



ISSN 1677-1419

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

An 1, Vol. 1, Número 1 - 1999



ORGANIZADORES:

CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL
JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

CONSELHO CONSULTIVO DO IBDH

Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente de Honra)

Ph.D. (Cambridge – Prêmio Yorke) em Direito Internacional; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Juiz e Vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro dos Conselhos Diretores do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e do Instituto Internacional de Direitos Humanos; Associado do "Institut de Droit Internationale".

César Oliveira de Barros Leal (Presidente)

Mestre em Direito; Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Conselheiro Científico do ILANUD (Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente); Membro da Sociedade Americana de Criminologia; Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia.

José Filomeno de Moraes Filho (Vice-Presidente)

Mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ; Procurador do Estado do Ceará; Professor da Universidade Estadual do Ceará; Ex-Chefe do Departamento de Direito da Universidade de Fortaleza; Ex-Procurador da Assembléia Legislativa do Ceará; Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros.

MEMBROS:

Andrew Drzemczewski

Ph.D. (Universidade de Londres); Ex-Professor Visitante da Universidade de Londres; Diretor da Unidade de “Monitoring” do Conselho da Europa; Conferencista em Universidades de vários países.

Alexandre Charles Kiss

Ex-Secretário Geral e Vice-Presidente do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo); Diretor do Centro de Direito Ambiental da Universidade de Estrasburgo; Diretor de Pesquisas do “Centre National de la Recherche” (França); Conferencista em Universidades de vários países.

Benedito Domingos Mariano

Ouvidor Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo; Secretário Geral do FIDEH.

Celso Albuquerque Mello

Professor Titular de Direito Internacional Público da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro; Livre-Docente e Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Juiz do Tribunal Marítimo.

Christophe Swinarski

Ex-Consultor Jurídico do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV-Genebra); Delegado do CICV no Extremo Oriente e Ex-Delegado do CICV na América do Sul (Cone Sul); Conferencista em Universidades de vários países.

Dalmo de Abreu Dallari

Professor da Universidade de São Paulo; Ex-Secretário de Negócios Jurídicos da Cidade de São Paulo; Membro da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo.

Fernando Luiz Ximenes Rocha

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura do Ceará; Ex-Procurador Geral do Município de Fortaleza; Ex-

Procurador do Estado do Ceará; Ex-Procurador Geral do Estado do Ceará; Ex-Secretário da Justiça do Estado do Ceará; Ex-Secretário do Governo do Estado do Ceará.

Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati

Advogada; Ex-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Piauí; Conselheira Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Flávia Piovesan

Procuradora do Estado de São Paulo; Professora de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Héctor Fix-Zamudio

Professor Titular e Investigador Emérito do Instituto de Pesquisas Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México; Juiz e Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Membro da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias das Nações Unidas; Membro do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Jaime Ruiz de Santiago

Professor da Universidade Ibero-americana do México; Ex-Encarregado de Missão do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados no Brasil; Delegado do ACNUR em San José - Costa Rica; Conferencista em Universidades de vários países.

Jean-Bernard Marie

Secretário Geral do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo); Diretor de Pesquisas do “Centre National de la Recherche Scientifique” (França); Conferencista em Universidades de vários países.

João Benedicto de Azevedo Marques

Secretário de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo; Presidente do Conselho Coordenador do ILANUD (Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente).

José Gregori

Professor Licenciado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Secretário Nacional de Direitos Humanos do Brasil.

Nilzardo Carneiro Leão

Professor da Faculdade de Direito de Recife (Pernambuco); Professor de Direitos Humanos da Academia de Polícia de Pernambuco; Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e do Conselho Diretor do ILANUD (Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente).

Paulo Bonavides

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Paulo R. Tonet Camargo

Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul; Ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Ex-Diretor do Departamento Penitenciário Nacional.

Thomas Buergenthal

Ex-Juiz e Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Presidente Honorário do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Membro do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas; Diretor-Presidente do “International Rule of Law Center” da George Washington University de Washington D.C. e Professor Catedrático da mesma; Ex-Integrante da Comissão da Verdade para El Salvador.

Washington Peluso Albino de Souza

Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Ex-Diretor e Decano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Presidente da Fundação Brasileira de Direito Econômico.

APRESENTAÇÃO

O Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH) tem a satisfação de dar a público o primeiro número de sua *Revista*, instrumento pelo qual pretende contribuir com periodicidade regular, para o desenvolvimento do ensino e da pesquisa na área dos direitos humanos, visando à promoção desses no âmbito da realidade brasileira. No entendimento do IBDH, o ensino e a pesquisa em direitos humanos orbitam necessariamente em torno de alguns conceitos básicos. Há que afirmar, de início, a própria *universalidade* dos direitos humanos, inerentes que são a todos os seres humanos, e conseqüentemente superiores ao Estado e a todas as formas de organização política. Por conseguinte, as iniciativas para sua promoção e proteção não se esgotam – não podem esgotar-se – na ação do Estado.

Há que igualmente destacar a interdependência e *indivisibilidade* de todos os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais). Ao propugnar por uma visão necessariamente *integral* de todos os direitos humanos, o IBDH adverte para a impossibilidade de buscar a realização de uma *categoria* de direitos em detrimento de outras. Quando se vislumbra o caso brasileiro, a concepção integral dos direitos humanos impõe-se com maior vigor, porquanto desde os seus primórdios de sociedade predatória até o acentuar da crise social agravada nos anos mais recentes, nossa história tem sido marcada pela exclusão, para largas faixas populacionais, seja dos direitos civis e políticos, em distintos momentos, seja dos direitos econômicos, sociais e culturais, até a atualidade.

A concepção necessariamente integral de todos os direitos humanos se faz presente também na dimensão temporal, descartando fantasias indemonstráveis como a das *gerações de direito*, que têm prestado um desserviço à evolução da matéria ao projetar uma visão fragmentada ou atomizada no tempo dos direitos protegidos. Todos os direitos para todos é o único caminho seguro. Não há como postergar para um amanhã indefinido a realização de determinados direitos humanos. No presente domínio de proteção impõe-se maior rigor e precisão conceituais, de modo a tratar, como verdadeiros direitos que são, os direitos humanos em sua totalidade.

Para lograr a eficácia das normas de proteção, há que partir da realidade do quotidiano, há que reconhecer a necessidade da contextualização das normas de proteção em cada sociedade humana. Os avanços logrados nesta área têm-se devido, em grande parte, sobretudo às pressões da sociedade civil contra todo tipo de poder arbitrário, somadas ao diálogo com as instituições públicas. A cada meio social está reservada uma parcela da obra de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos.

Os textos que compõem este número inicial da *Revista do IBDH* enfeixam uma variedade de tópicos atinentes à temática dos direitos humanos. As contribuições - com a recomendada diversidade lingüística, para uma publicação do gênero, - enfocam pontos de extrema relevância, como a democracia e o Estado de Direito, a incorporação das normas de tratados e convenções de proteção internacional de direitos humanos no direito interno, a educação em direitos humanos, a justiça penal e o sistema penitenciário, os direitos humanos ante o poder estatal, e o problema dos refugiados na América Latina.

Está o IBDH convencido de que o progresso da *proteção internacional* dos direitos humanos encontra-se hoje diretamente ligado à adoção e aperfeiçoamento das medidas *nacionais* de implementação, preservados naturalmente os padrões internacionais de salvaguarda dos direitos humanos. Toda a temática dos direitos humanos encontra ressonância imediata na sociedade brasileira contemporânea. O convívio com a violência em suas múltiplas formas, a insegurança da pessoa e o medo diante da criminalidade, a brutalidade dos níveis crescentes de destituição e exclusão, a desconfiança da população quanto à eficácia da lei, a chaga da impunidade, clamam pela incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as áreas de atividade humana em nosso meio social.

Entende o IBDH que, no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se encontram em constante interação, em benefício de todos os seres humanos protegidos. Assim sendo, manifesta o IBDH sua estranheza ante o fato de não se estar dando aplicação cabal ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal Brasileira vigente, de 1988, o que acarreta responsabilidade por omissão. No entendimento do IBDH, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte incorporam-se ao rol dos direitos constitucionalmente

consagrados. Há que tratá-los dessa forma, como preceitua nossa Constituição, para buscar uma vida melhor para todos quantos vivam no Brasil.

Como um repositório de pensamento independente e de análise e discussão pluralistas sobre os direitos humanos, a *Revista do IBDH* busca o desenvolvimento do ensino e da pesquisa sobre a matéria em nosso País. Desse modo, na tarefa de consolidação de um paradigma de observância plena dos direitos humanos em nosso meio, espera o IBDH poder dar sua contribuição à redução do fosso que separa o cotidiano dos cidadãos brasileiros do ideário embutido na Constituição Federal e consagrado nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos em que o Brasil é Parte.

***Antônio Augusto Cançado
Trindade
César Oliveira de Barros Leal
José Filomeno de Moraes
Filho***

I - DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS: EL RÉGIMEN EMERGENTE DE LA PROMOCIÓN INTERNACIONAL DE LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO

.....

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge – Prêmio Yorke) em Direito Internacional; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Juiz e Vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro dos Conselhos Diretores do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e do Instituto Internacional de Direitos Humanos; Associado do “Institut de Droit Internationale”.

I- Introducción

El diálogo y la concertación en escala universal generados recientemente por la convocatoria y la realización de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, en junio de 1993, han señalado la importancia de la interrelación entre democracia, desarrollo y derechos humanos. Esta trilogía fue consagrada, de manera destacada, en la Declaración de Viena, adoptada por aquella Conferencia, así como en la Declaración de San José de Costa Rica, de enero de 1993, adoptada por la Reunión Regional de América Latina y del Caribe - Preparatoria de la Conferencia Mundial. En efecto, esta última enfatizó sobre todo la referida trilogía en sus distintos aspectos.¹ Posteriormente, la Declaración de Viena que resultó de la reciente Conferencia Mundial de Derechos Humanos, además de dedicar considerable espacio a cada uno de los elementos de la trilogía, muy significativa y categóricamente afirmó que la democracia, el desarrollo y los derechos humanos son “interdependientes” y “se refuerzan mutuamente”.² No más se trata de seguir considerando, como hasta la fecha, a estos elementos individualmente, sino más bien de profundizar el examen de su interrelación y de extraer las consecuen-

cias de esta nueva visión para ponerla en práctica.

En lo relativo al primer elemento de la trilogía, en el transcurso del proceso preparatorio de la Conferencia de Viena, se identificaron los siguientes elementos, considerados esenciales de la democracia: existencia de instituciones que garanticen la observancia de los derechos humanos y el Estado de Derecho; Poder Ejecutivo periódicamente electo, en elecciones independientes con rotación en el poder, y respeto por la voluntad popular como base de la legitimidad del gobierno; Poder Legislativo periódicamente electo, y pluralista; Poder Judicial independiente, capaz de controlar la legalidad de los actos legislativos y administrativos (inclusive para asegurar la vigencia de los derechos básicos); la separación de los Poderes, con el Ejecutivo apto a rendir cuentas al Legislativo y sujeto al control jurisdiccional; existencia de instituciones adicionales de control (v.g., ombudsman, defensor del pueblo, funciones adicionales del Ministerio Público, etc.); el pluralismo ideológico; la libertad de asociación (especialmente de los trabajadores); la satisfacción de las necesidades humanas básicas (alimentación, vivienda, vestuario, educación, trabajo) en la

implementación de los derechos económicos, sociales y culturales; la fiscalización y exigencia de responsabilidad de las autoridades; la asistencia judicial para asegurar el acceso de todos a la justicia (prevalencia de las garantías del debido proceso, y protección judicial); la libertad de la prensa; el respeto por los derechos de las minorías (inclusive diferentes religiones, y pueblos indígenas), con mecanismos que garanticen su participación política, y medidas especiales de asistencia.

La democracia, así entendida, se relaciona naturalmente con la totalidad de los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Hace cuatro décadas y media se establecían las bases de la internacionalización de la protección de los derechos humanos. Hoy día, es posible que estemos delante de la etapa inicial de formación de otro fenómeno igualmente alentador y de grandes dimensiones e implicaciones: el de la promoción internacional de la propia democracia y del Estado de Derecho. La Declaración de Viena de 1993 adoptada por la reciente Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refiere expresamente al apoyo internacional a la promoción y al fortalecimiento de la democracia, del desarrollo y de los derechos humanos (§ 8°). La salvaguardia de la democracia se encuentra íntima e indisolublemente ligada a la protección de los derechos humanos. En efecto, la relación entre la democracia y los derechos humanos ha experimentado una extraordinaria evolución, que se ha intensificado a partir del bienio 1989-1990, en el continente americano así como en el continente europeo. En nuestros días se intenta pasar decididamente del campo puramente conceptual al operacional, lo que es sumamente significativo. Pasemos al examen de estos desarrollos recientes, tal vez insuficientemente analizados hasta la fecha, y que son merecedores de la mayor atención.

II- Desarrollos Recientes

1. Continente Americano

Recientemente, en el continente americano, el tema de la democracia y de los derechos humanos³ pasó a asumir una posición de destaque

a partir de la Asamblea General de la OEA de 1990, realizada en Asunción. La Declaración de Asunción enfatiza la democracia representativa como el sistema político que más adecuadamente garantiza los fines y propósitos del sistema interamericano; señala la importancia de la educación para la democracia y el respeto de los derechos humanos; y advierte la necesidad de consolidar las conquistas democráticas de nuestras sociedades, mediante la intensificación del combate a la pobreza absoluta, la reducción de las desigualdades sociales dentro de cada país y entre las naciones, y la amenaza para la continuidad de los procesos democráticos del agravamiento de la crisis del endeudamiento externo.

Un paso altamente significativo fue dado por la Asamblea General de la OEA del año siguiente, mediante la adopción de cuatro instrumentos:

- a) el Compromiso de Santiago con la Democracia y la Renovación del Sistema Interamericano (04.06.1991), en favor de la “defensa y promoción de la democracia representativa y de los derechos humanos en la región”;
- b) la resolución 1080, por la cual se encomendó al Consejo Permanente de la OEA la elaboración de propuestas de incentivos a la “preservación y fortalecimiento de los sistemas democráticos en la región”⁴;
- c) la resolución 1087, sobre la educación para la participación democrática; y
- d) la resolución 1112, sobre el fortalecimiento de la OEA en materia de derechos humanos (directrices generales).⁵

El Consejo Permanente de la OEA, en un Informe de mayo de 1992⁶, resaltó la necesidad de que la OEA contara, para actuar en favor del fortalecimiento de los sistemas democráticos en la región, no sólo con la experiencia de sus propios órganos en esta área, sino también con la de otros organismos de derechos humanos actuantes fuera del sistema interamericano; el mencionado Informe no dejó de referirse también a los derechos económicos, sociales y culturales. Además de esto, en 1992, la presente temática

pasó a integrar la agenda del Comité Jurídico Interamericano de la OEA.⁷

En realidad, la propia carta constitutiva de la Organización de los Estados Americanos se refiere a la democracia como uno de sus pilares (preámbulo y art. 3° {d}, en lo que fue endosada por el Protocolo de Cartagena de Indias de 1985 art. 2° {b}). Pero fue sobre todo a través de la resolución 1080, de la Asamblea General de la OEA de 1991, en combinación con el Compromiso de Santiago, que se buscó instrumentalizar el sistema interamericano para promover y consolidar la democracia representativa en la región. Aquellos instrumentos establecen un procedimiento, aplicable en las dos situaciones siguientes:

- a) hechos que “ocasionen una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático”;
- b) hechos que ocasionen una interrupción del “legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo”.

Según el procedimiento adoptado, se faculta al Secretario General de la OEA, cuando se produzcan tales hechos, solicitar la convocación inmediata del Consejo Permanente de la Organización para examinar, en el ámbito de la Carta de la OEA, la situación, decidir y convocar una Reunión ad hoc de Ministros de Relaciones Exteriores o una sesión extraordinaria de la Asamblea General de la OEA (en un plazo de 10 días), a fin de “analizar colectivamente los hechos” y tomar las decisiones apropiadas a la luz de la Carta de la OEA y del derecho internacional. El procedimiento adoptado para la salvaguardia de la democracia abarca, así, de la misma forma, las violaciones de derechos humanos perpetradas en el contexto de las dos situaciones ya mencionadas. La Reunión ad hoc de Cancilleres puede - como ya ocurrió en la práctica (infra) - determinar la constitución de misiones de observación in loco, las cuales informarían a la OEA.

Más recientemente, la Declaración de Nassau, adoptada por la Asamblea General de la OEA de 1992, expresa la determinación de desarrollar mecanismos en el ámbito de la OEA, para apoyar los Estados-miembros en la preservación y el

fortalecimiento de la democracia representativa, de manera que complemente y desarrolle el procedimiento previsto en la resolución 1080 (supra). Al recordar el Compromiso de Santiago, la Declaración de Nassau reitera su compromiso con la promoción de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho, y advierte que persiste en el continente - a pesar de los avances en esta área - “focos de inestabilidad en el ámbito económico, social y humanitario”, y que la pobreza extrema y las desigualdades socio-económicas constituyen una amenaza para la estabilidad y consolidación de la democracia representativa en el continente; así, la Declaración de Nassau expresa la determinación de implementar programas de cooperación para el desarrollo en áreas críticas como la pobreza extrema, a fin de fortalecer la propia democracia representativa. Según dicha Declaración, el “desarrollo integral” es vital para la consolidación de la democracia representativa en los países del continente americano.

En la misma línea de pensamiento, la Declaración de Managua, adoptada en la Asamblea General de la OEA de 1993, advierte los “peligros que aún persisten y amenazan la estabilidad de los sistemas democráticos en el hemisferio”, y señala el “vínculo existente entre el mejoramiento de los niveles de vida de los pueblos del hemisferio y la consolidación de la democracia”, pero agrega significativamente que “ningún problema que experimenten los Estados-miembros justifica el rompimiento del régimen democrático representativo”. Hay que complementar - añade la Declaración de Managua - los avances alcanzados en la defensa de las instituciones democráticas con mecanismos que permitan enfrentar, de la mejor manera, los retos del desarrollo económico, social y cultural en todos los Estados-miembros. La consolidación de la democracia requiere programas de estímulo para su desarrollo, dirigidos a la erradicación de la pobreza extrema y a la satisfacción de las necesidades básicas de alimentación, salud, educación, vivienda y empleo productivo. Por último, la Declaración de Managua señala la importancia de la prevención de situaciones que afecten los derechos humanos, del perfeccionamiento de los modelos de organización política con el fomento de la participación ciudadana, de modo que contribuya con la

formación de una nueva cultura democrática y de observancia de los derechos humanos.

El procedimiento de la resolución 1080, en combinación con el Compromiso de Santiago, ha sido aplicado, hasta la fecha, en tres casos concretos⁸, a saber, los de Haití (a partir de septiembre/octubre de 1991), de Perú (de abril a diciembre de 1992), y de Guatemala (en mayo y junio de 1993). Además, en un caso más reciente, el de Nicaragua, el Consejo Permanente de la OEA decidió, en septiembre de 1993, solicitar al Secretario General llevar a cabo gestiones en favor de la consolidación de la democracia en aquel país, y para esto invocó el Compromiso de Santiago y la Declaración de Managua, - pero sin que sea éste un caso de aplicación del procedimiento de la resolución 1080 (supra).

Otro punto significativo de esta evolución reside en la adopción, el 14 de diciembre de 1992, del Protocolo de Washington de Reformas a la Carta de la OEA. Según este Protocolo, se incorpora un nuevo artículo (art. 9º) al capítulo III de la Carta de la OEA, que dispone que un Estado-miembro de la Organización “cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del derecho de participación” en sus sesiones, cuando hayan sido “infructuosas” las gestiones diplomáticas de la OEA para propiciar el restablecimiento de la democracia representativa en el Estado-miembro afectado (art. 9º {a}). La decisión sobre la suspensión, y sobre el eventual levantamiento de la misma, deberá contar con el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados-miembros (art. 9º {b} y {f}). El Protocolo de Washington, además, modifica algunas disposiciones de la Carta de la OEA; el art. 2º, por ejemplo, se refiere, entre los propósitos de la OEA, inter alia, a la promoción y consolidación de la democracia representativa (art. 2º {b}) y a la erradicación de la pobreza crítica (art. 2º {g}); el art. 3º, por su vez, al enumerar los principios reafirmados por los Estados Americanos, se refiere, inter alia, a la “base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” (art. 3º {d}), a la eliminación de la pobreza crítica como “parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa” (art. 3º {f}), y a los derechos fundamentales de la persona humana (art. 3º {1}); el art. 116, por

último, vuelve a referirse a la “cooperación para la eliminación de la pobreza crítica”.

Las relaciones o vínculos entre los derechos humanos y la democracia han sido objeto de atención también de los órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En su Informe Anual de 1985-1986, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el ejercicio efectivo de la democracia representativa contribuía decisivamente para la plena garantía de la observancia de los derechos humanos; además, en el caso de las elecciones mexicanas de 1985-1986 (casos ns. 9768, 9780 y 9828), decidido en 1990, la Comisión, a pesar de no haberse pronunciado sobre el fondo, afirmó su competencia para el examen de la materia: en su entendimiento, la democracia representativa presupone la “observancia de otros derechos humanos básicos” y la supervisión y evaluación de la garantía o protección extendida por la legislación interna a los derechos consagrados en la Convención Americana y a su ejercicio adecuado están a cargo de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.⁹ Poco después, en su Informe Anual de 1990-1991, la Comisión volvió a resaltar la importancia del tema de la democracia representativa en relación directa con la observancia de los derechos humanos, susceptible de supervisión en el plano internacional.¹⁰

La materia cuenta hoy con base jurisprudencial: también la Corte Interamericana ha dado su contribución, en el ejercicio de sus competencias tanto consultiva como contenciosa. Así, en el ejercicio de la primera, en tres de sus Opiniones Consultivas, emitidas a mediados de la década de los ochenta (sobre el Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías, 1987, §§ 20 y 26; la Expresión “Leyes” en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1986, § 38; y la Colegiación Obligatoria de Periodistas, 1985, § 67), la Corte aclaró que las limitaciones al ejercicio de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, en ésta previstas, sólo pueden emanar de leyes adoptadas por órganos legislativos electos democráticamente, y han de ser restrictivamente interpretadas a la luz de las “justas exigencias” de una “sociedad democrática” (cf. infra), sin lo cual carecerán de

legitimidad inclusive por atentar contra el sistema democrático y el Estado de Derecho.

En otra Opinión Consultiva (sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, 1987, § 1º - 41), advirtió la Corte que se imponía asegurar que las medidas tomadas por un gobierno en situación de emergencia contasen con garantías judiciales y estuviesen sujetas a un control de legalidad, con el objeto de preservar el Estado de Derecho.¹¹ Más recientemente, en el ejercicio de la competencia contenciosa, en los casos Velásquez Rodríguez (1988, §§ 164 - 166) y Godínez Cruz (1989, §§ 173 - 175), relativos a Honduras, resaltó la Corte el deber de los Estados-partes de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, con el propósito de capacitarlas para asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos. Es así, altamente significativo, que en el continente americano gradualmente se esté formando una jurisprudencia de reconocimiento de los estrechos vínculos entre la democracia y los derechos humanos.

2. Continente Europeo

En el continente europeo, cabe recordar que el Estatuto del Consejo de Europa condiciona el status de miembro a la aceptación de los principios del Estado de Derecho (rule of law) y del goce de los derechos humanos por todas las personas bajo la jurisdicción de cada Estado-miembro (art. 3º). En la práctica, el Consejo de Europa ha condicionado la admisión de miembros a tres requisitos, bajo el art. 3º de su Estatuto: la existencia de una democracia pluralista, la existencia de un Estado de Derecho (rule of law), y el goce por todos, en la jurisdicción del Estado en cuestión, de los derechos humanos. El primer requisito abarca los siguientes elementos: realización de elecciones pluralistas, en intervalos razonables, por voto secreto y sufragio universal, con los parlamentos gozando de plena autonomía y compuestos de representantes de partidos políticos con libertad de organización y expresión; el segundo requisito comprende los siguientes elementos: el principio de legalidad, el acceso a la justicia, el derecho a una administración correcta de la justicia, las garantías del debido proceso, de audiencias públicas, de la imparcialidad de los jueces y de la

proporcionalidad de las penas; y el tercer requisito abarca las obligaciones consagradas en la Convención Europea de Derechos Humanos, sumadas a las de la Carta Social Europea y de la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de Trato o Punición Inhumano o Degradante.¹²

Movido por el impacto de las profundas transformaciones ocurridas en el continente europeo - particularmente en la llamada Europa del Este - a partir de 1989, el Consejo de Europa muy pronto se dio cuenta de que la democratización constituye un “proceso permanente” y “a largo plazo”¹³, y que el proceso - originado en el Acta Final de Helsinki - de la Conferencia de Seguridad y Cooperación Europeas (CSCE) debería proseguir para “dar ímpetu a la democratización” en toda la llamada “Europa de los 35”. Mientras el proceso de la CSCE, una vez institucionalizado, sería el “foro político” para este propósito, el Consejo de Europa permanecería como el “organismo jurídico” para toda Europa y su Convención Europea de Derechos Humanos debería considerarse como “la base jurídica para la democracia”.¹⁴

En efecto, hoy se reconoce que una de las principales conquistas históricas del proceso de la CSCE - particularmente en la Reunión de Copenhagen (de junio de 1990) - haya sido la introducción de la “dimensión de los derechos humanos” en el proceso negociador Este-Occidente. Este reconocimiento llevó hace poco al Consejo de Europa a establecer un Comité ad hoc de Expertos para examinar la posibilidad de tornar las instituciones que operan bajo algunas de sus Convenciones atinentes a los derechos humanos disponibles también a los Estados europeos no miembros. El Consejo de Europa ha visualizado en este intento una grata oportunidad para que el tema de los derechos humanos, “sujeto de las disputas del pasado y de confrontaciones entre el Este y el Occidente, se torne un catalizador de unidad para una Europa más amplia”.¹⁵

Particularmente significativo en el proceso de la CSCE es el Documento adoptado por la Reunión de Copenhagen de 1990. De las cinco partes del referido Documento, preséntanse las tres primeras como formando un todo

indisociable, al volverse, respectivamente, al Estado de Derecho y a la democracia (parte I), a los derechos humanos (parte II), y a la cooperación en materia de instituciones democráticas (parte III). La parte II, por ejemplo, enuncia una serie de requisitos para ser cumplidos por cualquier restricción a los derechos humanos consagrados, a saber: tener base legal y carácter excepcional, no ser aplicada de modo abusivo o arbitrario, corresponder a los objetivos de la ley en una sociedad democrática (garantizando la libertad), estar conforme a las exigencias de una sociedad democrática (basada en los principios de justicia esenciales al Estado de Derecho y a la dignidad inherente de la persona humana), ser “legítima” y “justificada” en nombre de la defensa del interés público o del ordre public, ser apropiada y estrictamente proporcional al objeto de la ley, no atentar contra el núcleo de los derechos inderogables.¹⁶ El Documento de Copenhague, principalmente su parte I con sus 21 “principios de la justicia”, expresa el entendimiento de que los derechos humanos son la “justificación esencial” del orden jurídico en una sociedad democrática¹⁷, y enuncia los elementos fundamentales de un sistema democrático de gobierno en el cual los derechos humanos sean protegidos.¹⁸ En resumen, todos estos desarrollos recientes en el plano regional europeo dan testimonio del claro reconocimiento de que las temáticas de los derechos humanos y de la democracia forman hoy un todo indisoluble.

La relevancia del Documento de Copenhague, y su originalidad, residen en su aserción de que la protección de los derechos humanos es “uno de los propósitos básicos del gobierno”, de que los gobiernos libremente electos son esenciales para la protección de aquellos derechos, y de que los “Estados participantes” (del proceso de la CSCE) tienen la responsabilidad de proteger los gobiernos democráticamente electos en casos de amenazas de actos de violencia o terrorismo.¹⁹ El documento de Copenhague no contempla el uso de la fuerza para combatir un régimen represivo, pero tiene por objeto la defensa y protección, en las condiciones arriba señaladas, del orden democrático en caso de atentados contra ella²⁰ en vez de referirse a la Carta de las Naciones Unidas, el Documento se dirige específicamente a los Estados participantes en el proceso de la CSCE.

La acción en defensa de la democracia se limita, pues, a este contexto, y a las situaciones en que un gobierno democráticamente electo es impedido de tomar posesión o depuesto por el uso de la fuerza.²¹ En resumen, la transcendencia histórica del Documento de Copenhague de 1990 reside en el reconocimiento de que la democracia es esencial para la protección de los derechos humanos, y de que tal protección es uno de los propósitos básicos del gobierno, a la par de la responsabilidad común de salvaguardar la democracia y los derechos humanos.

Particularmente preocupado por la necesidad del fortalecimiento de los procesos de reforma democrática en los países de la Europa Central y del Este, así como de ayudarlos a armonizar y a compatibilizar sus ordenamientos jurídicos internos con las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos y otros compromisos en materia de derechos humanos, el Consejo de Europa pasó a desarrollar, con estos fines, a partir de 1990, el llamado Programa Demóstenes. Bajo este Programa, ha colocado a la disposición de los países de Europa Central y del Este la experiencia y el conocimiento especializado acumulados por el Consejo de Europa y sus Estados-miembros “en todos los aspectos de la organización y funcionamiento de la democracia participativa”.²² Estos esquemas de cooperación y asistencia bajo el Programa Demóstenes vienen siendo aplicados - hasta mediados de 1993 - con los siguientes países: Albania, Bulgaria, República Federal Checa y Eslovaca (sucedida por la República Checa y la Eslovaquia), Estonia, Hungría, Latvia, Lituania, Polonia, Rumania, Federación Rusa y Eslovenia; además, se han venido estableciendo contactos, para futuros esquemas de cooperación, con Armenia, Azerbaiján, Belarús, Croacia, Moldavia y Ucrania.²³

Paralelamente, otro desarrollo alentador se constata: el gradual aumento del número de Estados-partes en la Convención Europea de Derechos Humanos. Ya a mediados de 1992, 24 de los entonces 27 Estados-miembros del Consejo de Europa habían ratificado la Convención Europea y aceptado sus disposiciones facultativas. Entre estos figuraba la entonces República Federal Checa y Eslovaca que, el 18 de marzo de 1992, no sólo ratificó la Convención Europea sino también

aceptó el derecho de petición individual (bajo la Convención) y la jurisdicción obligatoria de la Corte Europea de Derechos Humanos. A mediados del presente año de 1993, el número de Estados ratificantes se elevó a 26, habiendo todos aceptado las disposiciones facultativas de la Convención Europea (sobre el derecho de petición individual y la jurisdicción obligatoria de la Corte Europea).²⁴ Hace algunos meses, en el ámbito de la Dirección de Derechos Humanos del Consejo de Europa, la expectativa era en el sentido de que, en los meses siguientes, Hungría, Polonia y Bulgaria viniesen igualmente a ratificar la Convención Europea.

A la par de este desarrollo, hoy son miembros (nuevos) del Consejo de Europa, Hungría, Polonia, Bulgaria, Estonia, Lituania, Eslovenia, República Checa y Eslovaquia²⁵, elevando a 31 el total de Estados-miembros del Consejo de Europa. Además de esto, están siendo actualmente consideradas ocho otras solicitudes de admisión como nuevos miembros del Consejo de Europa (Belarús, Croacia, Latvia, Moldovia, Rumania, Ucrania, Federación Rusa y Albania). En fin, estos ocho países solicitantes, sumados a la Ex-República Yugoslava de la Macedonia, ya disponen de status de "special guest" junto a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, y solicitudes en este sentido se encuentran pendientes con respecto a cuatro otros países (Armenia, Azerbaiján, Bosnia-Herzegovina y Georgia).²⁶

Animado por la incorporación de la "dimensión de los derechos humanos" en la aproximación Este-Occidente del proceso de la CSCE (Reuniones de Copenhague, junio de 1990; de París, noviembre de 1990; y de Moscú, septiembre-octubre de 1991), no por eso ha dejado el Consejo de Europa de mantenerse atento al hecho de que "el proceso de democratización no se completó" en los países de la región y nuevos obstáculos a la realización de los derechos pueden todavía presentarse, lo que realza la importancia de los compromisos de la CSCE.²⁷ De esta manera, el Consejo de Europa viene de definir y divulgar las directrices básicas que guiarán en un futuro próximo a la vinculación de su actuación en el campo de los derechos humanos con la "dimensión humana" del proceso de la CSCE. Dichas

directrices pueden resumirse en cinco puntos principales, a saber:

- a) hay que buscar la compatibilidad de los estándares en el campo de los derechos humanos;
- b) hay que asegurar que los estándares existentes de derechos humanos no declinen y que los mecanismos de protección existentes no se debiliten;
- c) la actuación del Consejo de Europa en el campo de los derechos humanos (protección jurídica) y la "dimensión humana" de la CSCE (compromisos políticos) son distintas, pero complementarias una a la otra;
- d) hay que concentrarse en la implementación eficaz de los estándares de derechos humanos por los mecanismos existentes, y evitar conflictos entre ellos;
- e) para evitar duplicación de esfuerzos, el proceso de la CSCE (a partir de la Reunión de Moscú de 1991) debe beneficiarse de la experiencia acumulada y de las realizaciones logradas por el Consejo de Europa en el campo de los derechos humanos.²⁸

En resumen, en el seno del Consejo de Europa, la Asamblea Parlamentaria, en sus recomendaciones al Comité de Ministros, ha asegurado que las tres condiciones sine qua non para admisión como Estado-miembro de la Organización (supra) sean observadas por todos los candidatos, en particular el respeto a los derechos humanos y los principios democráticos. Muy significativamente, en marzo de 1993, el Comité de Ministros adoptó un nuevo mecanismo (resolución (93)6, del 08.03.1993), mediante el cual el Comité puede, a solicitud inclusive de un Estado europeo todavía no-miembro del Consejo de Europa, nombrar personas calificadas para que constituyan un órgano de supervisión de la observancia de los derechos humanos por parte de dicho Estado no-miembro, capacitado para recibir reclamaciones de supuestas violaciones.²⁹ Se trata de un mecanismo provincial pero ercer unpor ej ,novedoso y muy significativo grado de supervisión internacional en relación con del Consejo de miembros-no Estados europeos .Europa

III- Conclusiones

1. Promoción Internacional de la Democracia

Como hemos visto, en los cuatro últimos años gradualmente se desarrolla en los continentes americano y europeo una práctica de promoción internacional de la democracia, ilustrada por los episodios a que ya nos referimos. Se han creado mecanismos tanto para monitorear la preservación de la democracia a nivel internacional así como para condicionar el ingreso de nuevos Estados-miembros en un organismo regional como el Consejo de Europa a la existencia de una democracia pluralista, del Estado de Derecho y de la observancia de los derechos humanos. Se han desarrollado mecanismos ad hoc con este propósito, por solicitud inclusive de Estados no-miembros.

El proceso de internacionalización de la protección, que en las últimas décadas viene expandiéndose y perfeccionándose en relación con los derechos humanos, pasa a dirigirse igualmente al ejercicio de la democracia. Este fenómeno no es de sorprender, dadas las vinculaciones entre la democracia y los derechos humanos, vinculaciones estas que, como hemos visto, cuentan hoy con reconocimiento jurisprudencial. A este respecto, es claro que hoy día se trata de pasar del campo conceptual y normativo al campo operacional, tal vez descuidado en el pasado.

De este modo, comienzan a incrementarse esquemas de cooperación internacional en favor de la salvaguardia y consolidación de la democracia.³⁰ Las misiones internacionales de observación de elecciones, que gradualmente se van perfeccionando, para citar un ejemplo, constituyen una posible vía de evaluación no sólo de la vigencia de los derechos políticos, sino de la democracia y del propio Estado de Derecho.³¹

En una sociedad democrática, el orden jurídico sólo se realiza y justifica con la observancia y garantía de los derechos humanos. La protección de éstos es un propósito básico del orden jurídico; en este sentido se puede concibir el derecho al orden jurídico o constitucional, en el marco del cual se realizan los derechos humanos. A su vez, el ejercicio, efectivo de la democracia contribuye decisivamente para la observancia y garantía de los derechos humanos, y la plena vigencia de éstos caracteriza en último análisis al Estado de Derecho.

Un punto que tal vez haya pasado desapercibido, o no suficientemente analizado, hasta la fecha, reside en el hecho de que los propios instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos contienen disposiciones en favor de un derecho precisamente al orden constitucional, en el sentido arriba indicado. Por ejemplo, el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos significativamente consagra el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo no solamente por violaciones de la propia Convención, sino también por violaciones de los derechos consagrados en la Constitución nacional o en la ley interna. También las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 disponen respecto a este punto. La Declaración Americana prevee, en el art. XVIII, el derecho a un procedimiento sencillo y breve contra actos que violen los “derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”; y la Declaración Universal, a su vez, dispone sobre el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes contra actos que violen los “derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley interna” (art. 8º).³² El derecho al orden constitucional, ligado a la realización de los derechos humanos, encuentra, pues, respaldo en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. De este modo, no hay cómo “separar” el derecho internacional y el derecho interno cuando se trata de la protección de los derechos humanos³³, directamente vinculada a la prevalencia de la democracia y del Estado de Derecho.

No deja de ser significativo que el sistema interamericano disponga actualmente de un

mecanismo para asegurar el principio de la legitimidad democrática en conexión con la observancia de los derechos humanos. A la par de la protección de estos últimos, también la cuestión de la preservación y del fortalecimiento de la democracia representativa ha sido erigida en materia de legítimo interés internacional. Es claro, en este sentido, en el plano global, uno de los mensajes de la Declaración de Viena que emanó de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993: “la comunidad internacional debería apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, del desarrollo y del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales en todo el mundo” (§ 8°).

La preocupación, como ya se indicó, trasciende al plano puramente normativo y conceptual, y se extiende al plano operacional.

2. Visión Holística o Integral de los Derechos Humanos y del Estado de Derecho

La consideración de la relación entre la democracia y los derechos humanos no debe limitarse a la vigencia tan sólo de los derechos políticos. Dada la diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos humanos, hay que volver la atención igualmente a los derechos económicos, sociales y culturales, como recomienda la concepción, de aceptación universal en nuestros días, de la interrelación o indivisibilidad de todos los derechos humanos, - concepción reafirmada por la reciente Declaración de Viena resultante de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de junio de 1993. No deja de ser revelador de una nueva visión holística o integral de los derechos humanos el espacio y la atención dedicados por la Declaración de Viena a los derechos económicos, sociales y culturales³⁴, descuidados en el pasado en términos de su real implementación.³⁵

En efecto, el tema de la democracia y los derechos humanos hay que considerarlo también a la luz de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de la misma visión integral de los derechos humanos y del Estado de Derecho. El fenómeno corriente del empobrecimiento, según datos recientes del PNUD y de la CEPAL,

del crecimiento considerable de los contingentes de “nuevos pobres” en tantos países latinoamericanos, revela la inobservancia, si no la violación generalizada de los derechos económicos, sociales y culturales. Determinados derechos, de carácter económico y social, como los derechos a no ser sometido a trabajo forzado y a discriminación en relación con el empleo y la ocupación, además de la libertad de asociación para fines sindicales, están íntimamente ligados a las llamadas libertades civiles.

Otros ejemplos pueden ser invocados. ¿De qué vale el derecho a la vida sin la provisión de condiciones mínimas de una existencia digna, si no de sobrevivencia (alimentación, vivienda, vestuario)? ¿De qué vale el derecho a la libre expresión sin el acceso a la instrucción y educación básica? ¿De qué vale el derecho al trabajo sin un salario justo, capaz de atender a las necesidades humanas básicas? ¿De qué vale el derecho a no ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes sin las garantías del debido proceso? Y así sucesivamente. De ahí la importancia de la visión holística o integral de los derechos humanos, tomados todos conjuntamente.

El Informe sobre el Derecho Humano de 1992 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) señala que “la democracia y la libertad dependen de mucho más que de las urnas. La expansión de la democracia ha tenido como complemento un mayor reconocimiento de los derechos humanos”.³⁶ En resumen, no hay derechos humanos sin democracia, así como no hay democracia sin derechos humanos, tomados éstos en su conjunto (derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales); la plena vigencia de éstos caracteriza al Estado de Derecho.³⁷ La democracia participativa y, en último análisis, el propio desarrollo humano, sólo son posibles en el marco del respeto a los derechos humanos; como se ha señalado en otro estudio reciente, el concepto de democracia abarca hoy tanto la democracia política (con énfasis en los procesos democráticos formales) como la “democracia de desarrollo”: en esta última, “los derechos civiles y políticos se consideran vehículos para hacer avanzar la igualdad de condición, no simplemente las oportunidades”.³⁸

En efecto, la interrelación de los derechos humanos con la democracia en nuestros días encuentra expresión en las disposiciones de los propios instrumentos generales de derechos humanos en los planos global y regional, a saber: Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 21; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 20; Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, art. 25; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5° (c); Protocolo N° 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, art. 3°; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 23; Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 13.

Esta interrelación encuentra aplicación específica bajo ciertos tratados de derechos humanos como los dos Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas y las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos, los cuales, al disponer sobre limitaciones a los derechos consagrados, establecen como límites de discrecionalidad estatal los imperativos y exigencias de una “sociedad democrática”. Aquí se invoca la democracia, en su dimensión social, con el fin de asegurar que los derechos humanos consagrados no sean indebidamente limitados. Se trata, pues, de una aplicación específica de la cláusula democrática en su dimensión social, directamente ligada a la plena vigencia de los derechos humanos.

La expresión “en una sociedad democrática”, como criterio de control y restricción de las limitaciones permisibles al ejercicio de los derechos humanos consagrados, encuéntrase efectiva y reiteradamente estipulada en la Convención Europea de Derechos Humanos (arts. 6°{1}, 8°{2}, 9°{2}, 10°{2} y 11{2}, además del Protocolo n. 4, art. 2° {3} y {4}), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 15 y 16{2}), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (arts. 21 y 22{2}) y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 4°). La consagración de esta expresión en las disposiciones relevantes de estos tratados pretende defenderlos contra los excesos de la interferencia estatal, asegurar la legalidad del recurso a las limitaciones, y restringir las posibilidades de invocación de las limitaciones al

ejercicio de los derechos humanos consignados en dichos tratados.³⁹

Es éste un ejemplo de como las relaciones entre la democracia y los derechos humanos encuentran expresión concreta. Se impone, pues, una interpretación necesariamente restrictiva de las limitaciones permisibles (y expresamente previstas) al ejercicio de los derechos humanos consagrados⁴⁰, para lo que también contribuye la interrelación entre la democracia y los derechos humanos. Dicha interpretación restrictiva de las limitaciones cuenta hoy con reconocimiento judicial⁴¹ (cf. supra). De este modo, la cláusula democrática se convierte en un componente de la aplicación correcta de las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos, en beneficio de los seres humanos protegidos.

