

## EXPERIENCIAS POSITIVAS Y OBSTÁCULOS PARA ARMONIZAR LA LEGISLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA\*

José Miguel Vivanco\*\*

Tratar sobre los obstáculos que aún se presentan para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en América Latina está vinculado al desarrollo de normas, tratados y estándares de carácter universal, que son el reflejo de consensos respecto de la necesidad de proteger a personas que se encuentran en una posición de vulnerabilidad frente al poder, o que no cuentan con la protección de las instituciones nacionales frente a violaciones de sus derechos fundamentales.

El desarrollo de estos estándares toma tiempo. Es un esfuerzo colectivo que muchas veces lleva décadas hasta poner de acuerdo a los gobernantes con sectores sociales que representan intereses políticos, culturales o económicos diferentes.

Pero eso no basta. Una vez que se desarrollan estos instrumentos es necesario incorporarlos al derecho interno. Y eso exige ajustar la legislación interna—constitucional o legal— a las obligaciones jurídicas internacionales que ese Estado, soberanamente y de buena fe, ha asumido. También se supone que hay que revisar los procedimientos y examinar las prácticas, especialmente de los funcionarios públicos; así como asignar los recursos y presupuestos que se requieran para que no quede en letra muerta el tratado recientemente ratificado y realmente entren en vigencia esos derechos. Pero fundamentalmente se requiere de un esfuerzo por reformar la estructura de las instituciones que tienen como función velar por la vigencia y protección de estos derechos, principalmente los sistemas de administración y procuración de justicia.

---

\* Conferencia Introductoria del Seminario La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México, Guadalajara, Jalisco, abril de 2005.

\*\* Director Ejecutivo de *Human Rights Watch*, Washington, D.C.

Sin embargo, en cualquier análisis de la situación actual de América Latina en materia de derechos humanos, se observa un cambio en la actitud, en muchos de los gobernantes democráticamente electos, frente a esta problemática. Hoy día, a pesar de las diferencias, no hay un esfuerzo por ocultar o encubrir abusos, al contrario, hay muchos políticos que se hacen elegir sobre la base de una plataforma de cambio y mejoras en materia de derechos humanos. Sin ir más lejos, el caso del Presidente Vicente Fox es muy ilustrativo. Se trata de un gobierno que llega al poder con un proyecto político que tiene mucho que ver con el fortalecimiento del Estado de derecho y con el perfeccionamiento, además, de la democracia y el respeto a los derechos fundamentales.

Que eso se haya concretado, es decir que se haya verificado un cambio, y en qué circunstancia, es tema de otra discusión. El punto es que hay que valorar que los interlocutores de diversos países tengan una actitud bastante más abierta que la que tenían en el pasado, donde hablar de estos temas estaba prohibido o era inmediatamente descalificado como una queja sin fundamento. Frente a las denuncias de violaciones a los derechos humanos, el gobierno reaccionaba ofendido e inmediatamente invocaba la soberanía nacional, calificando a la crítica como una ingerencia en sus asuntos internos. En mi opinión creo que en gran medida, esta actitud se ha ido superando.

Quisiera organizar mis comentarios en función de cuatro grandes temas de alcance regional. Por una parte, habrá que mirar: cuánto hemos avanzado, qué se ha logrado, y qué falta aún por hacer sobre las tareas pendientes de justicia y verdad en América Latina. Ese es un tema que vale la pena analizar históricamente para ver hasta qué punto se ha avanzado en Argentina, Chile, Perú, Brasil, Colombia y México. Y qué queda aún por hacer respecto de las violaciones del pasado.

La importancia de procesar y castigar a aquellos que cometieron crímenes atroces tales como desapariciones forzadas, torturas y masacres, o instigaron y/o planificaron estos hechos, está estrechamente vinculado al principio del estado de derecho.

El Estado de derecho lo entendemos, simplemente, como el valor jurídico en virtud del cual tanto los poderosos como los débiles están sujetos a las mismas normas. Yo sé que esto parece una ilusión, especialmente cuando hemos vivido durante muchos años en una región donde reina principalmente un estado de derecho de papel.

Se trata pues de construir una sociedad donde todos, blancos y negros; indígenas y urbanos; mujeres y hombres; los de izquierda y los de derecha; ricos y pobres; estemos sujetos a las mismas normas. En esa dirección hay que empujar. En ese sentido hay que ir construyendo una sociedad que, evidentemente a medida que se vayan dando esos pasos, va a ser mucho más justa, mucho más igualitaria y, en consecuencia, con una democracia que goza de mayor credibilidad. Por eso es que es importante examinar el pasado y determinar por qué aquellos que planificaron hechos atroces hasta el día de hoy, han contado con impunidad.

