

Los aspectos prácticos del derecho internacional americano de los derechos humanos

Zaffaroni, Eugenio Raúl

Eugenio Raúl Zaffaroni: Argentino, asesor especializado del Instituto Interamericano de derechos humanos. Profesor Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y de Criminología en la Facultad de Psicología de la UBA. Secretario general adjunto para América Latina de la Société Internationale de Droit Pénal. Ex magistrado y juez federal. Autor de diversas obras sobre derecho penal y criminología.

Durante la última década, se ha producido una modificación cualitativa en el carácter de las violaciones a los derechos humanos en gran parte de América Latina. Ahora las víctimas están menos capacitadas para recurrir a instancias judiciales que investiguen sus denuncias y, paralelamente, aquéllas han visto disminuir paulatinamente su capacidad de administrar justicia frente al avance político e instrumental de las agencias ejecutivas. El derecho internacional americano de los derechos humanos resulta una vía apta para quienes intentan defender los espacios del Derecho frente a la amenaza del genocidio.

Derechos humanos es una expresión que evoca demasiadas cosas en América Latina y muchas más en el mundo. No puede ser de otro modo, pues la idea rectora es la de un límite en las contradicciones y en el ejercicio del poder.

Por consiguiente, todas las manifestaciones del poder quieren estrecharlo o neutralizarlo, al tiempo que todas las víctimas de ese ejercicio pretenden ampliarlo. Cada grupo humano que sufre violaciones a sus derechos humanos, los visualiza desde la perspectiva de su propia victimización, en tanto que a cada grupo de victimarios le resultan molestos desde la misma perspectiva.

En el terreno del derecho internacional se van tejiendo normas («tratados», que son las leyes del derecho internacional público), a nivel regional unas y mundial otras,

que procuran la efectiva protección de los derechos humanos, algunas de las cuales crean mecanismos de control y jurisdicción internacional en la materia.

Dejando de lado los antecedentes más lejanos, este derecho internacional de los derechos humanos cobra impulso a partir de la Declaración Universal de 1948, siendo sus más importantes momentos normativos - a nivel mundial - los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos de 1966, vigentes desde 1976) y a nivel regional para Europa, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950) y para América, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y la Convención Americana de derechos humanos o «Pacto de San José de Costa Rica» (de 1969, vigente desde 1978).

Frecuentemente, tanto las víctimas como los victimarios desprecian o minimizan los esfuerzos por el avance del derecho internacional de los derechos humanos: las víctimas lo hacen porque ante la dramática urgencia de sus vivencias, los consideran tibios; los victimarios, porque en la medida en que les molestan, los consideran peligrosos.

Pero lo cierto es que, pese a las valoraciones parciales, cada cosa debe ser ponderada adecuadamente y en el marco de su naturaleza. Por ende: a) si bien no puede exigírsele al derecho internacional de los derechos humanos lo que por su naturaleza no puede dar, b) es menester saber cómo usarlo y cómo extenderlo, con el objeto de obtener del mismo lo que sí puede dar y, de este modo, poner en movimiento a sus organismos para que provean la protección que están obligados a brindar.

Debe quedar claro que la lucha por los derechos humanos en América Latina comienza hace cinco siglos (o quizá antes), como lucha de pueblos y etnias oprimidas, y continúa hasta hoy, es decir, que su lucha es secular, histórica y popular. En este sentido nos parece claro que los derechos humanos se consiguen en gestas, a veces silenciosas y no siempre violentas, pero que invariablemente son populares y que frecuentemente marcan etapas de cambios estructurales. De esta forma, no caben dudas acerca de que los derechos humanos no pueden ser un «regalo» del derecho internacional, porque éste no puede reemplazar al protagonismo de los pueblos en pos de sus derechos. Sería imposible exigirle al derecho internacional esta sustitución, pero, sin embargo, puede y debe exigírsele que opere dentro de su poder para acompañar la presión de los pueblos para el desarrollo progresivo de sus derechos humanos.