3. Democratización en los Planos Nacional e Internacional

En realidad, en nuestros días empiezan a buscarse medios más eficaces de implementación internacional no sólo de los derechos políticos, sino también de los derechos económicos y sociales. Se viene intentando, por ejemplo, dotar a estos últimos, en los planos tanto global como regional, de un sistema de peticiones individuales, al igual que con los primeros, para dar a los derechos económicos y sociales el tratamiento que merecen y permitir el desarrollo de una jurisprudencia al respecto. Igualmente se ha intentado perfeccionar el sistema de informes, para que, bajo los tratados de derechos humanos, los Estados-partes suministren informaciones no sólo en relación con la sociedad como un todo, sino también en relación específicamente con determinados grupos vulnerables o marginados, y sectores desfavorecidos de la población, - con uso más adecuado de indicadores sociales y económicos. Y se ha avanzado la concepción de “obligaciones mínimas” de los Estados-partes de asegurar, al menos, la satisfacción de niveles esenciales mínimos de los derechos consagrados en dichos tratados.⁴²

Es imprescindible que el proceso de democratización, ya en curso en las bases de

tantas sociedades nacionales, alcance también las estructuras de los organismos internacionales, tanto los políticos (como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, obstaculizado por el veto), como los financieros (FMI, BIRD, - condicionados por el voto ponderado o proporcional). La democracia se extiende también al plano internacional, reclamando mayor transparencia en la toma de decisiones. Los derechos humanos se imponen y obligan a los Estados y, en igual medida, a los organismos internacionales y a las entidades o grupos detentores del poder económico, particularmente a aquéllos cuyas decisiones repercuten en el cotidiano de la vida de millones de seres humanos.

La salvaguardia de la democracia requiere que la atención dispensada a las libertades políticas se extienda igualmente a determinados derechos económicos y sociales: como se señaló en un estudio de la OIT preparado para la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, hay que considerar “medidas adecuadas de protección social” particularmente para aquellos más afectados por los ajustes económicos estructurales (del FMI y del Banco Mundial), como, v.g., los que perdieron sus empleos y fueron más duramente afectados en el proceso de dichos ajustes. Se trata hoy de una importante prioridad, advirtió la OIT, ante la “fragilidad” de la democracia “amenazada por la parálisis económica y la recesión, por el aumento del

desempleo, por el descenso en los estándares de vida, la inflación y el aumento de la pobreza”.⁴³

El fortalecimiento en la interrelación entre la democracia, el desarrollo y los derechos humanos en todo el mundo requiere, a un tiempo, entre otras medidas, la ratificación universal e integral (sin reservas) de los tratados de derechos humanos, y la protección de estos últimos sin la imposición de condicionalidades. No se puede profesar el universalismo de los derechos humanos en el plano conceptual o normativo, y continuar aplicando la selectividad en el plano operacional. Los derechos humanos, en razón de su universalidad en los planos tanto normativo como operacional, imponen obligaciones *erga omnes* (a los Estados, a los organismos internacionales, a los particulares). Es éste el mensaje básico de la reciente Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (junio de 1993), al afirmar, de modo inequívoco, la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con la promoción y protección (con mecanismos de prevención y seguimiento) de los derechos humanos por todos, todo el tiempo y en toda parte. Sólo así se logrará acelerar el proceso, ya en curso, de la construcción de una cultura universal de observancia de los derechos humanos.

Notas

1. Cf. preámbulo y §§ 2º, 4º, 5º y 7º de la Declaración de San José, la cual también se detuvo en la protección de los grupos vulnerables. Cf. A.A. Cançado Trindade, *O Processo Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos* (Viena, 1993), 18 Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1993) (en prensa).
2. Cf., en particular, el § 8º de la parte operativa I de la Declaración de Viena; cf. también el § 80 de la parte operativa II de la Declaración. Para un estudio, cf. A.A. Cançado Trindade, *Balanço dos Resultados da Conferência Mundial de Direitos Humanos* (Viena, 1993), 4 Análisis Internacional - Lima, CEPEI (1993) (en prensa). Sobre la ubicación de recursos a programas de organismos

- internacionales que tengan por objeto el establecimiento y fortalecimiento de instituciones e infraestructuras nacionales que sostengan la democracia y el Estado de Derecho, cf. el § 34 de la parte operativa I de la Declaración de Viena.
3. Para los antecedentes del tratamiento del tema en el continente americano, cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Diez años de Actividades 1971-1981*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1982, pp. 331-332; Comité Jurídico Interamericano, Recomendaciones e Informes - Documentos Oficiales, vol. VI, Rio de Janeiro, CJI, 1961, pp. 222-232; P.P. Camargo, *La Protección Jurídica de los Derechos Humanos y de la Democracia*, México D.F., Ed. Excelsior, 1960, pp. 418-419, y cf. pp. 367-391, 221-235, 433-456 y 371-372; D.V. Sandifer, *Relación entre el Respeto a los Derechos Humanos y el Ejercicio de la Democracia Representativa - Resumen*, in: OEA, *La Organización de los Estados Americanos y los Derechos Humanos: Actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1960-1967*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1972, pp. 195-199.
 4. Resolución AG/RES.1080 (XXI-0/91) del 05.06.1991.
 5. Los textos de estos documentos se encuentran reproducidos in: 13 Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1991) pp. 213-218 y 223-227.
 6. OEA/Consejo Permanente, Informe, doc. OEA/Ser.G/CP/CG-1314/92. rev. 3, del 11.05.1992, pp. 2-9 (incorporado en el documento OEA/Ser.P/AG/doc.2839/92, del 11.05.1992).
 7. Cf. Comité Jurídico Interamericano, *Estudio de la Legitimidad en el Sistema Interamericano y la Interrelación de las Disposiciones de la Carta de la OEA sobre Autodeterminación, No-Intervención, Democracia Representativa y Protección de los Derechos Humanos* (relatos F. Villagrán-Kramer y S.J. Rubin), doc. OEA-CJI / SO / II / doc.13/91. rev.1, del 05.05.1992, pp. 26-33, y cf. pp.12-14 y 23.
 8. Para un breve relato, cf. OEA, *Nota del Secretario-General a la Asamblea General* (Junio de 1993), Washington, Secretaría General de la OEA, 1993, pp. 6-12.
 9. Cf. Dinah Shelton, *Representative Democracy and Human Rights in the Western Hemisphere*, 12 Human Rights Law Journal (1991), pp. 356 y 358.
 10. Cf. ibídem, p. 358.
 11. Sobre la importancia de la intangibilidad y prevalencia de las garantías judiciales para el fortalecimiento de la propia protección internacional de los derechos humanos, cf. A.A. Cañado Trindade, *Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts*, 17 Archiv des Volkerrechts (1977-1978) pp. 333-370; A.A. Cañado Trindade, *Formación, Consolidación y Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, in: XVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (1990), Washington, Secretaría General de la OEA, 1991, pp. 26-29 y 34.
 12. Andrew Drzemczewski, *The Council of Europe's Co-operation and Assistance Programs with Central and Eastern European Countries in the Human Rights Field: 1990 to September 1993*, 14 Human Rights Law Journal (1993), pp. 229-230.
 13. Cf. Council of Europe, *Europe: The Roads to Democracy - The Council of Europe and the "Architecture" of Europe* (Colloquy), Strasbourg, C.E., 1990, p. 26.
 14. Cf. ibídem, pp. 43-44.
 15. Consejo de Europa, doc. CE/CAHSC (92)1, del 10.02.1992 (Memorándum del Secretariado), p. 2 (mecanografiado, circulación restringida).

16. J. D. Vigny, *Le Document de la Réunion de Copenhague de la Conférence sur la Dimension Humaine de la CSCE / Introduction et commentaires*, 2 Revue universelle des droits de l'homme (1990) pp. 306-309.
17. *Ibidem*, p. 311.
18. E. B. Schlager, *The Procedural Framework of the CSCE: from the Helsinki Consultations to the Paris Charter, 1972-1990*, 12 Human Rights Law Journal (1991) p. 233. En las palabras de la autora, por más de 15 años la CSCE ha servido como “el fórum principal” en el cual las prácticas de derechos humanos de Europa del Este “were held up to public scrutiny”; *ibidem*, p. 237.
19. M. Halberstam, *The Copenhagen Document: Intervention in Support of Democracy*, 34 Harvard Internacional Law Journal (1993) pp. 164, 166 y 175.
20. *Ibidem*, pp. 169-170, y cf. p. 173.
21. *Ibidem*, p. 174.
22. C.E., *Council of Europe Cooperation and Assistance Programmes for Countries of Central and Eastern Europe in the Field of Human Rights*, doc. H(92) (6), de marzo de 1992, p. 3.
23. Cf. *Ibidem*, p. 3; y A. Drzemczewski, op. cit. supra n. (12), pp. 237-247.
24. A. Drzemczewski, op. cit. supra n. (12), p. 230.
25. *Ibidem*, pp. 230 y 247.
26. *Ibidem*, pp. 230 y 247; y cf. también C.E. doc. CM (92) 13, del 14.01.1992, p. 2 (mecanografiado, circulación restringida).
27. C.E., *Council of Europe Contributions to CSCE Meetings*, doc. CAHSC (92)3, del 22.01.1992, p. 13 (circulación restringida).
28. C.E. doc. CAHSC (92)3, de 1992, cit. supra n. (27) pp. 14-15. Sobre “el valor de establecer un vínculo orgánico entre el Consejo de Europa y la CSCE, particularmente en relación con la dimensión humana” y con el “diálogo pan-europeo” en el campo de los derechos humanos, cf. C.E. doc. CIM-DH (90)2, de octubre de 1990, pp. 4-6; y cf. también C.E. doc. CDDH (90) 41, de noviembre de 1990, pp. 2-3 (circulación restringida).
29. Cf. Drzemczewski, op. cit. supra n. (12), pp. 247-248.
30. Cf. Pedro Nikken, *La Cooperación Internacional para la Promoción y Defensa de la Democracia*, in: Agenda para la Consolidación ..., op. cit. infra n. (35), pp. 493-526.
31. Cf. Rodolfo E. Piza, *Observación Internacional de Elecciones*, in: Transición Democrática ..., op. cit. supra n.(35), pp. 221-228, esp.p. 223.
32. Cabría también referirse al derecho de participación (en los asuntos públicos de un país), consagrado, por ejemplo, en el art. 23(1) de la Convención Americana y en el art. 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.
33. A.A. Cançado Trindade, *La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos*, in: El Juez y la Defensa de la Democracia - Un Enfoque a Partir de los Derechos Humanos (ed. L. González de Volio), San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993, pp. 233-270.
34. Cf. Declaración de Viena (1993), §§ 12, 30 y 31 de la parte operativa I, y § 98 de la parte operativa II; de la misma forma, también merece registro el tratamiento por la Declaración de la temática del derecho al desarrollo como un derecho humano: cf. §§ 10°, 11, 20 y 27 de la parte operativa I, y §§ 17, 36 y 72 de la parte operativa II.

35. Para un estudio, cf. A.A. Cançado Trindade, *La Cuestión de la Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Evolución y Tendencias Actuales*, San José de Costa Rica, IIDH (Serie para ONGs, vol. 6) 1992, pp. 11-61.
36. PNUD, Desarrollo Humano: Informe 1992, Bogotá, PNUD, 1992, p. 70.
37. Sobre esta interrelación, cf. Pedro Nikken, *La Protección Internacional de los Derechos Políticos*, in: Transición Democrática en América Latina: Reflexiones sobre el Debate Actual, San José de Costa Rica, IIDH/CAPEL, 1990, pp. 31-34; José Zalaquett, *Democracia y Derechos Humanos*, in: Agenda para la Consolidación de la Democracia en América Latina (ed. P. Nikken), San José de Costa Rica, IIDH/CAPEL, 1990, pp. 459-466.
38. C.J. Díaz y D. Gillies, *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*, Montreal, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático, 1993, pp. 6 y 9.
39. Cf. intervenciones in: Democracy and Human Rights (Proceedings of the Council of Europe 1987 Thessaloniki Colloquy), Strasbourg, N.P. Engel, 1990, pp. 19-20, 32-33, 46-54 y 74-78.
40. A.A. Cançado Trindade, *Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)*, 202 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye (1987) pp. 104-112.
41. Cf. ibídem, pp. 105-107, para la jurisprudencia, en este sentido, de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos.
42. Cf. A.A. Cançado Trindade, op. cit. supra n. (35), pp. 11-61.
43. ONU, doc. A / CONF.157/PC/61/Add.10, del 03.03.1993, pp. 33-34.

II- PROCESO, DEMOCRACIA Y HUMANIZACIÓN¹

.....

JUAN MARCOS RIVERO SÁNCHEZ

Professor da Universidade da Costa Rica, Doutorando pela Universidade de Frankfurt, a.M.

1. Racionalidad procesal y humanización

Repetidamente se ha señalado² que cuando una persona es lesionada en sus intereses puede adoptar una de las siguientes reacciones:

- a) resignarse;
- b) repeler la agresión o agravio con sus propias fuerzas;
- c) imponer al supuesto agresor la propia solución del conflicto o plegarse a la de aquel, si se está en posición de inferioridad; y
- d) confiar la decisión del pleito a un tercero imparcial.

Resignación, autotutela, autocomposición y heterocomposición son en consecuencia distintas respuestas a un mismo problema: el de la insatisfacción de una o más personas debida a la vulneración de sus intereses jurídicos.³ Con todo la resignación no entraña en realidad ninguna solución, dado que el daño causado no encuentra reparación. Significa una continuación - e incluso agravación - de la injusticia, pues el agraviado renuncia a la posibilidad de hacer valer sus derechos. La autotutela conduce por su parte a excesos indeseables, por lo que se encuentra hoy en general rigurosamente prohibida, salvo en los casos de excepción expresamente previstos por el ordenamiento jurídico. La autocomposición puede dar entrada a soluciones egoístas, impuestas por la superioridad de medios de una de las partes. La heterocomposición, en cambio, se basa en la idea de introducir criterios de equidad, medida y racionalidad en la solución de un conflicto. Aquí se está ante la figura del arbitraje si son las mismas partes interesadas las que se ponen de acuer-

do para designar al tercero que habrá de resolver la controversia y se someten a su decisión. Pero si el tercero es un funcionario nombrado por el Estado conforme a la Constitución y las leyes, dotado de competencia general para resolver un número indeterminado de casos y con potestad de imponer sus decisiones, se estará propiamente ante un proceso.⁴ Mucho se ha discutido sobre la contribución real que presta el proceso a la solución de los conflictos sociales. No es extraño que los funcionarios de la administración de justicia le asignen un papel preponderante y en esta tarea, en tanto que sociólogos, sicólogos⁵ e incluso algunos juristas cuestionen dicha valoración.⁶ No obstante, existe acuerdo en la idea de que la invención del proceso marca un decisivo proceso de las relaciones humanas y de la cultura en general⁷, por cuanto pone a disposición de los hombres un mecanismo racional para la solución de los conflictos sociales. El carácter racional del proceso se revela en la circunstancia de que pone fin a los métodos violentos, abusivos o egoístas de solución de los conflictos que se presentan en la comunidad y fuerza⁸ a las partes en desacuerdo a que ventilen sus diferencias por medio de la exposición ordenada de los hechos y el derecho que asiste a cada una, a fin de que pueda el juez tomar la decisión adecuada a la litis.⁹ En la apuntada racionalidad del proceso se revela también su carácter humanizante: se trata de un instrumento hecho por los seres humanos para la solución de problemas humanos. Resulta entonces indispensable indagar si, por qué y en qué sentido resulta todavía necesario hablar de humanización del proceso.

2. El significado de humanizar el proceso

Cuando se habla de humanizar el proceso debe tenerse cuidado de no confundir las diversas acepciones que en la literatura jurídica se ligan a este término. En realidad es posible distinguir con claridad tres significados diversos de esta palabra:

- a) humanizar significa respetar la dignidad humana en el proceso;
- b) humanizar es actualizar el proceso para adecuarlo a la vida moderna; y
- c) humanizar es acercar el proceso al ser humano.

2.1. Proceso y dignidad

La humanización del proceso se presenta, primeramente, como antítesis de la barbarie, de la crueldad, del menosprecio de la persona humana y de su dignidad.¹⁰ Se trata en realidad de una vieja exigencia. Originariamente deben buscarse sus raíces en los primeros movimientos culturales tendientes a la mitigación de los excesos perpetrados en los procesos penales en contra de las personas a ellos sometidas. En la obra de *Beccaria* se encuentra por lo demás uno de los primeros - y principales - intentos por hacer del proceso algo humano en el sentido apuntado.¹¹ La idea de un proceso en que se respete la dignidad al lado de garantías procesales básicas como la del derecho a ser oído en juicio goza hoy en día de reconocimiento internacional, como lo confirman los preceptos - preferentemente orientados a lo penal, pero que encuentran también aplicación en el terreno del proceso civil -¹², contenidos en los arts. 5º y 10º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre¹³; 3º y 6º de la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales¹⁴ y 8º.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica.¹⁵

2.2. Proceso y vida moderna

En un segundo sentido humanizar significa tanto como actualizar el proceso para adaptarlo a las necesidades y características de la vida humana de hoy.¹⁶ El problema básico a resolver aquí es el

del carácter retrasado del proceso. Se hace énfasis en el hecho de que el código procesal debe adecuarse a los adelantos de la vida moderna a fin de que no venga a menos su carácter funcional. En este sentido se habla de humanización, por ejemplo, en el nuevo Código Procesal Costarricense.¹⁷

2.3. El hombre frente al proceso

Humanizar en sentido estricto significa crear una justicia con rostro humano.¹⁸ Con ello se pretende dar una respuesta al problema de la conformación del proceso y en general de la actividad judicial como una enorme, anónima, despersonalizada, extraña, lejana, fría, burocrática y deshumanizada maquinaria, cuya manera de ser y funcionamiento escapa a la inteligencia y comprensión del hombre común y entierra su confianza en el aparato judicial.¹⁹ El elevado tecnicismo y abstracción del lenguaje jurídico, el excesivo formalismo y la enorme duración de los litigios, convierten al proceso en un laberinto intimidatorio, que se asemeja, por lo desconcertante, al proceso kafkiano.²⁰ Esta situación puede inducir a muchos a tolerar el agravio sufrido, antes que acudir a los tribunales en procura de una reparación. Ello origina en la población un malestar²¹, en el sentido en que *Freud* introdujo el término en la literatura científica, es decir, como descontento o insatisfacción con un fenómeno social. El origen de este malestar en (e incluso dentro de) la administración de justicia se relaciona con el olvido del factor humano en los procedimientos judiciales.²² La humanización en sentido estricto es, pues, una reacción en contra de ese olvido. Como ya lo observara *Wassermann*²³, es necesario que la justicia se torne más humana, comprensible y accesible.

Las observaciones que siguen se refieren, en general, al postulado de la humanización procesal en el sentido estricto que se la ha dado aquí a la palabra.²⁴

3. Humanización y comunicación forense

Distanciamiento, incomprensibilidad, formalismo, burocratismo y lentitud, son reclamos que de ordinario se le hacen a la administración de

justicia cuando se aborda el tema de la humanización del proceso. Pero también se hace tomar aquí en consideración el problema del alejamiento del conflicto de los actores originales merced a la intervención del aparato judicial. A través del proceso se sustrae el conflicto del terreno estrictamente privado y es profesionalizado y racionalizado gracias a la intervención de abogados y jueces.²⁵ Y este conflicto racionalizado y profesionalizado tiene a menudo poco que ver con el originario enfrentamiento emocional de las partes. El litigio se convierte así en un metaconflicto.²⁶ Como bien ha sido apuntado²⁷, tan pronto como se mira el litigio desde una *perspectiva jurídica*, termina el diálogo real entre las partes: no son éstas las que se enfrentan en realidad en los tribunales, sino sus abogados. Todos estos factores dificultan, a veces de manera duradera, la comunicación procesal. En efecto, el hecho de que ante los tribunales intervengan sujetos en diversas posiciones, ya sea de parte o de autoridad, convierte al proceso en un sistema de comunicación, en el que se intercambian diversas informaciones a través del lenguaje²⁸, circunstancia ésta que se acentúa en el contencioso, por la contraposición de intereses que en él tiene lugar. Como la adecuada defensa de estos intereses depende de la habilidad de las partes y de sus abogados para orientarse adecuadamente en el sistema de comunicación judicial, no es entonces una casualidad el que se estime actualmente que la tarea principal de la humanización consista en hacer del diálogo una realidad en el proceso, por medio de una efectiva participación de todos los sujetos que en él intervienen.²⁹ Es en este sentido que la comunicación forense se considera como el problema central de la humanización del proceso.³⁰ No es por lo demás extraño que uno de los principales obstáculos que se oponen a esta tarea sea de carácter lingüístico. El alto grado de especialización del lenguaje jurídico, el carácter arcaico que de ordinario presenta o las inversiones del significado ordinario de las palabras a las que es también a veces propenso, lo hace entendible, en tesis de principio, tan sólo para los juristas. Para la comprensión del común de las gentes representa una barrera infranqueable.³¹ Con razón se ha hablado repetidamente del carácter antidemocrático de la terminología jurídica³², en cuanto deja a las personas comunes a merced de los juristas, esto es, sin posibilidad real de comprender lo que se hace en el proceso ni de

intervenir afectivamente en él. La posibilidad de crear una terminología jurídica cercana al pueblo o de comprensión general ha sido puesta repetidamente en duda. Ello debido a la dificultad de regular un mundo altamente complejo como el moderno con un derecho simple o, incluso, simplista. La naturaleza altamente abstracta de las modernas leyes, en las que se vierten conceptos cada vez más técnicos, es una exigencia de nuestros días. No parece posible, por otra parte, el desarrollo de la ciencia jurídica sin un lenguaje científico adecuado a sus necesidades de expresión. Pero lo dicho no excluye que el postulado de la humanización le imponga al juez el deber de expresarse de la manera más clara posible, de forma tal que todos aquellos que intervienen en el proceso puedan entender cabalmente el contenido esencial de sus resoluciones.³³ Ello conduce a dar preferencia, siempre que sea posible, al empleo de palabras de uso común, las que, a diferencia de la terminología técnica, pueden ser comprendidas por el común de las gentes. Dicho deber, que rige en cada una de las etapas procesales, cobra particular importancia en el momento de dictar sentencia, donde la finalidad de decidir el derecho que corresponde a cada quién sólo queda plenamente cumplida en la medida en que la decisión del juez sea comprendida por todos.

4. Se requiere una concreta humanidad

La preocupación por hacer del hombre el centro de la especulación jurídica, calificada como “humanismo jurídico”, debe en consecuencia, conducir aquí hacia una reglamentación del proceso de conformidad con la realidad, naturaleza y condición concretas del hombre. No debe conjurarse, calificada como “humanismo jurídico”³⁴, debe, en consecuencia, trismo hermético, que considera como valioso para el ordenamiento jurídico tan sólo al hombre y sus intereses, descuidando con ello el valor intrínseco de la naturaleza y del ambiente. Contra este carácter antropocéntrico, que domina lamentablemente parte de la doctrina jurídica, ha reaccionado con vigor el relativamente moderno derecho ambiental. Lo que interesa es más bien resaltar la circunstancia de que el proceso se debe adaptar al hombre y no éste a aquél. La condición y naturaleza humana son conceptos que no ha

inventado el legislador. Éste puede regularlos y desarrollarlos en los respectivos textos legales, pero no así alterarlos. Las normas jurídicas que no toman en cuenta esto acusan de inmediato una pérdida de significado y eficacia. El problema consiste en determinar cuáles son las concretas características del hombre que deben ser tomadas en consideración para la reglamentación del proceso. Es cierto que existe un cúmulo de caracteres que determinan de manera más o menos general la vida del hombre moderno, tales como la constante tecnificación, la rapidez con que acontecen los cambios en los diversos terrenos del actuar humano y la consecuente sensación de inseguridad vital que de ello deriva.³⁵ Estos caracteres deben ser ciertamente objetos de análisis.³⁶ Pero al lado de ellos deben valorarse las concretas situaciones sociales y culturales en que viven los sujetos destinatarios del ordenamiento jurídico, pues ellas determinan la forma en que los hombres perciben la realidad, así como su lenguaje y comportamientos. La sociología del conocimiento y especialmente la teoría de la realidad como construcción social, ponen de manifiesto la circunstancia de que la interacción de los hombres con su entorno social, es decir con la familia, escuela, trabajo etc., fija la forma en que éstos perciben la realidad.³⁷ No es extraño, en consecuencia, que también la posibilidad de participar de manera eficaz en el diálogo judicial esté condicionada por la pertenencia a un determinado grupo social.³⁸ Por ello se ha señalado que el juez, en el momento de conducir el debate o de redactar las resoluciones judiciales, debe tener siempre presente el componente humano concreto que es destinatario de sus comportamientos.³⁹ De acuerdo con el postulado de la humanización puede afirmarse entonces que el juez sólo procede adecuadamente en la medida en que tenga presente la capacidad de comprensión del destinatario de sus actuaciones y resoluciones.⁴⁰ Pero estas observaciones son además una advertencia para el legislador, en el sentido de que éste debe evitar por todos los medios posibles el caer en la trampa de copiar acríticamente legislaciones extranjeras, generalmente europeas, sin tomar en cuenta la realidad sociocultural propia. Éste es un problema muy extendido en los distintos países latinoamericanos, en los que la técnica de copiar codificaciones es vista, ilusoriamente, como factor de modernización. Y finalmente la advertencia vale, también para el procesalista teórico, pues también

los institutos dogmáticos responden a las realidades socioeconómicas de los países en que han sido elaborados, por lo que la conveniencia de aplicarlos en diversos contextos debe ser siempre analizada a partir del efecto que puedan tener en el componente humano nacional. En síntesis, tanto jueces, legisladores, abogados o teóricos del derecho deben tener presente que la transferencia de conocimiento y, en lo que aquí interesa, del conocimiento jurídico, no es nunca un fenómeno ideológicamente neutral. En realidad toda ley, sentencia o construcción doctrinaria se apoya en un determinado modelo social⁴¹, el cual refleja el conjunto de representaciones que las instancias encargadas de crear, aplicar o interpretar el derecho se forman de los hombres, de la sociedad y del Estado.⁴² La medida en que las instituciones procesales van a tener eco en la población es, por otra parte, algo que atañe directamente al carácter democrático de un Estado.

5. Una cuestión de legitimación

El fenómeno de la deshumanización implica que la administración de justicia pierde funcionalidad. Este problema no puede pasarse por alto, ya que se traduce en una falta de legitimación⁴³, entendida aquí en el sentido que le atribuyó Max Weber al término, esto es, como explicación del porqué y bajo qué circunstancias la estructura y sistema del orden social existente, es aceptado o al menos tolerado por los sujetos y grupos que lo constituyen y se posibilita su existencia misma.⁴⁴ El concepto de legitimación es en realidad una palabra clave de la sociología política, que designa la base de confianza sin la cual la estructura del orden social y de las instituciones que lo componen no son capaces de mantenerse y desarrollarse.⁴⁵ En tanto que la facultad de juzgar fue atribución exclusiva de un monarca o gobernante impuesto al y colocado sobre el pueblo, bien poco podría importar lo que los subordinados pudieran pensar sobre la forma de impartir justicia.⁴⁶ La progresiva democratización de los poderes del Estado, sin embargo, obligó a desechar el aislamiento en que estaba colocado el titular de la potestad de decir el derecho con respecto a la sociedad. A partir de este momento pasa ser base fundamental de la administración de justicia la confianza que el común de los hombres deposite en ella y la

opinión que los integrantes de la sociedad se formen sobre su idoneidad para cumplir adecuadamente el encargo social que le ha sido confiado. Será indispensable en adelante que la administración de justicia encuentre eco en la conciencia del pueblo. Con ello no se quiere decir que los tribunales estén compelidos a acceder a todo lo que reclamen los diversos componentes del complejo social, porque ello equivaldría claramente a sacrificar la imparcialidad que debe caracterizar su actuación y funcionamiento.⁴⁷ Se trata, por una parte, de remover todo aquello que la hace extraña y ajena al modo de ser del común de los hombres. Pero sobre todo importa aquí hacer en realidad lo que concierne al poder judicial el postulado democrático de participación efectiva.

6. Humanización y derechos humanos

El reconocimiento por parte del Estado y de la comunidad internacional de la dignidad del hombre se manifiesta históricamente en la elaboración de diversas tipologías de derechos humanos, las cuales se han incorporado al cuerpo normativo de las constituciones de varios países, o han sido adoptadas en tratados o declaraciones internacionales. Este reconocimiento implica, desde una perspectiva estrictamente procesal, el deber de reglamentar el proceso de forma tal que la dignidad humana no resulte menoscabada. Pero también debe hacerse notar que los derechos humanos traen la escena al hombre concreto, con sus aspiraciones y necesidades. Es éste el que es portador del valor de la dignidad y titular de esos derechos fundamentales, nunca un ser ideal o abstracto. Los derechos humanos introducen así un punto de conexión entre el sistema jurídico y la realidad humana a la que éste debe servir⁴⁸, provocando así el deber de humanizar el derecho por medio de la valoración, no del hombre abstracto, sino del ser humano de carne y hueso, en las situaciones en que éste se encuentre. En lo que toca a las situaciones procesales se sigue de lo anterior el deber de regular y conducir el proceso en un estilo humano, interpretando las normas, cuando ello sea necesario, de conformidad con lo que convenga a la humanización del proceso.

7. El trasfondo socio-económico de la humanización

La necesidad de humanizar el proceso, haciéndolo más comprensible y cercano al hombre común, se ha incrementado gracias a la aparición de tres fenómenos que pueden observarse en los ordenamientos jurídicos no sólo de los países industrializados, sino también de los que se encuentran en vías de desarrollo.

7.1. La transformación del Estado liberal

La transformación del Estado liberal en un Estado social de derecho es un fenómeno complejo, que se presenta con diversos matices según sea el contexto socio-político en que haya tenido lugar. Interesa mencionar aquí solamente el hecho, ya destacado por otros⁴⁹, de que esa transformación se ha acompañado normalmente de una fuerte movilización popular, principalmente de clases o grupos sociales antaño marginados o discriminados, los cuales demandan una mayor participación en la distribución de la riqueza y una mayor democratización de la vida colectiva.⁵⁰ Estos movimientos generaron una crisis de legitimación del Estado liberal, que conduce a la aparición de la legislación de carácter social.⁵¹ Ésta persigue, en general, una igualdad real de todos los miembros del conglomerado social, lo que se trata de lograr otorgándoles a las personas menos favorecidas social o económicamente un número determinado de derechos, de los que carecían en las leyes de corte liberal, orientadas hacia el principio de igualdad formal. La circunstancia de que los sujetos beneficiados con esta legislación deban acudir a la administración de justicia en procura de protección para sus derechos implica una constante presencia en los tribunales de los sectores que integran por lo general el grueso de la población. Estas personas esperan una respuesta judicial concreta, sencilla, libre de formalismo y complicaciones innecesarias y sobre todo rápida, a sus pretensiones. En última instancia se trata de aspectos en los que están en juego aspectos básicos para la subsistencia del individuo: techo, trabajo etc.. La administración de justicia se encuentra así ante un desafío, porque debe garantizar a la población destinataria de la

nueva legislación la posibilidad de hacer valer efectivamente sus derechos y a la vez tiene que mostrarse como la sede idónea para resolver los nuevos problemas.

7.2. La diversidad de la sociedad moderna

La sociedad moderna se caracteriza cada vez más por la diversidad de sus componentes. Representantes de los más distintos intereses étnicos, políticos, económicos, culturales, religiosos, nacionales etc., conviven en las grandes ciudades, fenómeno éste que tiende hacia la formación de la ciudad universal.⁵² La convergencia de esos componentes sociales ante los tribunales de justicia representa un desafío para el sistema de comunicación procesal, el cual se ve compelido a armonizar los distintos universos significativos y constelaciones de valor de que aquéllos son portadores en los canales comunes de diálogo que representan los diversos procedimientos judiciales.

7.3. La masificación de la justicia

Cappelletti ha señalado⁵³ que la sociedad moderna se caracteriza por la presencia de fenómenos que tienen lugar en masa, como la producción, intercambio y consumo de bienes y servicios, todo lo cual genera una masiva conflictividad. El crecimiento de la litigiosidad produce la saturación de los tribunales de justicia, los que, gracias al masivo reclamo de sus servicios, tienden a burocratizarse. Con ello se fomenta el alejamiento de la administración de justicia del ciudadano común.

Las medidas que persiguen la simplificación de los procedimientos y, en general, la creación de una justicia más próxima al hombre común, son una respuesta a los tres fenómenos antes enunciados.

8. Criterios mínimos para humanizar el proceso

Debe aclararse que no existen recetas absolutas para hacer del postulado de la humanización una realidad. Más bien debe tenerse presente que la selección y adopción de medidas

concretas depende de las características y requerimientos propios de cada ordenamiento jurídico. Con todo, es posible señalar algunos *criterios generales*, cuya observancia conjunta puede mejorar, en tesis de principio, el diálogo forense y darle al proceso un carácter más humano.

Así, por ejemplo, en el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, que tuvo por tema precisamente el de la creación de “una justicia con rostro humano”, celebrado en 1978 en Gent, Bélgica, se consideró que el postulado de la humanización implica la creación de procedimientos orales, eliminación de formalidades innecesarias, simplificación de la ley sustantiva, asegurarle una debida publicidad a las audiencias orales, procurar la comparecencia personal de los litigantes a dichas audiencias y en general establecer procedimientos de conciliación y mediación.⁵⁴

En diversos ordenamientos jurídicos europeos y especialmente en la República Federal Alemana se ha considerado además que el postulado de la humanización supone la realización efectiva de diversas aspiraciones, tales como:

- a) protección jurídica igual para todos;
- b) igualdad real de oportunidades para las partes en el proceso;
- c) facilitación del acceso a la justicia;
- d) mejoramiento de la información relacionada con los mecanismos de protección jurídica;
- e) eliminación de las barreras de comunicación en el proceso;
- f) introducción de una mayor transparencia y claridad en el proceso;
- g) aumento de las oportunidades de participación individual en el proceso;
- h) aceleración y simplificación de los procedimientos;
- i) aumento de la eficiencia procedimental; y
- j) disminución de los costos privados y sociales de la protección jurídica.⁵⁵

Interesa ahora hacer especial referencia a algunos aspectos que se estiman de particular

interés para lograr la constitución de un proceso humano.

8.1. Personalización

Se trata de promover la intervención personal y directa de todos aquellos que intervienen en el proceso, a fin de convertirlos en verdaderos protagonistas del litigio y combatir su alejamiento y desinterés en él.⁵⁶ La imagen macabra de un proceso en el que los litigantes se comunican tan sólo por medio de una computadora que a la vez es la encargada de resolver el litigio, es la antítesis por excelencia de un proceso humano. Se requiere en este sentido un aumento efectivo de las oportunidades de participación personal en todas las etapas procesales. Uno de los principales obstáculos que se presenta en este punto es, como ya ha sido puesto de manifiesto, la tendencia a delegar en otros la propia actuación, ya sea por medio del apoderamiento de las partes⁵⁷ o la delegación del juez en sus funcionarios.⁵⁸

8.2. Tecnificación

La introducción de un mayor grado de humanización supone, en segundo término, la tecnificación del proceso, criterio éste que conlleva dos exigencias diversas. En primer lugar implica un mejoramiento de las aptitudes personales del juez para dirigir y conducir el proceso en un estilo dialogal.⁵⁹ Resulta indispensable que el juzgador conozca en cierta medida las contribuciones que algunas disciplinas metajurídicas como la psicología, la sociología, la lingüística, la medicina etc., han hecho y hacen para el entendimiento de los procesos de comunicación humana. Por otro lado se hace necesaria la tecnificación jurídica del proceso.⁶⁰ Esta exigencia, en cuanto a las partes, se traduce en la necesidad de la defensa técnica de sus intereses - o asistencia letrada -, lo que vale tanto como desechar la posibilidad de defenderse por sí mismo en un litigio, sin ser profesional en derecho.⁶¹ En cuanto al Tribunal, según un sector de la doctrina⁶², que estimamos correcto, supone su integración por profesionales en leyes, capaces de dirigir y orientar el diálogo forense de manera adecuada y por peritos en diversas materias. La tecnificación procesal, así entendida, se opone por lo demás a la existencia del llamado jurado

popular.⁶³ Con todo, no falta quien considere que la presencia de jueces populares es un factor de humanización.⁶⁴ No obstante, debe recalcar que la tecnificación del tribunal es garantía de que el litigio será resuelto por conocedores de la ley, según criterios elaborados por la ciencia jurídica, lo que conduce a un mayor grado de objetividad y certeza en la aplicación del derecho y decisión de la controversia.⁶⁵ Objetividad y certeza que como antítesis de la arbitrariedad, conducen a una mejor solución del problema humano que se revela en el litigio.⁶⁶ Pero resulta indispensable recalcar aquí que la tecnificación del proceso, si no va acompañada de un aumento efectivo de las posibilidades de participación personal de las partes puede más bien contribuir a la deshumanización, al convertir el litigio, como ya se indicó, en un meta-conflicto. Debe recordarse una vez más que la humanización resulta sólo de la observancia conjunta de los criterios que tienden a realizarla, no de la aplicación dogmática de uno sólo de ellos.

8.3. Principios conducentes a la humanización

Debe además subrayarse la importancia que para la tarea de humanizar el proceso tiene la observancia coordinada y armónica de determinados principios. Se trata aquí de la oralidad, inmediación y concentración. En efecto, la introducción de la oralidad en el proceso es tendencia generalizada en muchos ordenamientos jurídicos modernos. Se trata de un principio que, históricamente considerado, es reflejo del modelo procesal liberal.⁶⁷ En su sentido más puro significa que sólo lo que haya sido expuesto y presentado oralmente en el debate puede ser admitido como fundamento de la sentencia.⁶⁸ Originalmente se pretendió con este postulado⁶⁹: 1) evitar que la parte que no supiera leer o escribir resultara perjudicada, 2) conceder a las partes la oportunidad de discutir y rebatir verbalmente todo aquello que se relacione con el litigio ante el tribunal competente, 3) acelerar el curso del proceso y 4) otorgar a la opinión pública la oportunidad de controlar la actividad de los tribunales de justicia (en este sentido es el principio de publicidad hermano de la oralidad). En la actualidad no se discute si debe ser un proceso totalmente escrito o totalmente verbal. Ambas posiciones extremas resultan inaceptables. Contra la conveniencia de concebir un proceso

totalmente escrito hablan fundamentalmente dos razones:

- a) la lentitud y pesadez con que transcurren los procedimientos escritos⁷⁰; y
- b) que el mero intercambio de opiniones por escrito va en detrimento de una fluida comunicación procesal.⁷¹

A la existencia de un proceso totalmente oral se oponen las siguientes circunstancias⁷²:

- a) que resulta imposible que el juez retenga en la memoria los detalles de todos y cada uno de los muy variados litigios que se presentan a su consideración, circunstancia ésta que se agrava por la duración de los procesos que en la mayoría de los casos es bastante considerable;
- b) la posibilidad de que se introduzca un margen de inseguridad en el proceso en lo concerniente a la ejecución y contenido de las diversas actuaciones de los sujetos procesales así como de las resoluciones judiciales;
- c) que no es aconsejable una desvalorización total de la prueba documental, como sucedería en caso de una aplicación irrestricta del principio de publicidad;
- d) que en la fase ejecutiva del proceso la importancia y utilidad de la oralidad decrece, cuando no desaparece por entero.⁷³ Por ello se orientan los derechos procesales modernos hacia un sistema mixto: preparación escrita y debate oral.⁷⁴ Se trata, por tanto, de determinar qué segmentos del proceso conviene desarrollarlos en forma escrita y cuáles otros en forma oral. Con todo, no debe ponerse hoy en duda que la introducción de la oralidad a través del establecimiento de un debate oral, contribuye en gran medida a mejorar el sistema de comunicación procesal, pues supone el contacto directo de cuántas personas intervienen en el litigio. En este sentido apunta la posibilidad de exponer verbalmente los hechos y el derecho propio y rebatir de igual forma los del contrario, así como la oportunidad de eliminar las contra-

dicciones y falta de claridad que se puedan presentar en el discurso de los sujetos procesales sin pérdida de tiempo.⁷⁵ Todo ello le impone a la discusión, agilidad y rapidez. Además no debe perderse de vista en este sentido que gracias a la oralidad puede formarse el juez una impresión directa de los intervinientes en el proceso, así como de la disposición de ánimo y cualidades éticas con que éstos actúan.⁷⁶ La existencia de procesos totalmente escritos contraviene por tanto el postulado de la humanización. Incluso la doctrina ha llegado a afirmar que “la humanización del proceso escrito no puede consistir sino en sustituirlo in totum por el proceso oral ...”⁷⁷, manifestación ésta que debe entenderse, no en el sentido de establecer un proceso absolutamente oral, por las inconveniencias apuntadas, sino más bien como llamado al establecimiento de una fase de juicio oral. Por lo demás, el adecuado funcionamiento del principio de la oralidad supone normalmente:

- i) Inmediación. Se trata de que el juzgador entre en contacto directo, íntimo e inmediato con las alegaciones y material probatorio que sean presentados en el debate, de que hable directamente con los partícipes de la litis, a fin de que recoja de esta forma las impresiones que habrán de determinar su ánimo y plasmarse luego en sentencia.⁷⁸ Por ello el principio de la inmediación debe regir dos momentos diversos: el de la práctica de la prueba y el de la elaboración de la sentencia, siendo así conveniente que el tribunal sentenciador sea además el que evacúa las pruebas⁷⁹;
- ii) Concentración. La eficacia de la inmediación se pierde con el tiempo. Las impresiones del debate tienden a desaparecer a las pocas horas y los recuerdos se tornan inexactos. Por ello resulta necesario concentrar los actos procesales en la menor

cantidad posible y en el lapso de tiempo más corto que pueda concebirse, esto es, en una sola audiencia o, de ser necesario, en varias muy próximas, a fin de que los recuerdos no se borren de la mente del juez.⁸⁰ Queda ahora por analizar el problema de la publicidad del proceso. Como ya se dijo, oralidad y publicidad funcionan como principios hermanos. La publicidad es generalmente consecuencia de la oralidad, ya que resulta difícil combinar el carácter público de un proceso con su naturaleza escrita.⁸¹ Su finalidad es la de reforzar la confianza del pueblo en la administración de justicia, ya que es conforme a la naturaleza de los hombres el desconfiar de los procesos que se realizan a puerta cerrada.⁸² En el carácter de instrumento para acercar la justicia al pueblo se ha querido ver el valor de la publicidad para la humanización del proceso.⁸³ No obstante, debe señalarse que la importancia de este principio en el proceso civil es notablemente menor que la que pueda tener, por ejemplo, en el penal, laboral o agrario, ya que la naturaleza de los casos que se ventilan en el primero sólo muy raramente despierta el interés de la colectividad.⁸⁴ Además no puede perderse de vista el hecho de que la presencia de terceros en el debate en que se discuten asuntos de carácter estrictamente privados tendría el efecto de alejar la discusión de esos conflictos de los tribunales de justicia.⁸⁵ Finalmente debe destacarse que la puesta en funcionamiento de los anteriores principios supone normalmente un aumento del personal judicial para dar adecuada atención a todas las audiencias que se presenten y evitar situaciones de *stress* procesal.⁸⁶ Ello hace que a menudo la lucha por la oralidad asuma un carácter económico - y no pocas veces

político -, bajo la forma de búsqueda del presupuesto necesario para tal fin.⁸⁷

8.4. Sencillez de formas y rapidez de los procedimientos

El legislador debe eliminar a la hora de reglamentar el proceso todos aquellos formalismos innecesarios, que enturbian la transparencia del curso procesal y lo hacen incomprensible para el común de los hombres.⁸⁸ A su vez debe procurar la simplificación de los procedimientos, con miras al establecimiento de un mayor grado de celeridad en el actuar judicial.⁸⁹ Pero debe tenerse presente que la introducción de procedimientos más sencillos y rápidos debe hacerse sin perjuicio del derecho de defensa en juicio, que es elemento esencial del concepto del debido proceso.

