

**II Seminario Internacional
sobre la Independencia Judicial en
Latinoamérica**

**EQUILIBRIO CONSTITUCIONAL,
INDEPENDENCIA JUDICIAL Y
DERECHOS HUMANOS**

Sao Paulo, 1, 2 y 3 de Abril de 1996



**II Seminario Internacional
sobre la Independencia Judicial
en Latinoamérica**

Sao Paulo, 1, 2 y 3 de Abril de 1996

**II Seminario Internacional
sobre la Independencia Judicial
en Latinoamérica**

**EQUILIBRIO CONSTITUCIONAL,
INDEPENDENCIA JUDICIAL Y
DERECHOS HUMANOS**

Sao Paulo, 1, 2 y 3 de Abril de 1996

Depósito legal: B-36.450-96

Diseño portada: Salvador L. González

Edición: Ediciones Vedrà, S.L.
c/ Córcega, 111-117, 6º, 1ª
08029 Barcelona

Fotocomposición: Pacmer, c/ Alcolea, 106; Barcelona

Impresión y encuadernación: Libergraf, S.L.
c/ Constitución, 19; 08014 Barcelona

Printed in Spain. *Impreso en España*

ÍNDICE

1. Apertura del seminario	1
- Antonio Doñate. Magistrado. «Jueces para la democracia» (ESPAÑA)	1
- Urbano Ruiz. Presidente de «Juizes para a Democracia (BRASIL).	7
2. Ponencias	11
- Independencia del juez y derechos humanos. (Claudio Movilla Alvarez), España	13
- El recurso de Amparo en América Latina. (José Benquis Camhi). Santiago de Chile	33
- Judiciario Brasileiro em face dos direitos humanos. (Dyrceu Aguiar Junior). Brasil	39
- La responsabilidad del juez ante los derechos humanos. (Jorge L. Rosell Senhenn), Venezuela	67
- La Jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos, (Ligia Molina Argüello), Nicaragua	85
- Relaciones entre jueces, abogados, asociaciones, institutos y organizaciones de derechos humanos en América Latina. (Carlos Ernesto Giusti Acuña), Perú	105
- Los derechos humanos del juez en América Latina. (Antonio Suárez Niño), Colombia	117
3. Cuestionario	125
3.1. Preguntas	127
3.2. Respuestas:	
- Bolivia	129
- Chile	133
- Uruguay	137

Índice

- Paraguay	141
- Argentina	173
- Brasil	187
- Colombia	193
- Ecuador	201
- Perú	203
- Venezuela	215
- Guatemala	217
- Honduras	221
- España	225
4. Conclusiones	233
I. El juez como garantía de los derechos humanos	235
II. El recurso de amparo en América Latina	235
III. La responsabilidad del juez ante los derechos humanos	236
IV. Los derechos humanos del juez en América latina	237
V. Relaciones entre jueces, abogados, asociaciones, institutos y organizaciones de derechos humanos en América Latina	237
VI. Justicia militar	237
5. Asociacionismo judicial	239
Acuerdos de São Paulo	241
6. Declaraciones finales	243
6.1. Argentina	245
6.2. Bolivia	247
6.3. Colombia	249
6.4. Ecuador	251

APERTURA DEL SEMINARIO

Antonio Doñate
Jueces para la Democracia (España)

Agradecimiento

En primer lugar mi agradecimiento, en nombre de JUECES para la DEMOCRACIA de España y de MEDEL, a la asociación homónima, y sin embargo hermana, JUIZES para a DEMOCRACIA de Brasil, que ha querido compartir la convocatoria de este nuevo encuentro de jueces latinoamericanos y europeos en tierras del Cono Sur, en esta ciudad industrial, laboriosa y abierta a todas las corrientes de pensamiento como es Sao Paulo.

Gracias también a su Municipalidad que no sólo nos acoge en su ciudad sino que, además, nos presta su propia casa para que podamos debatir los temas y preocupaciones que hoy nos congregan.

Gracias, como no, a las entidades colaboradoras locales «Nossa Caixa-Nosso Banco» y «Revista dos Tribunais» que con su aportación han contribuido a que las condiciones de celebración estén a la altura que todos hemos podido apreciar desde su inicio, sabiamente gestionada, eso sí, por el equipo directivo y técnico de «Juizes para a Democracia».

Gracias asimismo a la Unión Europea, que desde la Dirección General de América Latina (Democracia y Derechos Humanos) y por mediación de su Delegación en Brasil, ha contribuido a hacer posible el desplazamiento de los jueces de Centro y Suramérica hasta Sao Paulo, así como la publicación y distribución posterior de las ponencias, trabajos y conclusiones de este seminario.

Gracias, en fin, a todos vosotros por haber acudido a esta convocatoria desde Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, y desde la, en ocasiones, alejada Europa, representada hoy aquí por compañeros de Alemania, Portugal y España.

Antecedentes

Para algunos ya es conocido, pero parece oportuno decir en este momento que este seminario que hoy comienza, tiene ya su origen en un do-

Apertura

cumento de intenciones suscrito por los representantes de las asociaciones europeas y latinoamericanas que a invitación de «Jueces para la Democracia» (España) asistieron en San Sebastián al III Congreso de esta asociación en Junio de 1989, donde se convino la celebración de un seminario sobre «La independencia Judicial en Latinoamérica», que tuvo lugar en Buenos Aires los días 25 al 27 de marzo de 1991, y cuyas ponencias y conclusiones quedaron recogidas en una obra en cuya portada el pintor ibicenco plasmó con maestría la filosofía que animaba dicho seminario: contribuir con algunos bloques, amasados con rigor, seriedad y científicidad e impregnados por todos sus lados de un deseo ascendente de auténtica paz social, a la construcción de uno de los fundamentos de todo Estado de Derecho. Escribimos, hablamos, intercambiamos experiencias y opiniones y conformamos algunos de estos bloques, aunque como en toda obra humana presenten, como refleja también la obra del artista, algunos lados con mayor claridad o con un mejor acabado que otros, pero abriéndose paso dentro del oscuro y a veces abstruso mundo de la independencia de los jueces.

Acordamos, también allí, seguir reuniéndonos para profundizar en nuestro análisis. Y otro encuentro, propiciado, esta vez, por la federación «Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades (MEDEL)» y nuestra asociación española «Jueces para la Democracia», que se celebró en Barcelona del 17 al 19 de Noviembre de 1994 para debatir el tema «Los Magistrados en los Estados en crisis», que permitió adoptar el acuerdo de realizar un nuevo seminario, en otro país del área latinoamericana, donde poder continuar avanzando en el tema desarrollado en Buenos Aires.

El tema elegido, como ya sabéis es «EQUILIBRIO CONSTITUCIONAL, INDEPENDENCIA JUDICIAL Y DERECHOS HUMANOS».

Objetivos

El objetivo general que nos guió a quienes tuvimos que concretar el tema de debate, fue hablar sí de la independencia judicial, pero dirigiendo esta vez nuestra mirada hacia el ámbito externo donde tal independencia encuentra su principal razón de ser y justificación: los Derechos Humanos.

Vamos a seguir hablando de la problemática de los jueces pero desde el contrapunto de los Derechos Humanos.

Tenemos claro, quienes aquí nos hemos reunido, que la clase de independencia que propugnamos para el Poder Judicial, no es una patente de corso ni un privilegio de casta.

Sabemos, por el contrario, que esta independencia implica servicio y amparo de quienes sienten más la necesidad de que se haga justicia. De ahí que encabezemos nuestros debates con la ponencia «El Juez como garante de los Derechos Humanos» y hablemos a continuación de «El recurso de amparo en América Latina». Es decir, vamos a analizar el porqué de la función de amparo del juez y cómo la lleva o la puede llevar a cabo, pero tam-

bién queremos conocer mejor qué vías tiene el ciudadano para tener acceso a ese juez amparador de sus derechos. Es importante percibir si al reconocimiento formal por la ley se le oponen serios obstáculos que hacen difícilmente utilizable los caminos de acceso a la justicia, o si sus escasas probabilidades de eficacia determina su casi nula utilización. El intercambio en este campo puede sernos a todos, a uno y otro lado del Atlántico, muy enriquecedor.

Hablaremos también de las instancias intermedias entre el ciudadano y el juez. En ocasiones la falta de diálogo, o incluso de desconocimiento, puede hacer más ineficaces los, a veces, angostos resquicios que la ley positiva permite para acceder, primero, y obtener, después, la respuesta judicial correcta y adecuada. Abogados, institutos legales o asesorías jurídicas de asociaciones u organizaciones de Derechos humanos, no encuentran con frecuencia, canales de comunicación con los jueces de su entorno. Cómo deban establecerse estos canales y con qué parámetros, en qué instancias puedan intercambiar puntos de vista, son interrogantes que conviene que nos planteemos si queremos de verdad que nuestras resoluciones supongan un más eficiente amparo del ciudadano. Los jueces no estamos solos. Hay que tomar conciencia de que otras muchas instancias de la sociedad civil están también trabajando en la misma dirección, aunque a veces sus prismas no sean plenamente coincidentes con los nuestros.

Tal vez por ello, también es importante pararnos a pensar sobre el prisma que los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos están utilizando en su función de amparo. No tanto por el concepto de aldea global –en que los medios técnicos nos están obligando a vivir– cuanto por la cada vez mayor conciencia de que hay ámbitos de los derechos humanos que, pese a su aparente carácter local, nos están interpelando a todos, lo cierto es que cada vez van alcanzando mayor predicamento en el ámbito de la justicia nacional las resoluciones que adoptan estos Tribunales Internacionales. Hay que señalar, sin embargo, que queda mucho camino por recorrer, especialmente en un campo tan cercano al juez, como es la privación de libertad y el respeto al debido proceso sin dilaciones indebidas.

Pero también vamos a hablar de la responsabilidad del juez, individual y colectivamente, ante los Derechos Humanos. ¿Qué hacemos?, ¿qué deberíamos hacer?, ¿qué utilización hacemos de los pequeños espacios de maniobra que nos permite una legislación teñida de autoritarismo?, ¿qué riesgos pueden y deben correrse?

De ahí, que también hayamos querido examinar –pues no todo el espacio internacional está sembrado de democracias consolidadas– cómo se amparan/desampan los derechos humanos del Juez. Son varios los países del área donde los jueces pagan con su vida, con su integridad física, con su tranquilidad personal o familiar, o con su estabilidad profesional, el ejercicio de su independencia externa o interna, y ello a manos de supuestos agentes incontrolados.

Y aquí quiero rendir un recuerdo a cuantos jueces dieron ya su vida

Apertura

por su independencia en el ejercicio de su función de amparo, como es el caso del juez mejicano ABRAHAM POLO USCANGA, cuyo cadáver apareció en su despacho el 20 de Junio último con una herida de bala en la nuca, tras denunciar públicamente que había sido presionado por el Presidente de la Corte Suprema por dictar una resolución a favor de unos sindicalistas.

Asociacionismo judicial

Pero a la par, este encuentro es un hito más en el difícil y, por algunos, todavía incomprendido papel que el asociacionismo judicial guarda con la independencia judicial y por tanto, con la respuesta de justicia ante los Derechos Humanos, incluidos los derechos humanos del juez por la vía de la solidaridad activa internacional. Hay cosas que un juez aislado no puede o, incluso, no debe hacer, pero que sí pueden y deben ser hechas o dichas por un colectivo de jueces nacional, regional o internacionalmente intercomunicados.

De Buenos Aires hacia aquí ya se han dado pasos importantes. Primero hemos sido capaces, no sólo de aumentar el número de jueces participantes –de unos 150 hemos pasado a cerca de los 250 en el presente seminario– sino de ampliar el número de los países de procedencia. A los 8 países del área –Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela– hay que añadir otros 7 –Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Uruguay.

Pero además, y no por decirlo en segundo lugar es lo menos importante, han cuajado ya movimientos asociativos nacionales inspirados en las ideas de progreso, democracia y pluralismo que nos mueven a reunirnos desde el documento de intenciones de San Sebastián de 1989.

A lo largo del seminario, y en sesiones paralelas, tal como rezaba la convocatoria, vamos a examinar nuestra respectiva realidad nacional y la viabilidad o no de una asociación o federación regional latinoamericana y su conexión con la asociación europea MEDEL –que este año último ha celebrado el décimo aniversario de su constitución y cuya trayectoria puede servir de contrapunto y experiencia de cómo concebir esta unión regional.

Llegaremos donde todos queramos o podamos llegar. No es a mí a quien corresponde, como es obvio, aunque me quepa el privilegio de haber actuado como uno de los coordinadores de este encuentro, hablar de cada una de las realidades nacionales, pero sí quiero hacer referencia a una experiencia asociativa que cuajó a partir de Buenos Aires.

Si hoy estamos aquí reunidos, no sólo se debe a la cooperación internacional de la Unión Europea, sino de modo esencial a que JUIZES PARA A DEMOCRACIA de Sao Paulo, ha sido capaz de asumir el rol de anfitriona, responsabilizándose de toda la infraestructura del encuentro. Y además lo ha sido, no sólo de una manera eficiente, tal como ya hemos ido comprobando,

sino porque tuvo que tomar su decisión en un tiempo récord, cuando, en el último momento, hubo que descartar Asunción como lugar del seminario.

La lección de capacidad organizativa y autarquía económica que JUIZES PARA A DEMOCRACIA ha dado, es un gran paso adelante en la superación del apadrinamiento inicial que caracterizó los primeros encuentros. Los números ya publicados de su boletín informativo y su revista de debate, y su presencia pública en la sociedad paulista y brasileña –reflejada en esta sala con las personalidades que presiden este acto inaugural– hablan por sí solos de esta realidad en marcha. Y es, a mi modo de ver, un nuevo hito esperanzador de que el movimiento asociativo progresista y democrático en Centro y Sudamérica también es posible.

Nos debemos felicitar por ello y os animo a hacer de este encuentro otro escalón más en ese edificio asociativo en construcción que también hoy nos congrega.

Presupuestos de la plataforma asociativa regional

- Permitir la colaboración entre sus miembros.
- Hacer posible la solidaridad entre los mismos.
- Potenciar la credibilidad de los jueces, reforzando aquellas resoluciones judiciales más comprometidas con la función de amparo de los derechos fundamentales.
- Reivindicar la mejora cualitativa y cuantitativa de los medios personales y materiales de la Administración de justicia y una mayor racionalización de los existentes.
- Hacer de la estabilidad en la función uno de los presupuestos básicos de la independencia judicial, y medio para superar el sistema de «ratificación/depuración» como mecanismo de control político de los jueces.
- Combatir el interesadamente llamado «apoliticismo» de los jueces, confundiendo actuación no partidista con neutralidad.
- Propugnar la democratización de los órganos de gobierno del Poder Judicial y consiguiente separación de las funciones de gobierno de las estrictamente jurisdiccionales.
- Establecer o apoyar plataformas de formación de jueces.
- Promover cursos, seminarios, talleres, etc., que permitan ampliar los horizontes de debate de los jueces.
- Mantener abiertos debates culturales sobre los problemas que afectan a las diferentes realidades nacionales, integrando, poco a poco, un «cuerpo de doctrina» asumible por todos.
- Permitir la puesta en común de recursos personales, a modo de especialistas o expertos a disposición de la sociedad civil.
- Ser capaz de estar presente en el movimiento de reforma procesal del área regional, especialmente en la superación del procedimiento inquisitivo penal, heredado de la vieja y oscurantista Europa.

Apertura

- Propugnar la reducción de límites a la prisión provisional y el control judicial del sistema penitenciario, que, de un lado, reduzcan a parámetros aceptables el porcentaje de internos no sentenciados, y de otro, garanticen un régimen de vida en el interior de los centros penitenciarios respetuosos con los derechos fundamentales no afectados por la privación de libertad.
- Promover un Ministerio Público como órgano de la justicia, con autonomía en relación al Ejecutivo y con estatuto de independencia semejante al de los jueces.
- Reivindicar una auténtica policía judicial, con dependencia funcional y orgánica del órgano de gobierno de los Jueces.
- Reivindicar el asociacionismo judicial –no corporativista– como medio de participación en la vida social, cultural y política del país y como mecanismo eficaz para salvaguardar la independencia judicial.
- Reivindicar la subvención de las asociaciones judiciales –no corporativistas o mutuales– desde los presupuestos del Estado para que puedan cumplir sus fines y objetivos.
- Mantener abierto el intercambio cultural con otras asociaciones nacionales y regionales con fines y organización afines.
- Conseguir un instrumento común de expresión y debate.
- Potenciar proyectos de colaboración bilaterales.
- Promover o potenciar el asociacionismo progresista y democrático en los países del área.
- Promover la creación de una asociación internacional de jueces democráticos y progresistas.
- Arbitrar canales de financiación de los organismos internacionales que no impongan contraprestaciones limitativas de los fines y objetivos de la plataforma asociativa.
- Conseguir el estatuto pertinente en los organismos internacionales como el conseguido por MEDEL ante los europeos.
- Aportar una voz específica de jueces –y por tanto ponderada– a los debates o plataformas internacionales en problemas de alcance regional (total o parcial) latinoamericano.
- Ser una voz crítica en el ámbito internacional, denunciando públicamente las conculcaciones de los Derechos Humanos y apoyando, sin reservas, la exigencia de justicia de los menos favorecidos.

Conformar una plataforma unitaria regional de esta naturaleza no es tarea fácil, pero el objetivo bien merece nuestro esfuerzo.

Muchas gracias.

Urbano Ruiz
Presidente do Conselho Executivo

A Associação Juízes para a Democracia tem o imenso prazer em tê-los presentes neste evento, sobretudo os magistrados que vieram de outros países, e deseja que tenham uma feliz e proveitosa estada em S. Paulo. Também agradece o inestimável apoio da Câmara Municipal de S. Paulo, destacando-se, nesse ponto, a atuação do ilustre vereador Eder Jofre, na cessão deste precioso espaço público. Agradece, ainda, pelos aportes financeiros necessários à realização do congresso, fornecidos pela União Européia e obtidos através dos magistrados daquele continente; à Nossa Caixa Nosso Banco S. A. que igualmente contribuiu e à Editora Revista dos Tribunais que muito nos ajudou. Quero agradecer, ainda, aos vários juízes que dedicaram horas infindáveis à realização deste evento. A todos, em nome da Associação Juízes para a Democracia, nosso agradecimento.

Mas, antes de iniciarmos oficialmente os trabalhos, quero falar um pouco de nossa associação, Juízes para a Democracia e, bem assim, das razões deste evento.

Nem todos os juízes, como ocorre com qualquer categoria profissional, têm a mesma visão do que seja democracia. Nosso movimento não tem a conotação corporativista das tradicionais associações de magistrados. Preocupamo-nos apenas com a criação de um canal ou instrumento de atuação institucional e com a questão do resgate da cidadania do juiz, cujo mais evidente atributo é a participação jurisdicional transformadora da sociedade, num sentido promocional dos direitos solenemente declarados sobretudo na Constituição da República.

A Constituição, com efeito, traça os objetivos fundamentais da república brasileira, pretendendo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades regionais e sociais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação.

Esses princípios, como ensina o Prof. José Afonso da Silva, devem imantar todo o sistema, todo o ordenamento e, dessa forma, nosso movimento quer que o juiz atue, prestigiando esses valores, numa visão transformadora.

Nosso grupo partiu da constatação de que o Judiciário, como os de-

Apertura

mais poderes do Estado, não vem cumprindo satisfatoriamente seu papel. Falta-lhe eficiência e visão crítica para a justa solução dos conflitos. Em razão de deficiência no sistema educacional, inclusive da Escola de Magistratura, nossos juizes são transformados em meros técnicos pela dogmática do positivismo jurídico, como se o papel da magistratura fosse o de simples reprodutor das injustiças do sistema. São, por isso, aplaudidos quando atribuem ao legislador a responsabilidade por eventual decisão injusta, inadequada, adiando os conflitos que, por óbvio, não são por eles resolvidos. O volume de trabalho serve para justificar, ainda, a aplicação de doutrina e da jurisprudência que se repetem mecanicamente, sem lugar para a atividade crítica, criadora. Essa prática, por óbvio, é essencialmente conservadora, por não permitir avanços, por manter as coisas exatamente como estão.

De outra parte, a lentidão, o congestionamento, o altíssimo custo das demandas, desestimulam o ingresso em juízo, impedindo que o Judiciário cumpra o seu papel de produtor da certeza jurídica, resolvendo o conflito, gerando a paz.

Tudo isso, levou esse grupo de magistrados a reunir-se, sem propósitos corporativos, comprometidos apenas com a luta tendente a mudar tal realidade.

Assim foi que, em 13 de maio de 1991, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, na sala de Congregação, à noite, reunimo-nos e fundamos nossa associação. Havíamos estado antes em Buenos Aires, na Argentina, em congresso como este, que nos ajudou muito a organizar o nosso movimento.

Os objetivos básicos de nossa associação, definidos no art. 2.º de nossos estatutos, podem ser resumidos na defesa intransigente dos valores próprios do Estado Democrático de Direito; na defesa abrangente da dignidade da pessoa humana; na democracia interna do Judiciário (na organização e na atuação jurisdicional) e no resgate deste serviço público, que deve ser transparente, permitindo ao cidadão o seu controle.

Mas para que os juizes atuem criticamente, comprometidos com esses valores, é necessário que a cúpula do Judiciário, os respectivos dirigentes, entendam que o juiz, como cidadão, tem liberdade de expressão e por isso, nessa qualidade, deve expressar-se através dos meios de comunicação, sem que seja censurado ou tolhido. Nessa linha foi o editorial de nosso penúltimo jornal, de n.º 6, de dezembro de 1995. Lá, ressaltamos que o Magistrado quando vem a público discutir a impunidade, a violência, a corrupção e a desorganização dos serviços públicos, o faz na qualidade de cidadão, sem que a corregedoria, os órgãos disciplinares, tenham competência para punilo, porque não está praticando atividade atinente ao exercício profissional.

Não se pode, apegado a preceitos da Lei Orgânica da Magistratura, que em muitos pontos colide com a nossa Carta Magna, continuar entendendo que o juiz deve ser apolítico, neutro, distante de sua realidade social, quando tais assertivas não mais têm sentido no momento histórico em que vivemos.

É necessário, pois, ter compromisso com aqueles valores que a nossa Lei Magna prestigia, sem que se tenha, pelo contrário, qualquer vínculo com o atraso, com o passado, com o conservadorismo. Pelo contrário, temos de caminhar e atuar transformadoramente. Se o juiz pensa e tem posição sobre os fatos que acontecem a sua volta, tem todo direito de dizê-lo, sem censura, porque nossa Carta Política garante esse direito à cada cidadão. Não podemos admitir que preceitos infra-constitucionais se sobreponham aos direitos fundamentais consagrados, de forma imutável, no nosso texto constitucional.

Por entendermos que temos liberdade de expressão, procuramos atuar inclusive no processo legislativo, oferecendo projetos de lei, emendas constitucionais ou simples sugestões.

Com esse propósito, pois, foi que nos envolvemos na luta pela extinção de Justiça Militar, apoiando sem reservas o projeto de lei que modifica o código penal militar, restringindo a competência da Justiça Militar Estadual, de modo a diminuir a violência, a criminalidade, a impunidade.

Não se desconhece que, nos momentos atuais, assegurar os direitos, torná-los realidade, é tão ou mais importante que criá-los e por isso a nossa atividade jurisdicional tem de ser aprimorada.

O Judiciário tem de ser transformado num eficiente serviço público e os juízes tem de atuar criticamente, no sentido de garantir os direitos que conduzam à cidadania, à criação de uma sociedade mais solidária e justa.

É preciso que o Judiciário ganhe independência e democratize-se, o que não é fácil num país de tradições autoritárias como o nosso.

Muito obrigado.

PONENCIAS

INDEPENDENCIA DEL JUEZ Y DERECHOS HUMANOS

Claudio Movilla Álvarez
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria
España

I. Hasta la Revolución Francesa la independencia *política* de los jueces no fue objeto de especial atención, ya que con anterioridad a dicho histórico acontecimiento cuando se hablaba de independencia no se quería decir independencia frente al Rey o frente al noble que nombraba y daba órdenes al juez. Éste era una mera herramienta al servicio de su señor. En este sentido MICHELET afirma que en la Edad Media el Rey dice: «La justicia está en mí; yo puedo juzgar o hacer juzgar; ¿por quién?; no importa: por mi teniente, mi criado, mi intendente, mi portero. Privilegio de personas puesto que juzga quien el privilegiado quiere. Privilegio de tiempo: te juzgo a voluntad mía, mañana, dentro de diez años; nunca. Y privilegio de lugar: de 150 leguas y más lejos el Parlamento se trae a cualquier pobre diablo que ha desagradado a su señor».

Como afirma DIETER SIMON, bajo el absolutismo todos los poderes del Estado se encuentran en el monarca, el cual tiene la soberanía judicial o facultad de decir derecho según normas dictadas autónomamente o bien de ignorarlas...; en esta situación la judicatura no podía siquiera imaginarse como independiente, ya que su control y rectificación de sus sentencias han de ser considerados como resultado de ejercicio práctico de la virtud del soberano. En consecuencia los jueces se integran en el campo de los funcionarios, donde, al igual que los soldados (y de forma análoga a éstos en lo que se refiere a organización y derecho disciplinario) se les somete al servicio del Rey.

Con la Revolución Francesa parecen en principio triunfar los órganos judiciales, los órganos naturales para la aplicación del Derecho y que habían sido adalides en la resistencia al Monarca. Sin embargo una vez que las clases sociales que utilizaban las instituciones judiciales como refugio frente al poder lo conquistaron, los Parlamentos no podían sino estorbar sus designios y servir otra vez de reducto de resistencia; como institución eran en sí mismos un peligro para el poder revolucionario, igual que lo habían sido para el poder absoluto del Rey. La Revolución significó un cambio de titularidad en el poder, que pasó a ser ejercido fundamentalmente por la burguesía a través de la institución asamblearia, es decir por medio de le-

yes. La soberanía nacional –nombre nuevo para el poder político– tenía que tomar precauciones con el otro poder, el judicial, que podía hacer efectivas o inútiles esas mismas leyes.

El principio de la independencia que aparece ya proclamado en declaraciones solemnes del siglo XVIII: «Los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben estar separados y ser distintos del poder judicial», establece el artículo 5 de la Constitución de Virginia. «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución», reza el artículo 16 de la Declaración Francesa de 1789. Desde entonces el principio aparece proclamado enfáticamente en todos los Estatutos y Constituciones europeas, pero al margen de la breve experiencia del jurado y de los jueces electivos de la Francia revolucionaria, no pasó de ser poco más que una proclamación ideológica en todo el siglo pasado. A través de diversos mecanismos de carácter legal, el juez pasó a funcionarizarse y hacerse dependiente tanto de las jerarquías internas de la propia carrera como de las exteriores, a través del ministro en todos los aspectos de la relación funcional.

Sólo en la segunda postguerra y, en particular, a partir de los años sesenta, los jueces llegarán a alcanzar, sobre todo en Italia, una sustancial independencia. Cambio éste que en lo que respecta a España sólo se ha producido a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 y normativa orgánica posterior que desarrolla el Título VI que lleva la rúbrica significativa «Del Poder Judicial». El principio ha tenido también reconocimiento expreso en la normativa internacional y así vemos como el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre dice que, «toda persona tiene derecho en plenitud de igualdad a que su causa sea escuchada equitativa y públicamente por un tribunal *independiente e imparcial*», prescripción que se repite en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el 6 del Convenio Europeo.

II. La experiencia nos enseña desgraciadamente que este principio básico del Estado de Derecho, garantía de la seguridad y la libertad, es susceptible de variadas formas de mixtificación y manipulación, en búsqueda de otras finalidades muy diversas a la que es propia de la independencia: la ajenidad del juez a todo interés o sujeción que no sea la imparcialidad en la emisión del juicio, sometiéndose *exclusivamente* a lo que dispone la Ley.

Hay tres modalidades concretas de manipulación conceptual de la independencia que sobresalen por sus perniciosos efectos sobre la deseable normalización de la Administración de Justicia en España y en otros países de la misma órbita cultural.

Una primera mixtificación es aquella que considera la independencia como una prerrogativa de la persona-juez, es decir como un privilegio personal, corporativo, que se le atribuye en razón de su posición estamental. Su principal expresión reside en la reivindicación de un estatuto personal y funcional específico al que se pretende hacer centro del Derecho Judicial.

Una segunda confusión es la de extender la independencia a todo lo relacionado con la función judicial o con el aparato al servicio de la Administración de Justicia, considerando como déficits o recortes en la independencia lo que son deficiencias, por supuesto de exigible corrección, en el servicio público de la justicia.

Una tercera manipulación es tratar de convertir la independencia del juez en una *autonomización del aparato judicial del plan general político del Estado normativizado en la Constitución*, del mismo modo que en épocas –por fortuna superadas– se hablaba de una autonomización de lo militar. Por supuesto que el juez tiene que ser independiente frente al Gobierno y la Administración en el ejercicio de su función jurisdiccional, pero no frente al Estado del que es uno de sus poderes.

En ánimo de clarificación la independencia tampoco debe confundirse con la imparcialidad, aunque es un instrumento de ésta, ya que en tiempos y países en que la independencia no era más que una declaración semántica, por emplear la expresión de Lowenstein, al no darse los mecanismos políticos, jurídicos y culturales que pudieran protegerla, no faltaron jueces que hicieron gala de la más exquisita imparcialidad a pesar de todas las dificultades, como, por desgracia, puede darse la situación contraria. Tampoco puede ni debe identificarse con la neutralidad ideológica o «apoliticismo esencial de la judicatura», puntualización ésta que ya no debería mencionarse a estas alturas de los tiempos, al formar parte de la más elemental cultura, judicial, pero que conviene recordar a la vista de ciertas valoraciones descalificadoras que se hacen de algunas actuaciones del Poder Judicial, retomando la antigua expresión de «politización de la justicia» para trasmutarla con las mismas equívocas intenciones en «judicialización de la política». Menos aún puede tomarse la independencia del juez como separación o ajenidad a la sociedad civil. El juez no es cómodo inquilino de una torre de marfil a la que ni siquiera rozan los problemas y turbaciones de la comunidad. Una concepción del juez que se ha mantenido durante muchos años en razón de su evidente funcionalidad ideológica, configurando el aparato judicial, en opinión de S. SENESE, «como una zona de poder separado de la sociedad pero por desgracia no independiente de quien tenía que serlo».

III. Tres preguntas básicas debemos hacernos en esta búsqueda de una correcta conceptualización de la independencia del juez, cuyas respuestas servirán de contraste de calidad y que son las siguientes: ¿Para qué es o sirve la independencia? ¿Frente a quién se tiene la independencia? ¿Con qué medios o instrumentos se garantiza la independencia?

A) La opción constitucional en España y en otros muchos países por la independencia se justifica en el aseguramiento de la posibilidad de dilucidar el Derecho debatido al margen o por encima de las partes contendientes; en una posición de genuina tercería suprapartes y con la vista puesta

Ponencias

sólo en el interés debatido y en el Derecho aplicado. La independencia es un postulado constitucional que deriva de la exigencia, previa en el orden lógico, de que quienes administran justicia se encuentren sometidos únicamente al imperio de la ley. Con palabras de GUARNIERI, «es la posibilidad de decidir los casos particulares según conciencia y siguiendo, al menos en línea de máxima, las indicaciones que proporciona el sistema normativo».

La independencia en la actualidad comporta apostar por un equilibrio institucional específico, en el que sea posible juzgar sin interferencia alguno de los otros brazos expresivos (órganos) de los poderes del mismo Estado de Derecho y sin perturbaciones debidas a la influencia de presiones extra-procesales de las partes. En suma, la independencia es un principio garantista de proyección funcional que tiende a proteger al juez y a las partes, en orden a preservar su imparcialidad en el curso de su actuación jurisdiccional. Es del mismo modo que sucede con la inmunidad parlamentaria, *una prerrogativa funcional*.

B) La independencia es un *concepto relacional*. Se es independiente sólo y siempre de *algo*, aunque en muchas ocasiones se pervierte el concepto y se pretende ser independiente *contra algo*. De lo único que no puede ser independiente el juez es del *plan político general estructurado en el Estado*, ni tampoco frente al Derecho, al ser aquél precisamente expresión de un *poder jurídico*. Puede tener y lo tiene en muchas ocasiones una función de *contrapoder* frente a otros poderes del Estado, pero es también un *poder del Estado* e incluso puede decirse el *poder par excellence*.

La independencia del Juez debe ser *general* y garantizarse frente a todos a través de los adecuados mecanismos jurídicos y políticos. Esta mediación garantista será diferente según cual sea la individualización de «ese todos» frente al que debe mantenerse la independencia. Como también será muy diversa la eficacia de las medidas según cual sea la condición, institucional o de otra naturaleza, del otro término de la relación y la forma de producirse la inmisión en la independencia. Desde otra perspectiva debemos referirnos a una independencia *externa*, la que se afirma frente a los otros poderes del Estado o las fuerzas económicas, sociales o políticas y las propias partes del proceso y una independencia *interna* frente a los demás órganos jurisdiccionales o de gobierno del Poder Judicial.

1.º *Independencia externa*: a) Frente al poder legislativo ya que una cosa es la sumisión del juez en cuanto producto normativo emanado de las Cámaras Legislativas, (independencia es precisamente sometimiento en exclusiva a la ley: artículo 117.1 de la CE) y otra muy diferente el sometimiento a cualquier otro acto de dicho poder al margen del procedimiento legislativo. Por eso el artículo 76.1 de la CE establece que las conclusiones de las Comisiones de investigación que pueda crear el Congreso o el Senado, «no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales...». La única injerencia que persiste en el sistema político es

pañol es la necesidad de autorización para proceder contra imputados o Senadores, –artículo 71.2–, así como la reserva al Congreso de la iniciativa planteada por la cuarta parte de sus miembros y la aprobación por mayoría absoluta para acusar al Presidente del Gobierno y a los demás miembros de este, por delito de traición o cualquier otro contra la seguridad del Estado.

b) A lo largo del siglo XIX en Europa, la independencia del Poder Judicial se problematiza al mismo tiempo que se va afirmando trabajosamente frente al Ejecutivo. A pesar de solemnes declaraciones de textos constitucionales es evidente que la condición del funcionario del juez, sujeto a un estado muy semejante al de los otros servidores del Estado, permite al Ministerio un efectivo control de aquel en menoscabo de su independencia. Esa es la razón de que la Constitución española haya conferido al Consejo General del Poder Judicial de acuerdo con su artículo 122.2, después desarrollado en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las funciones de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados.

Hay que decir con entera objetividad que en el momento actual, el Ejecutivo no retiene en España ninguna clase de atribución para regular o intervenir en el Estatuto del juez y que la gestión de todas las materias que puedan incluirse en aquel se atribuyen al Consejo General del Poder Judicial, sin que el Ejecutivo pueda a través de su potestad reglamentaria interferirse ni en la actividad jurisdiccional, sometida en exclusiva a la ley sin ninguna otra mediación, ni en la «carrera» funcional de los miembros del Poder Judicial, mecanismo éste que había sido utilizado para mediatizar el principio de la independencia.

No quiero dejar de mencionar una cuestión que puede afectar a la independencia del juez, que consiste en la relación de éste con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, una relación que, como dice P. A. IBAÑEZ tomando aquella afirmación de G. ILLUMINATI de que el proceso penal es un banco de pruebas para la solidez de la institución democrática, «es la mejor indicación de la calidad o falta de calidad democrática de la justicia que se administra en un determinado país y también un índice de la máxima fiabilidad para determinar el nivel o grado de independencia de los jueces en una realidad dada».

El artículo 126 de la CE dejó abierta, en mi entender, la cuestión de la dependencia orgánica de la política Judicial, ya que al decir que depende de los Jueces, Tribunales y del Ministerio Fiscal *en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes en los términos que la ley establece*, está fijando un mínimo en la dependencia que no excluye que ésta se establezca en términos más intensos, en una relación orgánica con las instituciones judiciales o con sus órganos de gobierno. Es necesario en estas materias de indudable importancia un cambio profundo del actual paradigma para conseguir, como señala J. BOIX ROIG, que esa dependencia a que alude el artículo 126 de la CE, no sea limitada por depen-

Ponencias

dencias orgánicas de la clase que sean, debiendo primar en todo caso lo funcional y si existen problemas en la articulación, sobre base de la función constitucional atribuida a la Policía Judicial, debe atenderse siempre a criterios de interpretación que potencien la independencia del Poder Judicial, en razón del valor fundamental que tiene este principio.

c) Frente a la sociedad es preciso que el juez no esté en una relación que determine una vinculación extrasistema con fuerzas o intereses de carácter económico, político, religioso o social que puedan determinar un deterioro de la obligada imparcialidad. A tal fin se establecen en nuestra legislación una serie de incompatibilidades y prohibiciones que al mismo tiempo que pretenden impedir esa vinculación anormal y concreta del juez, intentan también preservar la imagen de aquél y su legitimación social. Hay que resaltar que la regulación de nuestra Ley Orgánica en esta materia, no pretende ni podría impedir toda clase de vinculaciones que pueden ser de lo más variado y sí hacer frente a aquellas que aparecen como más visibles, con mayor incidencia en el ejercicio de la actividad jurisdiccional y más susceptibles de ser eliminadas y corregidas.

En este aspecto de la independencia del juez frente a las fuerzas e intereses sociales, quiero referirme a las relaciones, con frecuencia conflictivas, entre Poder Judicial y opinión pública, en particular la manifestada a través de los «mass media» y su proclividad a incidir en la independencia de los jueces.

En principio, la existencia de un determinado clima de opinión en relación a un caso judicial, esos juicios «sociales» que vienen a significar un anticipo del castigo o la absolución, no tienen que incidir para nada en el ánimo del juzgador ni violentar su independencia y su sometimiento a la ley, ni violar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Pero sería cerrar los ojos a la realidad el negar que la presión de la opinión pública puede influir y distorsionar en cierto modo la decisión del juez. Una influencia de muy difícil constatación y cuantificación al hacer referencia a procesos de formación interna de la voluntad. Un peligro que no es exclusivo de España y que en cierta forma ya fue recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que al referirse a las limitaciones a la libertad de expresión en el artículo 10.2, incluye entre ellas las encaminadas a mantener *la autoridad e imparcialidad del juez*.

Los novedoso del caso español está tal vez en el nuevo rol conferido al juez a partir de la promulgación de la Constitución, en contraste con la cultura judicial de que procedíamos. De un juez confinado en su estricta actividad judicial, en épocas pasadas marginal incluso a las formas más graves de la conflictividad social y política, se ha pasado a un juez que al ampliar el ámbito jurisdiccional ha percibido la importancia social de este y ha asumido, en muchas ocasiones en contra de su voluntad y en las menos con cierta complacencia, un mayor protagonismo ante la sociedad. Como héroe o como villano, la figura del juez ha salido de los estrechos límites de su despacho y se expone a la luz pública a la censura o al halago. Un pro-

tagonismo que se ve aumentado cuando a la instancia judicial se le asigna través de los medios de comunicación, una cierta condición de motor del cambio social o político, función ésta que no es, por supuesto, la que le corresponde ni la que nunca podrá cumplir.

Pero si esta excesiva publicidad no es beneficiosa, también debe rechazarse esa figura del juez reacio a dar cuenta social de sus actuaciones, propenso a cortocircuitar toda forma de relación con los «media» y a sentirse «inquieto o perturbado» en su independencia y a reclamar la intervención del Consejo General cuando se publica cualquier información sobre su actuación o se critica su comportamiento. La independencia del juez no es, no debe ser esa caña tan frágil que puede quebrarse al más mínimo soplo de la opinión pública y la piel de aquel debe tener la suficiente dureza para soportar críticas y censuras por muy acres que sean.

d) Frente a las partes el deterioro de la independencia puede venir del interés que el juez tenga en el objeto del proceso o de la relación con quienes en diversa forma intervienen en aquel, sirviendo de instrumentos para la preservación de la ajenidad los institutos de la abstención y recusación.

2.º *Independencia interna.* a) Frente a los órganos de gobierno del Poder Judicial ya que se si ha privado al Ejecutivo de competencias para transferirlas a otros órganos, es para garantizar su independencia y no, como indica I de OTTO, porque se piense que la intromisión de otros órganos en el quehacer jurisdiccional es más soportable cuando procede de las propias instituciones de gobierno. El desaparecido LUIS MOSQUERA decía en un trabajo publicado en el libro colectivo sobre la Constitución española de 1978 dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA y PREDIERI, algo que suscribo en su totalidad: «La distinción entre *función de gobierno o instrumental* y *función primaria, final o principal* es esencial para poder enfocar debidamente el problema de la independencia institucional del Poder judicial frente al Ejecutivo y la falacia doctrinal del Estado liberal de Derecho consistió precisamente en confundir esos planos, estimando que esa independencia quedaba garantizada, pura y simplemente, mediante la separación de la función judicial de las otras funciones del Estado y considerando, por ende, a la función de gobierno sobre el Poder Judicial como integrante de la función primaria atribuida al Ejecutivo». La paradoja está en que hoy se puede correr el riesgo, en cambio, de suponer que con la separación de la función de gobierno o mejor con la sustracción de ésta al Ejecutivo queda garantizada la independencia del juez. Y es que el sometimiento en exclusiva del juez a la ley, es decir su independencia, se puede ver igualmente perjudicada, cuando la desvinculación del conjunto jerárquico del ordenamiento, se produce por la actuación de los órganos de gobierno o del «superior jerárquico jurisdiccional».

b) Frente a los demás órganos judiciales es también preciso garantizar la independencia, ya que la posibilidad de modificar un órgano «superior» la resolución del «inferior», no le permitiría nunca incidir en el momento jurisdiccional previo en que se adopta la decisión objeto de impugnación,

Ponencias

cualquier que sea el grado jerárquico del inferior. El artículo 12 de la LOPJ lo dice con meridiana claridad al prohibir que «los Jueces y Tribunales corrijan la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial, sino cuando administran justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan, así como dictar instrucciones de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional».

El más humilde juez de paz al administrar declara que el derecho es tan soberano como lo puede ser la más alta Corte de Justicia y al legislador orgánico español no le ha sido ajeno el peligro de que la organización jerárquico-burocrático, que de forma no explícita pero aún latente impregna la Administración de Justicia en España, pudiera interferirse en el momento jurisdiccional y menoscabar la independencia de los jueces. La existencia de estadios jurisdiccionales puede derivar en la plasmación de órganos judiciales superiores o inferiores, *pero no en la mención de Jueces dependientes e independientes, de Jueces subordinados o insubordinados, en razón del órgano en que, en el interior del organigrama judicial residen su actividad jurisdiccional*. Aunque está claro que la posibilidad de interferencia de los resortes jerárquico-burocrático en la actividad jurisdiccional del «inferior» no se producirá de una forma explícita, descarada, sino a través de mecanismos más sutiles e indirectos de control informal, presiones en razón del «prestigio» y el «respeto», utilización de un lenguaje admonitorio en las resoluciones que corrijan la aplicación del Derecho realizada por el «inferior».

La vulneración de esta prohibición puede dar lugar a responsabilidad disciplinaria de carácter muy grave, ya que el artículo 417.4 de la LOPJ considera como tal, «la intromisión, dando órdenes o presiones de cualquier clase de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro Juez o Magistrado». Esto, por supuesto, al margen de que puede existir responsabilidad penal en los comportamientos más agresivos.

C) Es indudable que por muchas proclamas que se hagan de la independencia en los textos constitucionales, esta puede quedarse en un simple «flatus vocis», como ha ocurrido en muchos momentos históricos, si no se arbitran los mecanismos protectores para que la proclamada independencia, sea real y efectiva en una sociedad democrática. Conviene puntualizar que en la actualidad es muy difícil que los posibles ataques a la independencia de los jueces se produzcan de forma clara y manifiesta, a través de cualquier clase de orden, instrucción o imposición, sino que revestirá formas más sutiles oscilantes entre la amenaza y el halago. Y también me atrevo a decir que el origen de los posibles ataques es más fácil que provengan de poderes no institucionales que del Ejecutivo o Legislativo.

1. La injerencia en la independencia del juez puede revestir caracteres tan graves que la hagan merecedora de reproche penal, al incardinarse en al-

guna de las figuras de amenaza, coacción, cohecho o de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, Sección 2ª del Capítulo II del Título II del Código Penal. Por eso el artículo 14.2 de la LOPJ establece que el Ministerio Fiscal, por sí o a petición de los jueces o magistrados que se consideren perturbados en su independencia o del Consejo General del Poder Judicial, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial.

2. Al margen del instrumento penal, el más contundente pero que en realidad ha sido escasamente utilizado, tal vez por las dificultades técnicas de encajar el comportamiento lesivo a la independencia en alguna de las figuras penales indicadas, al Consejo General del Poder Judicial no en forma explícita pero sí implícita, se le encomienda la función de velar por la independencia de jueces y magistrados, tal como resulta del artículo 14.1 al establecer que, *«los jueces y magistrados que se consideren perturbados o inquietados en su independencia lo pondrán en conocimiento del CGPJ, dando cuenta de los hechos al Juzgado o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado»*. Lo que no se explicita es cuáles son las medidas que podría adoptar el Consejo, al margen de instar la acción penal en los casos que esta proceda, que en realidad parecen quedar limitadas a declaraciones de apoyo al Juez inquietado o «perturbado», sin que se pueda decir que hasta el momento esas posibles declaraciones de apoyo o rechazo a los ataques a la independencia hayan sido muy numerosos. Tal vez haya que decir que es el propio juez el mejor garante de su independencia, a través de su diario comportamiento y de su compromiso con la sociedad, pero sin caer en excesos de sensibilidad y respetando la libertad de crítica y censura de la opinión pública, sin que esto signifique una mediatización en la postestad jurisdiccional.

3. La independencia, como señala FERRAJOLI, es un hecho *cultural más que institucional* y por ello la posición de la magistratura como poder independiente, ha tenido que ir madurando a través de un proceso lento, laborioso y no sin discusión. Hoy en España no es juez independiente el que no quiere serlo, y en encuentros y reuniones internacionales he tenido ocasión de comprobar cómo compañeros de otros países, incluso del mundo occidental, se planteaban como aspiraciones en relación a la defensa de su independencia, garantías que en nuestro país están plenamente conseguidas.

Pero esa conquista de la independencia, en general legitimada socialmente, en ocasiones le ha hecho entrar en conflicto con otros poderes institucionales o fácticos, cuando en su función de contrapoder que el pensamiento liberal había previsto, ha tenido que intervenir para corregir comportamientos de aquellos no conformes con el ordenamiento. Por ello ya surgen voces, por el momento minoritarias, que se preguntan si esa independencia tan laboriosamente conquistada, no puede convertirse como sucedió en el Ancien Regimen en instrumento de opresión, al mismo tiem-

po que se esgrime como dato negativo la ausencia de investidura democrática, que hace cuestionable que la institución judicial pueda actuar como instrumento de control de otros poderes, éstos sí legitimados democráticamente. Objeciones que se esgrimen para justificar recortes en la independencia, estableciendo mecanismos de control que reconduzcan la potestad jurisdiccional a sus «justos límites».

En nuestro país, expresiones como «politización de la justicia», «judicialización de la política», «activismo judicial», «guerrillerismo judicial», «jueces estrella», son reveladoras de una actitud de desconfianza hacia la independencia judicial capaz de desestabilizar la armonía del Estado. Se admite a regañadientes esa función de *contrapoder* que el Poder Judicial tiene en el Estado de Derecho, institucionalmente configurada a través del control de legalidad de los actos de la Administración e incluso de la adecuación constitucional de las normas legislativas y se recela de la función de la tutela que tiene de los derechos y libertades de los ciudadanos, cuando tiene que ser ejercida frente a las injerencias que se producen en el interior del propio Estado. Sin que estas misiones deban ser entendidas como actitud de sistemático recelo o desconfianza hacia los poderes del Estado, los más «políticos», de carácter censurable, como dice I. de OTTO, en una situación y si como una asunción del reparto de papeles, de conferimiento de «roles» que dentro de la estructura del Estado se le asigna a los diversos poderes. Actitud de desconfianza que no es nada nuevo, como se puede ver en político tan ilustre e ilustrado como fue MANUEL AZAÑA, a quien le irritaba en grado sumo que se llamara poder judicial a lo que en su entender era simplemente administración de justicia. «¿Independencia del Poder Judicial?», se preguntaba el ilustre político para responderse de inmediato: «Según. Independencia, ¿de qué? Ni el Poder Judicial, ni el Ejecutivo, ni el Legislativo pueden ser independientes del *espíritu público nacional*». Cámbiese esta expresión por la de «razón o razones de Estado» y se estará en presencia de una concepción alicorta y vicaria de lo que es el Poder Judicial en un Estado de Derecho.

IV. Decir *juez independiente* puede incluso aparecer como una redundancia, ya que en el actual desarrollo cultural la nota de independencia es connatural al concepto de juez y que no es sino la otra cara del sometimiento *en exclusiva a la ley* como dice el artículo 117.1 de la CE. Este sometimiento en exclusiva a la ley margina cualquier clase de dependencia con otros poderes en el momento de ejercicio de la función jurisdiccional. Pero ese sometimiento a la ley tiene que ser matizado en cuanto a que nos referimos cuando hablamos de ley y en qué forma debe ser entendida la sujeción, es decir, cuál es el ámbito de control que tiene el juez y la amplitud de éste, teniendo en cuenta el otro término de la vinculación.

A) En cuanto a la primera cuestión la sujeción no hay que referirla únicamente a la ley *en sentido formal o a las normas con rango de ley*, sino

a la totalidad del Ordenamiento Jurídico tal como dispone el artículo 9.1 de la CE, con un término de referencia vinculativo hacia arriba que es la Constitución y otro hacia abajo que son los Reglamentos, siempre que éstos se hayan producido dentro de los cauces y por los procedimientos legales.

Esto significa la exclusión del derecho natural y del derecho judicial; en el Estado democrático de Derecho el juez está sometido al derecho positivo porque así lo exige el principio democrático del que deriva la fuerza vinculante de la ley y del derecho, creados conforme a las premisas constitucionales por los órganos democráticamente legitimados, con exclusión de cualquier otro derecho de distinto origen. Lo cual no significa, como pretendía ingenuamente MONTESQUIEU, que los jueces no sean otra cosa que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, «seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes». En la aplicación del Derecho hay siempre un matiz creativo, *un espacio de discrecionalidad*, ya que como dice KELSEN, «el acto de jurisdicción es un acto creativo de derecho». En esa reserva de un espacio creativo al juez que no puede ser rellenado por el legislador, aquel deberá acudir para completarlo a valores y principios que resultan a la visión sistemática de la totalidad del Ordenamiento, en particular y con mayor relieve de los contenidos en la Constitución, pero que también pueden ser reflejo, como dice el Código Civil, *de la realidad social en un momento determinado*.

B) El juez está sometido a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico como señala el artículo 9.1 de aquella, pero esa vinculación y las posibilidades de valor por la pureza del ordenamiento son diversas según cual sea el polo de referencia de la vinculación.

1. Los artículos 1 y 5.1 de la LOPJ recuerdan para el Poder Judicial lo que establece el artículo 9.1 para todos los poderes del Estado, algo que puede parecer una obviedad pero que sirve para alejar los peligros del positivismo legalista a ultranza. Esta vinculación primaria a la Constitución viene a significar: a) Aplicación inmediata de la norma fundamental cuando el precepto constitucional sea por naturaleza aplicable sin ninguna otra mediación legal; b) Interpretación de la norma legal o reglamentaria de conformidad a la Constitución, excluyendo aquellas aplicaciones que le sean contrarias, como exige el principio de la *interpretación de todo el Ordenamiento de conformidad a la Constitución* y prescribe expresamente el artículo 5.1 de la LOPJ, así como a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. Como señala P. A. IBAÑEZ, «decir hoy ley es cuando menos decir ley más Constitución. Del mismo modo que interpretación es bastante más y algo muy distinto de explicar como el (único) significado contenido en el texto»; c) La vinculación a la Constitución es a la totalidad de la norma básica ya que toda ella tiene fuerza jurídica, como tempranamente se encargó de destacar GARCÍA DE ENTERRIA, sin que pueda establecerse distinción alguna entre normas jurídicas

Ponencias

y normas programáticas, aunque la aplicación por el juez sea diversa según que estemos en presencia de los derechos y libertades contenidos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título Primero o ante los principios rectores de la política social y económica recogidos en el Capítulo II.

2. Hay que resaltar que el sometimiento del juez *al imperio de la ley*, como señala el artículo 117.1 de la Constitución, significa que la primera y directa vinculación del juez es con la ley y que, en razón del principio democrático que sirve de base al Ordenamiento, la propia Constitución limita los efectos que el principio de jerarquía con la supremacía de la norma básica, tendría que producir cuando el juzgador se encuentra con una ley formal que vulnera la Constitución. Por supuesto que el juez está obligado a calibrar la calidad constitucional de la ley, pero lo que no puede es rechazarla por sí mismo, *expulsarla del Ordenamiento*, si llegara a la conclusión seria y fundada de que la ley no es conforme con la Constitución, y si suspender su aplicación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Parece oportuno recordar este sometimiento inmediato y directo del juez a la ley, en razón de lo que llamaría un cierto «filibusterismo constitucional», en este caso pienso que bien aplicado el calificativo, que lleva a algunos jueces a acudir a la Constitución «per saltum», extrayendo de ésta unos supuestos valores o principios, casi siempre muy discutibles y de una gran abstracción y ambigüedad, con desprecio del texto y el espíritu de la ley a la que está sometido de modo inmediato.

3. Diversa es la posición del juez y sus posibilidades de velar por la pureza del Ordenamiento en cuanto a las normas reglamentarias emanadas de la potestad normativa de la Administración y muy diferente a la de los funcionarios administrativos en razón del principio de *jerarquía administrativa* a que están sometidos éstos. El caso del juez es enteramente distinto al no regir para él dicho principio y sí el de *jerarquía normativa*, por lo que el juez debe contrastar el Reglamento con la norma de rango superior y en caso de no conformidad debe rechazarlo por sí mismo, incluso en aquellos casos en que la norma reglamentaria viola otra de igual carácter pero emanada de un órgano de superior jerarquía. La LOPJ lo establece con meridiana claridad en el artículo 6: «los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa». Esta potestad-deber no es sólo de simple inaplicación, de desconocimiento de la norma reglamentaria que infringe la jerarquía normativa, sino que comprende también la de declarar nulos los Reglamentos, ya que en virtud del artículo 106.1 de la CE, «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria», principio constitucional acorde con lo dispuesto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

V. Hoy en día el sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales, la problemática de las garantías constitucionales, se revela

como una de las cuestiones básicas de la teoría general de dichos derechos y libertades y de la esencia propia del Derecho Constitucional.