Modalidades violatorias de los años ochenta

En la década que terminó se pudo observar una marcada tendencia al cambio cualitativo en las violaciones a derechos humanos cometidas en la región. Por lo menos, hay dos aspectos, en cierto modo vinculados, que marcan esa tendencia:

a. A medida que fueron cesando las luchas políticas con violencia abierta y se fueron agotando las dictaduras de «seguridad nacional», fueron cesando las desapariciones forzadas, torturas, secuestros, homicidios y las prisiones arbitrarias con motivación política o como parte del «terrorismo de Estado» (que sólo se mantiene en los países con violencia política abierta), pero paralelamente comenzaron a ser reemplazadas por ejecuciones sin proceso, torturas, muertes e inhumaciones clandestinas, cometidas por fuerzas policiales o parapoliciales (grupos de exterminio) o bien por «justicieros» a los que la policía otorga espacio, retirándose para que lo ocupen, o bien por personal carcelario en prisioneros que se han transformado en verdaderos campos de concentración, donde se cumplen detenciones provisionales o preventivas que igualan o superan a las penas, dispuestas con «media prueba» en procesos penales interminables.

Las víctimas tienden a ser personas de los sectores más carenciados y marginados de la producción, es decir, de personas que verdaderamente no tienen voz, en tanto que los victimarios proceden de las agencias ejecutivas o policiales, al tiempo que el propio poder de estas agencias tiende a ampliarse, mientras que el de las fuerzas armadas tiende a reducirse.

Parece que un cierto cambio en el poder de control social latinoamericano - del militar al policial - tiende a trocar al estado de seguridad nacional en un estado de seguridad ciudadana, pasando de la guerra sucia contra el marxismo internacional a la guerra sucia contra la criminalidad. El todo vale pasa de una guerra a otra, de una agencia a otra y, por consiguiente, produce otras violaciones y otras víctimas.

b. Paralelamente, el espacio judicial, en toda la región, se ha reducido o, por lo menos, no se ha repuesto. El control de nuestras sociedades tiende a verticalizarse «administrativamente», corporativamente, por medio de agencias ejecutivas, policiales y burocráticas. La consigna parece ser la reducción de la molesta participación democrática, la sentencia de muerte de las iniciativas civiles no alineadas y la eliminación de toda instancia de control limitador del poder de las agencias que pasan al primer plano.

En este contexto, se explica la tendencia a minimizar y desjerarquizar los espacios judiciales, restándole o desestimulando la independencia judicial, tanto externa como interna: generalmente ambas formas de independencia judicial se deterioran simultáneamente, pues las cúpulas judiciales dóciles o controladas (sin independencia externa) suelen manifestarse autoritarias respecto de los jueces de instancias inferiores, a los que sancionan por considerarlos sus «inferiores jerárquicos». De este modo, los poderes judiciales se deterioran, corporizándose en forma burocrática y pasando a ser los jueces de primera instancia meros amanuenses de los tribunales de segunda instancia y éstos, a su vez, dependientes de una suerte de gerencia general o cupular ligada a la agencia política ejecutiva. Ni los jueces tienen independencia de criterio (interno) ni el poder judicial en su conjunto tiene independencia de las agencias ejecutivas (externo).

Por supuesto que hay otros mecanismos de reducción del espacio judicial, que se superponen o combinan con el mencionado: corrupción, manipulación de nombramientos, deterioro salarial, presiones de los medios masivos, etc.

El efecto de esta reducción de los espacios judiciales no es otro que la neutralización de las vías internas para salvaguardar los espacios de participación democrática y para poner límites a los avances de las agencias ejecutivas.

De este modo, resulta que las víctimas de las violaciones de derechos humanos de la década del ochenta están más indefensas aún que las víctimas que predominaban en los años setenta, porque por su extracción social y por la estigmatización que sufren, tienen menor capacidad para hacerse oír (tienen menos voz que las anteriores): nadie escucha a un ladrón y solidarizarse con él frente a la tortura o a los fusilamientos a que se los somete es «contaminante».

Estos mecanismos van permitiendo que las agencias ejecutivas se vayan haciendo omnipotentes en cuanto al control brutal y genocida de las clases más carenciadas de las sociedades latinoamericanas, lo que políticamente, en el marco de la crisis regional que genera una marcada acentuación de la polarización de la riqueza, va dando por resultado modelos de ejercicio del poder que se acercan peligrosamente a los de las repúblicas «oligárquicas» de las últimas décadas del siglo XIX y comienzos del XX (la «República Velha» brasileña, la «oligarquía vacuna» argentina, el «porfirismo» mexicano, etc.).

En definitiva, el mecanismo que describimos implica una violación masiva de derechos humanos individuales, que se enmarca en la violación de un derecho humano

llamado de segunda o de tercera generación, que es el derecho humano al desarrollo (aunque quizá, desde la óptica latinoamericana, sea de primera generación, porque con otros nombres, no es más que el derecho social por el que América Latina lucha desde hace medio milenio, en una lucha en la que se inscriben los «quilombos», las rebeliones como las de Túpac Amaru o las de Galán y la propia lucha por la Independencia).