Sin embargo, hay signos alentadores en este sentido. Por ejemplo, en Argentina, en agosto del 2003, el Senado y la Cámara, por unanimidad, adoptaron una decisión que fue promovida por el gobierno del Presidente Nestor Kirchner y declararon la nulidad de la legislación llamada de amnistía, es decir, las leyes de punto final y obediencia debida, que han permitido cobijar a los responsables de atrocidades. La materia está, en este momento, en manos de la Corte Suprema de Justicia. Es la Corte Suprema argentina la que tiene que emitir un pronunciamiento. Es muy probable que lo haga y ojalá ese pronunciamiento sea consistente con la decisión previa del Congreso y de varios tribunales inferiores.

Podrían presentarse dilemas jurídicos muy importantes, desde el punto de vista de lo que es la cosa juzgada y la aplicación retroactiva de una sentencia contraria a una legislación que en su momento benefició a un conjunto importante de personas, la gran mayoría miembros de los aparatos de seguridad, responsables de los peores abusos. Habrá que ver caso por caso y analizar cómo se logra un balance entre la necesidad de justicia y la obligación de respetar el debido proceso. En todo caso, es un signo muy positivo que demuestra que no se puede tapar con una alfombra estos hechos y buscar una solución política que satisfice a los poderosos. Aquellos que tuvieron el poder para de extorsionar al gobierno del Presidente Raúl Alfonsín y arrancarle unas amnistías, que hasta el día de hoy no son aceptadas por la mayoría del pueblo y la mejor prueba de ello es que han sido declaradas nulas quince años más tarde.

En el caso de Chile, ha habido un desarrollo jurisprudencial muy importante y muy interesante, que en buena parte inspiró a la Suprema Corte de México en el tema de las desapariciones forzadas. En el año de 1999, mientras Pinochet se encontraba en detención en Londres, la Suprema Corte de Chile decidió que tratándose de desapariciones forzadas

de personas y mientras no aparecieran los restos de los desaparecidos, la amnistía dictada por el gobierno de Pinochet en 1978, era inaplicable. Se abrió la puerta a los jueces para seguir investigando. Paralelamente, el gobierno del Presidente Patricio Aylwin estableció una Comisión de la Verdad para investigar violaciones graves como desapariciones y ejecuciones, y recientemente el gobierno de Ricardo Lagos creó una nueva comisión para investigar las torturas cometidas por los agentes de la dictadura. Además, ha habido designación de jueces especiales, con dedicación exclusiva para investigar estas violaciones a los derechos humanos. También se han dispuesto recursos policiales, dedicados exclusivamente a la investigación de estos casos. Actualmente, hay más de cuatrocientas causas abiertas de violaciones a los derechos humanos en plena investigación. Por último, cabe subrayar que también ha habido reparaciones en favor de las víctimas y sus familiares.

En el caso del Perú, en el año 2001, cuando colapsa el gobierno de Fujimori, la Corte Suprema anula, en cumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Barrios Altos*, una ley de amnistía dictada por Fujimori en 1995, lo cual abre también las puertas a las investigaciones judiciales que hoy día están en curso. La Corte Constitucional peruana declaró, asimismo, la nulidad de la ley antiterrorista que fue utilizada como instrumento represivo por el gobierno de Fujimori. Más tarde se creó una Comisión de la Verdad, que hizo una rigurosa investigación sobre violaciones a derechos humanos cometidas durante varios gobiernos en los últimos veinte años.

En el caso de México, el 2001 el Presidente Vicente Fox designó un fiscal especial encargado de investigar hechos violentos, específicamente masacres ocurridas entre 1968 y 1971, y casos de desapariciones forzadas. El mayor logro de la fiscalía, hasta ahora, ha sido obtener una decisión muy importante de la Suprema Corte que establece que para desapariciones forzadas de personas no opera la prescripción. Eso permite que hoy día se pueda investigar casos de desapariciones, sin importar si ha operado la prescripción del delito.

En cuanto a Colombia, la experiencia ha sido realmente decepcionante. Lo más grave es lo que está ocurriendo actualmente con un proceso de desmovilización de paramilitares, a los que se les están ofreciendo términos para entregar las armas, que no es consistente con los estándares internacionales, actualmente vigentes en materia de derechos humanos.

Es una situación de extraordinaria gravedad. De no producirse una revisión de la legislación que impulsa el Presidente Alvaro Uribe, el paramilitarismo colombiano terminará fortaleciéndose y reciclando sus recursos y, al mismo tiempo, consolidando su poder político en Colombia. La propuesta del gobierno del Presidente Uribe es de impunidad disfrazada.