En un primer momento, el Estado liberal no pareció sentir la necesidad de establecer un determinado sistema de protección de los derechos y libertades fundamentales. Y ello en razón de que la propia configuración de las mismas, desde su inspiración iusnaturalista que las concebía como derechos anteriores a toda organización política, hasta su propio significado como límites absolutos al poder estatal, la existencia de otros mecanismos de protección, como el propio principio de división de poderes y la absoluta separación propugnada entre el Estado y la sociedad, parecían para los planteamientos liberales elementos garantizadores más que suficientes.

El cuestionamiento de los presupuestos del Estado liberal hizo necesario acudir a la figura de las garantías constitucionales con una doble finalidad: por un lado, para asegurar las conquistas revolucionarias conseguidas que, como sabemos, no eran sino las de una determinada clase social, la burguesía; y por otro, para impedir que las nuevas clases emergentes pudieran llegar a transformar de forma radical el propio contenido de los derechos y libertades burgueses. La noción de garantías constitucionales iba a cumplir a la vez la función progresista de mantener las conquistas revolucionarias de la burguesía y una función conservadora impidiendo la ateración radical de esas conquistas en función del logro de otros derechos económicos y sociales.

Esta dicotomía alcanzó su mayor tensión en el período de entreguerras con el advenimiento de las ideologías fascistas y marxista, con su desprecio de las mal llamadas libertades «formales» y su reivindicación de las «reales» que terminaron en sistemas de opresión e indignidad. Pero esta degeneración de «lo real» no debe hacernos olvidar que si para la efectividad y plena vigencia de los derechos humanos y de las libertades individuales, resulta imprescindible un adecuado sistema de garantías jurisdiccionales, resulta también necesario que la existencia de determinados factores de orden social, económico y cultural, no impida o dificulte el ejercicio «real» de aquellos derechos y libertades haciéndolos ilusorios. O sea, como dice el artículo 9.2 de nuestra Constitución, es necesario «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integren, sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

NORBETO BOBBIO ya en el año 1964 nos decía que el problema más grave de nuestro tiempo respecto de los derechos humanos no era el de su *fundamentación* sino el de su *protección*, un problema que no es tanto filosófico como jurídico y en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino

cuál es el modo más seguro de garantizarlos para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.

No cabe duda de que el actual universalismo de los derechos humanos ha sido una lenta conquista que va desde el movimiento de las declaraciones como meras teorías filosóficas; pasa por un segundo momento en que los derechos son reconocidos en la legislación positiva de algunos Estados y ya no son, o no son sólo, la expresión de una noble exigencia sino el punto de partida para la institución de un verdadero sistema de derechos en el sentido estricto de la palabra, esto es, como derechos positivos o efectivos, y una tercera fase que comienza con la Declaración de 1948, en que la afirmación de los derechos se hace a la vez *universal y positiva*: universal en el sentido de que ya no son sólo los destinatarios los ciudadanos de un Estado concreto y sí todos los hombres; y, positiva, en el sentido de que se pone en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serán proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los ha reconocido pero también los ha violado.

Las dificultades con que nos encontramos en cuanto a la protección de los derechos humanos, son unas de *naturaleza jurídico-política* y otras de carácter *sustancial*, es decir atinentes al contenido de aquéllos.

Las dificultades de orden jurídico-político dependen de la propia naturaleza de la comunidad internacional y más precisamente del tipo de relaciones de los Estados entre sí y de cada uno de los Estados y la comunidad internacional en su conjunto, ya que los organismos internacionales y a pesar de todos los esfuerzos que se están haciendo, poseen más bien una *vis directiva* y no *coactiva* respecto de los Estados que los componen. O también, por emplear otra distinción, así como la protección jurídica plena se sirve como instrumento del *poder*, las garantías internacionales tratan de hacerse efectivas a través de la utilización de la *influencia*.

Pero existen además dificultades inherentes al propio contenido de estos derechos, ya que si bien el consenso general acerca de ellos induce a creer que tienen un valor *absoluto* y que se trata de una categoría *homogénea* englobada bajo la expresión derechos humanos, la realidad es que carecen de esas notas de *absolutidad* y *homogeneidad*.

No son absolutos porque los derechos fundamentales en su concreto ejercicio entran o pueden entrar en muchas ocasiones en colisión con otros derechos que los limitan o condicionan. Esto se ve muy claro en la Convención Europea de Derechos Humanos, en la que varios de sus artículos se dividen en dos epígrafes de los que el primero enuncia el derecho que se reconoce y el segundo las restricciones a que está sometido en su ejercicio al tener que coexistir con otros derechos o valores. Las únicas excepciones son el derecho a no ser sometido a esclavitud (artículo 4.1) y el derecho a no ser sometido a prácticas de tortura (artículo 3), los cuales de conformidad al artículo 15.2 del mismo Convenio no pueden ser objeto de ninguna clase de derogaciones.

En cuanto a la heterogeneidad, ésta se deriva de que la categoría de «derechos humanos» no sólo se aplica hoy a los clásicos derechos de resistencia, de libertad frente al Estado, sino que aparecen y se trata también de garantizar los denominados *derechos sociales*. No cabe duda que el punto ideal está en una sociedad en que se realicen conjuntamente los derechos de libertad y los derechos sociales, pero un ideal que es muy difícil alcanzar, ya que en las sociedades reales que tenemos a la vista, el resultado es que en la medida en que son más libres son menos justas y cuando son más justas son menos libres. La efectividad de los derechos sociales no requieren solamente una actitud abstencionista del Estado, sino que exigen unos determinados comportamientos del poder, una labor de procura existencial, unos marcos organizativos en aras de la necesaria eficiencia, lo que puede traducirse en una merma de la libertad. La historia de este siglo que está a punto de finalizar es el relato de las diversas soluciones, no siempre afortunadas y en muchos casos en verdad desgraciadas, en que se establecían prioridades en cuanto a la garantía de unos y otros derechos, así como también la búsqueda de soluciones de síntesis, lo que parece más acertado, en las que huyendo de maximalismos hagan posible conseguir las mayores cotas de libertad con la mayor satisfacción de las necesidades. Algo que en mi opinión sólo será posible manteniendo en el plano político, aunque haya que inyectarles nueva savia, las instituciones de la democracia representativa y en el plano económico la economía de mercado, no por supuesto la propia del liberalismo salvaje y sí la humanizada por los mecanismos correctores del Estado de Bienestar por el que aún no han doblado las campanas.

Pero aún queda otra dificultad que se refiere a las condiciones de ejercicio de los derechos humanos, ya que no todo lo que es deseable y merecedor de ser perseguido es realizable. Para la efectividad de aquellos derechos son precisas *condiciones objetivas que no dependen de la buena voluntad de quienes los proclaman ni de la buena disposición de quienes dirigen los medios para protegerlos*. El problema, los problemas a que se enfrentan hoy los países en vía de desarrollo es el de encontrarse en condiciones económicas tales que, a pesar de los programas ideales, no permiten desarrollar la protección de la mayor parte de los llamados derechos sociales. Estos ya no son problemas filosóficos ni morales, ni siquiera jurídicos. Son problemas cuya solución depende de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tales, desafían a la constitución más avanzada y ponen en crisis incluso los más perfectos mecanismos de garantía jurídica.

VI. Los derechos humanos, como expresión de la dignidad de la persona, no se proclaman solo frente al Estado sino también en las relaciones privadas. No obstante el poder público adquiere respecto de ellos una posición específica de garante, concernido como está en el respeto al ámbito de autonomía del individuo.

La afirmación de un sistema democrático es algo muchos menos ex-

peditivo que la de un sistema totalitario. Siendo, en efecto, la fuerza el atributo más significativo del Estado, resulta obvio que frente a una conducta discordante con los criterios del que gobierna, la aplique éste para afirmar su decisión. El orden democrático tiene que introducir en el funcionamiento del Estado un principio de distorsión consistente en que, al afirmar un campo de derechos individuales, la absoluta autonomía del Estado queda radicalmente limitada.

No cabe duda que el primer criterio de legitimidad del Estado es cómo *garantizar el orden*, tal como ya sostuvo Hobbes. El poder se acepta y se legitima en razón de que evita el desorden y la violencia privada, al pasar a la coacción al ser monopolizado por el Estado.

El segundo criterio de legitimidad ya tiene una base ética: Estado legítimo es el que tiende a garantizar una serie más o menos extensa, de acuerdo con la evolución histórica, de derechos individuales. Aunque hoy la defensa de los derechos y libertades individuales sea un elemento necesario de un orden democrático, el argumento liberal (respecto de esos derechos y libertades) no depende del argumento democrático (voluntad general), ya que el consenso generalizado hace de la dignidad humana un bien superior a la organización política y ahí nacen los derechos humanos reconocidos como axiomas de justificación política.

Otro criterio de legitimidad es el bien común u óptima distribución de bienes y servicios en la comunidad. El problema de su admisión como criterio autónomo de legitimidad surge cuando, colocándose como proyecto político más allá de la mera conservación de la paz social o del marco de las libertades, hay que preguntarse quién, al margen de la voluntad general, tiene legitimidad para programar la óptima redistribución de los bienes y valores, es decir, quién determina el bien común.

Otro criterio de legitimación es el que hace derivar el poder legítimo no de lo que los gobernantes hacen, no de los fines que pretenden, sino de lo que los gobernados quieren. Un pueblo es siempre dueño de cambiar sus leyes, incluso las mejores. En lugar de basar la legitimidad es la razón, bien se considere ésta como una razón utilitaria o en conexión necesaria con la libertad, se sostiene como primordial el principio de la voluntad general. Frente a los otros criterios basados en su bondad intrínseca, el principio democrático a diferencia del liberal que afirma ante todo un ámbito de autonomía de la persona frente al Estado, subordina dicha autonomía individual a los designios de la colectividad: poder legítimo es en definitiva el que los ciudadanos deciden.

VII. La armonización de estos cuatro criterios, –orden, utilidad redistributiva, libertades y derechos individuales y democracia–, es por supuesto tarea del político, pero también en la que tiene mucho que decir el juez, cuando la decisión política se ha plasmado como tiene siempre que hacerse en el Estado de Derecho, en normas jurídicas o actos de poder juridificados. Es evidente que todos esos criterios de legitimación entre los cuales existe

un orden jerárquico, hacen referencia a fines o intereses a gestionar primordialmente por el Estado o a derecho y libertades de las personas.

Por supuesto que en muchas ocasiones la acción política en la elección de uno u otro de esos criterios de legitimación no puede ser objeto de control por el juez, al no existir parámetro que permita su ejercicio. Pero sí puede serlo cuando se violenta el orden sistemático-jerárquico existente entre ellos, incluso cuando la vulneración se produce a través de la voluntad democrática. En particular, a la absoluta primacía del orden entendido como «orden público» al modo hobbesiano, sólo puede llegarse desde el discurso ideológico de Maquiavelo y su recepción en los regímenes totalitarios. El orden bien entendido, no el público sino el democrático, se asienta sobre dos afirmaciones que corresponden al campo de la ética política: la necesidad de que ese orden esté siempre sometido al principio de legalidad y no al desecionismo voluntarista del que manda y la afirmación como «prius» inexcusable de la dignidad de la persona y de un ámbito indisponible incluso para el legislador.

Libertades públicas y redistribución son también dos criterios de legitimación del poder, que traen su causa de los principios de libertad e igualdad y que en el ordenamiento constitucional español tienen su marco normativo en los Capítulos 2.º y 3.º del título I de la norma fundamental. El problema estará en cómo hacer compatibles libertad e igualdad, tratar de evitar, como por desgracia ha ocurrido en las experiencias históricas contemporáneas, que la segunda no asfixie a la primera o, lo que es peor, que la invocación a la igualdad sólo sirva de coartada para encubrir un orden (público) opresor y liberticida.

El respeto a la voluntad popular, es decir, al criterio de legitimidad democrática, es válido, en principio, pero sin asignarle un carácter absoluto y sin beneficio de inventario, ya que supondría dejar vacíos de contenido los otros criterios de legitimación. Al margen de que en razón de los mecanismos de representación parlamentaria y del juego de los partidos políticos y otras fuerzas sociales, la voluntad popular queda en muchos casos desdibujada a través de la actuación de las élites dirigentes y de los pactos y cesiones logradas extramuros de la institución parlamentaria, es indudable que los derechos y libertades públicas se fundan en una *convicción ética superior al juego de la mayoría*, sin que puedan hacerse depender de correlaciones de fuerza coyunturales. El verdadero sentido de la democracia no está tanto en la decisión de las mayorías sino en el respeto a los derechos de las minorías.

Todos los derechos fundamentales y las libertades públicas en alguna forma se postulan frente al Estado. Y esto no sólo para las clásicas libertades individuales que garantizan una zona de inmunidad frente al poder, sino también en los derechos políticos que regulan el ámbito de participación del individuo en el Estado y en los derechos económicos, sociales y culturales, en cuanto significan la pretensión de que aquel intervenga en virtud del principio de promoción de la igualdad. Por ello, la actuación del

juez independiente, sometido solo y en exclusiva al mandato de la ley, incluso pudiendo cuestionar el ajuste constitucional de aquélla y al margen también de las presiones provenientes de otras fuerzas no institucionales, es decisiva para garantizar el respeto real a los derechos fundamentales y las libertades públicas, no en una mera función de suplencia sino como palanca decisiva para el correcto funcionamiento del Estado democrático de Derecho.

VIII. Como ha señalado F. RUBIO LLORENTE, «los jueces ordinarios son en España jueces de la constitucionalidad» y no sólo porque deben inaplicar los Reglamentos contrarios a la Constitución, interpretar las leyes de acuerdo con ella y plantear las cuestiones de inconstitucionalidad, sino además porque el Poder Judicial es «el protector inmediato y eficaz de todos los derechos y muy en particular de los derechos fundamentales».

El juez ordinario es el primer filtro protector de esos derechos, ya que al recurso de amparo que se plantea ante el Tribunal Constitucional, le es aplicable el calificativo de subsidiario al no ser un remedio que pueda ser elegido en lugar de otros, pudiendo sólo utilizarse después de haber agotado todas las posibilidades procesales ordinarias, para impedir o reparar la vulneración de un derecho fundamental. El mismo RUBIO LLORENTE ha señalado que el objeto de la impugnación en el recurso de amparo es siempre –salvo las excepciones que se refieren a los actos no legislativos de las Cámaras y a las violaciones del derecho a la objeción de conciencia–, una decisión judicial previa que, o bien no ha remediado la lesión de un derecho fundamental cometida por el poder público o por los particulares, o lo ha lesionado directamente con su propia actuación, al no respetar las garantías a la tutela judicial efectiva y a un proceso justo que establece el artículo 34 de la Constitución.

El artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permite la interposición del recurso de amparo contra las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, así como a la violación de conciencia, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho de los diversos poderes públicos, *una vez que se haya agotado la vía judicial procedente de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución*. Por su parte el artículo 44 de la misma Ley Orgánica también permite el recurso de amparo que aquellos casos en que la violación sea imputable de modo directo e inmediato a una acción u omisión de un órgano judicial, *siempre que se hayan agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial*. Por su parte, el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es rotunda al establecer en el párrafo primero que «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos», en tanto que el segundo dispone que, «en especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución, (los de la Sección 1.^a del Capítulo II, –derechos fundamen-

tales y libertades públicas, principio de igualdad y objeción de conciencia), se reconocerán en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido». Ello no quiere decir que los llamados principios rectores de la política social y económica no tengan *vinculación jurídica* para todos los poderes y entre ellos para el judicial, ya que al decir el apartado tercero del artículo 53 que informarán la legislación positiva, *la práctica judicial* y la actuación de los poderes públicos, impide considerar a tales principios como normas sin contenido, obligando a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes, tal como ha puesto de relieve la doctrina del Tribunal Constitucional en diversas resoluciones.

Un último dato legal, para poner de relieve la función decisiva de los jueces en la garantía y protección de los derechos fundamentales, es lo dispuesto en el artículo 5.4 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial conforme al cual, «en todos los casos en que, según la Ley, procede recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional; en este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden constitucional».

Vemos, pues, la relevancia del papel del juez en la salvaguarda de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que tienen que estar siempre por encima de «éticas de la responsabilidad» o «razones de Estado» más o menos encubiertas. Esa labor de salvaguarda es también decisiva para evitar que demandas de la opinión pública más o menos espontáneas en defensa de la seguridad pública, que ponen en el punto de mira a los grupos sociales más marginados, y por ello más visibles, para cumplir el papel de «chivos expiatorios», sirvan de excusa para la promulgación de normas o para actuaciones del poder, que vacían de contenido esos derechos y libertades. El poder debe ser inmune a la tentación de utilizar como argumento el hecho de que la sensación de la inseguridad ciudadana esté generalizada o sea mayoritaria, ya que de lo que se trata es de que la coacción estatal se someta a los límites de la defensa de todos los individuos incluidos los presuntos delincuentes.

EL RECURSO DE AMPARO EN AMÉRICA LATINA

José Benquis Cambi
Ministro de Corte de Apelaciones
Santiago de Chile

1. En la Edad Media, durante los siglos XII y XIII, imperaba en Inglaterra un feudalismo altamente centralizado, en el que, entre el rey y su nobleza que monopolizan junto con el alto clero el dominio de las propiedades agrarias del país, no era posible la intromisión de los vasallos.

Los nobles, con su pretensión de aumentar su autonomía y recelando de una monarquía fuerte, con sus continuas rebeliones, constituyeron la principal amenaza para la autoridad real, ejercida a través de un sistema administrativo que tenía su centro en el tribunal del rey.

El rey Enrique II (1154-1189) sustituyó los tribunales señoriales por los reales, con jueces itinerantes y jurados, constituidos según modelos del continente europeo. Centralizó la administración y creó un sistema jurídico que amalgamó armoniosamente el derecho consuetudinario con las disposiciones reales. Sin embargo, cuando intentó extender la jurisdicción estatal hacia el clero chocó con la acción mancomunada de la iglesia y de los barones y tuvo que reconocer (en las Constituciones de Claredon, 1164) los privilegios del clero y otorgar a los nobles el derecho de aconsejar al monarca en la administración del reino y de participar en las sesiones del Consejo Real.

Durante el siglo XIII, la resistencia de los barones al poder real se acentuó. Los monarcas ingleses medievales estaban obligados a observar las leyes y las costumbres de sus reinos, y si éstas eran violadas su gobierno se consideraba una tiranía. Ya en esa época se escuchaban voces predicando que el pueblo tenía el derecho de deponer a los reyes tiránicos.

El rey Juan sin Tierra (1199-1216) gobernaba despóticamente.

Los nobles se sintieron afectados en sus derechos y dirigidos por el obispo Esteban Langton protestaron contra esa política. En 1213 se celebró un consejo de la nobleza de todo el reino en el que se acordó efectuar una asamblea con el fin de redactar una declaración de los derechos de la nobleza. El resultado fue el documento conocido con el nombre de Carta Magna, en el que se consignan no sólo los derechos de los nobles sino también los de todos los componentes del reino de Inglaterra.

El rey Juan, que se había negado a aceptarlo, fue compelido a ellos por los barones y, el 15 de junio de 1215, estampó su sello en la Carta.

Ponencias

La Carta Magna es un extenso documento que enumera muchos derechos de importancia para la época, varios de gran preponderancia política. Tres de ellos mantienen su significación hasta nuestros días.

El primero, establece que todo hombre libre no puede ser privado de la vida o la propiedad sino mediante sentencia judicial, dictada de acuerdo con la ley. En este principio se basa el sistema anglosajón del derecho llamado de Habeas Corpus, que existe en todas las constituciones democráticas. Según él, todo acusado debe ser presentado ante los jueces, con lo que se pone término a las prisiones arbitrarias o ilegales.

El segundo, dispone que la justicia no se debe vender, negar ni demorar. De él surge posteriormente el principio de la independencia del poder judicial, característica del estado moderno.

El tercero, prohíbe la creación de nuevos impuestos sin la aprobación de los nobles. Este postulado sentó las bases históricas del futuro parlamento inglés.

El Habeas Corpus, entonces, es el antecedente histórico de nuestro recurso de amparo.

2. Las sociedades humanas modernas, y en especial la contemporánea –que ha debido afrontar los conflictos bélicos universales y varios locales, de inenarrable salvajismo, acentuados por el perfeccionamiento de los instrumentos de muerte y por el exterminio de ancianos, mujeres y niños no combatientes– han considerado como un valor ético de la mayor relevancia el respeto a la persona y a la dignidad humana. El enorme asenso acerca de la imperiosa necesidad de expresarlo en normas legales ha culminado en su consagración, por una parte, en normas de primer rango nacional, como son las constitucionales, y por otra, en pactos o tratados internacionales regionales y universales que han sido suscritos por buena parte de los gobiernos del mundo. Podríamos asegurar que nuestra época actual se encuentra marcada por la noción jurídica de los Derechos Humanos, con la que se busca la protección de la persona humana ante los actos que la violan o amenazan violarla.

3. De cara a la protección de los Derechos Humanos, que los tribunales de justicia están obligados a otorgar a los solicitantes en cumplimiento del mandato constitucional, cabe inquirir si los sistemas judiciales de los países latinoamericanos y, más que ellos, sus jueces, se comportan eficientemente.

Dicho de otra forma, si el Habeas Corpus, recurso de amparo o, más propiamente, acción de amparo, cumple su propósito de impedir las detenciones ilegales y arbitrarias y es instituto eficaz para garantizar a todos los habitantes de estos países la libertad personal y la seguridad individual. Y ante una respuesta negativa, si su causa es atribuible a insuficiencias propias de la institución o porque era dable esperar otras conductas de los juzgadores.

Como premisa básica se puede asegurar que la eficacia del recurso de amparo está en relación directa con el sistema político imperante. La respuesta es necesariamente diferente según se trate de gobiernos de signo democrático o autoritario. El primero acepta y respeta como esencial regla del juego político el estado de derecho, lo que no acontece con los sistemas autoritarios o dictatoriales.

4. Aunque no es materia directa de este trabajo y con el objeto de no eludir su análisis, pensamos que debemos abrir un paréntesis para hacer un personal examen acerca de la eficacia del recurso de amparo en el último medio siglo en nuestra América morena. Principalmente, recordando hechos recientes, que permanecen en nuestra memoria, trastornando nuestra convivencia, y porque pensamos que debemos sacar lecciones útiles de la historia, porque no dudamos del aforismo de que los fenómenos sociales tienden a repetirse. En este análisis emplearemos principalmente nuestra vivencia y, por consiguiente, usaremos como pivote el caso chileno, teniendo a la vista que lo dicho es igualmente válido en una medida apreciable respecto del resto de los países de la región.

Las realidades históricas y sociales de los distintos países latinoamericanos han estado marcadas por el signo de la semejanza. Prácticamente a todos los habitantes de nuestros países les ha tocado sufrir experiencias bastante parecidas. Aunque muchas veces no coetáneamente.

Intérpretes de los fenómenos histórico políticos acaecidos en esta época señalan la influencia que en su ocurrencia han tenido los gobiernos de los Estados Unidos, especialmente los gobiernos de signo conservador. Postulan que como consecuencia de los periódicos cursos de perfeccionamiento que el Pentágono dictaba a los altos mandos de las fuerzas armadas de los países de América Latina, antes del derrumbe de los socialismos reales europeos, éstos adquirieron la convicción de que un hipotético peligro marxista al servicio de una potencia extra continental se cernía sobre nuestros países a través de la infiltración ideológica, de la guerrilla subversiva o del terrorismo. Nació entonces la doctrina de la Seguridad Nacional, en virtud de la cual se legitimaba la toma del poder a través de golpes de fuerza, ante cualquier demostración, aparente o no, de debilidad o flaqueza para combatir el comunismo interno por parte de los regímenes políticos que habían tenido su origen en procesos electorales democráticos.

No hay que olvidar que propósitos semejantes habían invocado militares españoles para adueñarse del poder, el que consiguieron para sí y la clase económica fuerte por durante casi cuarenta años.

En el área se entronizaron y proliferaron regímenes de fuerza, que desconfiaban de los jueces que encontraron en sus cargos. En algunos casos descabezaron el Poder Judicial para luego nombrar jueces incondicionales o a lo menos complacientes. En otros, una vez que verificaron que los encargados de administrar justicia por la afinidad ideológica con ellos no les

Ponencias

iban a entrabar su labor, los mantuvieron, previa exoneración de aquellos que no les otorgaban las garantías requeridas.

En ese contexto y como herramienta política aplicada a los opositores al régimen imperante, que era respaldado por los sectores poseedores del poder económico, se dieron las masivas detenciones públicas o secretas (secuestros), la aniquilación a través de supuestos enfrentamientos o la lisa desaparición de personas, la expulsión hacia el extranjero y las torturas a los detenidos para arrancarles información.

Mientras eso acontecía, ante los tribunales de justicia se entablaban acciones de amparo en favor de los afectados, las que casi unánimemente no prosperaron.

En un alto grado –se dice por los encargados de vapulearlos– por la afinidad de los jueces con el régimen o porque evitaron enfrentar el riesgo de caer en desgracia ante los gobernantes. No obstante, a pesar de esas críticas, fundadas o no, cabe admitir la absoluta ineficacia de dicho instituto jurídico procesal en esas situaciones límites.

No está sujeto a dudas que en los regímenes políticos de fuerza, que ejercen el poder sin contrapeso, que no aceptan ser fiscalizados, que consideran a quienes se oponen a sus designios como enemigos en una guerra interna no declarada, no existen medios efectivos vinculantes que permitan obtener los antecedentes necesarios para prestar la protección requerida, o que los ofensores cumplan honorablemente las resoluciones judiciales y no las burlen mediante el artificios de negar la existencia de aprehensiones o de impedir la inspección judicial de los recintos de detención.

Pensamos que, en esos casos, la solución del problema de la violación sistemática de los derechos esenciales de las personas pasa por la comunidad internacional, la que a través de los organismos pertinentes, regionales o mundiales, en uso de los diferentes tratados, pactos y convenciones sobre Derechos Humanos, implementes medios expeditos y eficaces para que a través del juzgamiento pronto y oportuno de las responsabilidades políticas, penales y civiles que deriven de esos ilícitos, impida la comisión de ese tipo de atentados.

5. En esta hora, en que la democracia –con variados matices de intensidad– impera en América Latina, no resulta aventurado sostener que, con algunos altibajos, la acción de amparo cumple las finalidades que le son propias.

Sin embargo, creo que es errada la interpretación que ciertos juristas y también algunos jueces hacen de la normativa garantística. Producto de deformaciones introducidas por campañas de prensa sobre seguridad ciudadana, tienden a excluir de la aplicación de dichos preceptos a delinquentes comunes. No miden las consecuencias que esa discriminación, ejercida respecto de uno de los estratos más bajos de la comunidad y, en consecuencia, más desprotegido, produce en el ablandamiento de las conciencias, fenómeno preparatorio del terreno para la comisión de los más graves atentados de los Derechos Humanos.

Toda inversión en la difusión y propagación de los principios doctrinarios y jurídicos que son el sustento de los Derechos Humanos reeditarán, probablemente, en el alejamiento de nuestros horizontes de regímenes de fuerza que son el paradigma de los atentados a las personas o a su dignidad. Los jueces no pueden ser ajenos a este indispensable adoctrinamiento.

Esa es nuestra perspectiva del problema y nuestra conclusión.

O JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior
Juiz criminal em São Paulo e membro da
Associação Juízes para a Democracia

«O único progresso verdadeiro é o progresso moral. O resto é simplesmente ter mais ou menos bens» (José Sarago, na Folha de S. Paulo de 27/01/96)

«Refletindo sobre o tema dos direitos do homem, pareceu-me poder dizer que ele indica um sinal do progresso moral da humanidade» (Norberto Bobbio, respondendo a uma secular indagação de Kant, em *A Era dos Direitos*).

1. Introdução

Norberto Bobbio, em artigo que faz parte de seu formidável *A Era dos Direitos*, afirma que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é o de justificá-los, mas o de protegê-los, ou seja, um problema não filosófico, mas político.¹

Daí não seja caso, nesse novo nível de que falamos –o de instrumentalizar a proteção–, de entrar em considerações sobre as diversas concepções explicativas da natureza dos direitos humanos.²

O conteúdo básico dos direitos fundamentais da pessoa humana e seu caráter universal são realidades hoje assentadas, sobretudo após a conferência da ONU sobre o tema, realizada em Viena, em junho de 1993.³ Uma ordem jurídica que aspire a justiça só pode ser construída com a incorporação daqueles direitos, sistematizados e expandidos a partir da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. Tal incorporação é feita pelo direito interno dos Estados soberanos, basicamente, por proclamações constitucionais e por adesão a pactos internacionais.

O Brasil, além de signatário dos principais pactos internacionais sobre direitos humanos,⁴ articulou um sistema adequado para a proteção destes a partir da Constituição Federal de 1988. Fruto da democratização do país, a Constituição dá como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade de pessoa humana (artigo 1.º, III, da CF), suporte de to-

Ponencias

dos os direitos humanos consagrados (artigos 5.º e 6.º da CF).⁵ Prevê, ademais, que «os direitos e garantias [nela] expressos [...] não excluam outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte» (artigo 5.º § 2.º, da CF). E proclama a «prevalência dos direitos humanos» como um dos princípios reitores das relações internacionais do país (artigo 4.º, II, da CF).

A eficácia das regras emergentes de tal complexo, todavia, depende em muito de sua promoção pelo Estado –através dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário– e de um eficiente sistema internacional de fiscalização, o que freqüentemente é feito com o auxílio de organizações não governamentais.

Convém lembrar que o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente por atos ou omissões do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário que importem em violação dos direitos humanos.

É verdade que o Brasil ainda não reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos nem está sujeito à jurisdição do Comitê dos Direitos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, por não ter aderido ao Protocolo Facultativo que o acompanha nem ter feito a declaração opcional do artigo 41 daquele documento.

Há, entretanto, mecanismos não jurisdicionais de controle de violações, estabelecidos por resoluções da Comissão de Direitos Humanos da ONU, que podem ter por objeto o Brasil, como já ocorreu por meio de *procedimento confidencial* e de *relatório temático*.⁶

No âmbito da OEA, outrossim, a Corte Interamericana entendeu que a Comissão Interamericana é competente para apontar norma de direito interno de um Estado Parte como violadora de obrigações contraídas sob a Convenção Americana, o que possibilita a responsabilização internacional do Estado e a sanção política.⁷ O mesmo se aplica às omissões, segundo o professor Cançado Trindade, que menciona como exemplo o caso do mandado de injunção (artigo 5.º LXXI, da CF), cujo propósito foi estabelecer, para imediata aplicação, uma garantia adicional do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, na ausência de regulamentação legal daqueles, e que, portanto, não poderia ficar condicionado, ele próprio, à existência de lei regulamentadora como decidiu o Supremo Tribunal Federal.⁸

E até mesmo em Estados que não sejam partes na Convenção Americana, as denúncias de violação de direitos humanos consagrados na Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem, de 1948 (dos Estados membros da OEA) podem ser objeto de análise e resolução da Comissão Interamericana e inclusão no informe anual que esta apresenta à Assembléia Geral da Organização.⁹

2. Os pactos de direitos humanos na legislação brasileira

Saliente-se, primeiro, que os pactos que o Brasil ratifica passam a vigorar como lei interna.

Mais que isto, por força do artigo 5.º § 2.º, da Constituição Federal, o rol de direitos e garantias fundamentais daquela é completado pelos previstos nos tratados e convenções internacionais. Conseqüentemente, entre nós, por vontade constitucional, os direitos e garantias fundamentais previstos nas convenções ratificadas pelo Brasil têm *status* de norma constitucional.

Entretanto, as autoridades do Executivo e o próprio Judiciário, por falta de afinidade com a aplicação das normas de Direito Internacional, têm se equivocado com freqüência, em detrimento dos princípios que devem reger as boas relações internacionais.

2.1. O Direito Internacional

Convém notar que no atual estágio de evolução das relações entre os povos é crescente a preocupação com o respeito às regras do Direito Internacional.¹⁰

A medida em que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles restringem sua soberania e isto constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência da relação entre direito interno e Direito Internacional.¹¹ Hoje, a primazia do Direito Internacional é clara e se evidencia «por la regla bien establecida de que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar a las consecuencias de ella».¹²

Os direitos humanos inderrogáveis¹³ foram destacados, na Conferência de Viena de 1993, como de «natureza universal», «indivisíveis» e «interdependentes». Ao assentar que a proteção dos direitos humanos constituem «objetivo prioritário das Nações Unidas» e «preocupação legítima da comunidade internacional» a Conferência reafirmou o dito de Bobbio,¹⁴ de que os sujeitos daqueles não são os Estados ou os cidadãos de algum Estado, mas todos os homens, como verdadeiros «cidadãos do mundo». Por isto mesmo, no dizer de J. A. Lindgren Alves, «os direitos humanos não são mais matéria de exclusiva competência das jurisdições nacionais» e «sua observância é exigência universal, consensualmente acordada pelos Estados na Conferência Mundial, e ainda mais cogente para países como o Brasil, que aderiram voluntariamente às grandes convenções existentes nessa esfera».¹⁵

2.2. *As autoridades brasileiras e o Direito Internacional*

Surpreende, portanto, que governantes brasileiros, em passado recente, quando de demanda por introdução da pena de morte no Brasil, tenham até manifestado o grave entendimento de que pactos sobre direitos humanos geram mera vinculação moral.¹⁶

Do Supremo Tribunal Federal não há posição recente sobre o *status* dos tratados internacionais em face do direito interno.

Julgados antigos já consagravam o primado do Direito Internacional, afirmando a impossibilidade de revogação de um tratado por lei ou da aplicação de lei posterior contrária àquele.¹⁷

Em 1977, porém –se bem que em caso que não envolvia direitos humanos– aquela corte superior entendeu que tratados e leis se equivalem, podendo um derogar ou revogar o outro,¹⁸ o que se choca com a velhíssima Convenção sobre Tratados, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 18.596, de 22/10/29, bem como com a Lei 5.172/66, que estabelece que «Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha».

Mencionado julgado foi alvo de críticas do professor Antônio Augusto Cançado Trindade, que o considerou «verdadeira negação do Direito Internacional», capaz de «colocar sob suspeita a boa-fé do Estado ao centrar aquelas obrigações» em nível internacional.¹⁹

Em matéria de direitos humanos, o entendimento do Supremo Tribunal Federal contido no mencionado *leading case* –que, como já se disse, não abrangeu o tema– mostrar-se-ia ainda mais insustentável. Diferentemente dos tratados clássicos, que regulamentam interesses recíprocos entre Estados, os pactos que versam sobre aqueles consagram interesses comuns superiores aos Estados, consubstanciados, em última análise, na proteção do ser humano, e implicam garantia coletiva, subjacente a todos os tratados de direitos humanos, de forma incompatível inclusive com o sistema individualista de reservas pelas próprias Partes Contratantes.

Por isso, as Constituições de diversos países têm consagrado o primado do Direito Internacional.²⁰

Há, entretanto, outros problemas mais prosaicos relacionados com a proteção dos direitos humanos no Brasil que, direta ou indiretamente, têm influxo na atuação institucional do Judiciário ou no cotidiano funcional dos magistrados.

Para análise de tais problemas, a questão do controle de violência, que tem sido objeto de tantas referências desabonadoras à imagen do Brasil no exterior, poderia servir de introdução.

3. Violências do final do milênio

As respostas institucionais com pretensão de minorar a violência no Brasil –em especial no que se refere à criminalidade comum das grandes cidades– têm sido inadequadas por ignorarem, ideologicamente, suas verdadeiras causas.

Não se trata de fenômeno exclusivamente brasileiro. Neste final de milênio, a violência parece embalada por uma certa necessidade que têm os povos e grupos de se eliminarem uns aos outros, numa equivocada afirmação da nacionalidade ou identidade cultural, que tem substituído o respeito de uns homens pelos outros num mesmo espaço. Exemplo disto é a guerra na Bósnia: uma luta genocida entre homens de diversas nacionalidades e crenças religiosas que haviam vivido em paz durante décadas, sob Iugoslávia.

Eric Hobsbawn tem chamado a atenção para a proliferação de «ideologias não iluministas»: as manifestações de nacionalismo xenófobo, racismo, intolerância étnica e religiosa, que, especialmente após a derrocada do sistema soviético, pôs em evidência uma crise de paradigmas já sentida pelos estudiosos há décadas e mais recentemente transportada para o campo do poder político.²¹

A necessidade do sonho, das utopias, está nos homens. Desnorteados pelas modificações políticas no mundo, carentes de paradigmas a serem contrapostos à economia globalizada sob o sistema capitalista, dominou-os uma certa necessidade egoísta de exclusão do outro, apontado como o que incomoda. Há casos extremados que acarretam graves violações dos direitos humanos. Na Europa, grupos neo-nazistas agridem minorias étnicas. Proclamam-se separatismos e ódio aos migrantes. Em São Paulo, os *skinheads* já exibiram sua truculência contra negros e nordestinos. No Rio Grande do Sul um grupo prega um esdrúxulo separatismo, demonstrando preconceito para com os «do norte». E existe, sobretudo, uma perigosa e sutil intolerância com base em preconceitos, disseminada mas não anunciada em palanque, que preside a formação de uma perversa ideologia de desrespeito aos direitos fundamentais.²²

Esta lógica da exclusão chegou ao Brasil num momento crítico, por causa do esgarçamento do tecido social em face de não ter o Estado tratado de dar verdadeira cidadania à população.

4. Intervenções desastrosas do Estado (e do Judiciário)

O Estado tem interferido em tal realidade de forma desastrosa. Por um lado, agrava a situação da população pobre, insistindo num modelo de Estado que a exclui do desfrute das riquezas que produz, acentuando um *aperttheid* social desejado pela minoria hegemônica.

Por outro, quer que o Direito Penal resolva o que ele não pode resolver e não faz preponderar o papel do juiz enquanto garantidor da legalida-

Ponencias

de e dos direitos fundamentais do acusado, procurando envolvê-lo, ao contrário, na atividade repressiva, como auxiliar do Estado em tal função.

4.1. *A questão social*

O Brasil vive uma situação tormentosa. Houve a redemocratização e a partir dos últimos anos da década de oitenta os governos passaram a adotar uma nova postura com relação aos direitos humanos.

O país deu satisfação à comunidade internacional ao adotar na legislação interna diversos pactos sobre o tema. Além disto, aprovou uma Constituição democrática, fez eleições livres e passou até pela experiência inédita do *impeachment* de um Presidente da República, afastado regular e democraticamente do poder, sem golpe nem militares à espreita.

Entretanto, o papel do Estado relativamente à proteção dos direitos humanos, tem se limitado ao discurso. Não há empenho oficial satisfatório, tendente a coibir condutas de desrespeito àqueles. Persistem graves problemas relacionados com a violência –inclusive a praticada por agentes públicos– e à miséria, como: a falta de moradias para a população mais pobre (o problema dos «sem-teto»); a falta de terra em que os camponeses possam trabalhar livremente para o sustento de suas famílias (o problema dos «sem-terra»); o trabalho infantil inconstitucional, pela pouca idade (artigo 227, § 3º, I, sa CF) ou pela falta de garantias sociais compatíveis com a situação do adolescente (artigo 227, § 3º, II e III, da CF); a prostituição infantil; o trabalho escravo e outras formas de discriminação.

Nota-se a ausência de políticas públicas tendentes a amplas reformas (reforma agrária, reforma urbana, reforma tributária que possibilite uma redistribuição de renda, reforma nas estruturas públicas de atendimento à saúde, de ensino público, previdência social) aptas, ainda que a médio prazo, à realização dos objetivos fundamentais da República, insertos no artigo 3º da Constituição Federal: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional (que só pode ser entendido como um *bem* se vier em benefício do povo, de quem emana todo o poder); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

4.1.1. *O Judiciário em face dos interesses das populações marginalizadas (a questão dos interesses coletivos)*

O Judiciário brasileiro, na área civil, quando enfrenta a mencionada realidade não o faz de maneira adequada.

Há, especialmente nas regiões mais pobres do país, graves dúvidas quanto à sua independência relativamente às oligarquias locais, interessadas na manutenção de seus privilégios e na exploração da pobreza.²³

Por outro lado, de forma geral, prevalece entre os juízes a visão tecnicista de quem foi formado para lidar com o conflito intersubjetivo, despolitizado, não para a abordagem do conflito coletivo.

As lides que veiculam interesses de natureza coletiva não são de solução tão simples, enquadráveis nos «casos exemplares» da tradição jurisprudencial e doutrinária. Envolvendo interesse social preponderante, aquelas não prescindem de aspecto eminentemente político, a exigir composição diferenciada.

A Constituição de 1988, apesar dos inegáveis avanços que proporcionou –especialmente pela previsão antes inexistente de garantias fundamentais a direitos coletivos e pela já mencionada ampliação dos instrumentos processuais de provocação da atividade jurisdicional quanto a eles–, ainda guarda um pouco da roupagem conservadora, desprezando o papel promocional, transformador, do direito.²⁴

A falta de efetivação pelo Judiciário dos direitos proclamados pela ordem democrática, tema que esteve nas preocupações de Mauro Cappelletti,²⁵ se relaciona com a ausência de mecanismos adequados de tutela –muitas vezes fruto de opção ideológica– e com as barreiras inibidoras do acesso à justiça, dentre as quais o custo dos litígios, o poder econômico, e a própria característica de difícil enquadramento dos interesses coletivos ou difusos que eles exprimem.

As reivindicações de tais direitos –declarados em leis muitas vezes conquistadas pelas lutas populares que tornam o direito um processo dialético que vale pela síntese jurídica de uma etapa histórica²⁶– constituem verdadeiras cobranças feitas pela sociedade civil à sociedade política nas quais a questão da justiça e dos direitos humanos pé central.

Uma análise mais abrangente do conteúdo dos direitos humanos, dá-os não como produto de uma ordem imutável, de forma idealista, mas de realidades historicamente determinadas, «manifestando-se de acordo com as mudanças e o progresso da civilização e do pensamento», como informa Maria Lúcia Karam.²⁷ Por isto, a mais abrangente consideração das necessidades reais fundamentais do homem –bens indispensáveis à sobrevivência da espécie humana, como entidade biológica, espiritual e cultural–, referida por Alessandro Baratta –citado pela mencionada autora–, além de desmistificar a tendenciosa desqualificação que dá os direitos humanos como instrumento de «proteção de criminosos», tão a gosto dos que se opõem a mudanças substanciais na iníqua estrutura social, imprime ao aplicador do direito e ao Judiciário função bem mais nobre que a de reproduzidor das injustiças do sistema: a de instrumentalizar a função promocional do direito.

É indiscutível, hoje, que o conceito de Estado democrático evoluiu. A luta pela liberdade e pela democracia, até no discurso oficial, tem um novo nome: direitos humanos. Por isto que, «... quando hoje se fala em democracia, está se fazendo referência não apenas a um regime onde as decisões políticas são tomadas através de procedimentos que levem em conta a von-

Ponencias

tade da maioria, mas, também, de um regime onde os cidadãos têm seus direitos e liberdades assegurados através de garantias jurídicas efetivas».²⁸

O universo do juiz tradicional, entretanto, é composto de conflitos idealizados pelo sistema, que são *afastados* sem serem *resolvidos*. A propósito, Alberto Silva Franco denuncia um certo *déficit interpretativo*, que desprestigia a função judicante, retira o alcance e o significado que devem ser emprestados ao texto constitucional e despreza flagrantemente os direitos fundamentais, a dano do cidadão.²⁹

Tal postura formalista está se exaurindo. As ocupações de terra e edifícios públicos, os acampamentos de protesto, a economia informal e a incontrollável violência urbana, por exemplo, revelam relações desprezadas pelas instituições jurídicas e políticas, capazes de pôr em xeque a pretensa neutralidade da lei, a aparente lógica do ordenamento jurídico e o monismo estatal na produção e distribuição do direito.³⁰

A política migrou para as massas e destas, em lides com forte presença de interesses coletivos –de um grupo, uma comunidade, uma favela– ou difusos –de número às vezes inexato de pessoas ligadas por fatores mutáveis, acidentais ou conjunturais, sem que haja uma relação-base–, para o Judiciário.³¹

4.1.2. *Judiciário e a Justiça Social*

O enfrentamento de lides desse novo perfil não pode ser feito com o modelo tradicional de cultura jurídica, cujo objetivo é fundir legitimidade com legalidade, substituindo a questão da justiça pela mera validade formal das leis.

Os códigos antigos não se reportam aos direitos emergentes da Lei Maior. Ignorando estes últimos, muitas vezes, os juízes cumprem um perverso papel que a tradição lhes reserva: de manter a coerência lógica do sistema para que tudo permaneça como está.³²

Exemplo disto temos no da ocupação de terras rurais que não cumprem sua função social por movimentos organizados que reivindicam direito à moradia e ao trabalho na terra. As decisões técnicas de juízes que elaboram nada mais que a operação silogística de subsunção do fato às leis garantidoras da propriedade civil não resolvem a questão e são socialmente desconfirmadas, num evidente desprestígio para o Poder Judiciário. Não se pode apartar aquelas leis antigas de sua dimensão constitucional atual. Hoje, um dos atributos básicos da propriedade é sua função social, garantida como direito fundamental pelo artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal e erigida como um dos princípios gerais da atividade econômica pelo artigo, 170, III, daquela carta política, justamente por ser o direito à *propriedade* –muito mais que o direito *de propriedade*– iniludivelmente um dos caminhos para a realização dos objetivos fundamentais da República, que podem ser tidos como um resumo do rol dos direitos humanos protegidos.

Aplicando as leis automaticamente, sem um *reconhecimento* de sua validade em face do direito e seus princípios informadores –enfim, da expe-

riência jurídica acumulada na quadra em que vivemos-, o Judiciário se afasta da fórmula que, ao contrário da hobbesiana –«*autoritas non veritas facit legem*»–, caracteriza, como única, no Estado, a decisão judicial: «*veritas non autoritas facit iudicium*».³³

No mesmo erro incorre o Judiciário quando considera «*caos de polícia*» –vendo ilegalidades sob a angulação da lei penal– conflitos informados pela questão social, não enfrentada ao nível das políticas públicas (reforma agrária, reforma urbana, planos de assentamento rural e planos habitacionais).

4.2. *Violência e Genocídios –A cultura do desrespeito e da intolerância*

A violência entre nós, sobretudo nas grandes cidades, chegou a ponto de ser assim qualificada em certos casos: verdadeiros genocídios.

A palavra genocídio é historicamente ligada, no Brasil, à questão dos povos indígenas, desde sempre vítimas de múltiplas formas de exterminação. Nos novos tempos, porém, sua menção na fala comum logo faz lembrar alguns episódios recentes: o massacre de presos no Carandiru (São Paulo), a chacina dos meninos na Candelária, a chacina do Vigário Geral (Rio), as mortes em conflitos pela posse de terras e as sucessivas incursões da polícia no terreno da criminalidade pelos extermínios a ela atribuídos, especialmente em São Paulo e no Rio de Janeiro, que têm posto em evidência uma verdadeira crise de poder, de cidadania e ética.

4.2.1. *O Massacre do Carandiru*

O maior massacre de presos já ocorrido no país, na Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru), está sendo apurado, no âmbito penal, na Justiça Militar Estadual, com morosidade.

A versão dos presos sobreviventes, de que houve execução em massa, foi confirmada por investigação, no local dos fatos, pela imprensa e entidades de apoio aos direitos humanos, inclusive com o apoio de peritos.

O problema da superpopulação carcerária –que gera promiscuidade e conflitos entre encarcerados e entre estes e o sistema prisional– nunca recebeu atenção das autoridades.³⁴ Ao histórico desprezo pelas condições de encarceramento digno, cuja defesa nunca rendeu votos, a «política criminal» dos dois últimos governos estaduais de São Paulo (Quércia e Fleury) acrescentou a manipulação ideológica dos sentimentos de insegurança da população, interrompendo os inegáveis progressos do governo Montoro, de defesa dos direitos humanos, humanização dos presídios e combate à corrupção. Um dos primeiros atos do governador Fleury foi vincular a administração dos presídios à Secretaria de Segurança Pública, contrariando orientação do Direito Internacional no sentido de que o pessoal penitenciário seja formado sem interferência de polícias e forças armadas.³⁵ Trans-

Ponencias

formou em caso de polícia o que é, uma vez imposta a pena, caso de justiça. E deu no que deu. Infelizmente, a responsabilidade política do Governador foi descartada pela Assembléia Legislativa do Estado.

O Judiciário, nesta questão, tem responsabilidades por força da jurisdicionalização da execução penal, prevista na Lei 7.810/84, cujo artigo 194 declara o princípio «*nulla poena sine processu*».

A intervenção do juiz na execução da pena é sempre jurisdicional e ampla, intermediando desde nascedouro, como sujeito imparcial da relação jurídica, o conflito entre o Ministério Público –que representa os interesses do Estado-Administração em executar a condenação– e o condenado. A Lei 7.810/84 detalha a competência do juiz quanto à execução da pena, não exaurindo, porém o elenco de hipóteses. Há regras que reafirmam a jurisdicionalização no Código Penal e no Código de Processo Penal, somando-se àquelas no traçado de um sistema que faz do juiz o garante dos direitos individuais do preso, informados pelos princípios da legalidade da execução (artigo 5.º, XXXIX, CF) e da humanidade da pena (artigo 5.º, XLIX, CF).

O que ocorre, entretanto, é que há entre nós –envolvendo o Judiciário– a tendência de se alijar o sistema penitenciário da sociedade, ilhando a população carcerária em um espaço físico. De um lado ficam os problemas sociais, de outro as inquietações do cárcere. Os problemas do encarceramento são coisa que se resolve entre a própria administração e o preso, sem efetiva intervenção judicial. Os procedimentos de verificação interna quanto a faltas de quebra de disciplina ou aferição de méritos de detentos são entregues prontos ao Judiciário, para o exercício de uma jurisdição meramente formal e episódica.

O tratamento desumano e a crescente corrupção de agentes despreparados, envolvidos no tráfico de drogas, armas e influência para alimentar as quadrilhas internas que o iníquo sistema de injustiças favorece têm provocado inúmeras rebeliões, violência reativa e promiscuidade.

E o Judiciário está alheio a isto, embora a Lei de Execução proclame, em seu artigo 66, VII e VIII, serem incumbências do juiz da execução «inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade» e «interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta lei».

Como falar, então, de execução penal jurisdicionalizada?

4.2.2. Candelária, Vigário Geral e Polícias Militares

As chacinas na Candelária e na Vigário Geral, por outro lado, constituíram manifestações agudas de problemas crônicos preocupantes: a exterminação de menores e população de rua e a violência e corrupção que têm caracterizado cada vez mais a atuação das Polícias Militares.

Estas, imbuídas de um discutível propósito de «proteger a sociedade» adquiriram demasiado poder que faz dos governantes verdadeiros reféns. As instituições não conseguem exercer a contento o poder punitivo sobre policiais que são protegidos muitas vezes por um relacionamento circular entre os que cometem crimes no policiamento ostensivo, os que investigam suas ações e os que os julgam, nas Justiças Militares estaduais.³⁶

Além de não serem submetidas a controle adequado, as Polícias Militares querem manter tribunais destinados a julgar os atos de seus membros. É evidente, contudo, que uma Justiça calcada no corporativismo, que tem sido apontada como ineficaz para reprovos os atos de violência da Polícia Militar,³⁷ não é propriamente um modelo de Judiciário num país democrático. Sem falar na pretensão de conciliar conceitos inconciliáveis: o ideal de Justiça –baseado na igualdade e na democracia– e a hierarquia militar –baseada na antidemocracia do relacionamento entre quem manda e quem obedece.³⁸

Uma nova postura judiciária quanto a tais delitos daria ensejo a uma reflexão sobre o papel institucional das Polícias Militares. Significaria, talvez, o início de um movimento tendente à sua desmilitarização, transformando-as em guardas civis.³⁹

4.2.3. Tortura

A revista *Veja*, em edição recente, trouxe como reportagem de capa uma questão delicada: a tortura como método de investigação utilizado por policiais brasileiros.⁴⁰

Tal tipo de violência está acoplado a uma outra grande mazela da polícia brasileira: a corrupção. Tanto que emerge no mais das vezes dos tão conhecidos processos de apropriação privada dos serviços policiais por representantes de setores hegemônicos na sociedade que, mergulhados numa crise inédita da cidadania, estão pouco se importando com a ética na atividade repressiva ou investigativa e, conseqüentemente, toleram graves violações dos direitos humanos.

Hoje, grande parte da jurisprudência dos tribunais brasileiros, não ignorando o que ocorre nas delegacias de polícia e na atividade dos Policiais Militares, nenhum valor dá à confissão extrajudicial, que tem relevância apenas se corroborada por outros elementos de prova colhidos no devido processo legal.

Mas parece que policiais de vida e espírito corrompidos continuam a pensar como na Idade Média. E exercem, com métodos repugnantes, uma *sui generis* investigação policial que parte sempre do *suspeito*, por amostragem –quase sempre um pobre, de grupo não hegemônico, vítima de múltiplos preconceitos disseminados na sociedade–, para resolver os casos de autoria pendente e não o contrário, como deveria ser. E com freqüência praticam a tortura contra uma pessoa, que é, como escreveu o professor Dalmo Dallari, «uma forma covarde de cometer violência física, psíquica e

moral, fazendo sofrer a vítima, degradando o próprio torturador e agredindo valores que são de toda a humanidade».⁴¹

Há certas omissões do Judiciário relativamente à apuração de casos de tortura, sobretudo no âmbito das Justiças Militares Estaduais, cuja competência para julgar crimes cometidos por policiais militares contras civis está sendo alterada por um projeto de lei que tramita no Congresso Nacional, que tem amplo apoio de entidades de defesa de direitos humanos.⁴²

Uma coisa, porém, chama a atenção, neste tema: falta no Brasil, ainda, a definição do crime de tortura. Por incrível que pareça, exceto quando praticada contra menores, não há entre nós um crime de tortura.

O Brasil é signatário da Convenção da ONU contra a Tortura (1984) e também assumiu compromissos relativamente ao tema em virtude da Convenção de Cartagena (1985) e do Pacto de San José (1969). A Constituição da República, em seu artigo 5º, XLIII, qualifica de inafiançável e insuscetível de graça ou anistia o crime de tortura. Mas a ocorrência de fatos enquadráveis naquele conceito só podem ser qualificados criminalmente como lesões corporais, se estas não forem graves ou gravíssimas, é tão diminuta que o crime, segundo a recente Lei 9.099/95, é de «pequeno potencial ofensivo», sujeito a processamento no Juizado de Pequenas Causas. Por outro lado, o abuso de autoridade, definido na Lei 4.898/65, sujeita o infrator a penas igualmente exíguas –de multa e detenção por penas alternativas –prestação de serviços ou limitação de fim de semana, por exemplo–, incompatíveis com a gravidade da questão.