Sería bastante ridículo exigirle al derecho internacional de los derechos humanos que lleve esta lucha a buen término por su cuenta y con sus fuerzas, pero no es menos ridículo despreciar el aporte que el mismo puede hacer para sostener y sustituir espacios judiciales nacionalmente deteriorados, para contener el avance arrollador de las agencias ejecutivas y para preservar los ámbitos de discusión democrática que permitan mantener abierto el diálogo superador en esta emergencia y las efectivas posibilidades de organización social u horizontalidad.

La lucha por el «monismo»

El control de los espacios judiciales nacionales es una de las funciones prácticas más importantes que puede desempeñar el derecho internacional de derechos humanos, vigilando a los judiciales nacionales para que decidan y resuelvan conforme a esos derechos que imponen los tratados mundiales y regionales en la materia.

Este control siempre fue resistido por los gobiernos y debe abrirse paso en medio de serias dificultades. Se le oponen diversos argumentos políticos, de los que no nos ocuparemos, pero también se le opone un curioso argumento teórico: se dice que el derecho internacional obliga a los Estados, pero no integra el derecho interno y, por ende, no es aplicable por los jueces. Esta teoría se conoce como «dualista» (dos derechos independientes, uno interno y otro internacional) y tiene una consecuencia bastante absurda: el juez, al desconocer el derecho internacional, sería cómplice de un ilícito cometido por el Estado y, si no aplicase el derecho interno - por reconocer el internacional - sería un prevaricador. La consecuencia última de esta paradoja es que habría sido inobjetable la conducta de los jueces alemanes del nacionalsocialismo y delictiva la de los juristas como Radbruch.

La historia política de este debate cobró importancia en la posguerra, cuando Europa estableció la base normativa para su sistema regional de derechos humanos en el Convenio de Roma (1950), planteándose su aplicación directa por los tribunales nacionales. Italia, Alemania Federal y Austria no tenían inconveniente en aplicarlo como parte de su derecho interno, pero Gran Bretaña fue la que apeló al «dualis-

mo», porque se resistía a aplicarlo a sus colonias. Francia fue más clara: como la cuestión de Argelia era un obstáculo político, directamente no ratificó el Convenio y, pese a que René Cassin fue el gran inspirador de la declaración de 1948 y de buena parte de la normativa jushumanista, no pudo convencer al gobierno de su país, que recién ratificó el Convenio en 1974.

Sin duda que hoy estamos viviendo un proceso análogo en el continente americano, frente a la efectiva puesta en marcha de nuestro sistema regional. Hechos significativos en este sentido son que la Convención Americana o «Pacto de San José» no haya sido ratificada aún por Brasil ni por Estados Unidos. Otros no menos significativos son que varios países hayan formulado reservas al ratificarla y no acepten la competencia plena de la Corte Interamericana. Sin embargo, estas dificultades se están superando de modo práctico y el sistema se va poniendo en marcha de forma efectiva.

Los derechos humanos en nuestro sistema regional

En 1948, la Carta de la OEA y la Declaración Americana se aprobaron en la misma conferencia. Aunque la Declaración no es una Convención (un «tratado»), es natural que las referencias de la Carta se entienda que remiten a la Declaración, por lo cual debe tenerse a ésta como parte del tratado o Carta.

No obstante, hechos posteriores confirmaron el carácter vinculante de la Declaración. En 1959, la Quinta Reunión de Consulta de Cancilleres creó la Comisión Interamericana de derechos humanos. En 1967 se reformó la Carta de la OEA y se incluyó a la Comisión entre sus organismos permanentes. Esta Comisión actuó desde su creación y establecimiento ateniéndose a la Declaración y así lo estableció en su Estatuto.

Cuando en 1967 se hizo referencia a una Convención que se aprobó en 1969 en San José, estableciendo la Corte Interamericana de derechos humanos, pese a los esfuerzos de Carter, esta posterior Convención no fue ratificada por Estados Unidos ni por los regímenes dictatoriales de «seguridad nacional». Sin embargo, en 1978 obtuvo el número mínimo de ratificaciones necesarias para entrar en vigencia, recibiendo luego más ratificaciones de considerable peso.