8.5. Instrucción de la población

El éxito que pueda tenerse en la tarea de hacer del proceso algo más humano, más cercano al hombre común, depende en mucho de que se tomen medidas concretas para mejorar el conocimiento que tienen las personas de sus derechos y de los medios legales para hacerlos valer.⁹⁰ No es suficiente por lo demás que el ciudadano se limite a hacerse representar por su abogado en juicio.

Más bien debe estar conciente de su rol de sujeto del proceso y prepararse mejor para participar activamente en la formación del diálogo judicial.⁹¹

9. A manera de conclusión

La lucha por la humanización es una de las exigencias del llamado proceso social⁹², cuya importancia no puede minimizarse en ningún Estado que se precie de ser democrático. Lo importante en esta tarea no es ver los pasos que ya se han dado por constituir un proceso más cercano al hombre común. Más valioso es preguntarse qué falta por hacer en este sentido en cada ordenamiento jurídico. Actualmente se habla, por ejemplo, de la importancia que puede tener la informática para acelerar la labor de los tribunales y de la necesidad de que los edificios en que se

imparte justicia se construyan de forma tal que inviten al diálogo y pierdan la naturaleza intimidatoria que de ordinario tienen.⁹³ Una mayor resonancia social de la administración de justicia será, en definitiva, el premio del empeño por

humanizar el proceso. Por lo demás, puede aplicarse a los jueces la sentencia de Goethe: “Soll er strafen oder schonen, muss er Menschen menschlich sehn”.⁹⁴

Notas

1. Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Comparado denominado: “Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und Juristenberufe im internationalen Vergleich”, dirigido por los profesores Dr. Peter Gilles y Dr. Takeshi Kojima y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992.
2. Véase en este sentido: Fairén Guillén (Victor), *La Humanización del Proceso*, en: *Towards a justice with human face. The first international congress on the law of civil procedure*, Kluwer-Antwerpen/Deventer, 1978, p. 191. En igual sentido ver: Gilles (Peter), *Optisches Zivilprozeßrecht*, Herne / Ber-in, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1977, Schaubild Nr.1.
3. Así, Fairén Guillén, Victor, op. cit., p. 191.
4. *Ibidem*, pp. 191-192.
5. Ver así: Gottwald (Peter), *Die Bewältigung privater Konflikte im gerichtlichen Verfahren*, en: *Zeitschrift für Zivilprozeßrecht*, Volumen 95, cuaderno 3, julio de 1982, p. 245.
6. Es común que los juristas en la actualidad se cuestionen si los procedimientos judiciales son efectivamente adecuados para la solución de los conflictos privados, si existe efectivamente un libre acceso a los tribunales de justicia para todos, etc.. Ver así: Gottwald (Peter), op. cit., s. 246.
7. Así Gottwald (Peter), op. cit., s. 247. En igual sentido: Jauernig (Othmar), *Zivilprozeßrecht*, 23^a edición, München, Editorial C. H. Beck, 1991, s. 2.
8. Es claro que de conformidad con el principio dispositivo las partes pueden decidir si someten o no la controversia que afecte sus intereses privados a conocimiento de los tribunales y pueden del mismo modo terminar el proceso anormalmente, por medio de una transacción o conciliación. Pero en el tanto en que las partes estén vinculadas por un litigio ante los tribunales de justicia, se encuentran sometidas a la específica racionalidad procesal.
9. Sobre el carácter humanizador del proceso, ver en este sentido: Gelsi Bidart (Adolfo), *La Humanización del Proceso*, en: *Towards a justice with human face*, op. cit., p. 249.
10. Así: Fairén Guillén (Victor), op. cit., p. 196.
11. Ver así: Calamandrei. “Prefazione” a la obra de Beccaria, “*Dei delitti e delle pene*”, 2. Ed. Firenze, Felice Le Monnier, 1950, pp. 73 y s. Citado también por Fairén Guillén (Victor), op. cit., p. 196.
12. *Ibidem*, p. 204.
13. Art. 5°. “Ninguna persona será sometida a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.
Art. 10°. “Toda persona tiene derecho, en régimen de igualdad, a que su causa sea oída equitativa y públicamente por un tribunal independiente e imparcial, que decidirá ya de sus derechos y obligaciones, ya del fundamento de toda acusación dirigida contra aquella en materia penal”.
14. Art. 3°. “Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes”.
Art. 6°. “Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente y en plazo razonable por

- un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá por medio de respuestas sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, sea sobre el fundamento de toda acusación en materia penal dirigida contra ella. El juicio debe ser hecho públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o una parte del proceso, en interés de la moralidad, del orden público, o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso lo exigen o en la medida juzgada estrictamente necesaria por el Tribunal cuando, en circunstancias especiales, la publicidad implicaría inconvenientes a los intereses de la justicia”.
15. Art. 8º.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter”.
 16. Ver por ejemplo: Sentis Melendo, “Humanización del proceso”, en: “Estudios de Derecho Procesal”, Buenos Aires, EJE, I, pp. 219 y ss. También citado por Fairén Guillén (Victor), La Humanización del Proceso, op. cit., p. 197.
 17. V. nota nº 36, infra.
 18. Así: Wassermann (Rodolf), Justiz mit menschlichem Antlitz-Die Humanisierung des Gerichtsverfahrens als Verfassungsgebot. En: Menschen vor Gericht, Neuwied und Darmstadt, Editorial Hermann Luchterhand, 1979, p. 13. En igual sentido: Gilles (Peter) Die Berufung in Zivilsachen und die zivilgerichtliche Instanzenordnung. En: Humane Justiz. Die deutschen Landesberichte zum ersten internationalen Kongreß für Zivilprozeßrecht in Gent 1977, Kronberg, Editorial Athenäum, 1977, p. 147. También: Wenzel (Gehard), Menschlichere Justiz, Deutsche Richterzeitung, 1980, p. 161.
 19. Wassermann, op. cit., p. 16.
 20. Ver en este sentido Fairén Guillén (Victor), La Humanización del Proceso, op. cit., p. 197, quien a su vez hace referencia a las observaciones de Sentis Melendo.
 21. Véase así: Wassermann, op. cit., p. 17. En igual sentido: Gottwald, op. cit., p. 250.
 22. Wassermann, op. cit., p. 17.
 23. Ibídem, p. 21.
 24. Es decir, como lucha contra el olvido del factor humano en el proceso.
 25. Así: Gottwald, op. cit., p. 248.
 26. Ibídem, p. 248.
 27. Ibídem, p. 248.
 28. Así: Wassermann, op. cit., p. 33. También: Gelsi Bidart, op. cit. p. 264.
 29. Ver: Gelsi Bidart, op. cit., p. 264: “En consecuencia, la humanización radica en acentuar la necesaria estructura dialogal del proceso, para que todos los sujetos participen realmente en el desarrollo progresivo del mismo y constituyan efectivamente una comunidad jurídica (sujetos que colaboran en la determinación de la situación jurídica y de la solución de derecho que la misma plantea)”.

30. Así, Wasserman, op. cit., p. 25.
31. Ver: Menne (Heinz), Sprachbarriere und Rationalisierung im Zivilprozeß. Zeitschrift für Zivilprozeß, 88 (1975), p. 263.
32. Ibídem, p. 34.
33. Ibídem, p. 34.
34. Así: Gelsi Bidart, op. cit., p. 247.
35. Ibídem, p. 253.
36. La Comisión redactora del nuevo Código Procesal Civil costarricense se pronunció significativamente en favor de tomar en cuenta algunos de estos caracteres generales de la vida humana en la nueva reglamentación. Señala en este sentido que “Adecuando los mecanismos procesales a la vida humana de hoy se humaniza el proceso; así, los nuevos medios de pruebas documentales, la inclusión de los informes entre los medios de prueba, la posibilidad de uso de la taquígrafía, la grabación, e incluso las computadoras y la televisión, constituyen, entre otros, aspectos de la vida humana actual, que al ser incorporados al proceso, logran conseguir su humanización”. Ver así: Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal Civil. Exposición de Motivos. Op. cit., p. 25.
37. Ver así: Berger-Luckmann, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit - Eine Theorie der Wissenssoziologie, 1969. En igual sentido: Kübler (Friedrich), Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie, Karlsruhe, 1975, p. 24.
38. Wassermann, op. cit., p. 34.
39. Ibídem, p. 34.
40. Ibídem, p. 34.
41. La introducción del concepto de modelo social se debe en buena parte al artículo del Prof. Franz Wieacker intitulado: Das sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, el cual fue publicado por primera vez en el año 1953. Actualmente se encuentra recopilado en el libro del mismo autor denominado: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a.M., 1974, pp. 9 y ss.
42. Ver así: Westermann (Harm Peter), Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht. En: Archiv für die zivilistische Praxis, 178 (1978), p. 158.
43. Así, Wassermann, op. cit., p. 18.
44. Así: Weber (Max), Wirtschaft und Gesellschaft, 4. Edición, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), vol.II, 1956, pp. 551 y ss.
45. Ver: Kübler (Friedrich), op. cit. p. 28.
46. Así: Wassermann, op. cit., p. 18.
47. Ibídem, p. 20.
48. Gelsi Bidart. Para la Humanización del Proceso Penal. Ponencia presentada “Un Codice Tipo di procedura penale per l’America Latina. Incontro preparatorio”, Roma, 1990, p. 4.
49. Así: De Souza Santos (Boaventura). A participação popular na administração da justiça nos países capitalistas democráticos. En: A participação popular na administração da justiça, Lisboa, Livros Horizonte, 1982, p. 90.
50. Ibídem.

51. Costa Rica no constituye en cuanto a este punto una excepción. En efecto, las tres crisis mundiales que han tenido lugar en el siglo 20 (la Primera Guerra Mundial - 1914-1918-, la Depresión que se originó en 1929 y la Segunda Guerra Mundial - 1939-1945), tuvieron un efecto decisivo para la economía costarricense y alteraron de manera general el curso político y social del país. El modelo del Estado liberal se haría entonces insuficiente para dar respuesta a todos los desafíos que la nueva época traía consigo. La exigencia de cambio, que es sentida en todos los campos, tuvo una clara manifestación en el aspecto jurídico, principalmente con la promulgación del Código de Trabajo, la incorporación de una sección de garantías sociales en la Constitución política de 1871 y la adopción de un nuevo texto constitucional en 1949. Sobre el punto ver: Gutiérrez (Carlos José). El funcionamiento del sistema jurídico. San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1979, pp. 47-48.
52. Así: Cappelletti (Mauro): Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. En: Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam - Casa editrice Dott. Antonio Milani, Volume XXX (II Serie) - Anno 1975, p. 366.
53. Cappelletti, op. cit., p. 365.
54. Así: The first International Congress on the Law of Civil Procedure "Towards a justice with human face". Summary Report, op. cit., p. 526.
55. Gilles (Peter), Die Berufung ..., op. cit., p. 148.
56. Así: Gelsi Bidart, La Humanización del Proceso, op. cit., p. 262.
57. Se ha señalado que el apoderamiento de las partes responde a la necesidad de tecnificar el proceso y que no es incompatible con el principio de personalización, siempre y cuando se admita la convocatoria de las partes para: a) su interrogatorio; b) procurar la reconstrucción de los hechos en todo aquello en que las partes concuerdan; y c) la solución concencional del conflicto. Así lo afirma expresamente Gelsi Bidart, La Humanización del Proceso, op. cit., pp. 262-263. En este aspecto, "La humanización consiste en dar intervención directa y personal a quienes pueden -inmejorablemente- relatar los hechos transcurridos, confrontando (y superando) las disidencias al respecto y promoviendo soluciones que contemplen todos los aspectos del problema, como sólo los interesados en el caso, con la autoridad imparcial promotora de la justicia, pueden tomar en cuenta". *Ibídem*, p. 263.
58. "Con relación al Tribunal, personalizar significa tanto como judicializar, vale decir, imponer la actuación del hombre-juez y no su actuación a través del juez delegado del Colegio o, lo que es peor, del Tribunal por medio de funcionarios de la oficina". Así: Gelsi Bidart, La Humanización del Proceso, op. cit., p. 263.
59. Así: Wassermann, op. cit., p. 29.
60. Así: Gelsi Bidart, La Humanización del Proceso, p. 263.
61. *Ibídem*, p. 263.
62. *Ibídem*, p. 263.
63. *Ibídem*, p. 263.
64. Así: De Lima Cluny (Pedro). O Juiz popular - Factor de humanização. En: A participação popular na administração da justiça, op. cit., pp. 57 y ss.

65. No en vano se ha señalado que el éxito de la humanización del poder judicial depende esencialmente de las cualidades y facultades del órgano encargado de decir el derecho. “La calidad de la judicatura fomenta la de la administración de justicia”. Así Wolf (Manfred). *Ausbildung, Auswahl und Ernennung der Richter*. En: *Humane Justiz*, op. cit. p. 73.
66. Ver en este sentido: Gelsi Bidart. *Intervención en el diálogo sobre el código penal-modelo para Iberoamérica*. En: *Un “Códice tipo” di procedura penale per L’America Latina*. Incontro preparatorio. Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche. Progetto Italia-America Latina, 1990, p. 205: “La sentencia es un acto técnico-jurídico que no ha de encomendarse a quienes carecen de formación al respecto y que, además, con mayor facilidad que el juez togado, pueden sucumbir a tentaciones de parcialidad”.
67. Así: Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß*. Neuwied und Darmstadt, Luchterhand, 1978, p. 41.
68. Así: Baumann (Jürgen). *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozeßrechts*. 2ª edición, Stuttgart, Editorial W. Kohlhammer, 1979, p. 55. En igual sentido: Arens (Peter). *Zivilprozeßrecht*. 4ª edición. München. Editorial C.H. Beck, 1988, p. 17.
69. Así: Baumann (Jürgen), op. cit., p. 55.
70. Así: Jauernig, op. cit., p. 88.
71. El principio de la escritura orienta el curso del proceso de manera sucesiva y monogal, lo que impide “la real comunicación entre los sujetos y la tarea conjunta de los mismos, a través de su desarrollo, sin lo cual no existe verdadero proceso”. “El proceso en que predomina la escritura, en que ésta no es elemento complementario (preparación de la audiencia: registración indispensable) sino modo de expresión fundamental de los sujetos, trae consigo el alejamiento entre éstos y la acentuación de la formalidad”. Así: Gelsi Bidart. *La Humanización del Proceso*, p. 297.
72. Ver: Jauernig, op. cit., p. 88. En igual sentido: Baumann (Jürgen), op. cit., pp. 55-56.
73. Así: Fairén Guillén (Victor), op. cit., p. 221.
74. *Ibidem*, p. 220. También, Baumann (Jürgen), op. cit., p. 56. Además: Heinz Schwab (Karl). *Beschleunigung des Verfahrens*. En: *Humane Justiz*, op. cit., p. 31.
75. Así: Jauernig, op. cit., p. 88.
76. Ver en este sentido las observaciones y la bibliografía a que hace referencia: Fairén Guillén (Victor), op. cit., pp. 212 y 213.
77. Así: Gelsi Bidart, *La Humanización del Proceso*, op.cit., p. 295.
78. Así: Fairén Guillén (Victor), op. cit., p. 221.
79. *Ibidem*, p. 223.
80. Sobre el principio de concentración véase en este sentido: Fairén Guillén (Victor), op. cit., pp. 223-227.
81. Habscheid. *Les principes fondamentaux du droit judiciaire privé*. En: *Towards a justice with human face*, op. cit., p. 63.
82. Así: Jauernig, op. cit., p. 89. También: Fairén Guillén (Victor), op. cit., p. 228.

83. Fairén Guillén (Victor), op. cit., p. 228.
84. Jauernig, op. cit., p. 90.
85. En efecto, es difícil para las partes y testigos comprender por qué sus problemas privados deben ventilarse ante un “público cuestionable”, tan sólo por el hecho de encontrarse en un tribunal de justicia. El derecho a la tutela de la intimidad parece en estos casos chocar con el principio de publicidad. Así: Jauernig, op. cit., p. 90.
86. El concepto de stress procesal lo utiliza: Fairén Guillén (Victor), op. cit., p. 229.
87. Véanse en este sentido las razones que para la renuncia a la introducción de la oralidad en el nuevo Código de Procedimientos Civiles Costarricense, de la correspondiente Comisión Redactora. Entre otras razones, se indica que “...tomando en cuenta la cantidad de procesos existentes en cada uno de los circuitos judiciales, sería necesario crear un número grande de tribunales colegiados que responda a un previo estudio estadístico y a la circunstancia, propia de la oralidad y de la naturaleza de este tipo de proceso, de que celebrada una audiencia en la mañana, la sentencia deberá producirse en la tarde, salvo desde luego que la prueba sea abundante por cuyo motivo fuese necesario celebrar otras audiencias. Eso significaría un fuerte egreso para el Estado lo cual contrastaría, en estos momentos de crisis, con la austeridad recomendada como una de las formas de solventar dicha crisis”. Así: Comisión Redactora. Proyecto de Código Procesal Civil. Exposición de Motivos, op. cit., p. 29.
88. Así: Gelsi Bidart, La Humanización del Proceso, op. cit. p. 265.
89. Una administración de justicia con carácter humano supone la rápida tramitación de los asuntos judiciales en conexión con las garantías de una decisión adecuada y justa. Así: Wolf (Manfred), Juristen und andere Rechtspflegeberufe. En: Humane Justiz, op. cit., p. 177.
90. Wassermann, op. cit., p. 35.
91. *Ibidem*, p. 36. Interesante es la experiencia de los llamados “cursos de extensión universitaria”, que sobre temas jurídicos - entre otros -, ha puesto la Universidad de Costa Rica desde hace algún tiempo al servicio de la población. Estos cumplen un papel importante en la tarea de humanizar el proceso por medio de la concientización de los ciudadanos con respecto a sus derechos y su rol ante los tribunales de justicia.
92. Así: Wassermann, Der soziale Zivilprozeß. op. cit., p. 92.
93. Ver: Makowka (Roland), Gefahren für eine effektive Anwendung des Rechts, Deutsche Richterzeitung, abril, 1991, 128. Ver además: Laage (Gehart), Gerichtsbauten -Bollwerke der Einschüchterung-. En: Menschen vor Gericht, op. cit., p. 169.
94. “Ya sea que castigue o indulte, debe mirar a los hombres humanamente”. Goethe, en: “Der Gott und die Bajadere”. Citado por Wassermann, en: Justiz mit menschlichem Antlitz, op. cit., p. 37. (Traducción libre).

III- LOS DERECHOS HUMANOS EN EL FORO ACADÉMICO (CONTRIBUCIONES PARA UN DISCURSO UNIVERSITARIO)

.....

GONZALO ELIZONDO BREEDY

Professor Titular da Universidade da Costa Rica; Diretor da Área de Instituições Públicas do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

El presente artículo tiene por objeto presentar algunas consideraciones y pautas, sobre todo de contenido y enfoque, que representan nuestras propias reflexiones en torno a las actividades académicas relacionadas con derechos humanos.

Aunque hemos de confesar que en un principio pensamos en términos de producir un texto muy práctico, hemos de admitir que el resultado no ha tenido el mismo apego con nuestro objetivo inicial. Creemos, no obstante, hacer una contribución modesta pero útil, y - en todo caso - haremos referencias a materiales didácticos que pueden ser aprovechados por los responsables académicos que así lo estimen oportuno.

Hace falta aclarar también que todas las opiniones que aquí sostenemos, lo hacemos en nuestro carácter personal y no en nuestra actual condición de Director de Programas del IIDH, y - por lo tanto - al tenor de la vieja tradición universitaria del magisterio que ejerce su libertad de cátedra, como entendemos el propósito de esta colección de ensayos.

Planteamiento del problema

Es imposible rebatir que los derechos humanos, con esa u otra denominación, han estado presentes en todos los desarrollos culturales de la humanidad. Por citar - tan sólo uno de los autores relevantes para la ciencia jurídica - nos indica Hans Kelsen:

“Desde que el hombre reflexiona sobre sus relaciones recíprocas, desde que la “Sociedad” como tal se ha hecho problema - y este problema es más viejo que cualquier otro objeto de conocimiento, incluso que el denominado Naturaleza - no ha cesado de preocupar la cuestión de un *ordenamiento justo* de las relaciones humanas. Y a pesar de que esa cuestión ha ocupado, como apenas ninguna otra, tanto nuestro pensamiento como nuestros sentimientos y voluntad hasta lo más profundo; a pesar de que se han afanado por ella las mejores cabezas, los corazones más apasionados, los puños más fuertes; a pesar de que toda la Historia, toda la Historia de sufrimientos de la Humanidad, puede ser interpretada como un intento único, siempre renovado bajo los más horribles y sangrientos sacrificios, por dar respuesta a esa cuestión, permanece hoy para nosotros tan falta de ella como en el instante en que por primera vez relampagueó en un alma humana, la del primer hombre, este terrible secreto de la justicia”.¹

Al estructurar su discurso, tradicionalmente, el Derecho Natural ha reflejado el intento de verbalizar un marco ético mínimo que facilite la interpretación de los distintos actos humanos. Tradicionalmente también se ha establecido una diferencia tajante entre el orden natural y el orden positivo. Muchas discusiones jurídicas han versado sobre la preeminencia de uno y otro de

tales mecanismos, sobre su jerarquía como fuentes de derecho.

En nuestro tiempo la doctrina de los derechos humanos ha presentado un ribete novedoso en la discusión pues se ha convertido en un cuerpo de derecho natural cargado de significación positiva a través del reconocimiento de los distintos gobiernos. Por decirlo así: la sanción internacional, reflejada en declaraciones y pactos, actúa como verificador objetivo (positivo) de regulaciones cuya explicación racional reside en principios de derecho natural.

Este problema del objeto de estudio invalida - a menudo de modo fulminante - la utilización de las técnicas comunes para la enseñanza del derecho. Tomemos el ejemplo de dos profesores. El primero de ellos con el perfil típico de un filósofo del derecho, mientras - el segundo - con el de un especialista en algún campo específico (inclusive de derecho internacional).

Con relación al filósofo del derecho será presumible que su formación lo inclinará a examinar los tópicos relativos a la fundamentación de los derechos humanos, al análisis de sus contenidos, y - por requerimientos de consistencia - a la revisión del modo como se articulan las palabras con los hechos: estudio de las actitudes personales y de las ideologías políticas. Sin embargo será difícil, - por su perfil y entrenamiento - que este profesor pueda abordar, con propiedad, el análisis de las declaraciones de los convenios internacionales de derechos humanos, de los órganos y procedimientos a ellos relacionados, de los mecanismos jurídicos concretos para la protección de esos derechos en los ámbitos nacionales y de la relación de esta esfera de la doctrina con otras como la del derecho humanitario.

Por su parte, el especialista en derecho común, determinado por su escasa formación filosófica, tenderá a reducir su discurso a los puntos en los cuales el filósofo del derecho es débil, abandonando la consideración de las preguntas esenciales.

La falta de "poder de convicción", en la articulación de ambos discursos, se generará por el hecho que al primero de ellos no se le

considerará un "abogado de verdad", mientras que al segundo no se le otorgará el crédito de ser profundo, lo cual devalúa todo el poder de utopía que encierra la doctrina.

Justamente por estas razones consideramos que el primer requisito para un programa universitario de derechos humanos habrá de ser un adecuado balance entre los aspectos teóricos y prácticos de la disciplina.

Colateralmente sostenemos, bajo esta perspectiva, que resultan igualmente irrenunciables tanto los planteamientos sistemáticos como el estudio de casos.

Resultan igualmente irrenunciables los entrenamientos en la abstracción como el enriquecimiento personal a través de las vivencias.

Sobre este último punto no pretendemos desviar la atención del lector más que para reiterar que la educación tiene un importante componente de "persuasión" que - nos atrevemos a postular - resulta del reconocimiento de una autoridad en el "enseñante" que hace sintonía con una disposición del "discípulo".

"Pero el agricultor, no es productor del árbol, sino su cultivador. Luego tampoco el hombre puede ser llamado dador de saber, sino preparador para el saber".²

"...Sin embargo la enseñanza supone un estar en acto perfecto del saber en el que enseña o es maestro. De aquí que sea necesario que aquel que enseña o que es maestro posea explícito o perfectamente el saber que produce en otro, y esto de una manera explícita y perfecta, como en el que aprende por medio de la enseñanza".³

En nuestra opinión un programa de derechos humanos debe abrir las interrogantes y las respuestas (si las hay) admitiendo - en cambio - su inexistencia cuando carezcamos de ellas, en torno de cuatro ejes temáticos:

- 1. La concepción general de la doctrina y su desarrollo histórico**
- 2. Las grandes vertientes de su positivización**

3. La reflexión axiológica

4. La práctica

1. La concepción general de la doctrina y su desarrollo histórico

Un programa universitario para la enseñanza de los derechos humanos no debe soslayar una necesaria discusión inicial sobre los fundamentos de la doctrina.

Desde el punto de vista sistemático habrán de reforzarse dos nociones: La universalidad de las normas y, por supuesto, su carácter vinculante.

Con relación al tema de la universalidad encontramos, por lo menos, tres formas distintas de sostener ese juicio, a saber:

1. Como derivación del carácter trascendente de la persona humana. En este sentido los derechos humanos responden a la necesidad de coherencia entre la realidad sensible y el orden trascendental. El pensamiento cristiano, en general, tiene esta base.
2. Como postulación de la razón humana. Los derechos humanos son vistos como postulados de la razón misma. Al igual que se establece una ley, en el orden de las ciencias empíricas, la "ley de la razón" en materia ética vendría a expresarse a través de las normas universales que son estos derechos. La Escuela Clásica del Derecho Natural y los pensadores siguientes - cuya expresión más acabada la encontramos en Kant - mantendrían esta postura:

"Si hay un hilo conductor que mantiene unidos a los iusnaturalistas y permite captar una cierta unidad de inspiración en autores que difieren bajo otros muchos aspectos, es justamente la idea de que es posible una "verdadera" ciencia de la moral, entendiéndose por ciencias verdaderas aquellas que habían empezado a aplicar con éxito el método matemático".⁴

3. Como resultado de prácticas universalmente

aceptadas por los pueblos. En este caso el

origen de los derechos no se establece "a priori" sino por medio de la historia y de la observación sociológica. Habría ciertas normas universalmente respetadas, como las que originaron el "ius gentium", o la prohibición del incesto.

En cuanto al carácter vinculante de los derechos humanos es obligado remitirse a las particulares características de su exigibilidad. Aquí volvemos a encontrar las limitaciones de los enfoques tradicionales, sean estos iusnaturalistas o positivistas. Los primeros tropezarán con severas dificultades para distinguir el orden jurídico del orden moral. Los segundos empobrecerán la riqueza axiológica de la doctrina.

Es por ello que en nuestra opinión este es el momento adecuado para introducir, en el programa, la temática que a continuación expongo.

2. Las grandes vertientes de su positivización

De acuerdo con el fenómeno de expresión jurídico-formal de los derechos humanos, podemos apreciar dos órdenes distintos y complementarios, el ámbito internacional y el ámbito nacional.

A nuestro entender, el primer problema teórico y práctico que el programa debe abordar es el de la relación entre estos dos órdenes.

Aquí la formación jurídica del expositor puede influenciar sustancialmente la forma de resolver el problema. En efecto, si el exponente es un jurista con especialidad en derecho constitucional tenderá a elevar a rango de categoría doctrinaria el sistema constitucional de incorporación de los tratados al derecho interno.

Tenderá el expositor constitucionalista a hacer una distinción marcada entre declaraciones y tratados, a indicar que el proceso de ratificación confiere al tratado jerarquía superior a la ley ordinaria, pero inferior a la norma constitucional. Destacará el principio de autodeterminación de los pueblos equiparándolo al de soberanía.

Por el contrario, nosotros nos inclinamos por alejarnos del enfoque constitucionalista. Rechazamos, en principio, la teoría dualista y sostenemos que el derecho interno debe integrarse sistemáticamente con las normas de carácter internacional.

Enfatizamos el valor del “ius cogens” como fuente de derecho y como medio de otorgar a las declaraciones carácter vinculante. Sostenemos también que la soberanía no resulta óbice para la aplicación de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. Finalmente reconocemos que los mecanismos establecidos en el derecho interno habrán de aplicarse en primer término, pero que siempre estará sobre el proceso la facultad de acudir a la vía internacional cuando la necesidad para la que tales mecanismos fueron creados no logren su satisfacción en el fuero nacional.

Este debate es una de las más apasionantes cuestiones jurídicas de nuestro tiempo. Para profundizar en este tema resulta sumamente ilustrativo el estudio del Dr. Antônio Cançado Trindade en publicación del IIDH: “El Juez y la Defensa de la Democracia”.⁵

El paso siguiente en el desarrollo del programa tiene, a nuestro entender, que referirse a la estructura de los mecanismos jurídicos de protección propiamente dichos.

Al estudiar el campo internacional resulta obvio que el primero es presentar los distintos sistemas: tanto el universal como aquellos circunscritos a ámbitos regionales, que incluyen Europa, América y África.⁶

En nuestra opinión, y para efectos didácticos, es necesario abordar la temática sin un propósito exhaustivo. El defecto más común entre expositores de este tema es un cierto enciclopedismo que produce un abultamiento de normas y actos aislados sin llegar a transmitir los conceptos generales que rigen los procesos.

Hay que partir de una visión general de cada mecanismo. EL IIDH ha hecho esfuerzos significativos para describir tales paradigmas.

De acuerdo con el enfoque que el académico a cargo desee dar a su programa puede seleccionar algunos mecanismos para establecer las categorías conceptuales que permitan entender los demás. Estas categorías, a nuestro juicio, son:

- las fuentes de derecho
- el carácter del procedimiento y el papel de las partes
- las reglas de interpretación de la prueba
- el carácter de las resoluciones y de las sentencias

Una exposición particularmente dinámica, basada en la metodología de casos, la encontramos en Thomas Buergenthal y otros: “La protección de los derechos humanos en las Américas”.⁷

De acuerdo con nuestro esquema de exposición sería necesario referirse entonces a los mecanismos de protección establecidos en el derecho interno.

Como este es un tema más conocido no profundizaremos, en este breve artículo, sobre el mismo. Nos conformaremos con indicar que se están generando - en el derecho constitucional latinoamericano - nuevas e interesantes instituciones. Desde la perspectiva del derecho comparado resultan textos obligados las constituciones vigentes en Brasil, Colombia y Guatemala.

Finalmente dejamos de lado el estudio de las relaciones entre los contenidos expuestos y otras áreas de derechos complementarios tales como derecho humanitario, derechos de refugiados, derechos de la infancia, derechos de la mujer etc.. El tratamiento de estas relaciones es - a nuestro juicio - materia de otro artículo, si bien desde ahora dejamos dicho que las distinciones entre estos cuerpos normativos y los derechos humanos son más bien históricas que sistemáticas, y que tales discursos jurídicos son especies dentro del género-marco que constituyen los derechos humanos.

3. La reflexión axiológica

Un sistema normativo ha de poder expresarse, finalmente, como cuerpo axiológico. Esto significa también la posibilidad de establecer sus fundamentos teleológicos, sus axiomas.

“Se dice que un sistema es “completo” si de sus axiomas es posible deducir todos los enunciados verdaderos de su dominio: los axiomas son independientes, si ninguno de ellos es deducible del otro. Este postulado tiene cierto carácter estético. De hecho, parece que en la axiomática actual las razones estéticas juegan un papel mayor que en otros tiempos. Así, por ejemplo, se prefiere un número mínimo de axiomas más aún uno solo, del que puedan deducirse todos los enunciados correspondientes; hasta se quiere establecer este axioma lo más simplemente posible”.⁸

Un sistema axiológico es una construcción intelectual, un modelo o paradigma teórico. Ocurre que al aplicarse a la vida concreta, donde impera lo fáctico, las “estructuras ideales” sufren modificaciones, cambios y aplicaciones incluso contradictorias.

La mayoría de los autores actuales al explicar el orden sistémico de los derechos humanos cometen el error de elevar a categorías ontológicas las formulaciones más bien históricas de las declaraciones y tratados.

Es por esta razón, en lo básico, que nos oponemos a la exposición de la teoría de las generaciones de derechos humanos. Esta teoría, a partir de una cierta anticipación en el fenómeno de positivización de los derechos civiles ha generado la concepción de un florecimiento diferido de los derechos económicos, sociales y culturales, incurriendo en contradicción flagrante con el principio de integridad de los derechos humanos, que también postula.

Si se trata de explicar el orden sistemático de los derechos humanos desde un punto de vista teórico, es decir, dejando de lado - por el momento - los avatares del proceso legislativo, entonces, a nuestro juicio, el primer problema es definir cuál es el fin último de la “utopía” propuesta. Y esta es nuestra opinión sobre el modo

en que debe enseñarse el tema de las distintas clasificaciones de estos derechos.

Esta finalidad, a nuestro entender, puede enunciarse así:

El fundamento de todos en conjunto y de cada uno de los derechos humanos, así como su finalidad última, es la plena realización de la persona humana, en su integridad física y espiritual que la constituyen como individuo, y en sus relaciones sociales que la determinan y la hacen partícipe de la comunidad.

A este fin han de ser tributarios todos los derechos humanos. Para alcanzar este fin habrán de positivizarse derechos todavía no formulados en esos términos.

Establecido así el axioma sobre el que había de montarse el sistema, podrá examinarse cualquier intento de formulación positiva incluso con un criterio amplio de clasificación.

A nuestro modesto entender, el modelo clasificatorio que más nos complace es el que viene con la tradición clásica francesa, que coloca tres grandes ejes sistémicos: el orden de la libertad, la igualdad y la fraternidad.

Un ejemplo de aplicación moderna de estos criterios lo encontramos en la obra de Ernst Bloch.⁹

Como toda clasificación estos centros nucleares son tan sólo un paradigma para descomponer en categorías analíticas cada caso concreto. A este respecto la existencia siempre enriquecerá las esencias (como afirmaron algunos clásicos anteriores).

Mientras la libertad de movimiento constituye una facultad de toda persona claramente focalizada en el primer componente de la tríada arriba expuesta, el derecho a la educación es mucho más complejo y se puede descomponer analíticamente en los tres elementos citados, así:

1. Educación como libertad de acceso al sistema educativo.
2. Educación como igualdad: no discriminación de la mujer campesina (p. ej.).
3. Educación como servicio que ha de garantizarse socialmente en el marco de la fraternidad humana.

De paso nótese la insuficiencia de la teoría de las tres generaciones.

Por la extensión reducida de este artículo nos limitaremos a dejar señalado este camino de reflexión en la búsqueda - todavía inconclusa - de una sistematización rigurosa de los contenidos axiológicos de los derechos humanos.

Sin embargo, no queremos dejar pasar la oportunidad de referirnos a tres aspectos adicionales que han de tomarse en cuenta para la ejecución de un programa de derechos humanos.

1. **El gran tema de la dignidad humana: La dignidad no es una libertad, no es tampoco un derecho. La dignidad es la condición que dimana directamente el fin de los derechos humanos, en un doble significado de: merecimiento y de aptitud para merecer un trato acorde con la plena realización del sujeto como persona.**
2. **El problema de la relación entre libertad y verdad. Este es un asunto que debe ser debatido. En general una postura que fundamente la universalidad de los derechos en la aspiración de trascendencia de la persona humana hará prevalecer la verdad sobre la libertad. Por el contrario, una postura de fuente racionalista, pero secular, tenderá a lo contrario. A nuestro entender - tomemos prestada una palabra en desuso - la contraposición es dialéctica: a mayor ciencia mayor conciencia, a mayor conciencia mayor libertad, y así sucesivamente.**
3. **El tercer tópico de interés es el de la rebelión o tiranicidio. Este problema fue planteado por los autores clásicos y muchos de ellos lo aceptaron como**

contralor último del orden. En nuestra consideración la rebelión no es “per se” un derecho sino - como magistralmente lo postula la propia Declaración Universal - un recurso supremo.

4. La práctica

La discusión sobre el nuevo discurso de los derechos humanos no es un problema exclusivo de la ciencia jurídica. Es por ello que en esta parte práctica del programa muchas posibilidades se abren para la inclusión, en el debate, de sectores adscritos a otras esferas del saber. Esto lo conocemos - hoy - como el carácter interdisciplinario del estudio de los derechos humanos.

A nuestro juicio, esta condición sumada a la “utopía” que se expresa en la doctrina y tiene - por ende - el objetivo de dinamizar o provocar determinados comportamientos sociales, produce un cambio de paradigma en la discusión jurídica tradicional, demasiado tributaria de una carga positivista.

¿Cuál es ese modelo tradicional? Básicamente aquel que centra el discurso sobre el funcionamiento de los mecanismos legalmente adoptados, agregando análisis exegéticos para aclarar las ambigüedades remanentes, pero que no se ocupa del impacto o defecto social de esos mismos mecanismos.

En cambio el discurso sobre la doctrina de los derechos humanos no se conforma con la aprehensión de los mecanismos formales, sino que complementa o trasciende el anterior a través de una propuesta global de cultura.

Por eso es susceptible de crear influencia tanto en la administración del poder como en su contrapartida de administración de la represión.

De acuerdo con el primero, el discurso jurídico de los derechos humanos se conecta al discurso político de la democracia como sistema de gobierno y al discurso económico sobre el desarrollo.

En relación con el segundo, el discurso jurídico de los derechos humanos se traduce en discurso pedagógico educativo, en discurso psicológico o en discurso militar.

Frente a este nuevo paradigma jurídico se ha generado también un nuevo paradigma profesional. El IIDH es un ejemplo de cómo se está desarrollando ese nuevo paradigma. Al efecto resulta interesante el testimonio de su anterior Directora Ejecutiva, recogido en su informe final de labores, que refleja nuevos modelos de inserción profesional.¹⁰ Nosotros mismos hemos tratado de aportar a este proceso a través de un nuevo tipo de normativa para ordenar el trabajo de los actuales funcionarios de la institución.¹¹

De modo que se ha desarrollado hoy una práctica profesional donde no se está hablando sólo de competencias jurídicas sino también de programas, no de juicios sino de proyectos, no de jueces sino de facilitadores, no de damnificados sino de población-meta, no de libelos de

demanda sino de material didáctico, no de audiencias públicas sino de seminarios, no de honorarios sino de donaciones, no de investigación sino de investigación-acción, no de conciliación sino de mediación política, no de ley sino de constitución y tratados internacionales.

Un programa de derechos humanos, consideramos, debe contar con este componente esencial como medio de traer el discurso dinamizador a las agencias reproductoras del saber.

Esto engendrará, sin duda, nuevas dificultades y preguntas, “disfuncionalidades” pero al mismo tiempo posibilidad de nuevos paradigmas. Esta empresa vale la pena pues ciertamente: en un mundo donde siguen muriendo inútilmente niños y niñas a cada hora: ¿Quién podría conformarse con el paradigma vigente?

Notas

1. **KELSEN, HANS.** *La Idea del Derecho Natural y Otros Ensayos.* Editorial Nacional. Victoria Litográfica, S.A., México, D.F., Agosto de 1979. p. 15.
2. **TOMÁS DE AQUINO, SANTO.** *De Magistro.* (Traducción por Fr. Antonio Figueroas O. P.: Texto latino de Raimundo Spiazzi O. P.: 1 ed. Editorial U.C.R., San José, Costa Rica, 1987, p. 42).
3. **Ibídem,** p. 54.
4. **BOBBIO, NORBERTO.** *Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci.* 1ª Ed. Editorial Debate. Madrid. Octubre de 1985.
5. **TRINDADE, ANTÔNIO CANÇADO.** *La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la protección de los derechos humanos.* En: *El Juez y la Defensa de la Democracia.* Editora Lorena González Volio. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 1993.
6. En este sentido: **BUERGENTHAL, THOMAS.** *International Human Rights.* Black's Law Dictionary. Fifth Edition. West Publishing Company. July. 1988.
7. **BUERGENTHAL, THOMAS Y OTROS.** *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas.* Monografías. IIDH. Editorial Civitas, S.A., Madrid, España. 1ª Ed. 1990.
8. **BOCHENSKI, I.M.** *Los métodos actuales del pensamiento.* Ediciones RIALP, S.A., Madrid, España. XIV. Ed. 1981.
9. **BLOCH, ERNST.** *Derecho Natural y Dignidad Humana.* Biblioteca Jurídica Aguilar. Ediciones Aguilar S.A., Madrid, España. 1ª Ed. 1980.
10. **PICADO SOTELA, SONIA.** *Informe al Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.* IIDH. San José, Costa Rica, 1994.
11. *Reglamento de estructura, funciones y lineamientos operativos del Área de Programas.* IIDH. Dirección de Programas. San José, Costa Rica, 1994.

IV– TEMAS RELEVANTES DEL DERECHO INTER-NACIONAL DE LOS REFUGIADOS CON RESPECTO AL PROBLEMA DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA

.....

