

Thomas M. Franck^(*)

El derecho emergente a un gobierno democrático^(**)

«En 1991, la legitimidad no fluye del cañón de un arma, sino de la voluntad del pueblo».

James A. Baker III, Secretario de Estado de los Estados Unidos de América

«Sé lo que es la verdadera democracia, lo que vale la democracia».

Un teniente coronel soviético de treinta y siete años de edad, quien pronto se alineó con fuerzas antigolpistas^(***).

1. Introducción: el poder de la validez normativa democrática

Más de dos siglos han transcurrido desde que los suscriptores de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos buscaron manifestar dos propuestas radicales. La primera era que los gobiernos, instituidos para asegurar los «derechos inalienables» de sus ciudadanos, tienen como fuente «sus poderes con el consentimiento de los gobernados». Podríamos llamar a esto el «derecho democrático». La segunda propuesta, quizás menos comentada por los comentaristas, es que una nación gana «un sitio independiente e de igualdad» en la comunidad de Estados demostrando un «respeto decente a las opiniones de la humanidad». Los autores de la Declaración aparentemente creyeron que la legitimidad de la nueva Confederación de los Estados Unidos

(*) Editor en Jefe. El autor desea expresar su cálido aprecio a muchos miembros del Consejo Editorial por sus útiles comentarios, así como a Paul Szasz, Robert Crouse, Gregory Fox, Dennis Sughrue, y a los miembros de mi seminario en el Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de Nueva York. Especiales agradecimientos son debidos al Fondo de Investigación Filomen D'Agostino y Max E. Greenberg de la Facultad de Derecho de la Universidad de New York.

(**) El presente artículo fue publicado originalmente bajo el título *The Emerging Right to Democratic Governance*. En: *The American Journal of International Law (AJIL)*. Volumen 86. Número 1 (enero de 1992). pp. 46-91. La traducción estuvo a cargo de Ericka Cobeña Vásquez, Sergio Cueva Chauca y Francisco Baldeón Vellon, miembros de la Asociación Civil **ius et veritas**, bajo la revisión de Elizabeth Salmón Gárate, Profesora Principal de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y Piero Vásquez Agüero, Adjunto de Docencia de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Investigador del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), a quienes la Asociación Civil **ius et veritas** agradece vivamente.

(***) *New York Times*. 22 de agosto de 1992. A15, columna 6; y, *Ibid.*; 21 de agosto de 1991. A9, columna 1.

no era evidenciada exclusivamente mediante la transferencia del poder de Gran Bretaña, sino que también necesitaba ser reconocida por la «humanidad». Esto puede ser percibido como una visión profética del poder legitimante de la comunidad de naciones.

Por doscientos años, estas dos nociones han permanecido como una visión radical. El propósito de este ensayo es demostrar que la visión radical, si bien no es aún totalmente palabra convertida en ley, está rápidamente convirtiéndose, en nuestro tiempo, en una regla normativa del sistema internacional. En este proceso, las dos nociones se han fusionado. Los gobiernos reconocen cada vez más el hecho de que su legitimidad depende de encontrar una expectativa normativa de la comunidad de Estados. Este reconocimiento ha conducido al surgimiento de una expectativa comunitaria: que aquellos que buscan la validación de su empoderamiento evidentemente gobiernan con el consentimiento de los gobernados. La democracia, entonces, va camino a ser un derecho global, uno que será promovido y protegido por los procesos internacionales colectivos.

2. La validación del gobierno

Dos eventos recientes refuerzan esta tendencia. El fracaso del golpe de Estado de agosto en la Unión Soviética, un evento de inestimable importancia humana, política e histórica, demuestra –para aquellos sensibles a las tendencias– que la democracia está comenzando a ser vista como un requisito *sine qua non* para la validación del gobierno. Mientras el presidente Boris Yeltsin de la República Rusa y muchos ciudadanos soviéticos merecen crédito primario por este triunfo, este también produjo un considerable ímpetu del nuevo clima global, como se evidenció en el vigor con el cual los líderes de otras democracias a lo largo del mundo se alinearon contra los líderes golpistas. Igualmente significativa es la reacción de los gobiernos en la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante «la Asamblea General») ante el derrocamiento, en septiembre de 1991, del Presidente de Haití, Jean-Bertrand Aristide, mediante un golpe militar. En octubre de 1991,

la Asamblea, unánimemente, aprobó una innovadora resolución demandando el regreso de Aristide al cargo, la total aplicación de la Constitución haitiana y la completa observancia de los derechos humanos en Haití⁽¹⁾. La OEA, una semana antes, había recomendado por unanimidad que sus Estados miembros tomen «acción para imponer el aislamiento diplomático en aquellos que mantienen el poder ilegalmente en Haití» y «suspender sus lazos económicos, financieros y comerciales» con el país hasta que el régimen constitucional sea restaurado⁽²⁾.

Tanto en el caso soviético como haitiano, los líderes de los Estados que constituían la comunidad internacional afirmaron tajantemente que «sólo» la democracia valida el gobierno. Esta dramática afirmación obtiene más fuerza si, como en el caso haitiano, es transpuesta desde la filosofía política, donde es mera prescripción moral, al Derecho, donde un novedoso y reconocido «derecho democrático» fue usado tanto en la OEA como en la Asamblea General para imponer obligaciones legales nuevas e importantes a los Estados. La resolución de la OEA, de una sola vez, afirmó que «la solidaridad de los Estados americanos y los altos objetivos que a través de ella son buscados requiere la organización política de aquellos Estados sobre la base de un ejercicio efectivo de la democracia representativa»⁽³⁾. Innegablemente, un nuevo derecho legal viene siendo creado, basado en parte en la costumbre y en parte en la interpretación colectiva de los tratados.

Este novedoso «derecho» emergente -que requiere a la democracia para validar el gobierno- no es meramente el Derecho de un Estado particular, que, como los Estados

(1) Documento de la ONU. A/46/L.8/Rev.1, 1991

(2) Apoyo al Gobierno Democrático de Haití, OEA/Ser.F/V.1/MRE/RES.1/91, corr.1, párrafos. 5 y 6, 1991.

(3) *Ibid.*; Preámbulo.

Thomas M. Franck

Unidos bajo su Constitución, ha impuesto tal prerrequisito en el gobierno nacional. Está también llegando a ser un requerimiento del Derecho internacional, aplicable a todos e implementado a través de estándares globales, con la ayuda de organizaciones regionales e internacionales.

La transformación del derecho a la democracia de imperativo moral a obligación internacional ha sido gradual. Sin embargo, en la última década, la tendencia se ha acelerado. Más importante aún es que el respaldo legal internacional para este derecho es exigido por los propios gobiernos. Este es un cambio cósmico, pero no misterioso. Para las naciones que han pasado por trágicos hundimientos de «la democracia popular» o por la rotunda dictadura, la legitimación del poder es un paso básico, pero elusivo, en dirección a la reforma. En los últimos momentos de 1991, hubieron más de ciento diez gobiernos, casi todos con representación en las Naciones Unidas, que estaban ya legalmente comprometidos a permitir abiertas, elecciones multipartidarias y secretas con sufragio universal. Algunos más se unieron a la tendencia en los últimos cinco años⁽⁴⁾. Mientras unas pocas son democracias más en la forma que en el fondo, la mayoría es, o se encamina a ser, verdaderamente abierta a una la posibilidad de una elección política significativa. Muchos de los nuevos regímenes quieren

-en efecto, necesitan- ser validados y para esto ser vistos como cumplidores los estándares globales para llevar a cabo elecciones libres y justas.

Los mismos gobiernos ahora reconocen que un gobierno no puede gobernar basándose únicamente en el uso de la fuerza. Para ser efectivo, siguiendo la línea de Austin⁽⁵⁾, la ley necesita secundar a la habitualidad, voluntariamente completar sus necesidades, no puede descansar única ni mayoritariamente en el poder para coaccionar de un soberano como forma de exigir obediencia. Consecuentemente, los gobiernos que ya no están más cegados por el miasma del totalitarismo, buscan validarse de tal forma que se proteja la aquiescencia de la voluntad popular en el proceso de sus gobiernos. Consentir beneficios tanto para el gobierno como para los gobernados: la evidente verdad sociológica al fin se está convirtiendo en un axioma político. Por lo menos desde la mitad del siglo diecinueve, esta forma de validación se ha incrementado siendo implementada por

- (4) Esta enumeración fue compilada mediante la referencia a los reportes en el *New York Times* y el *Country Reports on Human Rights Practices for 1990*, infra., nota 10, entregado por el Departamento de Estado a las Comisiones del Congreso encargadas. Los Estados que actualmente tienen disposiciones legales para determinar sus gobiernos recurriendo a elecciones multipartidarias y con voto secreto son: Albania, Alemania, Angola, Antigua y Barbuda, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Belice, Benín, Bielorrusia, Bolivia, Botsuana, Brasil, Bulgaria, Canadá, Cabo Verde, Chile, Colombia, Comoros, Congo, Costa Rica, Costa de Marfil, Chipre, Checoslovaquia, Dinamarca, Dominica, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, España, Estados Federados de Micronesia, Estonia, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Grecia, Granada, Guatemala, Guyana, Hungría, Honduras, Islandia, India, Irlanda, Israel, Islas Cook, Islas Salomón, Italia, Jamaica, Japón, Kiribati, Letonia, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Malí, Malta, Islas Marshall, Mauricio, México, Mongolia, Marruecos, Mozambique, Namibia, Nauru, Nepal, Holanda, Nueva Zelanda, Nicaragua, Níger, Noruega, Pakistán, Panamá, Papúa Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Filipinas, Polonia, Portugal, República de Corea, Rumania, Samoa, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Singapur, San Cristóbal y Nieves, Sri Lanka, Santa Lucía, San Vicente, Suecia, Suiza, Tonga, Trinidad, Túnez, Turquía, Ucrania, Reino Unido, Unión Soviética, Uruguay, Vanuatu, Venezuela, Zambia, y Zimbabue. Varios otros Estados, como Nigeria y Etiopía, están comprometidos con elecciones libres y multipartidarias, pero aún no cuentan con el debido sustento constitucional o legal. También debe tomar se cuenta que hay situaciones límite, como el caso de Marruecos (incluido) y Jordania (no incluido), en los que las elecciones no son decisivas necesariamente, dependiendo de varios factores, incluyendo la disposición de un monarca con poderes residuales sustanciales. En la mayoría de los casos, sin embargo, la decisión de incluir o excluir a un país no está seriamente en duda – si bien debe recordarse que la prueba para la inclusión es si el sistema legal establece elecciones libres y secretas. Si es que estas son llevadas a cabo con justicia no es tomado en cuenta en esta para los efectos de este enlistado.
- (5) Austin definió el derecho como el mandato obligatorio por parte de un soberano a su discípulo. AUSTIN, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. 201 (Ediciones de Berlin, S.Hampshire & R.Wollheim, 1954), 1832.

los gobiernos en las naciones industrializadas del oeste. Esta es una tradición que se ha ganado con trabajo arduo y que actualmente es emulada por el resto del mundo.

Sin embargo, desde los inicios del siglo veinte también ha habido una tendencia opuesta. La noción de la democracia como validación de los gobiernos ha sido desafiada por las nociones de la «dictadura del proletariado» y más recientemente por la teoría de la «modernización».

La doctrina de la dictadura del proletariado argumenta, con una consistencia considerable, que gobernar, sobretodo en una sociedad industrializada, no debe ser un arte sino una ciencia. Postulan, al menos en teoría, una dictadura de economistas, administradores, sociólogos y políticos estudiosos y doctrinariamente entrenados capaces de implementar las políticas correctas. Las complejidades de gobernar son muy grandes para dejarlas en manos de amateurs elegidos por pasiones populares⁽⁶⁾.

La teoría contemporánea de la modernización, que se originó en las dictaduras fascistas europeas de los década de 1930, encontró un nuevo respiro en los líderes de la Latinoamérica poscolonial, África y Asia, como algunos países orientales amigos del Tercer Mundo⁽⁷⁾. En el Tercer Mundo se argumenta que la tarea de construcción de los nacientes Estados modernos -combinando las dispersas tribus y clanes para crear nuevas economías de escala- debía prevenir la suspensión de la importación de los valores de la democracia burguesa, valores que no significan nada en sociedades rurales, comunales y jerarquizadas. El modelo no era el de un pomposo Mussolini haciendo que el tren italiano anduviera puntualmente, sino era un Oliver Cromwell despidiendo el Parlamento y organizando Gran Bretaña. En pocos países -Singapur, Corea del Sur y Taiwán- el modelo pareció funcionar por un tiempo, en el

sentido de que se lograron muchos progresos en el área social y económica. Sin embargo, en muchas instancias la promesa implícita no se mantuvo.

Desde mediados de la década de 1980, tanto la dictadura del proletariado como la teoría de la modernización colapsaron por el peso de sus evidentes fallas. A través de la Europa socialista del Este y en la mayoría de dictaduras de África y Asia, los pueblos rechazaron ambas teorías junto con la defensa del gobierno, iniciándose esto con la revolución popular televisada contra Ferdinand Marcos en Filipinas. En vez de esto, los pueblos casi en todos lados exigían que sus gobiernos se validaran parlamentariamente al estilo multipartidario occidental en un proceso democrático. Sólo un pequeño grupo de regímenes, en su mayoría militares o teocráticos, se resistían a la tendencia. Algunos pocos otros señalan que la democracia parlamentaria era una ilusión occidental y una trampa neocolonial para las incautas personas del Tercer Mundo.

Este triunfo casi completo de las nociones democráticas de Hume, Locke, Jefferson y Madison -en Latinoamérica, África, Europa del este y en, menor medida, Asia- demuestra ser el evento más importante del siglo veinte y, con toda probabilidad, el fulcro sobre el cual el futuro desarrollo de la sociedad global se apoyará. Esta es una proposición irrefutable para aquellos que señalaron que una democracia electoral, parlamentaria, libre,

(6) Ver, por ejemplo, *Theses on the Role of the Communist Party in the Proletarian Revolution Adopted by the Second Congress in 1. The Communist International: 1919-1943. Documents 127* (J. Degras, edición.1971)

En 1927, Trotsky dio esta respuesta ante la sugerencia de que una dictadura del Partido Comunista y la dictadura del proletariado no eran idénticas:

«Hoy recibimos propuestas de paz por parte del Gobierno de Polonia. ¿Quién decide este asunto? Tenemos el Consejo de los Comisarios del Pueblo, pero este también debe ser sujeto a cierto control. ¿El control de quién? Ese de la clase trabajadora, como una masa caótica y sin forma? No. Por eso acudimos al Comité Central del Partido para discutir la propuesta y decidir la respuesta (...). Ocurre de igual modo para la pregunta agraria, la pregunta alimentaria, y todas las demás preguntas».

Ibid.; En: pp.127-128.

(7) Cfr. APTER, D. *The Politics of Modernization*, 1965.

Thomas M. Franck

abierta y multipartidaria no era deseable fuera de un pequeño grupo de Estados occidentales industrializados.

El problema no es si la democracia ha acabado con otras proposiciones, sino si la sociedad global está lista para una era en la cual sólo la democracia y el Estado de Derecho sean capaces de validar un gobierno. Este puede ser un importante tema filosófico conocido por Platón⁽⁸⁾, pero también puede ser una pregunta empírica que puede ser, y esta siendo, fijada en términos jurídicos globales. ¿Estamos siendo testigos de la evolución del sistema internacional que define los requisitos básicos de un proceso democrático capaz de validar el ejercicio del poder? ¿Qué normas imperarán en un sistema como este? ¿Es la comunidad internacional capaz de desarrollar de manera consensual, institucional y formativa un esquema de monitoreo conforme con todos estos requisitos? ¿Está la comunidad internacional de naciones lista para manejar de forma apropiada las consecuencias que acarrearía no seguir estas nuevas normas?

3. La legitimidad y el sistema internacional de normas

Estas preguntas, a su vez, crean dos problemas en torno a la legitimidad, que se relacionan, pero que no deben ser confundidos: primero, la legitimidad de los gobiernos nacionales y, en segundo lugar, la legitimidad de las normas emergentes y procesos mediante los cuales los gobiernos nacionales son monitoreados y validados. Esta última cuestión reviste un interés de primer orden para el abogado internacionalista, pero su importancia se debe a su manifiesta relación con la primera cuestión. Estamos siendo testigos de un cambio en el Derecho Internacional, como resultado del cual tendremos que la legitimidad de cada gobierno será medida en por parámetros y procesos internacionales en su totalidad. Aún no hemos llegado a ese punto, pero comenzamos a ver vestigios de aquel mundo en el cual los ciudadanos de cada Estado se basan en el Derecho y la organización internacional para garantizar su derecho a la democracia. Para algunos Estados, este proceso únicamente se limitará a reafirmar derechos que sus propios

ordenamientos constitucionales internos protegen. Para otros, este proceso puede ser la realización de un preciado sueño.

Sin embargo, los ciudadanos no serán los únicos beneficiados. Hemos observado que el motor del derecho a la democracia es el deseo de validación de los gobiernos. Sin este, la tarea de los gobernantes se vuelve difícil y llena de tensión. Los regímenes toman la validación popular como prueba de legitimidad. La legitimidad, a su vez, es cualidad de una norma, o de un sistema de normas, o de un proceso para interpretar estas normas, que poseen tanto los legisladores como los que harán efectivo el cumplimiento de estas.

Las democracias occidentales han logrado legitimarse en gran parte gracias a los procesos políticos, que en su mayoría se encuentran señalados en sus intrépidas Constituciones. Estas naciones tienen mucha suerte pues han logrado involucrar su propia legitimidad mediante un proceso por el cual las personas elige a aquellos a los que les encomienda el ejercicio del poder. Para lograr un sistema tan autóctono de validación (y así facilitar el gobierno), aquellos que tienen o buscan el poder político han hecho un pacto previo equiparable al pacto social de John Locke⁽⁹⁾; ellos han entregado control sobre los procesos de validación nacionales a comisionados electorales, jueces, prensa y sobretodo a la actuación de los ciudadanos al momento de sufragar. Esta colectividad decide si los estándares del derecho a la democracia se han cumplido por aquellos que claman su derecho a gobernar. A su vez, esta legitimidad proveniente de la colectividad hace a los gobiernos más poderosos.

(8) Los esfuerzos de Platón por definir hasta qué punto la validez de un gobernador era legitimada por su sabiduría, por un lado, y por su subordinación a las leyes, por el otro, son analizados en SABINE, G. A *History of Political Theory* (revisar edición 1953), pp.167-105

(9) Ver LOCKE, John. *Two Treatises of Government* (Edición de W. Carpenter, 1955), 1960, pp.119-120, 164-166.

Desgraciadamente, en otras naciones, tal negociación no se ha dado. Aquellos que detentan el poder no pueden demostrar que hayan cumplido todos los requisitos de la titularidad democrática, así la hayan reconocido. Por ejemplo, Senegal es un Estado multipartidario con sufragio secreto y universal, pero los resultados de las elecciones de 1988 fueron tachados como fraudulentos, tanto por la oposición como por otras instituciones sociales. Subsecuentemente, los otros grupos boicotearon las elecciones locales de 1990 y rehusaron aceptar la legitimidad del Gobierno⁽¹⁰⁾. Una tendencia en aumento es que los gobiernos cuya legitimidad es cuestionada están buscando en el sistema internacional aquella validación que su *polis* aun no está en capacidad de brindarle. Se hace esto para evitar la oposición -desafío persistente a la autoridad por golpes, contragolpes, inestabilidad y paros- y para lograr que se gobierne con la mínima aquiescencia social. Lo que estos Estados buscan es la legitimación proveniente del monitoreo en base a estándares y procesos internacionales.

Sin embargo, la capacidad de la comunidad internacional para legitimar los gobiernos nacionales no sólo depende de su capacidad de monitoreo de elección o de reconocer las credenciales de los delegados de un gobierno ante la Asamblea General, sino se legitima en la medida de que una actividad internacional ha evolucionado de *ad hoc* a normativa: este es el momento en el cual el proceso de legitimación se legitima a sí mismo.

En cualquier sistema normativo, ya sea nacional o internacional, la legitimidad tiene sus propias modalidades. Es en última instancia cuando se debe recurrir a la perspectiva creativa de un abogado especializado en Derecho Internacional. ¿Acaso los requisitos internacionales para la validación de un gobierno democrático incluyen, o han evolucionado en, reglas y procedimientos que se perciben como legitimados por los destinatarios? En el contexto internacional⁽¹¹⁾, la legitimidad se consigue si los destinatarios de las normas, o las instituciones creadoras de estas normas, operan de acuerdo con los principios generales de un debido proceso⁽¹²⁾.

Empíricamente, la legitimidad puede ser demostrada por la observancia de las normas, las decisiones de los que las hacen y las instituciones encargadas aplicarlas. Algunas son obedecidas habitualmente sin la necesidad de recurrir a la fuerza policial, otras son totalmente ignoradas. Las diferentes normas tienen diferentes niveles de cumplimiento en medida a su misma legitimidad. Sin embargo, el nivel de cumplimiento de una norma no puede ser únicamente medida en base a su aquiescencia actual. Una medición más precisa incluiría el grado en que alguien que ha vulnerado una norma incluso cuando la haya violado: por ejemplo, mintiendo o encubriendo la violación o las circunstancias en que dicha violación ocurrió.

Es difícil estructurar una investigación deductiva pura sobre la legitimidad de las normas mediante la medición en gran escala el grado de cumplimiento. Un razonamiento inductivo / deductivo sobre la naturaleza de la legitimidad es más factible. Se debe postular cuatro indicadores de legitimidad: pedigrí, determinación, coherencia y adhesión⁽¹³⁾. El contenido de estos indicadores será explicado en las siguientes secciones del ensayo. Para una visión general bastará con señalar lo siguiente: «pedigrí» refiere a las raíces de estas normas en el proceso histórico, «determinación» tiene que ver a la habilidad de las normas para comunicar un contenido, «coherencia» es la consistencia interna de las normas y la conexión lateral a los principios subyacentes de otras normas y «adherencia» se refiere a la conexión vertical con una jerarquía normativa que culmina en un reconocimiento de la norma que encarna

(10) Departamento de Estado de los Estados Unidos. 102do Congreso, 1ra. Sesión. *Reportes sobre las prácticas en Derechos Humanos para 1990*. Reporte entregado al Comité de Relaciones Exteriores, el Senado y el Comité de Asuntos Externos y la Casa de Representantes, pp. 322-23 (Comm. Print 1991).