A falta de previsão legal do crime de tortura tem causado embaraços ao Brasil no âmbito internacional, como bem notou um dos representantes brasileiros na Conferência da ONU em Viena.⁴³

Há diversos projetos no sentido de definir o crime de tortura, inclusive como crime contra a humanidade, um dos quais, de iniciativa do Poder Executivo, prevê penas de três a seis anos de reclusão, aumentada de metade se o agente for funcionário público.

Espera-se que nossos representantes no Congresso Nacional, há tanto omissos, reparem logo a vergonhosa situação.

4.3. O (des)controle da criminalidade e das prisões

Já foi dito que as respostas institucionais à questão da violência e criminalidade não são satisfatórias.

Além de não atacar as verdadeiras causas da violência, a mais recente legislação no âmbito penal, vinculada ideologicamente ao movimento da Lei e Ordem, de conteúdo francamente autoritário,⁴⁴ tem, nos últimos anos, utilizado demagogicamente a idéia de se desencadear uma verdadeira guerra contra o crime, ignorando as raízes sociológicas evidentes da maior parte dos delitos.

Foi assim com a lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90) e com a lei de

combate ao crime organizado (Lei 9.034/95). O legislador tenta resolver, utilizando uma política criminal meramente simbólica, os graves problemas resultantes de tal sociedade partida.

A repressão, enquanto forma de controle social, está em crise. As prisões, pelos motivos acima já detalhados, são escolas do crime exercendo funções ainda mais desestabilizadoras de uma sociedade tão fragmentada, que forma grupos marginalizados e subculturas semi-autônomas, indiferentes ao Estado.

A criminalidade de massa, de cunha patrimonial, por vezes confundida com o crime organizado, é sempre citada como exemplo da insegurança em que vivem os «homens de bem», embora pouco se fale da insegurança dos que nada possuem e são alijados do sistema de vida segura da quadra em que vivemos.

Contudo, é de se ver que a tal onda de criminalidade, que tem servido de inspiração para os que exigem penas mais severas, inclui muito pouco de voluntarismo. Ela sofre o influxo de múltiplos fatores exôgenos relacionados com a já mencionada questão social e, principalmente, de uma violência institucional que mantém, principalmente, matematicamente, um certo número de pessoas na marginalidade, abaixo da linha da miséria, à beira da loucura social.

Em meio a tal cultura, os operadores jurídicos em geral, incluídos entre os «homens de bem», que estão do lado «sadio» da sociedade –oposto ao lado «doente» e «marginal» segundo a concepção da Lei e Ordem–, têm se limitado a consultar a Constituição para verificar a legalidade de atos da Administração, esquecendo outras inconstitucionalidades que geram carências sociais pela omissão do poder e das elites econômicas.

A realidade matemática do sistema é relegar milhões de pessoas à indignidade e à falta de cidadania. É verdade que não se pode explicar a criminalidade de maneira simplista, como resultante imediata da pobreza. Os índices de criminalidade em países de miséria ancestral como a Índia não parecem significativos. Contudo, a miséria em sociedades com o perfil da brasileira acabaram trazendo outras conseqüências: a destruição do próprio tecido social, o surgimento de pessoas sem qualquer referência estável de grupo, com valores que possam ser tidos como próprios do cidadão. A população de rua, os menores abandonados, as pessoas que não percebem o trabalho enquanto fator de construção de uma sociedade melhor são exemplos disto. Parte de tais pessoas –não apenas pobres mas fruto de uma sociedade partida que as pobreza material, cultural e ética estão criando– cometerá, queiramos ou não, crimes com raízes sócio-econômicas. Envolver-se-á, por exemplo, no Rio de Janeiro, com a criminalidade da pequena e média traficância, com o que sobra de entorpecente para o consumo interno (porque o principal é o que *passa* pelo Brasil, do qual pouco sabe a repressão, convenientemente).

Em suma, é duvidoso que o sistema consiga controlar por repressão esta criminalidade que brota no ponto de saturação da condição de misera-

Ponencias

bilidade das massas. Não adiantará procurar os doentes sociais. Nem tratar os que delinqüem como se fossem eles. Muito menos se pode acreditar, por exemplo, que miseráveis que vivem nos morros do Rio sejam chefes do tráfico. Só ingênuos acreditam nisso.

A responsabilidade por mudar algo sobre isto é dos detentores do poder econômico e dos governos, a quem cabe criar mecanismos de igualitária distribuição de renda e aplicação de recursos tributários em obras sociais.

4.3.1. *A crise da pena privativa de liberdade*

Vive-se também a crise da pena a partir de realidades como as conseqüências maléficas do encarceramento e a evidente perda da função intimidativa (preventiva) daquela. No primeiro caso, o sistema penitenciário já tem sido exemplo de funções desestabilizadoras e negativas que o direito pode ter. No segundo, por conta desta mesma gradativa perda da função de controle do próprio direito, em especial do Direito Penal, que perde terreno para outras formas de controle, como a mídia.

O tratamento adequado da questão da violência não está senão secundariamente no Direito Penal. Mas o discurso patrocinado pelas classes hegemônicas, com ampla divulgação pela imprensa, é bem outro.

O Direito Penal é terreno propício à proliferação dos demagogos da mídia, os sofistas contemporâneos, que passam a idéia de que penas mais altas, menos benefícios no cumprimento da condenação e, enfim, tudo que signifique mais atemorização (ou *aterrorização*), acabaria por minorar o número de crimes.

Por conta de tal pressão, que se firma em argumentos preponderantemente emocionais, não racionais, muitos desatinos têm sido cometidos pelo legislador brasileiro, que freqüentemente extrapola os limites que a Constituição lhe impõe.

4.3.2 *Rigorismo inútil*

As leis de natureza penal, hoje em dia, parecem veicular uma perigosa assertiva que tomou conta dos ensandecidos que, equivocadamente, vêm no Direito Penal a solução para todas as mazelas, ou quase todas: é preciso passar por cima das garantias constitucionais, ignorar a ética e os ditames da consciência jurídica democrática no *combate sem trégua* ao crime, que atormenta a sociedade. Captando equivocada legitimidade através da dramatização da violência – cujo conceito é reduzido ideologicamente a não parecer mais que a criminalidade comum –, os grupos interessados em mais repressão se organizam em torno da idéia de que a paz e a segurança do cidadão dependem de desprezar os direitos fundamentais garantidos, como se eles não fossem de todos os homens, mas, apenas, dos «bandidos».⁴⁵

Urge notar, sobretudo, num Congresso de juízes democráticos, preo-

cupados com a questão dos direitos humanos, que esta abordagem perversamente simplista do complexo fenômeno da criminalidade tem se refletido de maneira inadequada em grupos de juízes, promotores de justiça e advogados.

O mais grave se dá quando juízes assumem aquele papel de comprometimento com a repressão, afastando-se da imparcialidade que caracteriza o exercício jurisdicional.

4.3.3. *Princípio da presunção de inocência e o juiz criminal*

A atuação do juiz criminal deve se basear, primordialmente, no princípio que rege constitucionalmente todo o processo penal, próprio dos regimes democráticos: o da presunção de inocência.

Ele está entre os chamados direitos judiciais incluídos nos artigos 8º a 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, e é previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, enunciado nestes termos: «ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória».

Não se fala apenas num princípio de «não culpabilidade» ou do «estado de inocência», como querem alguns⁴⁶, de forma a limitá-lo à disciplina probatória. O princípio, verdadeiramente da presunção de inocência, parte do devido processo legal, mas se irradia por todo o sistema da intervenção estatal de natureza penal sobre uma pessoa. Daí, alcançar, também, a investigação do cidadão e o tratamento a ele dispensado em toda a trajetória que visa, no final, à aplicação de uma pena ou não.⁴⁷

Pois bem: quantos cidadãos não são hoje submetidos a humilhações pela polícia, que viola no dia-a-dia de sua atuação o referido princípio? Quantos são abordados por estar em «atitude suspeita», jargão policial cujo conteúdo nunca ninguém conseguiu definir ao certo, em que o Judiciário interfira de alguma forma ou desqualifique provas obtidas com tal violação.

Por outro lado, têm sido detectados desrespeitos do Judiciário ao princípio na presunção de inocência, em temas como a prisão cautelar, o tratamento do réu durante o processo –sobretudo na questão do interrogatório– e ao direito de apelar em liberdade.⁴⁸

4.3.4 *Combate ao «crime organizado» no Rio de Janeiro*

No Rio de Janeiro, a pretexto de combate à criminalidade, que se dizia descontrolada, admitiu-se o desvio das funções que a Constituição Federal atribui às Forças Armadas, que passaram a ocupar áreas identificadas como de ação e refúgio de criminosos (as favelas), como se polícia fosse.

A imprensa divulgou cenas de pessoas sendo submetidas a humilhantes e ilegais revistas sem que houvesse qualquer crime concretamente sendo apurado. O desrespeito à Constituição, no referido episódio, avançou muito mais: restrições ao direito de locomoção e prisões arbitrárias por falta de

documentos ou para averiguações tornaram-se rotineiras durante a repressão militarizada.⁴⁹

Cercando e ocupando favelas como se fossem territórios inimigos, a repressão sequer disfarçava a identificação das classes despossuídas como perigosas.

Mais grave, porém, foi o envolvimento do Judiciário naquele episódio. Juizes designados em detrimento do princípio do juiz natural foram colocados à disposição das Forças Armadas para expedir mandados de busca ou de prisão, muito mais que para tutelar a preservação dos direitos fundamentais do cidadão: uma página de descaso do Judiciário relativamente aos direitos humanos.

4.3.5. Prisão temporária e correedoria da polícia judiciária

A atividade cautelar do juiz criminal nas grandes cidades brasileiras merece profundo questionamento.

A prisão temporária que há no Brasil é fruto da mencionada perversa tendência legislativa de *combate sem trégua* ao crime, em detrimento de garantias constitucionais. No caso, para atender aos reclamos da polícia por mais poderes.

E o Judiciário a aplica no dia-a-dia, pouco se clamando contra tal realidade, infelizmente.

Desde logo, é de se destacar que a introdução da prisão cautelar no ordenamento jurídico, pela Lei 7.960/89, originária de medida provisória editada pelo Presidente da República, implicou invasão da reserva feita pela Constituição quanto à edição dos mecanismos de coerção pessoal.⁵⁰

Mas, além disto, o diploma legal ofende o princípio da presunção de inocência. O *fumus boni juris*, em se tratando das cautelas processuais penais, se traduz na comprovação da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria. Assim, além do *periculum in mora*, são necessários os dois mencionados indicativos do bom direito para que se decrete a prisão provisória.

Ora, a lei que instituiu a prisão temporária fala em «fundadas razões de autoria», que evidentemente se refere a um fato comprovadamente existente, definido como crime.⁵¹ Parece, pois, que em tudo se identificam os requisitos da prisão preventiva e da prisão temporária, ao menos numa ótica de interpretação que preserva as garantias constitucionais. A pergunta que se poderia fazer, pois, nesta linha, é a seguinte: qual a finalidade desta última?

Conclui-se que, só garantindo aparentemente a possibilidade de fundamentação do constrangimento «legal» pelo juiz, a prisão temporária veio para consagrar, «legalizando», as tais prisões para averiguações, arbitrárias, feitas pela polícia. Só que agora, aumentando a gravidade atentatória do Estado Democrático de Direito, é o Poder Judiciário que as tem deferido, de regra, com base exclusiva na afirmação de imprescindibilidade feita pela autoridade policial.

Argumentam ilustres juízes que a aplicam que são muito criteriosos no deferimento de tais prisões. Mas, que critérios poderiam ter se os delegados de polícia não contam, normalmente, com mais que sua afirmativa de necessidade para requerê-las? Tivessem mesmo todos os requisitos exigidos no texto legal, compatíveis com o provimento cautelar e com os princípios constitucionais, representariam logo pela prisão preventiva. Se não o fazem é porque ainda terão que procurar o *fumus boni juris*; e para tal procura não é permitido, ainda, prender alguém. Aliás, Pedro Armando Egídio de Carvalho propôs interessante «tradução popular» do artigo 5º, LXI, da Constituição da República, que põe a prisão provisória em franca colisão com a ordem constitucional. Segundo ele, deveria conter a seguinte clara expressão: «Não existe prisão para saber se alguém é ou não criminoso». ⁵² Afinal, não é isto o que se tem feito por meio da prisão temporária: prender alguém para que se obtenham provas de sua vinculação a um crime?

A verdade é que os juízes que decretam prisões cautelares, diante da evidente falta de elementos objetivos que permitam fundamentação, só podem se guiar por critérios de sensibilidade. E estes introduzem na atividade jurisdicional dados de subjetividade e valores pessoais, de modo incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Este arbítrio é tolerado em decorrência da incorporação por setores do Judiciário da ideologia da lei e ordem, que orchestra a exploração da *onda de criminalidade* em benefício de setores hegemônicos da sociedade, aos quais não interessa demonstrar a real natureza dos conflitos sociais, que implica graves violações dos direitos humanos.

4.3.6. Crime organizado

Recentemente, a pretexto de maior eficácia no enfrentamento da criminalidade organizada, foi aprovada a Lei 9.034/95, que traz fórmulas supressoras das garantias processuais individuais arduamente conquistadas.

Ela contém, por exemplo, algo que afeta diretamente o Judiciário e que pode ser muito caro ao estado democrático: a idéia incrível de o juiz colher provas pessoalmente. Constitui um grande equívoco envolver o juiz e o Judiciário na atividade repressiva. Esta é função do Estado a ser feita, distintamente, por outros órgãos, fora do Judiciário. ⁵³

Afinal, com que imparcialidade julgará um juiz comprometido com a colheita de provas? Querer que juiz se meta em tal atividade é um inominável absurdo que desfiguraria o Judiciário, com grave abalo ao Estado democrático de direito. Ainda mais quando se fala em conservar tais provas «fora dos autos», estabelecendo um processo secreto, violador do princípio da publicidade e, portanto, também sob esta ótica, inconstitucional.

4.3.7. Controle da mídia

Por último, há que se referir à falta de controle da mídia, no que se refere à dramatização da violência.

Caberia ao Judiciário, também, garantir que as pessoas não assistam, em casa, ao «devido processo ilegal» contra presos, muitas vezes poucos minutos após sua prisão, em programas televisivos, manipuladores das consciências, que procuram canalizar para a criminalidade mais comum o inconformismo popular e causam inevitável embaralhamento de valores.

Em tais episódios o que se mostra é a face de um Estado que, sobre aplicar a lei exhibe uma força, repetindo no imaginário popular, e com a potencialização da mídia, as espantosas cenas da multidão diante do cadafalso, o ritual político de ostentação relatado por Foucault.⁵⁴

O controle dessas matérias jornalísticas abusivas, que ocorrem por interesse de projeção de policiais e de certos jornalistas, é tarefa correcional do Judiciário.

5. O papel do Judiciário (e do juiz criminal)

O excessivo rigor com que por vezes é tratado o réu do processo criminal se dá pelo falso entendimento de que o juiz é guardião da paz social, na linha do mencionado Movimento da Lei e Ordem, papel que está bem mais afeto a outras esferas de Poder.⁵⁵

Observa Aduato Suannes que o processo não visa, como pensam alguns, a instrumentalizar o Estado para aplicação da sanção penal; justifica-se, sim, como limite de poder do Estado.⁵⁶

A verdadeira função da justiça criminal é tornar efetivo o princípio do devido processo legal, nada mais que isto. E é o bastante.⁵⁷ Os juízes criminais devem prestar muita atenção aos cidadãos que muitas vezes são levados a eles só por serem pobres, por terem «cara de prontuário policial». Os espoliados, observa Paulo Sérgio Pinheiro, estão mais propensos a serem vitimizados. Nas cidades, à medida que se caminha do centro para a periferia, a *causa mortis* deixa de ser o câncer e doenças cardíacas para ser a morte violenta. Muitas vezes a morte violenta imposta pelo Estado, pelas mãos de seus agentes.⁵⁸

A sociedade vê com certa naturalidade essas mortes, como se se tratasse de um risco que os pobres têm de correr, decorrente do combate à violência. Assim morre gente desconhecida. E a classe média normalmente não liga para isto.

Para a população humilde, a prisão é banalizada, tal a impotência perante o que ela identifica mais imediatamente com a ordem estatal: a polícia.

Ao Judiciário cabe zelar atentamente pela dignidade de tais pessoas.

5.1. *Princípio do Juiz Natural*

Convém notar, neste ponto, que a impossibilidade de submissão de determinados temas ao debate democrático, no próprio seio do Judiciário, se dá, dentre outros motivos, pela atividade centralizadora feita pelas cúpulas do poder.

Uma equivocada concepção de unidade tem dado margem a que se submeta grande número de magistrados ao sistema de designações que podem cessar a qualquer tempo. Uma espécie de controle interno da jurisdição por meios não jurisdicionais.

Enquadrem-se nisto, em São Paulo, por exemplo, as questões da legalidade das prisões e da execução das penas (Vara das Execuções Criminais de São Paulo), bem como as relativas ao juízo de arquivamento de inquéritos a requerimento do Ministério Público, à decretação de prisões provisória, à verificação de regularidade de prisões em flagrante, à concessão, no primeiro momento, de liberdade provisória, e à atividade correcional da polícia judiciária (todas a cargo do Departamento de Inquéritos Policiais-DIPO). No Rio de Janeiro há também central de inquérito.

O princípio do Juiz Natural, pelo qual se deve garantir que os casos sejam distribuídos normalmente a juízes fixados na jurisdição de uma vara por critérios legais de acesso, com a garantia constitucional de inamovibilidade, não está sendo preservado.

Administração e jurisdição são coisas muito distintas. O embaralhamento dos conceitos dissemina um certo entendimento de que, mais do que garante da legalidade, o Judiciário é um colaborador do Estado-Administração, servindo como uma espécie de linha auxiliar na gestão da tão complexa questão penitenciária ou da função repressiva do Estado. E despreza que só está a salvo de pressões para o exercício consciente e sereno de seu ofício, com total independência e sem controle que não seja o derivado da própria atividade recursal, o juiz que não possa ser afastado de onde exerce sua jurisdição por critérios de conveniência administrativa.

6. Conclusão

É verdade que a proteção mais completa dos direitos humanos depende em muito de um processo educacional capaz de formar novas gerações que se envolvam, desde cedo, no compromisso ético com o tema.

O ensino de ética e cidadania deve ser acoplado ao de direitos humanos. A declaração da Conferência de Viena assinala «a inter-relação entre democracia, desenvolvimento e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, o direito dos povos determinarem seu sistema político, econômico, social e cultural, razão pela qual a promoção desses direitos fundamentais compete aos povos e à comunidade internacional».⁵⁹

Mas, de imediato, ao Judiciário cabe tutelar o respeito absoluto aos di-

reitos fundamentais. Cumpre ao juiz brasileiro romper com a tradição da omissão quanto a isto. As decisões dos juizes são a última etapa da vida do direito e, sem um funcionamento adequado da organização judiciária, o país caminha para o caos e a descrença em suas instituições.⁶⁰

Como salienta José Eduardo Faria, «com a expansão dos direitos humanos, que nas últimas décadas perderam seu sentido *liberal* originário e ganharam uma dimensão *social*, ficou evidente que pertencer a uma dada ordem político-jurídica é, também, desfrutar do reconhecimento da *condição humana*. Quando essas condições não são efetivamente dadas, os segmentos mais desfavorecidos se tornam *párias*, no sentido dado ao termo por Hannah Arendt. Esse tem sido o grande paradoxo dos direitos humanos – e também dos direitos sociais – no Brasil: apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos eles quase nada valem quando homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de *humanidade*; portanto sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e as singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de reconhecimento».⁶¹

O Judiciário tem relevante papel nesse desafio, sobretudo porque sua legitimação material, no Estado Democrático, se dá exatamente pela aptidão cotidiana à tutela dos direitos fundamentais do homem, como observa o magistrado italiano Salvatore Senese, reportando-se à lição de Luigi Ferrajoli.⁶²

O Judiciário brasileiro, pois, enfrenta esse dilema: cobrir, na aplicação cotidiana do direito, o fosso entre as promessas da lei, que indicam a pretensão de realização de uma sociedade livre, justa e solidária, indiscriminatória, sem pobreza ou marginalização, e as reais condições de vida da população.

Notas:

1. *Sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem*, em *A Era dos Direitos*, Campus, 1992, p. 24).
2. A este propósito, entretanto, há um excelente resumo de Iñaki Rivera Beiras, no artigo *Los derechos fundamentales en la privación de la libertad –Análisis socio-jurídico de la normativa internacional*, em *Cárcel y Derechos Humanos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona.
3. Sobre o assunto, com preciosos comentários sobre a Conferência de Viena, leia-se a obra do diplomata brasileiro J. A. Lindgren Alves, *Os direitos humanos como tema global*, Perspectiva, 1994.
4. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado na legislação interna por força do Decreto 591, de 06/07/92; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, recebido por força do Decreto 592, de 06/07/93; Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, ratificada pelo Brasil em 1953; Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 1968; Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1984; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanas e Degradantes, adotada pelo Brasil em 1989; Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1992; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ao qual o Brasil aderiu por força do Decreto 678, de 06/10/92; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ratificado pelo Brasil em 1989.
5. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1992.
6. A situação do Brasil, então sob regime militar, foi considerada em *procedimento confidencial*, entre 1974 e 1975. O país nunca foi monitorado por *relator especial*, mas já foi objeto de controle por *relatores temáticos* quanto às questões dos desaparecidos, assassinatos de menores, tratamento de presos, morte de líderes rurais. Recentemente, algumas ONGs têm divulgado disposição de propor à Comissão de Direitos Humanos a designação de *relator especial* para o Brasil –o que pode ser feito por intermédio de Estado-membro–, por causa de episódios de violência como as mortes do presídio do Carandiru, em São Paulo, e da Candelária e Vigário Geral, no Rio de Janeiro.
7. Conforme consta de Pareceres de 1993 e 1994. Recentemente, a *Human Rights Watch/Americas* pediu a abertura de processo tendo por objeto o Brasil, acusado de violação de direitos humanos na época da ditadura militar por não ter apurado as mortes e desaparecimentos ocorridos àquela época (*Comissão da OEA decide processar o Brasil*, em *Folha de S. Paulo*, Caderno 1/11, 12/12/95).
8. Entrevista à revista *Justiça e Democracia*, n.º 1, órgão oficial de informação e debates da *Associação Juizes para a Democracia*, São Paulo, primeiro semestre de 1995. A respeito do assunto, o magistrado Antonio Jurandir Pinoti escreveu, em artigo na *Folha de S. Paulo* de 29/12/91: «Ora, se existem no país milhões de pessoas que não recebem educação, assistência médica e salário a que têm direito; se a dignidade da pessoa humana –postulado primeiro da Constituição– não está sendo respeitada, porque não usamos o mandado de injunção para extirpar esta omissão? Não se pense que num país rico de leis uma não há que regulamente o acesso ao mandado de injunção. É inconcebível vedar a alguém o direito a uma ação, que existe para suprir a falta de lei, com o esdrúxulo fundamento de que não há lei que permita ao cidadão valer-se deste direito. Por isto, enquanto a nova lei não aparece para enriquecer ainda mais a legislação do país, os preceitos previstos para o mandado de segurança servem para o mandado de injunção».
9. Conforme artigos 51 e seguintes do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e artigo 111, 1.º, da Carta da OEA. Sobre o assunto: Andrés Aguilar, *Organización y funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, em OEA –*Anuário Jurídico Interamericano 1984*, Washington, 1985, pp. 193/191; Nieto Navia, *La*

Ponencias

convención Americana de Derechos humanos, Temis, 1993; F. V. Garcia Amador, *Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con los Estados Miembros de la OEA que no son Partes en la Convención de 1969*, en *Derechos Humanos en las Americas*, pp. 177/187.

10. O Direito Internacional, nos últimos cinquenta anos, teve extraordinário desenvolvimento, sobretudo no sentido de disciplinar mais eficaz e minuciosamente o relacionamento entre as nações visando à defesa de ideais permanentes e o respeito aos direitos humanos. O relacionamento entre os povos tem exigido novas respostas jurídicas que motivaram verdadeira ampliação do próprio conteúdo dos direitos humanos. Especialmente após a 2.ª Guerra Mundial desenvolveram-se os direitos de solidariedade: direitos dos povos, individuais e coletivos, que interessam a todos.

11. Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, *Recepção pelo direito interno das normas de direito internacional público o parágrafo 2.º do artigo 5.º da Constituição Brasileira de 1988*, trabalho acadêmico.

12. Max Soresen, *Manual de Derecho Internacional*, Fondo de Cultura Económico, México, 1992. Segundo o autor, «El Estado es libre para dejar encargado a sus tribunales del cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio [...]. Pero, [...], todo conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que pueda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implica la responsabilidad del Estado. Como corolario, la norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional es considerada por los tribunales internacionales, desde el punto de vista de sus sistemas, como si no existiese».

13. Classificados pela doutrina como de primeira (da pessoa ou individuais), segunda (sociais, econômicos e culturais ou coletivos) e terceira gerações (dos povos ou da solidariedade), e que já se expandem rumo aos chamados direitos das futuras gerações.

14. *Presente e futuro dos direitos do homem*, em *A Era dos direitos*, Campus, 1992, p. 30.

15. *O sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil*, em *Os Direitos Humanos como tema global*, Perspectiva, 1994, p. 41.

16. No início de 1993, apesar de se dizerem contra a pena capital, o presidente Itamar Franco e seu ministro da Justiça, Maurício Correia, em clima de emocionada indignação por causa de dois bárbaros homicídios, deram declarações de incentivo ao debate sobre o assunto com equivocado enfoque das responsabilidades do Brasil em face do Pacto de San José da Costa Rica (*Folha de S. Paulo*, 11/01/93 e 12/02/93; *O Estado de S. Paulo*, 12/01/93). O então ministro da Justiça, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, chegou a declarar, segundo divulgado pela imprensa, que a assinatura do pacto pelo Brasil não impedia a adoção da pena de morte porque «a soberania nacional está acima das convenções» (*O Estado de S. Paulo*, 12/01).

17. Pedido de Extradição n.º 7/1913, de 1914; Apelação Cível 7.872, de 1943; Apelação Cível n.º 9.587, de 1951, todos mencionados por Celso de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, Renovar, 1994, pp. 343/344.

18. Acórdão no Re 80.004, em *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n.º 83, p. 809. No julgamento, ficou vencido o Ministro Xavier de Albuquerque, que sustentou, baseado em precedentes do próprio STF e na doutrina de Haroldo Valladão, a primazia do Direito Internacional sobre o direito interno.

19. Cançado Trindade, *entrevista citada*. Indaga o ilustre entrevistado, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos: «Como poderia um Estado Parte em um tratado Explicar aos demais Estados Partes a Derrogação ou a revogação do referido tratado por uma lei? Que segurança jurídica ofereceria este Estado no cumprimento de seus compromissos internacionais?». Por isto, aliás, é que, como bem lembrado pelo juiz Antonio Carlos Malheiros, do 1.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, também com o apoio do professor Haroldo Valladão e do Ministro Philadelpho Azevedo, a norma internacional tem sua forma própria de revogação, a *denúncia*, só podendo ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional e não por lei interna (1.º TAC-SP – *habeas corpus* n.º 674.680-2, no qual referido juiz sustenta com brilho a aplicação de regra do Pacto

de San José de Costa Rica no direito interno para impedir a prisão de depositário de bem por dívida).

20. Segundo o artigo 25 da vigente Constituição Alemã: «As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta para os habitantes do território federal». O artigo 55 da Constituição Francesa estabelece: «Os tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a sua publicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, em cada caso, de aplicação pela outra parte». O artigo VI (2) da Constituição dos EUA reza: «Esta Constituição e as Leis complementares e todos os Tratados já celebrados constituirão a Lei suprema do País...». A Constituição Espanhola, em seu artigo 9.2, afirma: «As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha».

21. Entrevista na *Folha de S. Paulo*, Caderno *Mais!*, 21/06/92.

22. Muitos não se deram conta de que existe um preconceito mais sutil que adquiriu secreta importância nas últimas eleições municipais em São Paulo (1992). *Sutil e secreta* porque não se anunciou em palanque a intolerância às populações excluídas da dignidade humana, aos milhões de pobres migrantes nordestinos e negros; nem que se iria «devolver a cidade aos paulistas», «limpar São Paulo», «pôr fim ao comércio ambulante que não permite que se ande pelas ruas», «proibir o ingresso de mais nordestinos». As expressões destacadas, porém, foram todas pronunciadas em conversas do cotidiano, entremeadas de referências à origem nordestina da ex-prefeita, por uma seleta minoria: representantes da alta burguesia e de um extrato da classe média, muito empenhados na campanha do prefeito eleito. Tal preconceito dissimulado, que preside a formação de uma perversa ideologia de desrespeito aos direitos fundamentais, é mais preocupante que o radicalismo explícito, de fácil tratamento jurídico-penal.

23. Ainda que em muitos casos não se possa apontar a servilidade por constrangimento de magistrados em face do poder –mas também existe objetivamente isto em outros casos–, que é uma das piores formas de venalidade, o conservadorismo de certas posições torna atual a observação de Tocqueville quanto ao juiz do *ancien régime* francês: «que importa que não se possa estrangê-lo se se tem mil meios de ganhá-lo» (Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Revolution*, apud Salvatore Senese, *Le Statut du Juge*, em *Seminário Internacional sobre la independencia Judicial en Latinoamérica*, Buenos Aires, 1991).

24. Bem diferente do texto aprovado, o anteprojeto de Constituição elaborado pelo professor Fábio Comparato procurava garantir a efetividade de suas normas, numa relação dialética com os fatos sociais, e criava condições institucionais para a transformação da sociedade. Partiu ele da premissa de que, sem dispensar a atuação de forças políticas, «o sistema constitucional deve conter um mecanismo de poderes capaz de, uma vez posto em marcha, conduzir a sociedade a fins determinados. Algo como um dispositivo cibernético, dotado de auto-regulação e auto-alimentação. Procurou, assim, evitar a definição de princípios sem regras de aplicação concreta e atribuição de poderes desacompanhados de sanções (Fábio Konder Comparato, *Muda Brasil!*, Brasiliense, 1986, pp. 13/27).

25. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, Fabris, 1988.

26. Roberto Lyra Filho, *O que é Direito*, Brasiliense, 1985, p. 109.

27. Maria Lúcia Karam, *Violência e Direitos Humanos*, em *De crimes, penas e fantasias*, Luam, 1991, p. 142.

28. Oscar Vilhena Vieira, *A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil*, em *Direito, Cidadania e Justiça*, coletânea coordenada por Beatriz di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovesan, RT, 1995, p. 189). Sobre o tema, *vide* também discurso do Presidente Fernando Henrique Cardoso, de 07/09/95, que anunciou a intenção do governo brasileiro de adotar um Plano Nacional de Direitos Humanos, a fim de implementar no Brasil a recomendação contida no artigo 71 do Programa de Ação adotado pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena: *Direitos Humanos; novo nome da liberdade e da democracia*, Brasília, 1995.

29. Segundo referido autor, o juiz comum, no momento atual, no Brasil, «despe-se de

Ponencias

todo juízo crítico para acolher a lei ordinária, tal como se apresenta, sem verificar se foi, ou não, revogada ou se mostra, ou não, conforme à Constituição Federal. Não poucas vezes, esquece-se de que o texto constitucional dispensa a lei intermediadora e pode ser, direta e imediatamente, aplicado. Direitos fundamentais são, então, flagrantemente desprezados a dano do cidadão (Alberto Silva Franco, *O perfil do novo juiz no Estado Democrático*, em *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.º 08, setembro/93, p. 1).

30. José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo, *A Sociologia Jurídica no Brasil*, Fabris, 1991, José Eduardo Faria, *Justiça e Conflito*, RT, 1991.

31. Segundo Celso Fernandes Campilongo, a institucionalização do conflito, com base na dogmática jurídica formada pela concepção do Estado burguês e da democracia representativa, «tem sido questionada, politizada e transformada em agitado instrumento de expansão da cidadania» em que «os tribunais deixaram de ser a sede de resolução das contendas entre indivíduos e passaram a ser uma nova arena de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais. Ainda que os magistrados não desejem tal situação – quer por padrões de formação profissional, quer pela ruptura que a situação provoca no sistema de rotinas e procedimentos jurisdicionais – a politização que as partes (autores e réus), com frequência e conscientemente, imprimem aos processos torna o fato irreversível» (*Magistratura, sistema Jurídico e sistema político em Direito e Justiça – A Função Social do Judiciário*, Atica, 1989, p. 117).

32. Sobre o assunto, vide Dyrceu A. D. Cintra Jr., *Magistratura Democrática e Direito Alternativo – Em busca de uma nova ética de jurisdição*, RT 691, p. 53.

33. Salvatore Senese, *artigo citado*.

34. A integridade física e moral do preso (art. 5.º XLIX, da Constituição da República) não tem sido garantida. Tampouco se tem observado o previsto na Lei 7.210/84: cela individual salubre, trabalho, ensino. O descaso, somado à rede de corrupção e tráfico de drogas envolvendo funcionários, tem motivado rebeliões. O esvaziamento dos direitos fundamentais, num sistema controlado pelas pequenas autoridades administrativas, transformou os presídios em escolas do crime. A falta de atenção dos juristas-penalistas para com a execução da pena, a par de se vincular ao desenvolvimento estanque da teoria do delito, com seus preciosismos e alheamento à realidade, teve, certamente, conexão com o entendimento da prisão como uma *instituição total*, que realiza uma função aniquilante da pessoa humana, encarando o encarceramento como um rito de passagem, sem espaço para os direitos do preso, para o direito à divergência e para a ressocialização (Alberto Silva Franco, *A Jurisdicionalização da execução penal – breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84*, Saraiva, 1986, p. 99). Tal concepção é responsável pela situação em que foi lançado o sistema penitenciário brasileiro. Em 1984 já observava Paulo Sérgio Pinheiro que «as prisões, as penitenciárias, no Brasil se transformaram em escolas formadoras do crime. Ainda que as pesquisas oscilem quanto aos números precisos, seria realista dizer que mais da metade dos condenados egressos das prisões voltam ao crime. E seria de se espantar que assim não fosse. Não se pode esperar que cidadãos sejam reconstruídos dentro de um espaço de puro arbítrio, de esvaziamento de quaisquer direitos fundamentais, ou submetidos às imposições dos guardas de presídio, afinal os executantes da pena (*Escolas do Crime*, em *Retrato do Brasil*, vol. 2, ed. Política, 1984, p. 331).

35. Regras Mínimas para o tratamento de Reclusos da ONU, item VII, 3, do Anexo 1.

36. Caco Barcelona, *Rota 66 – A História da polícia que mata*, Globo, 1992.

37. Tal fato foi destacado por diversas entidades presentes à inauguração da representação permanente da *Human Rights Watch/Americas* no Brasil, ocorrida na Faculdade de Direito da USP em 16/03/95.

38. Sobre esta particularidade, dentre muitas outras manifestações, vide Dyrceu A. D. Cintra Jr., *Judiciário e Reforma*, em *O Estado de S. Paulo*, 12/11/94; Dyrceu A. D. Cintra Jr., *Controle externo da polícia*, em *O Estado de S. Paulo*, 01/04/95; Kenarik Boujikian Felipe, *Extinção da Justiça Militar*, em *Justiça e Democracia*, órgão oficial de informação e debates da Associação Juizes para a Democracia, número especial de lançamento, segundo semestre de 1995, S. Paulo, p. 46; *O papel dos militares na sociedade democrática*, editorial do periódico *Juizes para a Democracia*, n.º 04, S. Paulo, Janeiro/95).

39. Como salienta Paulo Sérgio Pinheiro, citando o ministro Clóvis Ramalhete, «as Polícias Militares não têm mais razão de existir. Foram produto de um equívoco gerado pela necessidade dos novos governos estaduais se armarem para enfrentar os bandos das oligarquias locais: hoje, quando nenhum governador enfrenta tal desafio, essas forças armadas estaduais são um anacronismo. E nenhuma grande democracia, mesmo estados federados como a Alemanha e o Canadá, mantém exército à disposição das unidades federadas. A organização policial brasileira, militar e civil, precisa ser inteiramente reestruturada» (Paulo Sérgio Pinheiro, *O Controle da Violência do Estado e a incorporação das normas internacionais de direitos humanos: o caso brasileiro*, notas do autor para palestra, 1993).

40. *O poder da pauleria e do choque*, revista *Vêja* de 01/11/95.

41. *Duzentos anos de condenação à tortura*, prefácio à obra *observações sobre a tortura*, de Pietro Verri, Martine Fontes, 1992.

42. Projeto de autoria do deputado Hélio Bicudo.

43. O diplomata J. A. Lindgren Alves, em palestra proferida no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por iniciativa da Escola da Magistratura, em 17/09/93.

44. Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, RT, 1991; Maria Lúcia Karam, *A Fantasia do Sistema Penal*, em *De Crimes, Penas e Fantasias*, Luam, 1991.

45. Tais grupos se esquecem que o poder de punir tem limitações jurídicas, que visam a dar conteúdo de moralidade à atividade repressiva, tarefa que, embora legal é sempre suja porque violenta. Esquecem-se que, tendo sido a punição dos homens, desde sempre, objeto de reflexão filosófica, chegou-se à fórmula de que o Estado Moderno –que tem o monopólio da violência física legítima segundo Max Webber–, pode reprimir e punir com dignidade, impessoalidade e respeito ao acusado. E que, modernamente, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, e os pactos internacionais vinculantes do direito interno –como a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José), da qual o Brasil é signatário– estabelecem limitações ao poder de punir, impondo normas para formação de culpa e execução da pena.

46. A respeito, fazendo a distinção que restringe o sentido real da garantia constitucional –princípio de não culpabilidade–, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo –HC 95.377-3– 1.ª Câmara –relator Fortes Barbosa, julgado em 10.07.90, em Revista dos Tribunais, n.º 658, p. 293. Já Damásio E. de Jesus, sob argumento de que «se o acusado não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, não pode também ser presumido inocente», entende tratar-se de um princípio do estado de inocência (Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 1993, p. 723).

47. No dizer preciso de Magalhães Gomes, «descontada a carga emocional que a expressão traz em si, a denominada presunção de inocência constitui o princípio informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal, deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal». Sob este enfoque –prosegue o autor–, «a garantia constitucional não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou Acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado; e, sobretudo, indica a necessidade de se assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo *justo*» (Presunção de Inocência e Prisão» Cauteler, Saraiva, 1991, p. 37). A respeito, também de Antonio Magalhães Gomes Filho, a observação mais recente de que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) assegura expressamente, em seu artigo 8, 2, que «toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa». Daí não haver mais dúvida quanto ao conteúdo do princípio –diz o autor–, de vez que, consoante dispõe o artigo 5.º § 2.º, da Constituição da República, «os direitos e garantias [nela] expressos [...] não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte» (*O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana*

sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, em *Revista do Advogado – AAPS*, n.º 42, abril/94, p. 30). O princípio, na «tradução» para a linguagem cotidiana do homem comum, feita por Pedro Armando Egidio de Carvalho, se exprimiria, com toda su força, no seguinte enunciado: «toda pessoa será considerada inocente até existir contra ela sentença criminal condenatória e sem remédio» (*Reescrever o artigo 5.º da Constituição da República*, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 3, julho-setembro/93, p. 151).

48. A respeito desde diversos temas, *vide*: Ranulfo de Melo Freire, *O valor probatório do inquérito policial*, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º especial de lançamento, dezembro/92, p. 133; Aduino Suannes, *Folha de (maus) antecedentes: até quando?*, em *Revista do Advogado – AASP*, n.º 42, abril/94, p. 10; Aduino Suannes, *A necessária rejeição da denúncia inepta*, em *Revista dos Tribunais*, n.º 667, p. 245; Luiz Flávio Gomes, *Direito de Apelar em Liberdade*, RT, 1994; Dyrceu A. D. Cintra Junior, *Prisões Cautelares – O uso e o abuso*, em *Revista dos Tribunais*, n.º 703, p. 260; Alberto Zacarias Toron, *O indevido processo legal, a ideologia da «law and order», e a falta de citação do réu preso para o interrogatório*, em *Revista dos Tribunais*, n.º 685, p. 277.

49. Sobre isto, *vide* reportagens na imprensa sob os seguintes títulos: *Militares vêem «armadilha» contra o Exército*, em *Folha de S. Paulo* de 08/11/94; *Exército invade morro*, na *Folha de S. Paulo* de 19/11/94; *Revistados são algemados sob mira de fuzis*, na *Folha de S. Paulo* de 20/11/94; *freira denuncia tortura de 15 em igreja no borel*, na *Folha de S. Paulo* de 28/11/94; *A inútil confusão armada*, na revista *Veja* de 02/11/94; *Ação chega ao fim sem queda na violência*, na *Folha de S. Paulo* de 02/03/95. Outrossim, artigos criticando com veemência a intervenção e desrespeito aos direitos humanos: Frei Betto, *A Igreja e a tortura no Borel*, na *Folha de S. Paulo* de 01/12/94; Luiz Flávio Gomes, *A intervenção é enganação*, na *Folha de S. Paulo* de 06/11/94; Antonio Celso Aguilar Cortez, Ary Casagrande e Dyrceu A. C. Cintra Jr., *Violência, governabilidade e democracia*, na *Folha de S. Paulo* de 18/12/94; *Letres de Cachet*, editorial da *Folha de S. Paulo* em 14/12/94.

50. A medida provisória, a ser apreciada e convertida em lei a *posteriori* pelo Congresso Nacional, só pode ser adotada pelo Presidente da República «em caso de urgência e relevância», com força de lei, a ser apreciada pelo Congresso Nacional em trinta dias, segundo o artigo 62 da Constituição Federal. Além de ser questionável a invocação de tais requisitos em se tratando da criação de uma nova modalidade de prisão processual, de natureza cautelar, em face do princípio de presunção de inocência (artigo 5.º LVII, da Constituição Federal), houve evidente invasão da reserva feita pela própria Constituição de República quanto à edição dos mecanismos de coerção pessoal. Só através de lei em sentido estrito – ou seja, alto normativo procedente do Poder Legislativo e elaborado segundo manda a Constituição Federal –, discutida e aprovada no Congresso Nacional, e não de medida provisória, é que poderia vir à luz o novo instituto. E a lei de conversão não apaga o vício de origem (Alberto Silva Franco, *Crimes Hediondos*, 3.ª edição, RT, p. 241; Maria Lúcia Karam, *Prisão e Liberdade Processuais*, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 2, p. 88).

51. Rui Cascaldi, *Prisão Temporária: Inconstitucionalidade*, em *Revista dos Tribunais*, n.º 667, p. 259.

52. Reescrever o artigo 5.º da Constituição da República, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 3, p. 151.

53. Por isto, a professora Ada Pellegrini Grinover, uma das mais ilustres processualistas penais de meu país, afirma que o legislador, «numa penada [...] destrói o dogma mais caro ao processo penal acusatório e transforma o juiz brasileiro – verdadeiro juiz – num inquisidor, voltando a confundir, na melhor tradição dos juizados de instrução clássicos, a função de acusar e julgar». Observa, mais, que «páginas de fogo foram escritas pela doutrina italiana da época contra a figura bifronte do acusador-julgador, perante a qual o acusado se torna mero objeto da acusação» até que, revisto, «o sistema passou a separar cuidadosamente essas funções, atribuindo a órgãos distintos, ainda que integrantes da mesma carreira [...] as funções de inquirir-acusar e de julgar, respectivamente» (*Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n.º 30, junho/95, p. 1).

54. Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, Vozes, 1991.

55. Ranulfo de Melo Freire, *artigo citado*.
56. Aداuto Suannes, *O Juiz Criminal em uma sociedade democrática*, na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, n.º 134, p. 17.
57. A respeito do perfil do juiz criminal numa sociedade democrática, a lição de Alberto Silva Franco: «No Estado de Direito, Juiz Criminal não é policial de trânsito; não é vigia de esquina; não é zelador do patrimônio alheio; não é guarda do sossego de cada um; não é sentinela do Estado levitânico. Não tem o encargo de bloquear a maré montante da violência ou de refrear a criminalidade agressiva e ousada (...). A missão do Juiz Criminal é bem outra: é exercer a função criativa nas balizas da norma incriminadora, é infundir, em relação a determinadas normas punitivas, o sopro do social; é zelar para que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial dos direitos do cidadão; é garantir a ampla e efetiva defesa do contraditório e a isonomia de oportunidade, favorecendo o concreto exercício da função de defesa; é invalidar as provas obtidas com a violação de autonomia ética da pessoa; é livrar-se do círculo fechado do dogmatismo conceitual, abrindo-se ao contato das demais ciências humanas e sociais; é compatibilizar o Estado de Direito com o Estado social que lhe é subjacente; é, em resumo, ser o garante da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo. Por isto, como afirma P. Costa Manso (TACrimSP, EI 487.525, RJD 1/156), a lei penal e a lei processual penal existem não para assegurar ao Estado o direito de punir mas para assegurar ao acusado o direito de não ser punido, a menos que o comportamento "a ele imputado se ajuste, capilarmente, a uma definição normativa de ilícito penal e que esse comportamento venha a ser cumpridamente demonstrado..."» (*Crimes Hendiondos*, RT, 1992, p. 45).
58. *O Controle da Violência do Estado e a incorporação das normas internacionais de direitos humanos: o caso brasileiro*, notas para palestra, 1993.
59. Sylvia Helena Steiner Malheiros, *A Universalidade dos Direitos Humanos*, em revista *Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 10, abril/junho/95, p. 44.
60. Hélio Bicudo, *Direitos Cíveis no Brasil, existem?*, brasiliense, 1982, p. 57.
61. José Eduardo Faria, *O Judiciário e os direitos humanos: Notas para uma avaliação da Justiça brasileira*, em *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Malheiros Editores, 1994, p. 95).
62. Senese, *Le Statut du Juge*, em anais do *Seminario sobre la independencia judicial en Latinoamerica*, Buenos Aires, 1991. Sobre o assunto, *vide também*: Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, Laterza, Roma, 1989; Ferrajoli, *Justicia penal y democracia*, em *Jueces para la Democracia - Información y Debates*, n.º 4, Madri, setembro de 1988, p. 5; Luiz Flávio Gomes, *a questão do controle externo do Poder Judiciário*, RT, 1993, p. 28; Gomes, *Legitimação democrática do Judiciário*, em *Revista dos Tribunais*, 648, p. 404; Dyrceu A. D. Cintra Jr., *A fiscalização do Judiciário por órgão externo*, em *Revista dos Tribunais*, 719, p. 329.

LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ ANTE LOS DERECHOS HUMANOS

Jorge L. Rosell Senbenn

Abogado. Doctor en Derecho. Juez Superior Penal. Profesor Titular de la Universidad Pedagógica Experimental El Libertador (Upel). Profesor en post-grado de las Universidades de Carabobo y Católica Andrés Bello. Venezuela

I. Fuentes axiológicas del discurso jurídico penal

Una de las maneras como el sistema jurídico, determinado por lo político y por lo social, evade su responsabilidad ante la criminalidad es darle a ésta un carácter de conflicto individual limitada a las personas que intervienen en el hecho. –El individualismo propio del liberalismo (todos somos dueños de nuestra moral y de nuestros intereses económicos por lo que el Estado no debe intervenir en una sociedad de «libres» e «iguales»), es la base de tal ideología para manejar el sistema–. Los hechos delictivos son conflictos que se generan entre individuos, y es así que abstrayendo el hecho concreto de su contexto social se le investiga y reprime. –Al decir de Baratta, para las ciencias sociales el comportamiento individual se presenta como una variable dependiente de las circunstancias que rodean a su autor; mientras que para el Derecho ese comportamiento individual es una variable independiente, pues su conocimiento, valoración y represión es aislado de aquellas condiciones sociales en las cuales se generó (Baratta, 1988).

A través de este mecanismo se crea la idea de que la delincuencia no es producto del sistema económico y social, sino que es el conjunto de conflictos individuales que se generan entre los integrantes de la sociedad. –La responsabilidad recae en el sujeto y no en las condiciones en las cuales vive el sujeto; la culpa no es del injusto y desigual trato de los individuos, sino de la conducta de ellos en su individualidad, pues se vive en una sociedad de «libres» e «iguales».

Esa «libertad» y esa «igualdad» formalmente declaradas en el sistema jurídico, que no es más que libertad e igualdad para contratar (comprar y vender), se trastoca a través de la ficción del Derecho en una libertad e igualdad reales y es así que a todos se nos debe aplicar la misma regla, abstrayendo nuestra conducta del plano social, pues todos somos libres e iguales.

Ponencias

Esta perversa ficción, mediante la cual se declaran a todos iguales, a pesar de las desigualdades reales de la vida social, hace que el juez en la oportunidad de aplicar la ley lo haga partiendo de un casuismo atomizador que falsamente tecnifica (jurídicamente) lo que es político, con lo cual le impide reconocer los conflictos sociales, transformándolos en conflictos individuales o interpersonales, y limitando su función a un sistema estratificado de normas y posturas burocráticas (Pressburguer, 1993). –El principio de las alternativas de conductas a la orden del sujeto, según las tesis largamente sostenidas por Baratta, debe ser un presupuesto que permanentemente debe examinar el juez: no todos tenemos las mismas oportunidades para comportarnos como lo exige el «deber jurídico», pero no por circunstancias personales, individualizables en el sujeto, sino por las condiciones sociales y económicas que impone la ideología dominante como sistema en la sociedad.

En América Latina en comparación con regiones «desarrolladas», la brecha entre la libertad e igualdad formal es enormemente mayor a la libertad e igualdad real, debido a un capitalismo concentrador excluyente de las grandes mayorías (un 68% vive en pobreza crítica, en la miseria), transforma el Estado democrático en un Estado de conflictos; pero entendido el conflicto no entre individuos de la sociedad, ni entre la sociedad y el individuo, sino entre el individuo y el Estado, el cual debe concretar precisas garantías consagradas en la ley, fundamentalmente en la Constitución (Jacques, 1988).

Este conflicto puede verse desde dos perspectivas: aquellos generados por la perversión del sistema económico y social, y los otros causados por la mora del Estado en realizar derechos expresamente consagrados en la ley. –Para solucionar los primeros el juez deberá recurrir a instancias axiológicas a fin de valorar la ley y los resultados de su aplicación, y en caso de no corresponderse con el sentimiento generalizado de justicia, debe abstenerse de aplicar la norma de consecuencias inicuas en su realización–. En los segundos, sólo debe aplicar la norma aun cuando la ideología dominante trate de obstaculizar su realización. –Cuando el Estado promete y no realiza pierde legitimidad, así por ejemplo el poder de represión en cárceles cuyas condiciones violan expresos derechos humanos.

Es allí en donde el Poder Judicial, el juez, olvidando su postura neutral, técnico-formalista, positivista, ahistórica y apolítica, debe asumir un rol comprometido socialmente, incluyendo las variables sociales del asunto en la oportunidad de decidir. –De esta manera el hecho no es aislado de las condiciones sociales que lo generó, no se le examinará como un conflicto individual, sino como producto del sistema y de las condiciones materiales en las cuales se basamenta. –Al proceder de esta manera aparecerá la evidencia de que todos no somos libres e iguales–. Al ser declarada la igualdad de las personas en el plano legal y considerarse que lo crea esa desigualdad (el acceso a los bienes materiales) es un asunto irrelevante para el operador de justicia, se agravan esas desigualdades: ¿podríamos producir una genuina jus-

ticia aplicando la misma norma a personas diferentes? –Y si de libertad se trata: ¿podríamos concebir a un ser humano como sujeto libre cuando está atrapado por la pobreza crítica, la marginalidad y la miseria? (Rosell, 1993).

La paradoja de la ciencia jurídica, como lo precisan Barcellona y Cotturi, es la distinción entre legalidad y justicia. –Es así que el jurista debe ocuparse de las normas, siendo la justicia un factor excluido del sistema (Barcellona y Cotturi, 1976)–. Por esta vía se extraña la axiología como elemento propio de la función del operador del sistema legal. –Esta es la idea dominante en los centros de enseñanzas del Derecho en los cuales se insiste en el conocimiento de la ley sustantiva y adjetiva para su aplicación acrítica, automática, excluyéndose mecanismos de aplicación con vista en las circunstancias sociales que el caso concreto plantea.

La contradicción entre ley y realidad debe ser precisada sin temor por el juez. –A través de tal actitud el Poder Judicial no estará enteramente subordinado ni simplemente opuesto al Poder Legislativo, sino que constituirá un aspecto complementario e indispensable del Poder Legislativo, lo que le impone una tarea no sólo jurídica, sino también política, como lo es el armonizar el orden jurídico de origen legislativo con las ideas dominantes de lo que es justo y equitativo en una sociedad en un momento dado. (Molina Galicia, 1993).

Esas fuentes jurídicas, base de un discurso reconceptualizado en el área penal, tienen su apoyo no en el sistema legal y en sus fuentes formales de legitimación, sino en lo razonable que rechaza las soluciones inicuas e irracionales del sistema, a través de procedimientos retóricos como «manera de vencer, de producir acontecimientos, decisiones, batallas, victorias...» (Foucault, 1988). –La revalorización de la retórica como forma de concretar juicios de valor acerca del sistema jurídico y su aplicación, es la vía que lleva al juez a una actitud política, comprometida socialmente.

Será responsabilidad del Poder Judicial, consciente de su rol político, concretar con sus órdenes expresadas en sentencias y autos, aquellas garantías básicas del ser humano, inclusive consagradas en la Constitución, pero obstaculizadas en su realización por la ideología dominante. –Claro, para ello es necesario contar con un Poder Judicial vigoroso, con jueces inequívocamente independientes y progresistas–. La pregunta de siempre es: ¿En América Latina, y concretamente en Venezuela, contamos con un Poder Judicial integrado por jueces de esas características?

Estas reflexiones no tienen la pretensión de plantear bases metodológicas para la creación del sistema jurídico, pues ello será tarea de los teóricos. –Nuestro modesto propósito se limita a explicar una manera de cómo el operador de justicia, a través de un método surgido de la crisis y de la necesidad, puede utilizar coyunturalmente un uso diferente del Derecho, para salvar el abismo entre realidad y ley en América Latina.