En un proceso de negociación política, cuando se negocia con un grupo irregular armado es obvio que la pena o el castigo por las violaciones a derechos humanos es precisamente uno de los puntos clave de negociación, donde podrían reducirse penas en función de una genuina desmovilización. Una sociedad enfrentada a un conflicto armado brutal, como la colombiana, puede ser muy generosa cuando se trata de reducir penas, pero esa generosidad no puede confundirse con impunidad y, además, debe tener como contrapartida la confesión plena y de buena fe de los abusos cometidos; cooperación judicial; entrega de bienes; desarme efectivo; desmantelamiento de las mafias del narcotráfico estrechamente vinculados e estos grupos paramilitares, entre otros. Ninguna de estas condiciones ha sido tomada en cuenta por el gobierno del Presidente Uribe, y lo que se está ofreciendo es prácticamente un cheque en blanco a estas organizaciones criminales.

Quisiera detenerme ahora en el tema de administración de justicia. Este tema es fundamental, y yo creo que el de mayor relevancia hoy día en toda la región. Si se revisa, por ejemplo, la situación de derechos humanos en México, Brasil, Argentina, Perú, Chile, Bolivia y Centroamérica, creo que hay un denominador común y es una crisis profunda en el sistema de administración de justicia. Se trata de un sistema que no responde a las expectativas mínimas de la población, no hay un verdadero acceso a la justicia por parte de los más vulnerables, los más débiles, los que necesitan protección. La justicia sigue siendo lenta, corrupta, sujeta a la intimidación y a las presiones. Realmente es una de las áreas donde no ha habido hasta ahora esfuerzos serios para modernizar el Estado y actualizarlo en función de las necesidades que se requieren. Peor aún, esta situación se agrava, se acentúa con la crisis que existe en toda la región en materia de seguridad ciudadana. La criminalidad, especialmente el crimen organizado, es una amenaza real, que enfrentamos todos, desde México hasta Tierra del Fuego. En este sentido, la crisis en materia de seguridad ciudadana debe ser entendida como un tema de derechos humanos.

La clase política, sin embargo, opta muchas veces por soluciones fáciles: mano dura contra la delincuencia y estigmatización de las agrupaciones de derechos humanos por “defender a delincuentes”, perdiéndose la oportunidad de hacer un esfuerzo serio por invertir en materia de seguridad. En la práctica se revisan los códigos y muchas veces se aumentan las penas o se hace más difícil la excarcelación o la libertad bajo fianza, pero se ignora la necesidad de profesionalizar a los cuerpos de seguridad para asegurar que por lo menos exista un esfuerzo serio por erradicar la corrupción, el abuso de poder, la brutalidad policial y el uso de la tortura por parte de agentes, que por no contar con mecanismos mínimos de fiscalización de su conducta, terminan violando los derechos fundamentales con total impunidad.

Este es el gran desafío que existe para la causa de los derechos humanos. Avanzar en la elaboración de fórmulas que permitan compatibilizar esfuerzos para incrementar la seguridad ciudadana pero al mismo tiempo, asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales. Atender los problemas de seguridad ciudadana no significa utilizar fuerza bruta ni violencia. No puede significar el abuso de los derechos de los más débiles, de aquellos que están en prisión, o que no cuentan con protección de sus derechos fundamentales. Hay que entender que estos dos valores jurídicos: seguridad ciudadana y respeto por los derechos fundamentales, son perfectamente complementarios y deben desarrollarse en ese sentido. Si se elaboran reformas procesales penales para modernizar los códigos, e incorporar principios como el de presunción de inocencia, también hay que hacer esfuerzos por profesionalizar a la policía, capacitarla y asignarle los recursos requeridos para investigar delitos con eficacia sin recurrir a la brutalidad para arrancar confesiones, situación que desgraciadamente continua. Tanto en México, Brasil como Argentina, la prueba reina sigue siendo la confesión frecuentemente arrancada en violación a los derechos fundamentales, lo cual, además de ilegal, es muy ineficaz si se busca desarticular o combatir el crimen organizado.

Cabe subrayar que, por ejemplo, Argentina ha intentado abordar este problema desde 1992, cuando se dio la primera importante reforma al Código Federal de Procedimientos Penales con el objetivo de impedir el uso de la tortura. El nuevo Código prohibió a la policía tomar cualquier tipo, en cualquier circunstancia, de declaraciones a los detenidos. No se admite la declaración brindada a la policía y al mismo tiempo, se limitan

las circunstancias en que la policía, sin orden judicial, puede detener a un sospechoso. A partir de 1998, se inicia la transición de un proceso inquisitorial a un proceso acusatorio oral, con presunción de inocencia, prohibición de tortura y, al mismo tiempo, limita la incomunicación en la detención.