(11) La legitimación, como en toda otra materia, es una cuestión de grados. Algunas reglas e instituciones gozan de mayor legitimidad que otras.

(12) FRANCK, Thomas. *The Power of Legitimacy Among Nations* 19, 1990.

(13) *Ibid.*; en pp. 50-194.

Thomas M. Franck

los valores y propósitos de la comunidad de Estados. En este punto nos podemos aventurar a proponer una hipótesis: el grado en que una norma, o un proceso en el que se crea una norma, tiene estas cuatro cualidades determina el grado en que la norma o el proceso han madurado y se perciben como legitimados.

Estos indicadores brindan un mapa conceptual con el cual nos acercamos a las preguntas previamente planteadas. Ellos plantean un camino interesante con algunos datos estimados en un sistema global de reglas y procesos en evolución capaces de validar los gobiernos nacionales. Estos estimados, a su vez, nos ayudarán a entender y reaccionar de manera adecuada a los opositores: tendencias reincidentes y disidentes totalitarias.

En la búsqueda de evaluar si un orden democrático internacional esta emergiendo, la información deberá ser ordenada en relación a tres generaciones de creación e implementación de normas. La más antigua y más desarrollada es el subconjunto de las normas democráticas que surgieron bajo la idea de la «autodeterminación». El segundo subconjunto -libertad de expresión- se desarrolló como parte del crecimiento exponencial de los Derechos Humanos desde mediados de la década de 1950 y se centró en el mantenimiento de un lugar de expresión de ideas libres. El tercer y más nuevo subconjunto busca establecer, definir, monitorear el derecho a elecciones libres y abiertas.

Estos tres subconjuntos son superpuestos por algunos en forma cronológica o normativa. Colectivamente, no todos penetran cada espacio de cada teoría democrática. Por ejemplo, los subconjuntos no se dirigen normativamente al problemático tema del derecho a la secesión y sin embargo, es un tema relevante, pues tiene que ver con un derecho democrático relacionado a la voluntad de las minorías de seccionarse. De todas formas, estos tres supuestos están construyendo columnas, se están reforzando mutuamente y están tomando la forma de un edificio coherente. Más aún, los subconjuntos regionales están agregando contrafuertes, cornisas y dinteles a la nueva estructura que se ajustan y enriquecen la arquitectura global emergente. Algunos ejemplos serán incluidos en el inventario.

(14) *Ibid.*; p.91.

(15) REISMAN, *International Lawmaking: A process of Communication*. En: *American Society of International Law*. Número 75 , proc. 101,110, 1981.

4. Pedigrí: el caso de la autodeterminación.

La autodeterminación es el origen histórico del cual el derecho a la democracia ha surgido. Su profundo origen continúa dando importantes elementos de legitimidad en materia de autodeterminación, de libertad de expresión y de derecho electoral.

La validación simbólica y el pedigrí dan a la legitimidad una validación cultural y antropológica⁽¹⁴⁾. La capacidad del derecho a la democracia de lograr aquiescencia voluntaria depende, en parte, de la fuerza de lo que W. Michael Reisman llamaría «la señal de autoridad»⁽¹⁵⁾. Específicamente, la legitimidad de una norma se refleja en su durabilidad, como en su consistencia, su aprendizaje y su aplicación en la práctica.

Como la autodeterminación es el aspecto más antiguo del derecho a la democracia, su origen es el mejor establecido. La autodeterminación postula el derecho de las personas a organizarse en un territorio determinado para determinar su propio destino político, para esto el derecho a la democracia. Simbólicamente, está manifestada en una tradición de gran arraigo de observadores en organizaciones internacionales y regionales en colonias y territorios en fideicomiso. Las primeras misiones de observadores desarrollaron procedimientos operacionales. Ellos enviaban reportes a su organismo internacional o comité patrocinador, que ayudaba a los organismos políticos de la comunidad y a los miembros individuales del gobierno a hacer deducciones sobre la legitimidad del proceso de descolonización. Gradualmente y con muchas variaciones, los métodos de las misiones observadoras se estandarizaron en un único proceso

para cualquier ejercicio de la autodeterminación. Luego, en este mismo ensayo, recapitularemos sobre estas reglas y procedimientos. Por lo pronto, nos concierne el pedigrí, el origen, el margen de tiempo en el cual aquellos procesos crecieron y maduraron.

La base de la inspiración del principio de autodeterminación es de una antigüedad que puede ser rastreada, en el Oeste, por lo menos al éxodo Hebreo de Egipto⁽¹⁶⁾, que se estima fue aproximadamente en el año 1000 a.c.⁽¹⁷⁾. Su título moderno de derecho universal comenzó cuando en la Conferencia de Paz de Versalles⁽¹⁸⁾ se trajeron a colación los problemas de la Europa nacionalista de finales de siglo diecinueve, el trabajo del Congreso de Viena que ignoró completamente las susceptibilidades étnicas al rehacer el mapa de la Europa post napoleónica. Al hacer un rediseño de Europa tras la primera guerra mundial, el presidente Woodrow Wilson buscó la autodeterminación de su propio modelo de mapa. Con este fin, que acrecentaba los temores del secretario de Estado Robert Lansing⁽¹⁹⁾, Wilson reforzó el equipo de negociantes de los Estados Unidos con un contingente inusual de historiadores, geógrafos y etnólogos⁽²⁰⁾, para luchar por la supremacía de la norma sobre el poder político y las consideraciones estratégicas o económicas. Consecuentemente, la delegación americana argumentó basada en una basta cantidad de información sobre demografía y evidencia de etnicidad en defensa de la libre determinación de «las personas»⁽²¹⁾.

Por lo tanto, la conferencia autorizó veintiséis consultorías con diferentes grupos europeos en busca de autodeterminación⁽²²⁾. El ducado danés de Schleswig, anexado a Prusia en 1864, pudo llegar a un acuerdo donde la frontera entre Alemania y Dinamarca deberá ser arreglada de conformidad con la voluntad de la población⁽²³⁾. Wilson, también hizo prevalecer la opinión que todas los grupos de la raza eslava, en lo que se convertiría en Checoslovaquia, «deberían estar liberados del poderío alemán y austriaco»⁽²⁴⁾ en total comunicación con los representantes eslavos⁽²⁵⁾. Wilson se resistió a los esfuerzos del Premier Clemenceau de Francia para establecer un Estado Renano con los alemanes desertores⁽²⁶⁾. Las proposiciones de Versalles también llevaron la autodeterminación a Polonia⁽²⁷⁾ como se ve en los acuerdos fronterizos de Alta Silesia y Checoslovaquia, como también de Fiume. Wilson a regañadientes llegó a reconocer que se deben tener en cuenta otros principios-estratégicos, económicos, logísticos- que «puedan hacer frente a los requerimientos de la autodeterminación»⁽²⁸⁾.

(16) Exodus 1:2

(17) El autor queda en deuda con Fr. Robert Crouse, Profesor de los Clásicos en la Universidad de Dalhousie y en *King's College*, por esta aproximación, cuidadosamente establecida con las advertencias correspondientes por tan riesgosa empresa.

(18) Véase HANNUN, H. *Autonomy, Sovereignty and Self-determination*, 1990, pp.21-30. El uso de la autodeterminación en Versalles y subsiguientemente también es discutido en mayor detalle en FRANCK, Thomas. *Legitimacy in the International System*, En: *American Journal of International Law* N.o 82, 705,1988, pp. 743-48.

(19) «La frase 'autodeterminación' simplemente está cargada con dinamita. Va a generar esperanzas que nunca se van a realizar» LANSING, Robert. *The Peace Negotiations, a Personal Narrative* 97, 1921. Véase BRILMAYER, *Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation*. En: *Yale Journal of International Law* N.o16, 177, 1991.

(20) 1. BAKER, R.S. *Woodrow Wilson and World Settlement*, 109, 1992.

(21) 1. WAMBAUGH, S. *Plebiscites since the World War* 13, 1993.

(22) 1. BAKER, R.S. supra nota 20, en p.188.

(23) 2. *A History of the Peace Conference of Paris* 203 (Edición H.W.V. Temperley. 1920)

(24) 4. *Ibid.*; en p.261.

(25) *Ibid.*; en p.262.

(26) 4. *The Intimate Papers of Colonel House* pp. 334-35, 345 (C. Seymour edición 1928) pp. 334-35, 345.

(27) 1. WAMBAUGH, S. supra nota 21, en referencia 16.

(28) POMERANCE, M. *Self-Determination in Law and Practice* N.o4, 1982; FLEMING, D. *The United States and World Organization*, 1938 pp.152-155. Por ejemplo, Checoslovaquia terminó con fronteras defendibles sólo negándole la autodeterminación a un grupo minoritario Sudete-Alemán de gran número.

Thomas M. Franck

No obstante, el principio de la libre determinación, defendido por Wilson y las minorías liberadas del dominio del Imperio alemán, ruso y austro-húngaro, fue fuertemente, si bien imperfectamente, aplicado, a los territorios vencidos de Europa de la posguerra. En el resto de Europa, sin embargo, sólo fue aplicado en Irlanda. Al negarle la autodeterminación a las Islas de Aland, que buscaban unirse con Suecia al separarse de Finlandia, quien, a su vez, recién se había separado de Rusia, una convención internacional de juristas creada en Versalles atendió al hecho de que el pacto de la Sociedad de Naciones (SDN) ni siquiera mencionaba el principio y que este no había alcanzado el status de una ley positiva⁽²⁹⁾. De modo aún más importante, la libre determinación tuvo un papel secundario en la disposición de los amplios pueblos y territorios del antiguo Imperio Alemán, que fueron repartidos a Australia, Bélgica, Gran Bretaña, Francia, Japón, Nueva Zelanda y Sudáfrica. Fue mal aplicado, si es que lo fue del todo, a las antiguas dependencias turcas en Asia. El sistema de mandatos de la Sociedad evidenció una muda preocupación por los deseos de los habitantes de aquellos territorios.

Sorprendentemente, luego de la Segunda Guerra Mundial, el principio de libre determinación se convirtió en el concepto más dinámico en las relaciones internacionales. Las antiguas colonias de Alemania, Japón e Italia fueron puestas bajo la administración de los vencedores (y, en un caso, de los vencidos), con la clara obligación de «promover (...) un desarrollo progresivo hacia el autogobierno o la independencia» de acuerdo a «el deseo libremente expresado de los pueblos involucrados»⁽³⁰⁾. La evolución conceptual, sin embargo, no se detuvo en este punto. No sólo la autodeterminación fue prontamente reconocida como un deber para lograr la descolonización, sino que, en términos del primer artículo de la Carta de las Naciones Unidas, tenía el status de derecho fundamental para todos los «pueblos» como un prerrequisito necesario para el desarrollo de «relaciones amistosas entre las naciones». Al menos potencialmente, el concepto fue por ende tanto universalizado como internacionalizado, ya que podía entonces sostenerse que auguraba un deber de todos los gobiernos para con sus pueblos y de cada gobierno hacia todos los miembros de la comunidad internacional.

Esta no fue una casualidad teórica aleatoria. En el mundo posguerra de nacionalismos en crecimiento, las negaciones a la libre determinación no fueron solo asuntos domésticos. La represión tendía a generar fricciones con los Estados vecinos en donde los movimientos de liberación habitualmente buscaban refugio y socorro. Tal como en Bangladesh, Eritrea y Sudán del Sur, la libre determinación, negada, propició el vuelo de multitudes de refugiados, imponiendo así costosas tensiones económicas, sociales y políticas en los Estados de refugio vecinos. Por ende la libre determinación fue fuertemente relacionada tanto teórica como prácticamente como un objetivo principal de las Naciones Unidas para prevenir los conflictos entre las naciones, una relación que contiene implicancias de largo alcance, aunque ambiguas, para su futuro desarrollo normativo (como este ensayo posteriormente busca demostrar)

En los treinta y cinco años después de la entrega de las Potencias del Eje, la libre determinación de las naciones del mundo transformó el paisaje político. En esta etapa, la norma había aclarado, aunque de manera limitada, matices secesionistas, en el sentido de que legitimaba la secesión de los imperios. Al mismo tiempo, la norma evolucionó en una forma que no legitimaba la voluntad de las minorías dentro de una colonia. La Asamblea General aumentó los esfuerzos en contra de comprometer la integridad territorial de una colonia -como fue el caso de los nigerianos ibos- en búsqueda de la secesión⁽³¹⁾. Es así que, comenzando con la India, Birmania y la Costa de Oro del África occidental; Gran Bretaña actuó de conformidad con las

(29) BRUCHEIT, L. *Secession: The Legitimacy of Self-Determination* 71, 1978.

(30) Carta de las Naciones Unidas, artículo 76(b).

(31) Tener en cuenta, no obstante, la decisión de los líderes políticos de la India Imperial por partir el país, permitiendo que Pakistán lleve a cabo la secesión. Sobre la «integridad territorial» véase la Declaración de la Reconocimiento de la Independencia a

necesidades evolutivas de la norma; este ejemplo fue seguido, aunque con mayor o menor entusiasmo, por Francia, los Países Bajos, Bélgica, España, Portugal y el sur de África. Potencias imperiales se quejaron de la utilización hecha por la Asamblea General del artículo 73 de La Carta de las Naciones Unidas, para supervisar los acontecimientos políticos en sus colonias; sin embargo, la resistencia gradualmente disminuyó. Como resultado del impulso de la descolonización, el número de miembros de las Naciones Unidas casi se triplicó. Es notable que esta descentralización pudiera haber sido realizada, en su mayor parte, sin el recurso a la guerra o la revolución, en un homenaje a la legitimidad y a la primacía normativa que concede por la práctica consistente la libre determinación -a pesar de fallas- a la comunidad de Estados⁽³²⁾ Como veremos, el crecimiento de este proceso se vio facilitado por la presentación de informes de las Naciones Unidas, por la estrecha vigilancia de la ONU a la labor de las administraciones coloniales y la participación activa de las Naciones Unidas en la supervisión de elecciones y plebiscitos en los territorios que avanzan hacia la independencia. Se ha visto que la libre determinación exige la consulta democrática en los pueblos coloniales, legitimado por una presencia internacional en las elecciones inmediatamente anteriores al momento creativo de la independencia.

Hoy en día el proceso de descolonización está casi realizado.. No obstante, el principio de la libre determinación conserva el vigor, ya que de manera manifiesta ha contribuido a la decisión de los dirigentes de la Unión Soviética, a partir de 1989, a retirar sus fuerzas militares y la soberanía política en Europa oriental y, más recientemente, en los Estados bálticos. Su atracción-cumplimiento conlleva a la decisión de Sudáfrica de dar la independencia a Namibia y Marruecos en relación

al Sáhara Occidental. Cuando otro vestigio de la imperfecta descolonización, la guerra civil de Angola, terminó en 1991, fue sobre la base de un acuerdo para mantener elecciones libres observadas a nivel internacional, que, *nunc pro tunc* («de ahora en adelante»), se le daría a Angola el legítimo régimen, ha adquirir en ese momento caótico, su independencia⁽³³⁾. Otro proceso de consulta popular supervisado por las Naciones Unidas fue creado por el Acuerdo de París, que terminó la guerra civil en Camboya⁽³⁴⁾ Como discutiremos detalladamente, la idea de la libre determinación se ha convertido en una noción más general de consultas políticas con validez internacional, que está empezando a ser aplicada incluso a Estados independientes establecidos (poscoloniales,) como Nicaragua y Angola, aunque sin que ello implique el derecho de la comunidad para validar los movimientos secesionistas dentro de Estados soberanos.

La historia de la libre determinación, como el primer elemento en la creación de un derecho democrático, puede ser considerada como una notable saga que habla de una norma que aumenta gradualmente su cumplimiento, supera la resistencia y, en última instancia produce una indiscutible transformación histórica. Normas que adquieran este tipo de status tienen una única pretensión de

los Países y Pueblos Coloniales. Resolución de la Asamblea General 1514, 15 ONU Asamblea General - Archivos Oficiales (AGAO) Supp. (N.16) en 66, Documento de la ONU A/4684, 1960; y la Declaración de los Principios del Derecho Internacional respecto a las relaciones amigables y Cooperación entre Estados concordante con la Carta de las Naciones Unidas y la Resolución de la Asamblea General 2625, 25 ONU AGAO Supp. (28) en 121, Documento de la ONU A/8028, 1970, reimpresso en 9 ILM 1292, 1970, (en adelante la Declaración de Relaciones Amistosas). También tener en cuenta la Resolución de la Asamblea General 1654 de 1961, en la que, sin desacuerdos, la Asamblea expresó que se encontraba «profundamente preocupada por el hecho de que, en contra de lo dispuesto del párrafo 6 de la Declaración, en ciertos países en proceso de descolonización aún se realizan actos encaminados a interrumpir parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial». 16 ONU AGAO Supp. (N.O17) en 65 UN Doc. A/5100, 1961.

(32) Véase FRANCK, Thomas. *The Stealing of the Sahara*. En: *American Journal of International Law* N.o,70. 694, 1976.

(33) Como parte del paquete del alto al fuego, la UNAVEM, la misión observadora de la ONU en Angola, supervisó la retirada de las tropas cubanas. La Misión concluirá con la observación de las elecciones de 1992. Véase *New York Times*, 26 de mayo de 1991. S 1 en 9 columna 1; y *ibid.*; 1 de junio de 1991 en A1 columna 3.

(34) Última Ley de la Conferencia de París en Camboya. Documento de la ONU A/46/608-S/23177, Anexo, 1991.

Thomas M. Franck

legitimidad. Por otra parte, las profundamente arraigadas raíces de la libre determinación también presentan y aseguran la legitimidad de las reivindicaciones de otros componentes más recientes del derecho democrático.

5. Determinación: su función en otorgar legitimidad

Así vemos que el derecho democrático tiene sus raíces en la manera en como se conducen los Estados hacia al menos 1918. A partir de este comienzo, la práctica se ha proliferado. Pero la práctica no es suficiente para legitimar nuevas normas. Si es que las reglas que darán forma a la legitimidad buscan emerger, las manifestaciones de la práctica deben estar conectadas por principios –conceptualizar razones para actuar-. La producción de normas legitimadas depende de la combinación de la práctica persistente y conceptos enunciados. Además, para legitimar una regla, los principios subyacentes deben enunciarse en modo tal que determinen y limiten su contenido. Entonces, en esta sección veremos la determinación de esos principios que establecen al derecho democrático. Así como todo principio debe ser implementado en la práctica común antes de alcanzar el reconocimiento de regla obligatoria; así también, una práctica común necesita un principio para establecerse como norma.

Por determinación, hacemos referencia a la propiedad literaria-literal de una regla, que hace que el mensaje de la misma sea claro⁽³⁵⁾. La determinación de una regla afecta directamente a su legitimidad, porque aumenta su transparencia y claridad; e incluso aumenta también su capacidad de atraer miembros de la comunidad internacional hacia su cumplimiento voluntario. Es cierto que toda comunicación escrita, incluidas las reglas textuales, poseen algún grado de flexibilidad respecto a la interpretación de su contenido. Es cierto también que la «indeterminación moderada no mina la legitimidad de una ley»⁽³⁶⁾. Sin embargo, mientras más difícil de comprender y flexible la regla escrita o expresada, menor será la posibilidad de que se ejerza su cumplimiento. Resulta obvio que una regla que no es entendida, será difícil de ser obedecida. Una regla que es vaga o imprecisa se malentiende por sí misma y lleva a esta incomprensión a aquellos cuya conducta busca regular. Aun más

importante, la indeterminación de una norma socava su cumplimiento, puesto que reduce la expectativa de reciprocidad que guía a los Estados hacia su cumplimiento. Los Estados, al igual que las personas, obedecen reglas, aun cuando es más bien su incumplimiento lo que les da una ventaja a corto plazo; con la esperanza de que negándose a ellos mismos el incremento de ganancias que obtendrían de este incumplimiento, refuerzan el poder de la norma, llevando a otros hacia su cumplimiento para el beneficio futuro del Estado. Sin embargo, esta satisfacción diferida, fundamento de la norma, se desvanece cuando el texto de la norma es tan indeterminado que se vuelve incapaz de dotar de una solución razonable a un caso que refuerce su cumplimiento en futuras situaciones contingentes. Por otro lado, la reciprocidad aporta poco incentivo al cumplimiento voluntario de la regla; ya que si la regla es tan difusa, su aplicación a casos futuros será más difícil de demostrar y fácil de cuestionar.

Mientras, inicialmente, la determinación de una regla es juzgada por medio del análisis de claridad de su texto; incluso un texto flexible puede ser aún más determinado si es sometido periódicamente a una interpretación caso por caso utilizando procedimientos administrativos o jurisdiccionales aceptados como legítimos en la comunidad a la cual la norma será aplicada. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), al interpretar el artículo 83(1) de la Convención negociada en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, ha tomado una norma con alto grado de indeterminación textual – una que busca «una solución equitativa» en el reparto de una plataforma submarina de la costa entre los Estados vecinos- y ha hecho que esta vuelva más determinada⁽³⁷⁾.

(35) FRANCK, T. *Supra* nota 12, en pp.52-55.

(36) Kress, *Legal Indeterminacy*, En: *California Law Review*, N.º 77, 283, 1989.

(37) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, abierto a firma el 10 diciembre de 1982, Documento de la ONU A/CONF/62/122, reimpresso en Naciones Unidas, Texto Oficial de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho

Así también, como resultado del litigio entre Dinamarca y Finlandia, actualmente ante el Tribunal, se «descubrirá» si una torre petrolera a propulsión de gran altura, constituye un «navío», en virtud del derecho de libre paso por los estrechos, establecido por el Derecho de la Convención del Mar⁽³⁸⁾. Por tanto, la determinación de una regla depende no sólo de su texto; sino también, de la labor de instituciones legítimas encargadas de reducir de la indeterminación del texto en determinados conflictos.

Así entendido, ¿cómo afecta la determinación de un derecho normativo a la democracia?, ¿Es el texto de la regla el que transmite los principios específicos, o la regla es susceptible de obtener validez por medio de una interpretación y aplicación persuasiva caso por caso? Pasaremos ahora a examinar la determinación de las normas existentes y emergentes que afectan los principales componentes históricos previamente identificados del derecho democrático: la libre determinación, la libertad de expresión y los derechos electorales.