II. Las dos perspectivas para la determinación de los derechos humanos

Todo lo escrito hasta ahora lleva como propósito precisar las dos posiciones que se asumen para definir lo que son los derechos humanos, y cómo el positivismo jurídico se acerca de tal manera a una de ellas que terminamos por descubrir que es su verdadero pero velado soporte.

Si nos quedamos con la proclama dos veces centenaria de «libertad e igualdad» formal, limitaremos los derechos humanos a los derechos civiles y políticos, dejando por fuera aquello que la tesis positivista califica sin relevancia jurídica, sirviendo de base por tanto al prototipo de una sociedad inspirada en la filosofía económica liberal, en donde se nos declara iguales y libres, en el sentido de que todos tenemos igual capacidad y libertad para contratar, lo cual es ilusorio, trayendo como consecuencia que se potencien las desigualdades; pero con la orden positivista de que el operador de justicia no debe intervenir en ello. ¿Y es que los bienes e intereses del ser humano se limitan a estos derechos civiles y políticos?

Si abrimos nuestro entendimiento para que la realidad lo penetre tendremos que concluir en que los derechos humanos van mucho más allá de esa libertad e igualdad formalmente ofrecidas. Los derechos humanos socioeconómicos, por medio de cuya satisfacción se cubren las necesidades básicas del hombre, es la proposición que llena las exigencias de justicia. Rescatar al ser humano de la miseria, más que ofrecerle expectativas en el área civil y política, es lo que pudiera abrir a la sociedad, sobre todo a la latinoamericana, hacia una situación en la cual impere realmente la libertad y la igualdad.

Tal como lo escribe Luciano de Oliveira, la realidad política y social en América Latina invalida la tesis del «carácter burgués» de los derechos humanos de la tradición liberal clásica. El personaje que emerge de la Declaración de 1789 es el individuo titular de derechos y garantías inalienables, es el sujeto de derecho, que esto suceda coetáneamente con el fenómeno de las revoluciones burguesas, parece un hecho histórico establecido y aceptado; pero que de allí se concluya en el carácter intrínsecamente burgués de la noción de derechos humanos, es lo que parece una conclusión extraída abusivamente. Oliveira completa la idea refiriendo que una vez desatado el proceso de constitución de derechos, ese sujeto pasa a ser el titular de aspiraciones no reductibles al simple interés del comprador-vendedor de mercancías, concluyendo el autor en que: si el mercado exige como presupuesto un sujeto libre para comprar y vender, no exige (y hasta exime), el sujeto para ejercer la ciudadanía política (Oliveira, 1989).

El sistema por funcionar tal y como se planificó produce desigualdades y esto se observa en sociedades altamente desarrolladas, que han alcanzado la forma de democracias del bienestar; pero el punto que debemos traer a la discusión es lo que sucede en los países latinoamericanos, y en general, en el Tercer Mundo.

Si le agregamos al injusto, al inmisericorde sistema que plantea la noción burguesa de los derechos humanos apuntalado con el «neutral» positivismo jurídico, el hecho de la no realización de los derechos que prevé el mismo sistema en relación a la clase social sin poder económico y político, nos conseguiremos con la iniquidad en su más detestable versión.

«De hecho, en medio de la riqueza de sus recursos humanos y naturales, el mayor empobrecimiento de los países del Tercer Mundo dejaba claro que las posibilidades de realizar los derechos económicos, sociales y culturales de sus pueblos era imposible dado que todos sus esfuerzos se dirigieron a pagar los enormes préstamos obtenidos de la Banca Internacional.» (Romero, 1992).

Refiere la autora citada antes que en 1981, por primera vez en la historia de la postguerra, los países del Tercer Mundo se convirtieron en exportadores netos de capital, en otras palabras, sus pagos por servicios de la deuda excedieron los nuevos préstamos y refinanciaciones, con sumas cuatro veces mayores que las del Plan Marshall (Guía del Tercer Mundo, 541).

Si el sistema, tal como lo plantea la noción burguesa de la sociedad y su eficaz colaborador: el positivismo jurídico, crea para el ser humano un tratamiento alejado de la real libertad e igualdad, y si le añadimos los componentes propios de la empobrecida América Latina, no puede pretenderse que se siga al pie de la letra los mitos propios de la neutralidad y del formalismo jurídico. El operador de justicia, y principalmente el juez, debe asumir un rol político, a fin de intervenir activamente en esta crítica situación.

La libertad debe ser integral, o no lo es, pues tal como lo asevera Luis Carlos Sachica: no hay libertad intelectual sin libertad económica, política, social, y recíprocamente porque todos los aspectos de la libertad son interdependientes, asimismo no hay libertad individual si no hay libertad en toda la colectividad. –Por otra parte, prosigue Sachica, el imperativo del desarrollo económico no debe prevalecer sobre la necesidad de la simultánea libertad política, ni ésta debe frenar la exigencia justiciera del desarrollo social, material, que propicia las condiciones para hacer efectivas aquéllas (Sachica, 1988).

Para hablar con propiedad de derechos humanos no nos podemos limitar al discurso de Reagan o de Carter, a ello debemos agregarle los derechos socio-económicos y culturales.

III. El artículo 50 de la Constitución de la República de Venezuela

Por una parte nos conseguimos con un sistema cuyo propósito terminal es la indiferencia universal que es el ideal del diablo en las sociedades

Ponencias

contemporáneas (como una vez lo escribió Juan Liscano comentando a Paz), la falta de humanismo, la ausencia de solidaridad; y por la otra, en los países del Tercer Mundo, nos topamos con la crisis de ese sistema inicuo, de economía liberal, que conculca los derechos que el propio sistema reconoce a las clases sociales desprotegidas: ofrece pero no realiza.

El operador de justicia debe en principio esforzarse por concretar aquellos derechos fundamentales que el sistema jurídico consagra, protegiendo de esta manera a la clase sin poder económico y político, pues el resto sabe cómo defenderse, o no tiene de qué defenderse. Pero el asunto está en que el sistema no procede como dice que debe proceder (un mundo del deber ser que nunca será, un embuste, como lo escribe Zaffaroni), y de esta manera potencia de tal manera las desigualdades y la carencia de libertad real, que llega un momento en que pierde legitimidad, pierde su autoridad para imponer el «orden» que desea, y es allí en donde fundamentalmente el juez se consigue en el disparadero de recriminar conductas aun cuando el «deber jurídico» del sujeto es inexigible (Rosell, 1988).

En el área penal tal situación hace crisis pues el Estado olvida realizar garantías fundamentales del ser humano, pero sí recuerda su capacidad represiva. Esta situación propicia la posibilidad de que el juez también se salte el sistema normativo, procurando conseguir en instancias extralegales la solución equitativa que el caso requiera.

Saltarse el sistema en Venezuela es prácticamente quedarse en él, pues una norma de la Constitución de la República así lo autoriza: el artículo 50.

Cuando en el año 1986 nos correspondió participar como ponente en las XI Jornadas Domínguez Escovar sobre Derechos Humanos, llevamos al auditorio, con mucha timidez (con tanta timidez que no dejamos constancia de ello en la ponencia escrita), una inédita interpretación de dicha oposición. -Llevar esta idea a un público especializado y calificado era un alto riesgo, razón por la cual consultamos con constitucionalistas de renombre, algunos de ellos ponentes en las mismas Jornadas-. Fuera de decir que era una interpretación «novedosa», «delicada», «peligrosa» o que «tuviera cuidado», nadie la objetó, como tampoco hemos conseguido hasta ahora en las decenas de postgrados, conferencias o charlas dictadas, alguien que razonablemente la contradiga. Ya, para 1987, en las Jornadas realizadas sobre «Amparo Constitucional» por el mismo Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, presentamos por escrito estas ideas que figuran en el libro memorias de ese evento (Rosell, 1987).

El artículo 50 de la Constitución-lo hemos utilizado en muchas y variadas oportunidades en nuestra función de juez. Ha sido el puente para buscar «el otro derecho», y para conseguir en fuentes discursivas, que no legales, la base fundamental de numerosas dispositivas de nuestras sentencias.

«La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella».

Hemos deducido del texto de este artículo 50, que el constituyente venezolano proscribió al positivismo jurídico, al permitirle al juez precisar y realizar derechos y garantías que no están en la ley. Debe recordarse que esta disposición 50 forma, conjuntamente con la 49, todo un sistema procesal autónomo que sitúa al juez en el centro, otorgándole un poder que nuestra judicatura todavía no ha descubierto. Efectivamente, los artículos 49 y 50 prevén el procedimiento del amparo y los derechos a proteger por parte del juez, es así que este artículo 49 establece:

«Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley.

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida».

Pero volviendo a la disposición 50, de su lectura debe deducirse que replantea la tesis de que no todo el derecho está en la ley, apartándose de la posición positivista. Sabemos que en principio es difícil digerir la idea para quien tiene una formación de fuerte inspiración positivista; pero, ¿no es lo que se deduce claramente de la disposición en comentario? Existen derechos a proteger cuyos orígenes se remontan a esferas superiores de la misma ley. El marco de protección rebasa los límites de la legislación, razón por la cual es forzoso concluir que no todo el derecho está en la Ley. La ley no es más que una expresión de la totalidad del derecho (Rosell, 1992).

IV. La formación del nuevo juez

Para sembrar esta nueva perspectiva con la cual el operador de justicia debe manejar el sistema jurídico, principalmente el sistema penal, es de suma importancia la orientación curricular que se le dé a los cursos de post-grado, pues sabemos que el enquistamiento de ideas convencionales y formalistas son de difícil erradicación en el secular curriculum de pre-grado de nuestras escuelas de Derecho.

El nuevo operador de justicia, y fundamental el nuevo juez debe ser producto de una formación diferente, y de su superación intelectual. El juez preso de la ley, ejecutor indiferente de su mandato en detrimento de lo justo, de lo equitativo, en una sociedad de evidentes desigualdades, debé cesar en su inicua tarea. -El juez que requiere ese Poder Judicial redimensionado en sus funciones ha de ser el juez garantista, que anteponga la realidad a los mitos obsoletos a la hora de sentenciar: que observe y oiga al ser humano y se percate de sus necesidades reales antes de aplicar la ley: que perciba el llamado del común sentimiento de justicia que en este sufrido

Ponencias

margen del mundo, América Latina, espera, ya no tan paciente, que se le cumplan las promesas ofrecidas a través de la democracia social formalmente consagrada en el sistema jurídico, que no es otra cosa sino aquellos bienes fundamentalmente mínimos para sobrellevar una vida digna de llamarse humana.

Bibliografía

- BARATA, ALESSANDRO *La vida y el Laboratorio del Derecho*. Capítulo Criminológico, No 16. Universidad del Zulia. Maracaibo 1988.
- BARCELLONA, PIETRO y COTTURRI, GUIUSEPPE *El Estado y los Juristas*. Editorial Fontanella. Barcelona 1976.
- FOUCAULT, MICHEL *La verdad y las Formas Jurídicas*. Editorial Gedisa. México 1988.
- JACQUES, MANUEL *Una concepción metodológica del Uso Alternativo de Derecho*. El Otro Derecho No 1. Temis Ilsa. Bogotá, 1988.
- MOLINA GALICIA, RENÉ *Una Sentencia Histórica*. Artículo de opinión. Diario de Tribunales edición del 18 de febrero de 1993. Barquisimeto.
- OLIVEIRA DE, LUCIANO *Derechos Humanos y Marxismo*. El Otro Derecho, No 4. Temis-Ilsa. Bogotá 1989.
- PRESSBURGUER, MIGUEL *Derechos Humanos, Administración de Justicia y otros Organismos del Estado*. El Otro Derecho, No 14. Ilsa. Bogotá 1993.
- ROMERO, AMANDA *El Neoliberalismo, los Derechos Humanos y el Nuevo Paradigma*. El Otro Derecho No 2. Ilsa. Bogotá 1992.
- ROSELL, JORGE *Amparo, Justicia y Jurisdicción Penal (La función política del órgano Jurisdiccional)*. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Barquisimeto 1987.
- ROSELL, JORGE *La realización de los Derechos Humanos y el Uso Alternativo del Derecho (La otra forma de administrar justicia)*. Capítulo Criminológico No 14. Universidad del Zulia. Maracaibo 1988.
- ROSELL, JORGE *Derechos Humanos en su Concepción Integral: Paradigma del Siglo XXI*. Instituto de Estudios Jurídicos. Barquisimeto, 1993.
- SACHICA, LUIS *Derecho Constitucional de la Libertad*. Librería del Profesional. Bogotá 1988.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL *En Busca de las Penas Perdidas*. Edías. Buenos Aires 1989.

JUECES PARA LA DEMOCRACIA DE VENEZUELA

Rafael Rivas Sarmiento

Juez Rector del Estado Sucre (Venezuela). Profesor de la Universidad de los Andes (ULA) Venezuela. Profesor de la Universidad Católica «Andrés Bello» (UCAB) Venezuela

Seminario sobre derechos humanos para operadores de justicia

La justificación de la actividad que proponemos se encuentra en el examen de la formación del Juez Venezolano, como uno de los factores determinantes de su actuación en materia de aplicación y defensa de los principios y normas de los Derechos Humanos, la cual resulta insuficiente y no responde a las expectativas y necesidades de la comunidad, constituyéndose así, en una de las causas inmediatas de la crisis por la que atraviesa el sistema judicial.

La Universidad Venezolana forma abogados, que luego serán Operadores de Justicia, con criterios académicos del siglo XIX, concibiendo al derecho dentro de un rígido esquema tautológico, que le impide aproximarse a la solución de los retos de la sociedad del siglo XXI. El derecho que allí se enseña no enfoca ni analiza la Ética y la Responsabilidad, la Propiedad Intelectual, las nuevas Tecnologías, la Economía Informal y los Derechos Humanos, temas que constituyen la preocupación y reclamos de nuestra sociedad actual, a lo que se agrega la formación «iuspositivista» que degenera en la aplicación preferente de normas de menor rango, contradiciendo –en muchas coacciones– los principios constitucionales.

¿Por qué la necesidad del conocimiento de los Derechos Humanos?

Las normas de los DDHH tienen aplicación mundial y con carácter obligatorio cuando los diferentes Estados las acogen como legislación interna, ya sea por las vías ejecutiva, legislativa o a través de la vía jurisprudencial. Venezuela es signataria de 42 instrumentos DDHH en materia sustantiva y de 14 en materia adjetiva, los cuales siendo Ley de la República tienen mayor jerarquía –aplicación preferente– a las demás leyes orgánicas y ordinarias; estos instrumentos de origen internacional regulan actividades que van desde lo esencialmente individual a lo globalmente social, pasando así por los campos político, económico, civil y cultural; muy pocas áreas le son extrañas. Por otra parte, debe destacarse como atributos de los

Ponencias

DDHH, que, su contenido, sin ser necesariamente programático, exige interpretación del Operador de Justicia, y adecuación a cada caso, por lo que en muchas oportunidades se producirá jurisprudencia novedosa; y siendo el producto del consenso de los Estados y orientados por las Teorías Universales del Derecho, detentarán un carácter de mayor estabilidad, reforzado con la técnica empleada en su formulación. A lo anterior debemos agregar que la comunidad internacional se ha convertido en un celoso guardián de los DDHH, y sus organizaciones, con gran poder de presión, denuncian y activan condenas a los países donde se violan sus postulados; concluyéndose entonces, en que, la observancia legal en materia de DDHH contribuye eficazmente a la paz, la estabilidad y la seguridad jurídica.

¿Cómo se remedia esta situación?

Teóricamente la corrección de la situación planteada, se puede lograr con:

1. Formación Integral de los Operadores de Justicia en materia de DDHH.
2. Reforzamiento de la **independencia** y **autonomía** de los órganos del servicio de Justicia.

MEMORIA DESCRIPTIVA

Seguidamente pasamos a presentar un Proyecto de **Seminario avanzado** en materia de DDHH para Operadores de Justicia que aspira a contribuir a su formación integral dirigida a una efectiva realización de Justicia Social.

Organización:

A cargo y bajo la responsabilidad de la Directiva de la **Asociación de Jueces para la democracia de Venezuela**.

Duración:

El diseño del **Seminario** en Ocho Unidades y un Foro Final, con una duración de doce (12) horas, las Unidades, y de cuatro (4) el Foro Final, permite su realización en nueve fines de semana (4 horas del viernes y 8 del sábado); lo que posibilita la no interrupción de las actividades regulares de los asistentes.

Profesores:

- a) Jueces en ejercicio de la docencia universitaria en materias afines.
- b) Profesores invitados, de Instituciones Públicas y Privadas, nacionales y extranjeras.
- c) Se invitará para la realización del Foro Final a compañeros de Jueces para la Democracia de otros países, representantes de Organizaciones No Gubernamentales de la ONU, y autoridades del país.

Ámbito y Cupo:

El Seminario se hará a nivel nacional o regional:

- a) Nacional: Seleccionándose 25 Operadores de Justicia de las diferentes regiones o circuitos judiciales.
- b) Regional: Seleccionando 25 Operadores de Justicia de la región; en este caso se realizará un Seminario en cada una de las regiones o circuitos judiciales.

Gastos y financiamiento:

En el cálculo de los **gastos** se incluirán los pagos por concepto de:

1. Material didáctico.
2. Transporte, hospedaje, alimentación, viáticos y honorarios para los profesores y organizadores.
3. Personal Técnico Auxiliar.
4. Gastos de administración y secretaria.

En cuanto al **financiamiento**, se preveen los siguientes rubros:

1. Pago de matrícula por cada uno de los Operadores de Justicia asistentes al Seminario.
2. Aporte de los Organismos Internacionales.
3. Los Colegios de Abogados, Institutos de Estudios jurídicos y el Consejo de la Judicatura cederán gratuitamente los locales y la infraestructura correspondiente.

CONTENIDO DEL SEMINARIO

UNIDAD No. 1. Metodología de la investigación.

UNIDAD No. 2. Crisis judicial del país.

UNIDAD No. 3. Filosofía de la interpretación del Derecho.

UNIDAD No. 4. Derecho, ideología y juez.

UNIDAD No. 5. Ética.

UNIDAD No. 6. DDHH: Nociones generales.

UNIDAD No. 7. DDHH: Legislación sustantiva.

UNIDAD No. 8. Legislación adjetiva.

UNIDAD No. 9. FORO FINAL.

Ponencias

Seminario sobre derechos humanos para Operadores de Justicia

Objetivos:

1. Objetivo terminal:

Proporcionar instrumentos que permitan al Operador de Justicia satisfacer los Derechos Humanos consagrados en la legislación nacional e internacional, motivándolo a participar activamente en la defensa de las libertades y garantías propias del sistema democrático.

2. Objetivos generales:

- a) Analizar la crisis judicial en Venezuela.
- b) Revisar las diferentes corrientes filosóficas de la interpretación del Derecho.
- c) Evidenciar la relación existente entre Derecho y sistema político.
- d) Establecer las normas orientadoras de la Ética del Operador de Justicia.
- e) Proporcionar información acerca de la legislación nacional e internacional sobre derechos humanos.

OBJETIVOS Y CONTENIDO DE LAS UNIDADES

UNIDAD No. 1.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

El objetivo de esta unidad consiste en proporcionar al Operador de Justicia los conocimientos indispensables para el manejo de la investigación documental y de campo requeridas en materia de derechos humanos.

Su contenido queda a criterio del especialista invitado para dictar la cátedra.

UNIDAD No. 2.

CRISIS JUDICIAL EN VENEZUELA

Objetivos generales:

1. Diagnosticar los principales problemas generales y particulares que confronta el sistema judicial nacional.
2. Precisar y analizar los problemas específicos de las ramas civil y penal.

Contenido:

Bloque «A»:

1. Corrupción judicial.
2. Dilación procesal.

3. Justicia vocacional.
4. Procedimientos disciplinarios.
5. Inspectoría de Tribunales.
6. Carrera judicial.
7. Protección del juez.
8. Publicidad de las leyes.
9. Juez Rector.
10. Partidización judicial.

Bloque «B»:

1. Detenciones preventivas.
2. Policías.
3. Penitenciarismo.
4. Justicia Militar.
5. Defensa Pública.
6. Fiscalía del Ministerio Público.

Bloque «C»:

1. Arancel Judicial.
2. Materia Registral.
3. Inaccesibilidad al servicio de justicia.

Nota: Esta unidad se desarrollará bajo el sistema de Talleres.

UNIDAD No. 3.

FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Objetivos generales:

1. Analizar la jurisprudencia como fuente del derecho.
2. Desarrollar alternativas de interpretación de la ley, diferentes de la lógica tradicional y al exegetismo.
3. Conocer otros métodos de interpretación del derecho.

Contenido programático:

1. La lógica tradicional.
2. El exegetismo.
3. Crítica a la lógica tradicional y al exegetismo como métodos de interpretación del derecho.
4. Otros métodos de interpretación del derecho:
 - a) El utilitarismo.
 - b) La experiencia práctica.
 - c) La libre investigación científica.
 - d) El derecho libre.
 - e) La jurisprudencia de los intereses.
 - f) La jurisprudencia sociológica.

Ponencias

- g) La lógica tradicional.
- h) El realismo jurídico.

UNIDAD No. 4. DERECHO, IDEOLOGÍA Y JUEZ

Objetivos generales:

1. Evidenciar la relación entre el sistema jurídico y la ideología política del Estado.
2. Analizar la situación entre liberalismo económico como fuente real de derecho.
3. Conocer el rol del juez y de los demás Operadores de Justicia, ante el sistema jurídico.
4. Precisar el rol político de los Operadores de Justicia.
5. Concretar la función del juez, sensible políticamente, como Operador de Justicia realizador de los derechos humanos.

Contenido:

1. Las fuentes reales y formales del derecho.
2. La ideología política como fuente real del derecho.
3. El liberalismo económico como fuente real del derecho.
4. La igualdad real y la igualdad formal, dentro del sistema liberal.
5. El rol político del juez.
6. Las dos imágenes del juez: el juez neutral y el juez políticamente sensible.
7. La función del juez como realizador de la democracia social.
8. La concreción de los derechos humanos a través de la función del juez.
9. La actitud del juez como consecuencia de la concepción filosófica de la interpretación del derecho.

UNIDAD No. 5. ÉTICA

Objetivos generales:

1. Informar al juez sobre las normas relativas al control ético del proceso.
2. Analizar la figura del juez como controlador del proceso, y de los auxiliares de justicia.
3. El rol del juez: Operador de Justicia o cultor de la legalidad.
4. Precisar las características que definen el perfil ideal del juez.

Contenido:

A determinar por el profesor dando cumplimiento a los objetivos generales trazados.

UNIDAD No. 6. DERECHOS HUMANOS: NOCIONES GENERALES

Objetivos generales:

1. Definir los derechos humanos.
2. Precisar las fuentes legitimadoras de los DDHH.
3. Analizar la evolución de los DDHH.
4. Precisar la concepción y realización de los DDHH en Latinoamérica.
5. Establecer la función del juez como realizador de los DDHH.

Contenido:

1. Nociones generales de los DDHH.
2. Legitimación de los DDHH.
3. Evolución de los DDHH.
4. Los DDHH en Latinoamérica.
5. El juez ante los DDHH.

UNIDAD No. 7. LEGISLACIÓN SUSTANTIVA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Objetivos generales:

1. Analizar los diferentes instrumentos legales consagradorios de los DDHH.
2. Analizar metodológicamente los diferentes ámbitos de los DDHH establecidos en esa legislación.

Contenido:

1. Los DDHH individuales.
2. Los DDHH en participación.
3. Los DDHH en solidaridad.
4. Los DDHH en su concepción integral.

UNIDAD No. 8. LEGISLACIÓN ADJETIVA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Objetivos generales:

1. Analizar meteorológicamente los diferentes instrumentos procesales consagradorios de los DDHH.

Contenido:

1. Los DDHH instrumentales.
2. Medios específicos.
3. Remedios procesales.

Ponencias

4. Instrumentos complementarios.
5. El amparo como instrumento complementario de protección de los DDHH.
6. Los artículos 49 y 50 de la Constitución de Venezuela.

UNIDAD No. 9. FORO FINAL

Objetivo:

1. Confrontar la opinión de los invitados especiales y los participantes del Seminario.
2. Producir un documento declarativo.
3. Establecer canales regulares de comunicación.

Contenido:

1. Crisis judicial.
2. Insuficiencia presupuestaria.
3. Partidización judicial.
4. Principales reformas legislativas de urgencia.

DIPLOMAS Y RECONOCIMIENTOS

Se otorgará diploma a los asistentes regulares según la evaluación efectuada por los diferentes profesores.

De igual forma se entregarán Reconocimientos a los docentes del Seminario y organizaciones patrocinantes.

LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ ANTE LOS DERECHOS HUMANOS

Resumen de las dos (2) presentaciones venezolanas Primera parte (presentación de Rosell)

1. El poder político-social evade su responsabilidad ante la criminalidad anteponiendo un sistema jurídico que abstrae el hecho de su contexto social para limitarlo a conflictos entre individuos.
2. Este mecanismo crea la idea de que la «delincuencia» no es producto del sistema económico y social, sino que es un conjunto de conflictos individuales.
3. Ello es posible al declarar a todas las personas como «libres e iguales» formalmente, pero la perversión del sistema radica en llevar esta ficción más allá de lo formal y partir del hecho de que todos somos realmente libres e iguales, por lo que a todos les es exigible el «deber jurídico» en forma igualitaria.
4. A través de esta ficción (todos somos libres e iguales) el juez al aplicar la ley deja de lado las desigualdades reales, potenciándolas.
5. En América Latina la brecha entre igualdad y libertad formal y real es mucho mayor que en regiones «desarrolladas»; esto crea un abismo entre ley y realidad.
6. De allí el necesario rol político del juez en latinoamérica a través de una actitud axiológica, por medio de la cual pueda evaluar o enjuiciar la norma antes de su aplicación, con vista en los resultados sociales que producirá.
7. Todo lo anterior debe llevarnos a una perspectiva no formal de los Derechos Humanos (derechos civiles y políticos), sino a una en la cual podamos incluir los derechos socioeconómicos.
8. Los artículos 49 y 50 de la Constitución de la República de Venezuela permiten a los jueces amparar a toda persona en sus derechos y garantías, aun cuando «no figuren expresamente» en la ley.
9. Se concluye que no todo el Derecho está en la ley y por tanto ésta no es más que una expresión parcial del Derecho.
10. El nuevo juez, el juez que reclama Latinoamérica ha de ser uno formado en la educación de los derechos humanos, por lo que se diseñó un plan de estudio, a través de un seminario, cuyo objetivo terminal es dar esta perspectiva político social a la función judicial.

Segunda parte (presentación de Rivas)

1. La formación del juez con base en el conocimiento de los derechos humanos positivizados en las constituciones de la región y en tratados y acuerdos internacionales, coadyuva a que asuma una actitud activa en el plano político social.
2. Esta formación igualmente refuerza la independencia y autonomía del servicio de justicia, de los factores de poder que secularmente procuran su mediatización.
3. El diseño del seminario lo componen nueve unidades, a saber: a) metodología de la investigación; b) crisis judicial del país; c) filosofía de la interpretación del Derecho; d) Derecho, ideología y juez, e) ética; f) DDHH: nociones generales; g) DDHH: Legislación sustantiva; h) Legislación adjetiva; e i) foro final.
4. El objetivo terminal del seminario es proporcionar instrumentos que permitan al Operador de Justicia satisfacer los derechos humanos consagrados en la legislación nacional e internacional, motivándolo a participar activamente en la defensa de las libertades y garantías propias del sistema democrático.

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ligia Molina Argüello
Nicaragua

I. Introducción

El presente trabajo versa sobre la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) con sede en San José de Costa Rica, creada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como órgano regional, con competencia para emitir tanto opiniones consultivas con carácter de interpretaciones calificadas de derecho internacional como sentencias de acatamiento obligatorio para los Estados Partes que reconocen su competencia, actuando en el marco de un procedimiento contencioso riguroso, con el objetivo de garantizar la correcta interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) órgano judicial principal de las Naciones Unidas –congruente con el Derecho Internacional Contemporáneo–, establece en su artículo 38, que para «decidir conforme al derecho internacional la controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen las reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.»

De acuerdo con el artículo transcrito, las decisiones judiciales al igual que la doctrina de los grandes publicistas, no constituyen fuentes del derecho internacional general, pues el carácter de éstas es subsidiario a diferencia de los tratados, las costumbres internacionales, y los principios generales de derecho, considerados fuentes principales del derecho internacional. Tal cuestión implica, que una sentencia no podrá apoyarse única y exclusivamente en un precedente jurisprudencial o en la doctrina como tal, pues sólo podrá utilizarlas para determinar una norma de derecho internacional

cuya disposición no conste con suficiente claridad. Porque como ya se dijo, ni la Jurisprudencia ni la doctrina son fuentes principales del derecho internacional y sólo pueden tenerse en cuenta como medios auxiliares para aclarar preceptos jurídicos dudosos. No obstante, las decisiones judiciales revisten especial importancia para los tribunales internacionales que juzgan las violaciones de los Estados a los derechos humanos.

A nivel regional, la Corte Interamericana ha emitido una importante «jurisprudencia consultiva» de enorme trascendencia para la interpretación, aplicación y desarrollo del derecho internacional de derechos humanos en el continente.

En materia de jurisdicción contenciosa, los organismos no gubernamentales de los derechos humanos han sugerido que la labor de la Corte ha sido más bien discreta, debido a que, para que suban a su conocimiento los casos de supuestas violaciones de derechos humanos deben pasar previamente por el «filtro» de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

II. Antecedentes históricos

Durante la Conferencia Panamericana celebrada en Chapultepec, los Estados Americanos habían proclamado la adhesión de las repúblicas americanas a los principios consagrados en el derecho internacional para la salvaguarda de los derechos esenciales del hombre y se había pronunciado en favor de un sistema de protección internacional de los mismos. A tal efecto encomendó al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de declaración.

Meses antes de ser aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), la recién creada Organización de Estados Americanos (OEA), durante la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en abril de 1948 en Bogotá, aprobó la resolución XXX en la que acuerda adoptar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (considerada en su primera etapa como un instrumento declarativo no vinculante jurídicamente para los Estados), en la que estableció los principios fundamentales que «deben ser guía principalísima del derecho americano en evolución» en materia de derechos humanos.

En ese mismo año, durante la Novena Conferencia Internacional Americana, se adoptaron también las Convenciones sobre la Concesión de los Derechos Civiles y Políticos a la Mujer, sobre la Condición Económica de la Mujer Trabajadora y la Carta Interamericana de Garantías Sociales.

La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Americanos, celebrada en Santiago de Chile en agosto de 1959, aprobó su Resolución número VIII, en la que decide crear una Co-

misión Interamericana de Derechos Humanos integrada por siete miembros elegidos a título personal. El Consejo de la Organización de los Estados Americanos organizaría la Comisión y le señalaría sus atribuciones específicas. El primer Estatuto de la Comisión fue aprobado por el Consejo el 25 de mayo de 1960. El carácter de la Comisión era el de una entidad autónoma de la Organización de los Estados Americanos, con el mandato de promover el respeto de los derechos humanos, y no estaba facultada para recibir comunicaciones sobre violaciones de los mismos.

También la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Americanos, encargó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de Convención Americana de Derechos Humanos.

En la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos celebrada en Santiago de Chile fue aprobado el proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sometido a un largo proceso de consultas con los gobiernos, y al examen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En noviembre de 1965 se celebró en Río de Janeiro la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, en donde se aprobaron las Resoluciones XXII y XXIV.

La Resolución XXII amplía las facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues ésta, además de promover y velar porque se respeten los derechos humanos, particularmente los referidos a la vida, a la libertad, seguridad e integridad física, a la libertad de pensamiento, culto y religión, al debido proceso, y de petición, consagrados en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, se la faculta para recibir comunicaciones sobre violaciones de los mismos, dirigirse a los gobiernos de los Estados Americanos para obtener informaciones y hacer recomendaciones, rendir informes sobre el progreso alcanzado en el campo de los derechos humanos y hacer observaciones y recomendaciones pertinentes.

La Resolución XXIV acuerda la reforma de la Carta de Bogotá, de 1948, en la que se consagra la estructura de la Organización de los Estados Americanos, encargándole la elaboración del anteproyecto a una Comisión Especial integrada por representantes de todos los Estados miembros de la OEA.

Esta Comisión Especial se reunió en Panamá en 1966 y elaboró el anteproyecto de reforma de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, dedicándole a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los capítulos XVIII y XXV, que pasaron a formar parte del Protocolo de Buenos Aires.

En 1967 se celebró en Buenos Aires la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, aprobándose las reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos pasando a formar parte de éstas de manera textual los artículos XVIII y XXV del anteproyecto de Reforma de Panamá,

decidiendo sí, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos determinaría la estructura, competencia y procedimiento de la Comisión, así como los otros órganos de la materia y que mientras la Convención no entrara en vigor la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (creada en 1959) velaría por la observancia de los Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), fue adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Este instrumento jurídico interamericano regula en su parte II, capítulos VI al IX todo lo relativo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

III. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Así como la Carta de las Naciones Unidas, constituyó de parte de los Estados signatarios, el reconocimiento de que, los derechos humanos consistían el fundamento de la necesidad de establecer un nuevo orden internacional que eliminara los riesgos de la opresión, el temor y la necesidad causados por regímenes antidemocráticos, lo que se expresa en el Preámbulo al resolver, «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas» (párrafo dos), y en el propósito de «Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión» (numeral 3, Art. 1, Cap. I).

Así también la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no es más que el resultado de la preocupación de los Estados latinoamericanos de materializar la aspiración que se expresa en el Preámbulo de la Carta constitutiva de la Organización de los Estados Americanos (1948), al afirmar que «el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el consolidar en este continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre». Declaración que fue ampliada al reformarse la Carta de la Organización de los Estados Americanos en el Protocolo de Buenos Aires (1967), a los derechos económicos, sociales y culturales.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Americanos signatarios reafirmaron en el Preámbulo «su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el res-

peto de los derechos esenciales del hombre; reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento de tales derechos, los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos; considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de Estados Americanos, y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional».

El origen entonces, del sistema de protección de los derechos humanos regional americano, tiene su fundamento legal, en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1948, enmendada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967. Este Protocolo le confirió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), rango de órgano principal del sistema destinada a promover y proteger la observancia de los derechos humanos y descansa en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH), órganos de naturaleza jurídica diferentes.

A los organismos anteriores habrá que añadir el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, encargados de conocer los informes periódicos de los Estados partes en el protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, de 1988.

Debido a la existencia de criterios contrarios sobre el alcance de las obligaciones de los Estados, en el marco de lo dispuesto en el Arto. 2, inciso 1) y 2), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el Arto. 1, inciso 1) y Arto. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es pertinente detenerse en la valoración que se hace acerca de la naturaleza particular de las convenciones atinentes a los derechos humanos, de cara a los tratados tradicionales, sean multilaterales o bilaterales que versan sobre materia distinta de los derechos humanos.

Al respecto se afirma que las convenciones referidas a los derechos humanos, aunque son tratados multilaterales, constituyen un medio para el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios son los seres humanos sujetos a su jurisdicción; en cambio los tratados tradicionales, sean multilaterales o bilaterales, tienen como objetivo el intercambio recíproco de beneficios y ventajas para los Estados suscriptores, de donde resulta que cuando una de las partes incumple sus obligaciones, la otra puede dar por suspendido o terminado el tratado.

Expresiva resulta la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en relación con la exigibilidad de las normas de derechos humanos contenidas en la Convención para Prevención y la Sanción del Genocidio

Ponencias

(resolución 260 (III), del 9 de diciembre de 1948), que entró en vigor el 12 de enero de 1951. Al decir:

En tal Convención, los Estados contratantes no tienen intereses propios. Tienen solamente, todos y cada uno de ellos un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes.

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse al efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva del 24 de septiembre de 1982, dijo:

Que tales instrumentos, no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Ahora bien, al parecer la distinción anterior acerca de la naturaleza de los tratados, no resuelve la contradicción en cuanto a la determinación del momento en que devienen exigibles las obligaciones internacionales concernientes a los derechos humanos. La cuestión es, la existencia de instrumentos jurídicos internacionales de la misma naturaleza, que contienen por una parte, garantías cuyo cumplimiento no se exige de aplicación inmediata sino progresiva, pues los derechos garantizados están subordinados a condiciones que no dependen única y exclusivamente de los Estados, y por otra, garantías de derechos cuya inmediata aplicación y respeto se estiman garantizados, sin condición alguna.

a) Las primeras son aquéllas que, más que la voluntad de los gobiernos y la puesta en vigencia de un cuerpo normativo jurídico requieren de la conquista y establecimiento en cada uno de los Estados, de un orden económico social, que haga posible una justa y equitativa distribución de la riqueza. De manera que, no es posible la exigibilidad inmediata de las garantías referidas a los derechos económicos, sociales y culturales, pues éstos están concebidos para alcanzarse progresivamente y condicionados a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción, razón por la cual los Pactos Convenciones Internacionales, sólo establecen el compromiso de «los Estados Partes, a adoptar providen-

cias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.» (arto. 26, Cap. III, CIDH).

Sin obviar la objetividad del fundamento, es obligatorio señalar que la injusticia y desigualdad social, la miseria, el hambre, la desnutrición y el analfabetismo, con sus consecuentes secuelas perniciosas –producto de un orden económico mundial deshumanizante y de políticas internas piratescas–, constituyen la más grave expresión de la violación de los derechos humanos de la persona, y en consecuencia, más que la emisión de informes periódicos sobre la situación social y económica de cada país (artículo 42 de la Convención), se requiere de un control más eficaz, para evitar se mantengan tales derechos como una simple aspiración, pues si bien tales garantías aparecen recogidas en nuestras leyes fundamentales, la situación real, consecuencia de las políticas económicas imperantes, ha colocado a nuestros pueblos en estado de indigencia y, en algunos casos, les ha llevado a enfrentar verdaderas guerras fratricidas.

b) Las referidas a los derechos civiles y políticos, cuyo contenido se fundamenta en los atributos de la persona humana, relativos a su vida, integridad, libertad y seguridad. Derechos y libertades considerados inherentes a la dignidad de la persona y superiores al poder del Estado, y consecuentemente de inmediata exigibilidad, cuyo respeto representa para el Estado una obligación de resultado, susceptible de control internacional, pero su vigencia depende, en buena medida, de la existencia de un orden jurídico que los reconozca y garantice.

El compromiso de los Estados Parte en estos convenios es, en principio, el de respetar y garantizar los derechos que en ellos se reconocen a toda persona sujeta a su jurisdicción. Compromiso que está establecido expresamente en el Arto. 2, inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el Arto. 1, inciso 1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los que textual y respectivamente, dicen:

«Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición social.»

«Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respe-

tar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.»

No obstante, la claridad del contenido y alcance de las normas transcritas en cuanto a la inmediata exigibilidad del compromiso asumido por los Estados Partes, el contenido del Arto. 2, inciso 2) del pacto y del Arto. 2, de la Convención, que se transcriben respectivamente a continuación de este párrafo, continúa suscitando criterios de interpretación diferentes, en el sentido de que el compromiso de los Estados consiste en adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias, para hacer efectivos los derechos protegidos.

«Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.»

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

El problema de interpretación –se afirma– no es tal, pues en principio, la defensa legal de los derechos humanos debe hacerse en los respectivos ordenamientos jurídicos internos y sólo cuando el agotamiento de la jurisdicción interna se haya realizado, es que procedería la defensa internacional. El artículo 46, inciso 1) literal a) de la Convención, define el carácter subsidiario o complementario de la defensa internacional de los derechos humanos lo que significa que ésta se ejercita como último recurso que tiene la persona cuyos derechos humanos le han sido violados o negados; ya que si el Estado es llamado a observar sus obligaciones nacionales e internacionales, estableciendo las condiciones para que se garanticen y respeten los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, no lo hace –ya sea de hecho, de derecho o por omisión–, sólo entonces se inicia la protección internacional en favor de la persona humana.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos consagra un orden jurídico cuyo fin es preservar la integridad de los atributos inherentes a la dignidad humana y a instaurar un sistema de protección frente a los agravios a esa dignidad que puedan ser atribuidos al ejercicio del poder público.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el texto análogo de los artículos 2.1 del Pacto y 1.1 de la Convención, ha señalado que «establecen el compromiso de los propios Estados Partes de respetar los derechos y libertades reconocidas en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción»; y que los artículos 2.2 del Pacto y 2 de la Convención no deben ser leídos aisladamente, pues dichas disposiciones «recogen una regla básica del Derecho Internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole». (OC 7/86).

La cuestión en mi criterio, depende de la voluntad política que haga posible liberar de obstáculos el sistema jurídico interno, para la incorporación e inmediata aplicación de las normas internacionales que garantizan la plena vigencia del respeto a los derechos esenciales de la persona humana. Ciertamente, el respeto real de los derechos humanos, no depende únicamente de garantías formales, ya que otros factores contextuales inciden positiva o negativamente: clase e ideología política dominante, estructura y medios destinados a la justicia, conciencia de los jueces, etc.; pero sin garantías y controles formales e institucionales, la efectividad de los derechos humanos sería una ilusión.

El sentido y alcance del Artículo 2 de la Convención se ha venido aclarando con la opinión consultiva de la COIDH, en el siguiente orden:

- La obligación del artículo 2, es adicional y complementaria, pues se suma al deber general del artículo 1 de la Convención.
- El propósito del artículo 2 es el de superar los obstáculos y tomar las medidas pertinentes para asegurar la aplicación de todas las normas de la Convención y garantizar así la protección de los derechos en ella consignados en cualesquiera circunstancia.
- Los derechos consignados en la Convención son autoaplicables aunque un artículo haga referencia a una ley, salvo que la propia vigencia del derecho estuviera condicionada a la ley evocada (OC/86).
- La convención contiene normas que pueden ser aplicadas por los tribunales nacionales sin medidas legislativas adicionales.

Si bien los ordenamientos jurídicos en materia de tratados varían de país a país, aunque la regla general es que para ser tenidos como ley nacional y ser aplicables, requieren de la ratificación, previa aprobación de los Poderes Legislativos, siendo las Constituciones nacionales las que determinan el rango que ocupan en la jerarquía de las leyes.

Sin embargo es innegable el reconocimiento de la importancia de los pactos de derechos humanos, que se expresa en la tendencia de los Estados de reformar los ordenamientos jurídicos internos con el fin de armonizarlos con los contenidos de los pactos, o bien dando un tratamiento especial

Ponencias

o diferenciado a los tratados de derechos humanos o a los preceptos en ellos consagrados. Ya sea atribuyéndole a éstos jerarquía especial, como sucede con las Constituciones de Guatemala (1985) artículo 46; de Colombia (1991) artículo 93; que otorgan a los tratados de derechos humanos ratificados conforme a su respectivo procedimiento, preminencia sobre el derecho interno.

La Constitución Chilena que en su reforma de 1989 al adicionar su artículo 5, dispuso «es deber de los órganos del Estado promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En ese mismo orden, la Constitución de Costa Rica, declara que los convenios internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán autoridad superior a las leyes (artículo 7) y establece el deber de todos los funcionarios públicos de respetar lo establecido en el Pacto (artículo 11).

La Constitución Peruana atribuye jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos. Igualmente la Constitución de Nicaragua 1987, (artículo 182) no obstante establecer que los tratados como fuente de derecho se encuentran en grado jerárquico interior a las leyes generales y ni unos ni otras se podrán aplicar si se oponen o alteran sus disposiciones; en materia de derechos humanos (artículo 46), estatuye la protección estatal y el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, el irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y la plena vigencia de los derechos consignados en la declaración Universal de los Derechos humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; en la Convención Americana de Derechos humanos de la Organización de Estados Americanos. Así mismo la Ley 192, Reforma Parcial a la Constitución Política de Nicaragua (1995), establece la plena vigencia de la Convención Internacional del Niño y la Niña (artículo 71).

En este mismo orden la Constitución Brasileña de 1988, en el caso de los tratados de protección internacional de los derechos humanos en el que el Brasil es Parte, los derechos en ellos garantizados pasan a integrar los derechos constitucionalmente consagrados y directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno (artículos 5 inc. 2 y 5 inciso 1).

IV. La Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH)

Ya anteriormente dijimos que la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Americanos (1959), en su Resolución número VIII, decide crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Consejo de la Organización de los Estados Ame-

ricanos organizaría la Comisión y le señalaría sus atribuciones específicas. El primer Estatuto de la Comisión fue aprobado el 5 de mayo de 1960. La Segunda Conferencia Extraordinaria (1965) amplía las facultades de la Comisión, pues además de promover y velar porque se respeten los derechos humanos, consagrados en la DADDH, se la faculta para recibir comunicaciones sobre violaciones de los mismos, dirigirse a los gobiernos de los Estados Americanos para obtener informaciones y hacer recomendaciones, rendir informes sobre el progreso alcanzado en el campo de los derechos humanos.

La Tercera Conferencia Extraordinaria (Buenos Aires, 1967), aprobó el Protocolo de reformas a la Carta de la OEA, y declaró que habría una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendría como fin principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos determinaría la estructura, competencia y procedimiento de la Comisión, así como los otros órganos de la materia, y mientras la Convención no entrara en vigor la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (creada en 1959) velaría por la observancia de los Derechos Humanos.

El protocolo de Reforma de la Carta de la OEA entró en vigencia en 1970, desde esa fecha hasta el 18 Julio de 1978, que entró en vigencia la CADH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que rigió fue la de 1967.

Siendo creada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como una entidad de carácter técnico, principal y autónoma de la Organización de Estados Americanos, integrada por siete miembros electos a título personal por la Asamblea General de la Organización, las funciones y atribuciones que le habían sido atribuidas en el Protocolo de reformas de la OEA (1967) fueron las de: realizar investigaciones, informes, estudios y recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros no Partes del Pacto, con el fin de que adoptasen medidas progresivas en favor de los derechos humanos. Dentro del marco de la Convención tales funciones no podían realizarse, pues la Convención no obliga más que a los Estados Miembros de la OEA que la han firmado y ratificado, o que se han adherido a ella (inciso 2 Arto. 74). De ahí que la CIDH se rija por las normas de la Convención, las normas del Estatuto que la Asamblea General de la OEA aprobó en Bolivia en 1979 y el Reglamento adoptado por la comisión en su período de sesiones de marzo-abril de 1980.

La CIDH en materia de derechos humanos tiene competencia para:

a) Conocer de denuncias, comunicaciones o quejas de violaciones de los Estados Partes a los derechos humanos, presentadas por persona individual, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización (Arto. 44 CADH).

Ponencias

b) Conocer denuncias de violaciones de derechos humanos de un Estado contra otro Estado. Estas quejas únicamente son admisibles cuando el Estado, al momento de la ratificación o adhesión o posteriormente a ello, ha declarado que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar estas denuncias; este reconocimiento puede ser por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos (Artículo 45 CADH). No se tiene conocimiento de que se haya presentado ningún caso a la fecha.

c) Solicitar a los Estados miembros de la Organización (que no son partes en la Convención) informes, examinar comunicaciones e informaciones que le sean dirigidas, formularles recomendaciones sobre las medidas que adopten, o para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus ordenamientos jurídicos internos. (Artículo 18 y 19 del Estatuto de la CIDH e incisos b) y d) del Artículo 41 de la CADH).

La competencia de la CIDH en relación a la materia o el derecho invocado lo constituye el cuerpo normativo de la CADH (artículo 44); el Protocolo de San Salvador (artículo 8 y 13); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 17); el Protocolo Adicional para Abolir la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículo 12). En el supuesto de aquellos países que no han ratificado y se han adherido la Convención (Estados Miembros de la OEA), el instrumento jurídico Internacional de aplicación lo constituye la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH).

La CIDH, como otros organismos de su misma naturaleza, realiza una función cuasi jurídica, pues examina e investiga las denuncias de violaciones individuales de derechos humanos, escuchando a ambas partes antes de tomar una decisión, que puede consistir en establecer responsabilidades y emitir recomendaciones para remediar la situación de ser posible. También puede propiciar un arreglo amistoso para solucionar el diferendo. (Arto. 48 lit. f, de la CADH). Si el problema no puede resolverse amistosamente puede pasar el caso al conocimiento de la COIDH, asumiendo ante este tribunal el papel de ministerio público contra el Estado supuestamente violador de los derechos humanos.

V. Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH)

Uno de los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (arto. 33 inco. b), cuya finalidad es conocer de cualquier caso relativo a la

interpretación y aplicación de sus disposiciones, siempre que los Estados Partes le hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ya sea por declaración especial (al momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión de la Convención, o en cualquier momento posterior) o por convención especial; la declaración puede ser incondicional, bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos (artículo 62).

La Asamblea General de la OEA en su novena reunión (1979) aprobó el Estatuto de la Corte y ésta a su vez aprobó su reglamento interno en julio de 1980.

La Corte se integra con siete jueces nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los Estados Partes, que reúnan las condiciones y requisitos que se establecen en la Convención (artículos 52 y 53).

La Secretaría de la Corte funciona bajo la dirección del Secretario que reside en la sede de la Corte, bajo las normas administrativas de la Secretaría de la OEA en todo lo que no sea incompatible con la independencia y la Corte (Art. 59). Del texto legal se colige la naturaleza de la Corte, esto es, su carácter de órgano especializado de la OEA, con independencia en el ejercicio de su función consultiva y jurisdiccional contenciosa.

La función consultiva está abierta a todos los Estados miembros de la Organización, en relación con la interpretación de la Convención o de otros Tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, y emitir opinión a solicitud de un Estado Miembro acerca de la compatibilidad de las legislaciones nacionales y los referidos tratados. Igualmente puede emitir opinión por consulta hecha por la CIDH y los demás órganos principales de la OEA (Arto. 64).

Si bien la opinión consultiva de la Corte no produce efectos vinculantes, ejerce una función asesora a los Estados. Se considera que cuando un Estado solicita una opinión consultiva sobre cómo interpretar una providencia de la Convención, se supone que la hace porque tiene intención de cumplirla de buena fe según el principio que recoge la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), y que si una vez conocida la interpretación que hace la Corte, el Estado consultante debería acogerla y aplicar tal criterio, pues de seguir otra interpretación no podría decirse que actúa de buena fe. Este criterio se estima aplicable al resto de Estados Partes de la Convención, no autores de la consulta, ya que una vez evacuada ésta, no observarla, haría incurrir al Estado en responsabilidad internacional, ya que no puede aducir ningún argumento para no observarla o actuar en contra de la misma.

El fundamento de tal criterio lo encuentran en el carácter de institución judicial autónoma que tiene la Corte, cuyo objetivo es precisamente la aplicación e interpretación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y su competencia «conocer de los asun-

tos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención)».

La labor de la Corte en materia consultiva se estima ha sido amplia e importante, pues las consultas evacuadas por la Corte, constituyen un acervo muy importante sobre la aplicación e interpretación de la Convención en el continente. A manera de ejemplo, se destacan las siguientes opiniones:

- **En cuanto a la competencia consultiva.** La Corte ha dejado sentada la tesis extensiva del ejercicio de esta facultad, al determinar que tal función no se limitaba a la interpretación de las normas de la Convención, ya que podría referirse también a algún otro tratado suscrito por el país, sobre derechos humanos a nivel de Naciones Unidas.

- **En relación a las normas de derechos humanos, su ámbito y entrada en vigencia.** La Corte determinó la naturaleza particular que las caracteriza y distingue de las normas de derecho internacional; puntualizando la tendencia en la Convención a «integrar» el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos, partiendo del argumento de que «La unidad de la naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional. De modo que resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional. (OC 1/82, 24 de Septiembre de 1982).

- **En cuanto al efecto de la reserva sobre la entrada en vigencia de la CADH (Arts. 74-75).** La Corte interpreta que la intención de los Estados Partes al crear la Convención es un honesto compromiso unilateral de no violar los derechos humanos de los individuos, y que en consecuencia la entrada en vigencia de la Convención no está condicionada a que otro Estado esté dispuesto a aceptar al Estado reservante como Parte. (OC 2/82 del 24 de Septiembre de 1982).

En esta misma consulta (OC 2/82 del 24 de Septiembre de 1982), formulada por la CIDH, la Corte reconoce que dentro del marco del artículo 61.1 de la Convención, a la CIDH le corresponde un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas para cumplir con la función de promover los derechos humanos (arto. 41).

- **En lo referente a las restricciones a la pena de muerte establecidas en los Artos. 4.2 y 4.4 de la Convención.** La Corte distingue tres grupos de limitaciones para la aplicación de la pena de muerte en los países que no han resuelto su abolición: 1ª La imposición y aplicación de dicha pena está sujeta a estricta observancia y vigilancia de las reglas procesales; 2ª Su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos

comunes y no conexos con delitos políticos; y 3ª Atender a las consideraciones propias de la persona del reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital (OC 3/83 del 8 de Septiembre de 1983). Lo relevante de esta opinión fue que Guatemala suspendió la aplicación de la pena de muerte para los delitos comunes conexos con los políticos al conocer la opinión de la Corte, no obstante haber objetado el procedimiento.

- En esta misma opinión (OC 3/83 del 8 de Septiembre de 1983) aclara y delimita el ámbito de las funciones y atribuciones de la Comisión Permanente y de la Corte, asignando a la primera un papel consultivo de asesoría al Presidente; y a la segunda, tanto su función consultiva como su función jurisdiccional en materia contenciosa. Afirma que la Convención con el artículo 64 crea un sistema paralelo a la del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos de la Organización para cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos sin someterlo al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.

Se ha señalado que hay Estados que han ignorado opiniones consultivas de la Corte, advirtiéndose dos casos en Costa Rica, uno, en relación con la colegiación obligatoria de periodistas (Ley N° 4420 del 22 de Septiembre de 1969), formulada por el propio gobierno a solicitud de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), en virtud de la cual la Corte en la Opinión Consultiva (OC 5/85 del 13 de Noviembre de 1985) opinó que tal ley es incompatible con el artículo 13 de la CADH en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al colegio de periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresar y transmitir información; y otro, relativo a los requisitos para la naturalización de extranjeros varones casados con costarricenses (OC 4/84 del 19 de Enero de 1984).

A la jurisdicción contenciosa de la Corte, solamente tienen acceso los Estados de la OEA que la hayan reconocido en los términos del artículo 62; es decir, que la hayan reconocido al momento de su ratificación en términos generales, por declaración especial para un caso particular, incondicionalmente o sujeta a reciprocidad, a través del procedimiento seguido por la CIDH, siempre que se haya reconocido su competencia en los términos del artículo 45 de la CADH.

Asimismo tiene acceso a la jurisdicción contenciosa de la Corte -de mero derecho- la CIDH, una vez que ha realizado la investigación preliminar establecida en los artículos 48 al 50 de la Convención, sobre las denuncias o informaciones de violaciones de derechos humanos de parte de un Estado. Esta etapa constituye un procedimiento administrativo previo, que no puede ser renunciado (arto. 61).