JAIME RUIZ DE SANTIAGO

Professor da Universidade Iberoamericana do México; Ex-Encarregado de Missão do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados no Brasil; Delegado do ACNUR em San José - Costa Rica; Conferencista em Universidades de vários países.

I

1. En el tema relativo a las relaciones que existen entre el individuo y el Estado, el pensamiento jus-filosófico del siglo XIX destacó prerrogativas que son propias de este último, no siendo raro que se llegase a exageraciones indebidas y que trajeron muchas veces como trágica consecuencia la absolutización de realidades importantes como la soberanía del Estado o la seguridad interna del mismo. En el momento en que tales realidades perdieron toda limitación, el Derecho Internacional se volvió imposible y cualquier idea de una sociedad internacional organizada ordenada a objetivos propios y específicos se tornó impensable.

Fue en el siglo XX, tras los horrores de las dos guerras mundiales, que se pudo percibir con meridiana claridad el escandaloso resultado de tales doctrinas. La inhumanidad de la guerra y el sacrificio de millones de vidas humanas hizo percibir la importancia que en la vida internacional debe tener la persona humana. De este modo se vio la necesidad de organizar jurídicamente la vida internacional de los Estados, ordenada a realizar valores que trascienden a los Estados aislados, al tiempo que en esa organización se destacara el valor propio de la persona humana.

Apareció como primer intento la Sociedad de Naciones, condenada finalmente al fracaso por los propios Estados que se mostraron incapaces de superar sus intereses egoístas, para dar lugar en 1945 a la Organización de las Naciones Unidas, cuya eficacia y vitalidad dependen íntegramente de la voluntad de los sujetos que la integran.

En lo que respecta al último punto, es decir los sujetos del Derecho Internacional, se ha percibido que no sólo lo pueden ser los Estados. Pronto aparecieron los organismos internacionales poseyendo tal subjetividad jurídica internacional, y se le reconoció igualmente a otras personas jurídicas que realizan valores esenciales para la comunidad internacional, ya sea de carácter religioso (p. ej. La Santa Sede) o puramente humanitario (p. ej. El Comité Internacional de la Cruz Roja).

La evolución, rápida y firme, conduce a afirmar de manera cada vez más clara al individuo como sujeto de esta normativa internacional. Con ello se quiere decir que el individuo, la persona humana singular, posee dimensiones que trascienden las prerrogativas del Estado, y que tales prerrogativas necesitan ser reconocidas y

eficazmente protegidas por la sociedad internacional.

Para que los Estados acepten las convenciones que consagran tales prerrogativas, y que establecen mecanismos que buscan otorgarles eficaz protección, es necesario que los Estados se encuentren íntimamente persuadidos de la importancia de las mismas, y que al adherirse a ellas garantizan una de sus finalidades propias esenciales.

Se trata de un verdadero movimiento gracias al cual los Estados, los pueblos que los constituyen, van adquiriendo la íntima convicción de que el régimen democrático constituye el sistema más conforme a la dignidad humana, más respetuoso de la libertad y promoción de la persona y que ésta requiere ser protegida en sus derechos básicos a nivel primeramente nacional.

En efecto, es al Estado mismo al que compete ante todo reconocer y establecer mecanismos protectores de los derechos humanos. Éstos, sin embargo, poseen una tal importancia que desbordan la categoría de “asuntos esencialmente internos” de los Estados y constituyen una preocupación internacional.

La protección internacional de los derechos humanos, sin embargo, posee un carácter subsidiario, en el sentido de que únicamente se puede ejercer cuando los Estados no lo han hecho y la persona puede recurrir a ella sólo tras haber agotado los recursos previstos por el Estado en el cual vive.

2. El Siglo XX ha visto que una de las realidades más atroces ha consistido en el desbordamiento de las prerrogativas del Estado y en el atropello indebido e injustificado de la persona humana. Este es un fenómeno que, por desgracia, siempre ha existido, pero es sólo en nuestro siglo que alcanzó proporciones escandalosas. En nombre de ideologías totalitarias inaceptables se sacrificaron de manera sistemática millones de vidas humanas.

La ciencia y la técnica fueron usadas de manera cada vez más refinada para llevar a cabo la eliminación de seres humanos a través de procedimientos sencillos y eficaces.

La persona humana, en lugar de recibir la protección debida por el Estado, ha sido objeto de persecución a causa de motivos diferentes: la raza, la religión, la nacionalidad, las opiniones políticas o por el simple hecho de pertenecer a determinado grupo social.

Fue entonces que se percibió la necesidad de poner remedio a esa situación y de crear instituciones adecuadas que brindaran protección en esos casos extremos.

El supuesto había sido ampliado, pues ya no se trataba tan sólo de reconocer y brindar protección a la persona humana, sino que ésta se veía más urgente en la hipótesis de que ésta fuese indebidamente perseguida por el Estado que, de manera paradójica, era el primero en estar obligado a brindarle protección.

El pensamiento jus-filosófico se vio así enfrentando una realidad dramática y urgente, que necesitaba la creación de normas e instituciones jurídicas sólidamente fundamentadas.

3. No fue difícil encontrar el fundamento de la protección debida a la persona humana en el caso de que el Estado al que perteneciese, la perseguese y obligase a abandonar el territorio en el que debería encontrar acogida y sólido apoyo.

Fue curiosamente en las tesis que dieron origen al Derecho Internacional en donde aparecieron tales fundamentos.

Como se sabe, uno de los fundadores del Derecho Internacional fue el teólogo jus-filósofo Fray Francisco de Vitoria, sobre todo en su célebre “Relección de los Indios”, que fuera pronunciada en la Universidad de Salamanca el año de 1539. En ella el dominico toma como punto de partida el texto de San Mateo en el que Jesús ordena a sus Apóstoles: “Id y enseñad a todas las naciones, bautizándolas en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo”, y el texto de la cuestión de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino en el que se plantea el problema de “Si es lícito bautizar a los hijos de los infieles contra la voluntad de sus padres”.

La respuesta que da el de Aquino es resueltamente negativa, tanto en lo que se refiere a

los niños como a los adultos infieles, y sirve de base a Vitoria para investigar la cuestión del derecho que los Españoles hayan podido tener a la posesión de las tierras del nuevo mundo. Al analizar el problema de la legitimidad de la conquista, el dominico sienta las bases del Derecho Internacional y sus páginas tienen resonancias que alcanzan a nuestros días, en el que el continente americano se apresta a conmemorar el V centenario de la presencia (descubrimiento o encuentro) de España en este continente.

Al pasar revista a los títulos legítimos que pueden justificar la presencia española en las tierras conquistadas, Vitoria estudia siete de ellos, entre los que interesa en especial el primero: el derecho de sociedad natural y comunicación (*ius naturalis societatis et communicationis*), que posee especial riqueza. Ésta se expresa en diversas conclusiones que se sintetizan en el derecho que tenían los españoles para llegar libremente a estas tierras, vivir en ellas y comerciar con los naturales, a condición de que nada de esto fuese en daño alguno de los nativos (*sine aliquo tamen nocumento barbarorum*).

Se plantean las bases de la libertad de los mares (de tanta importancia en el llamado nuevo derecho del mar) y la libertad de comercio, al igual, y es lo que nos interesa, la libertad que el hombre tiene para “dirigirse y recorrer las regiones que quisiere”. Y añade que “no es que haya sido esto abolido por la división de las tierras, pues nunca fue la intención de las gentes evitar la mutua comunicación de los hombres por esta repartición”.

Derecho de la persona a permanecer en un lugar, a salir de su país e ir a otro, de modo que “la amistad entre los hombres parece ser de derecho natural, y contra la naturaleza el impedir la comunicación y consorcio de los hombres que ningún daño causan”.

Esta libertad de residencia y comunicación permite comprender cuán injusto e inhumano es que no se permita a una persona vivir en su propia patria y que sean las autoridades de ésta las que, en lugar de protegerla, la persigan y obliguen a abandonar el propio territorio, con fundados temores de permanecer en ella y perder su vida o libertad.

El llamado Derecho de los Refugiados se vincula con esta libertad de circulación y residencia, que se encuentra consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que dice:

“Art. 13-1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

Art.13-2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Art. 14-1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.

En esta perspectiva se inscribe el Art. 22 de la 1ª Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José, consagrado al “Derecho de Circulación y de Residencia” que hunde sus raíces próximas en la Declaración Universal y proyecta la sombra gigantesca de Francisco de Vitoria. Ese artículo recoge la riqueza de esa institución convencional típica de América Latina que es el asilo.

4. Corresponde, en efecto, a América Latina haber sido sensible a la situación de aquellas personas que, víctimas de sus opiniones políticas, han sido perseguidas por aquellos sus gobiernos que eran precisamente encargados de velar por su protección.

Fue a fines del siglo XIX que nació, en esta región de América del Sur, la institución convencional del asilo, que perpetuaba y hacía vigente la protección que en el pasado había sido propia de los lugares sagrados, de la cual fue celosa guardiana la Iglesia Católica durante muchos siglos.

En 1889 se firmó el Tratado de Derecho Penal de Montevideo que regula convencionalmente el asilo político, brinda protección a quien es perseguido a consecuencia de un delito político e impide su extradición al país en el que su vida o libertad se encuentra en peligro.

II

5. Debe subrayarse que el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 carece de antecedentes convencionales y que su formulación convencional fue sugerida por esos dos grandes juristas latinoamericanos que fueron Andrés Bello y Carlos Calvo.

Al reunirse la comisión para elaborar el futuro tratado de Derecho Penal Internacional, la delegación argentina subrayó el deseo de unir el tratamiento jurídico de la extradición - que ya había sido objeto de normas convencionales anteriores a aquel del asilo, lo que permitió dedicar todo un apartado (el título II, que cuenta con tres artículos) a la regulación del asilo, que se inscribe en la órbita del apartado destinado a la regulación de la extradición (título III).

En el momento en que los gobiernos de Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay firmaron el Tratado el 23 de Enero de 1889, colocaron las bases firmes de una figura convencional que después conocería dimensiones continentales gracias a las Convenciones que precisarían la fisonomía del asilo como institución protectora de derechos humanos fundamentales. Se inició así un movimiento fecundo que después fue ahondado y clarificado por la Convención sobre Asilo de 1928 (La Habana), la Convención sobre Asilo Político de 1933 (Montevideo), el Tratado sobre Asilo y Refugios Políticos de 1939 (Montevideo), el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1940 (Montevideo), las Convenciones sobre Asilo Territorial y Asilo Diplomático de 1954 (Caracas), y las precisiones que al respecto contiene la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (San José, Costa Rica).

En esa evolución que va desde 1889 a 1969, se experimentó un lento e importante proceso de clarificación de figuras y de palabras, tal como se muestra en recientes estudios.

6. Entretanto, Europa conoció los horrores de las dos Guerras Mundiales que produjeron como consecuencia el desplazamiento de numerosas personas que fueron obligadas a abandonar sus

países de origen y que requirieron ser atendidas para solucionar sus múltiples problemas. De ese modo Fridtjof Nansen recibió en 1919 el mandato de la naciente Sociedad de Naciones de atender a esas personas refugiadas y buscar salida a su situación, lo que logró a través de su integración en los países en donde se encontraban o por medio de su repatriación voluntaria, cuando era posible.

La benemérita obra de Nansen - auténtico Primer Alto Comisionado para los Refugiados - tuvo necesidad de ser proseguida, en 1943, por la Administración de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación (UNRRA), cuyas operaciones habían de prolongarse hasta 1947, fecha en que inició sus labores la Organización Internacional para Refugiados (OIR), con sede en Ginebra, y que tenía como principales tareas las de identificar a los refugiados, expedirles documentos, asistirlos en sus diversas necesidades, atender las peticiones de repatriación, ayudar a los refugiados a lograr una adecuada integración local y, cuando fuere necesario, intervenir para obtener su reasentamiento en un tercer país.

Aunque la OIR fue creada con un carácter provisional, pronto la ONU vio la necesidad de crear una institución que le sucediese y que prosiguiese sus ingentes tareas. El obstáculo mayor lo constituía el que, para enfrentar eficazmente el reto planteado por la existencia de los refugiados, se requerían criterios universalmente aceptados a su respecto.

7. A resolver esta espinosa cuestión ayudó decisivamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General el 10 de Diciembre de 1948, que proclama en su Art. 14 que “cada persona tiene derecho a buscar y gozar de asilo en otros países si sufre persecución”.

El 3 de diciembre de 1949 la Asamblea General resolvió designar un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, y, un año después, el 14 de Diciembre de 1950, aprobó el Estatuto que normaría sus actividades.

Es interesante observar que al establecerse la naturaleza propia del refugiado, aparece la llamada “limitación temporal” que afecta las tareas del Alto Comisionado, pues se dice que éste

tendrá competencia respecto de “cualquier persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de Enero de 1951, y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad...” (6.A,ii).

8. El 1º de enero de 1951 comenzó a funcionar la Oficina del ACNUR con mandato por tres años, al que pronto se vio la conveniencia de dotar de un instrumento convencional, sancionado por la comunidad internacional, que permitiese la realización de sus tareas. Fue así como, el 28 de Julio de 1951, la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados, que constituye por así decirlo, la Carta Magna de este instituto.

Es interesante marcar que esta Convención, a pesar de su indudable grandeza, está marcada por sus orígenes históricos, pues apareció antes que nada como remedio a la situación existente en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y en medio de una guerra fría que hacía tirantes y difíciles las relaciones entre las grandes potencias.

Tal origen se percibe en la “limitación temporal” y en la llamada “reserva geográfica”, por la cual sólo se reconocen como refugiadas a las personas que hayan dejado su país de origen, con fundado temor de persecución, por acontecimientos ocurridos en Europa. Los refugiados, por tal limitación, eran de origen europeo.

La “limitación temporal” quedó superada gracias al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados que, después de ser examinado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, quedó abierto a la adhesión de los Estados el 31 de Enero de 1967 y entró en vigor el 4 de Octubre del mismo año.

Es interesante notar que en un principio los países del continente americano consideraron que tales instrumentos internacionales tenían validez fundamentalmente para los refugiados europeos, de manera que al dar su adhesión a los mismos solían conservar la “reserva geográfica”. Se pensaba que los problemas regionales podían hallar adecuada solución en los instrumentos

elaborados en la propia región y que hacían del asilo una de las instituciones convencionales más ricas y típicas producidas en esta parte del mundo. En este sentido Leonardo Franco ha escrito, al tratar de los “Problemas en la Protección de los Refugiados en América Latina”, que entre 1951 y 1967 los países que ratificaron la Convención de 1951 fueron por orden cronológico: Ecuador el 7 de agosto de 1955; Brasil el 16 de noviembre de 1960; Colombia el 10 de octubre de 1961; Argentina el 15 de noviembre de 1961 y Perú el 21 de diciembre de 1984. Sólo Colombia ratificó la Convención de 1951 sin reserva geográfica; Ecuador y Perú levantaron la reserva geográfica el 1º de febrero de 1972 y el 8 de diciembre de 1980 respectivamente; Argentina lo hizo el 23 de octubre de 1984 y Brasil lo llevó a cabo el 19 de diciembre de 1989. A ello habría que añadir que incluso cuando Paraguay se adhirió a la Convención de 1951 y al Protocolo el 1º de abril de 1970, mantuvo la reserva geográfica y que sólo hace muy poco tiempo la acaba de levantar.

9. Teniendo en consideración lo anterior, se puede pasar a realizar una comparación entre la institución regional (el asilo) y la universal (el refugio), señalando las notas que las distinguen, viendo criterios que, aunque se emplean con graves consecuencias, representan falsas diferencias y, por último, señalando los aspectos que hacen semejantes a ambas figuras.

Para comenzar con las notas que representan reales diferencias, y sin pretender establecer una enumeración exhaustiva, habría que señalar las siguientes:

- ante todo el hecho de que el asilo representa una institución convencional regional, establecida en el mundo latinoamericano, en tanto el refugio es una institución convencional universal;
- la resolución que concede asilo a un peticionante posee un carácter propiamente declarativo, abriéndose en consecuencia la posibilidad de los refugiados “de facto” que tanta importancia tienen para algunos capítulos del Derecho de los Refugiados, como lo es todo lo pertinente a la repatriación voluntaria,

de incalculables consecuencias en el caso de repatriados latinoamericanos de origen uruguayo, argentino y actualmente chileno o paraguayo. La existencia de refugiados “de facto” constituye igualmente punto importante en el tratamiento del problema de los refugiados en América Central. Todo esto sin detrimento de aquellas doctrinas que consideran como derecho de la persona aquel de buscar y gozar del asilo;

- el asilo, al menos en una de sus modalidades, abre la posibilidad de ser concedido en el propio país de origen del peticionante (con todas las consecuencias que esto conlleva), en tanto que condición esencial para el refugio es que la persona se encuentre fuera de su país de origen. Es interesante en este aspecto recordar los orígenes del asilo, que de alguna manera se hacen transparentes actualmente en el asilo diplomático, superada por otra parte la doctrina que intenta explicarlo usando la llamada teoría de la extra-territorialidad;
- de lo anterior se puede afirmar que el asilo representa el ejercicio de un acto soberano propio de los Estados y respecto del cual no existe ningún organismo encargado de su cumplimiento. Así se comprende el art. I de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954), que dice: “Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno”, al igual que el art. II de la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954), que dice: “Todo Estado tiene derecho de conceder asilo, pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega”. Si se trata del refugio, los Estados se encuentran ligados al respecto de esta institución y es a un organismo internacional, el ACNUR, a quien se ha encomendado su vigilancia. De este modo se comprende el art. I del

Estatuto que creó la oficina del ACNUR el 14 de diciembre de 1951, en el cual se especifica: “El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, actuando bajo la autoridad de la Asamblea General, asumirá la función de proporcionar protección internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a los refugiados que reúnan las condiciones previstas en el presente Estatuto”. Se trata, en consecuencia, de una serie de notas - condiciones - que constituyen a una persona en la calidad de refugiado, calidad que debe ser juzgada y reconocida por los Estados. En este sentido la propuesta que suele sostener el ACNUR es la de que debe ser una institución creada por el propio Estado - y de la que el ACNUR regularmente forme parte - la que reciba, analice y decida las peticiones tendientes al reconocimiento de la condición de refugiado. Sería de sumo interés realizar un estudio comparativo de los sistemas que a este respecto existen;

- el asilo es una institución que nació como protección frente a una persecución, la que debe ser actual y presente, contra una persona, lo que se refleja en el art. II de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954): “El respeto que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas”. Lo mismo el art. I de la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas, del mismo año: “El asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas ...”;
- el refugio, por el contrario, es menos riguroso al respecto, pues no requiere de una actual y efectiva persecución y le es suficiente “el fundado temor de persecución”. Esto significa que el refugio resulta del encuentro de un

doble elemento, el uno subjetivo - el temor -, y otro objetivo - la persecución -, siendo el segundo el que funda o explica al primero, lo que quizá es más patente en la versión en inglés de la Convención de 1951, la que habla de “well founded fear”, lo mismo que la versión francesa que dice: “craignant avec raison d’être persécuté”. Por ello el refugio, al ser analizado en los casos concretos, requiere una actividad humanitaria de extrema prudencia, pues es necesario considerar todos los elementos que puedan explicar lo “fundado” - “bien fundamentado” - del temor que pueda sentir una persona ante una actual o potencial persecución. Como todos aquellos casos en los que se encuentra en juego la justicia (valor que explícitamente es mencionado en el art. 1º.1 de la Carta fundacional de la ONU, al igual que en el primer considerando de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), el tomar en cuenta estas circunstancias es fundamental para decidir, ya que pueden ser circunstancias que excluyan lo fundado del temor o por el contrario lo hagan totalmente justificado;

- las causas que explican la concesión del asilo son más limitadas que aquellas que dan lugar al refugio. El Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (1889) establece, al igual que muchos otros referentes a la materia, que “El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos”, sabiendo que “la calificación de la delincuencia política corresponde al Estado que presta el asilo” (art. 2º de la Convención sobre Asilo Político de Montevideo, 1933). Más amplio es el art. II de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954), que habla del asilo respecto de aquellas personas “que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias políticas, opiniones o filiación políticas o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos”. De igual modo la

Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954) habla en su art. I de “personas perseguidas por motivos o delitos políticos”. La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que en este aspecto es incluso más amplia que el propio Estatuto que funda la oficina del ACNUR, aplica el término de Refugiado a toda persona que posee “fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”;

- constituye también una diferencia interesante la que consiste en que, al decidir un Estado si concede o no el asilo, no le interesa para nada que el perseguido haya actuado en contra de las finalidades y principios de la ONU, en tanto esto constituye un punto de exclusión para el reconocimiento del refugio. En efecto, la sección F, letra c, del art. 1º de la Convención de 1951 precisa que “las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan fundados temores para considerar... que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”. Estas “finalidades y principios” de la ONU constituyen objeto del capítulo I, art. 1º, de la Carta fundacional de la ONU. Esta cláusula de exclusión debe interpretarse en relación con el párrafo a) de la misma sección F del art. 1º, que habla de la comisión de “un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos”.

[IF1] Comentario:

10. Señaladas así algunas diferencias que aparecen entre el asilo y el refugio, es necesario precisar que con alguna frecuencia los autores o los funcionarios de algunos Estados manejan criterios de diferencia que en verdad no lo son y que por ello pueden resultar en grave prejuicio para aquellas personas necesitadas de protección.

El manejo de estas “seudo-diferencias” ha sido frecuente en algunas regiones del continente americano.

Se ha llegado a sostener de manera indebida, que es un criterio de carácter económico el que distingue al “merecedor” del asilo de quien es un refugiado. De acuerdo a esta “seudo-diferencia” los refugiados serían personas de origen rural y de limitados recursos económicos, en tanto los aspirantes al asilo serían personas de origen urbano y que posean mayores recursos económicos. De acuerdo a esta distinción, no habrían sido refugiados, por ejemplo, grandes cantidades de personas uruguayas o argentinas de extracción urbana y buena situación económica que abandonaron sus países de origen durante los regímenes militares dictatoriales y sólo lo serían, por ejemplo, los campesinos que han sufrido persecución bajo regímenes despóticos y que por ello se encuentran fuera de sus países de origen.

De igual modo se ha llegado a sostener que aquello que distingue a los “asilados” de los “refugiados” es el nivel de educación que detenten o la “relevancia” política que posea la persona en su país de origen. De este modo personas que hubiesen tenido notoriedad política en su país o denotasen una educación superior no deberían calificar como refugiados y sólo podrían aspirar al asilo.

Estos criterios erróneos parecen poder tener alguna explicación - lo que no significa justificación - en momentos históricos conocidos en diversos países latinoamericanos. Es cierto que en muchos países del continente el asilo ha coincidido en distintas ocasiones con la aceptación de personas perseguidas políticamente en sus países y que en ellos habían tenido una buena situación económica, liderazgo político y una buena preparación intelectual (tales fueron, por ejemplo, algunas de las características de los “exilados” españoles recibidos en México como consecuencia de la guerra civil española), al igual que el refugio en los países centroamericanos parece caracterizarse por componerse por personas de extracción rural y con bajos niveles de educación.

11. Para completar las reflexiones anteriores parece adecuado referirse a algunas notas que son semejantes entre el asilo y el refugio y cuya mención tampoco pretende ser exhaustiva.

- ambas instituciones coinciden en su carácter humanitario, lo que explícitamente se menciona, con relación al asilo, en el art. 3° de la Convención sobre Asilo Político de Montevideo (1933): “El asilo político, por su carácter de institución humanitaria, no está sujeto a reciprocidad”.

Y el capítulo 1°, § 2°, del Estatuto de la oficina del ACNUR, dice que “la labor del Alto Comisionado tendrá carácter enteramente apolítico: será humanitaria y social”, al igual que el Preámbulo de la Convención de 1951 en el considerando quinto.

- ambas instituciones humanitarias existen para brindar protección a las personas. Así la Convención sobre Asilo Político de Montevideo (1933) señala en su art. 3° que “todos los hombres pueden estar bajo su protección” y el Estatuto de la oficina del ACNUR dispone en su art. 1° que “el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, actuando bajo la autoridad de la Asamblea General, asumirá la función de proporcionar protección internacional... a los refugiados”.

Igualmente importante es que en ambas instituciones se excluye la posibilidad de la extradición, lo que constituye aspecto destacado ya desde el Tratado sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo (1889) y en donde el tratamiento del asilo antecede al régimen de la extradición y se entiende incluido en lo dispuesto por los arts. 32 y 33 de la Convención de 1951.

En todo caso el instituto del asilo fue el mayoritariamente usado por los países latinoamericanos hasta fines de los años 60, y si los servicios del ACNUR eran requeridos lo eran tan sólo para colaborar en la tarea de recepción e integración de los refugiados europeos, muchos de los cuales constituyen todavía importantes grupos

protegidos en algunos países latinoamericanos, como en el caso de Chile, Brasil y Argentina.

III

12. En los años 70 la situación cambió en este continente, como consecuencia principalmente de los acontecimientos ocurridos en Bolivia y en Chile. El ACNUR comenzó a prestar sus servicios en la tarea de protección a refugiados latinoamericanos y para ello se decidió la apertura, en el Cono Sur, de la Oficina Regional de Buenos Aires.

Un hecho interesante fue la tarea surgida con posterioridad a los eventos de Chile de 1973, cuando el ACNUR colaboró, en primer lugar, en el reasentamiento de refugiados de diversos países latinoamericanos que se hallaban en Chile en el momento del cambio institucional. De este modo, con la ayuda del ACNUR, unos 5.000 refugiados latinoamericanos dejaron Chile con destino a unos 40 países diferentes. EL ACNUR también intervino para dar protección y asistencia a refugiados chilenos que se dirigieron a países limítrofes, en especial Perú y Argentina.

Poco después fueron refugiados uruguayos y argentinos los que dejaron sus respectivos países y se dirigieron a países latinoamericanos o bien a países europeos.

Estos movimientos de los años 70 generan grupos de refugiados que, según ha señalado Leonardo Franco, se caracterizan fundamentalmente por los siguientes rasgos:

a) - Por ser en su mayoría de extracción urbana, con números significativos de dirigentes, militantes o notorios simpatizantes políticos, de orientación ideológica del centro a la izquierda.

b) - Muchos usaron sus propios medios para trasladarse a España, México, Venezuela y otros países latinoamericanos. Otros muchos fueron acogidos por diversos países europeos.

c) - En numerosas ocasiones estos refugiados no buscaron la protección del ACNUR y ésta tuvo que efectuarse posteriormente, basándose en la naturaleza declarativa del estatuto

de refugiado.

13. Los últimos años de la década de los setenta coincidieron con una radicalización de los problemas de los refugiados en América Central: diversos gobiernos de esta región recurrieron al ACNUR a fin de cooperar en la asistencia de refugiados nicaragüenses que habían abandonado su país entre 1978 y 1979. Después de los acontecimientos de Julio de 1979, el ACNUR participó en el movimiento de repatriación de estos refugiados. Se iniciaba así un movimiento de salida y repatriación que habría de repetirse en el correr de los años.

Poco tiempo después, varios miles de refugiados centroamericanos eran acogidos por los países vecinos e integrados generosamente por sus poblaciones. Se calcula que hacia febrero de 1983, el ACNUR asistía a unos 20.000 refugiados en países de América Central y México. En el período que ocurre entre 1980 y 1983 hubo movimientos importantes:

- de salvadoreños hacia países de Centro y Norteamérica (a partir de 1980);
- de indígenas miskitos nicaragüenses que se trasladaron principalmente a Honduras y luego a Costa Rica (marcadamente a partir de junio de 1981 y de manera más acentuada durante el mes de diciembre de ese año y los primeros meses de 1982);
- de guatemaltecos que huyeron de su país y se trasladaron al Estado de Chiapas, en México (mediados de 1981).

Con ello el movimiento de refugiados centroamericanos adquirió novedosos y muy importantes rasgos:

- tales refugiados son de extracción básicamente rural o semiurbana y, aunque aparecen casos de profesionales, obreros etc., estos son siempre escasos. Los grandes números corresponden a campesinos o semiurbanos de escasos recursos y bajo nivel de escolaridad;
- con frecuencia se trata de flujos masivos de población, localidades enteras, que atraviesan las fronteras en busca de refugio (caso de los salvadoreños en

Honduras y de los guatemaltecos en México);

- un rasgo de importancia es que en ciertos casos - guatemaltecos en México, miskitos en Honduras - constituyen en ocasiones grupos de etnias americanas de las cuales es necesario preservar la identidad cultural;
- los casos de refugiados individuales de extracción urbana o semiurbana suelen integrarse espontáneamente en las diferentes ciudades del país que los acoge, en tanto que los refugiados de origen campesino suelen congregarse en campamentos que a veces se organizan espontáneamente - guatemaltecos en Chiapas - cerca de la frontera. Suelen localizarse en zonas de difícil acceso y presentan mucha renuencia a trasladarse a regiones más interiores del país de acogida que sean también de más fácil acceso, a fin de hacer más sencilla la logística a través de la cual se les presta asistencia; y
- en estos grupos centroamericanos el temor de persecución individualizada es escaso y más bien abandonan sus hogares por miedo ocasionado por situaciones de violencia generalizada que reina en los países de origen.

14. Tales eran las condiciones en las cuales se produjo el Coloquio de México de 1981 y que examinó los problemas más delicados y más inmediatos del asilo y de los refugiados en América Latina.

Entre las conclusiones que se establecieron, vale la pena recordar:

- la reiteración del principio básico del derecho internacional de la no-devolución;
- el carácter humanitario y apolítico del otorgamiento del asilo, el que de ninguna manera debe ser considerado como un acto inamistoso entre los Estados;
- la necesidad de extender la protección a todas aquellas personas que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjera, violación masiva de los derechos humanos o

acontecimientos que alteren severamente el orden público, en todo o parte del territorio del país de origen;

- el carácter adecuado del sistema normativo de protección internacional de asilados y refugiados, tanto a nivel internacional como interamericano;
- el propósito de propiciar la coordinación y la cooperación institucional de los órganos competentes de la Organización de Estados Americanos con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en materia de protección internacional.

Fue así como se comenzó a realizar un clima adecuado para establecer una definición ampliada del refugiado y que respondiera de manera más realista a las condiciones prevalecientes en este continente.

15. El precedente jurídico de la definición ampliada se encuentra en la Convención de la Organización de Unidad Africana (OUA) reguladora de aspectos específicos de problema de los refugiados en África, que fue elaborada precisamente para tratar de responder a un fenómeno de flujos masivos de refugiados que presentan en el continente africano rasgos similares a aquellos que más tarde aparecieron en América Central.

Existían así las bases necesarias para adoptar la definición ampliada de refugiado, lo que se hizo en la "Declaración de Cartagena sobre los Refugiados" de 1984. Esta "Declaración" fue corolario del Coloquio organizado en Colombia y al cual asistieron delegados de Belice, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela.

De la importancia de esta Declaración ya se ha hablado, de modo que es posible referirse a algunos acontecimientos posteriores a su realización.

A nivel de movimientos de refugiados, lo que debe destacarse en la región se refiere:

- al incremento de refugiados guatemaltecos en México, muchos de los cuales decidieron instalar sus

campamentos lejos de la frontera, en la península de Yucatán (de fines de 1984 y durante 1985 unos 20.000 refugiados aparecieron así en los Estados de Campeche y Quintana Roo, sitios en los cuales la densidad de población es escasa. Entretanto, se continuó asistiendo a más de 22.000 refugiados establecidos en el Estado de Chiapas);

- Honduras y Costa Rica continuaron incrementando la recepción de refugiados venidos principalmente de El Salvador, Guatemala y Nicaragua. De este último país salieron unos 15.000 indígenas miskitos y sumos durante los primeros meses de 1986; y
- también Belice se constituyó en un joven país receptor de refugiados venidos de diferentes países centroamericanos.

16. A finales de 1986 se realizó en Guatemala la reunión denominada Esquipulas I, la que marcó el inicio de un camino cuyo término todavía permanece en el futuro pero que ha producido en el tiempo muy importantes frutos.

Es probable que a nivel político lo represente el Acuerdo que establece un “Procedimiento para establecer la Paz Firme y Duradera en Centroamérica”, firmado por los Presidentes de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. Este Acuerdo, firmado el 7 de agosto de 1987, fue el resultado de la acción permanente de Contadora y del Grupo de Apoyo en favor de la paz y de la especial colaboración prestada por la CEE y su Santidad Juan Pablo II.

En el Acuerdo, el § 8° se destina especialmente al tema de los refugiados. Así dice: “Los gobiernos centroamericanos se comprometen a atender con sentido de urgencia los flujos de refugiados y desplazados que la crisis regional ha provocado, mediante protección y asistencia, especialmente en los aspectos de salud, educación, trabajo y seguridad, así como a facilitar su repatriación, reasentamiento o reubicación, siempre y cuando sea de carácter voluntario y se manifieste individualmente”.

“También se comprometen a gestionar ante la comunidad internacional ayuda para los refugiados y desplazados centroamericanos, tanto en forma directa, mediante convenios bilaterales o multilaterales, como por medio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y otros organismos y agencias”.

17. Pocos meses después, la 37ª Asamblea General de la OEA, reunida del 9 al 13 de Noviembre de 1987, aprobó una importante resolución sobre “La Situación de los Refugiados de América Central y los Esfuerzos Regionales para la Solución de sus Problemas”, en la que resuelve:

i. Expresar su satisfacción por los compromisos que, en favor de la protección y asistencia de los refugiados y de su repatriación voluntaria, han asumido los Presidentes de los países de Centroamérica, en el punto 8 del Documento Esquipulas II, y solicitar el más amplio apoyo de la comunidad internacional y de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos para hacer posible el cumplimiento de tales compromisos;

ii. Reafirmar su confianza en que los Estados de la región continuarán los esfuerzos de concentración para encontrar las soluciones que estén a su alcance en favor de los refugiados, en pleno respeto a su derecho al retorno, al carácter voluntario de la repatriación, al principio de la no-devolución y la observancia de las condiciones de protección internacional y asistencia de que gozan en los países de asilo;

iii. Reconocer los esfuerzos multilaterales en favor de la repatriación voluntaria de los refugiados que han venido desarrollando los gobiernos afectados de la región, con participación del ACNUR y solicitar que continúe el apoyo financiero internacional a los programas de repatriación voluntaria;

iv. Destacar la encomiable labor humanitaria que viene desarrollando el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, en colaboración con las Autoridades de los países afectados por la presencia de éstos y de sus países de origen y, en el contexto de la

búsqueda de posibles soluciones, dar la bienvenida a la iniciativa de organizar en 1988 una conferencia regional sobre el tema;

v. Expresar su satisfacción por los trabajos que se llevan a cabo de acuerdo con el Programa ACNUR/OEA y agradecer a la Secretaría General y, en particular, a la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos por su colaboración en estas labores”.

En esta resolución se hace referencia a dos hechos que a esas alturas tenían ya gran importancia práctica y que están ordenados a encontrar una solución justa y realista al tema de los refugiados de la región.

El primero está representado por la creación de mecanismos que con participación o auspicios del ACNUR se han ido poniendo en práctica a fin de favorecer la repatriación voluntaria de los refugiados, entre los que se encuentran la “Comisión Tripartita El Salvador-Honduras-ACNUR”, el mecanismo tripartito “ad-hoc” constituido por Honduras-Nicaragua-ACNUR y el grupo de trabajo tripartito Costa Rica-Nicaragua-ACNUR y el programa para la repatriación voluntaria de los refugiados guatemaltecos que se encuentran en el sureste de México.

Es cierto que numerosos son todavía los refugiados asistidos en la región, pero igualmente numerosos son los refugiados que se han acogido a esa solución que es el ideal para su condición: la repatriación.

18. La repatriación voluntaria, cuya importancia ha sido repetidamente destacada en diversas resoluciones de la Asamblea General de la ONU y ha sido tratada en detalle en dos importantes conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR - son las conclusiones 18 (XXXI) y 40 (XXXVI) - es una solución en la cual se han hecho importantes avances.

En efecto, al irse avanzando en la repatriación voluntaria, se han ido estableciendo principios que han permitido clarificar y ver las riquezas jurídicas propias de la misma. De este modo se han asentado con firmeza los siguientes

principios:

- todas las acciones deben estar guiadas por el mejor interés de los refugiados;
- los refugiados tienen el derecho a retornar voluntariamente a su país de origen;
- la repatriación de refugiados debe realizarse solamente cuando existe una libre decisión expresada por los mismos refugiados. Siempre se debe proteger el carácter individual y voluntario de la repatriación;
- la repatriación voluntaria debe realizarse en condiciones que aseguren la seguridad y dignidad de los refugiados y de manera preferible a las comunidades y lugares de residencia del país de origen;
- la acción internacional en favor de la repatriación voluntaria debe ser en pleno apoyo y cooperación de los Estados involucrados;
- al ACNUR le corresponde, cuando se considere apropiado, el tomar las iniciativas necesarias para promover la repatriación voluntaria;
- cuando sea necesario, el ACNUR debe establecer y ejecutar programas de asistencia para los repatriados;
- el ACNUR debe tener acceso directo y sin obstáculos a los repatriados, a fin de ver cumplir las amnistías, garantías y seguridades sobre las cuales los refugiados han decidido su repatriación.

Tales principios han obligado al ACNUR a ver con mayor claridad la extensión de su mandato y a innovar posturas que con anterioridad se pensaba que ya estaban agotadas. Se ha tenido que ahondar en aspectos prácticos de importancia, tales como los de:

- la información relativa a las condiciones existentes en el país de origen;
- la realización de visitas de refugiados individuales o de grupos de representantes de refugiados a su país de origen;
- subrayar que el ACNUR no sólo debe facilitar sino también promover la repatriación voluntaria, asegurando que ésta es viable y deseable. En este sentido

la experiencia de las comisiones tripartitas y grupos de trabajo ha sido muy enriquecedora;

- intervenir para lograr los fondos internacionales necesarios destinados a ejecutar programas de asistencia y rehabilitación en los países de origen, al tiempo que el ACNUR subraya que le corresponde tener participación activa en su ejecución.

De este modo se realiza con mediano o gran éxito la repatriación de refugiados guatemaltecos, de indígenas sumos o miskitos a la costa atlántica de Nicaragua y la repatriación de enormes grupos de salvadoreños refugiados en Honduras.

19. El segundo hecho al que se hace referencia en la resolución de la Asamblea General de la OEA es la constitución por parte del ACNUR de un “Grupo de Trabajo sobre Posibles Soluciones a los Problemas de los Refugiados Centroamericanos” y la celebración de una conferencia regional sobre el tema.

El texto se refiere a la constitución de un grupo de consulta convocado por el Alto Comisionado, y que se reunió en Ginebra del 25 al 27 de Mayo de 1987 y que produjo un documento que merece ser analizado y estudiado con gran detenimiento.

El grupo subrayó en la parte II, 4.7 “la naturaleza declarativa y no constitutiva del reconocimiento jurídico de la condición de refugiado” y consideró en la II, 4.8 que “resulta necesario contar con la voluntad de cooperación y el solidario apoyo de todos los miembros de la comunidad internacional para la solución de los problemas, incluyendo la admisión de refugiados centroamericanos en países fuera del área”.

En su parte III, 6 trata de cuestiones relacionadas con los campamentos, los que a veces resultan inevitables y permiten brindar a los refugiados una efectiva asistencia de emergencia (III, 6.1), aunque “a lo largo del tiempo... puedan generar una serie de efectos nocivos” (III, 6.2), de modo que, “después de un tiempo razonable, este tipo de campamentos deberían gradualmente abrirse o reubicarse para pasar a otro esquema de

inversión local más apropiado” (III, 6.3).

El III, 7 se refiere “in extenso” a la repatriación voluntaria, constatando “un incremento de refugiados voluntariamente repatriados a título individual a sus países en el área, aun cuando no han cesado las causas que dieron origen a las corrientes de refugiados centroamericanos” (III, 7.2). Se destacó “la actitud más abierta y positiva hacia la repatriación voluntaria por parte de los gobiernos de los países de origen y de asilo” (III, 7.3), comprobando los principios que rigen este instituto y que ya fueron mencionados.

El documento corrobora la existencia de un “pleno acuerdo en favor de una repatriación voluntaria organizada, planificada y gradual” (III, 7.4) y reitera “la indispensable participación del ACNUR en los procedimientos de repatriación para hacer respetar la naturaleza voluntaria e individual de la misma” (III, 7.5), en la medida en que “el ACNUR posee un interés legítimo en las consecuencias de toda repatriación voluntaria” (III, 7.6). Del mismo modo el documento habla de las medidas destinadas a prevenir las causas que originan las corrientes masivas de refugiados centroamericanos (III, 8 y 9).

El documento finaliza con una serie de recomendaciones, entre las que destaca aquella en la que se exhorta al Alto Comisionado, en consulta con los gobiernos de los países afectados en el área, a que “convoque a una conferencia regional sobre refugiados centroamericanos” (IV, 9.2).

20. El grupo de consulta volvió a reunirse en Nueva York del 20 al 22 de Noviembre de 1987 y en esta ocasión formuló un informe sobre los pasos dados en orden a la celebración de la conferencia sobre los refugiados centroamericanos. Proponía como fecha de realización la de Junio del año siguiente, 1988.

El informe estableció igualmente una serie de puntos para la realización de la conferencia.

La Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) pudo finalmente realizarse del 29 al 31 de Mayo de 1989 en Guatemala. Esta Conferencia, en la que participaron representantes de los gobiernos de la

región, de la comunidad internacional, de la ONU, de la OEA, de diversos organismos no-gubernamentales y del ACNUR, aprobó un documento elaborado por el comité Jurídico de Expertos que fue realizado en cumplimiento del objetivo señalado por el Comunicado de San Salvador sobre Refugiados Centroamericanos el 7 de Septiembre de 1988. En efecto, el Comité Preparatorio de la CIREFCA, integrado por representantes de los gobiernos de la región y representantes del ACNUR, se había reunido para definir los objetivos de la futura Conferencia, entre los cuales se menciona el "evaluar el progreso realizado con respecto a los principios que implica la protección y asistencia de los refugiados y su repatriación voluntaria, a fin de apoyar su difusión y aplicación". También recomendó el Comité Preparatorio considerar en la Conferencia el problema de las personas desplazadas y las posibles soluciones que pudieren aparecer a su respecto.