5.1. Determinación y Autodeterminación/Autonomía- Libre determinación

Como se ha señalado, la libre determinación se legitima por su larga genealogía. A pesar de las lagunas, tiene también un canon textual grande y preciso, esclarecido por una creciente jurisprudencia de interpretación. En concordancia con la búsqueda de la libre determinación, entre los propósitos de la Carta y del régimen de administración fiduciaria de las Naciones Unidas, dispuestos en el artículo 73, los miembros responsables de la administración de territorios no autónomos, se comprometieron a «desarrollar un gobierno autónomo, teniendo debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de la población, y comprometiéndose a ayudar en el desarrollo progresivo de las instituciones políticas libres». Estas disposiciones no sólo se aplicaron celosamente por el sistema de la ONU, sino que también se aumentaron en otros textos normativos en donde se refería a dos cuestiones esenciales para la determinación de la libre determinación: ¿a quiénes se aplica y cómo se aplica? Si el texto de la norma que establece derechos no provee las respuestas a estas preguntas, la norma

carece de determinación y su legitimidad se ve disminuida.

¿Aquiénes se debe aplicar la autodeterminación? El primer gran esfuerzo por establecerlos los principios aplicables fue emprendido por la decimoquinta Asamblea General en el anexo a la Resolución 1542 del 15 de Diciembre de 1960. Este intenta establecer criterios para determinar si un territorio es no autónomo dentro del sentido del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas. Sobre la base del V Principio de la Resolución, un gobierno no autónomo existe *prima facie* «en el caso de un territorio geográficamente separado, con etnias y/o culturas distintas a las del país que lo administra». Una vez hecho este análisis, el V Principio establece que «otros elementos pueden después ser tomados en consideración», incluyendo a aquellos «de índole administrativa, política, jurídica, económica o histórica. Si estos afectan la relación entre el Estado Metropolitano administrador y el territorio en cuestión de tal manera que coloca a este último en una situación o en un status de subordinación, es correcta la presunción materia del análisis», que el territorio puesto a discusión es no autónomo⁽³⁹⁾.

La Declaración de 1970 de Relaciones Amistosas, precisó «el principio de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos», de la Carta de Naciones Unidas reiterando la tarea de acabar con el colonialismo, y permitir a cada territorio colonial que sean sus habitantes quienes libremente decidan su régimen político. De forma más amplia, la declaración atribuye a todos los pueblos -no solamente a los habitantes de

del Mar con Anexos e índice, UN Sales N. E.83.V.5 (1983), 21 ILM 1261. Para la interpretación de la Corte del artículo 83(1), véase *Continental Shelf (Tunisia/Lybian Arab Jamahirira)*, 1982 CIJ Reporte.18 (Juicio del 24 de febrero; *Continental Shelf (Lybian Arab Jamahirira / Malta)*, 1985 ICJ Reporte 13 (Juicio del 3 de junio)

(38) Véase *Passage Through the Great Belt*, 1991, CIJ Reporte.12 (Orden del 12 de julio)

(39) Anexo a la Resolución 2625 de la Asamblea General, supra nota 31, principio 4.

Thomas M. Franck

las colonias - el derecho a determinar libremente su posición política, sin ningún tipo de intervención externa⁽⁴⁰⁾.

Este concepto más amplio del derecho *universal* a la autodeterminación, es enunciado con anterioridad en el Artículo I del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁽⁴¹⁾. Este tratado, ratificado y adherido por 113 Estados a partir de noviembre de 1991, pero probablemente vinculante sobre otros Estados como norma consuetudinaria⁽⁴²⁾, declara categóricamente: «Todos los pueblos tienen el derecho de autodeterminación. En virtud de ese derecho que les permite determinar libremente su régimen político y buscar libremente su desarrollo económico, social y cultural». Esta disposición ha sido nombrada como la «más polémica» dentro de un documento creado y envuelto de considerable controversia⁽⁴³⁾. Principalmente las potencias occidentales, argumentaron primero que se trataba solamente de un principio político y que estaba inadecuadamente definido en un tratado que enumera derechos individuales -en oposición a los colectivos- y por lo tanto, parecía que no encajaba con la única maquinaria cuasi judicial prevista en el Pacto. No obstante, sus partidarios insistían en que la norma de auto determinación era fundamental y condición previa para el disfrute de todos los demás derechos y libertades individuales enumerados. Como resultado de ello, «la marea de opinión política en favor de la inclusión del derecho a la libre determinación resultó irresistible»⁽⁴⁴⁾ y el principio se dio un lugar entre los designados derechos. Más importante a largo plazo, la mayoría -incluidos los Estados que se habían opuesto a la inclusión de este derecho- rechazó la idea de que el derecho sólo se aplicaba a territorios coloniales, declarando más bien que si se incluye, debe aplicarse a los pueblos y las personas en cualquier lugar, sea un Estado políticamente independiente o un territorio dependiente⁽⁴⁵⁾. El Pacto claramente intenta lograr que el derecho a la libre determinación sea aplicable a los ciudadanos de todas las naciones, otorgándoles derecho a determinar su posición política colectiva a través de medios

democráticos. También hace una importante diferencia entre el derecho de cada nación de la polis colectiva y los derechos de las minorías dentro de cada Estado, que el Pacto aclara en el artículo 27. En virtud del artículo 27, «A las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se les negará el derecho, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma».

Particularmente, no se incluye entre los derechos reconocidos a las minorías, como el definido en el Artículo 27, el derecho a la secesión⁽⁴⁶⁾. Cuando el Pacto entró en vigor, el derecho a la libre determinación entro en su tercera fase de reconocimiento: dejó de ser una norma aplicable sólo a determinados territorios (en un primer momento, los derrotados por potencias europeas; más tarde, los territorios en fideicomiso y colonias); y se convirtió en un derecho de toda persona. Asimismo, al menos por ahora, dejó de ser un principio de exclusión (secesión, separación) y se convirtió en uno de inclusión: el derecho a participar. El derecho ahora faculta a todos los pueblos de todos los Estados a que participen de forma libre, justa y abierta en el proceso de gobierno democrático libremente elegido por cada Estado. Cuando esa participación es negada, cuando un pueblo que, en términos de la mencionada resolución de la Asamblea General de 1960, «está geográficamente separada y posee diferencias étnicas y/o culturales», se ha colocado «en una situación o en estado de subordinación»⁽⁴⁷⁾, tal vez la opción de la secesión-separación resurgirá como un derecho legal internacional.

(40) Resolución 1541 de la Asamblea General, 15 AGAO Supp. (No.16), supra nota 31, at.29

(41) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. La misma disposición se establece en el Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966.

(42) MERON, T. *Human Rights and Humanitarian norms as Customary Law* 80-81, 1989.

(43) MCGOLDRICK, Dominic. *The Human Rights Committee* 14, 1991.

(44) *Ibid.*

(45) *Ibid.*; en 15.

(46) Para una visión distinta de la posición legal respecto al derecho a la secesión, véase BRILMAYER, supra nota 19.

(47) Resolución 1541 de la Asamblea General, supra nota 39.

Ese aspecto de la libre determinación, sin embargo, está mucho menos claro en la actualidad que el derecho a la participación democrática en la gestión pública.

¿Cómo se debe aplicar la libre determinación? Las respuestas a esta cuestión han surgido de a pocos. Durante los primeros cuarenta años de las Naciones Unidas, los miembros responsables de las colonias y territorios en fideicomiso estaban encargados de realizar informes periódicos sobre su progreso; estos informes fueron sometidos a mayor escrutinio por diversos órganos de las Naciones Unidas. Desde la entrada en vigor del Pacto, la presentación de informes y control se han formalizado, despolitizado, y se han adherido al proceso de aplicación de norma caso-por-caso. Este desarrollo ayudará a dar forma al concepto poscolonial de la libre determinación y a darle más determinación. Así pues, el Pacto prevé un continuo y creciente cuerpo legal, por medio de la interpretación y aplicación de sus disposiciones, hecho por un experto e independiente órgano cuasi judicial.

Como de costumbre, este proceso comienza con una forma de supervisión. Los 113 Estados parte en el Pacto están legalmente obligados a «comprometidos a presentar informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre los progresos realizados en el disfrute de esos derechos⁽⁴⁸⁾». Estos informes son examinados por una Comisión de Derechos Humanos, integrada por dieciocho miembros elegidos por los Estados Partes en el Pacto, quienes actúan a título personal⁽⁴⁹⁾ por un período de cuatro años⁽⁵⁰⁾. Si bien la Comisión no es un tribunal, tiene derecho a cuestionar los informes presentados por los miembros. Transmite sus críticas y los comentarios

generales que considere pertinentes a los Estados Parte en el Pacto de las Naciones Unidas y del Consejo Económico y Social⁽⁵¹⁾. En virtud de un procedimiento opcional, las partes podrán acordar, asimismo, permitir que otras partes aleguen violaciones por medio de una denuncia formal⁽⁵²⁾. Un Protocolo Facultativo Opcional permite a los individuos presentar denuncias contra la aceptación de los Estados⁽⁵³⁾. En noviembre de 1991, sesenta y tres de los miembros del Pacto acordaron otorgarle a la Comisión la competencia para examinar peticiones. Un reciente estudio concluyó que los miembros del Comité han tenido éxito en el establecimiento de un alto grado de independencia y juicio⁽⁵⁴⁾.

Formalmente, todas las peticiones dadas con arreglo a este Protocolo Opcional, son puestas a conocimiento del Comité por medio del Secretario General de las Naciones Unidas⁽⁵⁵⁾. Más de un centenar de esos «casos» han sido acogidos y menos de veinte fueron rechazados por falta de pruebas de una violación. Alrededor de 150 peticiones están pendientes⁽⁵⁶⁾. Aunque el Pacto prevé la posibilidad de la votación, las decisiones del Comité hasta la fecha se han adoptado por consenso⁽⁵⁷⁾.

Hasta la fecha, el Comité no ha tenido muchas oportunidades de explicar el contenido del derecho a la libre determinación. Sólo una

(48) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, supra nota 41, Artículo 40 (1)

(49) *Ibid.*; artículos 28 y 30.

(50) *Ibid.*; artículo 32.

(51) Para la discusión de este procedimiento, véase MCGOLDRICK, Dominic. supra nota 43, en pp.62-119.

(52) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, supra, nota 41 Art 41. Para la discusión de este procedimiento, véase MCGOLDRICK, Dominic. supra nota 43, en pp.120-246.

(53) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, supra nota 41, Protocolo Opcional, abierto a firma. 19 de diciembre de 1966, Artículo 1. 999UNTS 302, véase también MCGOLDRICK, Dominic, Supra, nota 43, p.127.

(54) MCGOLDRICK, Dominic, supra nota 43 p.127.

(55) Comité de Derechos Humanos. Reglas provisionales de Procedimiento, Regla 78 (1) Documento de la ONU CCPR/C/3/Rev.2 1989. Véase el Reporte del Comité de los Derechos Humanos, 44 ONU AGAO Supp. (N.40) en pp.179-82 Documento de la ONU a/44/40, 1989.

(56) MCGOLDRICK, Dominic. supra nota 43, en p.127.

(57) *Ibid.*; en p.48.

Thomas M. Franck

petición basada en el caso ha sido escuchada. A pesar de que declaró la inadmisibilidad de un reclamo presentado por el Gran Capitán de la sociedad tribal-tribu- Mikmaq, quien afirmaba que Canadá le negaba a su pueblo su derecho a la libre determinación; la Comisión basó su rechazo al demandante indicando que éste no pudo demostrar que estaba autorizado a representar a la tribu o que él, personalmente, había sido privado de un derecho protegido por el Pacto⁽⁵⁸⁾. Como ya se señaló, el Pacto valida la libre e igualitaria participación política, así como los derechos culturales de las minorías, pero no necesariamente la secesión. La conclusión del Comité deja abierta la posibilidad de que otra persona pueda tener éxito en llevar una petición comparable si él o ella puede demostrar que tengan la buena fe de un acto en calidad de representante y alegue la negación de su autonomía cultural o de la libre e igualitaria participación política.

El Comité no se limita a examinar los informes y denuncias. Periódicamente, también hace más conclusiones generales sobre el estado de los derechos civiles y políticos y prepara resúmenes de las expectativas del desarrollo normativo que surge del Pacto. En su comentario general sobre el artículo 1, la Comisión ha sido bastante prudente y se limita a reiterar la primacía de la libre determinación entre los demás derechos enumerados en el Pacto. «De conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas», la Comisión ha escrito que «el artículo 1 (...) reconoce que todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación. Este derecho (...) es de particular importancia debido a que su realización es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y el fortalecimiento de esos derechos»⁽⁵⁹⁾.

En resumen, puede decirse que el derecho a la libre determinación se dispone a avanzar hacia una mayor determinación. Su contenido normativo general ya ha sido expuesto en las resoluciones de la Asamblea General, aceptadas

por una gran mayoría de la comunidad internacional, y en varios tratados ampliamente ratificados, comenzando con la Carta de la ONU y que culminó en el Pacto. Igualmente importante para la determinación del derecho a la libre determinación es el potencial institucional para la aplicación y esclarecimiento de las nuevas normas; mientras que los logros del Comité han sido modestos, una base sistemática se ha establecido para lograr resultados más consistentes. Ahora que las políticas inhibitorias de la Guerra Fría se han levantado y la sensibilidad democrática liberal es ampliamente compartida por los miembros; lo que comenzó como una crítica politizada de las comisiones anticoloniales de la Asamblea General y del Consejo de Administración Fiduciaria, se espera que se convierta en un proceso juicioso de interpretación de la norma, realizado este por expertos independientes.

5.2. Determinación y Libertad de Expresión

La segunda base en la construcción de un bloque normativo del derecho a la democracia es el derecho de libertad de expresión política. Este derecho se originó conceptualmente en el anti totalitarismo nacido de la Segunda Guerra Mundial y se declaró primero normativamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948⁽⁶⁰⁾. Como una simple resolución, la Declaración Universal no tienen la fuerza de un tratado, pero fue aprobada con un apoyo abrumador y tal prestigio se ha incrementado de tal manera en los años posteriores, que se puede decir que se

(58) A.D. V. Canadá. Reporte del Comité de Derechos Humanos 39 ONU AGAO Supp. (N.º40) en p.200, documento de la ONU A/39/40, 1984. Véase también *Ominayak and Lubicon Lake Band vs. Canadá*, Reporte del Comité de Derechos Humanos, 45 ONU, AGAO Supp. (N.º40), volumen 2. App. A, Documento de la ONU A/45/40, 1990. Véase la discusión en GOLDRICK, Dominic. *supra* nota 43, en pp.254-56; y McGOLDRICK, Dominic, *Canadian Indians, Cultural Rights and the Human Rights Committee*. International & Comp. L.Q. 658, 1991.

(59) Comentarios Generales del Comité de los Derechos Humanos, Documento de la ONU, CCPR/C/21/Rev.1 en pp.10-11, 1989. Véase también McGOLDRICK, Dominic. *supra* nota 43, en pp.247-48.

(60) Resolución de la Asamblea General 217A (III), Documento de las Naciones Unidas A/810, en p.71, 1948.

ha convertido en una norma consuetudinaria obligatoria. Más al punto, el texto manifiesta gran determinación, específicamente el reconocimiento de un derecho universal a la libertad de opinión y de expresión (artículo 19), así como de reunión pacífica y de asociación (artículo 20).

Estos derechos reaparecen con aun mayor especificidad en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que es jurídicamente vinculante⁽⁶¹⁾. En este Tratado se enuncian de modo específico los derechos a la libertad de pensamiento (artículo 18) y a la libertad de asociación (artículo 22). El artículo 19(2) es especialmente importante como componente del derecho a la democracia. Este establece que «toda persona tiene el derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio de su elección». Si bien el artículo 19 está sujeto a restricciones legales según las cuales «(...) es necesaria la protección del orden público (...) o de salud o la moral pública»⁽⁶²⁾; estas restricciones, al igual que la propia norma, están sujetas a revisión y aplicación caso por caso; bajo el análisis de la Comisión de Derechos Humanos⁽⁶³⁾.

Los derechos de opinión, de expresión y de asociación contenidos en los artículos 18, 19 y 22; se proyectan tanto hacia atrás como hacia adelante. Se trata de un perfeccionamiento de un aspecto del antiguo derecho a la autodeterminación; que además constituyen las condiciones previas esenciales para un proceso electoral, que es el componente más reciente del derecho a la democracia. En primer lugar, por una propuesta en la Declaración Universal, se hicieron explícitos los derechos basados en tratados de integración en el Pacto, que tienden a ser aún más explícitamente determinados por medio del examen y la supervisión necesaria de los informes nacionales sobre el cumplimiento y las peticiones de los demandantes. El Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, ha sido crítico,

aunque de manera perspicaz, del cumplimiento por parte de Uganda y Zanzibar bajo el control de Tanzania⁽⁶⁴⁾. El Comité también ha planteado cuestionamientos a los representantes de Malí⁽⁶⁵⁾ y Jamaica⁽⁶⁶⁾ en relación a la apertura de sus mercados de ideas. El profesor Dominic McGoldrick ha elogiado

«El estrecho y detallado análisis crítico realizado por los miembros en el marco del proceso de presentación de informes. El diálogo entre el Comité y los Estados parte, en la medida en que se ha desarrollado, ha sido a la vez directo y constructivo; los miembros del Comité han criticado o expresado de una manera diplomática, pero directa y franca, sus fuertes dudas en relación a la compatibilidad con el artículo 19 y las concepciones ideológicas de amplias restricciones a la libertad de expresión»⁽⁶⁷⁾.

Los miembros del Comité, entre bambalinas, regularmente reciben el apoyo de una red de organizaciones no gubernamentales en su fuerte cuestionamiento a los representantes de los Estados informantes.

Si bien la mayoría de estas críticas se han producido en el marco de la exigencia de información general, algunas evaluaciones caso por caso han tenido lugar en virtud del Protocolo Facultativo. El Comité consideró que el régimen militar de Uruguay violó el artículo 19 del Pacto cuando le negó a la peticionaria el derecho a participar libremente en actividades políticas y sindicales⁽⁶⁸⁾. En *Perdoma y De*

(61) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, supra nota 41.

(62) *Ibid.*; Artículo 19(3).

(63) Véase MCGOLDRICK, Dominic. supra nota 43, en p.461

(64) Reporte del Comité de Derechos Humanos, ONU AGAO, Supp. (N.º40) pp.42-43, Documento de la ONU. A/36/40, 1981 (en adelante el Reporte de 1981).

(65) *Ibid.*; en pp.50-51.

(66) *Ibid.*; en pp.56-57.

(67) MCGOLDRICK, Dominic. Supra nota 43, en p.469-70.

(68) *Alba Pietroroia vs. Uruguay*, Comunicación R.10/44, Reporte de 1981, Supra nota 64 en pp.153-159.

Thomas M. Franck

Lanza versus Uruguay⁽⁶⁹⁾, los demandantes alegaron que habían sido detenidos bajo el cargo de «asociación subversiva» por sus opiniones y conexiones políticas. El Comité concluyó que no había pruebas para fundamentar los cargos que imputaban las autoridades y que el arresto, la detención y el juicio de los peticionarios no han sido justificados por alguna de las razones permitidas en el artículo 19⁽⁷⁰⁾.

Cuando las reglas son aplicadas con imparcialidad, independientemente de los magistrados, administradores o expertos, la determinación de esas normas aumenta y, también, su legitimidad. Hasta la fecha, la revisión del Comité de Derechos Humanos de las quejas relativas a las restricciones sobre los derechos de expresión recién comienzan a tener un impacto; sin embargo, de cara al final de la Guerra Fría, el pronóstico es mucho mejor. Además, otras vías de protección internacional de estos derechos se han abierto; tal como lo demuestran las solicitudes de la intergubernamental Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al Secretario General de la ONU, de que se nombren representantes especiales que le presente un informe sobre presuntas graves violaciones de diversos gobiernos. En este sentido, el Secretario General ha pasado a tener un nuevo e importante papel que ha sido aceptado tanto por el Gobierno como por los insurgentes en El Salvador. Con el apoyo y por medio de una propuesta de las Naciones Unidas, las partes dieron su consentimiento a la creación de la ONU-SAL, el Grupo de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador, que será controlado por el Secretario General y cuya tarea es supervisar y, por tanto, tratar de garantizar los derechos de los ciudadanos a la libertad de expresión y de asociación como parte de un plan para crear las circunstancias que permitan la paz civil⁽⁷¹⁾.

Además de que este tipo de actividad se esté llevando a cabo a nivel mundial, y paralelamente al fortalecimiento de

la construcción y la definición de la norma, también se está llevando a cabo a nivel regional. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, es el mejor sistema normativo establecido a nivel regional. Este establece en su artículo 10, párrafo 1: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. El derecho incluye la libertad de sostener opiniones y recibir y difundir informaciones e ideas sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras»⁽⁷²⁾.

El artículo 10, párrafo 2, permite excepciones bajo la forma de

«... las restricciones necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, para la prevención de desórdenes o delitos, para la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o los derechos de los demás, para la prevención de la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

La aplicación de la norma y sus expectativas, sin embargo, está sujeta a revisión por una comisión de expertos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽⁷³⁾. Estos órganos han aumentado la determinación del sistema. Al igual que en un régimen de esta naturaleza, la Comisión Europea y el Tribunal de Derechos Humanos han tomado la clave decisión de

(69) Reporte del Comité de Derechos Humanos, 35 ONU AGAO Supp. (n.40) en 111, Documento de la ONU A/35/40(1980)(en adelante, el Reporte de 1980).

(70) *Ibid.* Ver también *Grille Motta vs. Uruguay*, Comunicación R.2/11, Reporte de 1980, *Supra* nota 69 en p.132; *Weinberg Weisz vs. Uruguay*, Comunicación R.7/28, Reporte de 1981, *Supra* nota 64 en 114; *Hertzberg vs. Finlandia*, Comunicación R.14/14/61, Reporte del Comité de los Derechos Humanos, 37 ONU AGAO Supp. (N.o40) en p.161 Documento de la ONU 1/37/40, 1982)

(71) *Central America: Efforts Towards Peace: Reporte of the Secretary-General*, Documento de la ONU S/22494 and Corr.1, 1991; véase también *New York Times*, 13 de agosto de 1991, en A8, columna 3.