La Corte por otra parte, tiene facultad para decidir si hubo violación de un derecho o libertad, protegidos por la CADH, y disponer que

Ponencias

se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados (arto. 63.1). Esta facultad responde precisamente al objeto del Derecho Internacional de los derechos humanos, esto es, amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones (Sent. Velásquez Rodríguez, VII; 134).

También está facultada para tomar en situaciones de extrema gravedad y urgencia medidas provisionales, para evitar daños irreparables o de difícil reparación, ya sea en casos que ya esté conociendo o en casos que aún no conoce si la Comisión se lo solicita (arto. 63.2).

La Corte ejerció esta facultad el 15 de Enero de 1988 en los primeros casos sometidos a su jurisdicción contenciosa en contra del Estado de Honduras, por cuatro desaparecidos costarricenses en el territorio de Honduras, cuando algunos testigos que habían comparecido ante ella, temían por su vida, y dos testigos más, llamados a comparecer, habían sido alevosamente asesinados por «desconocidos» (Moisés Landaverde y Miguel Ángel Pavón Salazar), al «apremiar al Gobierno de Honduras a adoptar sin dilación cuantas medidas sean necesarias para prevenir nuevos atentados contra los derechos fundamentales de quienes han comparecido o han sido citados para comparecer ante esta Corte con motivo de los casos “Velásquez Rodríguez”, “Fairén Garbi y Solís Corrales” y “Godínez Cruz”...» El 19 de enero de 1988 conforme a los artículos 63.2, 33 y 62.3 de la CADH, sus estatutos y reglamentos, la Corte adoptó nuevas medidas provisionales adicionales. En 1989 el Presidente de la Corte reiteró tales medidas al Gobierno de Honduras.

En 1990 igualmente hizo uso de esta facultad para salvaguardar la seguridad de testigos y familiares de un periodista peruano asesinado en 1989 a solicitud de la CIDH, que en esa fecha aún estaba conociendo del caso.

Sobre el caso «Fairén, Garbi y Solís Corrales», la Corte declaró que no encontró prueba suficiente para decidir que la desaparición de los señores mencionados era por causa imputable al Gobierno de Honduras.

Tal resolución obviamente, no fue vista muy positivamente por los organismos no gubernamentales de derechos humanos, porque se aprecia que, aunque la CIDH no aportó las pruebas suficientes como en el caso de los dos hondureños (Velásquez y Godínez Cruz) toda presunción operaba en contra del Gobierno de Honduras. Persistiendo la impresión de que la Corte fue demasiado débil con el comportamiento poco colaborador, y –en ciertos momentos– hasta negativo de parte del gobierno de Honduras, en la instrucción del caso.

La Corte en su sentencia también puede establecer que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización compensatoria a la parte lesionada (arto. 63.1). Su ejecución se puede efectuar en el respectivo país, siguiendo el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado.

La Corte ejerció esta facultad en los casos «Godínez Cruz» y «Velásquez Rodríguez» vs. el Estado de Honduras, en sus sentencias del 29 de julio de 1988 y del 20 de enero de 1989 respectivamente, decidiendo que Honduras estaba obligada a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de las víctimas y que la forma y cuantía de esta indemnización serían fijadas por la Corte en ejecución del fallo, dejando abierto el procedimiento. La diferencia entre estos dos fallos, es que en el segundo, la Corte fijaría la indemnización sólo si el Estado de Honduras y la Comisión no se llegaban a poner de acuerdo, determinando un período de seis meses contados de la fecha de la sentencia.

La indemnización comprendió la reparación a los familiares de las víctimas de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron con motivo de la desaparición forzada de sus deudos.

En 1990 la CIDH sometió ante la Corte tres casos más para su conocimiento: dos de Surinam y uno de Perú, desconociéndose si a la fecha han sido resueltos.

VI. Jurisprudencia

Como ya se dijo al inicio de este trabajo, la jurisprudencia no constituye fuente del derecho internacional de los derechos humanos, aún cuando existan consideraciones que sustentan lo contrario, ya que para que las decisiones judiciales sean tenidas como regla de Derecho, es necesario que igual juicio o criterio se repita un número determinado de veces sobre diversos casos, ya sea porque interpreta una norma oscura, ya sea porque suple el silencio que guarda la ley sobre determinada situación, o bien, porque la ley regula de manera insuficiente, el caso que está siendo conocido por el tribunal. Sólo cuando este criterio judicial se ha impuesto es que deviene obligatoria su aplicación, constituyéndose en fuente formal del Derecho.

De manera que –a mi modesto entender– las decisiones de la COIH en materia contenciosa, solamente podrán fundamentarse en la normativa de la Convención u otro Pacto Internacional de derechos humanos ratificados o adheridos por los Estados Partes, más, una sentencia no podrá apoyarse única y exclusivamente en un precedente jurisprudencial o en la doctrina como tal, porque como ya se dijo, ni la Jurisprudencia ni la doctrina son fuentes principales del derecho internacional y sólo pueden tenerse en cuenta como medios auxiliares para aclarar preceptos jurídicos dudosos.

Por otra parte, si bien tales decisiones son obligatorias para los Estados involucrados en el caso, siempre que previamente hayan reconocido su competencia conforme las voces de la CADH, las mismas carecen de coercibilidad, es decir, el Estado cuya resolución de la Corte le fue adversa, puede cumplirla o no, y en este último supuesto la Corte lo único que puede hacer

Ponencias

es informar a la Asamblea General de la Organización, para la correspondiente sanción moral.

En materia contenciosa se ha dicho que la labor de la Corte ha sido más bien discreta, y que dado que la CIDH constituye el «filtro» para que la Corte conozca casos por la vía contenciosa, este alto tribunal ha sido prácticamente «condenado» a conocer solamente unos pocos casos, y dedicar más su tiempo a realizar su función consultiva.

VII. Conclusiones

Del estudio realizado se llega a las siguientes conclusiones:

- La jurisdicción de la COIDH depende de la voluntad de los Estados. La Corte es competente siempre que los Estados Partes de la Convención la hayan reconocido conforme las voces de su normativa. A 1993 quince Estados habían reconocido su competencia.

- La competencia material de la Corte se especializa, y está limitada a la aplicación e interpretación de la Convención, extensiva su competencia -por interpretación de la Corte- a otros pactos suscritos y ratificados por el país sobre derechos humanos a nivel de Naciones Unidas, pues la Corte considera que resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazca o no de una fuente regional.

- El ámbito de aplicación de la Convención en razón de la persona está limitado al número de países que la han ratificado (18) o adherido (6). Es notoria la ausencia de ratificaciones o adhesiones de parte de Estados americanos de gran peso político y densa población.

Como señalé en la página siete de este trabajo a propósito de los derechos humanos protegidos por la Convención, el tratamiento otorgado a la categoría de los derechos civiles y políticos (artos. 3 al 25), es muy diferente al otorgado a la categoría de los derechos humanos Económicos, Sociales y Culturales (arto. 26), pues mientras los primeros se determinan y definen su contenido para mayor garantía de su respeto, los segundos solamente merecieron una norma de carácter programático, que los Estados Partes se «comprometen» a cumplir, adoptando medidas para hacer efectivos los derechos que derivan de las normas económicas, sociales y culturales determinados tanto en la Carta como en el Protocolo de reforma de Buenos Aires. Todo en dependencia a los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Desdichadamente el subdesarrollo económico-social, la falta de estabilidad política, la injusticia y desigualdad social, la desigual e in-

justa distribución de la riqueza nacional; el desempleo, el hambre y la indigencia, me obliga a afirmar que en este orden la violación de los derechos humanos de nuestros pueblos es masiva, en consecuencia debería gozar sino de preminencia, al menos de un tratamiento y control de los organismos jurisdiccionales internacionales, igual que el otorgado a los derechos civiles y políticos. Ya que en la mayoría de los casos, la violación de los derechos civiles y políticos son una consecuencia de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales.

La situación real, consecuencia de las políticas económicas imperantes a nivel mundial, más la avaricia de gobernantes y políticos, ha colocado a un buen sector de nuestros pueblos frente a dos alternativas posibles: delinquir para subsistir (reproduciendo valores y esquemas de los gobernantes) o bien, hacer una revolución para cambiar el sistema de injusticia, cuestión que también trae como consecuencia violación a los derechos humanos civiles y políticos.

Finalmente quiero expresar que el propósito de los Estados Americanos signatarios de la Convención, de consolidar en este un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en los derechos esenciales del hombre, sólo será posible cuando el concepto de función social de la riqueza deje de ser precisamente eso, un concepto; cuando las garantías y derechos constitucionales estén garantizados con leyes sustantivas y adjetivas coherentes con nuestras realidades, soportadas por los Poderes Judiciales nacionales independientes, fortalecidos y consolidados, con recursos materiales, técnicos y financieros suficientes, pero sobre todo, con recursos humanos calificados y con una gran conciencia social.

Bibliografía

- Convenio Americano Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)
 Constitución Política de Nicaragua de 1987 y su Reforma 1985
 Derechos Humanos en las Américas; Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches; Ponencias, págs. 62, 135, 177, 199, 242, 261.
 El Juez y la Defensa de la Democracia; (IIDH); Cuadro de Ratificaciones de los Principales Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos; págs. 547, 548 y 549. Países partes de la convención a 1993: (24) Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, que la han ratificado y reconocido competencia a la CIDH y a la COIDH; Guatemala, Honduras, Panamá, que la han ratificado y reconocido competencia la COIDH; Jamaica que la ha ratificado y reconocido competencia a la CIDH; Suriname y Trinidad y Tobago, que la han adherido y reconocido competencia

Ponencias

a la COIDH; Barbados, República Dominicana, El Salvador y Granada que la han ratificado solamente; Bolivia, Brasil, Haití y México que se adhirieron.

Sentencia de la COIDH del 15 de marzo de 1989, caso Fairén Garbi y Solís Corrales.

Sentencias del 29 de julio de 1988 y del 21 de julio de 1989, caso Velázquez Rodríguez y Godines Cruz.

RELACIONES ENTRE JUECES, ABOGADOS, ASOCIACIONES, INSTITUTOS Y ORGANIZACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

Carlos Ernesto Giusti Acuña

Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República
Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial.
Perú

I. Introducción

Muchas gracias. El tema que se nos ha encomendado tratar sobre las relaciones entre los componentes del servicio de justicia y su rol en la defensa de los derechos fundamentales, trata sobre los desajustes muchas veces producidos que, no obstante la evidente comunidad de intereses, o será tal vez por la misma razón. En muchos casos han sido tempestuosas y motivo de desencuentros que limitadamente trataremos sólo de señalar.

Queremos desarrollar el encargo, refiriéndonos en primer término a la naturaleza y esencia de la función de gobierno que corresponde al poder judicial dentro del ordenamiento democrático de un estado de derecho como el diseñado en nuestras constituciones. Asimismo al rol que le corresponde al magistrado en la tutela de los derechos fundamentales.

Luego, a la participación que en el servicio de justicia corresponde al abogado y los desencuentros que tanto en el servicio jurisdiccional se pueden presentar.

Haremos también un breve repaso sobre el desarrollo del respeto a los derechos fundamentales en el área y el papel desempeñado en ese esfuerzo por los organismos no gubernamentales.

Indicaremos, por último una respuesta para la efectiva tutela por parte de los componentes mencionados del servicio de justicia.

II. El poder judicial como órgano de gobierno en el estado de derecho y en la defensa de los derechos fundamentales

Al poder judicial en un estado de derecho le corresponde realizar las tareas de gobierno en un adecuado sistema de pesos y contrapesos

Ponencias

con el poder ejecutivo y el legislativo diseñado en la norma constitucional.

En efecto, cuando la sociedad se organiza políticamente constituyendo al estado, la administración de justicia comienza a ser una función pública que limita a la justicia privada en la medida que consolida la autoridad del estado, surgiendo así el derecho constitucional que según Luis Recasens Siches,

«surge poco a poco desde comienzos de la edad moderna, precisamente de las exigencias del derecho natural y de la doctrina iusnaturalista del derecho a la resistencia.»

En realidad, las condiciones esenciales del derecho natural configuran al decir de Rigoberto Espinal Irias,

«La piedra angular para obtener la Real Vigencia de los Derechos Humanos constantemente infringidos en estados totalitarios o las dictaduras de estilo latinoamericano incluso por otros estados denominados liberales cuando los titulares del poder público actuaran sin conciencia de los límites impuestos por el derecho o urgidos por presiones externas que los obligan a la adopción de políticas de claro tinte autoritario.»

En tanto se va logrando que en la constitución existan mecanismos para adaptar el orden político y jurídico al sentimiento y a la voluntad del pueblo en materia jurídica, se va necesitando cada vez menos del ejercicio del derecho a la resistencia.

En un principio el servicio de justicia estuvo vinculado al ejercicio del poder político, resultando la separación de poderes una conquista posterior de educación y la cultura, sostiene el profesor Joaquín Gonzales.

En nuestras constituciones, el servicio jurisdiccional tiene la categoría de un poder del estado con funciones públicas específicas, desprendiéndose del área de influencia del poder político para revestir similar jerarquía institucional.

Obviamente que no se trata en esencia de una división de los poderes de que está investido el Estado. Se trata de una distribución de facultades entre los órganos jerarquizados de un reparto equilibrado de competencias.

Es así como al poder judicial se le asigna la función de controlar de los demás poderes del estado y la defensa de derechos fundamentales, garantizando la estabilidad política del estado de derecho y la continuidad de las ideas fundamentales de la nación plasmadas en la constitución.

Función jurisdiccional que se presenta como una actividad dirigida a la tutela concreta e individualizada de intereses ajenos insatisfechos mediante la comprobación definitiva y la consiguiente actuación de la norma jurídica al caso concreto, cabiendo agregar como dice Riscaretti di Ruffia

que «la función jurisdiccional no se agota sólo con la actuación del derecho objetivo sino complementada con la concreta tutela de los intereses violados o amenazados».

III. El juez en el ejercicio de la función jurisdiccional

Actor principal en el ejercicio del gobierno del servicio jurisdiccional es el juez; tanto al discernir justicia en el conflicto entre los particulares como entre los particulares y el estado, servicio que le corresponde ejercer de manera independiente e imparcial.

La actuación concreta del juez se encuentra encaminada pues a hacer efectivo el ejercicio tutelar que la constitución encarga al poder judicial, verificando la constitucionalidad de todos los actos del poder y procurando la aplicación efectiva de la norma jurídica aplicable en cada caso concreto sometido a su conocimiento.

Dicha función no se agota con la actuación del derecho objetivo sino que su función de política judicial se orienta a la efectiva tutela y restitución de los intereses y derechos fundamentales violados o amenazados.

Tampoco se limita a un simple discernir justicia según fórmulas procesales preestablecidas, toda vez que depende la vigencia de todo el sistema institucional.

Además de que el juez debe comprender que la función jurisdiccional no se concreta sólo en el texto de la sentencia que resuelve un conflicto, sino que la medida de que su decisión se proyecte hacia la efectivación del servicio de justicia en beneficio del ciudadano que lo solicita.

Un juez ensimismado únicamente en la importancia de su función sin insertarse de manera efectiva en el medio donde desarrolla su actividad poco beneficio realiza en favor de la consolidación del estado de derecho que debe sostener.

Es por ello que según Dromi, los jueces son «los encargados de garantizar el equilibrio entre los derechos y las potestades, entre la libertad y la autoridad aplicando fórmulas de razonabilidad».

IV. La desjudicialización

No obstante, el rol que corresponde al poder judicial en el equilibrio de poderes y al ejercicio del juez que hemos señalado debemos reconocer también que se encuentra lesionado por una crisis institucional producto de un progresivo debilitamiento y desjerarquización de sus cuadros jurisdiccionales y de gobierno, que ha dado lugar a sucesivos encuentros y desencuentros, o mejor dicho, grandes colisiones entre el principio y la realidad concreta.

Ponencias

«El plano del derecho no coincide con el plano de los hechos»
Sostiene Dromi.

«Las instituciones reconocen funciones manifiestas y latentes, funciones que se enuncian en el discurso oficial y las que se cumplen en la sociedad, transformándose en paradójica la distancia entre lo que se dice y lo que se hace, convirtiéndose la disparidad en disparate, que se dispara contra la propia institución desbaratándola».

Es así que los desbordes institucionales del poder ejecutivo y ocasionalmente del poder legislativo han encontrado muchas veces la colaboración de la doctrina y de la jurisprudencia que le imponen al poder judicial la obligación de abstenerse en la tutela de derechos fundamentales pues la fuerza de los hechos ha sobrepasado al marco del derecho.

Diversas causas han dado lugar a la crisis institucional que señalábamos: la existencia de tribunales no judiciales dependientes del poder ejecutivo que privan de independencia a la función jurisdiccional y distorsionan la distribución constitucional de las competencias. La inseguridad en la estabilidad de los jueces. La reducción de sus remuneraciones, sobre todo en el ámbito de su capacidad adquisitiva, la afectación en el ejercicio de las acciones de gobierno del poder judicial y las intencionales limitaciones presupuestales son algunos de los elementos que contribuyen a la desvalorización del juez como titular de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y al debilitamiento institucional con la consiguiente afectación del estado de derecho que pretendemos consagrar en nuestros textos constitucionales.

La poca confianza que manifiesta la comunidad respecto del sistema oficial de administración de justicia, se explica también en el caso realmente grave de haber utilizado la evidente crisis judicial como uno de los argumentos centrales para más de una ruptura del orden constitucional.

Es así que a despecho de las importantes funciones que le son asignadas, un amplio sector de la opinión pública considera al servicio de justicia como ineficaz, lento, desordenado y con un importante componente de corrupción.

Más aún, la lectura de una muestra cualquiera de sentencias demuestra en algunos casos el escaso nivel de preparación académica de un franco sector de magistrados, toda vez que una vez ingresados al servicio, poco estímulo encuentran que los lleve a prepararse y elevar su nivel académico, hecho que explica porqué en muchos casos se limitan a la reproducción de un texto legal o a repetir fundamentos de la resolución apelada o recurrida, infringiendo dispositivos legales que obligan a la motivación de las resoluciones y creando una sensación de inseguridad en el justiciable.

Como hemos señalado, no existe un único responsable de esta situación que constituye el reflejo de problemas estructurales de nuestra sociedad. Por ello, los esfuerzos para darles solución deben comprometer a diversos actores como son los políticos, los magistrados, justiciables, aboga-

dos, medios de comunicación, organismos gubernamentales y no gubernamentales además de la ciudadanía en general. A esta última debe dársele señales de cambio para conseguir su participación.

V. Rol del abogado

Al abogado le corresponde realizar la función social de servicio a la justicia y al derecho.

Le corresponde ser el primer juez del caso litigioso o de la afectación de los derechos fundamentales de la persona.

De ahí que le corresponde verificar en términos de razonabilidad la legitimidad de la pretensión puesta a su consideración, resultando la independencia ética un presupuesto esencial para el ejercicio de la profesión.

Todos somos coincidentes en que la complejidad del derecho exige una esclarecida percepción de los hechos y una adecuada presentación de los mismos a consideración del juzgador en el ejercicio jurisdiccional.

Su obligación es recurrir a la ley procesal como en instrumento idóneo para defender el derecho, lo que no significa que deba convertirlo en una fuente inagotable para lograr el entorpecimiento de los trámites judiciales y la perpetuación de los mismos, sorprendiendo de este modo la autoridad del juzgador y la confianza de las partes.

Es de lamentar sin embargo, que en este aspecto, la distancia entre el ser y el debe ser también se hace disparate, desde que olvidando la esencia ética que significa el ejercicio de la profesión, en muchos casos se ha convertido en un modo de subsistencia, donde lo fundamental, que es el servicio a la justicia y el derecho se ve postergado por la fuerza de los intereses en juego, todo lo cual denigra la dignidad de la profesión.

A ello se agregan factores comunes entre magistrados y abogados que contribuyen a esta apreciación: la deficiente formación universitaria, limitada a lo estrictamente jurídico, sin incluir conocimientos básicos de otras disciplinas, la limitada formación doctrinaria que nos impide tener un sentido crítico frente al derecho para analizar las normas dictadas y las consecuencias que puedan determinar en la sociedad.

El poco sentido ético en el ejercicio de la profesión que alimenta los factores de corrupción, además de una reiterada e inconveniente posición apolítica del ejercicio de la función que sólo ha servido para mantener la crisis denunciada, con respuestas que muchas veces se encuentran alejadas de la realidad, son algunos de los factores que se nos ocurre precisar para evidenciar la mínima tutela de los derechos fundamentales.

VI. Relación entre el estado de derecho y los derechos humanos

Al señalar estas limitaciones y falta de objetivos, no queremos dejar de mencionar la obligación que le corresponde al poder judicial para contribuir al fortalecimiento del estado de derecho.

El concepto de estado de derecho no corresponde únicamente a una relación normativa en la que se pueda contener disposiciones que afecten derechos fundamentales como la vida, la libertad o el derecho a un debido proceso.

Un estado de derecho no se plasma únicamente en regulación de políticas autoritarias que limiten o afecten los derechos fundamentales de la persona.

Un estado de derecho se realiza en cuanto garantiza los derechos fundamentales de libertad tanto civil y política, como económica, sociales y culturales, protegiéndolos frente al arbitrio de los titulares del poder estatal, no sólo de manera declarativa sino introduciendo mecanismos para que esta sea efectiva.

Un estado de derecho se sustenta en el ejercicio de la libertad y la justicia y la vigencia de los derechos fundamentales de la persona, con lo que cabe significar que sólo en un estado de derecho se logra la autovinculación del estado al derecho, lo que supone en su interpretación más general, la voluntad de excluir toda arbitrariedad en el ejercicio del poder estatal.

De esta manera el propio poder político decide hasta qué punto debe ir la potestad de su ejercicio de gobierno y cuáles son las obligaciones y garantías de la persona así como el control de la autoridad gubernativa y administrativa que corresponde ejercer, como hemos señalado en un adecuado sistema de pesos y contrapesos al poder jurisdiccional.

Los estados partes de la convención americana sobre derechos humanos han reconocido la esencia del estado de derecho, al comprometerse a respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención, obligándose a garantizar su pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

VII. Derechos humanos y su inserción en la sociedad

Hoy constituye una firme convicción de la conciencia jurídica de la humanidad la idea de que los derechos humanos cuya garantía corresponde a la función jurídica del estado se extienden al campo social, por encima de los aspectos puramente individuales.

Afortunadamente, una de las características de nuestra sociedad contemporánea es la preocupación por el estado de los derechos humanos al

punto que sólo en países de tradición autoritaria o sometidos a regímenes dictatoriales se cuestiona el carácter universal de estos derechos.

El tema de los derechos humanos ha ganado terreno en los países del continente expresándose también entre nosotros la inquietud y el dinamismo que caracteriza al movimiento mundial por la vigencia de los derechos fundamentales de la persona.

No obstante esta constatación, debemos reconocer que estamos lejos aún de lograr los resultados óptimos que todos esperamos.

En efecto, el interés por la vigencia de los derechos fundamentales y su reconocimiento no ha significado que los mismos se hayan ejercido irrestrictamente.

Se está lejos aún de una situación óptima que combine la plena vigencia de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales antes bien. Éstos últimos, siguen siendo disfrutados por minorías excluyentes.

No es posible hablar todavía, según un informe sobre la materia elaborado por la comisión andina de juristas de un sistema democrático en los países andinos, porque su institucionalidad es aún débil e ineficiente. Expresándose estos defectos, entre otras cosas, en la existencia de aparatos integrados por fuerzas policiales y militares que, lejos de cumplir una función protectora de los derechos humanos son fuente de atropellos, además de una maquinaria judicial inoperante. A causa del desorden y los índices de corrupción que la afectan, por presiones de distinto tipo que crean en la ciudadanía una sensación de inseguridad jurídica y deterioro institucional, donde el alcanzar la justicia se convierte en un objetivo utópico.

Una apreciación general que nos permita establecer rasgos comunes de nuestros países sobre la materia, se grafica en el mismo informe de la siguiente manera:

a) La tendencia en los países de la región ha sido un compromiso más explícito con la instalación y funcionamiento de democracias constitucionales con regímenes políticos surgidos de la voluntad popular, aún cuando un examen más puntual en lo que se refiere a las garantías para las libertades individuales pondría en evidencia algunas limitaciones en el estado actual de democracias que existe en cada uno de los países de la región.

b) Junto a los progresos en materia de derechos humanos que registran las constituciones de la región, éstos no han alcanzado la difusión, enseñanza y conocimiento amplio, incluso entre los miembros de la comunidad jurídica y con mayor razón en la población, lo que se traduce en el uso poco frecuente de los mecanismos de protección y garantía con relación al número de casos de violación de derechos fundamentales.

c) De ello puede concluirse que el sistema internacional de protección de derechos humanos recién comienza a conocerse y a utili-

Ponencias

zarse en nuestro medio, aún cuando las medidas de protección se han expandido y algunas instituciones las han utilizado adecuadamente, en términos generales ha primado más el desconocimiento de estos mecanismos, la resistencia de los estados a poner en práctica las recomendaciones provenientes de los organismos internacionales.

El carácter intermitente y precario de la democracia en la región andina ha retrasado la conciencia generalizada en la población respecto de los derechos humanos y forzado al mismo tiempo una situación por la cual los movimientos sociales por los derechos humanos se vincularon y quedaron identificados casi exclusivamente a la defensa de los derechos civiles y políticos de las personas.

En este orden de ideas, es importante el papel que han desarrollado los organismos no gubernamentales en la defensa de los derechos fundamentales, pero al haber incidido su rol en la denuncia a la violación de los derechos civiles y políticos, según el profesor Héctor Faudez, fueron caricaturizados «por la propaganda promovida por los gobiernos y los grupos económicos asociados a sus políticas como comunista».

No obstante, desde la aparición de los organismos no gubernamentales, estos han venido elaborando con un alto nivel de eficiencia en el terreno de la denuncia en casos de derechos civiles y políticos afectados, siendo su labor de tono menor en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, todo lo cual ha significado que sean víctimas de ataques y críticas como los que se ha señalado líneas arriba.

Creemos que la denuncia sobre afectaciones de los derechos fundamentales es un aspecto sustantivo en el desarrollo de las actividades de los organismos no gubernamentales siendo al mismo tiempo un elemento que vincula a las organizaciones con la sociedad que de esta forma ve en ellas entidades que le merecen confianza.

Si bien estas instituciones se han orientado principalmente a la defensa del derecho a la vida, a la integridad física, a la seguridad y al derecho de las personas al debido proceso, ello no debe entenderse como una marginación en otros derechos fundamentales, sino como a una respuesta a la urgencia que significa la violación de éstos, que en la región se ha dado con mayor frecuencia.

Sensiblemente, como señalábamos hace un momento, la labor de estas instituciones no ha sido cabalmente apreciada, y tratándose sus denuncias en el ámbito del servicio de justicia, sobre la afectación de derechos fundamentales como la libertad y el debido proceso, tal actividad ha sido origen de no pocos puntos de conflicto y de desencuentro con las autoridades en el servicio de justicia, que han visto en la denuncia un mecanismo de afectación al principio de autoridad del que se encuentran investidos.

VIII. Propuestas para consolidar la institucionalidad del servicio jurisdiccional como garante de la vigencia de los derechos humanos fundamentales y superar los desencuentros con otros componentes en el servicio de justicia

Ya hemos dicho al tratar sobre los magistrados que su actitud ante los asuntos de su competencia reflejan un conjunto de motivaciones de diversa característica, pudiéndose distinguir algunos elementos comunes extendidos en la mayor parte de los magistrados y que configuran su idiosincrasia.

Ello lamentablemente presenta rasgos que conllevan a la reproducción de defectos que tiene el servicio de justicia, y que se configuran fundamentalmente en la pérdida de conciencia del rol que le corresponden en el ejercicio de la función jurisdiccional, en los objetivos de política judicial que le permita una efectiva protección de los derechos fundamentales y la consolidación institucional en el estado de derecho en que realiza sus actividades.

Cabe señalar sin embargo en la existencia de un gran número de magistrados que muestra permanente actitud analítica y creativa en la solución de conflictos, lo que es plausible y susceptible de ser extendido a esa mayoría que no se involucra en tales objetivos.

De ahí que uno de los elementos importantes para la consolidación del servicio en la defensa de las garantías fundamentales, radica en la formación y capacitación a fin de que abogados y magistrados en nuestro medio respondan a un perfil que los constituya como efectivos servidores de justicia y garantías de los derechos fundamentales.

Manuel Sánchez Palacios, magistrado de la Corte Suprema de justicia, en un informe preparado para el ministerio de justicia del Perú sobre capacitación, diseñó lo que considera el perfil del abogado y del magistrado, señalando entre las características de los primeros las siguientes:

«Que deben ser abogados preparados para el desarrollo, desde que el desarrollo en nuestros países supone la transformación de estructuras económicas en función de un modelo más equitativo en que las personas puedan satisfacer sus necesidades básicas.

Deben tener formación integral, no sólo en el ámbito jurídico sino también en otras disciplinas.

El abogado debe estar preparado para adaptarse a los cambios de la ley positiva y de su propia actividad, desarrollando un espíritu crítico frente al derecho que le permita analizar las ormas, determinar sus posibles consecuencias en la sociedad y proponer las correcciones o cambios que debieran haber en el sistema jurídico vigente.

Se deben también reforzar el aspecto social y ético de la profesión del abogado a fin de que se constituyan en verdaderos auxiliares de justicia, evitando la utilización de las normas adjetivas como mecanismo para la dilación y el entorpecimiento de los procesos.

Ponencias

Será necesario también variar el móvil fundamentalmente lucrativo de muchos abogados, fomentando el de servicio a la realización de la justicia y el derecho hasta lograr el equilibrio necesario entre estas dos motivaciones.

En general se debe promover el trabajo interdisciplinario toda vez que muchos temas de relevancia jurídica admiten la presencia de especialistas en otras disciplinas y en especialidades de la misma profesión.

Del mismo modo un perfil de magistrado debe comprender características como la independencia, entendida como la no sujeción en su actividad jurisdiccional a otros elementos que no sea la constitución y la ley, rechazando la ingerencia y la presión de factores externos e internos de sus propios organismos jerárquicos del servicio de justicia.

Imparcialidad. Para preservar su condición de autoridad neutral frente a los intereses de las partes.

Personalidad. Para no dejarse sobrepasar por factores externos que pudieran determinar el sentido de la resolución a dictarse.

Equilibrio y ponderación. Para escuchar atentamente y analizar cuidadosamente los antecedentes del caso antes de adoptar una decisión.

Espíritu analítico y crítico. Para realizar un examen atento y uso adecuado del razonamiento, evaluando los argumentos de las partes para confrontarlos con los hechos y las normas aplicables.

Firmeza y flexibilidad. Para encontrar la relación en cada caso propuesto, entre dos conductas aparentemente contradictorias de las partes sin confundir la firmeza con la rigidez.

Espíritu creativo. Para no ser un simple aplicador de la ley.

Compromiso con la verdad. Sin el cual el justiciable no podrá esperar que el juzgador se esfuerce para encontrarla.

Espíritu de servicio. Para no considerarse el dueño de su función sino un servidor de la misma en beneficio del usuario, para ello deberá facilitar los medios para que su potestad jurisdiccional llegue al justiciable de manera expeditiva y oportuna, sin trabas burocráticas ni impedimentos.

En el ámbito de los organismos no gubernamentales el objetivo será articular canales de comunicación adecuados, tendentes a hacer desaparecer los factores de desconfianza que minaron su comunicación con los organismos del estado general y con el poder judicial en particular, entendiéndose que la denuncia fundada por la violación de los derechos fundamentales es el camino indicado de colaboración en el servicio de tutela que la constitución nos encomienda.

En materia penal, Zaffaroni señala que los jueces ostentan un poder más aparente que real. Ello en mucho se debe además de las causas señaladas, a sistemas ya superados en la investigación criminal como le es el inquisitivo, en que la confesión resulta ser la prueba fundamental, muchas

veces obtenida por mecanismos violatorios de los derechos fundamentales, como la tortura.

Es una necesidad la adopción del sistema acusatorio, que pone en manos de los agentes de investigación pruebas obtenidas científicamente en procura de la verdad.

Más allá de lo expuesto, creemos que el compromiso por la tutela de los derechos fundamentales es una obligación que compromete a todos los agentes involucrados en el servicio de justicia.

«La convicción republicana del juez, la vocación para la libertad del abogado, un pueblo educado en el respeto y fortalecimiento de las instituciones tutelares del estado de derecho y la aptitud de éste para la justicia, lograra reconstruir un poder judicial idóneo para nuestro estado democrático» Objetivo que es de plazos cortos.

Quiero terminar estas reflexiones leyendo una cita que obtuve en un libro y que se refiere a la necesidad de una rápida toma de conciencia sobre el tema tratado:

La cita es del Padre Hubert Lanssiers, un hombre que silenciosamente viene luchando en el Perú por la defensa de los derechos humanos de los presos que son los olvidados de siempre en todos los sistemas.

Dice Lanssiers que contaban los griegos que Cadmos, fundador de Tebas, mató a un dragón y enterró sus dientes en el campo. De inmediato la tierra se cuarteó y, en lugar de espigas, asomaron cascos de bronce, puntas de lanza y, finalmente, hombre armados: todo un ejército fantasmal programado para matar. Me pregunto si no estamos nosotros sembrando los dientes del dragón sin darnos cuenta de que terminaremos siendo triturados por ellos.

Muchas gracias.

LOS DERECHOS HUMANOS DEL JUEZ EN AMÉRICA LATINA

Antonio Suárez Niño
Asonal judicial
Colombia

1.º El contexto

El continente latinoamericano históricamente ha asistido a un proceso generalizado de violencia, originado en el desconocimiento de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la población.

La violación de los derechos humanos, la guerra sucia contra los opositores políticos, dirigentes sindicales y defensores de los derechos humanos; la violencia política; la táctica de «limpieza social» contra los sectores marginados de la población; la tortura, las desapariciones forzadas, los asesinatos indiscriminados, los etnocidios, las masacres, son fenómenos que constituyen el diario devenir de nuestro continente.

La respuesta a este cuadro sobrecogedor por parte de las instituciones ha sido clara y, desde luego, carente de imaginación: represión generalizada, en el contexto no sólo físico de la agresión sino en la confección de legislaciones de excepción, que edifican todo un entramado de desconocimiento de los derechos de la sociedad.

No es exagerado advertir que esa legislación represiva, bien por la vía de la Justicia Penal Militar o por mecanismos diferentes y aparentemente más civilizados, como los «jueces sin rostro» constituyen una seria base de violación de los derechos fundamentales.

El modelo económico neoliberal impuesto en los países de esta parte del mundo ha dado lugar a una situación de miseria de la inmensa mayoría de la población, que todos los días cuestiona las estructuras sociales, pone en tela de juicio la propia existencia del Estado y torna nugatoria la posibilidad de que por fin se estructure entre nosotros el estado social de derecho. No podemos negar que la reproducción y el mantenimiento de la vida entre los asociados no están garantizados entre nosotros por la sociedad política, por la comunidad estatal, en cuanto que ha sido incapaz de reinventar un escenario que suponga la satisfacción de las necesidades sociales, para que el conflicto originado en las desigualdades se pueda civilizar; no podemos negar que en cierta manera la nuestra es una guerra de propiedad privada en una sociedad de mercado no consolidada que presenta inmensas

distorsiones por la imposición del modelo referido, a través de las agencias internacionales de desarrollo. Y entonces no es una exageración afirmar que la gran violación de los derechos humanos en el fin de siglo es la pobreza, verdad insoslayable que se disfraza, como lo anota ANTONIO GIMBERNAT en el proceso de ajuste estructural, impuesto a nuestras naciones desde fuera.

En el anterior contexto es que ha de ubicarse la vigencia, o no, de los derechos humanos en Latinoamérica. Basta con referirnos al más reciente informe de Amnistía Internacional, que con una claridad ilimitada presenta un cuadro espantoso de agresiones contra los derechos de la población (ver informe 1995, amnistía internacional).

Nos enfrentamos entonces a unas instituciones precarias, distorsionadas, como ya se dijo, por el poder económico impuesto, pero también empobrecidas por guerras importadas, en cuanto que la lucha contra el narcotráfico en nuestro continente ha sido colocada como cuestión de seguridad nacional por el Gobierno de los Estados Unidos, haciendo una mutación perversa de las instituciones para que todo en nuestro ámbito se narcotice y, desde luego, la administración de justicia se convierta en un verdadero tanque de guerra contra la población so pretexto de enfrentar un delito que se consolida en las principales calles de las ciudades norteamericanas y europeas.

Estado precario, desde luego, pero empobrecido por ausencia de legitimidad, las tendencias de aplicación extraterritorial del derecho a través de la extradición y todo ello en un escenario de innegable impunidad.

Un evento como este ha de pronunciarse con gran autoridad en contra de la subordinación cotidiana de nuestros países y justicias a los dictados del Departamento de Estado, a quien sólo le interesa el lucro de la droga y no la proyección democrática de las instituciones de los países latinoamericanos. Es evidente que la situación es casi que particular en países como Colombia, Perú y Bolivia, pero el planteamiento general de rechazo a la intervención globaliza los anhelos soberanos de todos los latinoamericanos.

Y ahí, en el centro del huracán estamos los jueces, enfrentados a las demandas de justicia de la sociedad y al mismo tiempo maniatados por estructuras estatales que desconocen cómo el primer servicio público de una nación civilizada es la administración de justicia. La formación, entre nosotros del estado social de derecho que se remonta a sus precursores en el Méjico revolucionario y la España posfranquista, supone la existencia de dos valores materiales sustanciales: igualdad y libertad, partiendo de una base principista: la dignidad del ser humano como centro del orden político. Esa dignidad es el reconocimiento del valor justicia.

Por eso, y debido a ello, es imperativo que el Estado se convierta en factor solucionador de los conflictos y no en el atizador de la guerra, como sucede en muchos de nuestros países. Con Adela Cortina creemos que *«cada estado debe determinar qué necesidades considera un mínimo decente o un mí-*

nimo absoluto por debajo del cual no puede encontrarse si pretende legitimidad. Ese mínimo no es, ni pretende ser, el bienestar de los ciudadanos; es una exigencia de justicia».

Agregamos que hay una correlación entre legitimidad, justicia y derechos humanos, trilogía a la cual le opondríamos el legalismo, la injusticia y los derechos formales, impuesta esta última bajo la corta mirada de los cálculos de gobernalidad que hace que los mandatarios se prediquen legítimos cuando surgen de ámbitos antidemocráticos, sólo ungidos por el voto.

La satisfacción de los derechos básicos es una responsabilidad de justicia que no puede quedar exclusivamente en manos privadas, sino que hace indispensable un nuevo estado social de derecho –un estado de justicia– alérgico al electorerismo, y consciente de que debe establecer nuevas relaciones con la sociedad civil.

Hemos adelantado algunos rasgos del nuevo concepto de justicia que se deben imponer en el marco latinoamericano, complementados por la soberanía, la economía al servicio de la población, la inversión social y lo que hemos denominado con expresión traída de JORGE CASTAÑEDA, la oposición a la aplicación extraterritorial del derecho (JORGE CASTAÑEDA, la utopía desarmada, Méjico 1995).

Mas no se trata, desde luego, de esgrimir argumentos referidos sólo al concepto de justicia, en términos de aplicación de la misma, porque no se puede ignorar que vistas las cosas así referidas hace falta una categoría que complementa el esquema: La libertad, como principio constituyente y fundante consagrado en todas las cartas políticas de América Latina a la que se integra la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno y la aplicación absoluta del derecho internacional humanitario en los estados de excepción. Y seguidamente se encuentra la igualdad. En la idea de reforzar la justicia material, tan ausente en nuestras democracias, lo cual acarrea el concepto de justicia social y ubica la justicia en sus verdaderas dimensiones.

Es cierto que la impunidad es un fenómeno que se presenta en todos los países latinoamericanos. En Colombia por ejemplo ha sido ubicada en un escandaloso 96% y como jueces estamos obligados a ensayar algunas interpretaciones de un problema que golpea a las naciones. No es exagerado plantear que la impunidad se origina en los ritualismos asfixiantes, la ineficacia de las investigaciones, la ausencia de cultura sobre los derechos humanos en los operadores judiciales y la carencia de voluntad política por parte del Estado, que tradicionalmente concibe como la forma más fácil de eludir la situación de los problemas sociales trasladarlos a la justicia. Ese traslado se presenta cuando los otros poderes han reconstruido los problemas como delitos, pero como ésta es una forma engañosa de resolverlos, ya que con la aplicación de las penas no se están previniendo, el poder judicial es presentado a menudo como el culpable del caos, la violencia y la impunidad.

Nuestra respuesta no puede ser otra que la de reivindicar en nuestros

Ponencias

países el acceso a la administración de justicia como un Derecho Fundamental de las personas, para hallar nuevas expresiones a los derechos constitucionales y tutelar los intereses individuales y sociales en aras de la convivencia pacífica. De esta manera en la dirección propuesta por PÉREZ LUÑO la justicia se convierte en valor que dimana de la propia interpretación constitucional, porque agregamos, al nuevo concepto de justicia le corresponde orientar el trabajo de transformar la guerra de la propiedad en la sociedad civil latinoamericana para reemplazarla por el lenguaje de la paz, construido sobre la redistribución de la riqueza social. Así, la idea de legitimidad apoyada sobre el acuerdo del colectivo social y en el terreno jurídico, sobre los derechos humanos prima la legalidad sobre las simples reglas que determinan los criterios de validez formal de las normas.

Lo anterior, repetimos, constituye un cuadro problemático en el cual se mueve y ha de proyectarse el juez latinoamericano. Desconociendo por ausencia inexplicable de datos al respecto el índice de atentados contra operadores de justicia en otros países de América Latina, es de destacar la sangrienta experiencia del poder judicial colombiano, víctima de las más variadas gamas de conculcación de los derechos humanos: Hemos sido víctimas de tres masacres, en 1985, en el Palacio de Justicia de Bogotá, cuando la mitad de la Corte Suprema fue asesinada por el Ejército Colombiano que así respondió a una toma mesiánica y absurda, a más de irresponsable de un grupo guerrillero; en 1989 cuando en el centro del país, en San Vicente de Chucurí, once operadores judiciales fueron masacrados por un grupo paramilitar de comprobadas relaciones con el ejército colombiano y en 1992 en Usme, municipio del casco urbano de la capital de la República, cuando doce Operadores Judiciales fueron ultimados por la acción de la guerrilla; el exilio, que es en palabras de EDUARDO GALEANO, «otra forma de morir» también nos ha afectado porque ocho servidores de la justicia debieron abandonar el país; cuatro compañeros nuestros han sido desaparecidos; los juzgados en algunas ocasiones fueron allanados y 272 operadores judiciales han sido asesinados en 16 años. Este cuadro dramático nos revela que los derechos humanos de los jueces también son conculcados por agentes estatales y que, el enfrentamiento armado también ha cobrado víctimas en el poder judicial de lo cual afirmamos que la guerra de por sí también es una violación de los derechos fundamentales.

Pero veamos, por vía de ejemplo, qué dice Amnistía Internacional acerca de la situación colombiana, lo cual ha llevado a que la organización gremial de los jueces, empleados y funcionarios de Colombia haya suscrito un documento que reclama la designación de un relator especial de las Naciones Unidas para los derechos humanos: *«más de 1.000 personas fueron ejecutadas extrajudicialmente por las fuerzas armadas o por grupos paramilitares que actuaban con su apoyo o su consentimiento. Los activistas de derechos humanos fueron objeto de atentados y de amenazas de muerte. Al menos 140 personas desaparecieron tras ser capturadas por las fuerzas de seguridad o por*

grupos paramilitares. Las torturas y los malos tratos a los detenidos se generalizaron cada vez más.

El personal de las fuerzas armadas continuó eludiendo su responsabilidad por las miles de ejecuciones extrajudiciales de los últimos años. Los grupos armados de oposición cometieron graves abusos contra los derechos humanos, como homicidios deliberados y arbitrarios, y el secuestro y la retención de rehenes».

Lo descrito bien puede dar una clara muestra de lo que sucede en América Latina y aun cuando es el ejemplo extremo de la situación no podemos soslayar la verdad incontrovertible de que en nuestros países la realidad es crítica y el sufrimiento cotidiano se ensaña contra los sectores populares en un proceso descorazonador que exige de nosotros cada día mayores esfuerzos para que la impunidad no sea la forma de comportamiento de las instituciones.

2.º La respuesta

Además de reivindicar el derecho a la vida como base sustancial de nuestras demandas y de acudir a la denuncia para que el olvido no teja su manto de desesperanza, es necesario afirmar que en el marco de superación de los mecanismos de impunidad con respecto a las masacres, torturas, desapariciones y crímenes de esa humanidad perpetrados contra la población y los jueces, es imperativo:

A. Establecer institucionalmente una profunda interrelación entre *verdad-justicia y reparación*.

B. Crear un marco constitucional que garantice la anterior interrelación, sin que sea dable admitir las leyes de punto final o de perdón y olvido, porque los crímenes no pueden desconocerse, ni mucho menos recibir un tratamiento que garantice su impunidad; y,

C. Cuestionar permanentemente el sistema judicial, desechando aquella normatividad que sirve como agente violador de los derechos humanos. Sólo así, reconociendo la gravedad de los acontecimientos, es posible encontrar respuestas que tranquilicen la conciencia ciudadana, para que la vida se torne en una utopía que abrace por fin a todos los latinoamericanos.

3.º La independencia de los jueces

En el panorama latinoamericano, con frecuencia se presentan tendencias que buscan subordinar a los dictados de las otras ramas del poder público, lo cual constituye una perversión del Estado de Derecho y conlleva a la minusvaloración del papel del juez, amén de la conculcación de sus derechos como resultados del proceso. De tal manera que la independencia

Ponencias

judicial ha de reivindicarse no sólo en lo referido a la justicia como institución, sino al juez como individuo. Obrar en contrario implica, de una parte, el desquiciamiento de las instituciones democráticas, y de otra, el desconocimiento del operador judicial en cuanto se refiere a sus derechos.

La posibilidad de ubicar al juez como ciudadano que puede y debe mantener la opción política que estime conveniente es un paradigma que, en algunos casos, simplemente es negado por las estructuras estatales.

Al colocar como un derecho esa opción, con CLAUDIO MOVILLA pensamos que *«la revisión de la identificación mayoritariamente aceptada entre independencia y apolitismo, entre imparcialidad y neutralidad ideológica, objeto de toda clase de manifestaciones interesadas»* buscaba en definitiva mantener en la órbita de la política dominante al juez.

Así las cosas, hay que entender la independencia judicial como la columna vertebral del imperio del derecho que implica: Separación de los poderes, independencia de los jueces, respeto de las libertades y de los derechos fundamentales del ser humano, legitimidad de la acción administrativa, y necesidad de un cuerpo profesional que sea independiente frente a las autoridades y que esté dedicado a defender la noción del imperio del derecho.

De lo cual se colige, que la independencia del poder judicial significa que todo juez tiene la libertad de decidir las cuestiones que tiene ante sí, de conformidad con sus convicciones y su interpretación de la ley, sin ninguna presión indebida, directa o indirecta de ningún sector, siendo por tanto imperativo destacar la independencia de la judicatura como institución, que significa el concepto de no interferencia, el monopolio jurisdiccional, la supervisión de la administración de justicia, la no transferencia de jurisdicción, y la independencia individual de los jueces, que hace relación a:

Libertad de expresión y asociación. El séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán en agosto de 1985, expresó que los jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones de jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como del derecho de afiliarse a ellas.

La competencia profesional.

La selección y formación de los jueces.

La condición de servicio e inamovilidad.

El secreto profesional y la inmunidad.

Los mecanismos disciplinarios.

Los mecanismos para la protección personal del juez en Latinoamérica, que en algunos casos han sido desconocidos por circunstancias políticas en tanto los detentadores del poder fueron afectados por decisiones judiciales bien pueden señalarse de la siguiente manera:

- Permanencia en el cargo, lo cual implica inamovilidad en el mismo.
- Protección contra remoción arbitraria.

- Proceso de nombramiento imparcial.
- Garantía de remuneración adecuada.
- Prohibición de traslados punitivos de los jueces.

Estos mecanismos, para que en la práctica sean observados, han de rechazar la intervención directa o indirecta del poder ejecutivo y conllevan la ausencia de ahogamiento presupuestal del poder judicial. Son ejemplificantes los porcentajes precarísimos que los diferentes gobiernos otorgan al poder judicial de sus respectivos países.

En síntesis, la independencia de los jueces tiene implicaciones institucionales que sin duda nos llevan a afirmar una posición crítica con respecto a la actual situación y analítica en cuanto se refiere a las legislaciones excepcionales que con el pretexto de combatir el terrorismo y el narcotráfico desconocen no sólo los derechos de los ciudadanos sino los derechos económicos, sociales y culturales de los jueces.

Con PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ pensamos que:

«la revisión del concepto de independencia deja fuera de duda que aquella no es en modo alguno función de la imposible neutralidad ideológica, sino precisamente la forma específica y que el juez tiene de ser político, no como transmisor meramente pasivo de opciones políticas del derecho adoptadas en otras sedes y subrepticamente filtradas en el momento interpretativo, sino como quien tiene que moverse inevitablemente dentro de márgenes no pequeños de discrecionalidad».

CUESTIONARIO

PREGUNTAS

- 1.^a ¿Existe algún supuesto de conculcación sistemática de Derechos Humanos por algún organismo del Estado en el país?
- 2.^a ¿Cómo se articula la protección de los Derechos Humanos en vuestro ordenamiento jurídico?
- 3.^a ¿Cuáles son los mecanismos formales (generales o específicos) que tiene a su alcance el ciudadano para intentar que se le protejan sus derechos fundamentales?
- 4.^a ¿Qué facilidades o dificultades encuentra el ciudadano para solicitar tal protección del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial?
- 5.^a ¿Existen organizaciones privadas que canalizan esta protección? ¿Cuáles? ¿Tienen servicios jurídicos de apoyo? ¿Acuden a los Tribunales de justicia?
- 6.^a ¿Cuál es la respuesta institucional del Poder Ejecutivo en materia de Derechos Humanos? ¿Positiva, negativa? ¿Por qué?
- 7.^a ¿Cuál es la respuesta judicial? ¿Cuáles son las razones de este tipo de respuesta? ¿Cómo podría articularse, en su caso, este tipo de respuesta?
- 8.^a ¿Existen mecanismos formales para poder exigir responsabilidad a los jueces por denegación injustificada de protección solicitada? ¿Se han utilizado en alguna ocasión?
- 9.^a ¿Existe una verdadera independencia del Poder Judicial respecto de los demás poderes? ¿Repercute esta situación en el específico campo de los Derechos Humanos? ¿Por qué?
- 10.^a La jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: ¿tiene carácter vinculante para los jueces de vuestro país? ¿Ha tenido ya algún reflejo material en las resoluciones judiciales?

Cuestionario

- 11.^a ¿Qué papel juega, en su caso, la falta de formación de los jueces en su respuesta ante los Derechos Humanos?
- 12.^a ¿Cómo podría mejorarse esta falta de formación? ¿Podrías articular algún proyecto de formación? ¿Podría hacerlo vuestra asociación? ¿Precisaríais autorización de la Corte Suprema o del Órgano de Gobierno de los jueces? ¿Sería sólo por jueces y para jueces, o en colaboración con instituciones u organismos públicos o privados de Derechos Humanos?

BOLIVIA

Respuestas al cuestionario

- 1.^a En Bolivia, en todos los gobiernos y en toda época, llámense *de facto* o Constitucionales, se han conculcado y se siguen conculcando los Derechos fundamentales del hombre, aunque en esta década se ha humanizado la política de barbarie; pero aún existen las violaciones a estos derechos, que pretenden acallar clamorosos pedidos de aumento de salarios de los trabajadores, las justas reivindicaciones económicas de los maestros y de universitarios que luchan por un presupuesto justo y a todo el que se opone a las leyes, programas de gobierno, mediante sus organismos represivos como es el Ministerio de Gobierno, las Policías y la Fiscalía.
- 2.^a La protección a los Derechos Humanos, está preceptuado en la Constitución Política del Estado en el Título II Garantías de la Persona - Arts. 9.º, 12.º, 13.º y 16.º que en su texto dice: «Nadie puede ser detenido, arrestado ni puesto en prisión sino en los casos y según las formas establecidas por ley. La incomunicación no podrá imponerse sino en casos de notoria gravedad y de ningún modo por más de 24 horas. Queda prohibida toda especie de torturas. Los atentados contra la seguridad personal hacen responsable a sus autores. La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es un deber primordial del Estado. Asimismo la ley N.º 1430 de 11 de febrero de 1993 (Pacto de San José de Costa Rica).
Un estado de Derecho que viola estos preceptos se convierte en un régimen autoritario.
- 3.^a Los mecanismos formales y generales para la defensa de los derechos avasallados lo forman los Recursos Constitucionales, el Habeas Corpus y Recurso de Amparo, preceptuados por la Constitución Política del Estado en sus arts. 18.º y 19.º, así como también se recurren a los juicios; podemos mencionar como una institución que vela por los derechos de los ciudadanos, a la Asamblea permanente de Derechos Humanos y la Comisión de la Honorable Cámara de Diputados.

Bolivia

- 4.^a La ciudadanía confronta muchas dificultades para exigir la protección de sus derechos ante los Poderes del Estado, por no tener recursos suficientes para contratar Abogados, los trámites burocráticos y dilatorios y la pérdida de la fe en la justicia.
- 5.^a Existen organismos privados que salen en defensa y protección del ciudadano cuando son restringidos sus derechos y garantías. Tenemos a la Asamblea Permanente de Derechos Humanos, Colegio de Abogados, Universidad, el Arzobispado y la Nunciatura, instituciones que cuentan con servicios jurídicos y personal de apoyo, asisten ante los órganos de represión y a los Tribunales.
- 6.^a La respuesta o actitud del gobierno o Poder Ejecutivo es negativa a los movimientos de defensa de los derechos fundamentales, interfiere en la justa Administración de justicia y en defensa de sus organismos represivos, aunque no directamente sino mediante medidas que repercuten en las ratificaciones o nombramiento de Jueces, ya que el sistema que impera en la elección es «Política».
- 7.^a La solución frente a la influencia Política Partidista es la creación del Consejo de la Judicatura, organismo que tendría a su cargo el Escalafón de los Jueces que hará respetar la Carrera Judicial y los nombramientos serían por méritos. En tanto siga vigente el sistema de la intervención de los partidos Políticos en el nombramiento de Magistrados y Jueces no habrá independencia del Poder Judicial y no se puede aceptar en un Estado de Derecho, un Poder Judicial dependiente, dócil y sumiso a los requerimientos del Ejecutivo; el Poder Judicial debe ser el Control y la Garantía de los otros Poderes.
- 8.^a Cuando los Jueces del Tribunal Constitucional o de los Recursos Constitucionales por actuar bajo presiones deniegan el respeto a los derechos fundamentales, emitiendo fallos incorrectos, no existen mecanismos de control que puedan exigir la responsabilidad de los Jueces, sólo la facultad de la Excma. Corte Suprema de Justicia que puede revocar o confirmar la resolución con apercibimientos de ley; empero este trámite no es inmediato y demora casi un año; pero ahora la Constitución Política del Estado prevé la creación del Consejo de Magistratura.
- 9.^a En Bolivia no existe una verdadera independencia del Poder Judicial, si el nombramiento de sus miembros es por el Poder Legislativo siempre tendrá injerencia el Ejecutivo.