Al mes siguiente, el 19 de Octubre de 1988, el Secretario General de la ONU, en el § 14 de su informe a la Asamblea General, al tratar "La Situación en América Central: Amenazas a la Paz y Seguridad Internacionales e Iniciativas de Paz", anunció: "En particular deseo enfatizar la decisión adoptada en San Salvador en septiembre de este año por los Gobiernos de América Central y México de llevar a cabo una conferencia internacional sobre los refugiados de América Central y que se realizará en la Ciudad de Guatemala en Mayo de 1989, con el propósito de encontrar soluciones prácticas al problema de los refugiados, personas desplazadas y repatriadas y con ánimo puramente humanitario y apolítico".

El Comité Jurídico de Expertos pudo someter a la CIREFCA el documento elaborado el 25 de Enero de 1989 con los comentarios y anotaciones aportados por los diferentes países involucrados. El documento lleva el título de "Principios y Criterios para la Protección y Asistencia de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina" y se presentó como marco general de referencia y ayuda a los Estados en su tratamiento de los refugiados, repatriados y desplazados de la región centroamericana.

21. El documento, además del Prefacio, se compone de diez secciones: Introducción (I), Normas Jurídicas y Prácticas Aplicadas en la Materia (II), Instrumentos de Refugiados y su Aplicación Interna (III), El Concepto de Refugiado (IV), el Asilo y las Reglas de Protección (V), Soluciones Durables (VI), Personas Desplazadas (VII), Las Organizaciones no-Gubernamentales (VIII), Mecanismos de Derechos Humanos (IX) y Difusión (X).

El texto presentado, claro y conciso, representa un excelente resumen de aquello que se refleja en el título.

La introducción sirve para plantear el problema de la región, "situación sin precedentes" (I, 4) que cuenta, para ser resuelto en la región, con los instrumentos del sistema universal protectores de refugiados al igual que de los instrumentos convencionales regionales que establecen el instituto del asilo. Sin embargo "el desplazamiento a gran escala de víctimas por conflictos armados o eventos similares señala la necesidad de desarrollar normas complementarias para su protección y asistencia" (I, 7).

Con la experiencia recogida en África, América Central adoptó la Declaración de Cartagena, la que, a pesar de que "no constituye un instrumento legal obligatorio para los Estados, tiene, no obstante, una importancia fundamental puesto que refleja un consenso sobre determinados principios y criterios, y ha servido de guía a los Estados en el tratamiento de los refugiados durante los últimos cinco años" (I, 9).

La segunda sección enumera los tratados en la materia aplicables en la región, a nivel universal y regional, las diferentes resoluciones de la ONU y de la OEA, al igual que del ECOSOC y los informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al igual que las sentencias y opiniones consultivas pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, sin olvidar "la práctica de los Estados en la región" (II, 16) y las diferentes disposiciones nacionales.

Se recuerda que un Estado no puede invocar su propia legislación para no dar cumplimiento a los Tratados Internacionales suscritos y la importancia que posee el que los Estados se adhieran a los tratados referentes a protección de refugiados.

Al tratar el concepto de refugiado (IV parte) se menciona la definición universal al igual que la regional y se señala que los elementos propios de la “Declaración de Cartagena” deben ser interpretados de acuerdo con los instrumentos que constituyen el llamado “Derecho Humanitario”, pues en ellos se aclaran y precisan. En este punto se recuerda que “el concepto de refugiado (...) se basa en la presunción de que las personas en cuestión son civiles. El término refugiado, tanto en el sentido ordinario como jurídico, se refiere a personas que no toman parte en hostilidades, siendo esta condición ‘sine qua non’ para ser refugiado. En otras palabras, los combatientes, sean miembros de fuerzas regulares o irregulares, no son refugiados” (IV, 30).

El documento recuerda que los emigrantes económicos no llenan los requisitos requeridos para ser refugiados, ni tampoco las víctimas de desastres naturales, “a menos que concurren circunstancias especiales estrechamente ligadas a la definición de refugiado” (IV, 33).

También se mencionan “aquellas personas que, si bien llenan los criterios para ser considerados como refugiados, no han sido identificados y por lo tanto no se les ha concedido formalmente el status de refugiado”.

“Estos individuos son considerados como refugiados dada la naturaleza declarativa y no constitutiva de la decisión de conceder el status de refugiado. Generalmente estas personas están en una situación particularmente precaria requiriendo, por tanto, una atención especial de la comunidad internacional” (IV, 35).

La sección V, nº 37, repite que “es un principio universalmente aceptado que el otorgamiento del asilo, así como el reconocimiento de la condición de refugiado, tienen un carácter pacífico, apolítico y exclusivamente humanitario. Ningún aspecto de estos actos debe interpretarse como inamistoso

hacia el país de origen de los refugiados”. Por ello el trabajo de la Oficina del ACNUR debe ser “de carácter estrictamente apolítico, humanitario y social” (V, 39).

La importancia del principio de no-devolución como piedra angular del sistema internacional de protección al refugiado se destaca (V, 40) y se recuerda que muchos Estados y doctrinarios consideran al principio como regla de ‘jus cogens’ (V, 42).

Existen reglas mínimas en el tratamiento de los refugiados, como el respeto de los derechos humanos básicos y la protección que se debe dar a la familia (V, 47).

Con relación a los campamentos, se establece que éstos “deben estar bajo administración civil... (y) no poseen ningún estatuto extraterritorial” (V, 48). Deberían encontrarse situados a una distancia razonable del país de origen y si las circunstancias llevan a crear campamentos cerrados, éstos deben irse abriendo gradualmente.

Las soluciones durables que se tratan son la repatriación voluntaria, la integración local y el reasentamiento. La primera de ellas es la más importante en la región, “es la solución por excelencia” (V, 51), que requiere de una debida información a los candidatos y en ciertas circunstancias puede promoverse y facilitarse. Es ahí donde adquieren toda su importancia las comisiones tripartidas y grupos similares.

En la repatriación debe siempre respetarse su voluntariedad, expresada individualmente, y debe realizarse en adecuadas “condiciones de seguridad y dignidad; y de preferencia, si así desean los refugiados, debe efectuarse al lugar de origen o de anterior residencia” (V, 54).

El documento reconoce al ACNUR, representante de la comunidad internacional, un interés legítimo en el desarrollo del retorno, y por ello “tiene derecho a ser informado de los resultados de cualquier operación de repatriación voluntaria. Es por lo que la Oficina del Alto Comisionado debe dar seguimiento a la situación de los repatriados no sólo durante la operación de repatriación sino también después de su retorno.

Esta actividad es de carácter exclusivamente humanitario para constatar el cumplimiento de los acuerdos que sirvieron de base al retorno” (V, 56).

También el documento destaca la importancia de la integración local como solución durable al problema de los refugiados, lo que debe ser considerado también en la creación de fuentes de trabajo que no desplacen mano de obra nacional.

El reasentamiento, por sus características actuales, resulta una solución de menor importancia, pero que es necesaria en algunos casos excepcionales, surgidos por necesidad de protección o de reunificación familiar.

La sección dedicada a las personas desplazadas nota la necesidad que éstas tienen de protección y asistencia, sobre todo en situaciones de conflicto armado, condiciones en las que se aplicarán las normas de Derecho Humanitario pertinentes, aunque se destaca que “la responsabilidad primaria de atención a las personas desplazadas compete al Estado, puesto que son sus nacionales y se encuentran en su propio territorio” (VII, 64). Las limitaciones que tienen en ocasiones los Estados para realizar esta tarea hace que tal situación sea tratada en el Documento.

En la tarea de brindar protección y asistencia a refugiados, repatriados y desplazados, las organizaciones no-gubernamentales desempeñan una vital tarea, complementaria de aquella del ACNUR, que “ha sido repetidamente reconocida por la Comunidad Internacional” (VIII, 66). Las diferentes tareas del ACNUR y de estas organizaciones, todas ellas de carácter solidario y humanitario, deben estar estrechamente coordinadas con las directrices dadas por el Estado donde realizan sus tareas.

El documento recuerda en la sección IX que la protección de refugiados y desplazados debe coordinarse con los grandes mecanismos - regionales y universales - protectores de los derechos humanos, lo que también requiere una estrecha vinculación por parte del ACNUR con los mismos, en especial con la OEA, con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

La actividad de todos estos mecanismos, al igual que las características de los problemas antes analizados, debe ser ampliamente difundida, tarea que “debe ser respaldada por los gobiernos involucrados, el ACNUR, las organizaciones no-gubernamentales y los demás miembros de la Comunidad Internacional” (X, 69).

V - EL SISTEMA PENITENCIARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS ENCARCELADOS

(*)

.....

CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL

Mestre em Direito; Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Conselheiro Científico do ILANUD (Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente); Membro da Sociedade Americana de Criminologia; Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia.

la Justicia Penal, en Guatemala, en marzo de 1961,

La cuestión carcelaria, que notoriamente no se inscribe en el índice de prioridades de las políticas públicas de nuestro país, exige desde luego que nos detengamos en sus llagas, en sus antinomias, en sus perplejidades, y repensemos un nuevo concepto, un nuevo actuar, no sólo para atender los anhelos de seguridad de una sociedad cada vez más victimizada por el crimen y que cada vez menos cree en la administración de la justicia criminal, como también al grito de inconformismo, de revuelta, emitido por una numerosa e inquieta población que, recogida en prisiones o comisarías casi siempre precarias, sujeta a condiciones infamantes, reivindica el mínimo de respeto a sus derechos fundamentales.

La multiplicación de fugas, de motines, en casi todo el país, nos advierte hacia la necesidad del gobierno federal y de los gobiernos de los estados de abstenerse de la postura de avestruz, que han asumido al respecto, por sus consecuencias manifiestamente negativas.

En realidad, dicho problema alcanza un gran número de países, en especial los de la América Latina, donde la ejecución de la pena es afectada por la morosidad de la justicia, la indigencia física de los establecimientos penales, la mengua de personal idóneo, la mala asistencia al presidiario, todo eso profundamente exacerbado por el exceso poblacional.

Elías Carranza, del ILANUD, en ponencia dictada en Congreso Regional sobre la Reforma de

luego de referirse a la aplicación abusiva de la pena privativa de libertad en la América Latina, además del tiempo exorbitante en que el indiciado permanece entre rejas, aguardando juicio, añadió que esa política condujo a una verdadera explosión penitenciaria en por lo menos 18 países, “con sobrepoblaciones en caso de hasta el 95%, con elevadísimas tasas de homicidios y suicidios intracarcelarios, falta de condiciones mínimas de higiene y comida en los centros, y todo género de violaciones a los derechos humanos”.¹

Episodios como el motín de Villa Devoto, en la Argentina, en 1978, del cual resultó la muerte de 61 presos; la matanza de 290 internos rebeldes en las prisiones peruanas de Santa Bárbara, San Pedro y el Frontón, en 1986; la masacre de Carandiru, en la ciudad de San Pablo-Brasil, en 1992, con el saldo de 111 muertos; la rebelión en Maracaibo, en Venezuela, algunos meses después, en que murieron más de 300 reclusos, no pueden ser vistos de modo aislado; ellos integran un paisaje que revela no sólo la decadencia de un modelo punitivo como también el manifiesto desprecio al universo carcelario, habitado por una masa de miserables, de indigentes. En las prisiones mexicanas vemos esos versos de un preso anónimo: “En este lugar maldito / donde reina la tristeza, / no se condena al delito, / se condena a la pobreza”. Versos que nos traen a la memoria un mensaje del poeta argentino José Hernández: “La ley es

tela de araña / en mi ignorancia lo explico, / no la tema el hombre rico, / nunca la tema el que mande, / pues la rompe el bicho grande / y sólo enreda a los chicos” .²

Es como si todos hubiesen firmado un ominoso pacto de silencio, de connivencia con el abandono, con la omisión. Fíngese no ver lo que es visible, ostensivo. De vez en cuando, un incidente grave, una fuga en masa, una revuelta con toma de rehenes, entre ellos un Cardenal, y comparecen entonces los periódicos, las denuncias con una vehemencia engañadora. En poco tiempo, agotado el interés, apagadas las luces, todo vuelve a ser exactamente como era antes. Así ocurrió con Villa Devoto, Carandiru, Maracaibo y tantas otras tragedias de la historia reciente del penitenciarismo latinoamericano, que llegaron a crear en los más ingenuos, ante la reacción exhibida en los medios de comunicación social, una expectativa de mudanza.

Los incrédulos señalan que la cruzada por la mejoría del sistema penitenciario es antigua y nos recuerdan a John Howard, Cesare Beccaria, Jeremias Bentham, Jean Mabillon y muchos otros que denunciaron, en su época, la crueza de las cárceles y lucharon por su humanización, sin que, con todo, avances sustanciales hayan sido registrados en este campo. Si en parte les asiste razón, eso no deberá representar, con seguridad, una explicación para el inmovilismo. Por lo contrario, es en el ejemplo de esos pensadores que debemos recoger estímulo para dar continuidad a la travesía, ahora fortalecida por el movimiento internacional en defensa de los derechos humanos del preso, que se apoya en documentos genéricos (como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José -, de 1969; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1976; la Convención contra la Tortura y otros Tratamientos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984) o de carácter particular (como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas en su versión actual, en Ginebra, en el I Congreso sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, en 1955, y que pueden ser

consideradas una declaración universal de los derechos de los detenidos).

En diversos países, dichas Reglas no fueron incorporadas a la legislación interna y mucho menos a la cotidianidad de las prisiones, en donde predominan la despersonalización, el ocio, la dependencia de la droga, la violencia, el miedo, el amor que no se atreve a decir su nombre, la soledad, el dolor (todavía suenan las palabras de Oscar Wilde, en el “De Profundis”: “Para nosotros, sólo hay una estación del año, la estación del dolor... En la celda, como en el corazón, reina siempre el crepúsculo”).³ En algunos Estados-miembros, las condiciones existentes son absolutamente opuestas a aquéllas preconizadas en su texto, para eso concurriendo factores de orden legal, administrativo, financiero y político.

Como dijimos, empero, en artículo incluido en la Serie de Estudios Básicos de Derechos Humanos II, publicada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Comisión de Unión Europea, “La proclamación universal de esos derechos, no obstante la distancia entre su ideario y la realidad, es oportuna para el perfeccionamiento de la legislación interna de cada país y la persistente búsqueda de modificación de las políticas públicas que, deliberadamente o por omisión, son responsables, en gran parte, por las profundas deficiencias de la ejecución penal”.⁴

Parece oportuna, pues, la aprobación por el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria (CNPCP), en noviembre de 1994, de las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en el Brasil, en cuyo art. 1º se lee: “Las normas que siguen obedecen a los principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y de aquéllos inseridos en los Tratados, Convenciones y Reglas Internacionales de que el Brasil es firmante, debiendo ser aplicadas sin distinción de naturaleza racial, social, religiosa, sexual, política, idiomática o de cualquier otra especie”.

Nelson Azevedo Jobim, ex Ministro de Estado de la Justicia, para quien “el gran desafío de este final de siglo es la conquista de mayor prestigio para la ejecución penal con la transformación de las estructuras tradicionales deterioradas”,

afirmó que dichas Reglas “van a servir de guía esencial para todos aquellos que ejercen actividades en la administración prisional...”⁵ De hecho, las Reglas Mínimas del Brasil dan ánimo a la tarea de disciplinar las relaciones jurídico-penales del Estado con el preso, buscando garantizar a éste la plenitud de sus derechos no alcanzados por la ley o la sentencia, derechos esos tan fuertemente vilipendiados por una práctica que transpone los límites del poder-deber de punir y que frustra el propósito de reinserción social del condenado.

Si las prisiones, “la región más sombría del aparato de justicia”, como nos describía Foucault⁶, deben ser objeto de un esfuerzo colectivo de humanización; si un tratamiento más condigno al preso debe ser ofrecido por la administración penitenciaria, en conformidad con las normativas nacionales e internacionales, por otra parte nuestra atención debe ser dirigida también para las alternativas a la cárcel, ahora recomendada solamente a los criminales violentos, a aquellos que son una efectiva amenaza a la sociedad.

El convencimiento de los males de la prisión; del rol que ejerce y no logra disimular de “aparato ejemplarmente punitivo”, en el lenguaje de Sergio Adorno⁷; de su incapacidad casi absoluta de recuperar al condenado (Gladstone nos decía que “Sólo la libertad torna a los hombres capaces del uso de la libertad”)⁸; de su valor criminógeno - enfatizado ya en su tiempo por Cesare Lombroso; del gravamen que representa (en los Estados Unidos, el coste medio anual del preso es de 23.500 dólares, mientras en el Brasil es de 3,5 sueldos mínimos mensuales), ha estimulado, en todo el mundo, el empleo de penas sustitutivas a la privación de la libertad. Si la prisión se transformó, en el fin del siglo XVIII e inicio del siglo XIX, en la principal forma de punición, significando, en el curso de la historia de la justicia penal, lo que Foucault llamó de su “acceso a la ‘humanidad’ ”⁹, en los días actuales se consolida la percepción de su fracaso y de la imprescindibilidad de otras opciones penales.

Aunque tímidamente, el Brasil ensaya los pasos para la aplicación de las penas restrictivas de derecho, instituidas en la reforma penal de 1984, a saber: prestación de servicios a la comunidad (consistente en la atribución al condenado de tareas gratuitas, en entidades asistenciales,

hospitales, escuelas, orfanatos y otros establecimientos congéneres, en programas comunitarios o estatales, durante ocho horas semanales, los sábados, domingos y días festivos o hábiles, sin perjudicar la jornada normal de trabajo), suspensión temporaria de derechos (prohibición del ejercicio de cargo, función o actividad pública, así como de mandato electivo; prohibición del ejercicio de profesión, actividad u oficio que dependen de habilitación especial, licencia o autorización del poder público; suspensión de autorización o habilitación para conducir vehículo) y limitación de fin de semana (obligación de permanecer, los sábados y domingos, por cinco horas diarias, en casa de albergado u otro establecimiento adecuado, pudiendo durante la permanencia ofrecerse al condenado cursos y ponencias o atribuírsele actividades educativas). Para el éxito de la aplicación de las penas resulta esencial el reconocimiento de su importancia por jueces y fiscales, además de una infraestructura que cuente con personal habilitado (capaz de realizar una supervisión conveniente) y el apoyo de la comunidad.

En vísperas del siglo XXI, aceptado el desafío de implantar en nuestro país una política criminal y penitenciaria que dé énfasis a las penas alternativas, tal vez sea el momento de rever las hipótesis, restrictas, de su aplicación (el art. 43 de la Ley de Ejecución Penal dice que éstas son autónomas y sustituyen la privativa de libertad cuando aplicada pena segregativa inferior a un año o el crimen es culposos), así como ampliar su rol, con la absorción de otras sanciones, infligidas con éxito en varios países.

Además de eso, un cuidado pasa a existir: ¿cómo asegurarles el empleo adecuado y proteger los derechos humanos de los que las cumplen? Con esta preocupación, que es universal, fueron elaboradas las Reglas de Tokio, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990 y que constituyen un “Modelo de Reglas Mínimas para Sentencias Alternativas a la Prisión”. Organizaciones no gubernamentales, como la *Penal Reform International* (PRI), con sede en Londres y más de 300 miembros, esparcidos en 75 países, y cuya Secretaria General, Vivien Stern, participó en 1994 de la I Conferencia sobre Alternativas a la Pena de Prisión, promovida por la Secretaría de la Justicia de Río de Janeiro y organizada por la

socióloga Julita Lemgruber, han señalado la necesidad de dar atención a los derechos humanos de los infractores a lo largo de la aplicación de las penas alternativas, especialmente de aquellas que implican restricción de libertad.

Fíjese, a propósito, en el llamado Derecho Penal Mínimo, defendido por juristas famosos como Zaffaroni y Alessandro Baratta, y para el cual, también, la prisión debe ser vista como “última ratio”. Al proponer una mínima intervención estatal, sugiere éste un vasto elenco de proyecciones sobre el futuro del sistema penal, no olvidándose como referencia indispensable el respeto a los derechos humanos. En obra titulada “La Abolición del Sistema Penal: Perspectiva de Solución a la Violencia Institucionalizada”, Cecilia Sánchez Romero y Mario Alberto Houed Vega nos hacen ver que “Según el pensamiento del profesor Alessandro Baratta, la mínima intervención del Estado como guía de una política penal no debe perder de vista los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal; resaltando en este sentido la perspectiva humanística que fundamenta la política de la mínima intervención penal, mediante un concepto histórico social de los derechos humanos, en el que se incluyen, además de los intereses individuales, intereses colectivos como la salud pública, la ecología, las condiciones laborales etc.”.¹⁰

Un gran dilema, en verdad, está puesto en nuestro país. Si, por un lado, hay los que, entre nosotros, proponen para contener la criminalidad el agravamiento de las penas, sobre todo de la pena privativa de libertad (en muchos lugares del mundo, este discurso, harto popular, ha provocado una elevación demasiado de la tasa de encarcelamiento), por otro lado hay los que, ante el fracaso de la prisión, apuestan en sanciones alternativas que, a su juicio, ofrecen condiciones reales de reintegración del condenado a la sociedad.

Ese dilema nos evoca una poesía de Robert Frost, que dice de su indecisión en cuanto a tomar uno de los dos senderos que “en un bosque amarillo divergían”. Después de quedarse parado “mirando uno de ellos hasta dónde podía alcanzar”, tomó el otro por parecerle “de igual belleza, una ventaja tal vez ofreciendo / por ser lleno de césped, queriendo ser pisado”. Al elegir el segundo, pensó: “¡Guardé el primero para otro día! Pero, sabiendo como un sendero lleva a otro, /

¡dudé poder un día volver!”. Y concluye: “Contaré esta historia suspirando, / de aquí a siglos y siglos en cualquier otro lugar: / dos senderos, en un bosque divergían; y yo / tomé el que era menos frecuentado; ¡y fue ello la razón de toda la diferencia!”¹¹

¡Ojalá sepamos elegir el mejor sendero a tomar!

(*) Ponencia dictada durante el 12° Congreso Internacional de Criminología, en Seúl, Corea

del Sur, realizado en el período del 24 al 29 de agosto de 1998.

Notas

1. CARRANZA, Elías. Política Criminal y Humanismo en la Reforma de la Justicia Penal. In: *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 4, No. 6. San José, Costa Rica, ABC Ediciones, 1992, p. 24.
2. Apud NEUMAN, Elías. *Victimología y Control Social. Las Víctimas del Sistema Penal*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994, pp. 259 y 27.
3. In: FUNES, Mariano Ruiz. *A Crise nas Prisões*. São Paulo, Saraiva, 1953, p. 168.
4. BARROS LEAL, César. La Prisión desde una Perspectiva Histórica y el Desafío Actual de los Derechos Humanos de los Reclusos. In: *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Comisión de la Unión Europea, 1995, p. 506.
5. In: Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Brasília, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1995, p. 11.
6. FOUCAULT, Michel. *Vigir e Punir: Nascimento da Prisão*. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 227.
7. ADORNO, Sérgio. Sistema Penitenciário no Brasil: Problemas e Desafios. In: *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Vol. 1, No. 2. Brasília, CNPCP, 1993, p. 72.
8. In: FUNES, Mariano Ruiz, op. cit., p. 102.
9. FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 207.
10. ROMERO, Cecilia Sánchez y VEGA, Mario Alberto Houed. *La Abolición del Sistema Penal: Perspectiva de Solución a la Violencia Institucionalizada*. San José, Costa Rica, Editec Editores, 1992, p. 50.
11. FROST, Robert. *Poemas Escolhidos*. Editora Lidador, 1963, p. 39.

VI- DERECHO PENAL DE MENORES Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

.....

CARLOS TIFFER SOTOMAYOR

Professor da Universidade da Costa Rica.

1. Introducción

1.1. Delincuencia juvenil y entorno social

El estudio de la criminalidad juvenil constituye un tema de actualidad, no sólo del derecho penal, sino también de la criminología y de las ciencias conexas. El constante aumento de los conflictos sociales, y con ellos el de la delincuencia, ha incrementado el interés por el tema, tanto en los países industrializados o centrales, como también en los llamados países periféricos, como son los de América Latina.

Para comprender el interés por el análisis y búsqueda de soluciones para la delincuencia juvenil, es necesario ubicar este fenómeno dentro de la problemática de la sociedad actual. La estructura social en que les ha tocado vivir a los niños y jóvenes de hoy, está caracterizada por una complejidad cada vez mayor, donde la búsqueda de soluciones no depende ni de fórmulas tradicionales, ni de líderes carismáticos.

La delincuencia juvenil se ubica, por lo menos en América Latina, dentro de un contexto social caracterizado por grupos de niños y adolescentes ubicados dentro de niveles de miseria o pobreza, desempleo, narcotráfico, concentración urbana, baja escolaridad o analfabetismo, agresiones sexuales y desintegración familiar. A estos grupos sociales se les han negado todos los derechos humanos, tales como el derecho a la vida, la salud, la educación, la vivencia, en fin, el derecho al desarrollo.¹

*Sumado a este contexto, hay que agregar que la sociedad actual se caracteriza por un debilitamiento de los sistemas tradicionales de apoyo para el desarrollo de la niñez y de la adolescencia. Quisiéramos mencionar, por lo menos, tres medios de apoyo que, con los cambios sociales, se han debilitado como para dar una respuesta efectiva al desarrollo de la niñez y de los adolescentes. En primer lugar tenemos que mencionar a **La Familia**. Los medios de comunicación, sobre todo la televisión, han suprimido la jerarquía y hegemonía que la familia tenía como formadora de costumbres sociales. Además, la incorporación de la mujer al sistema laboral, por necesidad u oportunidades de desarrollo, y otros cambios en la estructura familiar, como la ausencia generalizada del padre, replantean las relaciones del niño y del joven. **La Escuela**, por su parte, se caracteriza por un marcado énfasis academicista y por la competitividad feroz, borrando el sentido comunitario y la promoción del desarrollo integral de los jóvenes. Además, los **Sistemas de Asistencia y Recreación**, como apoyos alternativos, son mínimos y siempre insuficientes para la satisfacción de las necesidades de la población juvenil.*

Por último, quisiéramos manifestar que la delincuencia juvenil es el resultado de la combinación de diversos factores de riesgo y respuesta social. Se presenta en toda sociedad, en donde los antivalores de violencia, agresividad,

competencia salvaje, consumo, se imponen a los valores supremos de la sociedad, como la tolerancia, la solidaridad y la justicia.²

1.2. Objetivo y obstáculos de la comparación

Cualquier investigación comparativa presenta problemas generales y particulares. Por ejemplo, el mismo concepto y extensión de América Latina es ya de por sí problemático. Las fuentes de información son muy variadas y no siempre confiables. Sin duda, es una región del mundo política y socialmente muy conflictiva, y aunque en esta década de los 90 se presenta con mayor estabilidad política, no siempre ha sido así en el pasado.³

América Latina históricamente se ha caracterizado por ser receptora de las concepciones europeas del derecho. Se ha desenvuelto en un mundo jurídico que, en muchas ocasiones, no corresponde a la realidad. Un derecho que se mantiene distanciado de la objetividad existente, de espaldas a la realidad cultural y social, desconocido e ignorado por enormes sectores de la población. Muy lamentablemente hay que reconocer que la tradición jurídica latinoamericana descansa en una dicotomía flagrante entre el discurso y la práctica. Por un lado se nos presenta un derecho liberal, democrático y garantista, el cual es rápidamente desvirtuado y distorsionado en la realidad por los factores verdaderos del poder. El derecho penal de menores no es la excepción en este divorcio entre lo teórico y lo práctico.

Pese a todos obstáculos, y otros que se pudieran mencionar, queremos presentar en esta ponencia, aunque sea de manera general e introductoria, un panorama amplio del derecho penal de menores latinoamericanos. En muchos casos no es necesario particularizar en un país determinado, ya que la legislación tiene un mismo origen, una misma doctrina inspiradora y una evolución muy similar.

El nivel de la comparación no quisiéramos que se quedara sólo en lo estrictamente formal de las particularidades de cada legislación, lo cual ubicaría la ponencia en un análisis puramente jurídico o normativo. Más bien nos parece, por el

contenido del programa del Congreso y sus objetivos, que la comparación debería hacerse en lo sustancial del derecho penal de menores - sin dejar pasar la oportunidad de presentar la situación del derecho penal de menores, y en general de la criminalidad juvenil latinoamericana, en el marco de los derechos humanos.

1.3. Antecedentes Históricos

A pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Mayas, Incas, o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación especial, o particular para niños o jóvenes que cometieran algún "delito". Lo mismo que se desconocen las regulaciones de esta situación en el llamado derecho colonial americano. El inicio legislativo de la "cuestión criminal" surge en el período republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular.⁴

Es a principios de este siglo en que se ubica la preocupación por la infancia en los países de nuestra región. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician en el Siglo XX primeramente con la Escuela Positiva y luego con la Escuela de la Defensa Social, y por el otro lado, es el resultado de la imitación latinoamericana de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en varios congresos internacionales sobre el tema de la infancia.

La primera legislación específica que se conoce fue la argentina, promulgada en 1919. Pero fue en décadas posteriores en que se promulgaron la mayoría de las primeras legislaciones, por ejemplo, Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Durante este período y hasta los años 60, podemos afirmar que el derecho penal de menores se desarrolló intensamente, en su ámbito penal, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

En la década de los 60, con excepción de Panamá que promulgó su primera ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y reformas de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70, se promulgan las siguientes legislaciones: México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979. En todo este período, se caracteriza el derecho penal de menores por una ideología defensiva de la sociedad, basada en las concepciones de peligrosidad y las teorías de las subculturas criminales.⁵

Las concepciones ideológicas del Positivismo y de la Escuela de Defensa Social fueron incorporadas en todas las legislaciones y sin duda influyeron en la codificación penal. Pero en donde estas ideas encontraron su máxima expresión fue en el derecho penal de menores. Postulado básico fue sacar al menor delincuente del derecho penal común; con ello alteraron todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad. Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por ejemplo, la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que han servido, y aún hoy se encuentran vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, para negar derechos humanos a los menores infractores, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa etc..

Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la promulgación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1989 (en adelante sólo la llamaremos Convención). Luego de la entrada en vigencia de esta Convención, se ha iniciado en los años 90 un proceso de reforma y ajuste legislativo en varios países de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú y Costa Rica.

2. Legislación penal de menores

2.1. Características principales

Como anteriormente explicamos en la parte histórica, las primeras legislaciones de menores tuvieron una marcada influencia de las ideas positivistas. Un segundo período lo podemos ubicar posterior a los años cincuenta, recogiendo las ideas formuladas por la Escuela de Defensa Social. Y una tercera y actual etapa con la promulgación de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Vamos a mencionar algunas de las características principales de las legislaciones en cada uno de estos tres períodos, sin que signifique que no puedan existir algunas otras, ni que sean excluyentes, es decir, que alguno de estos rasgos centrales de las legislaciones minoristas latinoamericanas se repitan o se encuentren entremezclados en estos diferentes períodos.

Los rasgos centrales en el primer período que podemos mencionar son los siguientes:

- a) La intervención legislativa se fundamenta en la necesidad de asistencia de un sector de la niñez y juventud desvalido, considerado incapaz, débil e indigente;
- b) Los delinquentes juveniles eran considerados con personalidad particular o anómala, caracterizada por una estructura psíquica y por ciertas deficiencias fisiológicas y morfológicas. Fueron considerados seres anormales;
- c) Las legislaciones penales de menores estaban apoyadas en criterios de peligrosidad y conductas predelictivas;
- d) Bajo el eufemismo de la intervención estatal por medio de las llamadas “acciones tutelares”, se impusieron castigos severos, trabajos excesivos y se desconoció a los menores infractores el carácter de sujetos de derecho y más bien se les consideró como objetos de protección.

Algunas características del segundo período, que queremos presentar aquí, son las siguientes:

a) La intervención legislativa se fundamenta en una supuesta “situación irregular” en la que se encuentran los jóvenes y niños, excluidos, generalmente en forma involuntaria, de los medios informales de protección, como la familia, la escuela, la comunidad;

b) Las leyes de menores se caracterizan por judicializar y en muchos casos penalizar situaciones de pobreza y falta de recursos materiales, o falta de vínculos familiares;

c) La figura del juez de menores es jerarquizada en una competencia casi sin límite, bajo una concepción de “buen padre de familia” y con poderes discrecionales;

d) Desconocimiento para los menores de las garantías procesales comúnmente aceptadas en el derecho penal de adultos, como el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia, el principio de legalidad, el derecho de defensa etc..

El tercer período, en el que vivimos actualmente y que se inicia con la Convención Internacional de Derechos del Niño, marca un rompimiento, esperamos definitivo, con las concepciones de las legislaciones pasadas. Algunos rasgos de estas nuevas legislaciones son los siguientes:

a) Desaparece la concepción del menor objeto de tratamiento, y es sustituida por la del sujeto-persona titular de derechos. Reconociendo a los infractores penales las garantías procesales comúnmente aceptadas internacionalmente para adultos;

b) Se separan las situaciones de naturaleza jurídica, que ameritan la intervención judicial, de las patológicas sociales, que deben solucionarse por otros medios de política social del Estado;

c) Se homogeniza el concepto de niño, en todo ser humano menor de 18 años. Lo mismo que se establece una edad mínima para adquisición de la capacidad penal.

2.2. Fundamentos de la punición

Tal y como lo hemos afirmado la promulgación de la nueva Convención Internacional de los Derechos del Niño marcó un

hito en el desarrollo histórico de las legislaciones de menores. Siguiendo esa señal podemos separar las legislaciones antes y después de la Convención. Haciendo esa diferenciación, podemos encontrar cuales han sido los fundamentos de la punición en el caso de los menores infractores en América Latina.⁶

Antes de la Convención en la mayoría de las legislaciones, lo que justificaba la intervención jurídico-penal lo era la “situación irregular” y no necesariamente haber infringido las leyes penales. Esta particular categoría es considerada para todo niño o joven que carece de las necesidades básicas para su desarrollo. Bien pueden ser de carácter material o inmaterial. Por ejemplo, si se dedica a la mendicidad, si no tiene vivienda, o si no asiste regularmente a la escuela, es claro que carece de lo material necesario para su desarrollo pero también si no tiene familia o es abandonado, se encuentra igualmente en “situación irregular”. Es por ello que la mayoría de las legislaciones incluyen las categorías de abandono **material o moral**.

Sin entrar a analizar y criticar la llamada “situación irregular”, sólo quisiera manifestar que esta situación, llamada también por algunas legislaciones “peligro social”, se convierte en sinónimo de conducta delictiva o predelictiva. Sin duda, semejante comparación quebranta toda la teoría del delito y refleja desde luego un tipo especial de control social.

Después de la Convención el panorama legislativo y doctrinario latinoamericano se ha venido modificando. Pese a que casi todos, por no decir todos, los Estados latinoamericanos suscribieron la convención y la han ratificado, no sucede lo mismo en el ámbito de sus legislaciones internas. Tenemos conocimiento de que hasta la fecha, sólo en seis países de la región se han promulgado leyes especiales de menores nuevas o se han modificado las existentes, a efectos de ser adaptadas a la Convención de los Derechos del Niño.

A diferencia de las legislaciones anteriores a la convención, la nueva fundamentación de la punición se apoya en la **culpabilidad por el hecho**, que es la mejor garantía para el respeto de los Derechos Humanos. Como principio básico

para la intervención jurídico penal es necesaria la atribución de haber cometido o participado en un hecho delictivo - infracción que debe estar expresamente consagrada en la ley penal vigente en el momento en que supuestamente se cometió el hecho. De un derecho penal de menores caracterizado por el modelo de la culpabilidad del autor y la peligrosidad, se ha pasado a un derecho de culpabilidad por el hecho. Es decir, que cualquier sanción debe suponer la culpabilidad y que la sanción no debe sobrepasar la medida de esta culpabilidad. También en las nuevas legislaciones se reconocen las garantías procesales internacionalmente admitidas para el derecho penal de adultos, además de aquellas garantías especiales que les corresponden por su condición de menores.

2.3. El caso de Costa Rica

En muchos países de la región las disposiciones relativas a menores se encuentran dispersas en diferentes cuerpos legislativos, como el Código Penal, el Código de Familia, el Código de Trabajo etc.. En Costa Rica sucedía lo mismo. No fue sino hasta el año 1963 en que, como en otros países, se promulgó una ley especial de menores, con regulaciones principalmente en el ámbito penal.

Esta primera legislación se enmarca dentro de la corriente defensista de la sociedad, fundamentando su aplicación en niños y jóvenes menores de 17 años que se encontraran en situaciones de peligro social. No se establecía una edad mínima para la posible aplicación de las medidas tutelares. Se basaba en una culpabilidad del autor y se violaba el principio de legalidad al ampliar la competencia del Juez tutelar a situaciones no delictivas. Solamente existía en San José un Juzgado tutelar especializado en la materia, llamado inicialmente, en forma equivocada, Tribunal. La ley no garantizaba la participación del defensor del acusado, y no se respetaba el principio de inocencia. Sin embargo, de positivo hay que mencionar que la medida tutelar de internamiento siempre se usó, y se sigue usando, como última alternativa.⁷

También dentro del movimiento de reforma internacional que promovió la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Costa

Rica promulgó, el 8 de marzo de 1994, una reforma legislativa de la original Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores. Importante resaltar, de esta nueva legislación, lo siguiente: Limita la competencia del Juez a la resolución exclusiva de conflictos penales, delitos o contravenciones. Establece una edad de entre 12 y 18 años para la aplicación de esta nueva ley. Reconoce el principio de inocencia, la no privación de su libertad ni la imposición de ninguna medida sin que se cumpla con el debido proceso legal. El derecho a la defensa, a la vida privada, a ser oído, y a que la sanción que se le aplique se le imponga una vez comprobada su participación en el hecho, y que la misma sea proporcional a la infracción o al delito que cometió. También la nueva ley garantiza al menor la no imposición de medidas indefinidas. Lo mismo que el recurrir ante un superior en grado de las resoluciones dictadas en su contra.

Costa Rica cuenta con dos centros para el cumplimiento de las medidas de internación, uno para varones y otro para mujeres. En ambos se admiten menores entre los 12 y los 18 años de edad. El número de casos sometidos a la jurisdicción tutelar en los años 1990, 1991 y 1992 corresponde a un promedio de 1000 expedientes. De los cuales cerca del 16% fueron mujeres y el resto varones. El internamiento sigue siendo la medida tutelar menos utilizada, correspondiendo en el año de 1988 a un 10.7%, mientras que en 1992 fue sólo un 6.6%.

3. Perspectiva de la realidad social latinoamericana

3.1. Condiciones socioeconómicas del menor infractor

Pese a que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas relativas a menores mantienen una orientación protectora y defensista para la niñez y la juventud, lo cierto es que el derecho se desenvuelve en condiciones objetivas o realidades distantes de estos objetivos, a niveles que muchas veces parecen inalcanzables - presentándose una sistemática violación de los derechos humanos para los menores, concretamente del derecho a la educación, a la salud, a la integridad física y

moral. Estas condiciones hacen que, en muchos casos, al penalizarse, el problema lejos de solucionarlo más bien lo agravan.

Pese al elevado número de población joven, menor de 17 años de edad, en América Latina, los Estados latinoamericanos no le dan la importancia que merece este gran sector de la población. Todo lo contrario, son los sectores poblacionales a los que más golpean las crisis económicas. Por ejemplo, según informes de CEPAL, en 1970 América Latina tenía 282 millones de habitantes, había en la región aproximadamente 112 millones de personas pobres, de las cuales 27.7 millones eran menores de seis años. En un informe posterior, el mismo organismo informa que en 1986 América Latina tenía 429 millones de habitantes. De éstos, 170 millones eran pobres y 81.4 millones eran indigentes. Siendo los menores de 17 años casi la mitad del número poblacional. Para 1992, América Latina cuenta con aproximadamente 450 millones de habitantes, de los cuales se calcula que más de la mitad vive en condiciones de pobreza, y la población menor de 17 años se ubica dentro del 40 al 50%, con una proporción siempre en aumento.

La relación entre las condiciones socioeconómicas y los menores infractores de la ley está sobradamente demostrada. Sólo quisiera presentar aquí el resultado de una investigación patrocinada por ILANUD, que recogió información de los sistemas de justicia de menores en 18 países de la región latinoamericana.⁸ La investigación que estamos citando confeccionó un perfil del adolescente infractor tipo que pasa por los tribunales de menores de estos países. Determinó que en el 75% de los casos estos tribunales se ocupan de un joven de sexo masculino, con algo más de 4 años de retraso escolar, residente primordialmente en zonas marginales u otras zonas de vivencia de clase baja, trabaja en actividades que no requieren calificación laboral, o bien procura la obtención de dinero por medio de actividades ilícitas, contribuye al sostenimiento del núcleo familiar y el padre o la madre son desempleados o subempleados. En la mayoría de los casos vive en una familia que es incompleta o desintegrada, con ausencia de padre.⁹

Este mismo estudio que estamos citando determinó que el 89% de los casos sancionados por la justicia juvenil se distribuye entre las categorías de menor ingreso económico, perteneciendo muchos de ellos al 40-60% de la población regional que se encuentra en los niveles de pobreza o de pobreza extrema, según definición que de éstas da el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.¹⁰

3.2. Breve exposición de indicadores generales

Tal y como se ha expuesto en la sección anterior, se constata que el perfil del menor infractor que pasa por los sistemas de justicia penal en la región latinoamericana, pertenece a los sectores pobres de la población. De ahí que cualquier programa para la prevención del delito estará condicionado, directa o indirectamente, en buena medida, con el aumento o disminución del sector poblacional pobre y con las políticas sociales programadas por los Estados para estos sectores.

Pese a que en América Latina se cuenta con un derecho penal de menores garantista, la misma realidad social nos demuestra las pocas posibilidades de alcanzar estos fines. A manera de ejemplo y para ilustrar lo anterior, vamos a presentar algunos indicadores sociales de la infancia en América Latina, tomando como muestra algunos de los países más representativos. En una publicación, patrocinada por la Comisión de Comunidades Europeas, titulada Situación de la Infancia en América Latina y el Caribe¹¹, se establecen algunos indicadores básicos en el campo de la protección de menores que son: el ámbito de protección, salud, educación y trabajo. Estos indicadores reflejaron los siguientes datos de relevancia.

En el caso de **MÉXICO**, con una población de 88.598.000 habitantes en 1990, se constató que el 63% está ubicada entre el grupo de edad entre 0 y 14 años. Se calcula que en las zonas rurales viven unas 17 millones de personas en estado de miseria y 5 millones en las zonas urbanas. 12 millones de menores de 18 años se encuentran “a la deriva social”: callejeros, en mendicidad, prostitución, en albergues, sistemas precarcelarios, consejos tutelares, instituciones privadas etc.. Se

calcula que en todo el país trabajan aproximadamente cerca de 2 millones de menores de 14 años al servicio de algún patrón, esto sin tomar en cuenta los miles de menores que realizan algún trabajo en forma autónoma. Más de un millón de niños menores de 5 años murieron por desnutrición entre 1982 y 1988. El 45.1% del total de consulta externa en los hospitales corresponde a menores de 5 años. Para 1988 el 63% de la población entre 4 y 23 años estaba matriculada en algún nivel del sistema de educación formal.