En el caso de Chile, en 1998, finalmente se deroga una disposición que les permitía a las fuerzas policiales, a los carabineros, la detención por sospecha. Era una detención que descansaba en la discrecionalidad del policía que tenía la facultad de detener a una persona simplemente por su apariencia. Esto, evidentemente constituía una fuente de arbitrariedades enorme que felizmente fue derogada.

Todos estos esfuerzos son el resultado de la progresiva incorporación en el derecho interno de los estándares internacionales de derechos humanos. En el Perú se tipifica la tortura en 1998 y se le califica como un crimen de *lesa humanidad*. La Corte Constitucional deroga en 2003 la Ley antiterrorista dictada por Fujimori. En México, en marzo de 2004, el Presidente Fox envía al Congreso un proyecto de ley que constituye una gran reforma al sistema de administración de justicia, que consigue compatibilizar las necesidades de perfeccionar la seguridad ciudadana—demanda genuina y legítima— con el respeto por los derechos fundamentales. Esta reforma no sólo incorpora el Principio de presunción de inocencia, sino que taxativamente establece que, a partir de la aprobación de ese proyecto, las declaraciones del detenido son sólo válidas en la medida en que sean presentadas ante un juez y en la presencia de un abogado; no valen más las declaraciones ante las procuradurías o ante la policía. Es ésta la única manera realmente eficaz de ir erradicando gradualmente los abusos y, específicamente, la tortura. El proyecto sigue en manos del Congreso, ha cumplido un año y ojalá pueda concretarse antes del término del sexenio del Presidente Fox. Es muy probable que dadas las polarizaciones del debate político, estas reformas queden postergadas a un segundo plano. Sin embargo, el proyecto tiene un problema y es que, desgraciadamente, no incorpora al crimen organizado, por lo cual esas investigaciones siguen operando de acuerdo al viejo sistema. Esto es una enorme inconsistencia porque si se busca consagrar Principios como el de presunción de inocencia y universalizar los derechos fundamentales, estos deben estar garantizados para todo tipo de delitos.

No puede México caer en la tentación en la que se encuentra actualmente Estados Unidos. La administración Bush se ha caracterizado por su inconsistencia en esta materia, con una política y práctica incoherentes y arrogantes frente a sus obligaciones jurídicas en materia de derechos fundamentales. Para esa administración, estos se respetan, salvo que se investigue casos sobre terrorismo; EE.UU en este campo no está respetando derechos fundamentales, no hay presunción de inocencia, los detenidos no cuenta con los derechos procesales similares al resto. Guantánamo es un ejemplo de eso. La Ley llamada “patriótica”, que se dictó después del 11 de septiembre, refleja ese doble estándar.

Lo óptimo sería que en México el Ejecutivo incorpore los ajustes que se requieran ampliando estas reformas al crimen organizado y no se excluya ningún tipo de delito o asociación ilícita, como ocurre hasta ahora con el proyecto. En el caso de Brasil, se federaliza el crimen de tortura en 1997, luego de ratificar la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura. Esto es muy importante, pues tanto en Brasil como en México – que tienen estructuras constitucionales de carácter federal– el gobierno federal, la policía federal y la justicia federal cuentan con las herramientas necesarias para que en determinadas circunstancias, ciertos delitos (desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales o torturas) puedan ser investigados por esas autoridades. Un buen ejemplo que demuestra el fracaso de las autoridades locales en la investigación de graves crímenes es la situación de Ciudad Juárez sobre decenas de asesinatos a mujeres. Aquí el gobierno federal finalmente se tuvo que involucrar y adoptar ciertas medidas para poder esclarecer estos hechos que, por cierto, todavía están sujetos a investigación. En este punto merece la pena destacar lo que ha hecho Brasil o lo que está considerando Argentina, que es aprobar una legislación que autorice a la justicia federal a investigar ciertos delitos que se consideren de una extraordinaria gravedad, donde las autoridades locales no garantizan imparcialidad.