(72) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, 213 UNTS 221, Europ.T.S. N.o5 (vigente desde el 3 de setiembre de 1953) (en adelante, el Convenio Europeo)

(73) *Ibid.*; Artículo 19, estableciendo la Comisión Europea de los Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. Ver también los artículos 20-25.

equilibrar los derechos de las personas contra las excepciones específicas. El Tribunal ha sopesado la libertad de prensa en contra del derecho del acusado a un juicio imparcial⁽⁷⁴⁾. Se han señalado los límites entre la libertad de expresión y de la obscenidad⁽⁷⁵⁾ y buscó un equilibrio entre la libertad de prensa y las leyes de difamación y calumnia⁽⁷⁶⁾. Al hacerlo, ha hecho mucho más específico, por lo tanto legítimo, el sistema de normas del Consejo de Europa relativas al derecho de libertad de expresión, justo cuando este se expande rápidamente para incluir a las naciones recién liberadas de Europa oriental.

Comparable avance ha hecho el recientemente creado Sistema Interamericano. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969⁽⁷⁷⁾ ofrece una base textual para la libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13), el derecho de reunión (artículo 15) y la libertad de asociación (artículo 16). La supervisión y aplicación se encuentra a cargo de las instituciones creadas por la Carta de la OEA: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 34 y 64) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (artículos 33, 62 y 64). La Corte se compone de siete jueces elegidos por los Estados que se han adherido a la Convención, que cumplen un período de seis años. Hasta mayo de 1990, diez Estados, sin incluir a los Estados Unidos, han aceptado su jurisdicción⁽⁷⁸⁾.

5.3. Determinación y derechos electorales

El tercer y más reciente elemento en la construcción del derecho a la democracia es el emergente requisito normativo de un proceso electoral participativo. A pesar de su juventud, también está evolucionando rápidamente hacia la determinación de que lo que es esencial para ser percibido como legítimo. Ya en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 21, enunció claramente el derecho de toda persona a participar en el gobierno, así como en «elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por

sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto». Por el momento, sólo miembros de las Naciones Unidas, fuera de los bloques socialistas árabes y de América Latina, tomaron esto como una reafirmación de las condiciones ya imperantes en su polis. Con la rápida descolonización, la proporción de miembros de las Naciones Unidas que realmente ejercen de manera libre y abierta la práctica democrática electoral, comenzó a disminuir la defensa de un sólo partido, modernizando el autoritarismo en África y Asia. Sin embargo, incluso en este ambiente relativamente hostil, pocos Estados estaban abiertamente dispuestos a bloquear la textual evolución de este específico derecho electoral, a pesar de de las muchas reservas mentales que albergaban sus regímenes. Así, dos décadas más tarde, el Pacto Civil y Político, se abrió para su firma⁽⁷⁹⁾, y entró en vigor en 1976 como un conjunto de obligaciones jurídicas ahora vinculantes en más de dos tercios de todos los Estados. Con la balanza ahora fuertemente inclinada hacia la práctica de una versión razonablemente creíble de la democracia electoral por la sustancial nueva mayoría de los Estados, en realidad, la norma recogida en el tratado también comenzó a aproximarse a la práctica imperante y por lo tanto se puede decir y declarar que se está convirtiendo en una norma consuetudinaria aplicable a todos.

El artículo 25 extiende a todo ciudadano derecho a:

(74) *The Sunday Times Case*, 30, Eur. Ct.H.R.(ser A.), 1978

(75) *Handyside Case*, 24 Eur. Ct.H.R. (ser.A) 1976; *Case of Muller and Others*, 133 Eur. C.t. H.R. (ser. A), 1988.

(76) *Lingens Case*, 103, Eur. C.t. H.R. (ser.A),1986.

(77) Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI.1.1. documento 70, rev.1, corr.1, 1970, reimpresso en 1 *The Inter-American System*, parte segunda en 51 (F.V. García-Amador edición 1983), ILM N.º9, 673, 1970. (vigente desde el 18 de julio de 1978)(en adelante, la Convención Americana)

(78) Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. Véase *Current State of Conventions and Protocols on Human Rights, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, OEA/Ser.L./VII. 79, doc 12, rev.1, Ann.A, 1991.

(79) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Supra nota 41.

Thomas M. Franck

«a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) 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».

Por increíble que parezca, este estándar necesita aún más especificación. La determinación textual, una vez más, se está incrementando por el proceso de determinación, bajo los auspicios del Comité de Derechos Humanos, que está autorizado a controlar su cumplimiento. Este órgano ha analizado las implicancias del artículo 25 en relación con su evaluación de los informes estatales sobre la aplicación y un pequeño número de peticiones presentadas en virtud del Protocolo Facultativo. En el análisis de dos de las quejas de los ciudadanos contra el régimen militar de Uruguay, el Comité llegó a la conclusión de que los denunciantes habían sido privados arbitrariamente de derechos protegidos por los decretos de prohibición de su partido político y por ser excluido de las elecciones⁽⁸⁰⁾.

Durante la Guerra Fría, era difícil de utilizar el Comité de Derechos Humanos para afinar la norma esbozada en el artículo 25. Ahora es probable que el Comité desempeñe esta función de una manera eficaz, ya que las divisiones ideológicas de los miembros disminuyen y los ciudadanos están más dispuestos a arriesgarse presentando quejas. Esta evolución podría acelerarse si, como parece probable, los Estados Unidos ratifican el Pacto. Si, como parece menos probable, los Estados Unidos también ratifican el Protocolo de quejas individuales⁽⁸¹⁾, la determinación del derecho se sería aun más valedera, lo que, seguramente, concuerda con el interés y los valores compartidos por nuestra nación.

El nuevo clima ha impregnado también a la Asamblea General. En su cuadragésimo quinto período de sesiones, este organismo adoptó una resolución titulada «Fortalecimiento de la eficacia del principio de elecciones auténticas y

periódicas⁽⁸²⁾». Este documento, aunque no vinculante, reafirma y especifica además el derecho electoral; primero establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y posteriormente consagrado en el artículo 25 del Pacto. Este hace hincapié.

«en la convicción de los países miembros de que la celebración de elecciones auténticas y periódicas son un elemento necesario e indispensable de los esfuerzos sostenidos para proteger los derechos e intereses de los gobernados y que, como una cuestión de experiencia práctica, el derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país es un factor crucial para el goce efectivo total de una amplia gama de otros derechos humanos y libertades fundamentales, incluyendo políticas, económicas, sociales y culturales»⁽⁸³⁾.

La resolución también declara que «la determinación de la voluntad de la población requiere un proceso electoral que establezca igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos que serán candidatos y presentar sus puntos de vista políticos en forma individual y en cooperación con otros, según lo previsto en la Constitución y leyes nacionales»⁽⁸⁴⁾. Asimismo, elogia «el valor de la asistencia electoral» que las Naciones Unidas ha proporcionado a los Estados miembros de acuerdo con sus solicitudes⁽⁸⁵⁾ y pide al Secretario General que recabe las opiniones de los miembros y otros, sobre el modo en que la Organización pueda responder mejor a esas solicitudes y que informe sobre sus conclusiones en la próxima Asamblea, junto con «un relato de la experiencia de las Naciones Unidas en la supervisión de las elecciones»⁽⁸⁶⁾.

(80) Caso 34/1979, Reporte de 1981, supra nota 64, en p.130; Caso 44/1979, *ibid.*; Ann XVI, en p.153.

(81) Supra nota 53.

(82) Resolución de la Asamblea General 45/150 (21 de febrero de 1991).

(83) *Ibid.*; párrafo 2.

(84) *Ibid.*; párrafo 3.

(85) *Ibid.*; párrafo 8.

(86) *Ibid.*; párrafos 10 y 11. El Reporte del Secretario General ante la Asamblea es el Documento de la ONU A/46/609, 1991.

En la siguiente sesión, la Asamblea, con sólo cuatro votos disidentes, aprobó la Resolución 46/137 el 17 de diciembre de 1991, que declaró que «la celebración de elecciones auténticas y periódicas» son un «elemento necesario e indispensable» y «factor crucial para el goce efectivo de (...) una amplia gama de otros derechos humanos». En la resolución se estableció un procedimiento para autorizar la vigilancia de las elecciones nacionales y el Secretario General hizo suya la decisión de crear una oficina, encabezada por un alto funcionario, «para actuar como centro de coordinación (...) con la finalidad de garantizar la coherencia en la tramitación de las solicitudes de los Estados miembros para la organización de las elecciones».

El refuerzo paralelo de la actividad generadora de normas regionales ha acelerado esta evolución. La Carta de la OEA, en el artículo 5, establece el deber de los miembros de promover «el ejercicio efectivo de la democracia representativa». Los Ministros de Relaciones Exteriores y el Consejo Permanente de la Organización de la OEA han emitido una serie de resoluciones que afirman este derecho, mientras que censuran a quienes cometen aparente violaciones. Por ejemplo, en junio de 1979, los Ministros exigieron «la inmediata y definitiva sustitución del régimen de Somoza en Nicaragua y la instalación de un «gobierno democrático» por medio de la «celebración de elecciones libres lo antes posible»⁽⁸⁷⁾. Del mismo modo, en diciembre de 1987, el Consejo Permanente tomó nota de los «deplorables actos de violencia y el desorden que habían tenido lugar en Haití y decidió adoptar todas las medidas necesarias para que el pueblo de Haití puede expresar su voluntad mediante elecciones libres»⁽⁸⁸⁾. En mayo de 1989, los Ministros decidieron que el general Manuel Antonio Noriega (...) (había) recortado, el derecho del pueblo panameño a elegir libremente a sus autoridades legítimas» y, por tanto, «ponía» en grave peligro» el «objetivo esencial» de la OEA, que «es promover y consolidar la democracia representativa». Asimismo, pidió una «transferencia de poder en el menor tiempo posible» por medio de «mecanismos democráticos»⁽⁸⁹⁾.

El 5 de junio de 1991, los Ministros aprobaron una Resolución Fundamental sobre la democracia representativa. En el preámbulo se afirma que el principio de la Carta de la OEA «exige que la representación política se base en el ejercicio efectivo de la democracia representativa» y, en su parte dispositiva, la resolución decide que el Secretario General debe llamar a:

«la inmediata convocatoria a una reunión del Consejo Permanente en caso de sucesos que dieran lugar a la interrupción súbita o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por el gobierno democráticamente elegido en cualquiera de los Estados miembros de la organización»⁽⁹⁰⁾.

Dentro del plazo de diez días, el Ministro de Relaciones Exteriores o de la Asamblea General de la OEA debe propiciar la convocatoria con la finalidad de «examinar colectivamente los hechos y adoptar las decisiones que estime apropiadas»⁽⁹¹⁾. Este procedimiento trataba de establecer sanciones contra el régimen establecido por el golpe militar en Haití en setiembre de 1991⁽⁹²⁾.

Junto a esta evolución cuasi legislativa, una cuasi jurisprudencia a nivel regional está germinando. En 1990, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el examen de una denuncia de fraude electoral y otros contra la deshonestidad de México, comenzó a explicar en detalle el derecho de acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de una nación⁽⁹³⁾.

(87) OEA/ Ser.F/II.17, documento N.o40, rev.3, 1979.

(88) OEA/ Ser.G/CP. Resolución 489, Documento N.o720, 1987.

(89) OEA/ Ser.F/ii.21, Documento N.o8, rev.2, 1989; véase también OEA OEA/Ser.F/II.17, Documento N.o 45, 1989.

(90) OEA, Democracia Representativa/Ser. P/AG/Res.1080 (XXI-0/91), párrafo.1.

(91) *Ibid.*; párrafo 2.

(92) Apoyo al gobierno democrático de Haití, supra nota 2.

(93) OEA, Reporte anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos/Ser. L/V/II.77, Documento N.o7 Rev.1, en p.97, 1990. (Reporte de México).

Thomas M. Franck

Aún más dramáticos son los últimos esfuerzos de las naciones de Europa para hacer que el derecho electoral sea explícito y específico. El artículo 3 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos obliga a las partes a que «se comprometan a celebrar elecciones libres a intervalos razonables de tiempo, por votación secreta, en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección de la legislatura»⁽⁹⁴⁾. Encontrando que el régimen del Coronel griego sí viola estos derechos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta este Protocolo para exigir «la existencia de un representante legislativo, elegido a intervalos razonables»⁽⁹⁵⁾. La Comisión Europea, mientras tanto, ha rechazado el argumento purista de que el Protocolo exige a los Estados adoptar un sistema de representación proporcional⁽⁹⁶⁾.

Como miembros de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE)⁽⁹⁷⁾, las mismas naciones, y con la participación de Canadá, los Estados Unidos y las naciones de Europa oriental, se han incorporado recientemente por unanimidad en la definición de los contenidos del nuevo derecho a participar elecciones libres y abiertas. En una reunión celebrada en Copenhague en junio de 1990, afirmaron que «la democracia es un elemento inherente del Estado de Derecho» y reconocieron «la importancia del pluralismo en lo que respecta a las organizaciones políticas»⁽⁹⁸⁾. Entre los «derechos inalienables de todos los seres humanos», establecieron el derecho a la democracia, que incluye, «elecciones libres que se celebrarán a intervalos razonables por votación secreta o por un procedimiento de votación equivalente en condiciones tales que garanticen en la práctica la libre expresión de la opinión de los electores en la elección de sus representantes» ; un

gobierno «de carácter representativo, en la que el Ejecutivo es responsable ante la Legislatura electa o el electorado», y los partidos políticos que están claramente separados del Estado⁽⁹⁹⁾. Los treinta y cinco participantes de la CSCE también vincularon el reconocimiento del derecho democrático de los gobiernos como la validación de su derecho a gobernar: «la voluntad del pueblo, libremente expresada y justa a través de elecciones periódicas y genuinas, es la base de la autoridad y la legitimidad de todos los gobierno»⁽¹⁰⁰⁾, declararon, lo que implica la ilegitimidad de los regímenes que niegan a sus ciudadanos derechos democráticos fundamentales.

Según el profesor Theodor Meron, uno de los funcionarios públicos de la delegación de los Estados Unidos, el «lenguaje de Copenhague va mucho más allá de cualquiera de los instrumentos de derechos humanos existentes»⁽¹⁰¹⁾. El documento detalla a un grado sin precedentes el establecimiento de una norma que la Asamblea General de Naciones Unidas podría emular de manera beneficiosa en una resolución. Los ciudadanos tienen derecho a esperar «la celebración de elecciones libres a intervalos razonables, según lo establecido por la ley»; una política legislativa nacional en la que, al menos, una cámara de representantes sea «libremente elegida en votación popular»; un sistema universal y la igualdad de sufragio;

(94) Protocolo 1 al Convenio Europeo, supra nota 72, 20 de marzo de 1952, 213 UNTS 262, vigente desde el 18 de mayo de 1954, y, hasta junio de 1991, ha sido ratificado por todos excepto un miembro de la Convención (Liechtenstein).

(95) *The Greek Case*, 12 Y.B. Convenio Europeo de Derechos Humanos 179, 1969; véase también *Case of Mathieu-Mohin*, 113 Convenio Europeo de Derechos Humanos (ser. A), 1987, p. 22.

(96) Aplicación 7140/75, 7 Comisión Europea de Derechos Humanos.

(97) Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, Ley final, 1 de agosto de 1975, 73 Departamento St Bull. 323, 1975 reimpresso en 14 ILM 1292, 1975.

(98) Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa, Documento del Encuentro de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de Copenhague, 29 de junio de 1990, reimpresso en 29 ILM 1305, 1308, párrafo 3, 1990, (en adelante, el Documento de Copenhague)

(99) *Ibid.*; párrafo 5.

(100) *Ibid.*; en p.1309, párrafo 6.

(101) MERON, Theodore. *Democracy as the Rule of Law*, 153 World Aff. 23,24, 1990. Véase también STEINER, *Political Participation as a Human Right*, 1 *Harvard Human Rights*, Y.B.77, 1988.

un voto secreto o su equivalente; una candidatura libre y no discriminatoria a cualquier cargo; la libertad para formar partidos políticos que compitan «sobre una base de igualdad de trato ante la ley y por las autoridades»; una campaña electoral justa y libre; el acceso «sin obstáculo jurídico o administrativo» a los medios de comunicación, que debe estar disponible «sobre una base no discriminatoria para todos los grupos políticos y personas que deseen participar en el proceso electoral»; y una garantía de que los «candidatos que obtengan el necesario número de votos requerido por la ley estén debidamente instalados en sus cargos y autorizados a permanecer en el cargo hasta que su mandato expire o de otro modo» de conformidad con la ley⁽¹⁰²⁾.

Esta iniciativa sin precedentes por parte del Atlántico Norte y de toda Europa para apoyar y definir un derecho popular a la democracia electoral⁽¹⁰³⁾, pasó a elogiar la creciente práctica de la participación de observadores extranjeros en las elecciones nacionales. Los Estados participantes invitaron «a observadores de cualquier otro país participante en la CSCE y a cualquier institución privada u organizaciones que deseen observar el curso de su procedimiento de elección nacional, en la medida permitida por la ley», y se comprometieron a «tratar de facilitar un procedimiento similar para los procedimientos electorales celebrados por debajo del nivel nacional»⁽¹⁰⁴⁾.

Posteriormente, en 1990, los dirigentes de los treinta y cuatro Estados que conforman la CSCE, se unieron en París para declarar «una nueva era de la democracia, la paz y la unidad»⁽¹⁰⁵⁾. Por unanimidad, se aprobó una Carta extraordinaria en la que se comprometen «a construir, consolidar y fortalecer la democracia como único sistema de gobierno de nuestras naciones»⁽¹⁰⁶⁾. La Carta reafirma y refuerza el derecho a la libertad de expresión, pero agrega el derecho de toda persona, sin discriminación «a participar en elecciones libres y

justas»⁽¹⁰⁷⁾, con el respaldo de que los dirigentes se comprometen «a cooperar y apoyarse mutuamente con el objetivo de hacer que los logros democráticos sean irreversibles»⁽¹⁰⁸⁾. Aunque la Carta no es un tratado, su lenguaje es ponderado con la terminología de *opinio iuris*. Es deliberadamente creador de norma. En particular, la Carta se basa en el supuesto de que la democracia electoral no sólo la debe cada gobierno a su propio pueblo, sino también a todos los demás Estados miembros de la CSCE. Según el juez Thomas Buergenthal, miembro de la delegación estadounidense en la reunión de Copenhague, en la actualidad

«ninguna norma o institución domestica, en teoría, está fuera del alcance jurisdiccional de la CSCE. Aquí, la tradicional doctrina de la jurisdicción interna, que ha tendido a proteger tanto las prácticas estatales opresivas como a las instituciones estatales de cualquier tipo de control internacional, ha perdido su sentido para efectos prácticos. Y esto a pesar de que la no intervención en los asuntos internos de un Estado es un principio de base de la CSCE. Una vez que el Estado de Derecho, los derechos humanos y el pluralismo democrático sean objeto de los compromisos internacionales, es poco lo que queda de doméstico en las instituciones gubernamentales»⁽¹⁰⁹⁾.

En este sentido, hay que señalar que los Estados Unidos son parte en el presente proceso de evolución normativa del CSCE.

(102) Documento de Copenhague, supra nota 98, en p.1310, párrafo 7.

(103) BUERGENTHAL, Thomas. *The Copenhagen CSCE Meeting: A New Public Order for Europe*, 11 *Human Rights L.J.* pp. 217, 221-22, 1990.

(104) Documento de Copenhague, supra nota 98 en p.1310 párrafo 8.

(105) Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, Carta de París para una Nueva Europa y el Documento Suplementario para dar Efecto a ciertas Disposiciones de la Carta, 21 de noviembre, 1990, Preámbulo, reimpresso en 30 ILM, 190, 193, 1990 (en adelante la Carta de París).

(106) Carta de París, supra nota 105 en p.193.

(107) *Ibid.*; en p.194.

(108) *Ibid.*; en p.195.

(109) BUERGENTHAL, Thomas. *CSCE Human Dimension: The Birth of a System*, 1 *Collected Courses of the Academy of European Law*, N.o2 en pp.3, 42-43 (próximamente)

Thomas M. Franck

Para salvaguardar los derechos, la Carta de París establece un proceso institucionalizado de control del cumplimiento de los derechos electorales de los Estados. Esta Carta le da al CSCE varios órganos, incluyendo una secretaría en Praga⁽¹¹⁰⁾ y una Oficina de Elecciones Libres en Varsovia. Esta última con la finalidad de «facilitar los contactos y el intercambio de información sobre elecciones en los Estados participantes»⁽¹¹¹⁾. La Carta también prevé la eventual creación, después de nuevas consultas, de una «asamblea parlamentaria de la CSCE, con la participación de los miembros de los parlamentos de todos los Estados participantes», con el fin de alcanzar «una mayor participación parlamentaria en la CSCE»⁽¹¹²⁾.

La nueva Oficina de Elecciones Libres y sus funciones se describen en el «documento adjunto» a la Carta⁽¹¹³⁾. La oficina tiene como función «fomentar la aplicación» de las disposiciones del documento de Copenhague relativas a la democracia electoral y finaliza señalando que está autorizado a «recopilar información», incluyendo pero no limitado a, los informes de los gobiernos sobre las elecciones y el proceso electoral en los Estados participantes, «así como los informes de observación electoral». Esta Oficina también «servirá para facilitar el contacto entre los gobiernos, parlamentos u organizaciones privadas que deseen observar las elecciones y a las autoridades competentes de los Estados en los que las elecciones se lleven a cabo»⁽¹¹⁴⁾.

Más recientemente, en septiembre y octubre de 1991, los representantes de estas naciones apoyaron por unanimidad el Documento de la Reunión de Moscú de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la CSCE. Se reafirma «que las cuestiones relativas a los derechos humanos, las libertades fundamentales, la democracia y el imperio de la ley son de interés internacional, así como también lo es el respeto a estos derechos y libertades que constituyen una de las bases del orden internacional». Los Estados participantes «categóricamente e irrevocablemente declaran que los compromisos asumidos

en el ámbito de la dimensión humana de la CSCE son asuntos de preocupación directa y legítima a todos los Estados participantes y no pertenecen exclusivamente a los asuntos internos del Estado en cuestión»⁽¹¹⁵⁾. Más importante aún es el mecanismo y el procedimiento establecido en los párrafos 3 al 16, que prevén un poder recurrir a expertos, hasta tres, los cuales pueden ser nombrados por un Estado que solicita sus buenos oficios o servicios de mediación en relación con cualquier disputa doméstica que se derive de la propia «dimensión humana». Si un Estado perteneciente a la CSCE cuestiona una dimensión humana de otro de los miembros, este último, por iniciativa propia, debe invitar a una misión de investigación; en caso contrario, el Estado solicitante y otras cinco personas pueden invocar el proceso con un grupo de tres personas que serán seleccionadas, a partir de la «lista recurso», por el Estado solicitante, una por el Estado requerido y el tercero de común acuerdo entre los otros dos, o por el ranking oficial de la CSCE designado por el Consejo. Estos «relatores» están para establecer los hechos e informar sobre ellos, y pueden además brindar asesoramiento sobre las posibles soluciones a los problemas planteados. Lo más importante de todo es la parte segunda del Documento de Moscú, en la que los miembros se comprometen a:

«apoyar con firmeza, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, en caso de derrocamiento o de intento de derrocamiento de un gobierno legítimamente elegido de un Estado participante por medios, los órganos

(110) Carta de París, supra nota 105, en p.206

(111) *Ibid.*; en p.207.