Con respecto a **GUATEMALA** que, para 1989, alcanzó un total de 8.935.394 habitantes, con el 41.9% de población indígena y el resto latina, el tipo de familia predominante es la rural con el 82%, integrada por un promedio de 6 miembros. Pese a las dificultades para obtener información estadística confiable, según la Organización de Derechos Humanos Amnistía Internacional, se calcula que aproximadamente 5 mil niños y niñas deambulan por las calles. Muchos de ellos son huérfanos, abandonados o discapacitados. La UNICEF ha calculado que existen unos 3.700 menores institucionalizados en lugares públicos y privados. La tasa estimada de mortalidad infantil en 1988 fue de 51.3 por cada mil niños nacidos vivos. Para 1990 el 38% del total de población en edades de 4 a 23 años se encontraba matriculada en algún nivel del sistema de educación formal.

Una de las realidades más complejas y difíciles, no sólo de explicar sino de entender, es la de **BRASIL**. En 1990 la población total era de 150.368.000 habitantes, el 59% de los cuales eran menores de 14 años. En 1987 el 34% de las familias en el área urbana y el 60% de las familias en el área rural se encontraban en estado de pobreza. Aproximadamente 7 millones de niños viven y trabajan en las calles de Brasil, existen reiteradas denuncias de que diariamente estos niños son maltratados, torturados, mutilados y asesinados por escuadrones de la muerte, o estando bajo custodia policial. Se calcula que en 1990 unos 1.500 niños o adolescentes fueron asesinados por estos grupos. El 80% de las víctimas eran varones entre 15 y 18 años y el 82% eran negros o de raza mezclada. Según Amnistía Internacional centenas de menores son abatidos a tiros en las calles; sólo en el primer semestre de 1993 más de 300 niños y adolescentes fueron

asesinados en Río de Janeiro. Por otra parte, en 1990 el porcentaje de analfabetismo fue de 18.9% y el 57% de la población entre 7 y 23 años se encontraba matriculada en algún nivel de educación formal.

En **VENEZUELA**, con una población de 19.733.000 habitantes para 1990, el 66% era menor de 14 años. En 1986 el porcentaje de hogares bajo la línea de pobreza en todo el país era de 27%. La mortalidad de menores de 5 años para 1990 fue de 43 por cada mil (25 mil niños). El porcentaje de analfabetismo en ese mismo año fue de 11.9%. En 1988 el 60% de la población de 4 a 23 años estaba matriculada en algún nivel de educación. En 1985 el porcentaje de niños de 10 a 14 años de edad económicamente activos era de 2.5%, pese a que, según la legislación, la edad mínima para el trabajo de los niños es de 14 años.

A pesar de que **COSTA RICA** se encuentra ubicada entre los 30 países del mundo con mejores indicadores sociales, de acuerdo con el informe de 1994 de UNICEF, también es cierto que existen graves desajustes sociales. La población de Costa Rica en 1987 era de 2.790.635 habitantes, mientras que para 1992 se calcula en 3.160.405 habitantes. Los porcentajes de población de 0 a 18 años no han variado significativamente entre los años 1987 a 1992, manteniéndose aproximadamente en un 44%. En 1990 se reportaron un total de 151.153 familias en situación de pobreza (el 20% del total de familias) de las cuales un 11% se encontraba en extrema pobreza y no podía satisfacer sus necesidades alimentarias básicas. En el caso de la niñez y la adolescencia, para 1991 se estimó en situación de pobreza alrededor de 340.000 menores, siendo el 25% de la población de 0 a 18 años de edad. Aunado a la situación de las condiciones de vida de los sectores más débiles de la sociedad, el Estado costarricense de los últimos años se ha caracterizado por la reducción de la inversión en las áreas de salud, educación, nutrición, vivienda, cultura y recreación. Menores institucionalizados se calculan aproximadamente en el año 1992 cerca de 3.500 a 5.000, en instituciones públicas y privadas. No existen datos sobre trabajadores del sector informal específicamente sobre los de la calle; sin embargo se estima que hay unos 1.000 entre 7 y 17 años de edad en el área metropolitana.

4. Preceptos internacionales

4.1. Doctrina de las Naciones Unidas

Para llegar a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en noviembre de 1989, se tuvo mucho camino que recorrer. Casi prácticamente desde la fundación de las Naciones Unidas, esta organización se caracterizó por la defensa de los Derechos Humanos y particularmente por la protección de la niñez mundial, no sólo por medio de organizaciones internacionales de defensa sino también de promoción y de denuncia.

Un antecedente de la Convención lo constituye sin duda la **Declaración Universal de los Derechos del Niño**, adoptada en 1959. Constituye un documento que establece líneas fundamentales sobre la niñez, que como marco teórico de protección universal, fue configurando límites positivizados en las legislaciones nacionales y sobre todo en la conciencia jurídica universal. Por cierto, que estamos muy lejos aún de lograr tales ideales.

Producto de las reflexiones del Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas 1980), fue la creación de las **Reglas Mínimas Uniformes para la Administración de la Justicia de Menores**, conocidas como “**Reglas de Beijing**”, aprobadas en las reuniones preparatorias (1984) para el Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Las Reglas son normas mínimas para el tratamiento de los menores delincuentes. Establecen una noción de “menor”, objetivos de la justicia de menores, garantías procesales y una orientación de política social de carácter preventivo.

En la reunión preparatoria interregional, celebrada en Viena, abril de 1988, para el Octavo Congreso Mundial de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (La Habana, 1990), se aprobaron dos importantes resoluciones de trascendencia en la lucha por el reconocimiento de los derechos de los

menores. Una fue el proyecto de **Directrices de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil**, llamada “**Directrices de Riyadh**”, y la otra fue el proyecto de **Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad**.

Las Directrices de Riyadh deben aplicarse en el marco general de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. Establecen principios fundamentales de política social, criterios de intervención oficial en caso de menores, lo mismo que líneas fundamentales para la legislación y la justicia de menores. Las Reglas Mínimas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establecen los procedimientos mínimos para el ingreso, permanencia y egreso de menores en centros de detención. Establecen requisitos para los centros de detención sobre registros, clasificaciones, ambiente físico y comunicación con el mundo exterior, uso de la fuerza y relaciones con el personal de los centros.¹²

4.2. Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño

Esta Convención tiene una relevancia única dentro del marco de la protección internacional de la niñez mundial. Tal y como lo hemos dicho, marca un hito en la historia de la niñez y sus efectos a nivel mundial ya se han reconocido. Es la declaración más completa y elaborada de los derechos del niño, y fue adoptada por unanimidad en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Quisiéramos mencionar algunos rasgos fundamentales que caracterizan este importante instrumento jurídico, desde luego, tan sólo a manera de ejemplo:

a) La Convención es el resultado de toda la elaboración de normas jurídicas anteriores. Como tal, recoge toda la experiencia internacional y sirve como marco general de interpretación;

b) La Convención ha producido como efecto inmediato la adopción de una nueva legislación interna en cada país. Por lo menos se ha iniciado un proceso de reforma. Esto ha

obligado a erradicar viejos sistemas jurídicos, caracterizados por promover o facilitar las violaciones de los Derechos Humanos;

c) La Convención ha puesto en una línea principal de discusión o, podríamos decir, ha “internacionalizado” todos los aspectos relacionados con la infancia, y no únicamente el caso de los menores infractores de la ley penal;

d) La Convención no sólo establece las garantías procesales comúnmente aceptadas para el derecho penal de adultos, sino también toma en cuenta la particular condición de la infancia para la aplicación de la ley;

e) La Convención establece la solución judicial para los conflictos de menores frente a la ley como un último recurso, siempre y cuando las otras posibles soluciones no sean factibles. Para todo caso, sean soluciones judiciales o no, deben respetarse los Derechos Humanos y las garantías legales.

5. Panorama actual del derecho de menores

5.1. Nueva concepción doctrinal

Como lo hemos manifestado en nuestra exposición, desde que se aprobó la Convención, se inició una nueva doctrina de la infancia, tanto a nivel internacional como a nivel de cada país que ha iniciado el proceso de reforma. Según opinión del experto y especializado en el tema de la infancia, Emilio García Méndez: *“La Convención aparece hoy, como el dispositivo central de una nueva doctrina: la doctrina de la Protección Integral. Este nuevo paradigma posibilita repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia, convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes. La ruptura con la vieja doctrina es evidente”*.¹³

Esta nueva doctrina hace referencia no sólo al contenido de la Convención, sino también a lo expresado en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. En especial a los instrumentos internacionales referentes a menores a que hemos hecho referencia en la sección de la doctrina de las Naciones Unidas. Es la doctrina de los Derechos Humanos que ha

alcanzado en este campo de la niñez un nivel positivizado. Es la doctrina que elimina las odiosas discriminaciones, creando una sólo categoría de infancia, que jerarquiza la función judicial y garantiza la participación del niño como sujeto pleno de derechos, como ser humano con dignidad propia.

Sin embargo, no podemos perder de vista la perspectiva realista. Las violaciones de los Derechos Humanos son múltiples, terribles y reiteradas. La positivización de los Derechos Humanos, sea de rango internacional o nacional, no significa su garantía ni su cumplimiento. Sería absurdo pensar que la ley por sí sólo limita los abusos y las desviaciones del poder político. Más en nuestra América Latina que, como decíamos, se ha caracterizado por la dicotomía entre lo que la ley dice y lo que se hace. Tan sólo permítaseme poner el ejemplo de Brasil, quien suscribió la Convención, la incorporó a su legislación nacional y promulgó un reciente estatuto del niño y del adolescente, que por cierto ha recibido muchos elogios; pero por otro lado tenemos que en ese país se comete, diariamente, una de las más terribles y monstruosas violaciones de los Derechos Humanos contra miles de niños. Sin duda no se puede ignorar la existencia de profundas diferencias sociales y múltiples violaciones de los Derechos Humanos.¹⁴

5.2. Proceso de Reforma Legislativa

Uno de los efectos casi inmediatos producidos por la adopción de la Convención, lo constituye el proceso de reforma legislativa que se ha iniciado en América Latina y probablemente en otras latitudes. Tenemos conocimiento de las siguientes reformas llevadas a cabo posteriormente a la fecha de la Convención: en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú y Costa Rica. Desconocemos cuales han sido los procesos internos en cada país para la promulgación de estas nuevas leyes, esperamos que hayan sido producto de un debate rico en ideas y reflexiones, con la participación no sólo de las organizaciones Gubernamentales, sino también de las no-Gubernamentales relacionadas con el tema de la infancia. Para también ir desapareciendo esa costumbre latinoamericana de la promulgación de leyes sin estudios ni discusión pública y más bien tradicionalmente hechas por “comisiones técnicas”

integradas por “expertos” nacionales o importados.

En **Colombia** se aprobó un nuevo Código del Menor por decreto N° 2737 del 27 de noviembre de 1989, tan sólo siete días después de que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara la Convención. En 1990, concretamente por la Ley Federal N° 8069 del 13 de julio, **Brasil** aprobó el Estatuto del Niño y del Adolescente, cuya principal fuente inspiradora fue la Convención.

En el año 1992, **Ecuador** aprobó un nuevo Código del Menor, el día 16 de julio. En diciembre de ese mismo año, también **Bolivia** y **Perú** aprobaron, el primero, un nuevo Código del Menor, y el segundo, vía decreto ejecutivo, lo que le podría restar vigencia, un Código del Niño y del Adolescente. La última reforma legislativa de que tenemos conocimiento es la de este año en **Costa Rica**; por ley N° 7383 del 8 de marzo de 1994, se reformó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores N° 3260 del 21 de diciembre de 1963. Mientras que también sabemos que actualmente en El Salvador existe un anteproyecto para la creación de una ley específica, que regula exclusivamente las relaciones de los menores infractores de la ley penal.

5.3. Nueva Legislación de Menores en Costa Rica

Pese a que en el caso de Costa Rica no se promulgó una nueva Ley o Código de Menor en sentido estricto, sino más bien se hizo una reforma a la Ley Tutelar vigente desde 1963, si se observa en esta reforma una ruptura con las líneas fundamentales de la ley anterior. Esta ley, a diferencia de otras técnicas legislativas, regula exclusivamente los casos en los cuales se le atribuye a los menores entre los 12 y los 18 años la comisión de un delito o una contravención. Dejando la regulación de las otras materias relacionadas con menores en los Códigos de Trabajo, Civil, de la Familia etc..

La nueva ley costarricense fijó la edad de 12 años para la adquisición de la capacidad de la responsabilidad penal, estableciendo que a los menores de esa edad no se podría atribuirles

ninguna infracción penal, quedando a salvo la responsabilidad civil.

Se fijan, entre otras, las siguientes garantías procesales: El principio de legalidad penal, el principio de inocencia, la no privación de libertad sin que se cumpla el debido proceso, el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra parientes, el respeto a su vida privada y de su familia, el derecho a la defensa, el derecho a no ser reseñado, la prohibición de imponer medidas indefinidas y la posibilidad de recurrir ante un superior en grado de las resoluciones dictadas en su contra.

La ley establece un capítulo de procedimiento que prevee la intervención de trabajadores sociales. Lo mismo que un capítulo para la aplicación de las medidas tutelares. Las medidas que el juez puede imponer son las siguientes:

- a) Amonestación;
- b) Libertad Asistida;
- c) Depósito en Hogar sustituto;
- d) Colocación en un trabajo u ocupación conveniente; e
- e) Internación en un establecimiento reeducativo.

Para los casos de delitos contra la vida y delitos sexuales se aplican las medidas contenidas en los incisos c), d) y e).

A partir del primero de julio de este año, iniciaron las labores Juzgados Tutelares en todas las siete provincias del país. Aunque con recargo en la materia de familia, por lo menos cambia el panorama anterior a la ley, en el cual existía sólo en la provincia de San José un Juzgado con competencia especializada en materia tutelar. También el Departamento de Defensores Públicos ha creado 2 plazas en San José, para la atención exclusivamente de menores acusados por la comisión de un delito o una contravención.

Criticable de Costa Rica sigue siendo la situación de que el país hasta la fecha no cuenta con una ley de ejecución de penas, concretamente de la pena privativa de libertad. Además, tampoco cuenta con una ley para la ejecución de la medida tutelar del internamiento, para el caso de menores,

prestándose este vacío legal, sin duda, para la comisión de abusos y violaciones de los Derechos Humanos.

6. Comentario final

La historia del derecho penal de menores en América Latina está plagada de toda clase de injusticias. Problemas sociales como son el abandono, la mendicidad y el desempleo, han sido convertidos en problemas legales de tipo penal. La ideología del “peligro social” y de las “medidas” ha atentado contra los Derechos Humanos de

los niños y de los jóvenes, ha servido para estigmatizarlos como niños enfermos, niños problema o niños peligrosos. Pero a la misma vez ha servido para ocultar o negar la incapacidad de los Estados para solucionar los conflictos sociales, económicos y políticos de la sociedad.

Sin embargo, algo se ha avanzado, y el proceso de reforma, iniciado luego de la Convención, no debe quedarse sólo en el campo legislativo; debe, asimismo, convertirse en un factor desencadenante para las transformaciones de las condiciones reales en las que vive nuestra infancia latinoamericana.

Notas

1. UMAÑA LUNA, E. *El menor de edad. Estructura legal y coyuntura social*. Santa Fe de Bogotá, 1991, pp. 25 - 49.
2. HORACIO VIÑAS, R. *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Buenos Aires, 1983, p. 42.
3. PIZZORUSSO, A. *Curso de derecho comparado*. Barcelona, 1993, pp. 79 - 97.
4. GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una Reforma Legislativa*. Buenos Aires. 1992, pp. 7 - 20.
5. TIFFER SOTOMAYOR, C. y DÜNKEL, F. *Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendrechts und der Sanktionspraxis in Costa Rica*. Berlin, ZStW 101, 1989, pp. 206 - 228.
6. BACIGALUPO, E. *Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal*. Revista ILANUD, n^{os} 17 y 18, San José, 1983, pp. 57 - 68.
7. ISSA EL KHOURY, H. *Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares*. Revista Judicial, n^o 17, San José, 1980, pp. 59 - 66.
8. GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. op. cit. (4), p. 5.
9. CARRANZA, E. *La prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil y la participación de la comunidad*. Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, Cali, Colombia, 1989, pp. 305 - 325.
10. GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. op. cit. (4).
11. BOLAÑOS MORA, A. y CAAMAÑO MORUA, C. *Situación de la infancia en América Latina y el Caribe*. San José, 1993, p. 41 y s.
12. MANAVELLA, C. y JIMÉNEZ, M. *Tutela judicial de los derechos humanos en América Latina*. San José. 1993. p. 33 y s.
13. GARCÍA MÉNDEZ, E. *Infancia y Derechos Humanos*. Conferencia en el XI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1993.
14. AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Informe Anual 1994*. Madrid, 1994.

Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL (1994) *Informe Anual 1994*. Madrid.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (1990) *Guatemala. Los niños de la calle*. Madrid.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (1990) *Brasil. Por encima de la ley*. Madrid.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (1990) *Argentina. Niños desaparecidos*. Madrid.
- BACIGALUPO, E. (1983) *Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la ley penal*. Revista ILANUD N^{os} 17 y 18, San José.
- BOLAÑOS MORA, A. y CAAMAÑO MORUA, C. (1993) *Situación de la infancia en América Latina y el Caribe. Breve exposición de indicadores generales*. San José.
- CARRANZA, E. (1989) *La prevención y tratamiento de la delincuencia y la participación de la comunidad*. Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Cali, Colombia.
- ESTADÍSTICA JUDICIAL (1992) *Juzgado tutelar de menores de San José*. San José.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1993) *Infancia y derechos humanos*. Conferencia. San José.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. y CARRANZA, E. (1992) *Del revés al derecho. La condición jurídica de la Infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Buenos Aires.
- HORACIO VIÑAS, R. (1993) *Delincuencia juvenil y de derecho penal de menores*. Buenos Aires.
- ISSA EL KHOURY, H. (1980) *Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares*. Revista Judicial, n° 17, San José.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO (1990) *Boletín Infancia*. N° 230, Uruguay.
- MANAVELLA, C. y JIMÉNEZ, M. (1993) *Tutela judicial de los Derechos Humanos en América Latina*. San José.
- MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN Y POLÍTICA ECONÓMICA (1992) *Apuntes para una política integral con y por la infancia y juventud costarricense*. San José.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1990) *La lucha contra el trabajo infantil*. OIT, Ginebra, Suiza.
- PIZZORUSSO, A. (1993) *Curso de derecho comparado*. Barcelona, España.
- TIFFER SOTOMAYOR, C. y DÜNKEL, F. (1989) *Das Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendrechts und der Sanktionspraxis in Costa Rica*. ZStW 101, Berlín.
- UMAÑA LUNA, E. *El menor de edad. Estructura legal y conyuntura social*. Santa Fe de Bogotá.
- UNICEF (1992) *Estado Mundial de la Infancia*. Barcelona, España.
- UNICEF (1994) *Estado Mundial de la Infancia*. Barcelona, España.

VII- A JUSTIÇA PENAL E OS DIREITOS HUMANOS

.....
EDMUNDO OLIVEIRA

Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Pará; Pós-doutorado em Criminologia pelo Centro de Pesquisas de Política Criminal da Universidade de Paris; Ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Diversamente do que acontece nas relações de coordenação entre particulares, regidas pelo Direito Privado, os liames entre o indivíduo e o Estado são de subordinação do primeiro ao segundo. O Poder Público exerce sobre cada pessoa o seu domínio e se apresenta como autoridade que impõe encargos e deveres. Ele tem a missão de conduzir a sociedade aos seus altos destinos, dirigindo a atividade das pessoas no sentido da realização do bem comum. O homem é célula da sociedade e, conseqüentemente, sua atividade social está subordinada aos fins da comunidade. Esse é o fundamento da soberania interna do Estado; toda força vem daí.

O Poder Público não se exerce em benefício daqueles que dele estão revestidos. Em si mesmos, esses não têm nenhuma superioridade sobre os demais indivíduos. A força de que estão armados tem sua razão de ser nos fins comunitários que eles estão encarregados de alcançar como tutores da ordem.

Isso leva a entender o objeto da Justiça Penal. Por definição, ela é um meio de regular a atividade dos cidadãos segundo o bem da sociedade. Seu domínio é limitado às ações que prejudicam o corpo social. Para que um ato seja delituoso, e conseqüentemente punível, não basta que ele se mostre um malefício; é preciso que seja socialmente mau, danoso à sociedade e capaz de comprometer os seus fins. O delito é, antes de mais nada, um ato contrário à ordem pública, consistente nessa na disposição harmoniosa dos elementos sociais e na regularidade de sua ação para o bem comum. A razão de ser da sociedade é a insuficiência de cada homem para atingir sozinho o maravilhoso desenvolvimento de que é

suscetível; para reinar sobre a natureza que o envolve; para obter do corpo social o que só ele pode ministrar. A união das individualidades, para a consecução desse fim, multiplica-lhes ao infinito o seu escasso poder. E permite a cada um especializar seus esforços ao sabor de suas aptidões e aproveitar-se dos resultados adquiridos pelas gerações antecedentes. Em uma palavra, a sociedade é a fonte de todo progresso.

Para que essa associação natural produza as vantagens que dela se esperam é necessário que as diversas atividades que lhe servem sejam coordenadas e atuem harmoniosamente. Missão complexa, que se estende a todas as manifestações da vida em sociedade. Realizar essa condição é a primeira tarefa do Poder Público e essa incumbência se estende a todas as manifestações da vida social. O cumprimento desse encargo torna-se mais fácil na medida em que as pessoas lhe reconhecem a utilidade, aceitam o Poder Público como artesão de uma obra benfazeja e lhe dão o seu apoio.

A tarefa dos governos é facilitada quando ela se dirige primariamente às condições gerais a que as atividades particulares devem se adaptar. Dessa forma eles deixam à iniciativa privada uma área dentro da qual se satisfaz o natural amor à independência.

Não basta, porém, que cada um contribua para o edifício social com o resultado de seu labor. É preciso que a solidariedade de todos coopere para regular o modo pelo qual cada um possa gozar dos frutos de sua colaboração. Se os indivíduos quiserem usar o patrimônio comum em seu proveito exclusivo, os conflitos de interesses tornarão inviável o bem de todos e a segurança de cada qual. A situação será mais caótica e pior que o isolamento mítico de Robinson Crusoe.

A fruição e o gozo de cada pessoa são, pois, limitados pelos das demais. É preciso que cada um se modere de maneira a respeitar os direitos dos outros e se disponha a arcar com os sacrifícios exigidos pelo bem comum. Sem isso, os próprios interesses individuais correm perigo. Cada um deve abster-se dos atos que contrariem os fins da sociedade. Em outras palavras: deve eximir-se de praticar crimes.

Assegurar essa condição do bem social é missão do Poder Público. Encargo aparentemente simples, mas na realidade prática bem difícil. Longe de contar sempre com a obediência espontânea dos particulares, a autoridade se vê compelida a sofrer os arrebatamentos do egoísmo. Esse é o papel que o Direito Penal deve desempenhar.

Para prevenir e evitar o crime, o legislador começa por definir as ações que ele considera lesivas. Com isso, logra evitar que os homens de bem as pratiquem. Mas haverá sempre os que desprezem essa advertência e infringam o preceito legal. Não pode, então, o Estado ficar indiferente e, muito menos, premiar o infrator. Tem ele de reforçar o preceito com a ameaça de um mal, de uma pena, para os que infringirem. Dessa maneira consegue dissuadir alguns dos que pretendiam cometer crimes. E a intimidação terá sido benéfica até mesmo para os intimidados. Mas, se, apesar da cominação de pena, alguém vem a delinquir, então é preciso mostrar que a promessa de castigo não era vã, mas real e eficaz.

Para atemorizar, a pena deve produzir no destinatário da norma uma impressão molesta, fazendo ver que a infração do preceito legal acarretará a privação de coisas, materiais ou imateriais, que lhe são caras. A pena deve pesar como algo pior que a perda do bem pretendido pelo que se dispõe a delinquir. Ela deve atingir aqueles bens mais prezáveis, como a liberdade, o conforto, o patrimônio, a honra. A promessa de privação de tudo isso deve servir ao desencorajamento do possível delinqüente. Mas dentro de que limites? A gravidade do crime é que determina a força de prevenção e de repressão que há de ser dada à pena. Se todos os que praticam crimes fossem ameaçados de um castigo terrível, as pessoas acabariam por familiarizar-se

com essa idéia e ela perderia seu poder repulsivo. Uma severidade exagerada daria lugar à revolta contra o sistema e excitaria nos homens de bem a compaixão que terminaria por transformar o celerado em mártir, coberto pela auréola da simpatia popular. Se a pequenos delitos fossem cominadas penas excessivas, a ameaça de castigo se voltaria contra a sociedade e o Poder Público. E até os grandes criminosos se aproveitariam da desconsideração popular pelo sistema penal. E não seria impossível que os próprios tribunais desapplicassem a lei por entender que summum jus, summa in juria: o excesso de rigor da lei é a maior das injustiças. Isso ficou patente quando da aplicação do Decreto-Lei n° 975, de 20 de outubro de 1969, que definia como crime contra a Segurança Nacional o transporte em aeronave de mercadorias contrabandeadas e cominava a pena mínima de oito anos. Corajosa e acertadamente o Egrégio Superior Tribunal Militar reformou a sentença de um Conselho de Justiça, preferindo absolver o réu - um abuso de Direito - a aplicar-lhe aquela pena monstruosa. E a lei caiu em desuso.

O caráter preventivo da pena perde sua razão de ser se o legislador a torna ineficaz. O critério correto decorre de um conjunto de circunstâncias entre as quais prevalecem as subjetivas: o motivo do crime, as chances de impunidade, a maior ou menor facilidade de cometê-lo influem de maneira poderosa na determinação do agente. Uma inclinação pessoal, a força de um hábito, a condição social do indivíduo podem tornar o crime mais, ou menos, provável.

A par da função preventiva, a pena tem ainda uma finalidade repressiva.

O Estado deixa ao indivíduo o exercício da sua liberdade de escolha entre os motivos e os modos de agir. Mas essa franquia não deve estimular o egoísmo, a prepotência, a autolatria. Quem abusa da liberdade, prejudicando outrem, torna legítima a ação do Estado, que visa a proteger o bem comum. Entre esse e o bem particular existe uma hierarquia que o crime viola. E, uma vez praticada a lesão, só resta ao Estado punir o autor. Entram em cena a Polícia, o Ministério Público e o Órgão Jurisdicional.

Se o Poder Público, instituído para o bem comum, sofrer uma afronta e não for tratado

segundo as exigências de sua natureza e de sua finalidade, daí surgirá uma situação injusta. E toda injustiça deve ser reparadora. O autor do crime atenta contra o fim social do Estado e, em consequência, deve-lhe uma reparação. Na realidade o criminoso atinge mais longe do que ao particular ofendido: ele compromete a paz e levanta o clamor público. O exemplo por ele dado pode contagiar os fracos. É preciso puni-lo.

Mas isto só não basta. É conveniente emendá-lo e fazer que a pena sirva de escarmento aos que estão à beira do abismo. Para realizar plenamente os seus fins, a pena deve ser:

- proporcional à gravidade do crime e à culpabilidade do agente;
- eficaz na defesa da sociedade;
- reparadora do dano causado;
- exemplar para todos;
- tranquilizadora dos homens de bem; e
- medicinal para o próprio delinqüente.

A degradação moral do criminoso é progressiva; pouco a pouco ele perde o senso ético e se deprava. O hábito do crime pode formar nele uma segunda natureza. É preciso elevá-lo do aviltamento em que caiu. Cumpre ajudá-lo a quebrar as cadeias que o escravizam e redimi-lo. As influências malignas que atuam sobre ele podem ser destruídas, e até neutralizadas pelos bons exemplos e estímulos benéficos que ele receber. Convém acordar nele as virtudes que dormem nos desvãos de seu espírito. Supor que nenhum valor moral lhe resta seria desconhecer a natureza humana. Certamente ele não é um anjo, mas também não é um animal. Ele continua a ter as noções do bem e do mal e se os pés o atraem para o chão, a cabeça o faz olhar para cima. Este é um fato de verificação diária e as teorias devem subordinar-se aos fatos.

Quem lida com criminosos conhece os resíduos de moralidade que eles apresentam. É objeto de verificação diária que eles têm o sentimento de sua reprovabilidade; que, freqüentemente, se sentem desprezíveis; que almejam o perdão dos parentes pela falta cometida; que reconhecem a justiça da pena imposta; que a aceitam com dor mas também com resignação. Nem é raro o caso de criminosos que se denunciam espontaneamente à Justiça ou até se

suicidam para livrar-se do remorso que os acabrunha.

Ponto de partida para uma política criminal justa e eficiente é, portanto, o de que a pena deve ser não somente aflictiva, mas também corretiva.

E não é só. Consistindo na privação de um bem jurídico do criminoso, ela não deve atingir certos direitos que são sagrados e inalienáveis para todo homem. Há de ser proporcional ao dano causado pelo crime e ao grau de culpabilidade, isto é, de reprovabilidade do criminoso. Aqui também se aplica o princípio físico da ação e reação: toda ação provoca uma reação de igual intensidade e em sentido contrário. A pena que excede essa medida é iníqua e contraproducente. Destinada a restabelecer o equilíbrio, ela o estaria comprometendo e pesando demais num dos pratos da balança. A pena que se põe aquém ou além do nível justo falha à sua finalidade.

Essas considerações suscitam um grave problema: a pena justa é praticamente alcançável? É fácil teorizar; difícil é pôr em prática. Mas não devemos nos contentar em que a justiça reine em alturas inatingíveis. Se, por um lado, é vã a pretensão de realizar um Direito Penal Olímpico, por outra parte não devemos renunciar à busca de uma solução razoável e que se aproxime o mais possível do ideal. Em outras palavras, temos que agir como em Matemática: por aproximações. Para isso devemos confrontar o proveito ilícito buscado pela vontade depravada do delinqüente com sacrifício que o castigo lhe imporá.

De que valeria, por exemplo, infligir uma pena infamante àquele que voluntariamente degradou o próprio nome nos caminhos do vício?

Por outro lado, não se deve esquecer que é dramática a situação do sistema prisional no Brasil.

Na verdade, a solução para os problemas que afetam o sistema penitenciário brasileiro só será obtida se baseada na convicção de que esta não é uma questão isolada, estanque. Ao contrário, necessita ser entendida como um verdadeiro sistema de vasos comunicantes, fundamentada em quatro pontos:

- a justiça social;
- o sistema policial;
- o sistema judiciário; e
- o sistema penitenciário.

Além disso, exige uma ampla discussão nacional, a envolver todos os segmentos sociais, cujos componentes não podem mais continuar contaminados e imobilizados pelo preconceito e pela indiferença.

Todo o corpo social, todos os cidadãos precisam entender que a punição se aplica ao criminoso e não ao crime, isto é, o alvo da pena corporal deve ser a pessoa e não o histórico dos crimes praticados. Toda a população deve dispensar àquele que um dia delinqüiu - e está pagando seu débito com a sociedade - tratamento condizente com sua condição de ser humano, mesmo porque a Constituição Federal, em seu art. 5º - que trata dos direitos e garantias individuais - estabelece, em seu inciso 48, que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Cumpra, também, atentar para o fato de que a própria sociedade é pródiga em fatores criminógenos, mas não se preocupa em eliminá-los, por crer que basta retirar o infrator do convívio social. As muralhas, de profundo significado simbólico, demonstram que valem menos como fator de segurança: são uma forma de se esconder, de não se querer ver o que existe por trás delas, numa perversa atitude de autodefesa.

A questão penitenciária, desse modo, é grave, e sua solução extremamente complexa. E o ponto de partida é a compreensão de que, enquanto persistirem as causas geradoras da criminalidade violenta, enquanto não se reformular o sistema penal brasileiro - destinando-se os estabelecimentos penais somente aos efetivamente perigosos -, nenhum Governo conseguirá equilibrar o sistema penitenciário. A solução está, assim, integrada à reorganização do Estado, ao estabelecimento de políticas públicas eficientes e justas, com vistas ao bem-estar de toda a sociedade.

O dilema não reside, simplesmente, na redução da massa prisional, uma vez que o esvaziamento dos cárceres não deve pagar o alto

preço do afrouxamento da repressão. Compatibilizar o ideal de uma cadeia humanizada com a necessidade de assegurar a coibição dos defeitos não é tarefa de fácil realização. Igualmente difícil é a empreitada de oferecer ao preso tudo de quanto ele precisa em matéria de assistência, de ocupação, de lazer, de reconhecimento aos seus direitos não atingidos pela sentença criminal, de respeito às convicções religiosas, de relação com a família e com a comunidade.

Essa dificuldade é atestada pela crueza existencial das prisões, daí a nossa preocupação, quando assumimos o Ministério da Justiça, de imediatamente, determinar o aperfeiçoamento da legislação penal, apoiando a filosofia de reservar a precisão aos casos em que o condenado represente perigo concreto para a sociedade, porque, em muitas circunstâncias, a reinserção pode ser alcançada com alternativas como a multa, a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim-de-semana, entre outras medidas que poderiam ser adotadas no Brasil.

É preciso, portanto, recorrer a penas alternativas para que o juiz possa, em cada caso concreto, aplicar a mais hábil para contrabalançar a malícia do delinqüente. Esse deve sofrer a diminuição do suposto bem que o levou ao crime.

Mas o Direito também não pode multiplicar ao infinito os tipos de pena. Daí a necessidade de prudência e sabedoria que devem nortear o legislador na escolha das penas; elas não devem ser de um só tipo, nem hão de multiplicar-se demasiadamente. E mais: a pena imposta na sentença condenatória não pode ficar imutável; ao contrário, cumpre torná-la dúctil e maleável na fase de execução a fim de que ele vá se adaptando às mudanças apresentadas pelo condenado.

É assim que a sanção penal cumpre verdadeiramente a sua missão de exercitar um permanente processo de diálogo entre o condenado e o Estado.

VIII- DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

MODERNO: FUNDAMENTOS E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICOS, PRINCÍPIOS ESSENCIAIS E MECANISMOS DE APLICAÇÃO

.....
GÉRARD PEYTRIGNET

Ex-Chefe da Delegação Regional do Comitê Internacional da Cruz Vermelha no Brasil.

mente restringido ao “Jus ad bellum”, o direito de se fazer guerra, cujo fundamento era justamente excluir do âmbito das relações interna-

I. Introdução geral

Direito da Guerra e “Jus ad bellum”

Dissertar sobre o direito humanitário implica, de maneira inevitável, referir-nos à problemática das guerras, da violência armada, e dos enfrentamentos de todo gênero, fenômenos que marcam infelizmente a história da humanidade, e até representam uma das manifestações mais universais da natureza do ser humano, tanto nas relações entre indivíduos, como entre grupos sociais organizados, povos e nações.

Mas, ao mesmo tempo, podemos comprovar que a história universal gerou inúmeros esforços e tentativas de submeter o uso da força a limitações e condições destinadas a proteger o ser humano contra as conseqüências da arbitrariedade, a limitar o uso da violência, a reduzir os sofrimentos induzidos pela guerra, evitando os danos e as perdas humanas e materiais inúteis, ou supérfluos, e procurando conciliar, por um lado, os imperativos militares e, por outro, as necessidades humanitárias.

No plano jurídico, sabemos que o direito internacional sempre se preocupou em tentar definir as condições nas quais podia ser considerado lícito o uso da força entre nações, com as consabidas disputas relativas ao conceito da “guerra justa”. O Direito da Guerra era, então, pratica-

cional a utilização abusiva das armas como meio de solucionar controvérsias.

Proibição da Guerra na Carta das Nações Unidas

Esse debate acabou, não obstante, com a adoção, em 1945, da Carta das Nações Unidas, a que declara a ilegalidade da guerra, salvo em contadas e conhecidas situações:

- As “**Ações militares de segurança coletiva**”, previstas no capítulo VII da Carta, nas quais se prevêem medidas de força contra Estados que representem uma ameaça para a paz ou a segurança internacional (situação que cobrou muita atualidade nos últimos anos, com o entendimento unânime dos membros permanentes do Conselho).
- As “**guerras de legítima defesa**”, nas quais os Estados têm o direito de se defender contra uma agressão armada.
- As “**guerras de libertação nacional**”, no âmbito do direito consagrado de autodeterminação dos povos, sendo excluídas desta categoria as guerras internas de tipo revolucionário.

“Direito de Genebra, Direito de Haia, Direito de Nova Iorque”

Quanto ao direito humanitário propriamente dito, poderia ser-lhe dado a seguinte definição:

“Trata-se do corpo de normas jurídicas de origem convencional ou consuetudinária, especificamente aplicável aos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, evitando que sejam afetados as pessoas e os bens legalmente protegidos”.

O DIH abarca, hoje em dia, as regras do chamado “**Jus in bello**”, nas suas duas vertentes principais, que são, o **Direito “de Haia**”, relativo à limitação dos “meios e métodos de combate”, ou seja da própria condução da guerra, e o **Direito “de Genebra**”, atinente ao respeito das “vítimas da guerra, em mãos inimigas”.

Pode-se considerar, por outro lado, que a evolução atual da codificação do **DIH**, com algumas iniciativas tomadas pelas Nações Unidas, em matéria de direitos humanos aplicáveis em situações de conflitos armados, e com adoção de Convenções relativas à limitação ou proibição de certas armas convencionais, provocou a emergência de um chamado “**direito de Nova Iorque**”.

Na realidade, estas distinções não são de primeiríssima importância, sempre que os desenvolvimentos da codificação se façam de maneira harmoniosa e integrada, e sobretudo, em benefício dos destinatários das suas normas, e sobre as bases estritamente humanitárias.

O presente artigo versará essencialmente sobre a chamada vertente de Genebra do **DIH**, pelos motivos seguintes:

O direito de proteção das vítimas das guerras guarda uma relação muito mais estreita com o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que foi inspirador desses tratados e que, ao mesmo tempo, ficou encarregado da implementação da sua normativa.

Por outro lado, a quase totalidade das disposições das antigas Convenções de Haia, relativas à condução das hostilidades, incorporaram-se ao direito de Genebra, mediante adaptação e modernização, e se encontram agora incluídas no Protocolo I de 1977 relativo aos conflitos armados internacionais.

II. Resenha histórica do desenvolvimento do DIH moderno

Antecedentes históricos ao nascimento do DIH moderno

Antes que nascesse a etapa moderna do **DIH**, existiam normas, tanto de costume como de direito, que podiam ter aplicação nos conflitos armados. Tratava-se de acordos, geralmente bilaterais, concluídos antes, durante ou depois das hostilidades que almejavam assegurar um tratamento recíproco aos feridos ou aos prisioneiros, para fixar os termos de uma rendição ou de capitulação, para decidir uma trégua ou um cessar fogo ou para levar a cabo as ações humanitárias derivadas da execução de um tratado de paz. No entanto, estas normas dependiam de negociações frequentemente injustas, e não gozavam de respeito universal.

Isto mudou, a meados do século passado, graças ao impulso de um cidadão suíço, o Sr. Henry Dunant, que foi testemunha circunstancial de uma batalha particularmente cruel, que iria dar nascimento a um grande movimento filantrópico, e permitiria a universalização do direito humanitário.

A batalha de Solferino

No ano de 1859, no campo de batalha de Solferino, ao norte da Itália, onde as tropas francesas acabavam de triunfar sobre o exército austríaco, Dunant se encheu de indignação e de piedade com a visão de centos de soldados feridos e abandonados. A partir deste momento, a sua vida mudou de rumo; ajudado por mulheres das aldeias vizinhas, decidiu-se, em seguida, organizar os socorros. Mas logo, pensando no futuro, teve uma

visão que o levou à criação da Cruz Vermelha e deu nascimento ao Direito Humanitário Moderno.

Dunant escreveu um livro intitulado “Lembranças de Solferino”, no qual descrevia os horrores que presenciou no campo de batalha e expunha suas idéias sobre os meios necessários para melhorar a assistência aos feridos.

Seu livro teve um extraordinário êxito pelo fato de que respondia às preocupações humanitárias da época.

Em resumo, as suas propostas eram três, e todas as propostas que foram posteriormente levadas à prática:

a) Havia que fundar em cada país, **sociedades nacionais de socorro**, equipá-las e formá-las para que assistissem os feridos de guerra, com o objetivo de apoiar os serviços médicos com frequência insuficientes, inclusive inexistentes, dos exércitos;

b) As pessoas postas fora de combate por ferimentos, assim como o pessoal e o equipamento médico de assistência, deveriam ser considerados como “neutros” e serem protegidos por um signo distintivo, que seria mais tarde o **emblema da Cruz Vermelha**;

c) Havia que propor um **tratado internacional** que desse força de lei às propostas acima mencionadas, e que garantisse a proteção dos feridos e do pessoal médico que os assistisse.

As repercussões provocadas pelo livro “Lembranças de Solferino” desembocaram na formação, em 1863, de um “Comitê Internacional de Socorros aos Feridos”, integrado por Dunant, mais quatro eminentes cidadãos genebrinos, Comitê que foi o órgão fundador da Cruz Vermelha e o promotor das Convenções de Genebra; a organização chegaria a ser conhecida, em 1880, como “**Comitê Internacional da Cruz Vermelha**” (CICV), nome que mantém até hoje.

Então, a proposta de Henry Dunant e de seus amigos, tendente a fazer aprovar um tratado internacional legalizando e formalizando a proteção e a “neutralização” dos feridos e dos que os socorressem, concretizou-se em 1864, através da aprovação da Primeira Convenção de Genebra para a proteção das vítimas da guerra.

Nascimento e Organização do Movimento Internacional da Cruz Vermelha

À raiz dessa proposta, criaram-se sociedades nacionais de socorro e de ajuda no mundo inteiro. Essas sociedades tomaram o nome de **Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha**, e desenvolveram suas próprias atividades no campo humanitário, tornando-se, em caso de conflito armado, auxiliares dos serviços de saúde das forças armadas de seus países.

Em tempo de paz, as Cruzes Vermelhas nacionais se dedicam a tarefas relacionadas com os campos da saúde, da educação, da atenção em casos de desastres e naturais, assim como à difusão dos princípios da Cruz Vermelha e das normas fundamentais do **DIH**.