Bolivia aspira a consolidar un Estado de derecho que nos permita seguir viviendo en paz, si el pueblo ha elegido la vida democrática, el gobierno de las leyes y el respeto de las mismas, sin salir del marco

de la Constitución, entendiendo el Estado de Derecho como un modo de comprender y ejercer el poder político en la convivencia ciudadana, el respeto a la dignidad de las personas, a su libertad, a la protección de los derechos de sus semejantes y del Estado, el pilar más importante de este Estado es el Poder Judicial porque es el organismo que busca el respeto a la Constitución; y concluiremos con el tratadista Sánchez Viamonte «no existe ni puede existir el estado de Derecho si no se reconoce al Poder Judicial el carácter de poder público y jurídico de igual jerarquía que los otros poderes».

- 10.^a La jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos son fuentes de consulta e inspiración, sus resoluciones en defensa de los derechos del hombre y de los mismos Jueces constituyen la garantía y expresión de solidaridad, pueden constituir un marco supletorio al vacío jurisprudencial y legislativo de las leyes internas.
- 11.^a La formación de los Jueces en materia de Derechos Humanos es muy necesaria porque el administrador de justicia requiere de un conocimiento profundo de los derechos fundamentales del hombre; antes que justo debe ser humano, basado en los principios filosóficos humanistas y de solidaridad. El juez debe ser un sujeto de derecho esencialmente imparcial que a su capacitación especializada debe sumar plena autoridad en el ejercicio de sus funciones.
- 12.^a La falta de formación en materia de Derechos Humanos se puede allanar formando una asociación de Jueces demócratas en la que se debe promover seminarios-Talleres-Paneles, coloquios, conferencias, promocionar grupos que capaciten y hagan labor eficaz en pro de los marginados de amparo y protección.

Savigny sostenía que «el derecho es una creación del alma popular cuyo contenido consulta las inquietudes y necesidades del pueblo» y es una evidencia y es válida para todas las organizaciones sociales, ya que sus necesidades son comunes sean éstas organizaciones humanas grandes o pequeñas variando en la medida que sean satisfechas. De esta realidad han surgido los procesos de integración que caracterizan esta época y se inician en Europa; luego estas corrientes hicieron eco en América, donde se hace cada vez más necesario y se proyecta la integración en todos los niveles y especialmente en el campo del Derecho, donde se plantea como uno de sus postulados fundamentales la necesidad de su unificación, inspirado en el Congreso Anfictiónico de Panamá convocado por Bolívar, luego la Unión Panamericana de Washington, y posteriormente da lugar a la creación de la O.E.A. y a otros organismos de Protección de los Derechos Humanos del Area.

CHILE

Respuestas

- 1.^a No. A partir de marzo de 1990, en que se produjo el restablecimiento de la democracia en Chile, se ha ido adecuando la legislación interna a los tratados o pactos internacionales que ha suscrito el país en lo relativo a la protección de los Derechos Humanos. Por regla general, los organismos estatales se han adecuado a esa normativa, por eso no es posible aseverar o suponer una violación sistemática de esos derechos.

No obstante –de acuerdo con lo que ha aparecido en la prensa durante los primeros días de febrero en curso– el Relator de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nigel S. Rodley, en su informe presentado de cara al 52.º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las N.U., sostiene que detectó la existencia de 46 casos serios de tortura o apremios ilegítimos causados por la policía, tanto uniformada como civil, durante la investigación de delitos comunes, entre 1992 y 1995. En dicho informe, sin embargo, se reconoce que en el Chile democrático no se practica la tortura de una manera explícita, se han realizado avances significativos en este tema, y que en los casos serios detectados, la causa ha sido la actitud relajada de muchos jueces y la insuficiencia de la legislación, que no garantiza la subordinación de las fuerzas de seguridad al poder civil.

- 2.^a Mediante su establecimiento como garantías constitucionales. Art. 19 de la Constitución: «La Constitución asegura a todas las personas...».
- Asimismo, por el reconocimiento de que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (Art. 5 de la Constitución).
- 3.^a A través de acciones constitucionales. El recurso de amparo (*habeas corpus*) cuando la garantía constitucional afectada es el derecho a la libertad personal o a la seguridad individual (art. 21 de la Constitución Política) y el recurso de protección de garantías constitucionales cuan-

Chile

dó por actos u omisiones arbitrarios se afecten otros derechos políticos y, también, Derechos Humanos de naturaleza económica, social y cultural que garantiza la Constitución (art. 20 de la Constitución Política).

- 4.^a El ejercicio de los recursos de amparo y de protección no precisa de ninguna formalidad, pueden interponerlos el afectado o cualquier otra persona en su nombre, incluso a través del telégrafo. El órgano competente para conocer de esas acciones es la Corte de Apelaciones respectiva y su decisión es apelable ante la Corte Suprema.
- 5.^a Sí. Son varias, tienen apoyo jurídico, accionan ante los tribunales y hacen acción de difusión de Derechos Humanos.
- 6.^a Positiva. A través de los medios de comunicación masiva se hace difusión de los Derechos Humanos, dándoseles el carácter de cuestión primordial como sustento de la democracia.
- 7.^a Correcta en lo que respecta a jurisdicción civil ordinaria. Con el objeto de aclarar lo expresado en nuestra primera respuesta, es menester destacar que los casos de apremios ilegítimos detectados por el Relator, provocados por policías uniformados, están normalmente sometidos a la jurisdicción militar.
- 8.^a Si bien no existen mecanismos formales para exigir responsabilidad a los ministros de una Corte cuando han denegado la protección solicitada, ellos pueden incurrir en responsabilidad criminal, civil, política o disciplinaria, si sus actuaciones en desmedro de la protección de garantías esenciales han ocurrido con dolor o culpa.

Responsabilidad penal y civil cuando han incurrido en los delitos de prevaricación y cohecho, la que se hace efectiva a través de los mecanismos procesales del juicio de amovilidad y de la querrela de capítulos.

Responsabilidad política ejercida a través de un juicio político por notable abandono de deberes, que se inicia en la Cámara de Diputados, que actúa como órgano acusador, y que resuelve, como jurado, el Senado y cuya declaración de culpabilidad importa la destitución del acusado.

Responsabilidad disciplinaria ejercida por el afectado mediante el recurso de queja, la que es determinada por la Corte Suprema, y que también podría derivar en la destitución, cuando se concluye que el magistrado actuó con falta o abuso en el ejercicio de sus funciones.

En lo que respecta a los jueces de primera instancia, que también están afectos a las responsabilidades ya señaladas, con excepción de la política, acogido un recurso de amparo por una detención ilegal

o arbitraria dispuesta por un juez, la Corte puede ordenar pasar los antecedentes al Ministerio Público, quien está obligado a deducir querrela contra el autor del abuso.

Estos mecanismos de control, especialmente el que dice relación con la responsabilidad disciplinaria, son ejercidos frecuentemente.

- 9.^a En materia de Derechos Humanos existe independencia del Poder Judicial respecto a los demás poderes del Estado y ello, por razones obvias, repercute favorablemente en su reconocimiento.
- 10.^a No. Sin embargo, ha sido considerada como principio general de derecho por muchos jueces.
- 11.^a Resta posibilidades a una comprensión más amplia.
- 12.^a Sí. La Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile ha realizado varios proyectos de formación en Derechos Humanos y otras materias. De los aproximadamente 1.000 jueces y ministros de Corte que hay en Chile, cerca de 150 han tomado cursos sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para impartir esos cursos no se requiere de autorización alguna.

*José Benquis Cambi
Milton Juica Arancibia
Juan Araya Elizalde
Haroldo Brito Cruz*

URUGUAY

Respuestas al cuestionario

- 1.^a Pensamos que no puede hablarse de conculcación sistemática de los derechos humanos, pero sí se presentan serias violaciones a los mismos, como en todos los países de la región, tanto en la actuación policial como en la cárcel. El sistema carcelario, además, antes dependió del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura, pero hace veinticinco años pasó a depender del Ministerio de Interior (Policía).
- 2.^a La declaración de los Derechos Humanos se realiza en una forma amplísima por la Constitución Nacional. También la República ha suscrito los más importantes tratados en esta materia. La protección efectiva de los derechos humanos se articula a través del Poder Judicial.
- 3.^a El «debido proceso» en materia penal consagrado pormenorizadamente en nuestra Constitución, aparece como un sistema de garantías que salvaguarda los derechos y libertades de las personas para evitar la indefensión. También existe el recurso de amparo establecido legalmente luego del restablecimiento de la democracia. Se plasma a nivel constitucional el recurso de *habeas corpus*, así como el derecho de petición. También se incorporó a nuestra legislación la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que incluye la intervención de la Corte Interamericana en la materia. Se carece a nivel nacional de una legislación que establezca el defensor del pueblo, aunque en materia municipal en el departamento de Montevideo, ya funciona este mecanismo limitado a la defensa del consumidor.
- 4.^a En nuestro país existe un bien organizado servicio de Defensoría de Oficio que facilita el acceso a los Tribunales. A pesar de eso, los marginados tienen dificultades para lograrlo, por cuanto en los últimos tiempos existió una tendencia a la centralización de los tribunales y de la propia Defensoría de Oficio, que obliga al traslado de las personas desde puntos distantes de la ciudad a los centros de justicia, lo que

Uruguay

resulta imposible de solventar por los sectores más humildes de la población.

En estos momentos, sólo existen limitadas experiencias de consultorios jurídicos itinerantes, realizados como una actividad de extensión universitaria por el Centro de Estudiantes de derecho y por algunas ONG en el campo privado. Para tratar de paliar esta dificultad, tenemos conocimiento de que la Suprema Corte de Justicia está proyectando la creación de Juzgados de Paz en los distintos barrios.

- 5.^a Existen numerosas ONG que tienen servicios jurídicos. Las más representativas son IELSUR, SERPAJ, SOS papá, SOS mujer, y numerosas asociaciones feministas, que llevan sus reclamos a menudo ante los Tribunales de justicia con éxito variado.
- 6.^a El Poder Ejecutivo sostiene una postura formal de apoyo a la protección de los Derechos Humanos. Aunque en el caso de las violaciones de los mismos cometidas por funcionarios policiales, que tal como referimos en la respuesta a la primera interrogante, resultan las más preocupantes, apoya institucionalmente la actuación policial, pero no discute abiertamente los pronunciamientos judiciales en los casos de procesamiento de sus agentes, bien que la privación de libertad sea ilusoria o los mantenga eventualmente en sus cargos.
- 7.^a La respuesta judicial es correcta y se fundamenta exclusivamente en la aplicación del Derecho penal.
- 8.^a La Constitución en su artículo 23 y el artículo 4 de la Ley de prevención sin prisión No. 15.859, establecen la responsabilidad de los jueces por acto jurisdiccional, y si bien el Estado uruguayo ha pagado numerosas indemnizaciones por prisiones indebidas, no tenemos conocimientos de que haya repetido contra los responsables directos.
- 9.^a Conforme al artículo 236 de la Constitución de la República los miembros de la Suprema Corte de Justicia son designados por el P. Legislativo por dos tercios de votos. Quienes les siguen en orden jerárquico –Ministros de los Tribunales de Apelaciones– son designados por la Suprema Corte con la venia del Senado de la República. Los restantes magistrados son designados sin ningún tipo de cortapisa por la Corte, al igual que los defensores de oficio. Los Fiscales –que están sometidos jerárquicamente al Poder Ejecutivo– son designados por éste también con la venia del senado. Cabe destacar que la dependencia de los Fiscales del Poder Ejecutivo es meramente administrativa y no técnica, por lo menos formalmente.

En cuanto a la independencia del Poder Judicial, por tratarse precisamente de un Poder del Estado, es total, salvo en materia presu-

puestaria, lo que constituye un menoscabo de ella. Si bien redacta su propio presupuesto, lo presenta al Poder Ejecutivo, que puede modificar el proyecto originario, que a su vez es sometido al P. Legislativo, quien en definitiva lo aprueba, con los cambios que entienda oportunos (art. 220 de la Const.). Esto implica que siempre se reduzca lo pretendido por el Poder Judicial, quedando con un mínimo de recursos que no llega al dos por ciento del presupuesto nacional (1,8%). Por ello, se carece de una infraestructura adecuada y de sueldos dignos para su personal, lo que ha provocado endémicas situaciones de conflicto de los funcionarios con paralización prolongada de las actividades de los no técnicos que repercute en los justiciables y sus derechos.

- 10.^a No se conocen fallos que recojan la jurisprudencia de los Tribunales internacionales. Por otra parte, la jurisprudencia internacional no tiene un efecto vinculante para los jueces nacionales. En cuanto al funcionamiento de la Corte Interamericana, a nivel nacional sólo se conoce un recurso interpuesto hace más de tres años por la Defensoría de oficio que aún no ha sido resuelto siendo un importante escollo la burocracia de ese organismo.
- 11.^a La formación en Derechos humanos, ahora se realiza en la Facultad de Derecho, como materia curricular, para todos los estudiantes. Sin perjuicio de eso, a la salida de la dictadura, se realizaron diversos cursos de formación que incluyeron este tema a través del Centro de Estudios Judiciales y del propio Poder Judicial. Aún no es posible evaluar los resultados, por el escaso tiempo transcurrido.
- 12.^a Tanto la Asociación de Magistrados como el Centro de Estudios Judiciales podrían organizar, sin requerirse ninguna autorización, cursos de formación en esta materia.

Eduardo Pesce

PARAGUAY

Cuestionario

- 1.^a Los quebrantamientos de las leyes, los incumplimientos de las obligaciones y la vulneración de los principios generales del derecho no se hallan vinculados a la existencia de «algún organismo del Estado», pues dicho organismo creado por el Estado no existe, ahora bien, es oportuno reconocer que durante la dictadura pasada existía y se concentraba en el apartado policial. Actualmente los antiguos componentes plenamente individualizados se encuentran procesados, privados de su libertad y algunos condenados, conforme a las leyes vigentes, garantizándoles a los mismos el debido proceso penal, sin ningún desmedro de sus derechos. Los que en este período post dictatorial, es decir actualmente, cometen alguna violación, son denunciados y el Poder Judicial es el competente para entender en los juicios conforme a las leyes.

- 2.^a: La protección de los Derechos Humanos está consagrada en la Constitución Nacional, sancionada y promulgada el 20 de junio de 1992. Dicha Ley Fundamental en su 2.^a Parte correspondiente al *Ordenamiento Político de República*, Título 1.º de la Nación y del Estado, Capítulo 2.º «de las Relaciones Internacionales establece en el art. 141 *«Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137»*. El art. 137 de la Const. Nac., dispone: *«La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios, y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley*. El art. 143 de la Const. Nac. establece: *«La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: 1) la independencia nacional. 2) la autodeterminación de los pueblos. 3) la igualdad jurídica entre los Estados. 4) la*

Paraguay

solidaridad y la cooperación internacionales. 5) protección internacional de los derechos humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica ha sido aprobada por ley n° 1/1989 (ver ley que se adjunta).

- 3.^a Todas las Garantías Constitucionales y la introducción del nuevo Instituto creado por la Constitución del año 1992, el Defensor del Pueblo.
- 4.^a Ninguna dificultad.
- 5.^a Existen por lo menos cuarenta (40) organizaciones privadas que canalizan esta protección. Los servicios de apoyo son en su gran mayoría insuficientes, en razón de ausencia de preparación jurídica profesional de sus integrantes.
- 6.^a En honor a la lealtad ética e intelectual, la respuesta del Poder Ejecutivo es muy negativa, por la carencia de recursos económicos, planes de renovación del sistema de la educación y protección de la Salud Pública. No existe un régimen coherente y sensato que establezca las prioridades desde el punto de vista de la realidad nacional y social.
- 7.^a El Poder Judicial dentro del sistema de la legalidad, únicamente tiene competencia para resolver las cuestiones contenciosas sometidas a su jurisdicción de conformidad a las Leyes vigentes.
El problema social que implica el campesinado paraguayo, desprotegido legalmente, es un foco que está engendrando violencia y no existen métodos serios y prácticos para resolver las desigualdades de este sector mayoritario de la población.
- 8.^a Existe por creación de la nueva Constitución «*El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados*», pero tropieza con un abuso indiscriminado de dicha acción, la cual es en la mayoría de los casos un instrumento de coacción para atemorizar y amedrentar a los jueces, traicionando su espíritu que debe ser sancionar a quienes han cumplido con sus obligaciones.
Además dicho Jurado está integrado por representantes de estamentos ostensiblemente interesados en el grupo del sector político, carentes de idoneidad jurídica para resolver objetivamente los casos sometidos a su jurisdicción.
- 9.^a Con toda franqueza intelectual y moral, debemos advertir que en todo el Planeta no existe independencia del Poder Judicial respecto de los demás Poderes. En consecuencia, mal podemos exigirla al Paraguay. A los efectos de no extendernos ociosamente sobre este tema recor-

demos a J. Michetet, en su obra, *Historia de la Revolución Francesa de 1847*: «¿Cómo desconocer el enorme poderío, modesto y sordo, pero terrible, del Poder Judicial? Dadme el Poder Judicial, guardad vuestras Leyes, vuestras ordenanzas, todo ese mundo de papel y me encargo de hacer triunfar el sistema más contrario a vuestras Leyes» No existe independencia objetiva, pero debemos reconocer en honor a la verdad que sí existen hombres probos que luchan con sus débiles y pequeñas fuerzas en defender la dignidad de sus semejantes, convencidos por la lucha de proteger los Derechos Humanos, y que éste no sea simplemente una mera «declamación oratoria» en manos de los poderosos.

- 10.^a La Jurisprudencia, como vocablo proteico que es, no tiene fuerza vinculatoria en nuestra legislación, pero en numerosas resoluciones se han sustentado las fundamentaciones originarias de dichos Organismos Internacionales.
- 11.^a Este punto es realmente medular, la falta de una verdadera formación de los jueces es el mayor obstáculo para una convincente realización de la Justicia. No solamente para la concreción de los Derechos Humanos, sino para todo el Orden Jurídico. A los efectos de no pretender innovar en ideas transcribiremos el pensamiento de Rudolf von Jhering en su obra *Bromas y veras en las Ciencia Jurídica*, pág. 97. «El jurista no sólo debe conservar el capital originario de conocimientos que trae de la Universidad, sino que también debe aumentarlo. Debe mantenerse al tanto de los adelantos de la ciencia y continuar sin pausa su formación. Pregunto nuevamente, ¿qué otra garantía hay para que haga esto fuera de los exámenes periódicos? Señores, perdonad mi cruda franqueza, pero digo lo que pienso. En mi opinión revela una grave falta de responsabilidad el que el Estado confíe la vida, el honor, la seguridad y la integridad patrimonial de sus súbditos a personas de las cuales no tiene la certeza de que están todavía en condiciones de cumplir esa tarea. Con el mismo derecho, la administración de los ferrocarriles podría contentarse con un único examen de los vagones. Esos vagones tienen que ser sometidos de tiempo en tiempo a un examen para comprobar si aún están en condiciones. Por las mismas razones habrá que hacer otro tanto con los juristas, que en cierto modo deben considerarse vagones de cargas».

En lo referente a nuestro país, los programas de estudio y los métodos de enseñanza Universitaria son realmente deficientes y es el más grave obstáculo para la realización de la Justicia, siempre entendiendo que existen honrosas excepciones. Pero el objetivo no es lograr un buen Magistrado, sino una buena Magistratura, en sentido plural.

- 12.^a La labor para realizar este objetivo debe ser integral. Toda acción o emprendimiento unilateral, sería dificultoso y no se lograría com-

Paraguay

prometer a las partes interesadas en sus efectos. Restricciones desde el punto del sistema no existen, pero se precisa inexorablemente un amplio diálogo para convencer a los distintos sectores.

Tomas D. Cárdenas
Gustavo Ocampos
Benigno Rojas Vía
José I. González
Carlos Ortiz B.

- 1.^a Conforme a las evidencias disponibles, la institución policial y los establecimientos penitenciarios constituyen actualmente los organismos estatales caracterizados por la conculcación sistemática de Derechos Humanos. Tanto el Informe Final sobre Evaluación de la Democracia en el Paraguay presentado por Checchi and Company Consulting a USAID/Paraguay en junio de 1995; como el Informe sobre el diagnóstico situacional de jóvenes privados de libertad del Instituto de Reeducción Cnel. «Panchito López», realizado por la Dirección de Política Criminal y Criminología de la Fiscalía General del Estado en diciembre de 1994 (en esa fecha Departamento); el diagnóstico de la situación procesal de menores privados de libertad en el Instituto de Reeducción «Cnel. Panchito López» realizado por la Dirección de Política Criminal y Criminología del Ministerio Público en mayo de 1995; y el diagnóstico de la Situación Carcelaria en el Paraguay elaborado en diciembre de 1995 en el marco de un Convenio entre la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público y USAID, dan cuenta de que las condiciones de privación de libertad y los procedimientos policiales siguen destacándose por la violación sistemática de los derechos en tanto insisten en recurrir al maltrato, la tortura física y la extrema precariedad en las condiciones de vida de quienes se encuentran privados de libertad.
- 2.^a La actual Constitución de la República del Paraguay, sancionada y promulgada el 20 de junio de 1992, garantiza adecuadamente la protección de los Derechos Humanos. Además el Paraguay es signatario de la Convención de las Naciones Unidas, entre todas, Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Prisioneros como también de la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica» y de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos; también recientemente a partir del año 1994 el Paraguay otorgó competencia suficiente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Actualmente se encuentran en estudio el Código Penal y el Código Procesal Penal, instrumento que se espera incorpore princi-

Paraguay

pios y procedimientos acordes con la protección de los Derechos Humanos.

- 3.^a En el ámbito del Poder Judicial, pueden articularse los procesos correspondiente también se tiene prevista la figura del Defensor del Pueblo (*Ombudsman*), según el art. 276 de la Constitución Nacional, cuyas funciones serían «la defensa de los Derechos Humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios». A nivel del Poder Legislativo, las iniciativas populares tienen la posibilidad de hacer sus reclamos y denuncias.
- 4.^a En términos generales, los mencionados poderes poseen poca credibilidad para el ciudadano en términos de eficacia y eficiencia: los procesos aún siguen siendo lentos, selectivos y extremadamente burocráticos. Se tiene prevista una serie de reformas que progresivamente resolverían estos problemas.
El Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia cuenta con una Dirección General de Derechos Humanos, de relativa trascendencia. El Poder Legislativo contaría con el Defensor del Pueblo y con Comisiones Especiales para casos específicos. El Poder Judicial no cuenta con ninguna Institución específica de Derechos Humanos. El Ministerio Público cuenta con área tutelar de Derechos Humanos que se halla avocada a los juicios por delitos contra los derechos humanos.
- 5.^a Conforme al Directorio de Organizaciones Privadas de Desarrollo en el Paraguay-1995 elaborado por el Centro de Información y Recursos para el Comité Paraguay-Kansas, existen 171 organizaciones privadas para el desarrollo de las cuales 37 trabajan en el área de Derechos Humanos; de éstos, 23 ofrecen defensa legal y 3, defensa legal con asesoría jurídica.
- 6.^a La respuesta institucional básicamente se concreta por intermedio de la Dirección de Protección de Derechos Humanos que funciona en el Ministerio de Justicia y Trabajo, además de la Dirección de Institutos Penales. Hasta ahora, las gestiones realizadas por ambas instituciones arroja saldo negativo: la Dirección de Protección de Derechos Humanos posee baja visibilidad en cuanto a sus acciones y los establecimientos penitenciarios, conforme a los estudios mencionados anteriormente, que se caracterizan por su precariedad extrema en todas las dimensiones vinculadas con las condiciones de privación de libertad.
- 7.^a Conforme al Plan de Acción de la Corte Suprema de Justicia para el año 1996, en la sección Principales Problemas Apreciados, la respuesta judicial se encuentra caracterizada por: morosidad de los juicios,

calidad deficiente de los juicios, desorden generalizado, recursos inadecuados, insuficientes e inoportunos, corrupción generalizada, justicia costosa, información interna inadecuada, entre otros. Sobre estos problemas se desarrolla actualmente el Proyecto de Reforma Estructural de la Administración de la Justicia y el Ministerio Público en Paraguay que apunta a la articulación de una serie de respuestas más adecuadas a este ámbito.

- 8.^a Conforme al art. 253 de la Constitución Nacional se estableció el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, que tienen regulación jurídica y que intervienen en el enjuiciamiento y remoción de Magistrados Judiciales por la Comisión de delitos o mal desempeño de sus funciones definidos en la Ley. Este recurso ya fue utilizado en una serie de ocasiones. Otro art. de la C. N., el 17.11, establece la indemnización por parte del estado debido al error judicial.

No existe suficiente información acerca de los mecanismos internacionales de los Derechos Humanos que podrían ser utilizados por la Magistratura interna.

- 9.^a Por mandato Constitucional se fortaleció la Independencia Judicial con la asignación presupuestaria de un mínimo del 3% del Presupuesto Nacional para el sector Judicial. Además, los mandatos iniciales de la Corte Suprema no coincidirán con los plazos presidenciales, disminuyendo así la posibilidad de politización del sector. También se estableció un nuevo mecanismo para la selección de jueces, el Consejo de la Magistratura que analiza las solicitudes para los cargos vacantes de Jueces (electoral y ordinario) y Fiscales. Se espera que estos cambios puedan reducir progresivamente el alto nivel de politización que caracteriza al poder judicial.
- 10.^a La jurisprudencia Nacional no posee carácter vinculante, en ese sentido tampoco existe en la práctica judicial utilización efectiva de la jurisprudencia comparada.
- 11.^a El perfeccionamiento de los Jueces y Fiscales ocupa un lugar preponderante y se lo considera indispensable para el mejoramiento de la administración de justicia. Esto ubica el problema de la falta de formación referida y explica el motivo por el cual este aspecto constituye uno de los objetivos esenciales del Proyecto de Reforma Judicial mencionado anteriormente. Actualmente se trabaja en la conformación de una Escuela Judicial Paraguaya que funcione como un apoyo para el mejoramiento de todo el sistema judicial.
- 12.^a Sería excelente implementar actividades de aprendizaje, información, práctica acerca de Derechos Humanos y las garantías aplicables en el

Paraguay

Derecho Nacional Positivo e Internacional. Podría hacerse con o sin conocimiento de la Corte; de los Organismos no Gubernamentales; la participación de Magistrados, Profesionales, público interesado. Aquí se debe aclarar si la Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay es una ONG, con atribuciones para realizar tareas de capacitación y/o adiestramiento, y de acuerdo a esto proponer programas o proyectos de formación.

José Ignacio González Macchi

Anexo a las respuestas de Paraguay

PODER LEGISLATIVO

LEY Nº 01/89

QUE APRUEBA Y RATIFICA LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA

EL CONGRESO DE LA NACION PARAGUAYA SANCIONA
CON FUERZA DE

LEY

Art. 1.º Apruébase y ratifícase la «CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS» o «PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA», suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y firmada por la República del Paraguay el 2 de febrero de 1971, cuyo texto es como sigue:

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS «PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA»

Preámbulo

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención.

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como funda-

mento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

Parte I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

Capítulo I - ENUMERACIÓN DE DEBERES

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

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Capítulo II - DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Art. 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Art. 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoria de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Art. 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados antes tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Paraguay

Art. 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre. 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio para los efectos de este artículo:

- a) los trabajos o servicios que se exigen normalmente de una persona recluida en cumplimiento de sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías, o personas jurídicas de carácter privado;
- b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;
- c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
- d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Art. 7. Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie está detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

Art. 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

Paraguay

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en los que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Art. 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Art. 10. Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Art. 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Art. 12. Libertad de Conciencia y de Religión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Art. 14. Derechos de Rectificación o Respuesta. 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una

Paraguay

persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Art. 15. Derecho de Reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Art. 16. Libertad de Asociación. 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Art. 17. Protección a la Familia. 1. La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Art. 18. Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamen-

tará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante supuestos, si fuere necesario.

Art. 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Art. 20. Derecho a la Nacionalidad. 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Art. 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Art. 22. Derecho de Circulación y de Residencia. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

Paraguay

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Art. 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente, en proceso penal.

Art. 24. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Art. 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Capítulo III - DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES

Art. 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Capítulo IV - SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Art. 27. Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derechos a la Nacionalidad), 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Art. 28. Cláusula Federal. 1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

Paraguay

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Art. 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Art. 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Art. 31. Reconocimiento de Otros Derechos. Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

Capítulo V - DEBERES DE LAS PERSONAS

Art. 32. Correlación entre Deberes y Derechos. 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Parte II - MEDIOS DE LA PROTECCIÓN

Capítulo VI - DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES

Art. 33. Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

- a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
- b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

Capítulo VII. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. ORGANIZACIÓN

Art. 34. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Art. 35. La Comisión representa a todos los Miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

Art. 36. 1. Los Miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados Miembros.

2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Art. 37. 1. Los Miembros de la Comisión serán elegidos por cuatro años y sólo podrán ser reelegidos una vez, pero el mandato de tres de los Miembros designados en la primera elección expirará al cabo de dos años. Inmediatamente después de dicha elección se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres Miembros.

2. No puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

Paraguay

Art. 38. Las vacantes que ocurrieren en la Comisión, que no se deban a expiración normal del mandato, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización de acuerdo con lo que disponga el Estatuto de la Comisión.

Art. 39. La Comisión preparará su Estatuto, los someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento.

Art. 40. Los servicios de secretaría de la Comisión deben ser desempeñados por la unidad funcional especializada que forma parte de la Secretaría General de la Organización y debe disponer de los recursos necesarios para cumplir las tareas que le sean encomendadas por la Comisión.

Sección 2. FUNCIONES

Art. 41. La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados Miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados Miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Art. 42. Los Estados Partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las

Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla vele por que se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Art. 43. Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

Sección 3. COMPETENCIA

Art. 44. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte.

Art. 45. 1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.

2. Las Comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado Parte que no haya hecho tal declaración.

3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados Miembros de dicha Organización.

Art. 46. 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

- a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
- b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

Paraguay

- c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
- d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a) y 1.b) del presente artículo no se aplicarán cuando:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en su derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Art. 47. La Comisión declarará inadmisibile toda petición o comunicación presentada de acuerdo con los artículos 44 ó 45 cuando:

- a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;
- b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;
- c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y
- d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Sección 4. PROCEDIMIENTO

Art. 48. 1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

- a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación.

Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;

- b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;
- c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevivientes;
- d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;
- e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;
- f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

Art. 49. Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1. f) del Artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

Art. 50. 1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e) del artículo 48.

2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.

Paraguay

3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Art. 51. 1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.

3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas o si publica o no su informe.

Capítulo VIII - LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sección 1. ORGANIZACIÓN

Art. 52. 1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados Miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Art. 53. 1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

2. Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Art. 54. 1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces.

2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.

3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran avocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Art. 55. 1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.

2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado Parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez *ad hoc*.

3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez *ad hoc*.

4. El juez *ad hoc* debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.

5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieren un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

Art. 56. El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Art. 57. La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

Art. 58. 1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa equiescencia del Estado respectivo. Los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.

2. La Corte designará a su Secretario.

3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

Art. 59. La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán

Paraguay

nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

Art. 60. La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

Sección 2. COMPETENCIA Y FUNCIONES

Art. 61. 1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Art. 62. 1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Art. 63. 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En caso de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Art. 64. 1. Los Estados Miembros de la Organización, podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órga-

nos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Art. 65. La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Sección 3. PROCEDIMIENTO

Art. 66. 1. El fallo de la Corte será motivado.

2. Si el fallo no expresare todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

Art. 67. El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Art. 68. 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Art. 69. El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados Partes en la Convención.

Capítulo IX. DISPOSICIONES COMUNES

Art. 70. 1. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión gozan, desde el momento de su elección y mientras dure su mandato, de las inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional. Durante el ejercicio de sus cargos gozan, además, de los privilegios diplomáticos necesarios para el desempeño de sus funciones.

2. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones.

Art. 71. Son incompatibles los cargos de juez de la Corte o miembro de la Comisión con otras actividades que pudieren afectar su independencia o imparcialidad conforme a lo que se determine en los respectivos estatutos.

Art. 72. Los jueces de la Corte y los miembros de la Comisión percibirán emolumentos y gastos de viaje en la forma y condiciones que determinen sus estatutos, teniendo en cuenta la importancia e independencia de sus funciones. Tales emolumentos y gastos de viaje serán fijados en el programa-presupuesto de la Organización de los Estados Americanos, el que debe incluir, además, los gastos de la Corte y de su Secretaría. A estos efectos la Corte elaborará su propio proyecto de presupuesto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, por conducto de la Secretaría General. Esta última no podrá introducirle modificaciones.

Art. 73. Solamente a solicitud de la Comisión o de la Corte, según el caso, corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los miembros de la Comisión o jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos estatutos. Para dictar una resolución se requerirá una mayoría de los dos tercios de los votos de los Estados Miembros de la Organización en el caso de los miembros de la Comisión y, además, de los dos tercios de los votos de los Estados Partes en la Convención, si se tratare de jueces de la Corte.

Capítulo X - FIRMA, RATIFICACIÓN, RESERVA, ENMIENDA, PROTOCOLO Y DENUNCIA

Art. 74. 1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos.

2. La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación adhesión.

3. El Secretario General informará a todos los Estados Miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención.

Art. 75. Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

Art. 76. 1. Cualquier Estado Parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea Ge-

neral, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.

Art. 77. 1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado Parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

Art. 78. 1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras Partes.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

Capítulo XI - DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Sección 1. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Art. 79. Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Miembro de la Organización que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados Miembros de la Organización al menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Art. 80. La elección de miembros de la Comisión se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 79, por votación secreta de la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los

Paraguay

representantes de los Estados Miembros. Si para elegir a todos los miembros de la Comisión resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminarán sucesivamente, en la forma que determine la Asamblea General, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Sección 2. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Art. 81. Al entrar en vigor esta Convención, el Secretario General pedirá por escrito a cada Estado Parte que presente, dentro de un plazo de noventa días, sus candidatos para jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de los candidatos presentados y la comunicará a los Estados Partes por lo menos treinta días antes de la próxima Asamblea General.

Art. 82. La elección de jueces de la Corte se hará de entre los candidatos que figuren en la lista a que se refiere el artículo 81, por votación secreta de los Estados Partes en la Asamblea General y se declararán elegidos los candidatos que obtengan mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes. Si para elegir a todos los jueces de la Corte resultare necesario efectuar varias votaciones, se eliminará sucesivamente, en la forma que determinen los Estados Partes, a los candidatos que reciban menor número de votos.

Art. 2.º Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Aprobada por la Cámara de Senadores el trece de junio del año mil novecientos ochenta y nueve y por la Cámara de Diputados, sancionándose la Ley, el catorce de julio del año mil novecientos ochenta y nueve.

ARGENTINA

Relatoría correspondiente al cono sur de América Latina

Análisis valorativo de las encuestas recibidas de los grupos de Bolivia, Chile, Paraguay, Uruguay y Argentina

Ante todo, deseo formular cuatro breves pero sinceros agradecimientos:

* a «Jueces para la Democracia de España», por asignarme tarea tan trascendente como la que importa la preparación de este relato:

* a Antonio Doñate Martín, por ser el más acabado ejemplo de solidaridad de la magistratura progresista europea con la latinoamericana;

* a la entidad anfitriona, Juízes para a Democracia do Brasil, «*meus caros amigos*», por su hospitalidad proverbial y por el ejemplo de pujanza institucional que configuran;

* y a los colegas de los cinco países que han colaborado en la contestación a los cuestionarios oportunamente enviados, sin cuyo auxilio esta empresa no hubiera alcanzado la meta propuesta.

De las doce cuestiones sometidas a consideración de los grupos nacionales, la primera aludía a un problema central, presentado como hipótesis: la conculcación sistemática de los Derechos Humanos en nuestros países; las nueve siguientes inquirían acerca de las soluciones –virtuales o reales– frente a dicho problema, ésto es, respecto a la existencia de normas que declaren el reconocimiento de esos Derechos y de mecanismos formales, constitucionales o legales, tendientes a asegurar su protección, así como de respuestas institucionales efectivas ante su violación; en tanto que las dos últimas interrogaban acerca de la eventual incidencia de una falta de formación ius-humanista de los jueces en su respuesta al problema central, y sobre la posibilidad de mejorar esa formación, con alusión expresa a la articulación de proyectos en tal sentido y tácita, al esperable logro de resultados positivos a través de la interacción de grupos o asociaciones de jueces.

En síntesis, se interrogó acerca de un problema, de las soluciones formales y materiales existentes y de la hipotética aportación de los jueces al mejoramiento de la situación.

I. El problema

a) De las cinco respuestas recibidas en torno a la primera pregunta, tres se pronunciaron afirmativamente en punto a la existencia de una sistemática conculcación de los Derechos Humanos, en tanto que las dos restantes negaron, en principio, la ocurrencia de tal fenómeno. No obstante, si atendemos al desarrollo conceptual de estas últimas, la aparente disparidad se reduce, puesto que –es una de ellas– se admite, a renglón seguido, la presencia de «serias violaciones» a tales Derechos, y –en la otra– se mencionan datos estadísticos provenientes de fuentes confiables, que acreditan la relativa frecuencia de «casos serios de tortura o apremios ilegítimos» en el último trienio.

En realidad, el tenor de ambas contestaciones por la negativa conduce a argüir que existieron dos interpretaciones de la adjetivación empleada en el cuestionario: una figurada, pero legitimada por el uso, y otra literal. En este sentido, es reveladora la respuesta del grupo de la República de Chile, que alude –en primer término– a la progresiva adecuación de la legislación interna a los pactos y tratados internacionales, a partir del restablecimiento de la democracia –en 1990–, y a la genérica adaptación de los organismos estatales a esa normativa; a partir de lo cual se concluye –y aquí cito textualmente– que «no es posible aseverar o suponer una violación sistemática de esos derechos»;¹ sin perjuicio de lo cual, y a continuación, se da cuenta de graves violaciones a aquéllos, allí detectadas.

Ciertamente si nos ajustamos a las acepciones oficiales de la lengua, y por «sistema» entendemos un «conjunto de reglas o principios enlazados entre sí», o un «conjunto de cosas, ordenadamente relacionadas, que contribuyen a determinado objeto», será difícil suscribir que existe una conculcación sistemática de aquellos Derechos en el seno de nuestras democracias. Por contrahechas y endebles que ellas sean, no dejan de hallarse jurídicamente presididas por una constitución de cuño demoliberal, cuya parte dogmática consagra –precisamente– el elenco esencial de los derechos del hombre, y cuyo texto incorpora, con jerarquía constitucional, suprallegal, o –al menos– legal, las cláusulas de los pactos y tratados internacionales suscritos en la materia que nos ocupa; al tiempo que las leyes dictadas en consecuencia de aquellas Normas Fundamentales y el simbolismo que puebla al imaginario social dotan a los respectivos sistemas de la racionalidad y el consenso suficiente como para que no quepa sostener que los ataques a tales derechos y garantías básicos se encuentran metódicamente previstos y ordenadamente administrados desde los poderes públicos.

Pero, si echamos mano de sus sinónimos en el lenguaje usual, y equiparamos al calificativo «sistemático» otros, como «constante», «reiterado» o «persistente», la coincidencia será, seguramente, mayor.

Con la salvedad terminológica que acabo de apuntar, cabe aseverar, entonces, a partir de las cinco respuestas obtenidas, que en nuestros países suceden actualmente serias violaciones a los Derechos Humanos, sin que ello

importe desconocer los avances registrados en algunos de ellos, respecto de anteriores períodos institucionales.

b) El segundo rasgo digno de mención en torno a esa primera y crucial interrogación del catálogo distribuido, está dado por la unánime coincidencia en apuntar los más visibles ejemplos de violación a los Derechos Humanos en el ámbito de actuación de las fuerzas policiales y penitenciarias.

c) En tercer término, los recurrentes maltratos y las torturas físicas y psíquicas a los ciudadanos en general, por parte de los agentes y funcionarios policiales y penitenciarios aparecen particularmente dirigidos en perjuicio de los individuos pertenecientes a los sectores más desfavorecidos en el reparto social.

Aunque no podemos detenernos en este punto, por las propias características de esta labor, cabe anotar que esa tendencia a concentrar y dirigir violencia contra las capas más débiles de la población es una característica regularmente constatada en todas las sociedades, pero agigantada en las que presentan mayores contrastes en el seno de su estructura: como obvio correlato ante la pérdida o desaparición del consenso, debido a la falta de equidad en las distribuciones, se desnuda la fuerza para asegurar el mantenimiento del «statu quo».

Enseña Norberto Bobbio, desde el prólogo a la magna obra de Luigi Ferrajoli –«Derecho y razón»–, que la «gran antítesis entre libertad y poder... domina toda la historia humana». ² Esa antítesis se traduce, en los sistemas sociales, en otras antinomias, tales como la que enfrenta al estado de derecho con el estado absoluto o despótico, al gobierno de las leyes contra el gobierno de los hombres.

En los mismos términos se refleja en los sistemas judiciales, permitiendo establecer dicotomías igualmente rotundas, tales como formalismo o sustancialismo; para culminar en el más crudo enfrentamiento, en la arena del sistema penal, con el modelo garantista, encarnado en un derecho penal mínimo, propio de las sociedades más equitativas, opuesto al modelo autoritario, productor de un derecho penal máximo, triste atributo de las sociedades más desiguales.

Como vemos, en la cúspide y en la base de tales visiones, alienta la pugna entre «el derecho del más débil frente al derecho del más fuerte», ³ con una lección adicional de la Historia: para disminuir el arbitrio del más fuerte, es preciso robustecer la certeza que ampara al más débil. A esa certeza apostaba Jean Paul Sartre, desde sus «*Cahiers pour une morale*», oponiéndola a la azarosa esperanza de la violencia. A esa certeza apuestan hoy lúcidos pensadores como el Profesor de Sociología de Bari, Eligio Resta. ⁴

El más vivo e irrefutable testimonio de la permanencia de la arbitrariedad en nuestras sociedades está configurado por la marcada selectividad del sistema penal. Desde los mismos procesos de acuñación de los tipos le-

Argentina

gales hasta los criterios de discriminación en la fase de ejecución penal, a cada paso existen opciones que se resuelven en perjuicio de los más pobres, de los más desamparados, de los menos pertrechados para el combate que plantea el darwinismo social exacerbado de nuestros días.

De manera que no puede sorprender esta comprobación de los contribuyentes a la encuesta que estamos relatando, cuando consignan que son los pobres, y entre éstos, los más inmaduros, el blanco preferido de los cuerpos de choque de sistemas sociales demasiado preocupados por su deuda externa y demasiado desinteresados de su creciente deuda interna.

He aludido a los más inmaduros, a los más tiernos, dado que un elemento destacado en el informe del grupo argentino, simultáneamente con el anterior, es el de la notoria concentración de los atropellos de la autoridad policial contra sujetos adolescentes o jóvenes,⁵ en franco paralelismo con idéntico rasgo advertible en los niveles de decisión de dicha fuerza de seguridad, durante las esporádicas etapas de dictadura militar padecidas en el pasado reciente.

En el punto más alto de esa escala de abusos, en la Argentina cobra difusión, cotidianamente, la muerte de una o más personas de esa condición generacional, a manos de agentes policiales, en sucesos cuyas circunstancias de tiempo, lugar y modo raramente alcanzan la debida elucidación a través de las investigaciones pertinentes.

d) Como anticipáramos, junto a la violencia policial se computa la desplegada en sede penitenciaria. En las prisiones, «la extrema precariedad en las condiciones de vida de quienes se encuentran privados de libertad»⁶ se da cita con el nudo arbitrio de funcionarios que continúan visualizando al procesado o condenado, preso o recluso, como un enemigo al que cuadra hostilizar.

La similitud predicable entre las características negativas registradas en el funcionamiento de ambos subsistemas –policial y penitenciario– se convierte en identidad lisa y llana en Uruguay, donde una misma fuerza de seguridad, la policía dependiente del Ministerio del Interior, está encargada de cubrir ambas funciones, la estrictamente policíaca y la carcelaria, además de la de auxiliar del Poder Judicial, como lo resaltáramos en el informe final del programa «Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina», desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, una década atrás.⁷

Vale que acotemos que –hasta hace un cuarto de siglo– el sistema carcelario uruguayo dependía del Ministerio de Educación y Cultura,⁸ ya que pareja suerte corrió la repartición penitenciaria en Argentina, desde esa misma época. La Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal actualmente vigente en este último país, promulgada durante el gobierno de facto del General Lanusse, reconoce como antecedente a la que sancionara el gobierno de facto del general Aramburu, oportunamente modificada por la dictada durante el régimen del facto del general Onganía.⁹

Tales leyes han concentrado progresivamente el poder de dicha agen-

cia y la han militarizado ostensiblemente. En la primera, aun se hacía referencia a la misión de sus agentes, comprendiendo la realización del tratamiento inherente a la ejecución de las penas privativas y restrictivas de libertad. En la segunda, aquella misión pasó a comprender la realización de las funciones de seguridad y defensa social; y por la tercera, hoy en vigor, el Servicio de referencia dejó de ser una rama de la Administración Pública activa, para pasar a constituir una fuerza de seguridad de la Nación.

Públicamente he denunciado en mi país que la asignación de tal carácter «conspira contra sus fines declarados: antepone la seguridad a la readaptación, encapsula herméticamente a dicho segmento respecto de los dos restantes del sistema penal, dificulta la injerencia externa en su funcionamiento, de cara a las actividades que lo vinculan con aquellos subsistemas... y organiza vertical y jerárquicamente a los profesionales de las distintas disciplinas formalmente intervinientes en la asistencia y tratamiento de los detenidos, en desmedro del carácter científico de sus aportes, por sólo anotar los defectos más notorios».¹⁰

Es interesante resaltar, en este aspecto, que el informe Rodley sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile, indica como causas de los casos serios de violación a tales derechos allí verificados, «la actitud relajada de muchos jueces y la insuficiencia de una legislación, que no garantiza la subordinación de las fuerzas de seguridad al poder civil».¹¹

II. Las soluciones existentes

a) En contraste con el sombrío panorama relevado en las respuestas al tema anterior, las cinco contribuciones compendiadas en este relato destacan la amplitud de recepción de los Derechos Humanos en las respectivas Constituciones Nacionales.

Análogamente, se resalta de manera uniforme la suscripción de los más importantes tratados en la materia por parte de cada gobierno. En este tópico, alcanza peculiar entidad la norma contenida en el art. 75 inciso 22 de la Constitución argentina de 1994, que reconoce jerarquía constitucional a los diez instrumentos principales del iushumanismo contemporáneo, prescribiendo que debe entenderse los «complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos».

Infelizmente, sentada esta homogénea referencia al reconocimiento normativo de los Derechos Humanos, el propio grupo argentino alerta respecto de los numerosos ejemplos de leyes y proyectos de ley subsistentes o –aun– posteriores a la entrada en vigencia de la nueva Constitución, contrarias a los mandatos solemnemente incorporados a la Ley Fundamental.¹²

b) La cuestión atinente a los mecanismos formales con que cuenta el ciudadano para intentar la protección de esos Derechos, tan solemnemente consagrados, es respondida en similares términos. Con abstracción de ciertas diferencias terminológicas, se revela, en las contribuciones de los paí-

Argentina

ses del cono sur, la vigencia de una acción o recurso de amparo –llamada en Chile «recurso de protección de garantías»– como medio de tutela al individuo contra todo acto u omisión de la autoridad pública o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja o amenace, arbitraria o ilegalmente, los derechos y garantías que la Constitución reconoce. Esta vía, incorporada actualmente a nivel constitucional en Bolivia, Chile, Paraguay y Argentina, fue introducida por ley en el Uruguay, luego del restablecimiento de la democracia.¹³

También se consigna unánimemente la existencia de la acción de *habeas corpus*, denominada «amparo» en Chile, procedente cuando la garantía afectada es el derecho a la libertad personal o a la seguridad individual.¹⁴ Se trata de un dispositivo de rango constitucional en las cinco naciones consultadas.

En el caso de Argentina, es oportuno agregar que, tanto el *habeas corpus* como el amparo, tuvieron una previa acogida legal, que, inclusive, en el caso del amparo reconocía una génesis jurisprudencial, contando ahora con el respaldo del art. 43 de la nueva Constitución.

De igual modo, valga aditar, tal como tuve ocasión de exponer en la reunión de Barcelona de 1994, que la ley vigente en materia de «habeas corpus» en aquel país incluye, junto al tradicional auto liberatorio, el llamado «correctivo», destinado a impedir o hacer cesar la agravación ilegítima de las condiciones de una privación legal de libertad.

c) En este mismo estadio, aunque sin la uniformidad revelada respecto de los dos institutos citados, se ubica la reciente institución del «defensor del pueblo» u «ombudsman».

No se computa su existencia en Bolivia ni en Chile; en el Uruguay se carece de una legislación que lo establezca en el plano nacional, aunque funciona en materia municipal, en el departamento de Montevideo, si bien limitado a la protección de intereses difusos, más precisamente, a la defensa del consumidor;¹⁵ en tanto que, en la Constitución de Paraguay de 1992 se lo prevé como funcionario a cargo de «la defensa de los Derechos Humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de intereses comunitarios».

La Constitución argentina de 1994 lo introduce en su art. 86, definiéndolo como un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, con plena autonomía funcional y sin recibir instrucciones de ninguna autoridad, teniendo a su cargo la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración, así como el control del ejercicio de las funciones administrativas.

Corresponde aclarar, respecto de Bolivia, que, en el desempeño de un rol semejante al de un *ombudsman* o defensor del pueblo, se inscribe la actuación de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de ese país.¹⁶

d) Siempre en el campo de los resortes formalmente articulados en de-

fensa de los Derechos Humanos, es oportuno referir, en el marco de la nueva Ley Fundamental argentina, la inclusión del llamado «habeas data», acción homologada al amparo, en cuya virtud toda persona puede tomar conocimiento de los datos a ella referidos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y de su finalidad; y exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos –en caso de falsedad o discriminación–, sin que ello implique –por otra parte– afectar el secreto de las fuentes de información periodística.

e) Fuera de esas vías excepcionales de protección de los derechos individuales y también de los intereses difusos, como se aprecia en los instrumentos más modernos, la mayoría de los países mencionan como mecanismos ordinarios tendentes a dicha protección a los cursos procesales propiamente dichos, salvaguardados constitucionalmente por la garantía, cara al liberalismo clásico, de la defensa en juicio y del debido proceso legal.

f) En cuanto al efectivo acceso de los ciudadanos en procura de la protección de sus derechos, las respuestas difieren nuevamente. El grupo chileno limita su contestación al tema de las vías tuitivas excepcionales (los recursos de amparo y de protección), aludiendo exclusivamente a sus condiciones formales de operatividad, ésto es, a que no precisan de solemnidades y a que pueden ser interpuestos por el afectado o por cualquiera en su nombre, características comunes en la legislación comparada relativa a tales institutos.¹⁷

Las cuatro respuestas restantes, tres de las cuales incluían a los procesos ordinarios entre los mecanismos formales de protección, revelan la dificultad de la ciudadanía para hacer valer sus derechos ante los poderes públicos. En el caso de Bolivia, se enuncian como factores de esa obstrucción la falta de recursos para obtener asistencia letrada, los trámites burocráticos y dilatorios y la propia pérdida de fe en la Justicia;¹⁸ en el de Paraguay, se alude igualmente a la «poca credibilidad» de aquellos poderes para el ciudadano, «en términos de eficacia y eficiencia», añadiéndose que «los procesos aun siguen siendo lentos, selectivos y extremadamente burocráticos»;¹⁹ en Uruguay, se cita la negativa tendencia actual a la centralización de los tribunales y de la Defensoría de Oficio, circunstancia que impide el traslado a los centros de justicia a las personas provenientes de «los sectores más humildes de la población»;²⁰ y en Argentina, se vincula la variable dificultad de acceso a la justicia con los ya expresados factores de pobreza y de menor edad.²¹

g) El interrogante acerca de la existencia de organizaciones privadas o no gubernamentales que canalizan la protección de los Derechos Humanos devuelve uniformidad a las respuestas obtenidas. En los cinco países son numerosas las organizaciones no gubernamentales, tanto laicas cuanto confesionales, dedicadas a suplir o complementar la tarea tuitiva de dichos Derechos. Buena parte de ellas proveen de asesoramiento y asistencia jurídica a los ciudadanos, accionan ante los tribunales ordinarios y realizan ta-

Argentina

reas de difusión iushumanista. Bolivia cita a la Asamblea Permanente de Derechos Humanos, el Colegio de Abogados, la Universidad, el Arzobispado y la Nunciatura;²² Paraguay aporta datos precisos: de las 37 organizaciones privadas para el desarrollo que trabajan en el área de Derechos Humanos, 23 ofrecen defensa legal y 3, defensa legal con asesoría jurídica.²³ Uruguay enumera, como «las más representativas» a IELSUR, SERPAJ, SOS Papá, SOS Mujer y numerosas asociaciones feministas, todas las cuales «llevan sus reclamos a menudo ante los Tribunales de Justicia con éxito variado».²⁴ Argentina menciona a la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, el Centro de Estudios Legales y Sociales, el Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos, con su Defensoría Jurídica Gratuita, el Servicio de Paz y Justicia y Amnistía Internacional, la mayoría de los cuales acude corrientemente ante la justicia, en defensa de los derechos de sus asistidos.²⁵ El informe chileno no aporta nombres de dichas organizaciones.

h) La cuestión atinente a la respuesta institucional del Poder Ejecutivo, en materia de Derechos Humanos, distancia una vez más al informe del grupo chileno de los cuatro restantes. Para el primero, la respuesta del Ejecutivo es «positiva», aclarando que «a través de los medios de comunicación masiva se hace difusión de los Derechos Humanos»destacándose su carácter «primordial como sustento de la democracia».²⁶ En el frente opuesto, es el grupo boliviano el más tajante: no sólo define como negativa a la actitud del Gobierno frente a los movimientos de defensa de tales Derechos, sino que enfatiza en torno a la ingerencia de aquel Poder en las ratificaciones o designaciones de los jueces, rol que –según se señala– a la par que interfiere en la recta administración de justicia, defiende la operatividad de sus organismos represivos.²⁷

Menos virulentos pero igualmente críticos, los informes de Paraguay, Uruguay y Argentina señalan ambigüedades notables en los organismos del Poder Ejecutivo, ante el tema en análisis.

