 de enero de 2003, págs. 22-27, 50-53 es un ejemplo, o Thomas Friedman, el columnista del *New York Times* es otro– se ven atraídos por la oportunidad percibida de llevar a cabo la llamada "paz democrática" (ver M. Doyle, "Kant, liberal legacies, and foreign affairs", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 12, verano, 1983, p. 205-235) por medio del Imperio Americano. En sus columnas posteriores al 11 de septiembre (una colección de las cuales acaba de publicarse; ver T. Friedman, *Longitudes and Attitudes*, New York: Anchor, 2003), Friedman, aunque crítico de muchos detalles de implementación, sostiene que los propósitos de la Administración de Bush son abiertamente idealistas y justos y responden a intereses estadounidenses y humanos.
48. Carta de la ONU (59 Stat. 1031, T.S. 993, 3 Bevans 1153), Capítulo VII, Artículo 47.
49. M.S. McDougal & W.M. Reisman, "Rhodesia and the United Nations: The lawfulness of international concern", *American Journal of International Law*, vol. 62, 1968, págs. 1-19.
50. D. Malone, *Decision-making in the UN Security Council: The Case of Haiti, 1990-1997*, New York: Oxford University Press, 1998.
51. P. Kennedy, "The perils of empire; this looks like America's moment. History should give us pause", *Washington Post*, 20 de abril de 2003, pág. B1.
52. J. Didion, "Mr. Bush & the divine", *New York Review of Books*, 6 de noviembre de 2003, disponible en <http://www.nybooks.com/articles/16749>, consultado el 29 de agosto de 2006.
53. R. Thomas Tripp, *International Thesaurus of Quotations*, New York: Penguin, 1970.
54. H. Kissinger, "Single-issue diplomacy won't work", *Washington Post*, 27 de abril de 1999, pág. A-17.
55. J. Mearsheimer, *The Tragedy of Great Power Politics*, New York: W.W. Norton, 2001.

RESEÑA

Science in the Service of Human Rights, Richard Pierre Claude,
(University of Pennsylvania Press, 2002).

¿Qué herramientas tenemos para asegurar que los científicos puedan desarrollar, producir, presentar y hacer conocer su conocimiento de tal manera que estén libres de presión ideológica?

¿Qué instrumentos tenemos para controlar el desarrollo, la producción, el conocimiento público y el uso de los avances científicos conocidos por causar serios daños? ¿Cómo puede estructurarse dicho control para que no interfiera con la libertad científica? ¿Cómo pueden redistribuirse universalmente los logros tecnológicos y científicos que son beneficiosos? Éstas son las preguntas principales que explora Richard Pierre Claude en *Science in the Service of Human Rights*.

El libro presenta una descripción completa y minuciosa del desarrollo histórico, de las reglas, de los problemas contemporáneos y de los actores importantes en la relación entre la ciencia y los derechos humanos. Como descripción, ofrece una fuente excepcional de información para profesores, estudiantes y activistas de los derechos humanos, así como para los científicos de todo el mundo. Sin embargo, evita presentar preguntas políticas espinosas tales como por qué la innovación científica se ha centrado en la creación de incentivos para la inversión privada en lugar de la pública; cuáles son las consecuencias negativas de otorgarle tanto valor a la producción individual y a la libertad científica, representada por la estructura total de la propiedad intelectual, a expensas de los derechos de los ciudadanos del mundo sobre el avance científico; cómo se vería el mundo si la estructura normativa de los derechos humanos relacionados con la ciencia fuera una versión más socializada en lugar de una liberal.

El objetivo principal del libro es que los instrumentos disponibles para tener acceso

al progreso científico y tecnológico sean más accesibles, administrables y comprensibles para la gente común. Además, el autor quiere conectar a los científicos con la Declaración Universal de los Derechos Humanos para que tomen conciencia de las garantías de la libertad científica que dicha declaración cristaliza, así como del establecimiento de los derechos de la gente sobre los beneficios de la ciencia. Dicho de otro modo, Richard Pierre está interesado en el juego entre la ciencia y los derechos humanos, de tal modo que los derechos humanos puedan controlar el mal uso de la ciencia y que la ciencia pueda beneficiarse de la práctica y el goce de los derechos humanos.

Alcanza dicho objetivo por medio de tres enfoques diferentes para ilustrar la relación natural y beneficiosa entre los derechos humanos y la ciencia: el relato de historias exitosas del pasado y de interacciones del presente, la descripción de las reglas y prácticas que se desarrollan como consecuencia de dichas historias exitosas, y las áreas donde es preciso seguir trabajando.

En este sentido, Pierre presenta una narración detallada –del pasado y del presente– de los intercambios e interacciones entre los científicos y los activistas de los derechos humanos, que se han unido para negociar y determinar las reglas que delimitan el campo. Este enfoque le permite al autor demostrar la alianza natural entre activistas y científicos. Por lo tanto, en los capítulos 2 y 3 describe la relación entre estas dos comunidades para esbozar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, en los capítulos 7, 8 y 9, el autor describe los modos contemporáneos en los que los ciudadanos usan el progreso tecnológico y científico para promover los derechos humanos, y las formas diversas en las que los científicos hicieron uso de los derechos humanos para proteger su libertad científica.

El segundo enfoque que Pierre utiliza es la descripción de la serie de reglas y prácticas vigentes, como resultado de estas interacciones. Dichos ejemplos impregnan todo el libro, y están presentes sobre todo en el análisis detallado del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, en el capítulo 10 describe el establecimiento de códigos de conducta para las corporaciones multinacionales, códigos de conducta que proporcionan prácticas deseables, elaboradas como resultado de la relación entre científicos y activistas.