Ahora deseo ahondar en lo que yo llamaría los esfuerzos por profundizar la vigencia de la democracia y el desarrollo de la ciudadanía en la región. Todavía nos hace falta mucho por recorrer en materia de libertad de expresión, pues desgraciadamente existe la noción de que quien está en el poder, ya sea en el Judicial, el Militar, el Ejecutivo o un Parlamentario, merece una protección al honor, mayor que el ciudadano común. Creo que esto parte de la tradición monárquica española, que se

refleja en todos nuestros códigos, donde aquél que se encuentra en una posición de poder no es visto como un servidor público, una autoridad pasajera que está y debe estar sujeta a un escrutinio público y a un esfuerzo de rendición de cuentas a la ciudadanía. Esto se refleja muy claramente en nuestros códigos en materia de desacato. En todos los códigos penales de América Latina, el desacato (salvo en Argentina que lo derogó en 1993) le otorga a personas que están en posiciones de autoridad, extra protección a su reputación, además de las figuras de la calumnia e injuria. Esa es una grave limitante, no sólo a la libertad de expresión, sino también a los esfuerzos por ir profundizando el ejercicio de la ciudadanía y por hacer entender al poder, que debe estar sujeto a unos niveles de transparencia y escrutinio importantes. En Chile ha costado mucho esfuerzo persuadir al gobierno acerca de la necesidad de avanzar en esta materia, tanto parlamentarios de izquierda como de derecha todavía siguen aferrados a este tipo de fueros o privilegios y en la medida en que estas normas no sean objeto de una revisión profunda, no vamos a lograr avanzar en la profundización de la democracia.

Unido a lo anterior, está la otra cara de la moneda, me refiero a la necesidad de que los ciudadanos reclamen acceso a información de “interés público”. La norma general en América Latina es el secreto, la excepción es la transparencia. La norma es la confidencialidad, lo tradicional es que se entienda que los ciudadanos no tenemos derecho a conocer de ciertas materias. No estamos hablando de temas que pueden afectar la seguridad nacional, sino de cualquier tema político en que los ciudadanos se encuentran normalmente marginados; si se quiere lograr acceso a esa información muchas veces hay que recurrir a los tribunales y los resultados son normalmente negativos. México ha promulgado una legislación en materia de acceso a la información que, dependiendo de su implementación, podría ser modelo para el resto del Continente.

Finalmente, quiero referirme a un tema de género donde también se han ido produciendo avances en la región, tanto en materia legislativa como en la práctica. Me refiero a la violencia doméstica. En este ámbito, la legislación se ha ido ajustando y modificando para mejorar la protección de los derechos de las mujeres, pero aún así hay enormes deficiencias. Normalmente, los abusos físicos, psicológicos o sexuales que la mujer sufre por parte de su pareja en nuestros códigos no es un tema tratado como de carácter penal, sino como un problema familiar y corresponde a lo que se

llama “derecho de familia”. Hay códigos que exigen que la mujer exhiba lesiones físicas por más de 10 o 30 días, para poder lograr algún nivel de protección. Esto es un absurdo. No me refiero a las prácticas, porque lo primero es ajustar la legislación y luego asegurar que la legislación se cumpla. Aquí, la legislación, a mi juicio, está muy por debajo de los estándares internacionales, específicamente los que consagra la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de la ONU, que ha sido ratificada por todos los Estados de la región, excepto Estado Unidos.

Hay otro aspecto que tiene que ver con la decisión que puede tomar la mujer de optar por la infertilidad voluntaria. A partir de 1975, y hasta fechas muy recientes, en el caso de Chile, por ejemplo, una mujer que quisiera médicamente optar por la infertilidad mediante la ligadura de las trompas, debía demostrar que tenía por lo menos 4 hijos y además, el consentimiento del marido. Felizmente, esas normas ya se han derogado, pero en muchos de nuestros países subsiste la obligación de contar con el consentimiento del marido. Y a pesar de que se han derogado las normas, los médicos y los hospitales, muchas veces con la tolerancia o aquiescencia de las autoridades públicas, presumen que la mujer que quiere elegir este procedimiento médico, debe contar con el consentimiento o autorización del marido, como si fuera una menor, sin autonomía respecto de su propio cuerpo.

Como hemos podido constatar, los derechos humanos no sólo se violan cuando gobiernan juntas militares. Incluso, en una sociedad democrática se violan estos derechos fundamentales, tal vez no como parte de una política de Estado, pero sí por la ausencia de instituciones sólidas que protejan a los más vulnerables. Los indígenas, los negros, las minorías, aquellos que están sujetos a la sospecha, al estigma y que no cuentan con recursos o que no cuentan con la protección de un partido político o una iglesia, son los que están más expuestos. Ellos son los que más sufren. Hacia ellos debemos dirigir nuestra atención, ajustar la legislación y vigilar las prácticas porque, de otro modo, es muy difícil generar credibilidad en un sistema democrático que en muchos de nuestros países está en crisis, precisamente porque la clase dirigente no ha sido capaz de satisfacer las expectativas que se han generado en las grandes mayorías.