(112) *Ibid.*

(113) *Ibid.*; en p.214-215.

(114) *Ibid.*; en p.214

(115) Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa, Documento del Encuentro de Moscú de la Conferencia sobre la Dimensión Humana del CSCE, 3 de octubre de 1991, Preámbulo, en 2 (texto no oficial de la delegación de los Estados Unidos, reimpresso en 30 ILM,1670, 1991) (en adelante el Documento de Moscú)

legítimos de dicho Estado, la defensa de los derechos humanos, la democracia y el imperio de la ley, reconociendo su compromiso común para contrarrestar cualquier intento que busque poner freno a estos valores básicos»⁽¹¹⁶⁾.

La evolución de la determinación textual en relación al derecho electoral es de reciente desarrollo. Sin embargo, en la práctica, la supervisión del derecho tiene una historia larga. Como ya se ha mencionado, el largo registro de supervisión de elecciones de la ONU tanto en los territorios de anteriores fideicomiso y en algunas colonias inmediatamente antes de que estas logaran que la independencia ha servido de instrumento para establecer su genealogía. Pero esta práctica también ha perfeccionado el contenido normativo de este derecho. Ya en mayo de 1956, el Concilio de Fideicomiso envió supervisores al plebiscito en el que el pueblo del Togo británico (*Togoland*) escogieron pertenecer a Ghana⁽¹¹⁷⁾. Los supervisores estaban envueltos en dirigir el desarrollo de los plebiscitos pre independentistas en el Camerún británico en noviembre de 1959 y en febrero de 1961⁽¹¹⁸⁾. De forma similar, tras las acciones violentistas producidas en noviembre de 1959 entre los Hutu y las tribus de Tutsi en lo que era entonces la Ruanda-Urundi, administrada

por Bélgica, las Naciones Unidas dirigieron una elección pre-independentista y un referéndum, que determinaron la separación de los reinos indígenas unidos y el futuro de la Monarquía⁽¹¹⁹⁾.

En 1961, las Naciones Unidas guiaron a Nueva Zelanda, la autoridad administradora, en la realización de un plebiscito en Samoa Occidental que apoyó un proyecto de Constitución y una forma de asociación con el ex mandatario⁽¹²⁰⁾. El 17 de junio de 1975, las Naciones Unidas observaron la votación en la que los residentes de las Islas Marianas del Norte aprobaron una forma flexible de confederaciones políticas con los Estados Unidos⁽¹²¹⁾; y, en diversas ocasiones en el decenio de 1980, se supervisaron plebiscitos en el resto de Islas mandato del Pacífico de los Estados que determinaron la futura posición de estos varios archipiélagos⁽¹²²⁾.

(116) Documento de Moscú, supra nota 115, párrafo 17 en p.9

(117) Reporte del Comisionado del Plebiscito de la ONU para el mandato de Togo bajo la Administración Británica. Documento de la ONU T/1258 y Add.1, 1956.

(118) Ver la Resolución de la Asamblea General 1350, 13 ONU AGAO Supp. (No.18A) en 2, Documento de la ONU A/4090/Add.1, 1959 (sobre si los Cameruneses del Norte deseaban «ser parte de la región del norte de Nigeria cuando la federación de Nigeria se independice.») Resolución GA1352 14 ONU AGAO Supp.(n.16) en p26, Documento de la ONU A/4354, 1959 (sobre si los cameruneses del Sur deseaban lograr la independencia «uniéndose a la Federación Independiente de Nigeria (o) la República de los Cameruneses independiente»);Resolución de la Asamblea General 1473, ibid. en p.38 (poniendo las preguntas puestas en el plebiscito de la Resolución GA 1352 ante los cameruneses del Norte); ver también el Reporte del Comisionado de la ONU PARA LA Supervisión de los Plebiscitos en las partes del norte y del sur de los mandatos cameruneses bajo la administración del Reino Unido, Documento de la ONU, T/1556 y app, 1961.

(119) Resolución de la Asamblea General 1579, 15 ONU AGAO Supp (N.o16), supra nota 31, en p.34 (elecciones); Resolución de la Asamblea General 1605, 15 ONU AGAO Supp (N.o16-A) en p.8 Documento de la ONU A/4684/Add.1, 1961 (referéndum).

(120) Resolución de la Asamblea General 1569, 15 ONU AGAO Supp. (N.o16), supra nota 31 en p.33 (sobre si los habitantes del territorio aceptaron «la Constitución adoptada por la Convención Constitucional el 28 de octubre de 1960» y aprobaron «que el 1 de junio de 1962 Samoa debería convertirse en un Estado independiente en base a esa Constitución»); véase también el Reporte del comisionado de la ONU para la Supervisión del Plebiscito en Samoa Occidental.

(121) Reporte de la Misión Visitadora de la ONU para observar el Plebiscito en las Islas Marianas del Norte, Mandato de las Islas del Pacífico, 43, ONU Supp.(N.o2) en 24, Documento de la ONU T/1771, 1976.

(122) Ver el Reporte de la Misión Visitadora de la ONU para observar el Plebiscito en los Estados Federados de Micronesia, Mandato de las Islas del Pacífico, 51 ONU TCOR Supp. (N.o1) en 14, Documento de la ONU T/1860,1984 (21 de junio de 1983, plebiscito para las islas de Truk, Yap, Kosrae y Ponape); Reporte de la Misión Visitadora de la ONU para observar el Plebiscito en las Islas Marshall, Mandato de las Islas del Pacífico, ibid.; (N.o2) en pp.12-13, Documento de la ONU T/1865, 1984. (Plebiscito del 7 de setiembre de 1983); Reporte de la Misión Visitadora de la ONU para observar el Plebiscito en las Islas de Palau, Mandato de las Islas del Pacífico; 53 ONU TCOR Supp. (n.2) en 14, Documento de la ONU T/1885, 1986. (Plebiscito del 21 de febrero de 1986).

Thomas M. Franck

El seguimiento del progreso político en los territorios bajo mandato condujeron a la enunciación de los principios aplicables al derecho democrático casuístico. A lo largo de las décadas de 1950 y de 1960, el Consejo de Administración Fiduciaria y la Asamblea General, sobre la base de los informes realizados por las misiones visitadoras, formularon recomendaciones a los mandatarios de los mandatos. Estas frecuentemente especifican las medidas necesarias a efecto de la participación democrática de los habitantes en la elección de su futuro político. Por ejemplo, en su informe de 1959 de la administración belga de Ruanda-Burundi, el Consejo instó a que la representación de habitantes en el órgano legislativo se aumente y que se le dé más poder. El Consejo también pidió que se instaure el sufragio universal directo, y un aumento de las responsabilidades de las autoridades locales elegidas⁽¹²³⁾. Este tipo de asesoramiento influyó tanto en la determinación del ritmo y de la dirección de la emancipación de un territorio, lo cual cristalizó una expectativa ampliamente compartida acerca de los requisitos de derecho democrático.

Si bien las Naciones Unidas tienen un fundamento jurídico específico para las intervenciones, y la validación del proceso democrático dentro de los mandatos, también encuentra las bases para la supervisión de elecciones y referéndums, justo antes de la independencia, en los territorios bajo régimen colonial, y este papel gradualmente llegó a ser un elemento aceptado en la legitimación de estos procesos de transición. Así, los observadores de las Naciones Unidas supervisaron el referéndum para la creación de una nueva Constitución para las Islas Cook en 1965⁽¹²⁴⁾; así como también el referéndum y las elecciones pre-independentistas en la Guinea Ecuatorial

española en 1968⁽¹²⁵⁾. Las Naciones Unidas se comprometieron a realizar similar supervisión del referéndum sobre el futuro de la Nueva Guinea Occidental, este se llevó a cabo del 14 de julio al 2 de agosto de 1969⁽¹²⁶⁾. También supervisó las elecciones llevadas a cabo en noviembre de 1980 en las Islas Nueva Hebrides, que se encontraban bajo la administración francesa y británica; estas elecciones condujeron a la creación de la independiente Vanuatu⁽¹²⁷⁾.

A medida que la época colonial llegó a su fin, la importancia del papel de supervisión de la ONU, en lugar de disminuir, parece haber aumentado, en parte debido a la dificultad de los últimos casos de descolonización. En estos, el papel de «intermediario honesto» de las Naciones Unidas, resultó indispensable. Un ejemplo notable es el Grupo de Asistencia de Transición de las Naciones Unidas (GANUPT), la administración de transición de la ONU que actuó como partera en el nacimiento de la Namibia independiente. Bajo la administración desde la derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial, el territorio se estableció en el camino a la independencia en primer lugar por la Asamblea General de la terminación del mandato de Sudáfrica en 1966, seguido de una opinión consultiva de la CIJ en 1971⁽¹²⁸⁾, y por la decisión del Consejo de Seguridad

(123) 24 ONU TCOR, Anexo 1 (Ítem 3 de la Agenda) en p.21 Documento de la ONU T/L.928, 1959.

(124) Resolución de la Asamblea General 2355, 22 AGAO Supp. (n.15) en 7, Documento de la ONU A/5815, 1965; Reporte de los Representantes de la ONU para la supervisión de las Elecciones en las Islas Cook, documento de la ONU A/5962 y Corr.1, 1965

(125) Resolución de la Asamblea General 2355, 19 ONU AGAO Supp. (n.16) en p.54 Documento de la ONU A/6716, 1967; Misión de la ONU para la Supervisión del Referéndum y las Elecciones en Guinea Ecuatorial, documento de la ONU A/7200/Add. 4 Anns. V, VI (1968). La Independencia fue formalmente lograda el 12 de octubre de 1968.

(126) Resolución de la Asamblea General 1752, 17 ONU AGAO Supp. (n.46) en p.70 Documento de la ONU A/7641 (1969).

(127) Resolución de la Asamblea General 34/10,34 ONU AGAO Supp. (n.46) en p.199 Documento de la ONU A/34/46, 1979; Reporte de la Misión de las Naciones Unidas para observar las elecciones en las Nuevas Hébridas, Documento de la ONU A/34/852, 1979.

(128) Consecuencias legales para los Estados que continuaron la Presencia de Sudáfrica en Namibia (África del Sudeste) sin perjuicio de la Resolución 276 del CS, 1970, 1971 Corte Internacional de Justicia Rep.16 (Opinión Consultiva del 21 de junio)

(CS) en 1978, que establecía los parámetros para el desarrollo político y democrático del territorio⁽¹²⁹⁾. Sin embargo, tomó una década para que el clima político en Sudáfrica cambie lo suficiente como para permitir la aplicación internacional de la libre determinación a través de una votación supervisada por las Naciones Unidas. En esa época, las divisiones raciales y tribales se habían convertido en los posibles obstáculos a una transición pacífica. Creado por el CS, precisamente para evitar un conflicto civil pre-independentista, GANUPT hizo un seguimiento a los últimos meses de la administración de Sudáfrica y supervisó las elecciones inmediatamente anteriores a la independencia. Pero el GANUPT no se limitó a vigilar que se realice la votación. Asumió, además, la responsabilidad de mantener la paz, la supervisión de la retirada participación militar en Sudáfrica y la asistencia en la redacción de una nueva Constitución. Ayudó a lograr la rápida derogación de leyes discriminatorias, la aplicación de una amnistía y el regreso de los refugiados políticos, que fue fundamental en el mantenimiento de la elección pacífica y productiva. El despliegue de más de siete mil militares y personal civil a un costo de US\$ 373 millones, preparó las elecciones de noviembre de 1989 que se llevó a cabo con éxito y así una situación llena de riesgos se convirtió, en cambio, en un modelo de transformación política⁽¹³⁰⁾.

El CS autorizó un papel similar a las Naciones Unidas en una resolución del 29 de abril de 1991, que estableció una Misión de la ONU para el referéndum en el Sáhara Occidental⁽¹³¹⁾. En el marco del plan negociado por el Secretario General con el Gobierno de Marruecos y el Movimiento de Liberación Nacional POLISARIO la observación electoral será sino un componente de un proyecto que otorga a la Organización la responsabilidad predominante del gobierno del territorio en el período anterior a las elecciones y durante el crucial plebiscito. Después de

casi dos décadas de guerra por el control del territorio, las Naciones Unidas deben garantizar la seguridad de este territorio, facilitar la repatriación en gran escala de los refugiados, supervisar la retirada de las milicias rivales, y supervisar el delicado proceso de determinar quién es elegible para votar⁽¹³²⁾.

Aún más notable que su vigilancia en las colonias y territorios en fideicomiso, es la reciente supervisión por parte de las Naciones Unidas de los votos cruciales en los Estados miembros independientes. En el primero de ellos, las elecciones de 1990 en Nicaragua, el seguimiento de la ONU fue el punto más alto de la muestra de los amplios «buenos oficios» del Secretario General en cooperación con la OEA, con el objetivo de poner fin al conflicto regional de América Central. Este esfuerzo dio lugar, en agosto de 1987, al acuerdo de Esquipulas II, celebrado entre los cinco Presidentes centroamericanos, que estableció un plan para restablecer la paz y garantizar la legitimidad en Nicaragua. En respuesta a su llamado del 3 de marzo de 1989, para la observación internacional de elecciones libres, el Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua solicitó al Secretario General establecer una misión de observadores⁽¹³³⁾. La Asamblea General buscó asistir al proceso de Esquipulas en forma adecuada⁽¹³⁴⁾, aunque esa resolución no se pronunciara sobre la observación de las elecciones. Sin embargo, el Secretario General pensó que había una «base jurídica

(129) Resolución del CS n.435, 33 Registros Oficiales del CS (Res. Y Dec.) en 13, Documento e I ONU. S/INF/34, 1978. No autorizo el envío del Grupo de Naciones Unidas de Asistencia para la Transición en Namibia, (UNTAG, por sus siglas en inglés) hasta 1989. Resolución del CS n.628 44 ONU Registros Oficiales del CS (Res y Dec.) en 2, ONU Documento S/INF/45,1989); Resolución del CS 629, *ibid*.

(130) Crónica de la ONU, *Namibia, Independence at Last*. Junio de 1990, en 4. Namibia formalmente logró su independencia el 21 de marzo de 1990.

(131) Resolución del CS n.690 (29 de abril de 1991).

(132) *The Situation Concerning Western Sahara*; Reporte del Secretario General, Documento de la ONU S/22464, 1991.

(133) Véase *The Situation in Central America; Threats to International Peace and Security and Peace Initiatives*, Documento de la ONU A/44/642, EN 2,1989 (en adelante el '*First Nicaragua Report*')

(134) Resolución de la Asamblea General 43/24,43 ONU AGAO Supp. N.49 en 27, Documento de la ONU, A/43/49, 1988.

Thomas M. Franck

suficiente» para cumplir la solicitud de Nicaragua⁽¹³⁵⁾. Como resultado, el 6 de julio de 1989 estableció la Organización de las Naciones Unidas para la Verificación de Elecciones en Nicaragua (ONUVEN)⁽¹³⁶⁾, una iniciativa aprobada por el CS luego de tres semanas⁽¹³⁷⁾.

El papel activo y de largo alcance de los observadores de las Naciones Unidas en Nicaragua ilustra claramente cuánto han evolucionado en la práctica las normas para la supervisión de las elecciones internacionales desde los días de las misiones al Togo Británico y de Ruanda-Burundi. Los observadores enviados por el Secretario General monitorearon las actividades del Consejo Supremo Electoral en la elaboración y aplicación de nuevas leyes aplicables a las candidaturas, la campaña y las actividades conexas. Estas se desplegaron a lo largo de la campaña electoral y durante los conflictos entre los candidatos debido al acceso al financiamiento, a los medios de comunicación e incluso a las calles. Ellos supervisaron los derechos de los partidos políticos para organizar su campaña y, verificaron el derecho de los que hacían campañas a no ser abusados y verificaron también irregularidades que podrían haber socavado la legitimidad de los resultados venideros⁽¹³⁸⁾. En la etapa final, la ONUVEN observó la votación y estableció su propia proyección de los resultados⁽¹³⁹⁾. Al comentar sobre estas variadas funciones, el jefe de la ONUVEN, Elliot Richardson, señaló que su grupo había decidido a principios de su carrera «que la responsabilidad de la verificación del proceso electoral exige más que simplemente el registro del proceso de grabación, más que la observación, y no podía de pronto dejar buscar activamente la corrección de los defectos sustanciales que habían sido descubiertos⁽¹⁴⁰⁾.

La creación de un mandato de las Naciones Unidas para la ONUVEH⁽¹⁴¹⁾, la misión establecida el 10 de octubre de 1990,

para supervisar las elecciones de Haití, fue más controvertida. El caso haitiano -saludado por muchos, pero temido por otros- fue visto como un posible precedente para la supervisión internacional en cualquier Estado independiente. Mientras que lo mismo se ha dicho de la ONUVEN, la larga guerra civil nicaragüense podría haber sido suficiente amenaza a la paz, para justificar, con carácter excepcional, el papel de legitimación de las Naciones Unidas en las elecciones nacionales. En el caso de Haití, sin embargo, no hubo una evidente amenaza a la paz internacional y las elecciones no constituyeron parte de un programa regional para la reconciliación posguerra bajo supervisión internacional. De hecho, la función de vigilancia de Naciones Unidas existe exclusivamente como resultado de una solicitud en una carta dirigida al Secretario General por el Gobierno de Transición de Haití⁽¹⁴²⁾. En términos normativos, Haití puede ser entendida como la primera instancia en que la ONU, a solicitud de un gobierno nacional, intervino en un proceso electoral exclusivamente para validar la legitimidad de los resultados».

A pesar de los recelos, la ONUVEH obtuvo el visto bueno de la Asamblea General⁽¹⁴³⁾. Una vez más, los observadores fueron autorizados a hacer mucho más que supervisar el conteo de votos. Su primer informe señaló la falta de tradiciones democráticas en Haití y su larga historia de totalitarismo y violencia, en gran

(135) Documento de la ONU, A/43/49, 1988

(136) Documento de la ONU, A/43/49, 1988

(137) Resolución del CS 637 44 ONU Registros Oficiales del CS supra nota 129 en p.19

(138) Véase, por ejemplo, *The Situation in Central America: Threat to International Peace and Security and Peace Initiatives*, supra nota 133; Documento de la ONU A/44/834, 1990 (Segundo Reporte); Documento de la ONU A/44/917, 1990 (Tercer Reporte); Documento de la ONU, a/44/921, 1990 (Cuarto Reporte)

(139) Quinto Reporte de Nicaragua, Supra nota 138,

(140) *Ibid.*; en p.3.

(141) *United Nations Observer Group for Verification of Elections in Nicaragua*. Grupo de Observadores de verificación de Elecciones de las Naciones Unidas en Haití.

(142) Documento de la ONU A/44/965, 1990.

(143) Resolución de la Asamblea General 45/2 (12 de octubre de 1990).

parte inspirado en el gobierno y algunas de ellas bastante recientes⁽¹⁴⁴⁾. En respuesta a este problema, la Asamblea ha autorizado la contratación de observadores «con una sólida experiencia en el ámbito del orden público»⁽¹⁴⁵⁾. Como la ONUVEH pronto descubrió, la

«primera tarea (...) era ayudar a crear un clima psicológico favorable a la celebración de elecciones democráticas (...). Para esto fueron ayudados por medio de una campaña radial y televisiva llevada a cabo por un equipo de información de la ONUVEH (...)

[Ellos] preguntaron e investigaron las dificultades encontradas en el registro de votantes de los colegios electorales y las irregularidades comunicadas a ellos. Asistieron a reuniones políticas (...) e hicieron un seguimiento de radio y televisión para asegurarse de que todos los candidatos tenían igual acceso a los medios de comunicación»⁽¹⁴⁶⁾.

Si bien el Secretario General, en su informe final sobre la ONUVEH, expresó su satisfacción por la imparcialidad del proceso electoral y el papel desempeñado por las Naciones Unidas, también tomó nota de los enormes obstáculos que se avecinan para la democracia haitiana y exhortó a «poner en marcha una campaña civil de educación sobre la importancia del parlamento y las autoridades locales»⁽¹⁴⁷⁾. El Secretario General advirtió que, si la democracia electoral se convirtiera en algo más que un tiempo de ventilación en la historia de un Estado con poca experiencia en tales asuntos, tendrá que realizarse un esfuerzo mucho más sostenido bajo los auspicios de la comunidad de naciones. Esta advertencia indica la necesidad de un compromiso a largo plazo, un programa de asistencia preferente. Más aún, implica al menos la necesidad de un compromiso de esfuerzo internacional a largo plazo para crear la base de elementos de las instituciones políticas democráticas y los procesos -una forma asistencia técnica

particularmente desafiante- en naciones sin tradición. Así pues, la práctica a su vez sugiere un importante papel futuro a las organizaciones no gubernamentales, a las organizaciones de ciudadano a ciudadano, componente del sistema de Naciones Unidas no muy usado, pero sí muy valioso.

El golpe militar que derrocó al gobierno elegido de Haití el 30 de septiembre de 1991, confirmó la advertencia hecha por el Secretario General acerca de que las elecciones no son necesariamente una panacea o una cura para todo. A menos de dos semanas después, la Asamblea General respondió, pasando por consenso una resolución que «fuertemente condena tanto el intento de sustitución ilegal del Presidente constitucional de Haití como el uso de la violencia, la coacción militar y la violación de los derechos humanos en ese país» y «exige la inmediata restauración del Gobierno legítimo». Asimismo, «hace un llamado a los miembros (...)» a «adoptar medidas de apoyo» a la acción de la OEA para aislar a Haití diplomática y económicamente⁽¹⁴⁸⁾. Con estas disposiciones, la Asamblea evidenció su intención, en adelante, de considerar al derrocamiento de un régimen elegido democráticamente, como objeto de censura e incluso para recomendar medidas colectivas⁽¹⁴⁹⁾.