Em alguns países muçulmanos, as sociedades tomaram o nome de Crescente Vermelho, já que, por convicções religiosas, não quiseram empregar o signo protetor da Cruz Vermelha, por associá-lo ao símbolo do cristianismo.

Em 1919, as Sociedades Nacionais existentes decidiram criar uma Federação Internacional. Nasceu a **Liga das Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho**, organismo que agrupa as 155 sociedades com as quais conta hoje em dia o Movimento. A Liga, chamada “Federação”, desde 1991, é o órgão de enlace entre as Sociedades irmãs e tem a sua sede em Genebra, como o Comitê Internacional.

As principais diferenças entre os dois organismos internacionais são as seguintes:

A Federação está composta por representantes dos seus países membros, e é o organismo competente para coordenar a ajuda internacional em caso de catástrofes naturais, quando a Sociedade Nacional do país concernido não puder fazer frente às necessidades. Trabalha também no campo do desenvolvimento das atividades das Sociedades Nacionais, em tempo de paz.

Por sua vez, o **Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)** está composto unicamente por cidadãos suíços e sua tarefa fundamental é de intervir nas situações de “catástrofes produzidas pelo homem”, ou, melhor dizendo, nas situações de conflitos armados, prestando proteção e assistência às vítimas desses acontecimentos. Também é responsável pelo impulso do desenvolvimento da codificação do **DIH**, pela sua divulgação, e pelo controle da sua aplicação.

Da primeira Convenção de 1864 às 4 Convenções de 1949

Voltando às origens da primeira Convenção, foi no ano de 1864 que 16 Potências, por meio dos seus plenipotenciários, convocados pelo Conselho Federal Suíço, a pedido do CICV, participaram numa Conferência Diplomática que aprovou a “**Convenção para melhorar a sorte que correm os feridos nos exércitos em campanha**”.

Sem dúvida, o seu texto, com seus dez únicos artigos, parece muito sucinto, em nossos dias. Não obstante, nesta Convenção, que estipulava essencialmente o respeito e a proteção ao pessoal e às instalações sanitárias, acordou-se o princípio essencial de que os militares feridos ou doentes seriam recolhidos e cuidados, qualquer que fosse a nação a que pertencessem, e se instituiu o signo distintivo da “cruz vermelha sobre fundo branco”, cores invertidas da bandeira nacional suíça.

Posteriormente, o **DIH** moderno, e mais particularmente o “direito chamado de Genebra” continuou se desenvolvendo a partir de experiências dramáticas, e sempre foi o aumento do sofrimento humano o que induziu à elaboração de novas normas para tentar limitá-lo.

Essa comprovação fez com que sempre houvesse “atraso de uma Convenção”, com respeito às guerras do momento. Foi assim que uma batalha naval acontecida no final do século passado deu lugar a uma **Convenção sobre a proteção ao militar naufrago**, que se concretizou finalmente em Haia (Holanda) em 1907.

Logo se viu a necessidade de revisar a Primeira Convenção de 1864 e desenvolvê-la, tendo-se em conta as trágicas experiências da I Guerra Mundial, o que se fez em 1929.

O primeiro conflito mundial também mostrou que era preciso codificar a proteção de uma nova categoria de pessoas, os prisioneiros de guerra, a favor dos quais o CICV tinha empreendido já uma ação humanitária de envergadura, sem que aquilo fosse previsto pelos textos legais vigentes. Pela experiência adquirida neste campo, encarregou-se ao CICV a preparação de um projeto de Código, que chegaria a ser, em 1929, a **Convenção sobre Proteção dos Prisioneiros de Guerra**.

O segundo conflito mundial evidenciou logo a razão de proteger a população civil como tal, já que, pela primeira vez, as baixas dos não-combatentes superavam às dos militares.

Por outro lado, conflitos de caráter interno, como a sangrenta guerra civil espanhola, mostraram que os tratados humanitários tinham que se estender, de uma forma ou de outra, aos conflitos não internacionais. É assim que, uma vez finalizadas as hostilidades da segunda guerra mundial, nasceu um consenso generalizado tendente a adaptar e modernizar o direito humanitário. Suíça, novamente, reuniu uma conferência Diplomática, e o CICV teve a missão de elaborar os projetos dos acordos, os quais foram aprovados em uma única sessão. São as **4 Convenções de Genebra de 1949** hoje em vigor e ratificadas pela quase totalidade da Comunidade Internacional, ou seja, 177 Estados. O Brasil é parte nessas Convenções desde 1956.

Últimos desenvolvimentos do DIH moderno; os Protocolos de 1977

Após serem revisadas e atualizadas as 4 Convenções de Genebra, em 1949, a triste realidade internacional se encarregou de demonstrar que a proteção brindada às vítimas dos novos conflitos não se podia obter sem adaptar novamente o conjunto do direito humanitário. Com efeito, desde o final da II Guerra Mundial em 1945, mais de 150 novas contendas armadas surgiram no planeta, cuja grande maioria não se enquadrava com os conceitos tradicionais

elaborados nas Convenções. Tal foi o caso das “guerras de libertação nacional”, “guerras de descolonização”, e “guerras revolucionárias”, nas quais o caráter interestatal dos enfrentamentos nem sempre aparecia, e onde a noção de forças armadas “uniformizadas” e “identificadas” era substituída pela de combatentes, ou de guerrilheiros.

Depois da Convocação, em 1974, pela Suíça, Estado Depositário das Convenções, de uma nova Conferência Internacional, conseguiu-se fazer adotar, pelos representantes da comunidade internacional, os **2 Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949**, que vieram a desenvolver a proteção das vítimas destes conflitos, ou seja, um I Protocolo relativo aos conflitos internacionais e guerras de descolonização, e um II Protocolo aplicável aos conflitos internos, cuja intensidade ultrapassasse as características das situações de simples distúrbios internos.

São atualmente 125 países que ratificaram o primeiro texto e 115 os que estão ligados pelo segundo, número ainda inferior aos 177 Estados-Partes às Convenções de Genebra. Cabe assinalar que na América Latina e no Caribe, a grande maioria dos países já ratificou ou aderiu aos Protocolos; o Brasil depositou os seus instrumentos de adesão em 1992.

III. Considerações sobre os fundamentos do DIH e os princípios fundamentais da sua normativa

Generalidades

Já que resultaria impossível examinar o conjunto das normas positivas contidas nos principais tratados humanitários, tentaremos resumir os “princípios essenciais” que conformam o esqueleto desses instrumentos, e em torno dos quais se articulam as disposições e os preceitos enunciados. Esses princípios representam, por outro lado, o “**mínimo de humanidade aplicável em todo tempo, lugar ou circunstância**”, e

expressam a substância consuetudinária do direito humanitário, válida, de acordo com a Corte Internacional de Justiça de Haia, até para com os Estados que são formalmente Partes nos referidos tratados.

Princípios essenciais do DIH

▪ ***Cláusula de Martens***

À guisa de preâmbulo, pode-se assinalar a chamada “Cláusula de Martens” de 1899, reproduzida nos Protocolos de Guerra de Genebra de 1977 e na “Convenção das Nações Unidas sobre armas Clássicas” de 1980. Ela predica que, “nas situações não-previstas, tanto os combatentes como os civis, ficarão sob a proteção e autoridade dos **princípios do direito internacional**, tal como resulta do costume estabelecido, dos **princípios humanitários**, e das **exigências da consciência pública**”.

▪ ***Estatuto Jurídico das Partes***

De acordo com o DIH, a aplicação ou a mesma aplicabilidade das suas normas não afeta o “Estatuto Jurídico” das Partes em conflitos.

Este princípio constitui, com efeito, uma “espécie de válvula de segurança”, destinada a acalmar apreensões políticas de quem temeria que o fato de respeitar, ou dizer respeitar certas normas do DIH, implicaria, no plano jurídico, um reconhecimento de beligerância.

Os Tratados de Genebra contêm várias dessas cláusulas, tanto no âmbito das situações de conflitos internacionais como não-internacionais, para sublimar a sua **vocação estritamente humanitária**, e evitar que considerações de índole política possam prejudicar a sua aplicação.

▪ ***Princípios reitores do DIH, e dos direitos de Genebra e de Haia***

Enquanto aos chamados princípios reitores do DIH, temos o princípio geral que recolhe o miolo do espírito dos seus tratados, enunciando que “as Partes em Conflito não infligirão, aos seus adversários, **males desproporcionados** com o

objetivo da guerra, objetivo que consiste em destruir ou debilitar o potencial militar inimigo”.

Isso significa, no campo do Direito de Genebra, que as pessoas fora de combate, ou que não participam das hostilidades, serão respeitadas, protegidas e tratadas humanamente. E no âmbito do “Direito de Haia”, significa que “o direito das Partes em Conflito em eleger os métodos e meios de guerra, não é ilimitado”.

▪ *Princípio de inviolabilidade*

Na área dos direitos das vítimas dos conflitos (vítimas no sentido dos tratados, ou seja, pessoas afetadas pelas hostilidades, e não na acepção moral, de pessoas injustamente prejudicadas), destaca-se, em primeiro lugar, o “**princípio de inviolabilidade**”.

Esta inviolabilidade da vítima se exprime, entre outras, quanto à sua vida, sua integridade física e moral, suas convicções religiosas e pessoais, e seu bem-estar básico, de acordo com as possibilidades.

▪ *Princípio de não-discriminação*

A “**não-discriminação**” representa igualmente um princípio essencial na aplicação dos preceitos do DIH, pois o tratamento dado ao adversário ferido ou prisioneiro, ou ao civil em país ocupado, não deve resultar de nenhuma discriminação fundada na raça, no sexo, na nacionalidade, ou nas opiniões políticas ou religiosas.

▪ *Princípio de Seguridade*

No âmbito jurídico, todas as pessoas protegidas pelas Convenções devem se beneficiar do “**Princípio de Seguridade**”, no sentido, por exemplo, de que ninguém pode ser responsabilizado por uma ação que não cometeu, que ficam proibidos os castigos coletivos e as represálias, que qualquer pessoa se beneficia das garantias judiciais reconhecidas, e que ninguém pode renunciar aos direitos conferidos pelas Convenções. O conjunto dessas garantias representa, então, a permanência da legalidade jurídica, mesmo nos casos de conflitos armados,

que são, justamente, a expressão cabal da ruptura da ordem vigente!

▪ *Princípio da neutralidade*

Sempre no campo das vítimas dos conflitos, e da assistência que se deve prestar-lhes, está o princípio fundamental sobre o qual descansa a ação humanitária da Cruz Vermelha, e dos Serviços de Sanidade em geral: a **neutralidade da assistência aos feridos**, que nunca deve ser considerada como uma ingerência no conflito.

Este princípio coloca o pessoal sanitário “acima” dos combates; mas em contrapartida dessa imunidade, ele tem a obrigação de se abster de qualquer ato de hostilidade, motivo pelo qual só pode portar armas de defesa pessoal.

▪ *Princípios de limitação*

Mencionaremos, finalmente, alguns princípios próprios do direito da condução das hostilidades, que definem diferentes tipos de limitações impostas no âmbito dos “meios e métodos de combate”.

Temos “**limitações de acordo com as pessoas**”, que obrigam, por exemplo, os beligerantes, a distinguir, permanentemente, entre a população civil e os combatentes.

Existem também “**limitações de acordo com os lugares**”, que protegem certos tipos de sítios ou instalações (como “localidades não defendidas”, edifícios históricos, culturais ou religiosos, ou instalações que contêm forças perigosas, entre outros). Como corolário desta proteção, estes lugares não podem conter ou ocultar objetivos militares, e, ao mesmo tempo, a população civil não pode ser utilizada para evitar que alvos não-protegidos sejam atacados.

Podem ser consideradas finalmente “**limitações de acordo com as condições**”, que abarcam, entre outras, as seguintes proibições:

Os ataques indiscriminados, as armas que causem danos excessivos com respeito às vantagens militares concretas e diretas previstas, as ações que possam afetar o meio ambiente de forma extensiva durável e grave, fazer padecer

fome e de se utilizar métodos de guerra baseando-se na traição, na perfídia, ou no abuso de emblemas reconhecidos, como a Cruz Vermelha, a bandeira de parlamentar, ou as insígnias de nacionalidade.

IV. Características principais de aplicação dos tratados do DIH

Em primeiro lugar, as normas do **DIH** são de índole **“imperativa”** (“jus cogens”), e não meramente dispositivas. Cabe mencionar, neste âmbito, que as convenções de Genebra de 1949 constituem, hoje em dia, a maior comunidade convencional conhecida, com um total de 177 Estados-Partes, o que a torna verdadeiramente universal.

Em segundo lugar, os altos valores que inspiram o DIH, converteram os seus preceitos em **compromissos absolutos de humanidade**, deixando então de ser tratados de correspondência mútua e limitada. Por este motivo, o conjunto dos Estados-Partes nas Convenções de Genebra, e de acordo com o seu Art. 1º, não só tem a obrigação de respeitar as suas normas, mas também de fazê-las respeitar, em qualquer situação, embora elas não estejam diretamente envolvidas nas referidas contendas armadas!

Em terceiro lugar, essas Convenções **não são sujeitas à condição de reciprocidade**, o que implica que a não-aplicação por um Estado-Parte dos seus deveres não permite que o adversário se desvincule dos seus. Não se trata, então, de um intercâmbio equitativo de prestações, mas de obrigações de caráter superior inderrogáveis.

A este respeito, a “Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados” estipula que as normas de proteção humanitária estão excluídas do campo que autoriza uma Parte prejudicada na aplicação de um tratado multilateral, de suspender as suas próprias obrigações na matéria.

Aliás, sabe-se que um dos poucos tratados que a República dos Soviets não denunciou, depois de derrubar o Império Czarista, foi a

Convenção de Genebra, por considerá-la acima de qualquer contingência política.

V. Os mecanismos de aplicação e implementação do DIH: prevenção, controle e sanções

Medidas Preventivas

Antes de submeter à inobservância das normas humanitárias a um sistema punitivo, as garantias de aplicação destas normas devem se basear, em primeiro lugar, nos mecanismos que garantam adequadamente as condições de prevenir as eventuais inobservâncias ou violações do direito, e de controlar eficazmente a sua aplicação.

Das medidas preventivas contempladas pelos autores das Convenções de Genebra, a mais fundamental é a **obrigação de difusão** do conteúdo das Convenções para todos os órgãos destinatários e todos os beneficiários. A obrigação de difusão (tanto em tempo de paz como em tempo de guerra) implica a inclusão do estudo dos tratados de Genebra nos programas de instrução militar e a promoção do conhecimento do conteúdo destes tratados por parte da sociedade civil, em geral.

O dever particular de conhecer estas normas é da incumbência das autoridades civis e militares. Este dever é complementado pelas diligências especiais, a cargo dos chefes castrenses que os obrigam a tomar medidas para que os membros das forças sob suas ordens conheçam as suas obrigações e os seus direitos em virtude do direito existente.

A “obrigação de divulgar” constitui, em todo o direito internacional público, a primeira oportunidade em que os Estados manifestaram a convicção de que, sem o conhecimento do conteúdo das disposições dos tratados internacionais, especialmente dos que tratam da matéria de proteção da pessoa humana, cujos efeitos devem ser realizados mediante o direito interno dos Estados, as normas internacionais

correm o perigo de se tornar improcedentes na realidade dos fatos.

O Protocolo I completa as disposições das Convenções, acrescentando-lhes uma que põe a cargo dos Estados-Partes a obrigação de dispor de assessores jurídicos que assistam os comandantes militares sobre a aplicação e do ensino que deva ser realizado com os instrumentos humanitários no seio das forças armadas.

O compromisso de tomar todas as medidas necessárias para a **implementação das obrigações** que os Estados e as partes em conflito têm, em virtude das Convenções e do Protocolo I, como obrigação de serem comunicadas as traduções oficiais das leis e os regulamentos adotados para assegurar a implementação das Convenções no direito interno, costumam considerar-se como medidas complementárias do sistema de prevenção.

Medidas de controle

Quanto às medidas de controle, constituem um elemento imprescindível do funcionamento dos mecanismos de prevenção e repressão previstos nos tratados de Genebra, necessário para dar à normativa humanitária um aparato de funcionamento. Por isso, em 1949, nas Convenções de Genebra, foi aprovado o **Instituto da “Potência Protetora”**.

Um conflito armado entre os Estados resulta, quase desde o seu início, na ruptura das relações diplomáticas entre eles. Como consequência desta ruptura, os súditos de um Estado, assim como os seus interesses comerciais, carecem do amparo jurídico no território do outro, normalmente a cargo da missão diplomática do país de origem.

Para diminuir os efeitos negativos dessa carência, o Direito Internacional consuetudinário já conhecia o instituto da “Potência Protetora”, que é a de um país neutro no que se refere ao conflito, ao qual uma das Partes encarrega proteger os seus interesses no território da outra. Ultimamente, esta instituição foi referendada na Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas de 1961.

As convenções de 1949 incorporaram este sistema para aplicá-lo como um aparato de controle no conflito armado internacional, contemplando naquela situação a possibilidade de escolher um Estado alheio ao conflito, para encarregar-lhe salvaguardar os interesses da parte contendente no país inimigo, e assegurar a aplicação de Direito Internacional Humanitário.

A designação de uma Potência Protetora está submetida à aprovação da Potência perante a qual deve cumprir a sua missão, mas, se por razões políticas, for difícil pôr-se de acordo sobre a escolha de um Estado como Potência Protetora, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha pode ser chamado a assumir as tarefas de controle, com o acordo dos Estados-Partes no conflito. O CICV atua então como **“substituto” - “de jure” ou “de facto” - da Potência Protetora**.

Apesar das dificuldades de funcionamento do sistema das Potências Protetoras, o Protocolo I de 1977 confirmou e consolidou as modalidades de funcionamento deste procedimento, e somou a este procedimento uma nova instituição de controle com a finalidade de verificar os fatos que constituiriam infrações graves do **DIH**: o da **“Comissão Internacional de Apuramento dos Fatos”**, prevista em seu art. 90. Trata-se de poder verificar, de maneira imparcial, a verossimilhança e o caráter fidedigno dos acontecimentos alegados como constitutivos de infrações graves, com efeito determinante, para as Partes.

Este procedimento internacional facultativo acaba de entrar em vigência, ao ser aprovado já, por mais de 20 Estados; achamos que a atuação dessa Comissão Internacional, apesar da complexidade dos seus mecanismos, pode representar uma verdadeira possibilidade de solucionar alguns problemas da aplicação do **DIH** e de sua observância. O Brasil reconheceu a competência da Comissão em 1993.

Medidas de sanção

A existência de um aparelho de sanções no Direito Internacional Humanitário condiciona, de maneira fundamental, a sua eficácia.

O seu propósito é punitivo como o de todo sistema de sanções, mas esta estrutura também tem um propósito preventivo, pois sua introdução no direito interno dos Estados condiciona a sua influência sobre os comportamentos das pessoas e sobre a atuação do próprio Estado, para, ao mesmo tempo, castigar e advertir.

O sistema sanciona duas categorias de infrações:

O primeiro tipo de infrações que os Estados têm de sancionar são todas as **inobservâncias e os atos não-conformes** às disposições das Convenções e dos Protocolos.

As ações das quais dispõe o Direito Internacional Humanitário a respeito deste tipo de infrações, são idênticas às contidas no direito internacional público geral para com as inobservâncias, os atos contrários e as violações dos tratados internacionais.

Significa que, no direito interno do Estado, estas atuações são passíveis de **sanções administrativas, disciplinares ou judiciais**, e que, em nível internacional, são implicados os mecanismos da responsabilidade internacional em matéria de não-cumprimento dos tratados. A obrigação principal do Estado consiste, pois, em tomar todas as medidas necessárias para que cesse o comportamento contrário ou violatório dessas disposições.

Ademais, exige um caso muito distinto e próprio do sistema de Genebra, que é o das **infrações graves**, as quais são classificadas, como “crime de guerra”: trata-se das violações que, do ponto de vista dos autores do instrumento de Genebra, representam um perigo especialmente grave e que, ao ficarem impunes, significariam a total falência do sistema.

Entende-se por infrações graves qualquer dos atos que as Convenções e o Protocolo I enumeram como tais, de maneira exaustiva, o que significa que a classificação de um comportamento que constituiria um crime de guerra se opera pelo próprio dispositivo dos tratados.

Assim são os **crimes de guerra**, se forem intencionalmente cometidos contra pessoas ou contra bens protegidos, os seguintes atos:

- O homicídio, a tortura, os tratos inhumanos e as experiências biológicas;
- Os ataques indiscriminados contra a população civil, e contra obras ou instalações que contenham forças perigosas, com o conhecimento que esse ataque causará perdas de vidas humanas e feridos entre a população ou danos materiais que sejam excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta prevista;
- Os ataques contra pessoas reconhecidas fora de combate;
- A detenção ilegal e a tomada de reféns;
- O uso pérfido do signo da Cruz Vermelha ou de outros signos protetores reconhecidos;
- O deslocamento pela Potência ocupante de parte da própria população civil ao território que ocupa, assim como a deportação da totalidade ou de uma parte da população oriunda desse território;
- Toda injustificada demora na repatriação de prisioneiros de guerra ou de internados civis;
- O obrigar a uma pessoa protegida a servir nas forças inimigas;
- O privar uma pessoa de seu direito de ser julgada regular e imparcialmente, segundo as prescrições das Convenções e dos Protocolos.

Depois de classificar os “crimes de guerra”, o sistema de Genebra obriga os governos a tomar todas as medidas necessárias para determinar as **sanções penais adequadas** que têm de ser aplicadas às pessoas que deram ordem de cometer qualquer um destes.

As autoridades devem então se comprometer a julgar as pessoas acusadas de ter cometido essas infrações, seja por via de comissão, ou por omissão contrária a um dever de atuar.

Destas autoridades, os chefes militares têm a obrigação particular de zelar por impedir as infrações que constituem os crimes de guerra, bem assim como reprimi-las e denunciá-las, em caso contrário, aos órgãos competentes.

A respeito dos crimes de guerra, institui-se assim, no sistema do direito de Genebra, o recurso à chamada “**competência penal universal**” de todos os Estados-Partes nos tratados de Genebra.

A consequência deste sistema universal de repressão, que obriga o Estado que não tenha feito comparecer o acusado dos crimes de guerra perante os seus próprios tribunais, a extraditá-lo para que seja julgado sob todas as garantias de devido processo judicial, teoricamente exclui a possibilidade de que os crimes de guerra fiquem sem o apropriado julgamento.

Essa regra de “**julgar ou dar a julgar**” garante então, em princípio, a universalidade do funcionamento do aparato repressivo previsto pelos tratados de Genebra.

Na realidade, vemos que o funcionamento deste sistema de sanções do Direito Internacional depende inteiramente da vontade política dos Estados. Não se trata nem da imperfeição, nem das carências jurídicas daquele sistema de sanção, mas sim somente dos meios de implementá-lo no direito interno, e fazê-lo respeitar nas relações internacionais.

Aliás, em nenhum sistema jurídico, consideram-se as violações como provas que as regras às que atentam não são necessárias. Pelo contrário, para violar uma norma é imprescindível que ela exista, e, no estado atual do direito humanitário, já não faltam as regras desta natureza, mas sim somos testemunhas daquilo a cada dia, a vontade política de observá-las e de cumpri-las.

Quanto à instituição do sistema de repressão universal, não prejudica a possibilidade de criação de **tribunais internacionais ad hoc** com competência de conhecer as infrações ao Direito Internacional, tal como os instituídos após a II Guerra Mundial, nem a de reconhecer a competência em matéria de aplicação do Direito Humanitário aos **tribunais internacionais**

permanentes, como a Corte de Justiça de Haia, por exemplo.

Para finalizar as observações sobre o sistema de repressão, deve-se enfatizar o **princípio da responsabilidade individual**, consagrado por este direito no caso dos crimes de guerra. Este princípio se opõe à subtração da responsabilidade de uma pessoa por motivo de ter atuado como representante de um órgão de Estado, cumprindo as ordens superiores, de modo a extrair-se da sua culpabilidade.

VI. Conclusões

Depois desse estudo panorâmico de diversos aspectos do sistema internacional de proteção da pessoa humana o **DIH**, tanto através do seu desenvolvimento histórico, dos seus princípios e postulados essenciais, e dos seus mecanismos de aplicação, devemos concluir que o **DIH** é um **direito realista**, apesar de ter sido inspirado pelos sentimentos mais nobres e idealistas.

A sua função é finalmente idêntica à do samaritano que deseja ardentemente que a calamidade que combate não ocorra, mas se prepara para enfrentar suas consequências, e para limitar ao máximo os estragos que provoca.

O **DIH** é, não devemos esquecê-lo, um **direito dos Estados**, embora o impulso da sua codificação moderna e do seu desenvolvimento tenha sido amplamente promovido pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

Conseqüentemente, se bem que as fontes de inspiração do **DIH** sejam de índole filantrópica, as normas positivas dos seus tratados, negociados pelos plenipotenciários dos Estados-Partes, resultam muitas vezes imbuídas de raciocínios próprios da “Razão de Estado”, na qual os “**imperativos de humanidade**”, que constituem a pedra angular do sistema, são temperados por considerações induzidas pelas “**necessidades militares**”.

Em revanche, o fiel cumprimento de um código baseado em conceitos que diferenciam a civilização da barbárie não pode, nem nunca deve

ser interpretado como uma debilidade ou uma concessão frente a um adversário. Bem entendido e inteligentemente aplicado, o Direito Humanitário, cujo sentido profundo não representa senão a expressão mínima do respeito devido à dignidade inerente a todo ser humano, não atrapalha de maneira alguma a tarefa cumprida pelas forças armadas para defender a segurança de uma sociedade ou de um país.

Aliás, uma autoridade que chega a demonstrar à população, que sua luta se realiza na estrita legalidade, evidenciará sempre a sua solvência moral e seu sentido ético, podendo assim ganhar a confiança e o apoio de cidadania, sem os quais nunca se pode obter uma **vitória definitiva**, nem estabelecer uma **paz justa e duradoura**.

Finalmente, devemos nos convencer, hoje mais do que nunca, que o **DIH** constitui um verdadeiro **patrimônio comum da humanidade**

que, dado seu caráter universal, há de proteger o mundo contra a barbárie total das atrocidades sem limites.

É por este motivo que o **art. 1º comum das 4 Convenções de Genebra** recorda a **responsabilidade coletiva do conjunto das nações**, não só para elas **“respeitem”** as suas normas quando forem diretamente implicadas numa situação de conflito armado, senão também para que elas as **“façam respeitar”**, por qualquer parte envolvida em qualquer guerra, sob pena e risco de se ver gradualmente desvanecer um edifício jurídico e moral pacientemente construído, que bem poderia se tornar, algum dia, o nosso último baluarte contra a loucura destruidora do ser humano.

IX- A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

.....

FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura do Ceará; Ex-Procurador Geral do Município de Fortaleza; Ex-Procurador do Estado do Ceará; Ex-Procurador Geral do Estado do Ceará; Ex-Secretário da Justiça do Estado do Ceará; Ex-Secretário do Governo do Estado do Ceará.

I. Introdução

É crescente o número de celebrações de tratados e convenções internacionais, multiplicando no mundo hodierno as relações entre as ordens jurídicas internas e a ordem jurídica internacional. Daí a importância do conhecimento do direito internacional pelos diversos profissionais do Direito, haja vista a repercussão das questões externas no âmbito de cada Estado, onde os diplomas internacionais, por força de suas promulgações, passam a fazer parte da ordem jurídica interna dos Estados.

Urge, ademais, recuperar o prestígio da disciplina Direito Internacional nos Cursos Jurídicos, hoje relegada injustificavelmente a um segundo plano.

Nesta breve exposição, tencionamos fazer uma análise sucinta e despretensiosa das doutrinas confrontantes sobre as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, bem como do possível conflito entre suas regras, com realce para as posições e soluções adotadas pelo sistema jurídico brasileiro, à luz da nova ordem constitucional e do posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátria, voltando a atenção, em especial, para os instrumentos internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e sua incorporação ao direito interno brasileiro.

II. As relações entre o direito internacional e o direito interno. Teorias confrontantes

A questão da incorporação dos tratados e convenções internacionais no Direito de determinado país continua sendo assunto que ainda gera muita dúvida e polêmica.

O certo é que, não obstante as frequentes celebrações de tratados e convenções internacionais, estes são poucos invocados em nossa comunidade jurídica, ora pelo próprio desconhecimento dos textos aludidos, ora por ignorar-se o alcance de sua força normativa no âmbito do direito interno.

Com efeito, como já se disse, é preciso chamar a atenção para a necessidade de recuperar o prestígio do direito internacional nos bancos acadêmicos, a fim de que as normas internacionais, principalmente as pertinentes aos Direitos Humanos, possam ser efetivamente conhecidas e aplicadas.

De princípio, cumpre-nos examinar se os tratados ou convenções internacionais formam um ordenamento jurídico autônomo, distinto, ou se os mesmos se incorporam à ordem jurídica interna.

Como se sabe, a discussão sobre a matéria é antiga, emergindo dela duas teorias clássicas: de um lado, os dualistas; de outro, os monistas. Os primeiros, tendo como principais arautos TRIEPEL e ANZILOTTI, sustentam a independência do direito internacional frente ao direito interno. Afirmam tratar-se de ordens jurídicas diferentes a regularem relações distintas, não podendo, por consequência, haver conflito entre suas normas, já que não é possível uma norma ser simultaneamente obrigatória em ambas as ordens jurídicas.

Os segundos, que têm como precursor HANS KELSEN, dividem-se em duas correntes: uma sustenta a existência de uma ordem, composta de regras internacionais e internas, sob o primado do direito internacional; e a outra defende a primazia do direito nacional, argumentando ser uma faculdade do Estado soberano a adoção de regras de direito internacional.

No fundo, o cerne dessa discussão é saber se os tratados ou convenções internacionais têm força vinculante para os Estados signatários e seus súditos, ou se, ao contrário, servem tão-somente de recomendação para que os Estados soberanos legislem sobre a matéria de que tratam os diplomas internacionais, e só então é que as normas de direito internacional se incorporam ao direito interno.

Atualmente, não se discute a força normativa dos tratados e convenções internacionais em relação aos Estados pactuantes e seus súditos. Encontra-se de todo superada a teoria de que as regras internacionais são meramente decorativas ou orientativas em relação ao direito interno; ao revés, têm elas força cogente para o direito nacional, a partir do momento em que são inseridas no ordenamento jurídico de determinado país. O que se há de questionar é se sua vigência se dá de modo automático ou se é necessária a adoção de certas formalidades.

Aqui, mais uma vez, surge a polêmica entre monistas e dualistas. Os primeiros apregoam que a incorporação das regras internacionais no direito interno se dá automaticamente com a ratificação do tratado; enquanto os segundos

sustentam que tais regras só vigoram internamente caso transformadas em norma jurídica nacional.

No Brasil, adotou-se uma solução mais consentânea com a doutrina dualista, embora sem o radicalismo da exigência de elaboração de lei formal, para que se desse a incorporação do direito internacional no direito interno. Todavia, não se contentou o legislador constituinte com a simples ratificação.

Consoante ensina o Ministro FRANCISCO REZEK, “a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade individualizada de cada um deles é necessária, porém não suficiente”.¹

De fato, é atribuição do Congresso Nacional (art. 49, I da CF) examinar e aprovar o conteúdo do tratado, iniciando pela Câmara e depois pelo Senado. Uma vez aprovado o compromisso nas duas Casas Legislativas, mister se faz formalizar a decisão do Parlamento, o que é feito por Decreto Legislativo expedido pelo Presidente do Senado e publicado no Diário Oficial da União, sendo o texto aprovado em seguida promulgado pelo Presidente da República através de Decreto publicado no órgão oficial, com o texto completo do tratado em anexo. Só então é que o diploma internacional passa a vigorar internamente.

III. O conflito entre a norma internacional e a norma interna

O direito internacional clássico tinha objeto bastante limitado, pois praticamente cuidava de regular as situações de paz e guerra, as relações diplomáticas e a determinação das liberdades de navegação, dentre outras poucas atividades dos Estados.

Hoje, contudo, o que se vê é um alargamento dos temas cuidados nos tratados e convenções internacionais, o que aumenta a possibilidade de eventual conflito entre a norma internacional e o direito interno.

JEAN MICHEL ARRIGHI, examinando o assunto, assevera que no direito internacional clássico era *“poco probable un conflicto entre una norma internacional, reguladora de relaciones entre Estados, y una norma de derecho interno, reguladora de las relaciones entre particulares o entre particulares y el Estado, sometidas éstas a su soberanía exclusiva”*. E conclui: *“Hoy la situación es muy otra. Si bien la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 2º, párrafo 7º, se refiere a los ‘asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados’, las modificaciones sufridas por el orden jurídico internacional los restringen cada día. Asuntos hasta ayer regulados por el derecho interno son hoy, también, objeto de regulación por el derecho internacional. Es claro el caso en materia de derechos humanos, en materia de relaciones laborales, en materia de telecomunicaciones, para sólo citar algunos ejemplos”*.²

Em verdade, ante a amplitude dos temas tratados nos instrumentos internacionais, é muito provável a ocorrência de conflitos entre as regras externas e as normas de direito interno. Então, é preciso definir qual a estatura da norma jurídica internacional no ordenamento nacional.

Não havendo norma internacional que assegure o primado do direito das gentes, tal estatura há de ser definida pela lei fundamental do Estado soberano.

Como afirma REZEK, “dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da Constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder”.³

Respeitada a supremacia da Constituição do Estado, resta buscar a solução para o confronto entre o tratado e as leis infraconstitucionais. Alguns países têm adotado a primazia da norma internacional sobre a norma

interna, como se verifica na França, Grécia, Peru e Holanda; enquanto outros têm consagrado o tratamento paritário entre o tratado e a lei nacional.

A Constituição brasileira, embora não fazendo de modo expresso, deixa clara a adoção do sistema paritário, quando submete os tratados ao controle de constitucionalidade (art. 102, III, b, CF), a exemplo das leis infraconstitucionais.

A jurisprudência brasileira, num primeiro momento, chegou a conceber a primazia do tratado sobre o direito interno infraconstitucional, tendo posteriormente, assentado o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, por maioria, que, ante o conflito do Tratado, com lei posterior, esta é de prevalecer perante a Justiça, ainda que o Estado venha a sofrer, no plano internacional, as conseqüências do descumprimento do Tratado.

IV. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos

No que se refere à proteção internacional dos direitos humanos é preciso que se diga que a proporção que o direito internacional foi se desenvolvendo, sua preocupação com o homem foi aumentando, e o ser humano passou a adquirir, a cada dia, maior relevância no cenário internacional.

Presentemente, a questão de saber se o homem é ou não sujeito de direito na esfera internacional está ultrapassada; negar-lhe personalidade nesse campo seria negar e desvirtuar a existência de uma gama de institutos do direito das gentes.

A propósito, colhe-se a irretocável lição do Prof. CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, verbis: “O direito, seja ele qual for, dirige-se sempre aos homens. O homem é a finalidade última do Direito. Este somente existe para regulamentar a vida entre os homens. Ele é um produto do homem. Ora, não poderia o DI negar ao indivíduo a subjetividade internacional. Negá-la seria desumanizar o DI e transformá-lo em um

conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social. Seria fugir ao fenômeno de socialização que se manifesta em todos os ramos do Direito”.⁴

Com o perpassar dos tempos, foi realmente o homem crescendo de importância na vida internacional, vencendo os obstáculos do passado, o que resultou no reconhecimento de que a proteção dos direitos humanos é algo inerente à própria dignidade da pessoa humana, não se derivando do Estado, não podendo, pois, ficar adstrita ao seu “domínio reservado”.

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, com muita propriedade, leciona que: “o desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensão e indemonstrável ‘competência nacional exclusiva’. Esta última (equiparável ao chamado ‘domínio reservado do Estado’) afigura-se como um reflexo, manifestação ou particularização da própria noção de soberania, inteiramente inadequada ao plano das relações internacionais, porquanto originalmente concebida, tendo em mente o Estado *in abstracto* (e não em suas relações com outros Estados), e, como expressão de um poder interno, de uma supremacia própria de um ordenamento de subordinação claramente distinto do ordenamento internacional, de coordenação e cooperação, em que todos os Estados são, ademais de independentes, juridicamente iguais”.⁵

Realmente, não se pode, nos dias atuais, pretender que a proteção dos direitos humanos recaia tão-somente no campo da jurisdição interna dos Estados, como outrora defendido por certas correntes doutrinárias.

De feito, o que se quer é que as normas internacionais e as normas internas de proteção dos direitos humanos andem sempre de mãos dadas, buscando-se a melhor forma de resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Não devemos, pois, perder-nos no antagonismo da primazia entre a regra internacional e a norma interna, vez que os instrumentos interna-

cionais de proteção aos direitos humanos não se enquadram na moldura dos tratados clássicos, compreendendo restrições e compromissos. Os mecanismos adotados por tais diplomas transcendem aos interesses dos Estados pactuantes, na medida em que dão ênfase a interesses gerais e estabelecem obrigações a serem implementadas de forma coletiva.

Mais uma vez, recorremos às lições do Prof. CANÇADO TRINDADE quando assevera: “No domínio da proteção dos direitos humanos, interagem o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano. A primazia é da pessoa humana”.⁶

Cumprido, portanto, reconhecer a anterioridade dos direitos humanos frente ao direito estatal. Como já tivemos oportunidade de observar alhures, “o indivíduo possui direitos anteriores e superiores aos do Estado, e este deve respeitá-los, porquanto o Estado existe em função do homem, com o fim de realizar suas necessidades, proteger seus direitos sem jamais usurpá-los. Deste modo, os direitos da pessoa humana não podem deixar de ser reconhecidos e respeitados pelo Estado”.⁷

V. Conclusão

À guisa de conclusão, cumpre destacar a identidade de objetivos entre o direito internacional e o direito nacional no que concerne à proteção dos direitos humanos, merecendo destaque a preocupação de evitar-se conflito entre as duas ordens, sempre presente na elaboração dos instrumentos internacionais, podendo ser citada, como exemplo, a adoção do princípio do prévio esgotamento dos recursos internos, o que não deixa de realçar que essa proteção desponta como responsabilidade primeira dos órgãos nacionais. Daí dizer CANÇADO TRINDADE: “não pode restar dúvida de que a implementação internacional dos direitos humanos depende, em última análise, do funcionamento eficaz dos órgãos (de proteção) internos dos Estados”.⁸

Outrossim, merece relevo a adesão do Brasil, ainda que seródia, à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San José de Costa Rica, formalizada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, e a posição feliz do nosso constituinte de 1988, ao consagrar que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos, em que a República Federativa do Brasil é parte, recebem tratamento especial, inserindo-se no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Assim sendo, embora contemos com os instrumentos de proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional, nem por isso estamos seguros da efetivação desses direitos fun-

damentais da pessoa humana, caso não se crie uma cultura dos direitos humanos, em que os órgãos públicos de todos os poderes do estado e os diversos setores da sociedade civil sintam-se corresponsáveis pela concretude da proteção dos direitos humanos, o que não é tarefa fácil num país que não consegue reduzir seus contrastes, permitindo que continuemos a conviver com a vergonha e a humilhação da miséria que atinge a grande maioria dos nossos irmãos.

É preciso, portanto, sonhar com a criação dessa cultura que tanto almejamos, mas é necessário sonharmos todos juntos para que o sonho possa tornar-se realidade, pois, como já disse o poeta do nosso cancioneiro popular, “sonho que se sonha só, é só um sonho que se sonha só. Mas, sonho que se sonha junto é realidade”.

Notas

1. RESEK, J.F. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. Saraiva, 5ª ed., 1995, p. 69.
2. ARRIGHI, Jean Michel. La Solución de Controversias entre Normas Internacionales y Normas Nacionales, in: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Ano XLVII, jan-jun 1994, nº 91/92, p. 40.
3. Op. cit., pp. 103-104.
4. MELLO, Celso d. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 1º vol., Freitas Bastos, 4ª ed., 1974, p. 416.
5. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos e Instrumentos Básicos*. Saraiva, 1991, pp. 3-4.
6. _____ A Evolução da Proteção dos Direitos Humanos e o Papel do Brasil, in: *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*. IIBH, 1992, p. 34.
7. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Paralelismo da Liberdade Individual e da Sociedade Estatal, in: *Rev. do Curso de Direito*. Fortaleza, nº 23, jan-jun 1982, p. 154.
8. Op. cit., p. 531.

X- LA PUESTA EN PELIGRO Y LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD Y LA PERSONALIDAD EN EL PODER JUDICIAL Y EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

APRECIACIÓN GLOBAL DE LOS PROBLEMAS DESDE UN PUNTO DE VISTA EUROPEO

.....

PETER GILLES

Professor de Direito Privado, Direito Processual e Direito Comparado da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Johann Wolfgang Goethe, em Frankfurt.

I. Introducción: complejidad de la materia y restricción del tópico

A partir de una observación del amplio rango de aquellos intereses fundamentales del estado mismo, del público en general o de grupos especiales de la sociedad, del mundo de los negocios o de ciertas ramas comerciales o de la menos de las simples personas privadas, debe ser subrayado de antemano que el interés fundamental de un individuo es que su privacidad o su personalidad no sean consideradas como una mera luz de popa sino más bien como un faro que oriente en la escala de los mencionados objetos que han de ser protegidos.

1. Actualidad y dimensión del tema

Entonces es valioso mencionar con antelación que el tópico de la protección de la privacidad y de la personalidad en el Poder Judicial y en los procedimientos judiciales teóricamente, prácticamente y políticamente contiene

al menos tantos problemas como tópicos tales como la protección de la seguridad del estado o

del bienestar público, de los secretos de los negocios o de los intereses del consumidor, y también su actualidad no es, de ninguna manera, inferior a aquéllos. Temas clave y eslogans tales como los casos de violación en la era de la liberación femenina y de la igualdad de trato para los sexos, exámenes médicos obligatorios en la era del SIDA o la aplicación de aparatos de escucha en la era de la alta tecnología podrían ilustrar cuán actual es el tema aquí discutido. Aún más, éste tiene una inmensa dimensión en tanto y en cuanto implica un sujeto de protección de los intereses privados frente a posibles violaciones provenientes de la justicia estatal, de los procedimientos judiciales o por la conducta práctica de los jueces, un sujeto de protección que a su vez está conectado con los debates alrededor del mundo para la búsqueda de mayor humanidad en el derecho y en la justicia así como también con

los movimientos nacionales e internacionales preocupados por la protección de la dignidad humana o por los derechos humanos y constitucionales; y con una gran cantidad de impulsos fuera de la creciente discusión acerca de los derechos de cada uno a que se respete la propia personalidad, individualidad, privacidad o intimidad; y esto sin contar otros derechos como los que se derivan del campo de la protección de datos.