El grupo de Paraguay nos ilustra acerca de la existencia de la Dirección de Protección de Derechos Humanos, que funciona en el Ministerio de Justicia y Trabajo, completando la respuesta institucional del Poder Ejecutivo la Dirección de Institutos Penales. El saldo de ambas gestiones es calificado negativamente, por el bajo perfil que adopta y la escasa repercusión que obtiene el primero de tales organismos y por la invariable precariedad de las condiciones carcelarias, teóricamente supervisadas por el segundo.²⁸

El grupo oriental refleja con nitidez la actitud de un Poder Ejecutivo que, de una parte «sostiene una postura formal de apoyo a la protección de los Derechos Humanos», absteniéndose de discutir abiertamente los pronunciamientos judiciales en casos de procesamiento de sus agentes, en tanto que, de otra, «apoya institucionalmente la actuación policial», con el añadido de que la privación de libertad puede resultar ilusoria en tales casos, logrando, eventualmente, mantener a sus cargos a los involucrados.²⁹ A

su turno, el grupo de Argentina consigna la existencia de la Subsecretaría de Derechos Humanos, en el seno del Ministerio del Interior, ubicación institucional que, de por sí, conspira contra la fluidez de su gestión, si se repara en que el Ministro del ramo es quien gobierna jerárquicamente a la fuerza policial, en cuyo ámbito, como ya se explicitara, se registran las principales conculcaciones a los Derechos Humanos. También se indica como factor revelador de la escasa trascendencia asignada por el propio Poder Ejecutivo a dicha dependencia, la magra partida presupuestaria que se le adjudica. Todo ello, sin perjuicio de reconocerse algunos logros parciales, tales como la inauguración de entidades regionales en el interior del país, sus tareas de difusión sobre el particular y la influencia en la sanción de leyes que regulan aspectos puntuales, tales como el resarcimiento pecuniario a individuos detenidos durante la dictadura militar.³⁰

i) En lo referente a la respuesta judicial, las contestaciones de Chile y Uruguay señalan sucintamente que es «correcta en lo que respecta a (la) jurisdicción civil ordinaria»³¹ y que «fundamenta exclusivamente en la aplicación del Derecho Penal».³²

Por su parte, el grupo boliviano denuncia la presencia de «un Poder Judicial dependiente, dócil y sumiso a los requerimientos del Ejecutivo», en lugar de erigirse en control y garantía frente a los otros poderes, razón por la cual aboga firmemente por la creación de un Consejo de la Magistratura que haga respetar la carrera judicial en función de los méritos.³³

Desde Paraguay se echa mano al informe incluido en el Plan de Acción de la Corte Suprema de Justicia para el año 1996, el que –al pasar revista a los principales problemas apreciados– anota los siguientes: «morosidad en los juicios, calidad deficiente de los mismos, desorden generalizado, recursos inadecuados, insuficientes e inoportunos, corrupción generalizada, justicia costosa e información interna inadecuada», advirtiendo que, a fin de enfrentar estos acuciantes problemas, se desarrolla actualmente el Proyecto de Reforma Estructural de la Administración de la Justicia y el Ministerio Público.

El grupo de Argentina comienza por señalar que no hay respuesta judicial como colectivo. Ésta depende, pues, de cada Juez o Tribunal en particular, a la hora de fallar en los casos sometidos a su conocimiento y decisión. Se denuncia, asimismo, un global desconocimiento de la magistratura del nudo texto de los pactos y tratados interamericanos e internacionales incorporados a la máxima jerarquía normativa desde 1994. Se propicia, para enfrentar esa grave falencia, la articulación de debates, charlas informativas y demás actividades de difusión.

j) En cuanto a la posibilidad de exigir responsabilidades a los jueces por denegación injustificada de la protección a los Derechos Humanos, la respuesta boliviana es prácticamente negativa, ya que se indica como única medida prevista, ante un fallo incorrecto de los Jueces del Tribunal Constitucional o de los Recursos Constitucionales en desmedro de aquellos de-

Argentina

rechos fundamentales, la facultad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de revocar la resolución, con los apercibimientos de ley, trámite cuya materialización demora, de todos modos, casi un año.

La contestación chilena, en cambio, es sumamente ilustrativa en este caso: «Si bien no existen mecanismos formales para exigir responsabilidades a los ministros de una Corte cuando han denegado la protección solicitada, ellos pueden incurrir en responsabilidad criminal, civil, política o disciplinaria» en el supuesto de haber actuado con dolo o culpa. La responsabilidad penal y civil, en caso de haber incurrido en prevaricato o cohecho, se hace efectiva a través de los mecanismos procesales del juicio de amovilidad y de la querrela de capítulos»; la política, mediante un juicio de tales características por «notable abandono de deberes», con actuación de ambas Cámaras del Congreso y con eventual destitución del acusado al que se reputara culpable; y la responsabilidad disciplinaria, ejercida por el propio afectado a través de una queja ante la Corte Suprema, también puede culminar con la destitución del magistrado, en caso de falta o abuso en el ejercicio de sus funciones.

En iguales responsabilidades, salvo la política, pueden incurrir los jueces de primera instancia.

Se afirma que estos mecanismos de control, especialmente el que se vincula con la responsabilidad disciplinaria, son ejercidos frecuentemente.

Paraguay alude al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, constitucionalmente establecido y ya utilizado en diversas ocasiones, por casos de delito o mal desempeño de las funciones.

El grupo de Argentina señala, en primer lugar, que el juicio político establecido por la anterior Constitución, para casos de delito o mal desempeño funcional careció de mayor operatividad, salvo en contados casos, situación imputable al propio sistema de designación de los jueces, con intervención directa de los poderes políticos.

En segundo término, da cuenta del dispositivo de remoción, previsto en la nueva Constitución pero aún falto de vigencia, merced a la demora en implementar el Consejo de la Magistratura. El mecanismo se integra con la apertura del procedimiento por dicho Consejo, encargado de formular la acusación correspondiente, y con la actuación de un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal, cuyo fallo, irrecurrible, no tendrá más efecto que el de la destitución, sin perjuicio de las ulteriores acciones legales, ante los tribunales ordinarios.

En cuanto al error judicial, la mayoría de los países da cuenta de su mera previsión legal, acotando el grupo uruguayo que el Estado ha solventado numerosas indemnizaciones en ese país, sin que se conozcan acciones de repetición contra los responsables directos.³⁴

k) La novena cuestión inquiriere acerca del verdadero grado de independencia del Poder Judicial, por lo cual luce, en parte, preanunciada por las respuestas precedentes.

Una vez más, la contestación del grupo chileno aparece opuesta a la del resto de los participantes en la encuesta. Expresa aquél, que «en materia de Derechos Humanos, existe independencia del Poder Judicial respecto de los demás poderes del Estado, y ello, por razones obvias, repercute favorablemente en su reconocimiento».³⁵

En términos diametralmente opuestos, la representación de Bolivia insiste en la flagrante ingerencia del Poder Ejecutivo sobre los miembros del Poder Judicial.³⁶ La de Paraguay señala las medidas que se están adoptando para «reducir progresivamente en alto nivel de politización que caracteriza al poder judicial», tales como la disposición constitucional que le asigna un mínimo del 3% del presupuesto nacional, la previsión de que no coincidan los mandatos iniciales de los miembros de la Corte Suprema de Justicia con los plazos presidenciales y la creación de un Consejo de la Magistratura para la designación de jueces y fiscales.³⁷ La del Uruguay pone al descubierto el menoscabo material que afecta al Poder Judicial, derivado de que ambos poderes políticos están facultados para retacear su presupuesto, con el resultado esperable de un 1,8% del presupuesto general para su abastecimiento y con las carencias infraestructurales y funcionales que ello acarrea.³⁸

Finalmente, la de Argentina recalca la ausencia de una plena independencia del Poder Judicial, en virtud del sistema de designaciones, hecho que repercute en el campo específico de los Derechos Humanos, en la medida en que buena parte de los miembros de la judicatura adolecen de esa indebida influencia del Gobierno. Es necesario acotar que la composición del Consejo de la Magistratura creado por la nueva Constitución ha quedado confiada a la ley que lo ponga en funcionamiento. Si triunfa el Proyecto que actualmente cuenta con media sanción parlamentaria, lo habrán de componer 23 miembros, de los cuales sólo seis serán jueces y –de ellos– sólo cuatro elegidos por sus pares; y, si se repara en que dicho Consejo tendrá a cargo la selección y designación de los magistrados, el ejercicio de facultades disciplinarias sobre los mismos, la apertura de los procesos de remoción y la acusación contra aquéllos, además de la administración y ejecución del presupuesto del Poder Judicial, se entenderá la intranquilidad experimentada por quienes bregamos por una Justicia independiente en nuestro país.

l) Con relación a la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, la respuesta es invariable: ella no posee efecto vinculante para los tribunales nacionales, si bien es «fuente de consulta e inspiración» en Bolivia,³⁹ «ha sido considerada como principio general de derecho por muchos jueces» en Chile,⁴⁰ y «ha tenido influencia en algunos casos aislados» en Argentina.⁴¹ Por el contrario, no existe «en la práctica judicial –paraguaya– utilización efectiva de la jurisprudencia comparada»,⁴² ni se conocen «fallos que recojan la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales» en el Uruguay, donde se menciona el caso único de un recurso interpuesto por la Defensoría Oficial ante la Corete Interamericana de De-

Argentina

rechos Humanos, sin resolución, hecho imputado a la burocracia de este organismo.⁴³

Conclusiones: A partir de las respuestas formuladas ante las cuestiones 2 a 9, cabe deducir, en términos generales, que la previsión, ora constitucional, ora legal, de los mecanismos formales de reconocimiento de los Derechos Humanos no se traduce en la efectiva protección de tales Derechos, por parte de los poderes públicos en el Cono Sur, excepción hecha del caso de Chile, donde, a juzgar por el resultado del cuestionario evacuado, la regularidad funcional es regla general, la independencia de los poderes es plena en materia de Derechos Humanos y, en su virtud, los jueces gozan de elevada credibilidad y merecido reconocimiento.

III. ¿Es la vertiente asociativa un complemento eficaz para lograr mejoras en el campo de los derechos humanos?

Todos los participantes han admitido carencias en la formación de los magistrados respecto de la cuestión de los Derechos Humanos; y todos han considerado excelente la propuesta de articular proyectos para contribuir a esa mayor formación iushumanista.

Representaciones como la de Brasil y Argentina, que ya poseen una agrupación de jueces y funcionarios democráticos con personería jurídica, sugieren la implementación de cursos, mesas redondas, charlas y otras actividades de difusión, a organizar exclusivamente por los propios grupos de jueces, o en colaboración con organizaciones hermanas o con instituciones no gubernamentales.

Ninguno de los grupos encuestados necesita autorización especial de la Corte Suprema de Justicia de su país para llevar a cabo tales actividades.

De modo que la senda está abierta; y urge que la transitemos.

Luis Fernando Niño

Juez de Cámara ante los Tribunales Orales
en lo Criminal de la Capital Federal

Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Nacional
de Buenos Aires

Notas:

1. Informe de Chile, p. 1.
2. BOBBIO, Norberto, Prólogo a «Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal», de Luigi Ferrajoli, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 14.
3. BOBBIO, N.: op. et loc. cit.
4. RESTA, Eligio: «La certeza y la esperanza», Paidós, Buenos Aires, 1995.
5. Informe de Argentina, p. 1.
6. Informe de Paraguay, p. 1.
7. Cf.: «Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina», «Informe final», Depalma, Bs. As., 1986, p. 190 y s.s. En ese trabajo teórico-práctico se recomendaba «distinguir entre la policía de seguridad y la judicial, haciendo depender a esta última, tanto funcional como administrativamente», del poder respectivo (op. cit., p. 194).
8. Informe del Uruguay, p. 1.
9. V. Leyes 14515, 17236 y 20416 de la República Argentina.
10. Cf.: NIÑO, L. F., Conferencia de inauguración de la Regional Mar del Plata de la Subsecretaría de Derechos Humanos, Noviembre de 1993, en Publicaciones de la Subsecretaría de Estado de Derechos Humanos, República Argentina, 1994.
11. Informe de Chile, loc. cit.
12. V. Informe de Argentina, p. 1.
13. Informe de Uruguay, loc. cit.
14. V., por todos, informe de Chile, p. 2.
15. Informe de Uruguay, loc. cit.
16. V. Informe de Bolivia, loc. cit.
17. V. Informe de Chile, p. 2.
18. V. Informe de Bolivia, p. 1/2.
19. V. Informe de Paraguay, p. 2.
20. Informe de Uruguay, loc. cit.
21. Informe de Argentina, loc. cit.
22. Informe de Bolivia, p. 2.
23. Informe de Paraguay, p. 3.
24. Informe de Uruguay, p. 1/2.
25. Informe de Argentina, p. 2.
26. Informe de Chile, loc. cit.
27. Informe de Bolivia, loc. cit.
28. Informe de Paraguay, loc. cit.
29. Informe de Uruguay, p. 2.
30. Informe de Argentina, p. 2.
31. Informe de Chile, loc. cit.
32. Informe de Uruguay, loc. cit.
33. Informe de Bolivia, loc. cit.
34. Informe de Uruguay, loc. cit.
35. Informe de Chile, p. 3.
36. Informe de Bolivia, p. 2/3.
37. Informe de Paraguay, p. 4.
38. Informe de Uruguay, loc. cit.
39. Informe de Bolivia, p. 3.
40. Informe de Chile, loc. cit.
41. Informe de Argentina, loc. cit.
42. Informe de Paraguay, loc. cit.
43. Informe de Uruguay, p. 2/3.

BRASIL

Respostas ao questionário

1.^a Sim. O Brasil adotou um modelo neobileral, no qual os governantes discursam em defesa dos direitos humanos, mas, na prática, não se observa que tenha primazia a implantação de políticas públicas correspondentes. Ao contrário, aumentam as massas de desempregados e de miseráveis no país, aos quais não se proporciona nenhuma assistência. Nota-se, também, a falta de empenho satisfatório do Estado no sentido de coibir condutas do setor privado que violentam os direitos humanos, tais como a exploração do trabalho infantil, prostituição infantil, trabalho escravo etc.

O número de homicídios tem crescido de maneira acentuada. Segundo pesquisa do Institute National d'Estudes Demographiques de Paris, a taxa brasileira de homicídios, que no final da década de 70 era comparável à dos Estados Unidos, hoje atinge o dobro daquele país, ou seja, 30 mil por ano (Jornal do Magistrado, AMB, Dez/95). Segundo a mesma fonte, o Rio de Janeiro é a 9.^a cidade mais violenta do mundo (taxa anual de 56 homicídios para cada grupo de 100.000 habitantes) e São Paulo, a 10.^a (47 p/100.000). Medellín é a 1.^a: 435 p/cada 100 mil.

Na área de segurança é onde se manifesta de maneira mais sensível a violação dos direitos humanos, direta e sistematicamente, pelo Estado. Além de freqüentes envolvimento de policiais com o mundo do crime, a existência de uma polícia militar, paralelamente à civil, faz recrudescer a violência no exercício de atividade funcional. Segundo pesquisa Datafolha (Folha de SP, 14/01/96), 61% dos cariocas e paulistanos têm medo da polícia e a consideram corrupta, violenta, ineficiente e sócia do crime organizado.

O Secretário de Segurança do Estado de São Paulo reconhece a violência da Polícia, embora afirme que foi reduzido o número de morte de civis em confronto com policiais. Segundo informa o Secretário, esse número caiu de 33,5 por mês para 15,75 p/mês (Folha de SP, 14/01/96). Os números do último mês de fevereiro demonstram, no entanto, que a tendência é de recrudescimento de violência. A Folha de São Paulo, edição de 26/02/96, informa que no fim de semana de 23 a 25 de fevereiro foram registrados 53 homicídios na cidade de São

Paulo (seis pessoas foram vítimas de *chacinas* ocorridas em bairros pobres), enquanto durante o carnaval (das 7:00 hs. do dia 16 até as 7:00 hs. do dia 21 de fevereiro) 106 pessoas foram assassinadas na cidade e 219 em todo o Estado de São Paulo. Essa violência é dirigida especialmente contra os pobres e negros, mas, como demonstra a referida pesquisa do Datafolha, a população em geral teme e vê com desconfiança a polícia.

Por outro lado, a discriminação caracteriza todo o sistema penal, desde as ações de investigação – muitas vezes baseadas na tortura– e repressão, até o sistema prisional, onde milhões de marginalizados não encontram nenhuma perspectiva de reinserção social. Estes sofrem a repressão da polícia e também a violência dos justiceiros e grupos de extermínio que atuam principalmente nos bairros pobres das grandes cidades.

Toda essa situação é agravada pela existência de uma Justiça Militar que inclui militares entre seus juízes e cuja competência abrange o julgamento de crimes praticados por policiais contra civis. Conceitos próprios de caserna, como obediência hierárquica, desnaturam os julgamentos de natureza civil, favorecendo com frequência a impunidade. Pesquisa Datafolha (Folha de SP, 15/01/96) mostra que 74% da população entende que os delitos praticados por policiais militares devem ser levados à Justiça Comum.

Os setores comprometidos com os direitos humanos travam intensa luta pela extinção, ou, no mínimo, pela redução da competência de Justiça Militar.

- 2.^a A proteção dos direitos humanos se articula a partir da própria Constituição de 1988, que, em seu art. 1.º, III, considera a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. No capítulo relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, a Constituição –art. 5.º– a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança. Além de conter outras normas que visam assegurar o respeito aos direitos humanos, ela dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, considera a prática do racismo e da tortura crimes inafiançáveis –o último insuscetível de graça ou indulto– e assegura aos presos o respeito à sua integridade física e moral.

Paralelamente, a Constituição proíbe que a lei exclua da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Atribui, ainda, ao Ministério Público «a defesa de ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis» (art. 127).

- 3.^a Os instrumentos formais são os seguintes: *habeas corpus*, para a proteção da liberdade de locomoção violada ou ameaçada de sofrer

violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder; o *habeas data*, para assegurar o acesso de entidades públicas, ou a retificação dessas informações; o mandado de segurança, para a proteção de direito líquido e certo não amparado pelo *habeas corpus* ou *habeas data*.

- 4.^a Não obstante os princípios e normas mencionados nas respostas anteriores facilitem a proteção do cidadão, a realidade mostra uma situação muito distinta.

Os milhões de pobres e de pessoas que se acham abaixo da linha de pobreza não têm sequer noção satisfatória de cidadania. Vivem em situação de marginalidade, ou quase-marginalidade, em locais onde a presença do Estado é quase nula. Em muitos desses locais, especialmente nas favelas, a «justiça» é distribuída por líderes do narcotráfico, que preenchem o espaço criado pela ausência do Estado. A polícia praticamente nada faz para coibir a atuação de grupos de extermínio e «justiceiros». A vontade de pedir proteção à polícia é sobrepujada pelo medo e pela desconfiança que os cidadãos nutrem com relação a ela.

Quanto ao Judiciário, sua atuação varia de acordo com as diversidades regionais existentes no país. De modo geral, é possível dizer que ela se apresenta com alguma eficiência nas regiões mais ricas do sudeste. Nas regiões mais pobres, recrudescer a vinculação dos direitos humanos. Via de regra, no entanto, o acesso à justiça é dificultado pela situação de pobreza da maioria dos brasileiros – a assistência judiciária gratuita prevista na Constituição está muito distante de atingir parcelas significativas dos necessitados.

Outro dado importante é a mentalidade conservadora que predomina entre os magistrados. É uma constatação que se faz a partir das próprias decisões judiciais, as quais, não obstante as diversidades regionais já mencionadas, de modo geral mostram na defesa da propriedade – independentemente do cumprimento de sua função social – dos setores privilegiados da sociedade a eficiência que lhes falta na proteção dos direitos humanos.

- 5.^a Sim, existem organizações privadas que cuidam da proteção dos direitos humanos. Historicamente, organizações ligadas à Igreja Católica têm obtido resultados nesse campo, e disso as Comissões de Justiça e Paz constituem um exemplo. Hoje, grupos de empresários progressistas também começam a se mostrar preocupados com a situação dos direitos humanos no país.

Além disso, existem órgãos importantes, ligados à Universidade – Núcleo de Estudos da Violência da USP –, à Ordem dos Advogados do Brasil – Comissão de Direitos humanos –, como também órgãos internos dos próprios Executivos e Legislativos Federal e Estaduais.

Brasil

6.^a A resposta a essa questão pode ser sintetizada a partir das anteriores. Temos uma Constituição que considera a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República e que inclui entre os objetivos fundamentais do Estado a construção de «uma sociedade livre, justa e solidária». O discurso dos governantes sistematicamente tem o mesmo sentido. Mas a resposta da Administração em matéria de direitos humanos é negativa.

7.^a A resposta do Judiciário, pelas razões já apontadas no n. 4 supra, é também negativa. Em consequência do mito da neutralidade, o Judiciário mostra-se desconectado da realidade social de nosso país. Também em decorrência disso e até mesmo para sustentar o mito, mostra-se avesso aos conflitos coletivos, que aumentam na medida em que aumenta a complexidade da sociedade.

Para que a atuação do Judiciário melhore, é essencial que ele se prepare para a solução dos conflitos coletivos. É essencial, também, que se mostre presente nos bairros e regiões pobres, facilitando o acesso da população carente. Nesse ponto, é ainda imprescindível que o Ministério Público se interesse em desempenhar suas funções constitucionais relativas ao controle da polícia e investigações e, conseqüentemente, verdadeiro poder de seleção dos conflitos que devem chegar à justiça penal.

8.^a A Lei Orgânica da Magistratura Nacional prevê –art. 49– a responsabilidade por perdas e danos quando o juiz proceda com dolo ou fraude, ou quando omita ou retarde providência que deva tomar de ofício ou a requerimento da parte. Não temos conhecimento, no entanto, de nenhum caso reconhecido de responsabilidade pessoal do juiz por denegação de proteção dos direitos humanos.

9.^a O Judiciário goza de autonomia administrativa e financeira (art. 99 da CF), embora seu orçamento tenha de ser elaborado em conjunto com os demais Poderes. Existem mecanismos institucionais suficientes para assegurar a independência. Na prática ela é relativa, muitas vezes solapada por articulações com grupos que integram os demais Poderes ou com as oligarquias regionais. A independência diminui –e muitas vezes se anula– nas regiões mais pobres do país.

De modo geral, no entanto, o mito da neutralidade e a hipocrisia do juiz sem ideologia são utilizados para camuflar a falta de independência aos integrantes dos demais Poderes e aos grupos de maior poder econômico. O próprio conceito de independência é historicamente distorcido para justificar a ausência de necessária prestação de contas à sociedade.

10.^a A Jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos não tem caráter vinculante para os juízes brasileiros. Não temos conhecimento de reflexos dessa jurisprudência nas decisões judiciais internas.

- 11.^a É um papel fundamental. Predomina entre os juízes uma formação que despreza a realização substancial dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente. Predomina, também, uma formação essencialmente civilista, mais preocupada em assegurar a propriedade privada –cumpra ou não sua função social– que proteger os direitos humanos. O Movimento da Lei e da Ordem encontrou campo fértil entre os juízes brasileiros, a ponto de número significativo deles –se é que não constituem a maioria– aprovar a violência contra os direitos humanos por parte do Estado e de grupos privados. Além disso, o despreparo para lidar com conflitos coletivos é muito grande.
- 12.^a A formação pode melhorar, e o ideal seria que isso se iniciasse no ensino básico e culminasse nas escolas de magistratura, passando pela Universidade.

Em âmbito mais restrito, nossa associação tem condições de elaborar um projeto de formação de juízes, contando, inclusive, com a colaboração de outras instituições. A execução de tal projeto dependeria, contudo, do consentimento dos órgãos de cúpula dos tribunais, que controlam as escolas de magistratura e aos quais, via de regra, não interessam as mudanças que defendemos. Em razão mesmo dessa dificuldade, a atuação da associação nas escolas de magistratura não tem sido institucional, mas conduzida por seus membros, que, isoladamente, difundem os princípios e objetivos da entidade. A atuação institucional encontra maior receptividade em outros segmentos da sociedade, externos ao Judiciário.

Antonio Carlos Villen

COLOMBIA

I. Conculcación sistemática de los derechos humanos en Colombia

Es una verdad ampliamente conocida que Colombia es el país más violento del mundo. Las causas de esa violencia bien pueden explicarse en el marco de las profundas desigualdades sociales que arroja un modelo económico neoliberal; el enfrentamiento entre actores armados que envuelve a las fuerzas militares del Estado y a las guerrillas y una situación bélica impuesta desde el exterior por el gobierno de los Estados Unidos en el contexto de la llamada «Guerra contra el narcotráfico».

La situación de los derechos humanos en Colombia es pues de tal magnitud que importantes sectores de la sociedad han levantado la consigna de que la comisión de derechos humanos de las Naciones Unidas designe un relator para Colombia, puesto que la gravedad y persistencia de la crisis así lo reclamen.

Veamos algunos datos sobre la situación planteada. Más de diez personas son muertas diariamente por razones políticas o ideológicas; el 30% de esas muertes son atribuidas a las guerrillas y más del 60% a agentes estatales y grupos paramilitares. Más de mil personas fueron ejecutadas extrajudicialmente (en el año de 1995) por las Fuerzas Armadas o por grupos paramilitares que actuaban con su apoyo o consentimiento. «Los activistas de derechos humanos fueron objeto de atentados y de amenazas de muerte. Al menos 140 personas desaparecieron tras ser capturadas por las fuerzas de seguridad o por grupos paramilitares. Las torturas y los malos tratos a los detenidos se generalizan cada vez más. El personal de las fuerzas armadas continúa eludiendo su responsabilidad por las miles de ejecuciones extrajudiciales de los últimos años». (Amnistía Internacional informe 1995).

El conflicto armado sigue siendo uno de los ingredientes que determina la crisis de violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Los dos bandos enfrentados libran, en distinto grado, una «guerra sucia»: ambos recurren a prácticas que afectan gravemente a la población civil.

Desde el punto de vista estatal las fuerzas armadas continúan cometiendo violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional hu-

Colombia

manitario en el marco de operaciones contrainsurgentes, las violaciones de estos agentes estatales no ocurre con motivos de enfrentamientos con la guerrilla. «La mayor parte de las quejas por violaciones a los derechos humanos no se refieren a situaciones de combate» (informe sobre derechos humanos en Colombia, Procuraduría General de la Nación, 1993-1994).

Las fuerzas armadas estatales incurren en permanentes violaciones a los derechos humanos, como masacres, una de las cuales fue la de Trujillo en el departamento del Valle en donde más de 100 personas fueron desaparecidas y asesinadas, lo que motivó la condena simbólica de la comunidad internacional a través de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en Febrero de 1995; desapariciones, en el marco de la guerra contrainsurgente: torturas; asesinatos selectivos, perpetrados contra quienes son considerados apoyos sociales de la guerrilla, conformación de escuadrones de la muerte, para liquidar a los denominados «desechables» en el contexto de campañas de limpiezas social que afectan a delincuentes comunes, toxicómanos, prostitutas, homosexuales y niños de la calle, en cuanto que el Procurador General de la Nación ha sostenido que en los años de 1993 y 1994 se había incrementado en un 23% la cantidad de torturados en Colombia la mayoría de las torturas se produjeron en guarniciones militares. Este clima global de violación ha sido complementado con las amenazas a los activistas de derechos, quienes son continuamente abordados por agentes estatales, perseguidos y amenazados.

La situación planteada se ve agravada por la insistencia del Presidente Samper en declarar continuos Estados de Conmoción Interior (Estados de Excepción) adoptando medidas que restringen las garantías y libertades fundamentales, constituyendo otro factor que ha deteriorado aún más la situación, generando nefastas consecuencias para el goce de los derechos humanos en el país.

II. Protección de los derechos humanos

Para preservar los derechos fundamentales de los colombianos, la Nueva Constitución de 1991 creó organismos e instituciones que de alguna manera hicieran frente a la traumática y crítica situación. No se puede olvidar que la principal causa de los decesos es la muerte violenta, en la medida que cada año son asesinados 30.000 colombianos, cuyos eventos violentos en la mayoría de los casos quedan en la impunidad.

La nueva legalidad dio origen a la Defensoría del Pueblo, organismo encargado de la promoción y divulgación de los derechos humanos. De igual manera, se establecieron importantes mecanismos de protección, como la Acción de Tutela, las Acciones Populares y de Cumplimiento y se preservó el Habeas Corpus.

Por otro lado, existe la posibilidad de que ante las violaciones de derechos humanos por parte de agentes estatales, el ciudadano acuda a la Pro-

curaduría General de la Nación, cuyos informes acerca de la situación no son a menudo tenidos en cuenta por el gobierno colombiano. No sobra advertir que la Procuraduría General de la Nación en su tercer informe de Derechos Humanos en Colombia apuntó la inexistencia de una política estatal de protección de los derechos, lo que llevó a que el actual gobierno anunciara un programa para mejorar la observancia de los derechos humanos que incluía medidas para hacer frente a la impunidad, erradicar a las organizaciones paramilitares mediante el expediente de la negociación y para ayudar a los desplazados internos. Estas medidas contienen más bien un valor retórico, pues no han podido llevarse a la práctica, a pesar de que el Congreso Nacional votó a favor de la ratificación de los protocolos 1.º y 2.º adicionales de los convenios de Ginebra.

III. El ciudadano y la protección de sus derechos

Las denuncias sobre violación de los derechos humanos con frecuencia son canalizadas a través de organizaciones no gubernamentales, que usualmente hacen un trabajo de protección a las víctimas. La iglesia, la sociedad civil y otros sectores sociales han constituido organismos para canalizar esas denuncias, primero en el contexto nacional y posteriormente a nivel internacional. Cuando las acciones son urgentes se solicita la solidaridad de otros gobiernos y entidades no gubernamentales de países extranjeros.

Son evidentes las dificultades que encuentra el ciudadano común y corriente para denunciar situaciones de violación de sus derechos, pues en muchas oportunidades sus quejas no consiguen la magnitud de los perjuicios ocasionados. El ejecutivo carece de mecanismos eficaces para actuar de manera inmediata, no obstante haber creado la oficina de alto comisionado para la Policía, cuya actividad no se siente entre la población; el poder Legislativo no cuenta entre sus instrumentos aquéllos dirigidos a preservar los derechos humanos, pues sólo ha creado una comisión de paz encargada de buscar un clima de entendimiento para una salida política entre los sectores enfrentados militarmente, mientras que el Poder Judicial tiene la gran responsabilidad de resolver las acciones de tutela o de amparo por vulneración de los derechos fundamentales o los Habeas Corpus por violación al derecho a la libertad. Desde el punto de vista de la eficacia, es el poder judicial el que otorga mayores posibilidades de protección de los derechos humanos.

Como se ha dicho, en Colombia hay numerosas organizaciones no gubernamentales que canalizan los aspectos centrales de los derechos humanos. Su protección, divulgación y denuncia. Son organizaciones de la sociedad civil con servicios jurídicos de apoyo, que de manera permanente acuden a los tribunales de justicia para plantear situaciones de desmejora o conculcación de los derechos, a través de denuncias penales. Las principales organizaciones con cobertura nacional son El Centro de Investigación

Colombia

y Educación Popular, CINEP; la Comisión Andina de Juristas Sectorial Colombiana; el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo; el Comité de Justicia y Paz; el Comité Permanente para la Defensa de los Derechos Humanos; el Instituto Latinoamericano de Servicios Alternativos ILSA, entre otros.

IV. La respuesta institucional en derechos humanos

Como se ha señalado, hasta este momento, y no obstante la preocupación permanente de las Naciones Unidas y de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, la situación objetiva en Colombia no mejoró sustancialmente. Desde el punto de vista del Ejecutivo, no hay una línea coherente en la preservación de los mismos, siendo negativa la respuesta. La retórica es la prueba palpable de que no existe voluntad política para preservar los derechos fundamentales referidos al enfrentamiento armado que afecta a la sociedad colombiana; es claro que, como se ha dicho, el conflicto armado es una de las causas fundamentales para la violación de los derechos. Sin embargo, la propuesta para darle una salida política a la guerra no ha sido sincera por parte del Estado y de la insurgencia.

De otro lado, los problemas del desplazamiento interno: de la lucha contra la impunidad y la erradicación de los grupos paramilitares no han sido resueltos con franqueza por el Ejecutivo, que en las actuales circunstancias dedica todas sus energías a responder las acusaciones que le mencionan por haber recibido dineros del narcotráfico para la campaña electoral. La respuesta judicial dista mucho de ser sustancial en la preservación de los derechos humanos, en cuanto que, la justicia y los derechos humanos están íntimamente relacionados ya que el fin esencial del Estado es la efectividad de los mismos, es decir, un nuevo tipo de justicia material. El rigorismo, el formalismo, la ausencia de formación militante en la preservación de los derechos, son factores que indudablemente inciden en una respuesta insatisfactoria por parte del poder judicial.

Sin embargo, no es exagerado afirmar que existe un importante sector del poder judicial que, de manera aislada, ha contribuido a nivel de la base a un proceso de construcción de una doctrina tendiente a la preservación de los derechos fundamentales. No puede desconocerse —en este momento— el avance que ha constituido en nuestro país la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos humanos, por cuanto este organismo es el que en última instancia revisa las acciones de tutela o de amparo referidas precisamente a los derechos humanos, siendo del caso destacar avances en lo que respecta a los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos en cuyo centro se encuentra el ser humano como razón de la existencia del estado social de derecho.

Una articulación sistemática de esas respuestas positivas en torno a la

preservación de los derechos implica, obligatoriamente, la existencia de una Magistratura Democrática que se nutra no sólo de las corrientes avanzadas del constitucionalismo moderno, sino del ejemplo de la lucha de los sectores populares.

V. El poder judicial y los derechos humanos

Es claro que desde el punto de vista sustancial, para la preservación de los derechos humanos, es necesario un proceso que en el conflicto marco de la sociedad colombiana conlleve las siguientes etapas:

1.º La reivindicación del acceso a la Administración de Justicia como un derecho fundamental para derrotar los altísimos porcentajes de impunidad, originados en ritualismos asfixiantes, carencia de voluntad política por parte del Estado y la ausencia de una cultura de los derechos humanos entre los operadores judiciales. Es hallar nuevas expresiones a los derechos constitucionales, desde el punto de vista sustancial y tutelar los derechos, en aras de la convivencia pacífica.

2.º Para superar la impunidad, con respecto a los crímenes contra los derechos humanos, es necesario establecer una interrelación profunda VERDAD-JUSTICIA-REPARACIÓN, creación de un marco constitucional que garantice esa interrelación y cuestionamiento del sistema judicial desechando aquella normatividad que ha servido como violadora de los derechos humanos

3.º La inclusión en la actividad del operador judicial, no sólo de los elementos de legalidad sino de los parámetros de legitimidad. Es ir contra la ley considerada injusta, otorgando mayor importancia al concepto de justicia que al concepto de derecho.

Es obvio que lo anterior requiere una auténtica independencia del poder judicial, no sólo respecto de los demás poderes, sino de los demás países. En Colombia la independencia judicial es superada todos los días por la subordinación al ejecutivo, en el marco de una conmoción interior permanente que contribuye a fortalecer jurisdicciones excepcionales como la justicia sin rostro y la Penal Militar. El origen de las altas corporaciones de justicia y del propio Fiscal General de la Nación tiene que ver con la iniciativa del ejecutivo, configurando un cuadro de violación sistemática a la independencia de la justicia. Es indudable que esta situación tiene su repercusión en el campo específico de los derechos humanos, porque en ese contexto se da lugar a la penalización de la protesta social, el desconocimiento del principio del debido proceso del derecho de defensa y la presunción de inocencia, para que sea la propia legislación una fuente directa de violación de los derechos humanos. Aunque la Carta Política claramente establece que el Juez en sus decisiones solamente está sometido al

Colombia

imperio de la ley, es verdad que la jerarquización en el poder judicial hace que desde el punto de vista interno se atente contra la autonomía y la independencia del operador judicial. La cacería de brujas, el macartismo y la doble moral en la lucha contra el narcotráfico son factores que inciden para que en momentos determinados el juez se vea presionado a fallar de acuerdo con la conveniencia y no con la observancia irrestricta de los derechos humanos.

La independencia del poder judicial colombiano ha estado seriamente cuestionada por la actitud desplegada por el Gobierno norteamericano que, de manera continua, presiona para que se reviva la extradición en el marco de una impresionante aplicación extraterritorial del derecho. Muchas veces la justicia debe enfrentar las presiones del Gobierno de los Estados Unidos para fallar en uno u otro sentido y no correr así el riesgo de ubicarse diabólicamente del lado de los delincuentes.

En lo que respecta a las normas internacionales sobre derechos humanos, el artículo 93 de la Constitución plantea que los Tratados que nos reconocen prevalecen en el orden interno otorgándose un rango supralegal a las leyes aprobatorias de los instrumentos internacionales de carácter convencional –pactos, convenciones y protocolos– que con alcance ecuménico o regional se han suscrito después de la segunda guerra mundial para proteger los derechos fundamentales de la persona frente al poder del estado. Son instrumentos con los cuales se integra el llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las leyes que aprueban dichos instrumentos tienen en el derecho interno una jerarquía superior a la de otras leyes, lo cual implica que las estipulaciones de los tratados sobre derechos humanos no pueden vulnerarse o desconocerse por estos actos normativos del ordenamiento nacional. En este orden de ideas la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos pueden tener carácter vinculante para el estado colombiano, en cuanto que éste hubiese hecho manifestación expresa de aceptación de esa jurisdicción para casos determinados.

Hasta el momento no existe ningún caso en que la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos haya tenido algún reflejo material en las resoluciones judiciales, pues aquélla carece de fuerza vinculante para los jueces colombianos. Es decir, que la Constitución sólo reconoce los tratados y convenios de derechos humanos que prevalecen sobre las normas internas.

El papel que debe jugar el poder judicial en la preservación de los derechos humanos es fundamental, siendo necesario señalar que frente a este aspecto no se puede ser imparcial, ni mucho menos indiferente.

La falta de formación en este aspecto de importantes sectores del poder judicial es determinante para la preservación de los derechos fundamentales, en cuanto que aún prima el formalismo y la reiterada apología a lo superficial, a pesar de que la propia Constitución habla de la necesidad de realzar lo sustancial de las normas, en este caso, de aquellas que protegen

los derechos humanos. Un país en el cual los jueces carecen de formación para preservar los derechos humanos da origen a unas instituciones injustas y alejadas de la problemática de los ciudadanos y subvertoras del Estado Social de Derecho.

En el caso colombiano hay mecanismos formales para poder exigir responsabilidades a los jueces por delegación injustificada de la protección solicitada por el ciudadano, aunque han sido utilizados en escasísimas ocasiones. Desde el punto de vista formal puede enfrentarse el juez que incurre en ello a un proceso disciplinario o a una acusación ante la Procuraduría General de la Nación.

Finalmente, ASONALJUDICIAL, que es la organización gremial del Poder Judicial, está en condiciones de articular un proyecto de formación en derechos humanos a nivel de todo el país, dirigido a todos los operadores judiciales, contando con la colaboración de Instituciones Públicas y privadas de derechos humanos, sin que necesariamente se requiera autorización del organismo de gobierno de los jueces.

ECUADOR

Respuestas al cuestionario

- 1.^a Sí, por la Policía, Fuerzas Armadas, Centro de Rehabilitación Social, Centro de Detención Provisional en las investigaciones de delitos.
- 2.^a Por medio del Tribunal de Garantías Institucionales y la Sala de lo Constitucional de la H. Corte Suprema de Justicia, Alcalde Cantoral, Presidente de la H. Corte Superior de Justicia.
- 3.^a Denuncia al Tribunal de Garantías Constitucionales mediante 1.000 firmas de respaldo, lo que coarta el derecho de los individuos y torna nula la garantía; Recursos de Habeas Corpus ante el Alcalde Cantoral; Recurso de Amparo de Libertad se plantea ante el Presidente de la Corte Superior.
- 4.^a Para plantear Recursos de Habeas Corpus o de Amparo de Libertad, es preciso tener asesoría legal y una persona (puede ser el mismo detenido) que presente el recurso. Esto tiene un costo y un trámite no siempre accesible a todos, pues debe tener un abogado que se presente a la audiencia. En lo judicial, igualmente plantear ante el Presidente de la Corte el recurso; y en lo legislativo por medio de denuncias a las Comisiones Legislativas generalmente los ciudadanos a los organismos de Derechos Humanos no gubernamentales en los que encuentran mejor respuesta y apoyo.
- 5.^a Sí, existen ALDHU, Confraternidad Carcelaria en el Centro de Rehabilitación Social, los Defensores Públicos en las Cortes; sí tienen servicios jurídicos de apoyo y sí acuden a los tribunales de Justicia, están además: Amnistía Internacional, Consultorios Jurídicos de las Universidades.
- 6.^a Negativa. No hay ninguna instancia del ejecutivo que asuma estas funciones, es el primero en conculcar, suelen ser transgresores de los Derechos Humanos; la prensa alienta y aplaude la eliminación de presuntos delincuentes.

- 7.^a La Ley Penal y Procedimiento Penal tienen disposiciones relativas a sancionar delitos cometidos contra los detenidos; los abusos de autoridad ya provengan de jueces o cualquier autoridad, si durante el proceso se observare que la policía o cualquier autoridad hubiera cometido abusos u obligado a declarar a los presos en su contra, pero no lo hacen porque son presionados por partidos políticos pues la designación es por cuota política, por corrupción, por cobardía. Se podría articular a través de un poder judicial independiente y estable.
- 8.^a Sí, en exceso, pues se abusa del Recurso de Queja y se lo utiliza a veces para amedrentar a los jueces más correctos. También puede ser el Juez procesado por prevaricato o por cohecho ante la misma Corte, y ser juzgado perdiendo el cargo y hasta la libertad, por mecanismos de manipulación; los Jueces no gozan ni siquiera del fuero de domicilio cuando se le abre el expediente.
- 9.^a No hay independencia; si repercute en el campo de los derechos humanos porque los jueces tienen el temor de ser destituidos y enjuiciados si los intereses en juego son «Importantes» o involucra a gente «Importante», política o económicamente.
- 10.^a No, porque los jueces no ejercemos control constitucional ni estamos autorizados para aplicar estatutos internacionales. Debemos regirnos por la Ley escrita de nuestro país, bajo enjuiciamiento por prevaricato; excepto en la nueva Ley Contra la Violencia Doméstica que exprofeso declara aplicable los instrumentos internacionales.
- 11.^a El Juez actúa con inseguridad, con temores o simplemente no hace nada por defender los Derechos Humanos, se suma cómplice del silencio judicial.
- 12.^a Habría que articular con las Cortes de ejecución de los proyectos de formación, porque se requerirá de permisos de Corte Suprema. Sí, podría hacerlo la Asociación y debería ser no sólo para jueces sino para el personal y los fiscales que actúan y los defensores públicos. Sería importante la vinculación a darse con organismos de Derechos Humanos.

PERÚ

Cuestionario

- 1.^a La violación sistemática a los Derechos Humanos según los Organismos Internacionales se puede entender de dos formas, orquestada o reiterada.

En el primer supuesto, en nuestro país no existe violación sistemática de los Derechos Humanos al no haber un Organismo o un Programa por parte del Estado elaborado con ese propósito; en cuanto al segundo supuesto a consecuencia de la lucha contra-subversiva terrorista sí se han dado graves y frecuentes violaciones de los Derechos Humanos provenientes de los Organismos represivos como son la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, los que se han traducido en desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extra-judiciales, las que han quedado en la impunidad a mérito de la Ley de Amnistía (Año 1995), la misma que benefició a muchos procesados por estos delitos.

* En cuanto a este segundo supuesto existen trabajos realizados por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

- 2.^a Nuestro Ordenamiento Jurídico está construido sobre la base del respeto y la protección de los derechos y libertades de la persona.

La Constitución Política del Perú considera al ser humano como el fin supremo de la Sociedad y del Estado; por otro lado, el artículo 44 señala que constituye un deber primordial del Estado «... garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos».

Otros de los instrumentos jurídicos mediante los cuales se articula la protección de los Derechos Humanos son los Tratados Internacionales que amparan éstos, como son por ejemplo la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, El Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos, El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- 3.^a El ciudadano peruano ante la violación de unos de sus derechos fun-

damentales que la Constitución Política del Perú le consagra, tiene en su favor el uso de las Acciones de Garantía, la que a continuación detallo:

a) *Habeas corpus*: Protege la Libertad Individual y derechos conexos. Acción de Garantía Constitucional que se plantea ante el Juez Penal, siendo el sustento legal la Ley Nro. 23506, Ley 25398 y artículo 200 inciso 1ero. De la Constitución Política del Estado.

b) *Acción de amparo*: Protege los demás derechos constitucionales. Esta Acción de Garantía no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas dentro de un procedimiento regular.

c) *Acción de Habeas data*: Protege el derecho a la información y a la intimidad.

d) *Acción de inconstitucionalidad*: procede contra normas que tienen rango de ley: leyes, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia, Tratados, Reglamentos del Congreso, Normas Regionales de carácter General y Ordenanzas Municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

e) *Acción de incumplimiento*: Procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una o normal legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley

f) *Acción popular*: Procede por infracción de la Constitución y de la Ley, contra los Reglamentos, Normas Administrativas y Resoluciones y Decretos de carácter general cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

- 4.^a Ante la violación de algunos de sus derechos el ciudadano peruano recurre al Órgano Jurisdiccional, solicitando el cese o la restitución de su derecho, el mismo que obtiene como respuesta inmediata la admisión a su pedido. En términos generales podemos afirmar que en el Perú el ciudadano no afronta dificultades para acceder a los mecanismos de protección de sus derechos. La vía es netamente judicial.

En algunos casos, debido a la carga procesal, la falta de personal, falta de infraestructura, y al desconocimiento por parte de algunos Magistrados sobre este tema (no se puede negar) no se ha solucionado el pedido formulado por el interesado en forma oportuna.

El Poder Legislativo mediante la promulgación de leyes de impunidad encubre la violación de Derechos Humanos por parte de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, por ejemplo la Ley de Amnistía. El Poder Ejecutivo del mismo modo muchas veces ha encubierto la violación de Derechos Humanos por algunos miembros del orden sobre todo en casos de emergencia, (caso la Cantuta).

Sin embargo, es necesario precisar que desde el año 1980 el Pue-

blo Peruano a venido afrontando la agresión de dos Organizaciones Sub-versivas Terroristas: Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, lo que ha originado que nuestro país haya vivido y aún viva con una mínima intensidad bajo el imperio de lo que se denomina Estado de Excepción o de Emergencia, lo que origina que por ley se suspendan derechos; sin embargo, estando a la norma constitucional y a la Acción de Habeas Corpus se protegen éstos, bajo principios de razonabilidad y proporcionalidad.

- 5.^a En nuestro país han surgido Organizaciones Privadas que canalizan la protección de los Derechos Humanos, las mismas que están agrupadas en la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, dentro de éstas tenemos: La Comisión Episcopal (CEAS), La Asociación Pro-Derechos Humanos (APRODEH), El Instituto de Defensa Legal (IDL), La Fundación Ecuménica por la Paz (FEP), La Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), El Centro de Estudios y Acción para la Paz (CEAPAZ).

Organizaciones Internacionales: tenemos Amnistía Internacional, La Cruz Roja Internacional, Américas Watch, Comisión Andina de Juristas.

La mayoría de estas Instituciones (nacionales) cuentan con Consultorio Jurídicos gratuitos, pero sólo para casos comprobados de violación de Derechos Humanos, priorizando las violaciones de derechos civiles y políticos.

Estas Instituciones sí concurren a los Tribunales, sólo en caso, en que haya sido comprobada la violación de los Derechos Humanos.

- 6.^a En nuestro país la respuesta a este tema podría decirse que es negativa, imputación que no sólo es atribuible a este gobierno sino también a los anteriores.

El gobierno ha visto que los Derechos Humanos constituyen una limitación a la Política que pretende implementar, advertimos que no acepta las recomendaciones de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos, por el contrario busca desacreditarlo.

No podemos negar que existen casos de violación de los Derechos Humanos por parte de algunos miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, sin embargo, el Ejecutivo ha tratado de cubrirlos, buscando lamentablemente la impunidad, como ha sucedido, por ejemplo, en el caso Barrios Altos.

Aun cuando la violación de los Derechos Humanos en nuestro país ha disminuido en comparación a los años anteriores, aún permanece latente, los últimos casos como el de la Cantuta nos llevan a afirmar que la respuesta del Poder Ejecutivo sobre este tema es todavía negativa.

- 7.^a El Poder Judicial ha cumplido tímidamente, salvo casos excepcionales, ello se ha debido a la clamorosa debilidad Institucional de los Organismos de la administración de Justicia.

No podemos negar que toda esta labor se ve empañada debido a distintos problemas, carga procesal, falta de recursos económicos y logísticos, falta de identificación de algunos Magistrados con el tema de los Derechos Humanos, la ruptura del Ordenamiento Constitucional del 05 de abril de 1992, que traen como consecuencia también un inexplicable temor en los operadores judiciales.

La respuesta del Poder Judicial sobre este tema debería articularse solucionando los problemas precedentemente señalados.

- 8.^a Ante la denegación injustificada sobre la protección de Derechos Humanos por parte de los Magistrados, el ciudadano común tiene el derecho de recurrir a los Organismos de Control Interno del Poder Judicial y del Ministerio Público a fin de interponer sus quejas.

Asimismo puede formular denuncia penal ante la Fiscalía de Turno por delito de Omisión de Cumplimiento de Funciones (art. 377 C.P.), sobre quejas al Órgano de Control Interno si existen antecedentes; sobre procesos penales, no.

- 9.^a No existe una verdadera Independencia del Poder Judicial con los demás Poderes, hay dependencia económica debido a que el Presupuesto anual depende del Poder Legislativo. Esta situación origina que muchos de los problemas antes mencionados no se solucionen, lo que repercute en el campo de los Derechos Humanos, pues no se imparte una Justicia equitativa entre la ciudadanía.

El nombramiento del Defensor del Pueblo va a constituir otra alternativa para la protección de los Derechos vulnerados de los ciudadanos.

- 10.^a La Jurisprudencia Internacional sobre Derechos Humanos no tiene efecto vinculante en nuestra legislación.

Es posible que la Jurisprudencia Internacional haya sido tomada en algunos casos a modo de ilustración.

- 11.^a La falta de formación de los Magistrados en el tema de los Derechos Humanos conlleva al abuso y a la consecuente desprotección y perjuicio en los derechos de los ciudadanos. En suma, la respuesta es negativa.

- 12.^a Esta deficiencia se puede solucionar con el dictado de cursos de capacitación sobre protección de Derechos Humanos. Considero por ello necesario el funcionamiento de la Academia de la Magistratura en nuestro país, a fin de uniformar criterios. En cuanto al proyecto

debe estar sustentando en fundamentos filosóficos de Derechos Humanos, protección nacional de Derechos Humanos, protección Internacional de Derechos Humanos, Derechos Humanos y Democracia.

La Asociación de Magistrados está en condiciones de realizar este curso. No sería necesario pedir autorización salvo en los casos de que se haga uso de los locales del Poder Judicial o del Ministerio Público y se realizaría en colaboración con las Instituciones Públicas o Privadas de Derechos Humanos.

Dra. Inés Villa Bonilla.
Magistrada de Segunda Instancia de la Oficina
de Control de la Magistratura.

- 1.^a Sí, existen en el país organismos castrenses que muchas veces se exceden en sus funciones sobre todo en las detenciones a los ciudadanos, trasgrediendo de esta manera los Derechos Humanos en el País; lo que motiva que el ciudadano acuda al Ministerio Público denunciando detenciones arbitrarias.
- 2.^a La protección de los Derechos Humanos se articula en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Constitución del Estado que contiene normas que consagran derechos constitucionales de la persona. Asimismo a través de los tratados Internacionales que amparan los derechos Humanos, y que, conforme a los artículos 55, 56 y 57 de la Constitución de 1993, forman parte de la legislación Nacional.
Entre los Tratados Internacionales aprobados por el Perú, que contienen normas de tutela de los Derechos Humanos, puedo citar:
 - a) Carta de las Naciones Unidas aprobadas en San Francisco el 25 de Junio de 1945.
 - b) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948.
 - c) Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1949.
 - d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 16 de Diciembre de 1966.
 - e) Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en San José de Costa Rica, el 18 de Noviembre de 1969.
- 3.^a Los mecanismos que protegen los derechos fundamentales se realizan a través de las Acciones de Garantías que consagra la Constitución, las cuales son:
 - a) *Habeas Corpus*: Protege la libertad individual y derechos conexos. Se plantea ante un Juez Penal. Se encuentra establecida en el ar-

- título 200 inciso 1 de la Constitución; las leyes que la desarrollan son la ley 23506 y la ley 25398.
- b) *Acción de amparo*: Protege los demás derechos constitucionales. No procede contra leyes ni resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. Si procede contra efectos de una ley (Se pide su inaplicación al caso concreto).
 - c) *Acción de Habeas data*: Protege el derecho a la información y a la intimidad. Se protegen los derechos del artículo 2 inciso 5 y 6; inicialmente se protegía también el inciso 7, pero esta protección fue derogada.
 - d) *Acción de inconstitucionalidad*: Procede contra normas con rango de ley.
 - e) *Acción popular*: Cuando una norma de rango inferior a la ley viola la constitución o las leyes, procede la acción popular.
 - f) *Acción de cumplimiento*: Protege la eficacia de las normas. (Art. 200 inciso 6.) Estas acciones de Garantía se canalizan a través del Poder Judicial, el Defensor del Pueblo y Tribunal de Garantías Constitucionales, no encontrándose aún en funcionamiento éstas dos últimas instituciones.
- 4.^a La facilidad que encuentra el ciudadano para solicitar tal protección del Poder Judicial es la rápida admisión de la acción de garantía que plantea; sin embargo, la dificultad que se advierte es en la tramitación de la misma, ello debido a la burocracia administrativa que se presenta.
- 5.^a Sí, existen organismos privados que canalizan esta protección de los derechos Humanos, tales como la Cruz Roja Internacional, Amnistía Internacional, comisión Andina de Juristia, Comisión Episcopal de Paz Social (CEAS), Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y otros (dichos organismos actúan sobre todo cuando se producen detenciones arbitrarias, desapariciones de ciudadanos, torturas, etc.).
- Asimismo también existen Organismos Privados de Protección de los Derechos de la Mujer, como son Flora Tristán, Manuela Ramos y otros.
- Asimismo debo precisar que todas estas organizaciones privadas cuentan con servicio jurídicos de Apoyo, quienes acuden ante los Tribunales de Justicia en defensa del ciudadano que ha sido víctima de vulneración de su derechos.
- 6.^a Formalmente el Poder Ejecutivo protege los Derechos Humanos; sin embargo en reiterados hechos acontecidos se aprecia la vulneración de los mismos, como por Ejemplo: Caso Cantuta, Caso Barrios Altos, entre otros.