La OEA también ha participado en la supervisión de las elecciones. Sus miembros autorizaron el envío de una comisión de 435 personas en 1990 a Nicaragua para observar el setenta por

(144) *First Report of the United Nations Observer Group for the Verification of Elections in Haiti*, Documento de la ONU A/45/870/, en pp.9-10, 1990.

(145) Resolución de la Asamblea General 45/2, sprá nota 142, párrafo 1(d)

(146) *United Nations Electoral Assistance in Haiti*, Documento de la ONU. DPI/1120, 1991.

(147) *Electoral Assistance in Haiti: Note by the Secretary General*, Documento de la ONU A/45/870/Add.1, en 23, 1991.

(148) Resolución de la Asamblea General A/46/L.8/Rev.1, párrafos 1,2 y 4 (11 de octubre de 1991) (cursivas omitidas).

(149) El rol «secundario» de la Asamblea General en recomendar medidas colectivas por los miembros ha sido controversial pero fue encontrada justificada por el Artículo 17, párrafo 2 de la Carta. Ver *Certain Expenses of the United Nations* (Artículo 17, párrafo 2 de la Carta), 1962 CIJ Rep.151,163 (Opinión Consultiva del 20 de julio)

Thomas M. Franck

ciento de las mesas electorales⁽¹⁵⁰⁾. Además, la OEA mantuvo importante presencia durante las elecciones de Haití⁽¹⁵¹⁾, no sólo para mirar las encuestas, sino también para ayudar en la redacción de la Ley electoral y la organización de la inscripción de votantes⁽¹⁵²⁾. En los dos últimos años, los observadores de la OEA también han monitoreado elecciones en Surinam, El Salvador, Paraguay y Panamá⁽¹⁵³⁾. Como resultado, en parte, de esos esfuerzos colectivos⁽¹⁵⁴⁾, los treinta y cuatro Estados miembros de la OEA -con la lamentable excepción de Haití- poseen gobiernos elegidos de conformidad con el derecho democrático⁽¹⁵⁵⁾.

El seguimiento realizado por los observadores gubernamentales y no gubernamentales también se convirtió en parte importante de la transición de 1989 de regímenes comunistas a los regímenes democráticos en Europa Oriental. Estos eventos anunciaron las declaraciones textuales con respecto a los estándares y procedimientos en los Documentos de Copenhague y París. Una vez más, la práctica precedió a la elaboración de nuevos principios. Los Estados Unidos, al igual que muchos otros gobiernos de la CSCE, enviaron una misión oficial a Bulgaria para la supervisión de las elecciones de 1990⁽¹⁵⁶⁾. Varios miembros del Congreso observaron la campaña electoral en Bulgaria⁽¹⁵⁷⁾ y Checoslovaquia⁽¹⁵⁸⁾, al igual que sus homólogos de algunos parlamentos de Europa occidental.

De manera no oficial, se han llevado a cabo supervisiones de elecciones de manera adicional en los últimos

años. Emisarios del Consejo de Jefes de Gobierno del Centro Carter libremente elegidos observaron las elecciones nicaragüense de 1990 y las elecciones de Zambia de 1991⁽¹⁵⁹⁾. El Instituto Nacional Demócrata para Asuntos Internacionales estadounidense ha supervisado elecciones en doce países desde 1986⁽¹⁶⁰⁾. Al menos media docena de equipos de observadores extranjeros, incluidos los expertos de los Estados Unidos, Filipinas, Japón y el *Commonwealth* Británico han supervisado las elecciones parlamentarias del 27 de febrero de 1991 en Bangladesh⁽¹⁶¹⁾. Los observadores internacionales de Canadá, Francia, Alemania y los Estados Unidos verificaron que las elecciones celebradas en Benin en marzo de 1991⁽¹⁶²⁾ se llevarán a cabo de manera adecuada. Tal vez lo más notable fue la autorización de sesenta y cinco observadores internacionales en el referéndum sobre la independencia llevado a cabo en Letonia el 3 de marzo de 1991⁽¹⁶³⁾.

Elliot Richards, como jefe de observadores de las Naciones Unidas en Nicaragua, predijo que «es probable que en el futuro la ONU será

(150) *New York Times*, 23 de febrero de 1990, en A3, columna 4

(151) OEA/Ser.G./CP/Res.537, documento 805 (1990).

(152) *Report of the Secretary-General on the Assistance the Organization is giving to the Provisional Government of Haiti in its Electoral Process*, OEA (Ser.G./CP/Documento 2108 /90 en p.1

(153) *New York Times*, 9 de junio de 1991, en 2, columna 1.

(154) Véase, por ejemplo., *The OAS condemnation of General Manuel Noriega's Usurpation of Democratic Electoral Process in Panama's election of May, 7, 1989*, supra nota 89. Véase también *New York Times*, 18 de mayo de 1989.

(155) *New York Times*, 9 de junio de 1991, S en 2, columna 1.

(156) *New York Times*, 6 de junio de 1990, en A10, columna 3.

(157) Ver KAHN, *Bulgaria's Different Pathway* Christian Sci. Monitor, 22 de junio de 1990, en 18. *Helsinki Watch* también envió supervisores. *New York Times*, 11 de junio de 1990, en A1, columna 1.

(158) *New York Times*, 10 de junio de 1990, 1 en 31, columna 1.

(159) *New York Times*, 9 de agosto de 1989, en 2, columna 1.; *New York Times*, 11 de junio de 1990, en A3, columna 1.

(160) Instituto Nacional Demócrata para Asuntos Internacionales, Respuesta a la Resolución 45/150 de la Asamblea General de la ONU: Desarrollando una Capacidad de Asistencia en Elecciones de las Naciones Unidas 2,1991 (memorando entregado al Secretario General)

(161) *New York Times*, 28 de febrero de 1991, en 5, columna 4.

(162) *New York Times*, 12 de marzo de 1991, en A11, columna 1.

(163) *Financial Times* (Londres), 4 de marzo de 1991, en p.14

llamada para misiones similares en otros países»⁽¹⁶⁴⁾. «Los resultados de esas elecciones», como observó recientemente el Profesor Reisman, «servirán como prueba de la soberanía popular y de base para el apoyo internacional del gobierno elegido»⁽¹⁶⁵⁾. Adecuadamente, el presidente George Bush, al frente a la cuadragésima quinta Asamblea General, propuso la creación de una comisión electoral permanente de la ONU para ayudar a las naciones, a petición de éstos, a garantizar que sus elecciones sean libres y justas⁽¹⁶⁶⁾. Un año después, como se ha señalado, la Asamblea implementó esta propuesta.

En cada vez mayor medida, el solicitar el monitoreo internacional de elecciones se tomará en rutinaria de la práctica nacional, especialmente útil cuando la legitimidad democrática de un régimen se encuentre en cuestión. Por supuesto, todavía existen graves disidentes, como los gobiernos totalitarios de Myanmar, Corea del Norte y China. Sin embargo, este número está disminuyendo. El Gobierno formado en Etiopía en mayo de 1991, finalizada la guerra civil, se ha comprometido a realizar «elecciones libres y democráticas bajo la supervisión internacional» en el plazo de un año⁽¹⁶⁷⁾. Los insurgentes que tomaron el poder en Eritrea⁽¹⁶⁸⁾ se han comprometido a no separarse de Etiopía hasta después de un plebiscito supervisado por las Naciones Unidas; éste se celebrará dentro de dos años⁽¹⁶⁹⁾.

Un reciente estudio de la Secretaría de monitoreo Naciones Unidas, que notó el incremento de la demanda de electorales, marcó el inicio de la disposición de parámetros jurídicos, institucionales, administrativos y fiscales de un ya expandido servicio de observación electoral de Naciones Unidas⁽¹⁷⁰⁾. La OEA recibió la autorización para preparar un estudio similar⁽¹⁷¹⁾. Estos estudios iniciaron la difícil tarea conceptual, de analizar a través de la creciente práctica, el significado del concepto normativo señalado por la frase «derecho democrático». Estos datos evidenciaron que la supervisión de elecciones internacionales no puede limitarse a garantizar el derecho

ciudadano al voto reconocido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Carta de París. Se logrará una mayor determinación con la implementación caso por caso, y en la destilación de esa experiencia.

Un estudio que trate de conectar los puntos de la práctica con las líneas de principio enunciado también tiene que examinar varios casos en los cuales fue negada la supervisión de las elecciones. Por ejemplo, en 1990 el Secretario General se negó a supervisar las elecciones en Rumania sobre la base de que su participación no había sido autorizada por la Asamblea General o el CS. Agregó, quizás de manera aún más persuasiva, que no habían sido invitados a participar con la debida anticipación al establecimiento de las normas y métodos que se utilizarían en la realización de la campaña electoral⁽¹⁷²⁾. En 1991, la Oficina del Secretario General rechazó las peticiones de Lesoto y Zambia para la supervisión de las elecciones, una vez más con el argumento de que, en ausencia de circunstancias especiales, no se encontraba autorizado, de vigilar las elecciones en Estados soberanos. Hasta la fecha, los órganos políticos de las Naciones Unidas pueden haber sido demasiado prudentes al darle al Secretario General la autoridad para responder favorablemente a una solicitud de buena fe hecha por un miembro. Por otra parte, la oficina del Secretario General, puede haber sido hasta la fecha demasiado cautelosa en negar las solicitudes de seguimiento, incluso sin presentar la aprobación del CS o de la Asamblea General.

(164) Quinto Reporte de Nicaragua, supra nota 138 en p.3

(165) REISMAN, *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, 84, 866,868-69, 1990.

(166) *New York Times*, 2 de octubre de 1990, en A12, columna 1

(167) *New York Times*, 29 de mayo de 1991, en A6, columna 5

(168) País al noreste de África. Pertenece a Etiopía hasta que se independizó en 1993.

(169) *New York Times*, 22 de junio de 1991, en 3, columna 1

(170) Principios para la observancia de las elecciones por parte de la ONU, Memorandum Confidencial (6 de junio de 1989)(en la posesión del autor)

(171) OEA/Ser.G/CP/Res.421,doc 606, 1985

(172) Véase *U.N. Says It Won't Monitor Romanian Elections. Nexis, Current Library, Reuters*, 25 de enero de 1990.

Thomas M. Franck

Hay motivos, sin embargo, para tener cierta cautela. Algunos observadores han advertido, con razón, que la simple vigilancia del acto de votación puede colocar a los observadores en una posición en la que legitimen una victoria electoral, aunque esta no hubiese sido lograda ampliamente. Esta reserva no tiene por qué implicar el fraude o la represión, pero es más probable, que se refiera al efecto de la libre elección sobre la forma de operación de las instituciones sociales y políticas ampliamente arraigadas. En palabras de un reciente informe a la Asamblea General hecho por el Secretario General:

«Las solicitudes deben corresponder principalmente a las situaciones con una clara dimensión internacional; el seguimiento de una elección o referéndum debe cubrir todo el proceso electoral a fin de asegurar condiciones de equidad e imparcialidad (...) debe haber un amplio apoyo del público en el Estado para que las Naciones Unidas asuman ese papel y, por último, debe existir la aprobación del órgano competente de las Naciones Unidas»⁽¹⁷³⁾.

En el futuro, de conformidad con la Resolución 46/137, del 17 de diciembre de 1991, todas las solicitudes de seguimiento serán examinadas por el Consejo o la Asamblea, que tendrá la tarea de desarrollar las estándares para la aceptación o el rechazo.

Si bien ningún proceso de observación puede llegar lo suficientemente lejos en la historia de una nación como para extirpar las raíces del impacto social y las desigualdades culturales, los observadores pueden hacer más -y ya lo han hecho- que simplemente presenciar el conteo de votos. Para que el derecho de los ciudadanos a elecciones libres y abiertas sea un legítimo derecho, sus parámetros deben ser claros y específicos. Con ese fin, un sólido repertorio en la práctica, un canon de principios enunciados y un marco institucional para su aplicación se están desarrollando con el fin de aumentar la determinación del derecho.

Mientras el derecho se convierte en una norma aceptada, un prolongado debate en el Derecho Internacional se acerca a

su fin. ¿Son los gobiernos quienes dan validez al Derecho Internacional o es el Derecho Internacional quien da validez al gobierno? Se va poniendo de manifiesto que cada una legitima a la otra.

La capacidad del sistema internacional para validar los gobiernos de esta forma está siendo rápidamente aceptada como un papel adecuado para las Naciones Unidas, los sistemas regionales y de manera complementaria, las organizaciones no gubernamentales. Un reciente estudio realizado por el Ministro de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, se refiere a las expectativas que se tienen de la nueva normativa. Este se pregunta: ¿Qué se espera de un Estado europeo que desean incorporarse a las Comunidades Europeas y el Consejo de Europa? El estudio considera que los países solicitantes «deben ser democracias plurales, deben celebrar con regularidad elecciones libres por votación secreta, deben respetar el imperio de la ley, y deberán haber firmado el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales»⁽¹⁷⁴⁾. Esta prueba que busca determinar la validez del gobierno y la entrada en una sociedad de naciones, hubiera sido impensable hace un decenio; aunque se considera intachable en la nueva Europa. En el futuro, algunas normas comparables deberían, sin lugar a dudas, convertirse en el estándar para la participación en las instituciones multinacionales de la comunidad mundial.

Como un paso en aquella dirección, la Asamblea General podría adoptar las directrices en el Documento de Copenhague de la CSCE y en la Carta de París; y establecer la aplicación de

(173) *Enhancing the Effectiveness of the Principle of Periodic and Genuine Elections, Report of the Secretary General*, Documento de la ONU A/46/609, párrafo 79 en p.25, 1991. Ver también GELB, *The Free Elections Trap*, *New York Times*, 29 de mayo de 1991, en A23, columna 1.

(174) Carta del Ministro de Asuntos Exteriores (H. van den Broek) al Comité Consultivo sobre los Derechos Humanos y Política Exterior (20 de junio de 1990), reimpresso En: *Netherlands Advisory Committee on Human Rights and Foreign Policy, Democracy and Human Rights in Eastern Europe* 30-31, 1990.

estos parámetros al artículo 25 del Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos. Esta resolución, entre otras cosas, orientaría y ayudaría al Comité de Derechos Humanos a llevar a cabo su tarea de vigilancia/supervisión, de manera más eficaz, por la gran mayoría de los Estados partes en ese instrumento mundial. También ayudaría a determinar más el contenido de las leyes nacionales aplicables a las prácticas políticas. El llevar la evolución de las prácticas de las Naciones Unidas, en conformidad con la CSCE, dotaría a los emergentes derechos democráticos de una mayor especificidad y coherencia.

6. Coherencia del derecho democrático

El pedigrí y la determinación, como hemos visto, dan una regla que dota de fuerza a una situación de cumplimiento que hemos identificado como la prueba de percepción de su legitimidad. La coherencia también cumple esta función. La coherencia es aquella cualidad poseída por una norma que le permite ser vista de manera holística; es decir, parte del contexto de una norma marco, en el que las partes se juntan para cumplir el objetivo y el significado de un todo más grande. Una regla que puede, de forma verosímil, según la pretensión de ser parte de esta madeja, ejercer un cumplimiento mayor que una que no puede⁽¹⁷⁵⁾.

Otra forma de entender la coherencia es examinar la medida en que el cumplimiento de una norma, invocada en un caso, se ve aumentada por la evidencia de que tiene conexiones que llevan más allá de los detalles de esa controversia. Tal argumentación puede aparecer en varias formas. En primer lugar, puede llegar a ser evidente que la regla puesta a prueba se encuentra relacionada íntimamente a un mayor régimen de reglamentación -por ejemplo, como una cláusula de un tratado- como para poner en juego el peso y el propósito de un todo mayor. En segundo lugar, la regla bajo examen que puede evidenciar un importante principio -el derecho común inglés abunda en tales «máximas»: *nemo dat quod non habet*,⁽¹⁷⁶⁾ por ejemplo- en la que muchas distintas normas dependen. En tercer lugar, las cuestiones en una instancia pueden parecerse a los de otros, creando una forma de imperativo para tratarlos por igual mediante la aplicación de la misma norma.

En este entendido, ¿Qué tan coherente es el canon normativo del derecho democrático? Nuestro examen de los textos mundiales y regionales y los procesos, revelarán que las normas relativas a la libre determinación, la libertad de expresión y el derecho a participar en elecciones libres y abiertas están estrechamente entrelazadas en un único tejido. Estas tres generaciones de derecho democrático, reforzadas por los sistemas regionales, no sólo comparten muchos de los mismos o similares normas, sino que también han desarrollado comunes o comparables tipos de instituciones, procedimientos y costumbres. Cada hilo (norma) refuerza, y se ve reforzada por el tejido de la tela.

Cuando se trata de principios compartidos, sin embargo, las conexiones son menos claras. El derecho democrático, después de todo, todavía se basa en el principio radical de que la comunidad de Estados tiene la facultad de redactar y aplicar los códigos que rigen el comportamiento de los gobiernos hacia sus propios ciudadanos. No cabe duda de que algunas de esas hipótesis, justificaron hace mucho tiempo el «iluminado» colonialismo; su reliquia todavía se avista en el artículo 38, de la CIJ, que autoriza a los jueces a consultar «los principios generales del derecho reconocidos por las naciones ‘civilizadas’». El término «civilizado» puede ser aun empañado por asociación con Cecil Rhodes, pero la idea de que los gobiernos pueden ser objeto de una gradación de conducta no lo es. La Carta limita la membresía de la Naciones Unidas tan solo a los Estados que son «amantes de la paz» (artículo 4) y exhorta a los gobiernos a respetar la «igualdad de derechos y libre determinación de los [sus] pueblos» (artículo 1). Las Convenciones contra el Genocidio⁽¹⁷⁷⁾

(175) Ver FRANCK, Thomas. supra nota 12 en pp.150-82.

(176) «nadie [puede] dar lo que no tiene».

(177) Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen del Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, 78 UNTS 277 (vigente desde el 12 de enero de 1951).

Thomas M. Franck

y el Racismo⁽¹⁷⁸⁾ sin duda califican como normas de conducta impuestas a todos los Estados de la comunidad de naciones, las normas de esta Convención. Habiéndose convertido en normas consuetudinarias, así como convencionales -si es que no también normas de *ius cogens*- estos convenios se puede decir que ejemplifican el principio de que los Estados tienen la autoridad colectiva para determinar las mínimas normas de conducta a partir de las cuales ninguno de ellos puede desviarse mucho tiempo sin poner en peligro su membresía en el club.

Sin embargo, la noción de que la comunidad puede imponer tales normas, sobre las que se basa el derecho democrático, siempre ha sido impugnada con referencia a otro, consagrado en el artículo 2 de la Carta. Este artículo proporciona, el reconocimiento formal del principio de la soberanía del Estado del viejo siglo, y reconoce que la Organización no interferirá en los asuntos «esenciales de la jurisdicción interna de los Estados». Mientras, como se ha señalado, este conflicto puede haber sido resuelto dentro del contexto regional del CSCE con el reconocimiento de la importancia del derecho democrático hecho por el Documento de Copenhague y la Carta de París, la suprema definición de ese derecho no es todavía clara ni evidente en el contexto global. Es claro que la soberanía estatal, tanto por el funcionamiento de adelantos tecnológicos como por la elevada sensibilidad humanística, no es lo que era. Incluso aquéllos que defienden la vitalidad continuada de dicho principio probablemente concederían que el genocidio no cae «esencialmente» dentro del ámbito de actividad del gobierno «doméstico» protegido. Ni tampoco, ciertamente, el racismo y, desde la década de 1960, los rechazos de autodeterminación. Desde la puesta en vigor del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, rechazos agravados del derecho a la libertad de expresión y a las elecciones libres y abiertas, generalmente han sido reconocidos como excepciones al principio de no intromisión en la jurisdicción doméstica de los Estados. No obstante, un conflicto residual de principios todavía preocupa a muchos Estados.

El problema no es tan evidente en la teoría como en la práctica. La observación electoral efectiva es aún más intrusiva que el

sólo monitoreo del sufragio. Y la acción colectiva para obligar a los Estados a la adhesión de estos estándares es la mayor intromisión. Así, el conflicto de principios necesita ser reconocido, explicitado, y reconciliado con la satisfacción general de la preponderancia de Estados, antes de que la validez normativa global del derecho a la democracia sea demostrada con una coherencia real, en oposición a la formulada. Esto exigirá a la acción encontrarse con las preocupaciones prácticas de Estados que todavía consideran el principio de no intromisión como de vital importancia para su bienestar nacional.

También incierto es determinar hasta que punto las varias partes del derecho democrático pueden exigir la legitimidad que deriva de «darle el mismo tratamiento a todos los casos, como si fueran iguales». ¿Están, virtualmente, todos los Estados, preparados, por ejemplo, para tener sus elecciones supervisadas por un proceso global confiable y creíble? Este y otros problemas necesitan ser examinados en detalle antes de que pueda decirse que el derecho democrático ha logrado coherencia universal.

6.1 La importancia de la Conexión de los Derechos Humanos

Un luminoso eslabón conecta a los tres componentes del derecho democrático; las reglas, y los procesos para comprender que la libre determinación, la libertad de expresión y los derechos electorales tienen mucho en común y que evidentemente apuntan al logro de un propósito coherente: crear para todas las personas la oportunidad de asumir la responsabilidad de formar el tipo de sociedad civil en que ellos viven y trabajan. Existe un gran canon normativo para promover este objetivo: La Carta Constitucional de la ONU,

(178) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, abierta para firma el 7 de marzo de 1966, 660 UNTS 195, reimpresso en 5 ILM 352, 1966 (vigente desde el 4 de enero de 1969)(en adelante, la Convención Racial).

la Declaración Universal de Derechos Humanos⁽¹⁷⁹⁾, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽¹⁸⁰⁾, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial⁽¹⁸¹⁾, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*⁽¹⁸²⁾, la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación basada en la Libertad Religiosa y de Creencias⁽¹⁸³⁾, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer⁽¹⁸⁴⁾. Estos derechos con respaldo universal, son complementados por instrumentos regionales como la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁽¹⁸⁵⁾, la Convención Americana de Derechos Humanos⁽¹⁸⁶⁾, la Carta Constitucional Africana de Derechos Humanos y de Gentes⁽¹⁸⁷⁾, el Documento de Copenhague⁽¹⁸⁸⁾ y la Carta Constitucional de París⁽¹⁸⁹⁾.