No obstante, pese a la no ratificación de países como Brasil y Estados Unidos y a las reservas respecto de la competencia de la Corte, el sistema ha comenzado a funcionar minimizando las reticencias. Como la Comisión debe reconocerse debido a

que su existencia es vinculante para todos los países miembros de la OEA y como la Corte tiene tanto funciones contenciosas como consultivas, nada impide que la Comisión solicite opinión consultiva a la Corte y que se atenga en sus decisiones a lo opinado por aquélla. Este hábil mecanismo está permitiendo sortear las reticencias de algunos países. Por otra parte, hubo un período de desencuentros entre la Comisión y la Corte, por lo que cabe afirmar que recién en estos momentos el sistema regional está en condiciones de operar en forma efectiva.

Recordemos que estas dificultades también las atravesó el sistema regional que hoy funciona de modo más efectivo, que es el europeo, al que, como vimos, hubo países que demoraron un cuarto de siglo y aún más su incorporación.

Funcionamiento de los organismos

El resultado concreto es que hoy funcionan dos organismos regionales:

- a. La Comisión Interamericana de derechos humanos, con sede en Washington.
- b. La Corte Interamericana de derechos humanos, con sede en San José de Costa Rica.

Toda denuncia por violación de derechos humanos debe dirigirse a la Comisión, la que abre el caso y procede a dar vista al Estado demandado. La Comisión abre una instancia conciliatoria y si ésta fracasa puede decidir la remisión del caso a la Corte para que siga la vía contenciosa.

No es del caso explicar aquí los detalles de este procedimiento y sus alternativas, pero cabe advertir que, si bien es sencillo, como todo procedimiento, debe cumplir requisitos de forma y de fondo que requieren cierta técnica. Cabe advertir que existen organismos no gubernamentales que pueden hacerse parte en las denuncias y seguir el caso en Washington. Particularmente activo en este sentido es el America's Watch, por ejemplo.

Uno de los requisitos elementales es el llamado «agotamiento de las vías internas», o sea de las instancias internas. Este requisito, tanto en la jurisprudencia americana como en la europea al igual que en el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, no se entiende en el sentido formal de una necesaria recurrencia a todas las instancias, sino solamente a las realmente accesibles y susceptibles de un pronunciamiento protector expedido en tiempo razonable.

¿Cómo usar el sistema americano en la década de los noventa?

Estos pocos rasgos son suficientes como para permitirnos plantear la pregunta de fondo: ¿Cómo se puede utilizar el sistema americano frente a la modalidad tendencialmente dominante de las violaciones de Derechos Humanos?

Como vimos, las víctimas son quienes menos «voz» tienen. Hasta ahora, prácticamente casi no han llegado estas violaciones a los organismos regionales. Se está produciendo una violación masiva de derechos humanos y no se usa el sistema americano, cuando éste comienza a funcionar y tiene más perspectivas de efectividad que en la década de los setenta, en que sólo operaba la Comisión y no en función de la Convención Americana, sino de la sola Carta de la OEA.

Pese a que no sea posible pedirle al derecho internacional de los derechos humanos lo que no puede dar, resulta insólito que se desperdicie este espacio en un continente donde los policías juzgan delitos, aún subsisten leyes que imponen penas sin delito, se descubren cementerios clandestinos junto a las cárceles, los presos se comen los perros, los códigos posibilitan y dan valor a declaraciones obtenidas con torturas, los escuadrones de la muerte matan niños, los policías no cumplen las órdenes de libertad emanadas de los jueces, las cárceles son centros de infección de SIDA, las libertades públicas se limitan y los poderes judiciales van desapareciendo de su escenario.

Esto está señalando la urgencia de ocupar ese espacio internacional y de utilizarlo en forma adecuada. La calidad de las violaciones a derechos humanos que se están cometiendo demandan una nueva estrategia, especialmente teniendo en cuenta la calidad de las víctimas.

Es obvio que las características particulares de las víctimas dificulta su acceso a la justicia, lo que hace prácticamente imposible el cumplimiento del requisito de agotamiento de las instancias internas para dejar expedita la vía internacional. La mayoría de las víctimas son extremadamente carenciadas, analfabetas, marginales y estigmatizadas. Estas personas no pueden cumplir por sí mismas el requisito mencionado y tampoco existen entidades intermedias que suplan sus carencias (sindicatos, etc.). Su marginación las hace extremadamente vulnerables y las pocas personas que se ocupan de sus problemas deben centrar su atención en cuestiones inmediatas y acuciantes.