2. Multiplicidad y diversidad del tema

Además el tópico es, en sí mismo, extremadamente complejo por las siguientes razones: Primero que todo, las palabras “privacidad” o “personalidad” son usadas por todas partes pero no han sido precisadas en ningún lugar. Esto significa que el objeto de protección es difícil de comprender y por ello dar una respuesta a la pregunta de en cuáles casos la privacidad o la personalidad de un individuo ha sido tocada, seriamente dañada o realmente violada por algunas medidas de la administración de justicia es algo difícil de conseguir. Esto es también cierto aún si describimos el objeto a ser protegido como el derecho del individuo a ser respetado en su propia dignidad, como el área “intocable” de la vida matrimonial, familiar y sexual de cada uno, como el centro de espíritu, de la emoción y del alma, como la vergüenza y el honor, como la libertad de decisión, de creencias, conciencia, convicción o más generalmente como el derecho de todos a no ser molestados y a decidir por nosotros mismos. Y aún esto no ayudará mucho si no intentamos dividir la privacidad y la personalidad en una serie de derechos especiales como el derecho al nombre, a la imagen, a la palabra hablada, a los datos personales o a los secretos privados.

La segunda razón que apunta a sustentar la alta complejidad de nuestro tópico tiene que ser vista desde la perspectiva de los diferentes sistemas nacionales de organización del poder judicial, sistemas que se caracterizan por contar con innumerables posibilidades y circunstancias, no sólo en la estructuración de los procedimientos, sino también en la ejecución de las prácticas forenses, creando esta inmensa diversidad una serie de hipótesis en las cuales es posible

determinar peligros o infracciones a los mencionados objetos que deseamos proteger.

Y en tercer lugar, en cada una de las naciones y en las culturas legales encontramos una amplia variedad de reacciones legales o judiciales o de medios de manejar los mencionados fenómenos y de resolver los problemas involucrados.

3. Necesaria limitación del tema

Tal multiplicidad y complejidad de la materia hace que las simplificaciones radicales y las restricciones que de seguido se harán sean inevitables.

En primer término no intentaré describir el fenómeno real de la privacidad y la personalidad en detalle ni tampoco intentaré describirlo del ambiente extremo que le rodea correspondiente a la esfera pública.

En segundo lugar, tales preguntas legales, las cuales tienen un carácter y una importancia supra o transnacional, sólo han de quedar expuestas, ellas surgen por todas partes y sin importar todas las diferencias particulares en las estructuras y en los procedimientos de los sistemas judiciales nacionales.

En tercer lugar, en lo que se refiere a los aspectos comparativos o internacionales de nuestro tópico restringiré mis comentarios a las situaciones legales o solamente a algunas reglas específicas en uno u otro país europeo que tenga una naturaleza representativa o ejemplificativa.

En cuarto lugar, la exposición se concentrará sólo en los procedimientos ordinarios, lo que significa que se tratará del procedimiento civil y penal lo que no significa que no habrá similares o aún más agudas infracciones a la privacidad o a la intimidad en otros tipos de procedimientos, como sería en asuntos no contenciosos de custodia o de curatela en la jurisdicción voluntaria.

Quinto: Solo comentaré los procedimientos de toma de decisión de los tribunales civiles y penales, mientras que omitiré referencias de los

procedimientos de ejecución y aplicación, así como también de los procedimientos preliminares aún cuando en ellos los derechos personales y privados son puestos en peligro de una manera especial en los diferentes tipos de antejuicios (o fases preliminares) en el campo de la averiguación de personas privadas o en el campo de la investigación en manos de fiscales y de la policía así como también en los diferentes tipos de procedimientos auxiliares que contienen o implican la utilización de la fuerza pública o de violaciones públicas en contra de las personas tales como penalidades coercitivas, arrestos para poner en ejecución órdenes de los tribunales, multas por desacato a los tribunales, prisión preventiva y asuntos por el estilo.

Y en sexto lugar, trataré de dirigir su atención a los problemas que son sujeto de discusión, en otras palabras, los casos límites, mucho más que a los problemas, donde las violaciones de la personalidad o de la privacidad - por ejemplo en casos de tortura - son o deberían ser completamente obvios y evidentes para todos.

4. Prototipo de un procedimiento legal como punto de partida de la discusión

Observando todas estas limitaciones del tópico, alguien podría preguntarse, si aún queda algo de qué hablar. A quienes se hacen esa pregunta puedo asegurarles que aún queda una masa de preguntas que hacen necesario la sistematización o categorización de estos problemas de alguna manera.

Por esta razón el punto de partida debe ser el prototipo de proceso judicial de toma de decisiones, el cual probablemente podría ser descrito en forma mucho más social que jurídica como un sistema, normalmente público, de interacción entre personas privadas y funcionarios integrados en el ámbito de la justicia en el cual las materias legales son de alguna manera canalizadas, formalizadas y proceduralizadas, donde se produce un sometimiento factual de los participantes oficiales o privados de la demanda legal y un proceso de información recíproca entre los participantes, donde toma lugar una comunicación factual y legal respectivamente, donde los hechos inciertos, negados o replicados

son esclarecidos, explorados o investigados y en donde al menos los resultados del procedimiento, la audiencia y el proceso de decisión son documentados, distribuidos o hasta publicados.

II. Sinopsis de los principales problemas sobre la base de situaciones características de un procedimiento legal típico en caso de materias muy personales o estrictamente privadas

En concordancia con las etapas recién mencionadas o de las situaciones características de un procedimiento legal típico, los problemas de cómo proteger los intereses individuales en los sistemas judiciales y procedimentales se referirán en primer lugar a la justicia en sí misma, o sea, a la pregunta general de la justiciabilidad de ciertas materias legales, luego al procedimiento o las formas exteriores del tratamiento judicial de ciertos casos, además de la sumisión factual, procuración, información o comunicación dentro de un juicio en corte, y luego a las investigaciones o establecimiento de hechos por la corte o al menos a la documentación o publicación de los resultados del procedimiento.

1. Problemas de justiciabilidad

Siguiendo la difícil clasificación de problemas involucrada, el primer problema que surge con la privacidad en este contexto es el de contestar la pregunta fundamental de cuáles casos con un carácter muy personal o privado pueden ser sujeto de un procedimiento legal. Entre nosotros este problema es conocido como la pregunta de "justiciabilidad" o de accionabilidad de ciertas materias legales.

Por ejemplo, el conocimiento o el temor de una posible violación a la privacidad en los procedimientos legales juega un importante papel en muchas discusiones de política legal acerca de la criminalización o no, respectivamente, de

determinados comportamientos desviados en el campo del derecho penal. Lo mismo tiene validez para el sector de derecho civil en lo que se refiere a la pregunta si se ha de considerar demandables ciertas materias con implicaciones muy personales. El pensamiento subyacente es que aquellas materias privadas o personales están más expuestas a ser dañadas al exponerlas al proceso público o aún al darles cualquier protección legal.

En el campo del derecho penal tenemos multitud de ejemplos de esto en el ámbito de los delitos sexuales. Existe por ejemplo la abolición de la responsabilidad penal por adulterio en Italia en el año 1968, abolición que ha sido guiada por el pensamiento de que la investigación y la persecución en este tipo de materias llevaría a una insoportable interferencia en la esfera privada de las relaciones vitales y de pareja. Las mismas consideraciones pueden ser encontradas, mientras tanto, en las discusiones que se han producido a lo largo de toda Europa acerca de la criminalización de la así llamada violación dentro del matrimonio.¹ Los opositores a la creación de tan novedosa provisión penal reclaman que esto implicaría una investigación “detrás de la puerta del dormitorio” y de allí que las cosas más íntimas de la relación de pareja estarían destinadas a ser llevadas a la luz pública.

En lo que se refiere a la pregunta de la justiciabilidad en el derecho civil, pueden observarse una gran cantidad de ejemplos especialmente en el campo del derecho matrimonial y de familia. Las cortes europeas con bastante frecuencia rehúsan acciones legales por interferencia en la relación marital por un tercero y especialmente acciones por daños o por mandamientos permanentes de un esposo contra el otro o contra un tercero, por ejemplo en los casos de adulterio, así como también por demandas legales sustancialmente de defensa basadas en el insulto, la violación de la personalidad o de la comunidad conyugal.²

Otro importante ejemplo es el cambio en la ley de divorcios que ha pasado del principio de la falta al principio del rompimiento del matrimonio que fue llevada a cabo en varios países europeos desde finales de los años setenta.³ De acuerdo a este principio la ruptura del matrimonio se presume a partir de que los esposos hayan llevado

una separación de cuerpos⁴ por un período de tiempo. El objetivo de esta medida legislativa es evitar el llamado “lavado de ropa sucia” frente a los tribunales y la investigación de circunstancias íntimas y personales de los esposos, lo que ha sido el caso por décadas bajo el imperio de la regla de la falta. Ésta es la razón también por la cual algunos sistemas legales se niegan a dar carácter de demandas sustanciales o de conceder derechos subjetivos a ciertas materias civiles, las cuales por ello no pueden ser sujetas de un procedimiento legal público o convertirse en un asunto de interés del poder judicial del todo.

Por otro lado, en el ámbito del derecho civil, se puede encontrar el fenómeno de ciertas demandas sustanciales que están garantizadas pero su accionabilidad es denegada por razones del riesgo de intromisión judicial o procedimental en los intereses privados. Un ejemplo de esto lo constituye las reglas del compromiso que establecen la obligación de los novios de casarse, pero se deniega una acción para proceder al matrimonio a fin de no afectar el ejercicio libre de la voluntad de las partes.⁵ Además en la legislación familiar de Europa se reconoce la obligación mutua de los esposos a la comunidad conyugal, la cual verdaderamente puede ser defendida por una acción. Pero no hay - yo diría: naturalmente - ninguna posibilidad de aplicar en el respectivo juicio una ejecución forzosa estatal.⁶

Permítaseme también mencionar la peculiaridad del derecho civil suizo⁷ y alemán⁸, en donde los estatutos y las opiniones judiciales indican que los adúlteros y otros mediadores comparables de la relación de pareja tienen sustanciales reclamaciones salariales pero ninguna protección judicial por las razones de que la revisión judicial violaría la privacidad de los compañeros mediados si el estipendio es obtenido por cuenta propia.

No es necesario decir que estos ejemplos revelan un claro repudio del principio teórico básico de que las demandas sustanciales y su aplicación procedimental son una forma de unidad inescindible. Esto porque en mi opinión las demandas legítimas no deben ser denegadas sólo por la razón de posibles complicaciones procedimentales. Tampoco sería una solución adecuada al problema denegar totalmente la

protección judicial ya que se produciría por esta vía una severa violación al principio de que todo ciudadano tiene recurso ante un tribunal o acceso a la justicia, el cual es incorporado en muchas constituciones.

En lugar de ello, han de tomarse especiales precauciones procedimentales dentro del sistema judicial o del procedimiento mismo a fin de minimizar o prevenir cualquier interferencia con intereses fundamentales del individuo.

Esto conduce a nuestro segundo rango de problemas, que es la cuestión de cómo debe ser organizado un procedimiento o qué otra forma, fuera del juicio legal, ha de ser escogida con el fin de proteger los derechos individuales en los casos legales con un carácter o naturaleza altamente íntimo y personal.

2. Problema de tratamiento procedimental

El principal aspecto con el que ha de tratarse en este contexto es el principio de audiencia oral que opera en todos los países de Europa occidental.⁹ Este principio es considerado como un importante medio para el control público del poder judicial. El efecto esencial de este principio debe ser visto hoy en día como satisfacción de los intereses públicos de información y control al abrir las puertas del tribunal a los medios de comunicación colectiva.¹⁰

Sin embargo, esta “publicidad de los medios”, como yo la llamaría, intensifica el problema bajo discusión en una extensión considerable, si los detalles de un juicio con un carácter muy personal o algunas veces íntimo son divulgados a través de la radio, la televisión o las revistas, con frecuencia de una manera espectacular y sensacionalista. Las partes, actores y demandados, testigos y otras personas involucradas en la demanda legal tienen, por supuesto, un interés legítimo en el secreto, y este interés es satisfecho en todas partes de Europa Occidental a través de la posibilidad de una total o al menos parcial exclusión del público. Esta exclusión puede ser tanto una obligación legal o puede también ser decretada por la corte, o también puede ser aplicada por las partes.¹¹ Al lado de estas reglas de exclusión para proteger - como los textos lo dicen- “la vida privada”, la

“esfera personal de vida” o la “intimidad de la vida privada” (l’ intimité de la vie privée), existen múltiples disposiciones reglamentarias acerca de la no publicidad o al menos la publicidad restringida del procedimiento especialmente en casos de protección¹² de la familia, los padres y niños¹³, asuntos de institucionalización o casos que se tramitan ante tribunales de menores (juvenile courts).¹⁴ Aún un buen número de estas disposiciones establecen que el interés privado en el secreto que concierne a ciertos hechos tiene que retroceder si existe un poderoso interés público que demande la discusión pública de estos hechos.

En lo que concierne al interés de la publicidad de los medios es necesario mencionar las reglas europeas de procedimientos, las cuales generalmente prohíben (o para un caso particular) las grabaciones de sonido, o las transmisiones radiofónicas o televisivas y aún la toma de fotografías en la sala de juicio.¹⁵ Al menos se le permite al juez restringir estas formas de publicidad de los medios, a fin de garantizar la protección pública de las personas concernidas.¹⁶ En este contexto no se debe olvidar algunas reglas del procedimiento penal que prohíben la lectura de ciertos documentos como registros públicos o certificados médicos.¹⁷

Por otra parte podría ser de algún interés, especialmente en los así llamados “países machistas”, decir que en 1986 la República Federal de Alemania puso en vigor una nueva Ley de Protección a la Víctima. Esta ley fue iniciada tomando en consideración la insoportable circunstancia que se producía en muchos casos en donde se ventilaban asuntos de violación y otros de carácter sexual, juicios sobre los cuales los medios reportaban con frecuencia de una manera desagradable y vergonzosa.¹⁸ Con esta ley se ha diseñado conjuntamente una nueva disposición en la Ley de Alemania de la Judicatura de acuerdo con la cual el público puede ser excluido cuando existan hechos concernientes a la vida personal de la parte, un testigo o una persona que ha sido lesionada por un acto ilegal, o sea, la víctima.¹⁹ La exclusión puede ser puesta en práctica si la discusión pública de los respectivos hechos puedan violar intereses garantizados mediante esta protección, si no existe interés público

preponderante en la discusión pública de esos hechos.

Aunque esta disposición no prevendrá completamente cualquier clase de tratamiento impropio de víctimas de violación durante un proceso legal, ésta ha conducido a un importante cambio de énfasis en la tensa relación entre el interés en la averiguación de la verdad y la protección de la personalidad privada.

En los procedimientos escritos o en aquéllos en donde el procedimiento se lleva a cabo mediante alegatos, las legislaturas nacionales han tomado en cuenta el interés de las partes, dando derecho de inspeccionar los expedientes sólo a aquéllos directamente involucrados en el proceso. Los terceros tendrían acceso al expediente solamente en el caso de que alegaran un interés legítimo²⁰, en otro caso su acceso sería inadmisibles debido a esta prohibición general de acceso dirigida al público. Para el resto, aún existen opiniones bastante distintas, no sólo en el nivel nacional, en lo que se refiere a la inspección de los expedientes, sino que también en el nivel de comparación internacional, principalmente por la insuficiencia de las normas pertinentes. Es por ello que tomo unos pocos ejemplos:

En casos de auxilio legal algunos países rehúsan el derecho al oponente a inspeccionar los expedientes, si los documentos involucrados contienen información acerca de las circunstancias económicas y personales de la persona propuesta.²¹ Muchos países restringen fuertemente el acceso a los expedientes de terceros y aún de autoridades públicas en juicios de divorcio.²² Lo mismo vale especialmente para opiniones médicas y documentos comparables que están sujetos a discreción profesional.²³

En este contexto, permítaseme referirme a los problemas conectados con el envío de expedientes a través de la asistencia administrativa que es requerida para la transmisión de los archivos.²⁴ Este asunto hasta recientemente ha concitado el interés legal bajo el aspecto de la protección de los datos y de la personalidad, desde que ya no es más tolerable que las cortes y otras autoridades públicas, a través de la vía de los canales oficiales, obtenga fácilmente registros criminales y de impuestos o incluso archivos

referidos a asuntos no contenciosos tales como asuntos de guardia y custodia, asuntos de curatela y de institucionalización o incluso archivos de otras autoridades públicas como oficinas de bienestar juvenil, autoridades de bienestar social y otras. En muchos de esos casos aquellos archivos y expedientes no fueron tratados con la suficiente confidencialidad a pesar de que contenían datos extremadamente sensibles e íntimos.²⁵ Una revelación de estos datos ocurre especialmente si los archivos requeridos son usados dentro del alcance de la demanda legal que no está fundamentando una tan estricta protección de la personalidad en su carácter de demanda como si lo hacen los archivos de donde procede. Junto a la posible violación de intereses personales y privados, algunas veces se agrega el riesgo de que los esfuerzos de educar, curar o de realizar los ajustes sociales correspondientes, tomados por otras instituciones públicas, sean puestos en peligro. En la República Federal de Alemania se trata de solucionar estos problemas por medio de la recientemente planteada Ley de Información Judicial.

3. Problemas de sumisión factual y de audiencia en corte

La meta de todo proceso de toma de decisiones es obtener una sentencia correcta basada en hechos verdaderos. Por ello, las reglas del procedimiento han de proveer que los méritos del caso sean procurados de una manera tan apegada a la verdad y a la completez como sea posible. En los procedimientos civiles esta tarea es principalmente llenada por las partes y en alguna extensión por el tribunal mismo, mientras que en el procedimiento penal este trabajo de promover la obtención de la verdad es realizado por las autoridades de la investigación y de la acusación, que es especialmente la fiscalía, pero adicionalmente también la corte y aún el acusado mismo.

Estos procedimientos preliminares realizados por las autoridades públicas, así como también el proceso de toma de decisiones en el tribunal penal son puntos focales de nuestro tópico, porque la eficiencia de un procedimiento penal realmente provoca infracciones a los derechos del acusado y su degradación a un mero objeto del procedimiento en tanto y en cuanto es

usado como un medio de investigación y evidencia. De una parte, se le concede al acusado el derecho de declarar o de rehusarse a brindar evidencia²⁶, y por otra parte, sin embargo, y esto es controversial tanto en el plano nacional como internacional, si en adición a esto el acusado debiera tener el derecho a negar obstinadamente o aún mentir o incluso hacer declaraciones falsas punibles. La opinión dominante sostiene que el acusado no tiene que ser un testigo en su contra y que no hay obligación a la autoincriminación²⁷, el acusado debe ser privilegiado de testificar o de responder. Sin embargo, los tribunales pueden bosquejar conclusiones negativas de tales actitudes.

Además, la mayoría de reglas europeas del proceso penal establecen la obligación del acusado de aparecer en corte y en el juicio en particular.²⁸ El acusado está obligado a ponerse a sí mismo a disposición de la corte a fin de realizar una inspección o de someterse a las medidas tomadas por departamentos de registro, tales como el de fotografía y el de recolección de huellas dactilares. Debe tolerar su sometimiento a una observación psiquiátrica o a un examen médico incluyendo la toma de muestras de sangre.²⁹ Es obvio que estas medidas pueden violar severamente los derechos del acusado a su personalidad si se rehúsa a prestar su consentimiento. Independientemente de esto, las reglas relevantes del procedimiento en los diferentes sistemas legales ni omiten tomar en cuenta la protección de los derechos del acusado o simplemente contienen prescripciones bastante vagas como aquella que sostiene que aquellas medidas no habrán de ejecutarse en el caso de que existan posibles riesgos para la salud. La Ordenanza Procesal Penal Alemana establece en un único caso de una manera totalmente distinta que los exámenes físicos de una mujer, que pueden lesionar el pudor, deberán ser realizados por otra mujer o por un médico y que tales exámenes habrán de ser presenciados por otra mujer o por un pariente.³⁰

Aún más, el acusado habrá de aceptar el secuestro o comiso de artículos personales o incluso de su correo, una vigilancia de sus llamadas telefónicas³¹, una requisita personal o una búsqueda en sus cosas incluyendo una inspección incluso de documentos privados y otras medidas más.³²

En alguna medida, hasta los testigos han de sufrir un detrimento de su personalidad, ya que investigación física sin su consentimiento, si por ejemplo llevan consigo rastros de un delito o si ha de investigarse el origen o la condición de la sangre.³³ Con los testigos los límites legales son mucho más cerrados que con relación al acusado, aunque también presentan suficiente vaguedad. Así es que ha de mencionarse aquí también que la nueva Ley Alemana de Protección a la Víctima, en lo que se refiere a los casos de violación, ha producido una mejora al establecer que las preguntas que se refieran a la esfera personal de la vida o a hechos deshonrosos han de ser preguntadas sólo si es indispensable.³⁴ Además existen reglas de acuerdo con las cuales, en exámenes cruzados, el juez que preside tiene el derecho de prohibir el examen de testigos o expertos por el fiscal o el acusado si ellos hacen un uso impropio de su autoridad examinadora. En adición a ello, el juez puede desaprobar preguntas que “le parezcan inapropiadas o no correspondientes a la materia”.³⁵ En este mismo contexto encontramos la regla que da el derecho a examinar testigos niños y jóvenes sólo al juez que preside debido a razones de la psicología del examen. El juez podría permitir el interrogatorio a otras autoridades públicas si no se constata una desventaja para el bienestar del testigo.³⁶

En algunos otros aspectos, tradicionalmente la protección de testigos y expertos está organizada de un modo que tiene mayor alcance: con el propósito de evitar dilemas morales estas personas son privilegiadas de testificar tanto por razones personales como la de ser parientes cercanos o por razones profesionales, como es el caso de los clérigos, abogados, médicos o periodistas. Estos testigos, aún más, tienen el derecho de rehusarse a brindar evidencia si haciéndolo pudieran colocarse, personalmente, en la persecución penal.³⁷ La última decisión jurisprudencial en el ámbito de la República Federal de Alemania³⁸ que trata de los temas antes mencionados proviene de un Tribunal Regional, de acuerdo con la cual una persona consejera para drogadictos no es privilegiada de testificar aún alegando razones de que la revelación del nombre del drogadicto a las autoridades de la persecución penal podría poner en riesgo una efectiva terapia,

ya que dicha persona consejera ha de testificar en nombre de una efectiva justicia.

En lo que respecta a la confirmación por la vía de juramento, en la mayoría de los casos se provee que la toma del juramento puede ser hecha con o sin la afirmación religiosa. Se permite parcialmente a las personas pertenecientes a otros cultos religiosos a usar su propia fórmula de juramento o incluso no hacer ninguna si el respectivo testigo no quiere hacer ningún juramento por razones de creencias o conciencia.³⁹

Otro medio de protección lo constituye la disposición contenida en la nueva Ley Alemana de Protección de la Víctima, la cual permite remover al acusado del juicio si su permanencia en la sala pudiera ocasionar considerables desventajas para el bienestar de los testigos menores de edad o posible daños a la salud física o mental de otros testigos.⁴⁰

En el proceso civil existen problemas comparables, aunque es primariamente el actor quien tiene la obligación de plantear los hechos mientras que el demandado es libre de entrar a la demanda y hacer cualquier manifestación.

Si alguien sostiene, como yo preferiría, que en los procedimientos civiles a las partes no se les permitiera someter al tribunal lo que deseen sino que tienen el deber legal de alegar con la verdad y en forma completa, entonces ha de decirse que de acuerdo con una opinión legal bastante conocida este deber no ha de ir tan lejos como para obligar a que lo que se somete al tribunal vaya directamente en un deshonor a la parte o aún conducir a una persecución penal.⁴¹

Sin embargo, es más controversial plantear hasta qué punto una parte en una demanda civil está obligada a alegar hechos desventajosos. En mi opinión, esto sólo puede ser afirmado si se lleva adelante el criterio de que demandar la verdad y la justedad en los procedimientos civiles.

Además, existe, dentro de ciertos estrechos límites, el deber de las partes y de terceras personas de tolerar exámenes físicos en los procedimientos civiles también, especialmente exámenes de sangre para la determinación de la paternidad.⁴² En lo que concierne a los privilegios

de testigos y expertos, las reglas del procedimiento civil son similar a las reglas de los juicios penales para proteger los derechos de la personalidad de aquellas personas. Encontramos tales privilegios por razones personales para los novios o parientes cercanos, clérigos, periodistas y personas portadoras de secretos⁴³ y algunas otras por razones factuales⁴⁴ en los casos que un testimonio pudiera causar un directo daño a la propiedad, que pudiera ser deshonoroso para el testigo o llevar a una persecución penal o que la declaración pudiera conllevar la revelación de un secreto de negocios. Lo mismo tienen validez para el derecho de impedir una opinión de un experto.⁴⁵

Se puede concluir que tanto para el proceso penal como para el proceso civil, el descubrimiento de la verdad no tiene lugar a cualquier precio. Esto es cierto no sólo para el hecho de la procuración y la clarificación de circunstancias de hecho, pero aún más para la determinación o investigación de hechos o los procedimientos de producción de la prueba, los cuales quiero discutir seguidamente.

4. Problemas de la averiguación de los hechos y de la investigación

Especialmente en el campo de la investigación de los hechos en el proceso penal se crean una gran cantidad de severos problemas, los cuales se mantienen bajo discusión, porque es realmente inherente al proceso penal la intromisión en la personalidad del acusado. La razón de esto es que las sanciones y otras medidas distintas al castigo, en lo que se refiere al trato con serios delitos, tienen conexión no sólo con el delito penal pero también con el delincuente mismo, ya que la teoría de la readaptación o reajuste social del delincuente obliga a una investigación en la personalidad completa del delincuente. Ello agrega que la clarificación y la averiguación de hechos criminales en la mayoría de juicios es bastante difícil no sólo en el caso de delincuentes peligrosos sino también en vista de las inminentes sanciones penales aún en el caso de delincuentes normales. Así las autoridades de la persecución penal están regularmente forzadas a usar mayor o menor presión en el delincuente a fin de que declare o quizá aún hasta que confiese. De acuerdo a las normas europeas del procedimiento es prohibido, sin embargo, compeler a una

declaración con violación al libre ejercicio de su voluntad.⁴⁶

Por ello, ciertos métodos de exámenes no son permitidos, como, por supuesto, el maltrato, la fatiga, la interferencia física, administración de drogas, el tormento, el engaño, la hipnosis, la amenaza o la promesa de beneficios legales no proveídos. Al lado de esto se prohíben las medidas que pueden perjudicar las facultades del acusado de recordar o su capacidad de comprender. En adición a eso algunos países prohíben las preguntas capciosas, sugestivas, o incluso irrelevantes como por ejemplo preguntas dolorosas acerca de la vida sexual si no hay directa conexión con el delito bajo investigación. Todas esas reglas se aplican también a los testigos y a los expertos.

El uso del detector de mentiras, hasta donde sé, en forma distinta a los Estados Unidos - es estrictamente prohibido en toda Europa - ya que - y esto de acuerdo al Tribunal Constitucional Alemán⁴⁷, tal comprobación hace del acusado un mero apéndice del aparato y lo degrada en su condición de persona.

Al lado de estas restricciones del examen de los acusados y de los testigos en el proceso penal hay una gran cantidad de reglamentaciones y de reducciones acorde con casos fallados en material civil y penal para la toma de evidencias. Ciertas pruebas son inadmisibles y en ciertos casos la evidencia no se toma del todo. Es prohibido por ejemplo hacer archivos o índices de tarjetas (tarjeteros o ficheros) con datos sensibles o documentos médicos tales como reportes de exámenes médicos o hacer materia de evidencia escrita los archivos de una oficina de consultoría en materia de problemas de drogas.⁴⁸ Lo mismo vale para los diarios, cartas de amor, notas privadas u otros archivos privados⁴⁹, mientras que debe ser admisible el uso de archivos de memoria aún concernientes a conversaciones confidenciales de compañeros de negocios. De acuerdo con una reciente decisión de una corte de distrito alemana⁵⁰, también es posible secuestrar ficheros de tarjetas de los pacientes y certificados de seguro de salud en un salón de consulta de un médico si estos documentos son aptos para condenar al médico por fraude aseguradora.

Pero el centro absoluto de nuestros problemas es el debate acerca de la denominada en Estados Unidos teoría del “fruit of the poisonous tree” (fruto del árbol envenenado). Este debate concierne a la pregunta de hasta qué punto las pruebas o los resultados de la evidencia, que han sido obtenidas mediante métodos ilegales, muy especialmente por la infracción de provisiones legales o aún derechos básicos, puede ser usada en el proceso. Esta pregunta es ciertamente la más discutida y controversial dentro del ámbito total de nuestro tópico y las respuestas que han sido dadas por los diferentes sistemas legales son extremadamente diversas. En los Estados Unidos y en Gran Bretaña igual que en la Unión Soviética⁵¹ no existen, como ustedes podrán saber, y esto en forma sorprendente, casi titubeos en utilizar prueba que ha sido ilegalmente obtenida. La investigación de la verdad en el procedimiento legal tiene prioridad aún sobre una intrusión en la esfera íntima de la vida, mientras que los países europeos, con la República Federal de Alemania en una posición de liderazgo, tienen severos escrúpulos contra el uso de tal tipo de evidencias.⁵² Basados en decisiones de las más altas Cortes y aún de Tribunales Constitucionales Federales, los países europeos prohíben el uso de evidencia que ha sido obtenida con violación del secreto de la correspondencia o de las telecomunicaciones y más que nunca el uso de la información que ha sido obtenida por el empleo ilícito de aparatos de vigilancia secreta, por grabaciones secretas de llamadas telefónicas o por grabaciones magnetofónicas secretas.⁵³ Las declaraciones de testigos que van en directa lesión a las disposiciones sobre el secreto o contra el deber de los testigos de guardar secretos podrían también no ser utilizadas. Lo mismo vale para las declaraciones de compañeros de prisión, que han sido canalizadas en la celda del acusado por la policía⁵⁴ o la declaración grabada de un sospechoso quien -inducido por la llamada de un agente encubierto - se incrimina a sí mismo.⁵⁵

En lo que concierne a la procuración de evidencia por agentes encubiertos o agentes provocadores las opiniones aún difieren ampliamente.

Para completar la línea de ejemplos permítaseme finalizar mencionando la prohibición de utilizar grabaciones privadas u otros

documentos o fotografías y películas que han sido obtenidas - como en el caso Watergate - por medio de acciones punibles como, por ejemplo, por robo.

La idea de la protección de la privacidad de las personas concernidas y la salvaguardia de la simplemente intocable esfera de la organización de la vida privada.⁵⁶ Sin embargo, esta idea es con frecuencia relativizada si casos de la más alta criminalidad, como el terrorismo, el homicidio, el espionaje, el chantaje o exacción por medio de amenazas están concernidos. En estos casos una eficiente persecución penal en interés del público es considerada tan importante que puede legitimar aún el uso de prueba ilegítima. Sólo recientemente el Tribunal Federal Alemán⁵⁷ declaró que archivos similares a un diario de un acusado, que contenían la descripción de sus problemas de contacto hacia las mujeres, eran evidencia inadmisibles para condenarlo de haber asesinado dolosamente a una mujer con una herramienta punzo-cortante mientras ella tomaba un baño de sol en una pradera remota.

5. Problemas de documentación y publicación

Finalmente, quisiera hacer mención de las posibles infracciones a intereses fundamentales en los procedimientos legales mediante la documentación o publicación de los resultados de los exámenes, audiencias de juicio, recepción de evidencia o juzgamientos. En este campo el punto de interés fundamental podría ser la general publicidad del pronunciamiento de un juicio y la regla de acuerdo con la cual una exclusión del público es admisible al menos en relación con el pronunciamiento de las razones para la decisión en el pronunciamiento, de la cual ha sido el público excluido por el juicio mismo.

Otras previsiones con relevancia para nuestro tema son aquellas que establecen que ejecutorias o copias regulares de la decisión no han de ser entregadas a terceros sino exclusivamente a las personas directamente concernidas.⁵⁸ La Corte Europea de Derechos Humanos⁵⁹, sin embargo, mediante una interpretación extensiva del principio de publicidad, enfatiza que a toda persona ha de permitírsele inspeccionar las decisiones de los tribunales o de recibir una copia en tanto y en cuanto el juicio haya sido abierto al público.

Para el resto, una amplia práctica legal europea demanda un interés legal en la persona que desea una copia de la decisión, lo que es por supuesto permitido a los abogados e investigadores jurídicos, pero no fácilmente para las personas privadas interesadas en la sentencia. Algunos países usualmente anonimizan las copias, especialmente tachando los nombres.⁶⁰

Se puede establecer un descuido de tratamiento de la protección de la personalidad en lo que concierne a la noticia que puede ser dada al mostrar los documentos del expediente en el despacho judicial. Sólo en casos matrimoniales, de padres e hijos hay una restricción para que sólo un extracto del documento sea presentado.⁶¹ En la práctica, sin embargo, las oficinas del despacho, por razones de simplificación y algunas veces hasta de descuido presentan peticiones de divorcio o solicitudes de custodia incluyendo la declaración total de las razones.⁶²

Otro rango de problemas consiste en la práctica de comunicar las decisiones a los medios de comunicación colectiva a través de la oficina de relaciones públicas e información de la corte o tribunal. Lo mismo vale para la publicación de decisiones en colecciones oficiales o en revistas especializadas. Como es usual hay una controversia acerca de esto en la que no me detendré. Déjenme sólo mencionar que la República Federal de Alemania y Austria insisten en una estricta anonimidad de las decisiones removiendo los nombres no sólo de las partes sino también de los testigos, pero también de los jueces y funcionarios del despacho. Suiza y Francia, por otra parte, no tienen tantas objeciones en lo que se refiere a la inclusión de los nombres de las personas involucradas en el proceso. Sin embargo, hay una significativa diferencia entre la situación legal en Europa como un todo y los Estados Unidos o Gran Bretaña, donde las decisiones son publicadas con el nombre completo de las personas concernidas excepto en algunos pocos casos con una alta clasificación de seguridad.⁶³

III. Sumario y perspectiva

Esto finalmente totaliza la enumeración de problemas con intereses individuales en la maquinaria de la justicia. Como mi contribución se concentra en la especificación de los problemas, todos los mencionados aspectos del tópico no pueden ser resumidos. En su lugar, una consideración detallada de los problemas bajo los aspectos de derecho comparado han quedado muy reducidos en este artículo. No obstante, este mero vistazo puede haber logrado su objetivo si ha tenido éxito en afinar la conciencia sobre los problemas en relación con la protección de la personalidad en el contexto judicial y procedimental y en relación a los numerosos fenómenos del permanente conflicto entre el funcionamiento de la judicatura y los intereses de una persona individual concernida en dicho funcionamiento.

Notas

1. § 172 Strafgesetzbuch (Alemania) derogado por la 1. Strafrechtsänderungsgesetz de 1969.
2. Por ejemplo, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) vol. 6, p. 360; vol. 23, p. 215; Bundesgerichtshof (BGH), Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ), 1973, p. 295.
3. Por ejemplo, § 1565 Bürgerliches Gesetzbuch (Alemania) tal y como fue modificada por la Erstes Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts 14.06.76.
4. Hemos preferido la expresión “separación de cuerpos” - mucho mejor conocida y comprendida en nuestra cultura legal, que incorporar la traducción casi-literal “llevar un divorcio de mesa y cama” de la expresión inglesa “to carry a divorce from board and bed” que aparece en el texto original. Nota de los traductores.
5. Ver, por ejemplo, el § 1297 del Bürgerliches Gesetzbuch (Alemania).
6. Ver, por ejemplo, el § 1353 del Bürgerliches Gesetzbuch; § 888 Abs. 2 Zivilprozeßordnung (Alemania).
7. Art. 416 Obligationenrecht (Suiza).
8. § 656 Bürgerliches Gesetzbuch (Alemania).
9. Ver, por ejemplo, el art. 6° de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), § 169 Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania), § 171 Zivilprozeßordnung, § 228 Strafprozeßordnung (Austria); Art. 423 Codice di procedura penale (Italia), Art. 114 Zivilprozeßordnung (Grecia), Art. 525, 783 Code procédure civile (Francia), Art. 24 Zivilprozeßordnung (Suiza); §§ 43 Zivilprozeßordnung, 211 Strafprozeßordnung (antigua República Democrática de Alemania).
10. Ver Kleinknecht, en: Festschrift für Erich Schmidt-Leichner, 1977, p. 112.
11. Por ejemplo, el Art. 6° Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, §§ 171 b, 172 Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania), Art. 434 Abs. 2, Art. 423 Abs. 2 Codice di procedura penale (Italia), Art. 525 b Code procédure civile (Francia), § 135 Abs. 3 Gerichtsverfassungsgesetz (Zürich, Suiza): § 43 Abs. 1 Zivilprozeßordnung (antigua República Democrática de Alemania).
12. Por ejemplo, el § 171 Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania).
13. Por ejemplo, el § 48 Jugendgerichtsgesetz (Alemania), § 172 Abs. 2 Zivilprozeßordnung (Austria), § 44 Abs. 1 Zivilprozeßordnung (antigua República Democrática de Alemania).
14. Verbigracia: § 48 Jugendgerichtsgesetz (Alemania), § 172 Abs. 2 Zivilprozeßordnung (Austria), § 44 Abs. 1 Zivilprozeßordnung (antigua República Democrática de Alemania).
15. Por ejemplo, el § 169 S. 2 Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania), § 135 Abs. 1 Gerichtsverfassungsgesetz (Zürich, Suiza); Art. 6° Abs. 1 S. 2 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
16. Por ejemplo, en Italia, ver Solheid, Die Gerichtsfentlichkeit im italienischen Verfahren, 1984, p. 124.
17. Verbigracia: § 256 Strafprozeßordnung (Alemania).

18. Ver Böttcher, Deutsche Richterzeitung (DRiZ), 1984, p. 17; Rieß/Hilger, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ), 1987, p. 145 (p. 149); Schünemann, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ), 1986, p. 193 (p. 199).
19. Ver § 171 b Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania).
20. Ver, por ejemplo, el § 299 de la Zivilprozeßordnung, § 147 Strafprozeßordnung (Alemania), § 219 Abs. 2 Zivilprozeßordnung (Austria).
21. Ver, por ejemplo, Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1984, p. 740.
22. Ver, por ejemplo, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) vol. 27, p. 344.
23. Ver el Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 2. ed. 1987, § 147 note 21.
24. Ver, por ejemplo, §§ 156, 168 Gerichtsverfassungsgesetz (Alemania).
25. Ver Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (OLG) 1972, p. 360.
26. Ver, por ejemplo, § 136 Strafprozeßordnung (Austria); § 26 Abs. 1 Strafprozeßordnung (Basilea, Suiza); Art. 114 Abs. 1 Code procédure civile (Francia).
27. Ver, por ejemplo, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) vol. 10, p. 9; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Berlín, 1977.
28. Por ejemplo, §§ 231, 236 Strafprozeßordnung (Alemania).
29. Ver, por ejemplo, §§ 81, 81 a, 81 b Strafprozeßordnung (Alemania), § 156 Strafprozeßordnung (Zürich, Suiza).
30. § 81 d Strafprozeßordnung (Alemania).
31. Ver, por ejemplo, §§ 97, 99, 100 a Strafprozeßordnung (Alemania).
32. Por ejemplo, §§ 81, 103 Strafprozeßordnung (Alemania).
33. Ver §§ 81, 103 Strafprozeßordnung (Alemania).
34. Ver § 68 a Strafprozeßordnung (Alemania).
35. Por ejemplo, §§ 239, 249, 241 Strafprozeßordnung (Alemania).
36. Por ejemplo, § 241 a Strafprozeßordnung (Alemania).
37. Por ejemplo, §§ 52, 53, 55, 63, 76 Strafprozeßordnung (Alemania); también así en Italia y Suiza, ver N° 11, Strafprozeßrecht, Zürich 1970.
38. Landgericht (LG) Mainz, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1988, p. 1744.
39. Ver, por ejemplo, §§ 481, 484 Zivilprozeßordnung (Alemania).
40. § 247 Strafprozeßordnung (Alemania).
41. Ver Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ), vol. 145, p. 269.
42. Ver § 372 a Zivilprozeßordnung (Alemania); Art. 378 Zivilprozeßordnung (Grecia).
43. Ver, por ejemplo, § 383 a Zivilprozeßordnung (Alemania); § 323 Zivilprozeßordnung (Austria); Art. 418, 419, Zivilprozeßordnung (Grecia).
44. Por ejemplo, § 384 Zivilprozeßordnung (Alemania).
45. Ver § 408 Zivilprozeßordnung (Alemania).
46. Por ejemplo, el § 136 a Strafprozeßordnung (Alemania), § 106 Strafprozeßordnung (Berna, Suiza), § 79

Strafprozeßordnung (Luzerna, Suiza);
Art. 389 Strafprozeßordnung (España).

47. Ver Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ), 1981, p. 446.
48. Ver Bundesverfassungsgericht (BVerfGE), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1972, p. 1123; Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), vol. 44, p. 353.
49. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), vol. 19, 325, vol. 14, p. 358.
50. Landgericht (LG), Bochum, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1988, p. 1533.
51. Hoy Comunidad de Estados Independientes, la alusión aparece en el texto original ya fue escrita antes de los sucesos que condujeron a la desmembración de la antigua Unión Soviética y su nueva estructuración administrativa. Nota de los Traductores.
52. Ver Swab/Gottwald, en: Effektiver Rechtsschutz und verfassungsgemäße Ordnung, Generalbericht des VII. Internationalen Kongresses für Prozeßrecht in Würzburg, 1983, p. 172.
53. Ver Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), vol. 34, p. 238; Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), vol. 14, p. 358, Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1986, p. 2261.
54. Ver Bundesgerichtshof (BGH), Az. StR 66/86, 28.04.1987.
55. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1983, p. 1570.
56. Ver, por ejemplo, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), vol. 34, p. 283.
57. Bundesgerichtshof (BGH), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1988, p. 1037.
58. Ver, por ejemplo, § 299 Abs. 2 Zivilprozeßordnung (Alemania).
59. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1986, p. 2177.
60. Ver Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Ed. 1985, § 299 note 21.
61. Ver, por ejemplo, §§ 203, 204 Zivilprozeßordnung (Alemania).
62. Ver Finger, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1985, p. 2684.
63. Ver Hirte, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1988, p. 1698.