Cada uno de estos instrumentos reconoce derechos específicos relacionados en favor de los ciudadanos. Estos constituyen limitaciones internacionalmente asignadas a los gobiernos. Como nosotros hemos visto, estos incluyen derechos de participación libre e igual en la gobernación, este grupo dentro de los derechos electorales son un consecuente y, probablemente, segmento necesario. El resultado es un sistema de derechos de participación. Los varios textos hablan de metas similares y despliegan, en su mayoría, un rango similar de procesos para el cumplimiento de la supervisión, algunos de estos procedimientos ya se han vuelto de uso común en relación al derecho democrático. Uno puede defender con convicción que los Estados que niegan a sus ciudadanos el derecho a las elecciones libres y abiertas están violando una

regla que está volviéndose una parte integrante del tejido detallado de derechos rápidamente. Así, el derecho democrático ha adquirido un grado de legitimidad por su asociación con una más amplia protección de leyes que pertenecen a los derechos de las personas en relación a sus gobiernos.

Sin embargo, si bien podemos estar avanzando en esta dirección, es posible que aún no hayamos llegado. Cuando, en noviembre de 1989, el Gobierno sandinista de Nicaragua le solicitó al Secretario General de la ONU que supervisara las elecciones en ese país, él se sintió obligado a vincular su aceptación a dicho pedido, no en el marco de los derechos humanos, sino en relación a las más antiguas, pero quizás mejor establecidas, normas del sistema internacional. De hecho, él aseguró a la Asamblea General que, si bien las Naciones Unidas supervisaron con frecuencia las elecciones en el contexto de la descolonización, «no ha sido la práctica de hacerlo en el respeto de los Estados independientes». Incluso, señaló con orgullo que, «en varias ocasiones a lo largo de los años, hemos disminuido las invitaciones de los Estados miembros a tal efecto». Sin embargo, el caso de Nicaragua podría ser distinguido, porque la solicitud no era de «un sólo Estado miembro, sino que cuenta con el apoyo de los Presidentes de

(179) Resolución de la Asamblea General 217A (III) supra nota 60.

(180) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, supra nota 41.

(181) Convención Racial, supra nota 175.

(182) Resolución de la Asamblea General 3068, 28 ONU AGAO Supp.(N.o30) en 75 Documento de la ONU A/9030, 1973, reimpresso en 13 ILM 56 1974 (vigente desde el 18 de julio de 1976 (en adelante la Convención del *Apartheid*)

(183) Resolución de la Asamblea General 36/55, 36 ONU AGAO Supp.(N.o51) en p.171 Documento de la ONU A/36/51, 1981 reimpresso en 21 ILM 205 , 1982

(184) Resolución de la Asamblea General 34/180, 34 ONU AGAO Supp.(N.o46) en 193 Documento de la ONU A/36/46, 1979 reimpresso en 19 ILM 33 , 1980 (vigente desde el 3 de setiembre de 1981)

(185) Convenio Europeo, supra nota 72.

(186) Convención Americana, supra nota 77

(187) Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 27 de junio de 1981, Documento de la Organización para la Unidad Africana CAB/LEG/67/3/Rev.5, reimpressa en 21 ILM 58, 1982 (en adelante, la Carta de Banjul)

(188) Documento de Copenhague, supra nota 98

(189) Carta de París, supra nota 105.

Thomas M. Franck

Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua» y, por tanto, «pertenece claramente al contexto de los esfuerzos por la paz en Centroamérica»⁽¹⁹⁰⁾. El mismo esfuerzo para unir el derecho democrático y la paz se hace evidente en el acuerdo de 1990, negociado por el Secretario General entre el Gobierno de El Salvador y el Frente insurgente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN)⁽¹⁹¹⁾. Este vincula el envío de observadores de las Naciones Unidas (ONUSAL), a respetar los derechos humanos y el proceso que condujo a las elecciones salvadoreñas, que tuvieron el importante papel de poner fin a la guerra civil⁽¹⁹²⁾. Evidentemente, el contenido y el alcance del derecho democrático, en la práctica, se forma por el hecho de si está conectado a, y legitimado por, la paz, o por el mucho más amplio canon de los «derechos humanos».

6.2. Coherencia de los principios subyacentes

Hasta la fecha, la elección de la estrategia de vinculación de la paz del Secretario General, ha evitado un conflicto entre los que proponen y los que se oponen a la supervisión de las elecciones como un derecho democrático normativo general. Tarde o temprano, sin embargo, un conflicto no resuelto de profundos principios -el nuevo derecho a elecciones libres y justas, y la no intervención en los asuntos internos- puede generar un choque de voluntades políticas a nivel de las comunidades mundiales y regionales, a menos que estos principios disonantes sean conciliados.

La idea general de la supervisión internacional de las elecciones en Estados soberanos aún despierta la ira más pasional, no sólo de los residuos cada vez más aislados de los regímenes totalitarios, sino también de las naciones con una larga memoria

de humillantes intervenciones por parte de los Estados empeñados en «civilizarlos». Si bien ocasionalmente aceptaran la supervisión de las elecciones, para poner fin a una guerra civil o conflicto regional, lo considerarían no como una manifestación natural del derecho democrático universal, sino como una excepción necesaria.

El conflicto se anunciaba claramente en 1990 cuando la Asamblea General pesó la propuesta de establecer la ONUVEH, el mencionado grupo de observadores para supervisar las elecciones de Haití. Dado que la vinculación entre la supervisión de elecciones y la paz es mucho más difícil de demostrar en la ausencia de hostilidades armadas, la creación de la ONUVEH encontró oposición significativa, sobre todo de China, Cuba y Colombia⁽¹⁹³⁾. El largo espectro de intervenciones estadounidenses fue involucrado en los pasillos de la Asamblea. Varios meses transcurrieron antes que las sospechas fueran aliviadas por medio de garantías diplomáticas de que, el caso haitiano, tampoco sentaría ningún precedente general. Cuba, en el debate previo a la votación que autorizó la ONUVEH, se pronunció enfáticamente contra «cualquier intento de utilizar esta resolución o actividad de las Naciones Unidas como un pretexto para interferir en los asuntos internos de Haití»⁽¹⁹⁴⁾ y

(190) Documento de la ONU n. A/44/210 en 2, 1989.

(191) *Central America: Efforts Towards Peace*, supra nota 71

(192) ONUSAL, la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador, va a monitorear «la liberación de individuos que hayan sido apresados por razones políticas (...), el derecho de todas las personas a asociarse libremente con otros con propósitos ideológicos, políticos u otros (...), la libertad de expresión y de prensa» y «la libertad de movimiento» Acuerdo sobre los Derechos Humanos, anexo a la Nota verbal, de fecha 14 de agosto de 1990 por parte del Encargado de Negocios de la Misión Permanente en El Salvador a la ONU, enviada al Secretario General, Documento de la ONU A/44/971-S/21541, ann. en 4-5, 1990. Para las elecciones de marzo de 1991 en El Salvador, no obstante, la ONU abandonó la idea de preparar una operación de observadores y dedicó sus recursos a otros aspectos del proceso de pacificación y el de monitoreo mientras que dejaba que la OEA tome el liderazgo, apoyada por organizaciones no gubernamentales, en la observación de esas elecciones. Instituto Nacional Demócrata para Asuntos Internacionales, supra nota 160, en 14.

(193) El CS no logró el consenso sobre el problema, además de que China amenazaba con veto. En la Asamblea General, Cuba y Colombia argumentaron que el monitorear una elección en un Estado independiente, sin que haya de por medio una amenaza a la paz, constituía una violación del artículo 2(7) de la Carta. Ver Documento de la ONU A/45/PV.29, 1990.

(194) *Ibid.*; en p.62.

subrayó que las elecciones «nunca pueden considerarse como afectaciones a la paz y seguridad internacional»⁽¹⁹⁵⁾. México también negó que la autorización de la ONUVEH tuviera algún tipo de valor como precedente⁽¹⁹⁶⁾. Estos Estados también sostuvieron que, la supervisión de las elecciones a cargo de las Naciones Unidas en una nación independiente es *per se* ilegal cuando no existen exigencias relativas al mantenimiento de la paz.

La CIJ rechazó este punto de vista, indirectamente, en su decisión de Nicaragua en 1986. La mayoría declaró, en relación con los compromisos vinculantes de una nación a normas electorales, que no podía

«Descubrir, dentro de la gama de temas abiertos a un acuerdo internacional, cualquier obstáculo o disposición para impedir que un Estado pueda cumplir un compromiso de este tipo. Un Estado que es libre de decidir sobre el principio y los métodos de consulta popular dentro de su orden interno, es soberano para aceptar una limitación de su soberanía en este ámbito. Esta es una situación concebible para un Estado que está obligado por los vínculos institucionales a una confederación de Estados, o incluso a una organización internacional»⁽¹⁹⁷⁾.

Así las cosas, no hay impedimentos legales para la institucionalización de la supervisión de las elecciones internacionales, de carácter voluntario, como una manera de dar efecto a la fusión del derecho de todos los pueblos a la democracia electoral (elecciones libres y abiertas); pero esto no quiere decir que los Estados todavía tienen el 'deber' de presentar sus elecciones a validación internacional. A pesar de que la CSCE, en Europa, parece dispuesta a promover la imposición generalizada a ser controlados, aun no ha hecho el deber obligatorio para todos. En la comunidad internacional, si bien puede existir un deber en virtud del artículo 25 de los Derechos Civiles y Políticos y la costumbre regional internacional análoga sobre el derecho a la realización de elecciones libres y transparentes y el examen de cumplimiento de los nacionales por el Comité de Derechos

Humanos; aún no hay obligación para permitir la efectiva supervisión de las elecciones por organizaciones internacionales o regionales. De hecho, es de esperarse la resistencia a cualquier esfuerzo por transformar una elección de vigilancia voluntaria, ejercida a discreción de cada gobierno, en una obligación de cada gobierno, obligación a su propio pueblo y a los demás Estados de la comunidad mundial. Es cierto, sin embargo, que una 'regla' que sólo se aplica selectivamente, tiene mucho menos legitimidad que una de aplicación general.

Esta deficiencia fue evidenciada por el incoherente devaneo acerca del derecho a la democracia por parte de la Asamblea General en su sesión a fines de 1990. Los miembros promulgaron dos resoluciones aparentemente incongruentes sobre el monitoreo, que refleja la preocupación de los Estados del tercer mundo al ver la evolución aparentemente inexorable del derecho a la democracia, incluyendo elecciones libres y la supervisión internacional resultante. Ya hemos apuntado la primera de estas resoluciones, en las cuales el derecho a la democracia fue nuevamente mencionada por la Asamblea y el monitoreo de la elección fue recomendado como una manera de asegurar su implementación⁽¹⁹⁸⁾. Casi al mismo momento, no obstante, -y por encima de la oposición de sólo veintinueve Estados, mayormente Europeos, pero también incluyendo a Australia, Canadá, Israel, Nueva Zelanda, Turquía y los Estados Unidos-, la segunda resolución afirmaba que «el determinar los métodos y establecer las instituciones para el proceso electoral, así como determinar las maneras para su implementación de acuerdo a legislación nacional y constitucional»⁽¹⁹⁹⁾, es

(195) *Ibid.*; en pp.59-60.

(196) *Ibid.*; en pp.64-65

(197) Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicar vs. Estados Unidos), 1986 IC, Rep.14, 131. (Juicio del 27 de junio) (en adelante la opinión de Nicaragua)

(198) Ver *supra*, textos y notas 82-86.

(199) Resolución de la Asamblea General 45/151, párrafo (18 de diciembre de 1990).

Thomas M. Franck

un asunto que le incumbe sólo a los pueblos de cada Estado» e instó a todos los Estados a «respetar el principio de no interferencia en los asuntos internos de los Estados»⁽²⁰⁰⁾. La amplia mayoría de Estados que votó por esta resolución no lo hizo por la preocupación por proteger a las dictaduras. En lugar de ellos, estaban preocupados por el principio subyacente.

Cuando los principios subyacentes son coherentes, las reglas que los plasman asumen una legitimidad mayor. Cuando las reglas ejemplifican los principios en pugna, esas reglas son percibidas como de baja legitimidad. El principio que subyace al derecho universal a la democracia es que los derechos de participación de las personas para darle forma a su propia sociedad no pueden ser reducidos arbitrariamente por los gobiernos. Este principio ha fortalecido los derechos de autodeterminación y libertad de expresión y, ahora, vigoriza el movimiento para otorgar protección internacional a los derechos electorales.

Hubo un tiempo en el que los esfuerzos internacionales por implementar el derecho de libre determinación fueron fuertemente resistidos por recortar los derechos de los gobiernos, bajo el artículo 2(7) de la Carta de las Naciones Unidas, a administrar sus colonias sin interferencias externas. Esta oposición fue aplacándose gradualmente, conforme el principio de autodeterminación fue ganando en determinación. Los esfuerzos por vigilar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión han encontrado similares expresiones de 'amor propio' indignadas por los Estados a los que se le llamó la atención por silenciar arbitrariamente a sus propios ciudadanos. No sorprende que los vehementes resentimientos también ocurran en algunos lados ante la posibilidad de ver que la comunidad internacional se insinúe sobre el íntimo proceso político por el cual la ciudadanía le otorga poder a los gobiernos.

Los oponentes están mayormente motivados por el miedo de que el monitoreo sea usado para reimponer algún modo de neocolonialismo bajo el pretexto de establecer una democracia. Este miedo debe ser tomado en cuenta, pero debe ser puesto en perspectiva. La historia ha advertido repetidamente que

el derecho natural de todos los pueblos a la libertad y la democracia es muypreciado y muy vulnerable como para ser confiado por completo a aquellos que gobiernan. John Stuart Mill alguna vez señaló que la que la fibra moral de una nación es debilitada si es que la intervención de agentes externos libra a las personas del problema de liberarse a sí mismas⁽²⁰¹⁾. En vista de la tecnología de punta con la que gozan los dictadores por sobre sus pueblos, esta proposición no puede ser enteramente defendida. El caso opuesto fue sostenido por el presidente de Uganda, Godfrey L. Binaisa, quien, luego de la deposición de la sanguinaria Junta de Idi Amin, fue ante la Asamblea General para reprender a sus delegados por su indiferencia ante la apremiante situación de su pueblo. «A la luz del claro compromiso señalado en las normas de la Carta», dijo, «nuestro pueblo naturalmente apuntó a las Naciones Unidas por solidaridad y apoyo en su lucha ante la dictadura fascista. Por ocho años gritaron por ayuda en el páramo; desafortunadamente sus súplicas llegaron a oídos sordos». Binasia resaltó duramente que «de algún modo, se percibe que el hecho de que los foros de las Naciones Unidas se levanten contra las violaciones a los derechos humanos por parte de los Estados miembros es de mal gusto o contrario a la etiqueta diplomática⁽²⁰²⁾»

En donde los dictadores sólo pueden ser enfrentados de manera eficaz con el apoyo activo de la comunidad internacional, las inhibiciones sobre la injerencia en la «jurisdicción interna» de los Estados, parecen menos convincentes de lo que solían ser. «Estamos llegando a la conclusión», ha observado recientemente el Ministro soviético de Relaciones Exteriores, Boris D. Pankin,

(200) *Ibid.*; párrafo 4.

(201) 3 MILL, John Stuart. *Dissertations and Discussions: Political, Philosophical and Historical*, pp.238-263, 1873.

(202) Documento de la ONU A/34/pv.14, en pp. 4-6, 1979.

«que las garantías nacionales [de los derechos humanos] no son suficientes. Entonces, tenemos que revisar el principio de no intervención en asuntos de otros gobiernos»⁽²⁰³⁾. Con este fin, la Declaración de los Derechos Humanos y Libertades, aprobada por el Congreso de la Unión Soviética de Diputados del Pueblo el 5 de septiembre de 1991, después del golpe, establece que, «cada persona posee derechos y libertades naturales, inalienables e inviolables. Estos se encuentran establecidos en leyes que deben corresponder con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los pactos internacionales sobre derechos humanos y otras normas internacionales y la presente declaración»⁽²⁰⁴⁾. La resolución de 1991 hecha por los Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, ya ha sido mencionada⁽²⁰⁵⁾, del mismo modo que la Carta de París⁽²⁰⁶⁾ y el Documento de Moscú⁽²⁰⁷⁾ elaborado por los jefes de la CSCE.

Así, parece que el apoyo se incrementa incluso -y tal vez particularmente- entre los antiguos Estados totalitarios a la propuesta de que, el derecho democrático vinculado con otros derechos humanos básicos y con la supervisión internacional su cumplimiento, le ha ganado al principio de no intervención. Incluso la resolución de 1991 de la Asamblea General que advertía sobre la «injerencia» en el proceso electoral⁽²⁰⁸⁾ parece reconocer este hecho, ya que añade una advertencia de otra manera incongruente;

«Que sólo la erradicación total del *Apartheid* y el establecimiento de un Estado no racial, la sociedad democrática basada en la regla de la mayoría, a través del libre ejercicio del sufragio por todos los habitantes de un país unido y no fragmentado en Sudáfrica, puede conducir a una solución justa y duradera a la situación explosiva de Sudáfrica⁽²⁰⁹⁾».

Ciertamente, esta afirmación no demuestra la supremacía de la no intervención, sino más bien lo contrario: que el proceso

electoral antidemocrático impuesto a un pueblo por su gobierno, es casi universalmente considerado como no normativo más allá de la esfera de competencia de la comunidad internacional. En 1991, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU afirmó también este punto de vista con una votación por unánime para condenar al Gobierno militar de Myanmar por haber incumplido su promesa de regresar a la democracia bajo un régimen civil⁽²¹⁰⁾. La negativa de la Junta de permitir que legislatura electa se reúna, y el arresto de muchos líderes parlamentarios, fueron recibidos como una cuestión internacional -no sólo una cuestión nacional-, que justificaron una respuesta por parte de la comunidad de naciones.

No obstante, deberán adoptarse las medidas necesarias para aplacar el temor de algunos Estados más pequeños que consideran que la observación electoral llevará a intervenciones militares unilaterales de los Estados poderosos como en el caso panameño, tal vez por razones menos convincentes que las que provocaron un ataque militar por parte de Estados Unidos contra la dictadura de Noriega en 1989. Una nueva norma que autorice acciones para hacer cumplir la democracia todavía evoca imágenes escalofriantes de ese tipo a los Estados más débiles, que se ven a sí mismos como potenciales objetos de dudosa aplicación de las normas democráticas en circunstancias de dudosa probidad. Por supuesto, para dar coherencia a una norma general que exige elecciones libres y abiertas no necesariamente se implican acciones coercitivas.

(203) *New York Times*, 10 de setiembre de 1991, en A13, columna 5.

(204) *New York Times*, 7 de setiembre de 1991, en A5, columna 3.

(205) Resolución sobre la Democracia Representativa, supra nota 90

(206) Carta de París, supra nota 105

(207) Documento de Moscú, supra nota 116.

(208) Ver supra, texto y notas 196-197.

(209) Resolución de la Asamblea General 45/151, supra nota 196, párrafo 7.

(210) *New York Times*, 7 de marzo de 1991, en A14, columna 1.

Thomas M. Franck

Si tiene que haber vigilancia, algunas consecuencias podrían razonablemente ser esperadas para las partes que «no aprueban el examen (de supervisión)». Y si el control se convierte en una obligación de todo el sistema, tal vez algunas consecuencias se adjuntarán a la negativa a someterse a control. Como ha observado el Juez Buergenthal sobre el efecto del Documento de Copenhague y la Carta de París, allí se ven obligados a desarrollar una «vinculación de los derechos humanos a otras cuestiones (comercio, seguridad, medio ambiente, etcétera) (...) La vinculación permite a los Estados participantes (...) a condicionar su cooperación bilateral y las relaciones multilaterales en general sobre los progresos en la esfera de la dimensión humana»⁽²¹¹⁾. Aunque tal vez cierto, hoy en día, sólo en relación con la CSCE, este efecto probablemente sea el camino hacia la aplicación del derecho democrático en la comunidad mundial.

Esta perspectiva suscita esperanza, pero también justifica el temor que debe ser disminuido. La coherencia del derecho democrático en última instancia dependerá de si la mayoría de los Estados, la mayor parte del tiempo, accede libremente al seguimiento: así, en definitiva, el proceso será percibido como legítimo. Para lograr este objetivo, la coherencia normativa, la vigilancia, tendrá que ser decodificada, de la manera más clara, a partir de una larga historia de aplicación unilateral de una viciada, colonialista misión «civilizadora». Si el deber de controlar es desarrollarse como derecho consuetudinario, debe conciliarse en la mente de los gobiernos con residual soberanía. Esto requiere que todos los Estados que renuncien de forma inequívoca al uso de medidas unilaterales; o incluso a la fuerza militar regional para obligar el cumplimiento del derecho democrático en la ausencia de previa autorización del CS, en virtud del Capítulo séptimo de la Carta; dicha autorización, excepto para la acción regional en virtud del artículo 53, sería necesario para concluir que la violación ha aumentado el nivel de una amenaza a la paz⁽²¹²⁾. Dicha contribución se limita a reiterar la actual estructura normativa de la Carta, los artículos 2, 51 y 53 en particular. Sin embargo, esta reiteración es necesaria en vista de la historia de intervencionismo unilateral

que ha socavado la ordenanza auto-negación. En concreto, los Estados deben reconocer que la evolución de un derecho democrático no autoriza a un Estado o un grupo de Estados para hacer valer el derecho por medio de la acción militar, con el pretexto de la invocación de los artículos 51 o 53. *Ça va sans dire* no es una respuesta a las exigencias de garantía que a la luz de los últimos casos (el Soviético y el de los Estados Unidos) llevó unilateralmente a pseudo acciones regionales para promover la supuesta «democracia» en los Estados vecinos, bajo la justificación de «autodefensa colectiva».

Una renuncia al unilateralismo que, obviamente, no elimina, ni debe eliminar, todas las posibilidades de evitar algunas consecuencias negativas que podrían derivar para los gobiernos que no quieren ser controlados o que no deseen celebrar elecciones libres. La comunidad internacional siempre ha afirmado, en el caso de Sudáfrica, un derecho de todos los Estados a exhortar, económicamente y -en casos extremos- incluso acciones militares para hacer cumplir los aspectos del derecho a la democracia⁽²¹³⁾, pero sólo cuando esté debidamente autorizada por las Naciones Unidas de conformidad con su Carta. El Artículo 2, respecto a la restricción de intervención de las Naciones Unidas «en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de cualquier Estado», establece que «este principio no afectará a la aplicación de las medidas de ejecución en virtud del Capítulo séptimo». La declaración unilateral de independencia de Rhodesia, provocó una resolución de la ONU que permitió a Gran Bretaña utilizar la fuerza militar⁽²¹⁴⁾. Ya

(211) BUERGENTHAL, Thomas. supra nota 109 en 43.