Existe un único modo de ocupar este espacio, que consiste en que los organismos no gubernamentales de derechos humanos existentes u otros que se creen, encaren la tarea de seleccionar los casos de violaciones más claras y aberrantes, tomando a su cargo su patrocinio letrado, agoten las instancias internas y acudan a las internacionales.

Si bien se trata de una tarea que implica algunas dificultades, no es imposible ni excesivamente costosa ni pesada. No es cuestión de suplir toda la tarea de una defensoría oficial o de oficio, sino de seleccionar los casos particulares más graves y evidentes.

Todos conocemos prisiones preventivas larguísimas y todas las violaciones a derechos humanos cuya mención en la región resulta casi truculenta. La selección de dos o tres casos claramente demostrativos es suficiente para asegurar que la situación del resto llegará a conocimiento de los organismos regionales y la producción de prueba frente a los mismos puede acreditar la extensión y generalidad del fenómeno en los casos en que se requiera.

No se trata, pues, de un espacio que no sea susceptible de cubrirse, con costos y programas relativamente modestos. Un abogado corriente puede llevar sin dificultad veinte procesos, y dos abogados por país (salvo los muy extensos), serían suficientes para cumplir el requisito de agotar las instancias internas.

Otro camino importantísimo es la incorporación de la materia como asignatura curricular en las carreras de derecho en la región. El Derecho Internacional de los derechos humanos ya ha alcanzado un desarrollo que no permite su tratamiento como un mero capítulo del derecho internacional. Por otra parte, el relegamiento del amparo y del «habeas corpus» o sus equivalentes y del control de constitucionalidad, a capítulos no siempre bien estudiados de varias disciplinas, tiene por efecto que el entrenamiento de los abogados resulte insuficiente en todos estos aspectos de tutela interna e internacional de los derechos humanos, cuando en la hora actual de la región asumen más importancia y urgencia que en otros momentos.

Aunque estos aspectos prácticos no pasen de ser más que uno de la lucha por los derechos humanos, resulta absurdo cederlos en el momento en que el sistema interamericano se pone en movimiento. No hay frente que nos podamos permitir el lujo de descuidar cuando se trata de salvar una vida, de ahorrar un dolor, de hacer cesar o evitar una arbitrariedad irreparable. El derecho siempre es lucha, como lo

decía Rudolf von Jhering (*Der Kampf ums Recht*, titulaba su famoso opúsculo), pero Hitler también titulaba su aberrante libro *Mein Kampf*: cualquier espacio de *Kampf* por el derecho que abandonemos, tarde o temprano, cuando no inmediatamente, lo ocupa el genocidio.

Referencias

- *AA.VV., LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, BALANCE Y PERSPECTIVAS. - México, UNAM. 1983;
- *Alemany-Verdaguer, Salvador, CURSO DE DERECHOS HUMANOS. - Barcelona, España. 1984;
- *Anónimo, REVISTA DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 1-9 -
- *Buergethal; Norris; Shelton, LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS AMERICAS. - San José, Costa Rica. 1983;
- *García de Enterría; Linde; Ortega; Sánchez-Morón, EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS. - Madrid, España. 1983;
- *Gros-Espiell, Héctor, ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS. - Caracas, Venezuela. 1985;
- *Herrendorf, Daniel E., EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. - México, Univ. Iberoamericana. 1990;
- *IIDH, LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. - San José, Costa Rica. 1985;
- *Naciones Unidas, DERECHOS HUMANOS. RECOPIACION DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. - New York, USA, Centro de Derechos Humanos de Ginebra. 1988;
- *Nieto-Navia, Rafael, INTRODUCCION AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION A LOS DERECHOS HUMANOS. - Bogotá, Colombia. 1988;
- *Nikken, Pedro, LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, SU DESARROLLO PROGRESIVO. - Madrid, España, IIDH. 1987;
- *O'Donnell, Daniel, PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. - Lima, Perú, Comisión Andina de Juristas. 1988;
- *Vasak, Karel, LAS DIMENSIONES INTERNACIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS. - Barcelona, España, UNESCO. 1984;
- *Zovatto-G., Daniel, LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: RECOPIACION DE INSTRUMENTOS BASICOS. - San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1987;

Este artículo es copia fiel del publicado en la revista Nueva Sociedad N° 112 Marzo-Abril de 1991, ISSN: 0251-3552, <www.nuso.org>.