Perú

- 7.^a Sí existe respuesta Judicial, pero muchas veces no es la adecuada; y la razón de esta respuesta es porque está supeditada a la decisión política.
Opino en este tipo de casos muchas veces no hay autonomía entre los Poderes del Estado, sobre todo en el Poder Judicial.
- 8.^a Sí existen mecanismos, y se tramitan ante el órgano de Control de la Magistratura.
Asimismo en la vía Civil se puede plantear una acción por responsabilidad civil de los Jueces.
- 9.^a Opino que no existe una verdadera independencia del Poder Judicial, y esta situación repercute en el campo de los Derechos Humanos; porque no se imparte una Justicia equitativa entre la ciudadanía, tal es el caso de los estudiantes de la Cantuta y de sus deudos, motivo por el cual existe desconfianza de la población hacia el Poder Judicial.
- 10.^a La jurisprudencia de los Tribunales Internacionales sí es utilizada por los jueces de nuestro país, ya que los Tratados Internacionales forman parte de nuestra legislación nacional, tal como lo establece nuestra Constitución.
- 11.^a Juega un papel primordial la formación de los Jueces en materia de Derechos Humanos, ya que impiden que los derechos humanos se afiancen, debido a la mala aplicación muchas veces de las normas que vulnera los mismos; más aún, si nuestra constitución en su artículo 1.^a estipula que la persona es el fin supremo de la sociedad.
- 12.^a Podría mejorarse la falta de formación de los magistrados, entrando en funcionamiento la Academia de la Magistratura, a efectos de lograr tener un criterio uniforme para la aplicación de la norma en los procesos.
Asimismo, pienso que también debería entrar en funcionamiento el Tribunal Constitucional, el mismo que con sus resoluciones sientan jurisprudencia y orienten al magistrado en sus decisiones.
De otro lado opino que esta formación también debe contar con la colaboración de Instituciones Públicas y privadas de Derechos Humanos, para efectos de brindar una mejor administración de Justicia.

Dra. María Isabel Pérez Arcentales
Fiscal Provincial Adjunta
Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal

- 1.^a En el Perú no se puede afirmar que exista algún organismo respecto del que se pueda decir que en forma sistemática viole los Derechos Humanos. Sin embargo, a consecuencia de la lucha contrasubversiva terrorista sí se han dado serias y frecuentes violaciones de los Derechos Humanos, provenientes éstas de los organismos represivos como son: la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas.

La violación de los Derechos Humanos se ha traducido en casos de desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extrajudiciales, que han quedado en la impunidad debido a una ley de amnistía (año 1995) que alcanzó a todos los agentes activos de esta clase de delitos.

- 2.^a En la República del Perú la protección de los Derechos Humanos se articula a través de diversos instrumentos jurídicos como son:

La acción de Habeas Corpus, la Acción de Amparo, la Acción de Cumplimiento y el Habeas Data. Asimismo, cabe indicar que el Perú ha incorporado dentro de su ordenamiento jurídico la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

- 3.^a Al dar respuesta al anterior interrogante ya se ha contestado.

- 4.^a En términos generales se puede decir que en la República del Perú el ciudadano no afronta ninguna dificultad para tener acceso a los mecanismos de protección de sus derechos. La vía es judicial.

Cabe indicar que la sociedad peruana, desde el año de 1986, ha venido afrontando la agresión de dos organizaciones subversivo-terroristas, hecho que ha motivado que en gran parte del territorio nacional se haya vivido y aún se viva bajo el imperio de lo que se denomina «estados de excepción o de emergencia» de los que se suspenden

Perú

varios derechos. Sin embargo, estando a la norma constitucional, la acción de Habeas Corpus procede en razón a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

5.^a A partir del año de 1980, en la República del Perú, han ido surgiendo varias organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción y defensa de los Derechos Humanos, las mismas que están agrupadas en la denominada Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Dentro de estas ONGS sobresalen: el Instituto de Defensa Legal, el Centro de Estudios para la Paz, la Comisión Andina de Juristas, la Asociación Pro-Derechos Humanos y la Fundación Ecuménica para el Desarrollo de la Paz. De éstos, el Instituto de Defensa Legal y la Asociación Pro-Derechos Humanos asumen una defensa práctica de los Derechos Humanos, patrocinando algunos casos, cuidadosamente seleccionados, que se ventilan en los Tribunales relacionados con el delito de terrorismo. En lo que concierne a la Comisión Andina de Juristas su accionar está fundamentalmente direccionado a la difusión de los Derechos Humanos y a las concepciones que informan un Estado de Derecho.

6.^a En la República del Perú la respuesta que el tema de los Derechos Humanos merece del Poder Ejecutivo se puede decir que, en términos generales, es negativa. Tal calificativo no sólo es aplicable al actual Gobierno sino que también alcanza a los que lo precedieron.

La temática de los Derechos Humanos y su defensa, cotidianamente ha merecido una respuesta sarcástica de los distintos Gobiernos imputando a los activistas de esta causa de servir de comparsa al terrorismo. Esta criticable actitud ha llevado a que, en diversas oportunidades, se presenten proyectos de ley, cuya finalidad es la de intervenir a las organizaciones no gubernamentales.

La razón de este comportamiento del Poder Ejecutivo del Perú, que es común en la mayoría de los Poderes Ejecutivos, radica en la enorme influencia de las Fuerzas Armadas, así como en el componente autoritario del actual Poder Ejecutivo.

7.^a La respuesta judicial ha sido y es sumamente tímida, salvo casos verdaderamente excepcionales.

La razón de este comportamiento se encuentra en la clamorosa debilidad institucional de los organismos de la administración de justicia. La reorganización del Poder Judicial (que aún continúa) y del Ministerio Público, a raíz de la ruptura del ordenamiento constitucional del 5 de Abril de 1992, que ha traído como consecuencia un explicable temor en los operadores.

8.^a Teóricamente se podría recurrir a los organismos de control interno del Poder Judicial y del Ministerio Público.

9.^a En la República del Perú no se puede decir que exista una verdadera independencia del Poder Judicial. Su dependencia económica (vía presupuesto) y el hecho de que la mayoría de los Vocales de la Corte Suprema hayan sido digitados por el Poder Ejecutivo después del 5 de Abril de 1992, constituye elementos que atentan contra su independencia.

Adicionalmente, cabe resaltar que en las oportunidades en que en el Poder Judicial se han formulado algunos reclamos (aumento de haberes), la respuesta de los otros Poderes del Estado ha consistido en una amenaza de intervención y reorganización.

10.^a La respuesta es negativa.

11.^a En casos extremos lleva a una deshumanización de los miembros del Poder Judicial.

La falta de información, en términos generales, impide que los jueces puedan enfocar con acierto determinados problemas que se les puedan presentar.

12.^a Sería interesante desarrollar todo un programa de difusión doctrinaria sobre los Derechos Humanos.

El suscrito integra el Instituto de Justicia y Cambio, conformado por jueces, fiscales y abogados. Este instituto ha llevado a cabo diversos certámenes sobre temas judiciales y de Derechos Humanos, estando en la capacidad de seguir operando.

En lo que concierne a una autorización previa ésta no sería necesaria, salvo en los casos de hacerse uso de los locales del Poder Judicial y el Ministerio Público.

Finalmente, esta capacitación bien podría efectuarse en colaboración con instituciones públicas y privadas de Derechos Humanos.

Dr. J. Clodomiro Chávez Valderrama
Fiscal Supremo Penal

VENEZUELA

Respuestas al cuestionario

- 1.^a Sí. Especialmente en el sistema carcelario y en el policial.
- 2.^a A partir de los postulados contenidos en la Constitución Nacional.
- 3.^a La utilización del Recurso de Amparo por ante los Tribunales.
- 4.^a Existe un relativo margen de denuncia a través de los medios de comunicación escritos, por los cuales se llega, junto a la actuación individual, a las comisiones de los órganos legislativos, quien en algunos casos los pasa a la Fiscalía Pública para su trámite judicial; el Poder Ejecutivo presta poca atención a las denuncias y reclamos, en la mayoría de los casos trata de descalificarlas; desde el punto de vista estrictamente legal no se requiere la asistencia de abogado u otro funcionario para incoar recursos de amparo de los de los Derechos Humanos por ante los Tribunales de Justicia, constituyéndose así, en la vía más idónea a tales efectos.
- 5.^a Sí existen: PROVEA, la Red de Apoyo a los Derechos Humanos y Organizaciones laicas dependientes de la Iglesia Católica y de las Universidades Públicas. Cuentan con servicio jurídico de apoyo y regularmente acuden a los Tribunales de Justicia.
- 6.^a El Poder Ejecutivo pregona su apego a la defensa de los Derechos Humanos, de hecho participa activamente en foros oficiales internacionales asumiendo esta posición; pero los órganos de dicho Poder, p. ej., policiales, carcelarios, inmigración, etc., violan en forma constante y reiterada las más elementales normas de los Derechos Humanos.
- 7.^a La respuesta judicial no es homogénea; un sector de los Tribunales es ardiente defensor de los Derechos Humanos y las Garantías Constitucionales, es el sector de avanzada, progresista y minoritario; otro sector es timorato e indiferente en esa actividad, lo que creemos se deba a su dependencia político-partidista y al desconocimiento de la materia de Derechos Humanos. Pensamos que dicha situación podrá

Venezuela

cambiar una vez que se haga una profunda revisión de lo relacionado con la Independencia Judicial, de los procesos de selección para su ingreso y ascensos, y finalmente de una excelente formación profesional.

- 8.^a Constitucionalmente se ha establecido la Independencia de los tres Poderes: en la práctica, la dependencia presupuestaria del Poder Judicial, la anticuada organización judicial, y la injerencia de los partidos políticos, que hace nugatoria la independencia judicial; repercutiendo en toda su actuación.
- 10.^a A pesar de no tener carácter vinculante, la jurisprudencia internacional sobre Derechos Humanos es asumida por los Jueces Progresistas y reflejada en sus resoluciones.
- 11.^a Fundamental. La no formación adecuada del Juez se traduce en decisiones de negativo efecto social.
- 12.^a Todo proceso de formación es susceptible de mejoras. Estamos presentando un Proyecto de Actualización en la materia de Derechos Humanos, como Ponencia. Para su ejecución es necesaria la autorización y participación del Órgano de Gobierno Judicial (Consejo de la Judicatura); estaría dirigido a Jueces y dictado por Jueces y otros profesionales de Instituciones públicas y privadas vinculadas con los Derechos Humanos.

GUATEMALA

Respuestas al cuestionario

- 1.^a Un Estado autoritario y excluyente, un Organismo Judicial débil, una lucha armada que dura ya 35 años, y las circunstancias socio económicas consecuentes, han hecho que la conculcación de los D. H. haya sido sistemática por parte de los organismos de seguridad del estado –especialmente el Ejército–, yendo desde la negación de la satisfacción de necesidades básicas a la eliminación física selectiva y la política de «tierra arrasada».

Aunque los últimos de 10 años de «transición democrática» la violación de los D. H. ha disminuido en número e intensidad, dicha disminución no es significativa ni corresponde a esa transición.

- 2.^a La Constitución Política de 1985 garantiza la vigencia y protección de los D. H., tanto así que más de la mitad de su articulado se refiere a los derechos humanos, contempla también la preeminencia de los tratados y pactos internacionales sobre la materia, sobre el derecho interno, estableciendo como instituciones garantes de los D. H. –entre otras– al Tribunal Electoral, la Procuraduría de los Derechos Humanos y la Corte de Constitucionalidad; aunado a lo anterior el Código Procesal en vigencia pretende ser el instrumento que haga vigente la observación de los D. H. en la aplicación de la justicia penal.

- 3.^a La Constitución de la República y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad contempla como mecanismos formales para la protección de los derechos fundamentales los recursos de Amparo –no existe ningún ámbito que no sea susceptible a este recurso–, la Exhibición Personal que protege específicamente los derechos a la libertad, a la vida e integridad personal y por supuesto el de Inconstitucionalidad, siendo éste último el más restringido en su acceso y el más accesible el de exhibición personal. El sistema que sigue Guatemala en este aspecto es el de control difuso. El Código Procesal Penal contempla un procedimiento especial de averiguación a cargo de la Corte Suprema, cuando una exhibición personal ha sido infructuosa, pero los interesados sospechan de la intervención del Estado en la desaparición de una persona;

Guatemala

- 4.^a Las facilidades con que cuenta el ciudadano –contempladas en la ley–, para pedir protección son teóricas, ya que en un país en donde las violaciones a los derechos humanos son recurrentes la utilización del habeas corpus, del amparo y del recurso de apelación especial (casación) debería ser intensa y no es así. La dificultad estriba en que es el Estado y sus organismos quienes violan los DH, concientemente o por inercia de la costumbre;
- 5.^a Existen diversas organizaciones no gubernamentales que se han dado a la tarea de vigilar el respeto a los DH por parte de las entidades estatales y por supuesto a denunciarlas, cabe destacar la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala y el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos, las que brindan servicios jurídicos de apoyo y aunque no en todos los casos acuden a los tribunales de justicia;
- 6.^a En los últimos diez años la respuesta del ejecutivo en materia de DH ha sido ambigua, ya que el discurso es de respeto a éstos, pero en el terreno de las acciones ha sido de indiferencia y encubrimiento, dado que los responsables de las violaciones pertenecen al aparato de poder que sustenta la supervivencia del gobierno y la mentalidad de que todo aquel que cuestiona las instancias de poder es subteror del orden institucional;
- 7.^a La respuesta judicial, salvo casos excepcionales, también ha sido negativa ya que existe un divorcio entre la administración de justicia y la vigencia de los DH, ya que la mayoría de los jueces se resisten a aplicar los derechos fundamentales previstos en la Constitución y los pactos de DH, lo anterior se debe, en primer término, a la visión de que la obligación del juez es aplicar lo que dicen los Códigos, sin importar si esa normativa responde a los principios constitucionales; en segundo término, el poco uso que se hace de los mecanismos formales (habeas corpus, amparo, apelación especial), lo que ha contribuido a fosilizarlos; también debe atribuirse la respuesta negativa al hecho incontrovertido de que los pocos jueces que hacen aplicación de las normas constitucionales y las contenidas en los pactos sobre DH son víctimas de intimidación y coacción; por lo que en tanto la aplicación de la justicia no deje de ser discriminatoria y selectiva, que los jueces comprendan que el derecho que DEBE tener mayor positividad es el constitucional, que exista una verdadera independencia judicial, no se revertirá esta situación;
- 8.^a La ley penal, la procesal penal y la Ley de Amparo, exhibición Personal y Constitucionalidad previenen sanciones para los jueces que denieguen injustificadamente la protección en materia de DH, el asun-

to estriba en que la denegatoria no se da como tal, sino que se sigue el procedimiento previsto pero al final se declaran los recursos sin lugar, sin fundamentación alguna, o bien por la aplicación de una ley secundaria. En todo caso, cuando se ha aplicado el mecanismo sancionador se ha hecho en contra de jueces que han brindado la protección solicitada;

- 9.^a De todo lo dicho con anterioridad no existe verdadera independencia del poder judicial en relación a los otros poderes del Estado, especialmente del ejecutivo al no darse las condiciones teóricas ni reales para ello, lo que evidentemente repercute en el campo de la aplicación de los DH, en donde no ha sido posible la persecución de los violadores de dichos derechos, mucho menos ser llevados a juicio, y en todo caso los procedimientos en donde ello se ha intentado se han visto «saboteados» y jueces y fiscales intimidados y coaccionados;
- 10.^a Si bien es cierto la jurisprudencia de los tribunales internacionales no es vinculante para los jueces en esta materia, también es cierto que aunque lo fuera ello no tendría repercusión alguna dada la resistencia a aplicar la normativa sobre derechos humanos por parte de la mayoría de los jueces;
- 11.^a La falta de formación de los jueces es preponderante en esta falta de respuesta, habida cuenta que por la marcada formación universitaria en el sentido de dar mayor positividad a las leyes secundarias que a la Constitución, y lo que es más al desconocimiento casi total de esta normativa, su fundamentación ontológica y teleológica, refuerza la resistencia y temor a su aplicación;
- 12.^a Evidentemente con una capacitación que tenga como meta no únicamente el conocimiento de esos aspectos apuntados, sino que busque la transformación de conductas y la mentalidad serían de enorme ayuda para solventar en parte el problema; un programa en este sentido podría articularse con la colaboración de instituciones y organizaciones no gubernamentales preocupadas con el tema y probablemente con la Escuela Judicial, en el primer caso no se necesitaría de autorización de la Corte Suprema de Justicia, pero podría disminuir la asistencia de interesados (jueces) por carecer de apoyo. Otro punto a considerar sería el descentralizar esa capacitación.

HONDURAS

Respuestas al cuestionario

1.^a Sí existe, es el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, de reciente creación en Honduras a partir del año de 1992.

La Fiscalía de Derechos Humanos, dependiente del Ministerio Público como organismo reclamante ante los Tribunales por la violación de Derechos Humanos.

2.^a a) La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, son Instrumentos Jurídicos suscritos y ratificados por Honduras.

b) La Constitución de la República, como Derecho Interno, contiene la declaración y reconocimiento, por la vigencia y cumplimiento de los Instrumentos Jurídicos Internacionales. Instrumentos Jurídicos que obligan al Estado de Honduras a garantizar el Respeto de los Derechos Humanos.

3.^a a) Recurrir ante la Autoridad Judicial y presentar o interponer los recursos legales inmediatos que en materia de Derechos Humanos nuestro ordenamiento Jurídico dispone.

b) Recurrir ante el Comisionado Nacional para la Protección de los Derechos Humanos.

c) Recurrir ante la Autoridad Judicial y presentar o interponer los recursos Legales inmediatos que en materia de Derechos Humanos nuestro ordenamiento Jurídico dispone.

d) Tomando en cuenta que en nuestro país la lucha por la defensa de los Derechos Humanos, en las últimas dos décadas ha sido permanente trabajo de un organismo no Gubernamental que es el Comité para la Defensa de los Derechos Humanos de Honduras, CODEH, éste verdaderamente es un Organismo que fuera del Gobierno, su lucha a marcado los cambios trascendentales en la Historia de Honduras y de la Región Centroamericana.- Es el CODEH quien, para la Sociedad Hondureña, resulta una verdadera alternativa, pues en las condiciones históricas que el CODEH asume la tarea, la Promoción, vigencia y defensa de los Derechos Humanos, frente a las coyunturas históricas no eran favorables a la tarea.

Honduras

- 4.^a En primer lugar y por su estructura legal, al recurrir al Comisionado Nacional para la Protección de los Derechos Humanos, aquí permite al ciudadano denunciar únicamente que está siendo víctima de una violación en sus Derechos Humanos, el Comisionado da conocimiento de la violación a la autoridad competente y exige una respuesta; sin embargo, el Comisionado no litiga ante el Tribunal o Corte interponiendo recursos, solamente es labor de promoción y denuncia. –Si tuviera dentro de sus atribuciones, la del reclamo Judicial mediante el procedimiento de interposición de recursos legales podrían ser más efectivas las denuncias–. Sin embargo, por el carácter legal del Comisionado, y desde su representación oficial del Estado, para garantizar el respeto a los Derechos Humanos, su credibilidad y dimensión, le permiten la obtención de la información pronta. En cuanto a recurrir al Poder Judicial a efecto de la Protección de los Derechos Humanos, no ha sido una garantía de Protección, desde el pasado, aún cuando existen los mecanismos legales para su ejercicio pero también habría que reconocer las etapas históricas prevalecientes en la misma estructura del Poder Judicial, que a éste lo volvió ineficaz, sin embargo la lucha prevaleciente desde diferentes sectores de la sociedad civil, en cuanto al reclamo por una eficacia del poder Judicial para garantizar el respeto a los Derechos Humanos, ha logrado algunos cambios y una nueva actitud del Poder Judicial, actualmente en Honduras, en donde la participación de la sociedad Civil es determinante.

Si bien la carta Constitucional de la República, reconoce mediante Declaraciones, Derechos y Garantías, como mecanismos de Protección; en los últimos dos años, las demandas, peticiones y recursos, que tienen su fin el reconocimiento y tutela de los Derechos Humanos han sido objeto de conocimiento por los Tribunales y, en una buena parte, han contribuido esas actuaciones para que la sociedad Hondureña tome conciencia de la gran Importancia para el avance de la Justicia, lo que es respetar los Derechos Humanos del Hombre.

El Poder Legislativo en su tarea de legislar u otorgando el carácter de Constitucional al haber legislado para obtener el Rango Constitucional de esa figura, que deberá ratificarse en la legislatura de este año, ya que el Comisionado, originalmente fue creado por una de las recomendaciones contenidas en el documento de Propuestas de la Comisión Ad-Hoc., en el año de 1992.

Asimismo la actual Asamblea e Diputados, ha legislado en materia de Derechos Humanos, sobre: Derechos del Menor; La Ratificación de la Convención Americana para Prevenir, Erradicar, y Sancionar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belén Do Pará. Asimismo y en el seno del Congreso, existe la Comisión de Derechos Humanos.

- 5.^a Si existen, para el caso el Comité para la Defensa de los Derechos Humanos en Honduras (CODEH) el primero que en el país ha desarrollado una verdadera labor de Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, con diferentes departamentos, entre ellos el servicio Jurídico; Defensa Legal y de Reclamo ante los Tribunales de la República. El Socorro Jurídico Vicarial, de los Departamentos de Yoro y Colón, en la Zona del Aguán, ambos dependientes de la Iglesia Católica, en primer lugar con finalidad de Formación, educación, Promoción y Reclamo por los Derechos Humanos, es una pastoral dirigida a los pobres.
- 6.^a El actual Poder Ejecutivo ha realizado un esfuerzo en materia de Derechos Humanos, positiva.
- 7.^a El Poder Judicial, desde su nueva integración, y como Proyecto en materia de Justicia, constituye una de sus principales prioridades, el Respeto de los Derechos Humanos, introduciendo con su iniciativa de Ley, la Corte Suprema de Justicia, cambios de los Procedimientos Penales actuales, por una nueva estructura procedimental en materia penal, que pueda garantizar con verdadera eficacia los Derechos Humanos de las Personas. Asimismo el fortalecimiento de las Reformas Judiciales, y proponiendo a la vez reformas constitucionales para la selección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a efecto de lograr materializar su independencia frente a otros poderes.
- 8.^a Sí existen, para el caso el Antejuicio, sin embargo no ha sido utilizados, y el afectado o sus representantes han hecho uso más de la denuncia pública.
- 9.^a La Selección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en Honduras, desde su origen, permite ser un obstáculo para lograr una verdadera independencia, ya que el factor político y económico se opone a este logro; sin embargo, y reconociendo que la división de poderes permite entre ellos el sistema de frenos y contrapesos, aún no se puede decir de que haya una verdadera independencia de Jueces y Magistrados, aún cuando en la actual Corte Suprema de Justicia de Honduras, lucha y lleva a cabo un conjunto de tareas, decidid a darle vida no sólo a la Independencia Interna, sino externa.
La no Independencia del Poder Judicial también afecta el campo de los Derechos Humanos, porque la necesidad y objetivo de vigencia de los Derechos Humanos, es el ser Humano, sin ningún tipo de distinción.
- 10.^a Realmente hay que reconocer que la actitud de los Jueces frente al tratamiento de los Derechos Humanos, en sus resoluciones, no ha

Honduras

sido efectiva, como no han tenido una capacitación sistematizada para el conocimiento y divulgación, para hacer uso de las normas legales Internacionales. Actualmente, la Escuela Judicial desde el año 1994 ha desarrollado varios seminarios dirigidos a difundir, respetar y sobre todo poner en práctica mediante sus resoluciones cuando procedan su fundamentación en normas de Derechos Humanos. Asimismo, se ha capacitado a la Defensa Pública gratuita del Poder Judicial para que respecto a las mayorías pobres que son las poblaciones campesinas en sus diferentes problemas puedan interponer y rendir protección de los Derechos Humanos ante los Tribunales de la República. Por lo que se hace necesario la capacitación de Jueces para que la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales constituya efectivamente, vinculante y no sólo legalmente.

- 11.^a Que los mismos jueces sean violadores de los Derechos Humanos, y por ende sus actuaciones sean fuera de la Ley, entonces sus actuaciones desdican y afectan la aplicación de la Justicia.
- 12.^a La promoción, educación y capacitación en materia de Derechos Humanos en Honduras debe ser más amplia y constante, pero reconociendo que quienes coinciden con la doctrina de Derechos Humanos son en realidad pocos los profesionales, deben los jueces ser capacitados, aún desde la Universidad, pues el actual sistema Inquisitivo de juzgamiento es una causa para que el actuar de los jueces nieguen el respeto de los Derechos Humanos si reconocemos la existencia de muchos reos sin condena, sin defensa permanente y reos con situaciones graves de enfermedades en los reclusorios, sin alternativa para el caso los afectados con el V.H.I., en etapa terminal y sin sentencia.

ESPAÑA

Cuestionario

- 1.^a No. En España se han seguido procesos judiciales, incluso terminados con condena de los acusados, por torturas y hechos semejantes. También se han cuestionado actuaciones de determinadas autoridades públicas en otros aspectos, como escuchas telefónicas. Pero son siempre hechos concretos, sin que pueda decirse que algún organismo del Estado lleve a cabo una conculcación sistemática de Derechos Humanos.
- 2.^a El Derecho español, tras la superación de la dictadura franquista y la promulgación de la Constitución de 1978 dispone de una completa protección jurídica de los Derechos Humanos.
Las garantías jurídicas se articulan sobre las siguientes bases:
 - a) La Constitución Española reconoce un amplio catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas.
 - b) Las normas constitucionales que reconocen los derechos humanos constituyen derecho positivo directamente aplicable y directamente invocable ante los Tribunales de Justicia.
 - c) Los preceptos constitucionales que reconocen los Derechos Humanos gozan de una rigidez reforzada, de modo que su modificación se somete a los mismos requisitos formales que una revisión constitucional completa (señaladamente mayoría parlamentaria de dos tercios en ambas cámaras, disolución de éstas y convocatoria inmediata de nuevas elecciones, renovación de idéntica mayoría parlamentaria en favor de la reforma tras las elecciones y sumisión de la reforma a referendium).
 - d) España es parte de los principales Tratados y Convenios Internacionales de protección de los derechos humanos: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales; así como de la práctica totalidad de instrumentos internacionales de reconocimiento y protección de derechos específicos, tales como la Convención para la

prevención y sanción del delito de genocidio, Convenio para la prevención de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Convenio sobre los derechos políticos de la mujer, Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, etc. Finalmente también es parte de los principales Convenios de la OIT, tales como el Convenio 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, el Convenio 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, Convenio 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, o Convenio 105, relativo a la abolición del trabajo forzoso.

e) Según el ordenamiento jurídico español, los Convenios y Tratados internacionales, una vez ratificados por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado, forman parte del ordenamiento interno español, por lo que constituyen derecho positivo directamente aplicable y directamente invocable por los ciudadanos ante los Tribunales. Todos los instrumentos internacionales citados se encuentran en esta situación, esto es, constituyen legislación interna española.

Además de ello, los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos integran el reconocimiento constitucional de tales derechos, que han de interpretarse de conformidad con la norma internacional, con lo que ésta adquiere, en esta materia, un rago paraconstitucional.

f) Todos y cada uno de los Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución han sido desarrollados por leyes ordinarias y son objeto de protección penal.

Estas garantías jurídicas resultan operativas a través de la garantía jurisdiccional, que se articula de la siguiente manera:

a) La protección primaria de los Derechos Humanos corresponde a los Tribunales Ordinarios, tanto del orden civil como penal, contencioso-administrativo o social. Para ello se dispone de un proceso preferente y sumario de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Los jueces ordinarios tienen, además, en cualquier proceso, la siguiente vinculación a los Derechos Humanos:

I. Han de interpretar la totalidad del ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución y con los derechos, principios y valores que ésta incorpora.

II. No pueden aplicar norma jurídica alguna en contradicción con la Constitución y con los derechos fundamentales que ésta reconoce. Si encuentran que una norma con rango de ley aplicable al caso pudiera ser contraria a la Constitución deberán plantear la cuestión, de oficio, al Tribunal Constitucional.

III. Carece de todo valor procesal la prueba obtenida con vulneración de los derechos humanos, así como todos los medios probatorios que directa o indirectamente deriven de ella.

b) El ciudadano que no haya obtenido protección de sus derechos fundamentales por los tribunales ordinarios puede acudir en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

c) España tiene reconocida la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos para conocer de demandas individuales por vulneración de derechos reconocidos en la Convención Europea. La Comisión puede, a su vez, pasar la demanda individual al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, existen instituciones parlamentarias específicas encargadas de velar por el respeto a los Derechos Humanos por parte de las Administraciones Públicas, como son el Defensor del Pueblo y los órganos similares existentes en las Comunidades Autónomas (Síndic de Greuges en Cataluña, Anarteko en el País Vasco, Valedor do Pobo en Galicia, Defensor del Pueblo Andaluz, Justicia de Aragón, Diputado del Común de Canarias, etc.).

- 3.^a Como se ha señalado en la respuesta a la pregunta anterior, la protección de los Derechos Fundamentales corresponde, de modo primario, a los Tribunales ordinarios.

Todos los derechos humanos gozan de protección en el Código Penal y demás leyes penales, por lo que el instrumento más enérgico de protección, al menos frente a los ataques más directos, se encuentra en la persecución penal del responsable de la vulneración.

En España el Ministerio Fiscal, órgano equivalente al Procurador de la República en otros países, no tiene el monopolio de la acción penal, de modo que ésta puede ser ejercida también por el perjudicado o incluso por cualquier ciudadano, aunque no haya sido perjudicado por el delito. Esta vía de la acción penal particular o popular (esta última, de ordinario, a cargo de asociaciones) ha sido frecuentemente utilizada.

En materias no penales existen, como se ha dicho, procesos preferentes y sumarios en todos los órdenes jurisdiccionales para hacer frente a vulneraciones de derechos humanos cuando éstas sean imputables a particulares (en especial, por esta vía, se protege el derecho al honor), a alguna Administración Pública o hayan ocurrido en el ámbito de la relación laboral o de seguridad social.

Los ciudadanos pueden acudir también al Tribunal Constitucional en recurso individual de amparo y, finalmente, a la Comisión Europea de Derechos Humanos.

Si se trata del funcionamiento de la Administración pueden dirigirse igualmente al Defensor del Pueblo, o al órgano equivalente de la Comunidad Autónoma de que se trate si la vulneración fuera imputable a la Administración de ésta.

- 4.^a Las dificultades que pueden existir se sitúan en el terreno fáctico (carencia de medios económicos, dificultades para procurarse la prueba), no en el jurídico.

En los casos de carencia de medios, los ciudadanos tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin que existan problemas para su obtención.

- 5.^a Dentro de la libertad de asociación existen organizaciones cuya finalidad esencial es la promoción y defensa de los Derechos Humanos. Además de las secciones españolas de las organizaciones internacionales más conocidas, existen asociaciones de ámbito estatal (como la Asociación Pro Derechos Humanos) y numerosas otras en ámbitos territoriales más reducidos. Existen también asociaciones de juristas (p. ej. Federación de Asociaciones de Juristas Progresistas) uno de cuyos objetivos básicos es esta protección.

Las organizaciones citadas cuentan con servicios jurídicos y cuando lo estiman necesario acuden a los Tribunales de Justicia en ejercicio de la acción penal pública a la que antes se ha aludido.

- 6.^a En términos generales puede decirse sin ambages que el Poder Ejecutivo es respetuoso con los Derechos Fundamentales de los ciudadanos y sigue una política de respeto y protección de los derechos humanos. En este sentido se han dado pasos muy importantes y palpables en la actuación de los poderes públicos, especialmente aquéllos más sensibles a posibles extralimitaciones, como pueden ser las fuerzas policiales. Tanto la reforma de las estructuras policiales como la ya señalada pérdida de toda eficacia procesal de la prueba obtenida directa o indirectamente con vulneración de los Derechos Fundamentales han contribuido notablemente a una actitud general de respeto a los derechos en su actuación.

No todo, sin embargo, es de color de rosa. La reforma de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sigue siendo, pese a todo, insuficiente, especialmente en lo que respecta a control interno y a mecanismos extrajudiciales de exigencia de responsabilidad a sus miembros en caso de actuación vulneradora de derechos de los ciudadanos. Por otra parte, es frecuente que investigaciones judiciales sobre denuncias relativas a torturas o malos tratos policiales se en-

cuentren frente a dificultades probatorias por causa de la actitud corporativista de defensa por parte de los compañeros de los denunciados o de sus mandos.

En los años 1983-1985 hubo, frente a la persistencia de la actividad terrorista por parte de la organización vasca ETA, acciones consistentes en asesinatos y otros atentados contra personas pertenecientes a tal organización o a su entorno, en los cuales existe la sospecha de la implicación de personas del Ministerio del Interior. En la actualidad se sigue por esta causa un proceso penal en el Tribunal Supremo por secuestro de una persona en el que están procesados quienes desempeñaron en dichas fechas los cargos de Ministro del Interior, Director de Seguridad del Estado, Director General de la Policía, Gobernador Civil de Vizcaya y Jefe Superior de Policía del País Vasco.

- 7.^a La respuesta judicial es positiva, dentro de las dificultades probatorias que siempre encuentran frente a sí hechos como los que se acaban de señalar en la respuesta a la pregunta anterior, o el enjuiciamiento de torturas o malos tratos en dependencias policiales.

Cuando las vulneraciones de derechos fundamentales se producen en otros ámbitos menos conflictivos (relaciones interpersonales, administrativas o laborales), la respuesta judicial es también positiva. La utilización de los mecanismos procesales de protección a los que se ha hecho mención es algo absolutamente normalizado en los Tribunales de Justicia españoles, al igual que lo es la declaración de nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos (p. ej., a través de una entrada en domicilio sin autorización judicial, o incluso con autorización judicial no suficientemente fundada, a través de una intervención telefónica no acordada o no controlada judicialmente).

- 8.^a Los jueces están sujetos a responsabilidad civil, penal y disciplinaria por sus actos en el desempeño de sus funciones. Los ciudadanos pueden acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para exigir responsabilidad civil o penal, o a los órganos de gobierno del poder judicial para pedir que se exija la responsabilidad disciplinaria.

La exigencia de responsabilidad judicial presenta en España los mismos problemas que en otros países de nuestro entorno. Ha de respetarse en ella, en todo caso, la independencia judicial, de modo que hay que evitar que pueda convertirse en un instrumento de control, especialmente ideológico, del fondo de las resoluciones judiciales. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que en todo proceso resulta siempre, al final, un agraviado. Muy raro es que la respuesta judicial contente a todas las partes. Incluso sería muy cuestionable y muy poco acorde con lo que debe ser la función judicial un ejercicio de la jurisdicción que buscara contentar a todos. Por ello el juez está espe-

cialmente expuesto a que su actuación provoque reclamaciones o denuncias por parte del disconforme con ella. Finalmente, en los casos en que, salvadas estas cautelas, dejando a salvo la independencia del juez y protegiéndole frente a reclamaciones arbitrarias, resulte exigible la responsabilidad, se produce el riesgo contrario, esto es, el de la defensa corporativa por parte de los otros jueces que o bien han de juzgarle, cuando se le está exigiendo responsabilidad civil o penal, o bien integran los órganos de gobierno del Poder Judicial, cuando se trata de responsabilidad administrativa o disciplinaria.

Con todos estos condicionamientos, puede afirmarse que existen en España suficientes mecanismos de exigencia de responsabilidad a los jueces y que funcionan de un modo razonablemente correcto. El Consejo General del Poder Judicial ejerce sus funciones disciplinarias, frente a las cuales los jueces eventualmente sancionados –se producen, de hecho, sanciones, que llegan a la expulsión de la carrera judicial– pueden reclamar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y se han seguido algunos, aunque escasos, procesos penales contra jueces acusados de determinados delitos, que en la actualidad, suprimida la institución del antejuicio (examen de los indicios previo a la apertura del proceso) no difieren de los que se puedan seguir contra los demás ciudadanos.

- 9.^a En España existe una auténtica independencia judicial, en la medida, naturalmente, en que puede afirmarse tal independencia, ya que la total ausencia de vínculos sociológicos, ideológicos o de otro tipo respecto de quienes se encuentran en una posición de poder más o menos fáctico constituye un ideal no fácilmente alcanzable.

Los jueces, una vez reclutados a través de sistemas objetivos (concurso u oposición), se integran en una carrera judicial en la que las decisiones sobre su situación profesional se rigen por las reglas de la inamovilidad y la predeterminación legal, y son adoptadas por un órgano independiente como es el Consejo General del Poder Judicial, cuyos veinte miembros se eligen por un período de cinco años (distinto a la duración de cada legislatura) por las dos Cámaras, con una mayoría reforzada, entre jueces y magistrados (12 de los 20 miembros), abogados y otros juristas de prestigio.

A través de estos mecanismos, la independencia es real y está jurídicamente garantizada. Los jueces no tienen limitación alguna para seguir, con toda libertad, procesos «sensibles», en los que pueden verse implicados incluso miembros del Gobierno, como ya se ha mencionado.

Cosa distinta son las presiones sociales o las procedentes de los medios de comunicación, tanto por la vía del ataque o la campaña en contra como por la más insidiosa del halago, al que siempre es tan difícil sustraerse. En estos casos, la garantía institucional de la indepen-

dencia no basta si ésta no es contemplada y vivida por el propio juez como su primera y más genuina obligación profesional: la de saber conservar su independencia frente a las presiones o halagos que pueda recibir del entorno.

- 10.^a Como ya se ha señalado (ver respuesta a las cuestiones 2.^a y 3.^a) los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, una vez ratificados por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado tienen el valor de ley interna española, con todas sus consecuencias, y España tiene reconocida la jurisdicción de la Comisión Europea de Derechos Humanos para conocer de demandas individuales de personas residentes en España.

La jurisprudencia internacional, y más en concreto la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se considera vinculante por los Tribunales Españoles (aunque técnicamente constituya una obligación exigible por los mecanismos del derecho internacional), los cuales hacen en sus resoluciones frecuente invocación a ellas.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido una incidencia y aplicación real en España, tanto por su acogida por el Tribunal Constitucional como por parte de los Tribunales ordinarios. Ejemplos de este reflejo puede ser la doctrina derivada de los casos De Cubber, Piersak y Hauptschild sobre derecho al juez imparcial y pérdida de imparcialidad objetiva del juez instructor para juzgar sobre el fondo, la de los casos Airey, Artico y Pakelli sobre discriminación por motivos económicos y derecho a la asistencia letrada, la del caso Guincho sobre derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o la de los casos Handyside, «The Sunday Times» sobre la libertad de expresión y de información.

Las resoluciones de este Tribunal en los casos en que se ha declarado vulneración de derechos por parte de España, en casos como el de Barberá, Meseguer y otros, en que se declaró vulneración del derecho al proceso debido, han tenido aplicabilidad directa en España, con anulación del proceso en el que se había producido la infracción y de la condena penal con la que acabó.

- 11.^a La falta de formación de los jueces juega siempre un papel negativo. En España los jueces profesionales, sobre los que recae la inmensa mayoría de la competencia jurisdiccional, son todos licenciados en Derecho y han ingresado en la carrera judicial tras la superación de oposiciones o concursos en los que han tenido que demostrar, por pruebas objetivas, sus conocimientos jurídicos. Existe, pues, una formación de base suficiente. El Consejo General del Poder Judicial organiza también, de modo regular, actividades de formación permanente, especialmente intensas en los últimos años, a las que han acudido más del 80% de los jueces en activo. La formación, en todo caso,

es siempre algo individual y cuando se trata de formación en materia de derechos humanos depende también de la actitud personal, que no en todos y cada uno de los casos es siempre positiva. Pero, en cualquier caso, no podría sostenerse que existan problemas específicos en España derivados de la falta de formación de los jueces en materia de protección de los derechos humanos.

- 12.^a La formación es siempre mejorable. Para ello hay que partir del axioma de que a nadie se le puede enseñar lo que no aprenda él mismo. Todo proyecto de formación ha de partir, por tanto, de generar una actitud por parte del destinatario que encuentre, en primer lugar, una motivación suficiente para formarse y que proporcione, a continuación, los instrumentos precisos para que pueda adquirir tal formación.

Los proyectos de formación han de ser, pues, flexibles y atractivos y no han de suponer una carga añadida de trabajo para el destinatario —normalmente sobrepasado por la acumulación de asuntos— sino que han de contemplarse como parte de sus obligaciones profesionales y desarrollarse, por tanto, en el tiempo ordinario de trabajo. Ha de buscarse, finalmente, un incentivo complementario a la siempre necesaria inquietud individual.

En España el Consejo General del Poder Judicial está haciendo en los últimos años un esfuerzo considerable en materia de formación, que se articula en planes nacionales y planes territoriales, con un notable grado de descentralización, y se diversifica en cursos monográficos, seminarios de trabajo sobre novedades legislativas, estancias en instituciones o entidades más o menos relacionadas con la función judicial (desde la Policía Científica a las Cámaras legislativas, fábricas de automóviles, medios de prensa o Comisión Nacional del Mercado de Valores, entre otras).

Nuestra asociación judicial JUECES PARA LA DEMOCRACIA lleva a cabo sus propios programas de formación y reflexión colectiva. Los más recientes han tenido lugar sobre los Secretos de Estado y sobre la violencia callejera. Para ello tiene el apoyo financiero del Consejo General del Poder Judicial, que facilita asimismo permisos a los jueces para acudir a ellas y, en ocasiones, de otras Administraciones Públicas (Ayuntamientos o Comunidades Autónomas).

Las actividades que realizan no precisan, en todo caso, de ningún tipo de autorización.

También llevamos a cabo, tanto de modo individual como en el plano asociativo, actividades con otras instituciones y organizaciones públicas y privadas, como las Universidades, Colegios de Abogados o Asociación Pro Derechos Humanos.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I. El juez como garantía de los derechos humanos

Primera. La legitimación material del juez en un Estado democrático de Derecho se da por la aplicación y defensa que de los Derechos Humanos realiza en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. En consecuencia, deberá privilegiar en cada uno de los casos sometidos a su conocimiento y decisión las normas de la Constitución y de los Pactos, Tratados o Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Segunda. Exhortamos a todos los gobiernos de los países de América Latina que todavía no hayan suscrito las Declaraciones, Pactos, Convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a que lo hagan a la mayor brevedad posible, teniendo en cuenta la universalidad irrefutable de los Derechos Humanos como soporte de una justicia democrática que conduzca a la paz social.

Tercera. Con la misma urgencia les exhortamos a participar sin restricciones en el sistema internacional de jurisdicción en materia de Derechos Humanos, reconociendo la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Internacional de Derechos Humanos de la O.N.U., así como sus respectivas jurisprudencias como fuente real de derecho.

II. El recurso de amparo en América Latina

Primera. Exhortamos a los Gobiernos de los países en los que el «mandato de seguridad» y el «habeas corpus» no tenga todavía status constitucional, que procedan a instituirlo como tal a la mayor brevedad posible.

Segunda. Es preciso que el «mandato de seguridad» y el «habeas corpus» puedan ser interpuestos por cualquier persona o grupo de personas, afectados o no, contra actos de la Administración pública o de particulares que lesionen, restrinjan o amenacen derechos o garantías de naturaleza constitucional, cuando para la efectividad de su defensa o protección no exista otra vía más expedita.

Tercera. La actuación de los jueces de cualquier jurisdicción o categoría, en materia de «mandato de seguridad» y de «habeas corpus», se consi-

Conclusiones

dera de naturaleza constitucional y, por tanto, no sujeta a la legislación ordinaria que restrinja su aplicación.

Cuarta. En los casos relativos a derechos fundamentales inherentes a la persona humana, el «mandato de seguridad» y el «habeas corpus» deben tener vigencia también en las situaciones de excepción o de supresión de garantías previstos constitucionalmente.

Quinta. Exhortamos a los colegas jueces a ser receptivos en orden a la admisión y tramitación de «mandatos de seguridad» y de «habeas corpus» que lleguen a su conocimiento, de manera que estos instrumentos sean aptos para la prevención o restitución inmediata de los derechos y garantías fundamentales.

III. La responsabilidad del juez ante los Derechos Humanos

Primera. El juez latinoamericano, en general, carece de formación adecuada para la efectiva incorporación a sus decisiones de las normas relacionadas con la protección de los Derechos Humanos. En consecuencia, consideramos imprescindible la realización de actividades dirigidas a nuestro perfeccionamiento profesional, las cuales pueden ser implementadas a través de las Escuelas de la Magistratura, universidades, grupos o asociaciones de jueces democráticos u otras instituciones públicas o privadas, nacionales o internacionales, en la perspectiva de formar un juez que satisfaga las necesidades de justicia de la comunidad.

Segunda. Con especial énfasis exhortamos a los diferentes Estados Latinoamericanos a adoptar el sistema de concurso público para el ingreso en la carrera de la magistratura, estableciendo como materias obligatorias de examen el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos.

Tercera. Exhortamos a las Facultades de Derecho de América Latina a incluir la materia de los Derechos Humanos en sus currícula.

Cuarta. Acogemos la iniciativa de Venezuela de realizar en la mayor brevedad posible actividades de capacitación en materia de Derechos Humanos para operadores jurídicos, adoptando como plano básico la estructura curricular presentada en este seminario.

Quinta. Se acuerda hacer una moción al Instituto Interamericano de Derechos Humanos con el objetivo de manifestar nuestra aspiración de que sea propiciada una más amplia participación de los jueces comprometidos con la defensa de los Derechos Humanos, remitiendo directamente las invitaciones pertinentes a los grupos nacionales de asociaciones de esta naturaleza.

IV. Los Derechos Humanos del juez en América Latina

Única. La autonomía e independencia del juez latinoamericano está siendo violada tanto por los Poderes Públicos –incluso por las cúpulas de los respectivos Poderes Judiciales– como por los grupos de presión privados.

La vigencia integral de los referidos principios es imprescindible para el funcionamiento del Estado Democrático de Derecho.

Por tanto, exigimos de aquellos poderes y grupos el respeto absoluto a tales valores, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y asociación, el funcionamiento regular de la carrera judicial con especial observancia de la estabilidad funcional, entendida ésta como el ejercicio de jurisdicción en una unidad jurisdiccional determinada, la negación de remociones punitivas, y finalmente, garantía de una adecuada y digna remuneración salarial.

V. Relaciones entre jueces, abogados, asociaciones, institutos y organizaciones de Derechos Humanos en América Latina

Única. Las relaciones entre jueces, abogados, asociaciones, instituciones y organizaciones de Derechos Humanos en América Latina no son suficientemente fluidas en el sentido de asegurar la promoción y protección de los Derechos Humanos en el área, situación ésta que se atribuye a la falta de un compromiso serio por parte de los mencionados segmentos.

En consecuencia, nosotros, jueces reunidos en este seminario, admitiendo nuestra cuota de responsabilidad por esta situación, convocamos a los demás componentes de aquél universo institucional a un diálogo fecundo y a un compromiso escrito con el objetivo de asegurar a la comunidad el reconocimiento de la debida tutela de los Derechos Humanos.

VI. Justicia militar

Primera. Aspiramos a la supresión de la Justicia Militar como jurisdicción especial en nuestros países.

Segunda. La todavía existente Justicia Militar deberá ser orientada por principios y valores que rigen la administración democrática de la Justicia, es decir, vigencia y observancia del debido proceso legal y respeto irrestricto de los Derechos Humanos.

Tercera. El ámbito de la Justicia militar debe estar limitado al conocimiento de los delitos de carácter militar cometidos por militares en servicio activo.

Cuarta. Deberán ser sometidos a la jurisdicción común los delitos cometidos por las fuerzas auxiliares de las Fuerzas Armadas o de la Policía

Conclusiones

Militar. De cualquier forma serán materia de jurisdicción ordinaria de los crímenes comunes cometidos por militares en activo, en reserva o reformados.

Quinta. En ningún caso podrán ser sometidos a la Justicia Militar los casos en que un civil sea reo o víctima.

Sexta. Recomendamos la consagración del principio de unidad jurisdiccional, de manera que los recursos de la Justicia Militar sean siempre encaminados a la jurisdicción común.

Séptima. Recomendamos que la Justicia Militar sea integrada exclusivamente por licenciados en Derecho mediante concurso público.

ASOCIACIONISMO JUDICIAL

ACUERDOS DE SÃO PAULO

I. Base programática

La plataforma asociativa regional a constituir suscribirá las conclusiones del I Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en América Latina de Buenos Aires (1991) y las del II Seminario de São Paulo (1996).

II. Esquema de organización

Las cuatro asociaciones actualmente existentes «Justicia Democrática» de Argentina, «Juizes para a Democracia» de Brasil, «Asociación Nacional Judicial» de Colombia y «Jueces para la Democracia» de Venezuela, actuarán como coordinadoras de los países cuyas asociaciones están en vías de constitución o de afianzamiento, con la siguiente división geográfica:

Argentina: Bolivia, Chile y Uruguay.

Brasil: Perú y Paraguay.

Colombia: Ecuador.

Venezuela: Centro América.

III. Compromisos

1. Mediante intercambio de colaboración, cada subregión procurará institucionalizar asociaciones nacionales con personería jurídica integradas por magistrados democráticos que adopten las bases programáticas del «acuerdo Primero» y los cursos comunes de acción que de ellas se desprende.

Esta primera iniciativa deberá concretarse, en lo posible, dentro de los cuatro próximos meses.

2. Llevar a cabo en la Semana Santa de 1997 una reunión de «delegados» de los países del área regional –en la sede que se determine por las citadas asociaciones de Argentina, Brasil, Colombia y Venezuela, teniendo en cuenta equidistancias y coste económico de traslados– con la finalidad de:

Acuerdos de São Paulo

- realizar un balance pormenorizado de la gestión desplegada por las asociaciones coordinadoras.
- presentación por cada delegado de una memoria escrita de las actividades desarrolladas por sus respectivas asociaciones o gestiones realizadas para su constitución,
- verificar la posibilidad de organizar la región conformando una plataforma asociativa con personería jurídica. Para ello, cada país podrá remitir un proyecto de estatutos a las asociaciones coordinadoras y éstas deberán conformar un proyecto conjunto de estatutos –cuya base programática se corresponderá con el «Acuerdo Primero» y cuya base organizativa contendrá fórmulas abiertas– que remitirán a todos los países del área con una antelación, al menos, de tres meses a las fechas de Semana Santa de 1997.

3. Dejar ya convocado el III Seminario Internacional a realizar en Barquisimetro (Venezuela) para el año 1998 (en fechas a determinar en la reunión de Semana Santa de 1997), cualquiera que sea el estado de las actividades organizativas de la región.

El temario del III Seminario versará sobre «EL ESTATUTO DEL JUEZ Y DEL MINISTERIO PÚBLICO».

4. Deberá ser de especial preocupación para las asociaciones miembros solucionar con recursos propios el financiamiento de los encuentros proyectados, sin perjuicio de la ayuda que las asociaciones más consolidadas puedan proporcionar a las de más reciente constitución y de menores perspectivas económicas.

DECLARACIONES
FINALES

ARGENTINA

Sobre la creación del Consejo de la Magistratura de Argentina

«Al Congreso Nacional de la República Argentina

Ante la inminente sanción de la ley que regulará la creación de un CONSEJO DE LA MAGISTRATURA, hacer saber a los Señores legisladores que integran el Congreso Nacional de la República Argentina que es firme, decidida y esperanzada aspiración de los señores Jueces representantes de los distintos países convocados a este seminario y Asociaciones de magistrados que se han acreditado ante el mismo, que la normativa a dictarse en ese país atienda cuanto más sea posible a las conclusiones del «I SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LATINOAMÉRICA» celebrado en Buenos Aires en marzo de 1991 que en copia se adjunta».

BOLIVIA

Sobre el Dr. Edgar Oblitas Fernández, ex-presidente de la Corte Suprema de Bolivia

«Los asistentes a este “II Seminario sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica” tras haber recibido la información sobre la condena del Dr. Edgar Oblitas Fernández, ex-presidente de la Corte Suprema de Bolivia, le hacemos llegar nuestro respaldo, y pedimos que se abra investigación por organismos imparciales, comunicándose este acuerdo al interesado.»

Sobre el abogado Dr. Manuel Morales Dávila de Bolivia

«De igual manera este seminario se asocia al pedido de Amnistía Internacional demandando la libertad del Abogado boliviano Dr. Manuel Morales Dávila, quien se encuentra encarcelado por defender los recursos naturales del país.»

COLOMBIA

Sobre la ingerencia extranjera en Colombia

«Los Jueces reunidos en el “II Seminario sobre LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LATINOAMÉRICA” nos pronunciamos enérgicamente por el rechazo de la intervención de Gobiernos u organismos de potencias extranjeras en la esfera de actuación de los Poderes Públicos de Colombia –y especialmente en la Administración de Justicia– con mengua insoslayable de soberanía política y de los principios de no intervención y de autodeterminación de los pueblos que del mismo se derivan.»

ECUADOR

Sobre el caso «Los siete del Putumayo» de Ecuador

«1. RESPALDAR la campaña de solidaridad de “LAS CIEN MIL FIRMAS” iniciada en Ecuador por los organismos de Derechos humanos a propósito de la sentencia dictada contra los campesinos de ese país en el caso conocido como “LOS SIETE DEL PUTUMAYO”.

2. ENVIAR copia de esta declaración hasta la Sala Primera de lo Penal de la Excm. Corte Suprema de Justicia de Ecuador donde se tramita la casación, por violación de las normas internacionales, constitucionales y legales relacionadas con las garantías del debido proceso.»