Finalmente, el tercer enfoque es para mostrar que, si bien hay historias exitosas que deberían darnos optimismo respecto de la humanidad, sigue habiendo trabajo por hacer. Aquí el autor elige dos problemas para ejemplificar dicho trabajo pendiente: la medicina y la salud por un lado, y la computación y la tecnología de Internet por el otro.

No obstante, el libro le quita importancia a las muchas maneras en la que la relación entre estas dos comunidades podría verse como antagónica; los resultados marginales ofrecidos por las reglas y prácticas en el campo de los derechos humanos, y la tarea ciclópea que nos espera si vamos a tomar el tema de la ciencia y los derechos humanos en serio. Por otra parte, el autor parece confiar demasiado en el poder del derecho internacional, sin reconocer profundamente el abanico diverso de dificultades,

tanto locales como transnacionales, que enfrenta este campo del derecho. Por ejemplo, las siguientes son preguntas formuladas por la narrativa de Pierre que siguen sin respuesta: ¿Qué ganamos y qué perdemos nosotros, como miembros de la comunidad global, cuando los progresos tecnológicos y científicos, así como su control, son articulados según el lenguaje de los derechos? ¿De qué manera ha influido la diferencia de poder económico y de progreso científico entre el centro y la periferia sobre la estructura de las reglas de derechos humanos, en relación con la ciencia? ¿Cómo sería la industria farmacéutica si en lugar de estar centrada en la libertad científica y en la protección del individuo, el campo completo se centrara en los derechos colectivos y en la responsabilidad científica?

*Helena Alviar García**

Traducido por Alex Ferrara

*Directora de la maestría de la Universidad de Los Andes. Pos grado en Derecho Económico y General por Harvard University.

NÚMEROS ANTERIORES

Números anteriores disponibles en el sitio www.surjournal.org

SUR 1

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Origen, sentido y futuro de los derechos humanos:
Reflexiones para una nueva agenda

FLAVIA PIOVESAN

Derechos sociales, económicos y culturales y
derechos civiles y políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA Y A. SCOTT DUPREE

Reflexión sobre la sociedad civil y los
derechos humanos

JEREMY SARKIN

La consolidación de los reclamos de
reparaciones por violaciones de los derechos
humanos cometidas en el Sur

VINODH JAICHAND

Estrategias de litigio de interés público para
el avance de los derechos humanos en los
sistemas domésticos de derecho

PAUL CHEVIGNY

La represión en los Estados Unidos después
del atentado del 11 de septiembre

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Redefinir la seguridad Cinco cuestiones
sobre derechos humanos

SUR 2

SALIL SHETTY

Declaración y Objetivos de Desarrollo
del Milenio: Oportunidades para los
derechos humanos

FATEH AZZAM

Los derechos humanos en la implementación
de los Objetivos de Desarrollo del Milenio

RICHARD PIERRE CLAUDE

Derecho a la educación y educación para los
derechos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

El derecho al reconocimiento para gays y lesbianas

E.S. NWAUCHE Y J.C. NWOBIKE

Implementación del derecho al desarrollo

STEVEN FREELAND

Derechos humanos, medio ambiente y conflictos:
Enfrentando los crímenes ambientales

FIONA MACAULAY

Cooperación entre el Estado y la sociedad civil
para promover la seguridad ciudadana en Brasil

EDWIN REKOSH

¿Quién define el interés público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

Líneas de trabajo en derechos económicos,
sociales y culturales: Herramientas y aliados

SUR 3

CAROLINE DOMMEN

Comercio y derechos humanos:
rumbo a la coherencia

CARLOS M. CORREA

El Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso
a medicamentos en los países en desarrollo

BERNARDO SORJ

Seguridad, seguridad humana y América Latina

ALBERTO BOVINO

La actividad probatoria ante la
Corte Interamericana de Derechos Humanos

NICO HORN

Eddie Mabo y Namibia: reforma agraria y
derechos precoloniales a la posesión de la tierra

NLERUM S. OKOGBULE

El acceso a la justicia y la protección
a los derechos humanos en Nigeria

MARÍA JOSÉ GUEMBE

La reapertura de los juicios por los crímenes
de la dictadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA

Derechos humanos y justiciabilidad:
una investigación en Río de Janeiro

LOUISE ARBOUR

Plan de acción presentado por la Alta
Comisionada de las Naciones Unidas para
los Derechos Humanos

SUR 4

FERNANDE RAINE

El desafío de la mensuración en derechos humanos

MARIO MELO

Últimos avances en la justiciabilidad de los
derechos indígenas en el Sistema Interamericano
de Derechos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Pueblos indígenas versus petroleras:
Control constitucional en la resistencia

ROBERT ARCHER

Los puntos fuertes de distintas tradiciones:
¿Qué es lo que se puede ganar y lo que se puede
perder combinando derechos y desarrollo?

J. PAUL MARTIN

Relectura del desarrollo y de los derechos:
Lecciones desde África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves consideraciones sobre los mecanismos
de participación de las ONGs en la OMC

JUSTICE C. NWOBIKE

Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos
en los países en desarrollo: El camino a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Los programas sociales desde la óptica de los
derechos humanos: El caso del Bolsa Familia del
gobierno Lula en Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA Y
LEO ZWAAK

Comparación esquemática de los
sistemas regionales de derechos humanos:
Una actualización

RESEÑA