(212) En el caso del golpe militar en Haití en 1991, la Asamblea General parece haber concluido que tiene el poder de recomendar a sus miembros acciones de carácter económico y diplomático. Al aprobar acciones militares regionales bajo el artículo 53, el CS parece no limitarse los casos en los que la paz internacional haya sido amenazada o violentada.

(213) Véase la Convención del *Apartheid*, supra nota 179. También véase BISSEL, R. *Apartheid and International Organizations*, 1977, pp.156-159,

(214) Resolución 253 del CS 23 Archivos Oficiales del CS (Res. y Dec.) en 5, Documento de la ONU S/INF/23/Rev.1, 1968.

no es discutible que las Naciones Unidas no pueden ejercer presión contra los gobiernos que oprimen a sus propios pueblos por atroces actos de racismo, por la negación de la determinación y la supresión de la libertad de expresión. Esta letanía viene siendo incrementará por los nuevos pecados: la negativa a permitir demostrar elecciones libres o para aplicar sus resultados. Sin embargo, si se comete el pecado, la comunidad internacional sólo puede invocar la aplicación de medidas colectivas, tales como sanciones, el bloqueo o la intervención militar en determinadas circunstancias -como cuando el CS considera que una amenaza o quebrantamiento de la paz se ha producido- o si colectivamente determina que no está participando en la ejecución en contra de un miembro, sino que está actuando a petición de un gobierno legítimo contra un usurpador. Estas determinaciones requisito, sin embargo, deben ser tomadas por el colectivo de la maquinaria de la comunidad y no por cada uno de sus miembros.

Este procedimiento es a la vez obligación legal y políticamente fundamental. Para obtener el consentimiento necesario para que la negación de la democracia sea reconocida como violación de una norma de la comunidad internacional, debe entenderse que las contramedidas que se adoptan deben ser autorizadas de manera colectiva por las instituciones de las Naciones Unidas. La acción colectiva, no es un sustituto para, de lo contrario, la ejecución unilateral. En este sentido, como en muchos otros, el principal enemigo de la evolución de una nueva regla es el temor del cumplimiento de vigilancia⁽²¹⁵⁾. Por esa razón, el derecho a la democracia sólo puede florecer si se le combina con una reiterada prohibición de tales iniciativas unilaterales. Sólo entonces el Estado goza del grado de coherencia de principios necesarios para la percepción generalizada de su legitimidad.

6.3. Igual tratamiento para casos iguales

Si la aceptación voluntaria de la observación electoral se convierte en la práctica general de los Estados, gradualmente evolucionará de lo opcional» [norma] hacia lo consuetudinario

y, en última instancia, obligatorio que satisfice el derecho democrático. Esta transformación, sin duda, se debe fomentar, pero es poco probable que se produzca como consecuencia de un tratado mundial. Muchos Estados, especialmente los pequeños, siguen temiendo que se erosione el imperio de la no intervención. Puede ocurrir, sin embargo, a través de la aplicación de medidas graduales que hagan de la aceptación voluntaria una opción atractiva para la mayoría de los gobiernos⁽²¹⁶⁾. Si la preocupación de las Naciones Unidas por restablecer la democracia en Haití se basa, en parte, en que el gobierno derrocado haya sido legitimado por una elección supervisada, esto constituye un incentivo palpable para que los gobiernos tomen esa opción. Cuando esta opción es generalmente aceptada, la supervisión internacional de las elecciones dejara de ser un caso especial y se habrá convertido en la norma, en una regla que trate a los casos similares de manera similar.

Ya hemos mencionado que el derecho de libre determinación, en su primera enunciado y práctica en Versalles, carecía de coherencia, ya que sólo se aplicaba a los territorios europeos de la antigua Alemania, al austro-húngaro los Imperios Turcos. Después de la Segunda Guerra Mundial, la Carta de la ONU, en el artículo 1, convirtió el «principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos» en uno de aplicación universal. Sin embargo, durante cuarenta años, el derecho a la libre determinación se aplicó de manera selectiva, sobre todo en las colonias y territorios en fideicomiso. Puede existir una razón por la que se aplicó a la India, pero no a Hungría o

(215) Ver AREND, *International Law and the Recourse to Force: A Shift in Paradigms*. En: *Stanford Journal of International Law* N.º27,1, pp.40-45, 1991.

(216) Si bien es cierto que las resoluciones de la Asamblea General, la práctica de los Estados o inclusive cualquier Tratado subsiguiente no pueden violar una regla específica de la Carta de La ONU, los tres pueden afectar las interpretaciones acerca de las normas de la Carta. Véase CZAPLINSKI & DANILENKO, *Conflicts of Norms in International Law*, 21 *NETH Y.B. International Law*. N.º3, pp.35-41, 1990.

Thomas M. Franck

Checoslovaquia, pero de ser así, no resulta convincentemente, por un principio avanzado de distinción⁽²¹⁷⁾.

Sin duda, esta incoherencia socava su legitimidad. Más recientemente, hemos visto el derecho convertirse en la última -en la teoría y en la práctica cada vez más- de una aplicación universal, ya que se fusiona con los nuevos aspectos del derecho democrático. Así pues, podemos concluir que la libre determinación es la evolución de la incoherencia a la coherencia, lo que refuerza su legitimidad.

Lo mismo puede decirse del derecho a la libertad de expresión. Ya hemos observado el trabajo del Comité de Derechos Humanos en la aplicación del artículo 19 del Pacto Civil y Político y la protección de los derechos de expresión de los ciudadanos. Al dar cumplimiento de la obligación de informar, el Comité ha comenzado a impartir los principios de coherencia textual a las disposiciones, en el sentido de llenar los intersticios y la instalación de las partes a los fines del conjunto⁽²¹⁸⁾. Con el fin de la Guerra Fría, los restos del doble rasero en la aplicación de los derechos de expresión a través de instituciones internacionales de vigilancia en su mayoría, se desvanecen.

La coherencia se perfecciona por las iniciativas regionales paralelas. Estas tienden a vigilar y aplicar las normas por igual, independientemente de «que buey es corneado». Notable en este sentido es la mencionada labor de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la CIDH, así como la -aún incipiente pero con potencial- nueva Comisión Africana de Derechos Humanos⁽²¹⁹⁾. La aplicación de la igualdad de derecho de expresión se ve reforzada por el texto de convergencia con respecto a la libertad de expresión

de la Convención Europea de Derechos Humanos⁽²²⁰⁾, La Convención Americana de Derechos Humanos⁽²²¹⁾ y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁽²²²⁾. La tremenda falla cometida por los Estados Unidos al no ratificar el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana; sin embargo, ha restado valor a esta convergencia y es sólo en parte mitigado por el hecho de que la Constitución de los Estados Unidos, tal como se aplica por los tribunales y el Congreso, obliga a los Estados Unidos, esencialmente, si no en su totalidad, en cumplimiento de las normas internacionales y regionales.

Hasta la fecha, la menor uniformidad de aplicación, y, por tanto, la menor coherencia global, se puede atribuir a la nueva norma sobre los derechos de los ciudadanos a participar en elecciones libres y transparentes. Como hemos observado, la vigilancia «en el lugar» sigue siendo voluntaria y excepcional. Si quiere convertirse ésta en una obligación más general, debe ser tratada por igual, lo que significa que la nueva mayoría de Estados democráticos deben acogerse a la misma. El que tienen menos que temer y mucho que ganar, debe querer participar en la universalización de la práctica, aunque sólo sea para ayudar a legitimar la misma. Pocos Estados son los que actúen como «voluntarios» siempre y cuando

(217) Véase FRANCK, Thomas. *Nation Against Nation*, 1985, pp. 224-45.

(218) MCGOLDRICK, Dominic. *supra* nota 43, en pp.459-479. Bajo el procedimiento para la revisión de los reportes de los países, el Comité ha buscado:

«examinar, comentar y solicitar aclaraciones con respecto a los distintos aspectos de la libertad de expresión revelados en los reportes de los Estados. Esto ha incluido, por ejemplo, asuntos como la censura general o específica, requerimientos de registro o notificación, control y dirección gubernamental en sus varias formas, limitaciones aplicables a ciertos grupos, como por ejemplo, las Fuerzas Armadas, sirvientes civiles, obstáculos previos o responsabilidad penal por publicaciones, derecho de contestación o corrección, las limitaciones aplicables plasmadas en el Derecho Penal o en los Códigos Penales por delitos como el de blasfemia, o la calumnia, sedición, propaganda subversiva, propaganda ideológica o contra el Estado, y los remedios efectivos solicitados por (...) cualquier individual que sostenga que sus derechos contemplados en el artículo 19 han sido violados.»

(219) La Comisión es instituida en la parte segunda de la Carta de Banjul, *supra* nota 187.

(220) Convenio Europeo, *supra* nota 72, artículos 9, 10 y 11.

(221) Convención Americana, *supra* nota 77, artículos 13, 14, 15 y 16.

(222) Carta de Banjul, *supra* nota 184, artículos 8, 9, 10, y 11.

la participación en la vigilancia internacional sea equivalente a la admisión de un gobierno que no tiene credibilidad ante su propio pueblo. Para inducir una atracción hacia el cumplimiento y desviaciones en los regímenes recalcitrantes -los que más lo necesitan- de supervisión sobre el terreno, también debe ser practicado por los Estados que menos la necesitan. Debe por tanto, convertirse en una costumbre universal.

7. La adhesión y el Derecho a la Democracia

La adherencia se refiere a la conexión vertical entre una regla específica de obligación y otros principios «superiores» que definen los objetivos del sistema de reglas o establecen sus estándares normativos. Una regla particular («cruza cuando hay luz verde, detente en la roja») es más probable de ser cumplida voluntariamente cuando es vista como dentro del marco de la jerarquía normativa de una comunidad, que cuando es un mero ordenamiento *ad hoc*⁽²²³⁾. Es más probable que el derecho a la democracia sea visto como una regla legítima si es que puede ser visto como una parte necesaria en la jerarquía normativa. Como viene sucediendo, el derecho a la democracia puede fácilmente ser visto como un complemento importante para la norma más importante de la comunidad: el derecho a la paz.

Con la excepción del principio del *pacta sunt servanda*, ningún principio del Derecho Internacional ha sido más firmemente establecido, primero por el Pacto Briand-Kellogg y, particularmente desde 1945, por la Carta de las Naciones Unidas, que aquel que sostiene que «los Estados deben evitar emplear amenaza o la fuerza en contra de la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado en sus relaciones internacionales»⁽²²⁴⁾. Este principio de paz ha sido prominente no sólo en el Derecho de Tratados, sino que también ha tenido gran eco en la jurisprudencia de la Corte

Internacional de Justicia⁽²²⁵⁾ y en la *opinio iuris* expresada en importantes resoluciones de las Naciones Unidas⁽²²⁶⁾.

Más recientemente, el CS, en sus resoluciones⁽²²⁷⁾, ha reiterado la primacía del derecho a la paz y la protección contra las agresiones en sus resoluciones y acciones para detener el ataque iraquí a Kuwait. Más de treinta naciones se unieron para liberar a Kuwait porque, al final, la agresión contra ha comenzado a verse como una violación contingente a la paz común. El detener las agresiones y mantener la paz se ha convertido en una preocupación central de la nueva y cohesiva comunidad internacional.

Si ese principio se sostiene en la cúspide del sistema normativo internacional, el gobierno democrático de los Estado debe ser reconocido como un medio necesario, aunque no suficiente, para ese fin. La paz es una consecuencia de múltiples circunstancias; el bienestar económico, la seguridad, y el libre tránsito de personas, ideas y bienes. No obstante, la no agresión de los Estados depende fundamentalmente de la democracia interna. Si bien este argumento no es enteramente concluyente, los historiadores han enfatizado que, en los últimos 150 años «ninguna democracia liberal ha peleado con otra»⁽²²⁸⁾. Persuasivamente, se ha argumentando que «una sociedad democrática que funcione bajo una economía de mercado tiene una fuerte predisposición a ser pacífica»⁽²²⁹⁾. Esto tiene

(223) FRANCK, Thomas, supra nota 12, en p.184.

(224) Carta de la ONU, artículo 2(4). Véase también el Tratado de Renuncia a la Guerra, 27 de agosto de 1928, artículo 1, 46 Stat. 2343, T.S. No. 796, 94 L.N.T.S. 57 (Pacto Briand-Kellogg)

(225) Ver opinión de Nicaragua, 1986 CIJ Rep.14.

(226) El Derecho Consuetudinario es bien resumido en la opinión de Nicaragua de la Corte, ibid en pp.98-105. Ver especialmente, la Declaraciones de Relaciones Amistosas, supra nota 31; Definición de Agresión, Resolución de la Asamblea General 3314,29 AGAO Supp (n.31) EN 142, Documento de la ONU A/9631, 1974, reimpresso en 13 ILM 710, 1974.

(227) Resolución del CS 660 (2 de agosto de 1990), reimpresso en 29 ILM 1325 (1990), y resoluciones subsiguientes. Véase SCHACHER, *United Nations Law in the Gulf Conflict*, En: *American Journal of International Law* N.º 85, 452, 1991.

(228) MEARSHEIMER, *Why We Will Soon Miss the Cold War*. En: *Atlantic Monthly*, agosto de 1990, en 36,46.

(229) SMITH, T. *Democracy Resurgent*. En: *Sea Changes*, 152, 157 (Edición N. Rizopoulos 1990)

Thomas M. Franck

sentido: una sociedad que toma sus decisiones democrática y abiertamente va a ser renuente a involucrar la vida y lo valioso de sus miembros en causas propugnadas por líderes engañados por fantasías de protestas o grandiosidad.

Nadie ha sostenido esta posición de una manera más elocuente que el filósofo alemán del siglo dieciocho Immanuel Kant. Él examinó la relación entre el gobierno democrático y la no agresividad en su ensayo «La Libertad Perpetua»⁽²³⁰⁾. En ella, arguyó que la democracia, que lleve a la «unión pacífica» entre los Estados liberales, contrarrestaría las tendencias de agresión de las monarquías absolutistas haciendo al gobierno responsable para la mayoría. Por otro lado, el estado de guerra perpetua probablemente perduraría en las democracias y en los Estados totalitarios⁽²³¹⁾. Más aún, Kant distinguió una relación de tres vías entre la democracia, la paz y los derechos humanos⁽²³²⁾.

Ni Kant ni sus intérpretes modernos sostienen el argumento de que las democracias no vayan a pelear: sólo el hecho de que no están predispuestos a pelear entre sí. El récord histórico confirma esto⁽²³³⁾. Consecuentemente, una manera de promover la no agresividad universal y perpetua – probablemente la mejor, y quizás la única manera – es hacer a la democracia un derecho de todos los pueblos. Esta conclusión fue elocuente y unánimemente aceptada como axiomática por los representantes del CSCE en la ya mencionada reunión de Copenhague de 1990. Unánimemente, proclamaron «su convicción de que (...) la democracia plural» es un prerrequisito para «el progreso hacia establecer un orden duradero de paz, seguridad, justicia y cooperación, que ellos buscan establecer en Europa»⁽²³⁴⁾.

La relación simbiótica entre la democracia, los derechos humanos y la paz, es ahora ampliamente reconocida.

Ya en 1968, el CS mediante Resolución Numero 253, invocó el Capítulo séptimo de la Carta para imponer sanciones militares en Rhodesia. Expresamente, partió de la teoría de que graves denegaciones de los derechos humanos y el derecho democrático, pueden constituir «una amenaza para la paz y la seguridad internacional»⁽²³⁵⁾. A nivel regional, el Ministro de Relaciones Exteriores de la OEA, al exigir la sustitución de la dictadura de Somoza en Nicaragua, por un gobierno elegido mediante elecciones libres; declaró en 1979 que la democracia es la condición previa y necesaria para «la paz, la libertad y la justicia». La dictadura se caracterizaba por «perturbar la paz del hemisferio»⁽²³⁶⁾. Una década más tarde, al condenar las elecciones fraudulentas de Panamá organizadas por el general Noriega, los Ministros de la OEA afirmaron que esta crisis de legitimidad del gobierno «implica factores internos y externos (...) que pondrían en serio peligro la paz y la seguridad internacional»⁽²³⁷⁾.

Esta comprensión del enganche de tres vías entre la democracia, los derechos humanos y la paz, es aún más palpable en el reciente acuerdo de «alto al fuego», negociado por el Secretario General de la ONU entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN (Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional)⁽²³⁸⁾. Como se ha señalado, obligó al Gobierno y los insurgentes a trabajar con otra misión

(230) KANT, Immanuel. *Perpetual Peace*, pp. 107-139 (HUMPHREY rev. Edición 1983), 1795.

(231) Ver DOYLE, *Liberalism and World Politics*, 80 En: *American Political Science Review* N.o 1151, 1986.

(232) Tener en cuenta, sin embargo, que la noción de derechos humanos funciona para limitar los excesos democráticos y no sólo los totalitarios. Thomas Jefferson subrayó esto con su frecuentemente citada observación: «no hemos luchado por un gobierno de 'despotismo electivo'». JEFFERSON, Thomas. *Notes on the State of Virginia* 120 (PEDEN, W. edición 1954).

(233) El punto es bien desarrollado por DOYLE. *An International Liberal Community*, en *Rethinking American Security* (Edición de ALLISON, G, próximamente).

(234) Documento de Copenhague, supra nota 98, Preámbulo, en 1307.

(235) Resolución del CS, supra nota 211.

(236) OEA/Ser.F/II.17, Doc.40/79, rev.2.

(237) OEA/Ser.F/II.21, Doc.8/89, rev.2.

(238) *Central America: Efforts Towards Peace*, supra nota 71.

de observadores de las Naciones Unidas (ONUSAL)⁽²³⁹⁾, que estaba autorizada para vigilar y verificar el cumplimiento de los derechos humanos fundamentales garantizados por los signatarios. Las partes reconocen expresamente que el cumplimiento de los derechos humanos es una condición *sine qua non*⁽²⁴⁰⁾ para poner fin a la guerra. También se aceptó que el derecho democrático debe ser garantizado y supervisado por observadores internacionales, en la búsqueda del establecimiento de la paz.

Así pues, se hace cada vez más claro en el texto normativo y la práctica, que el cumplimiento de las normas que prohíben hacer la guerra está indisolublemente ligado a la observancia de los derechos humanos y el derecho democrático. El logro de ninguno de estos objetivos básicos de la comunidad internacional es posible, en un sentido duradero, sin la realización de todos ellos. Esta interdependencia sugiere que la legitimidad del derecho democrático se ve aumentada por su relación jerárquica a la norma imperativa de la capacidad de la paz mundial.

Una distinción debe tenerse en cuenta aquí. Como hemos observado, algunos gobiernos han sostenido que la competencia de la comunidad internacional para intervenir en los asuntos internos de los Estados de garantizar el cumplimiento del derecho democrático es (o debería ser) limitativo a los casos en que su violación ha dado lugar a violaciones de la paz. Otros se encuentran en desacuerdo, alegando que la competencia para intervenir también se basa en el derecho más amplio de los derechos humanos, que autoriza las diversas formas intrusivas de vigilancia, y que incluso prevé sanciones contra los violadores. Uno puede preferir esta última opinión, sin dejar de aceptar que el derecho democrático tiene una conexión con el rol de pacificador de las Naciones Unidas, que la legitimidad de la intervención colectiva internacional en apoyo de un derecho democrático, se ve aumentada por el estrecho vínculo del derecho a la paz. El contenido de dicho vínculo, sin embargo, no

es sólo el papel de la democracia en la toma o restablecimiento de la paz después del conflicto producido, sino también por excelencia-de hecho-su papel se da en el mantenimiento de la paz y la prevención de conflictos.

La Corte Internacional de Justicia observó en el caso Bernadotte⁽²⁴¹⁾ que los derechos y deberes establecidos implícitamente, validan una penumbra de medios legítimos y necesarios para hacerlos efectivos⁽²⁴²⁾. Si la finalidad -la paz mundial- demanda los «medios» de la democracia global, una Carta basada en sistema, establecida para garantizar la paz, también debe presumirse autorizada para garantizar la adhesión universal a los derechos políticos democráticos.

8. El surgimiento de la democracia como el derecho a una normativa a nivel mundial

El derecho a la democracia en el derecho internacional ha pasado tanto por una evolución normativa, y de costumbre. Ha evolucionado tanto como un sistema de normas, y en la práctica de los Estados y las organizaciones. Esta evolución se ha producido en tres fases. Primero, fue el derecho normativo a la libre determinación. Luego, vino la normativa del derecho a la libre expresión como un derecho humano. Ahora, vemos el surgimiento de un derecho normativo al proceso electoral participativo.

(239) Misión de Observadores de las Naciones Unidas en El Salvador.

(240) «condición *sin la cual no*»

(241) Bernadotte, sueco y enviado de las Naciones Unidas es asesinado en Jerusalén en circunstancias tales que comprometieron la responsabilidad internacional del Estado de Israel Las Naciones Unidas se plantea el posible Derecho a formular en su propio nombre una reclamación internacional contra el Estado responsable, que todavía no era miembro de la ONU, para lo cual solicita opinión consultiva al Tribunal Internacional de Justicia, en los términos: ¿Tiene la ONU capacidad para presentar una reclamación Internacional contra el Gobierno *de iure* o *de facto* responsable, con vistas a obtener la reparación de los daños causados: a) la ONU. b) A la víctima o a sus causahabientes.

(242) Reparaciones por las lesiones sufridas en servicio a la ONU, 1949. Corte Internacional de Justicia, Rep.174, pp.179-80 (Opinión Consultiva del 11 de abril)

Thomas M. Franck

El derecho democrático, a pesar de su novedad, ya goza de un alto grado de legitimidad, derivada tanto de los textos y formas diversas, así como por la práctica de las organizaciones mundiales y regionales; complementado por un número importante de organizaciones no gubernamentales. Estos textos y las prácticas han alcanzado un sorprendente grado de especificidad, dada la novedad del derecho y especialmente de su exigencia a elecciones libres y abiertas.

Es fácil de desmontar este nuevo conjunto de formulaciones de uso común acompañadas por la práctica. Los términos (elecciones, libres, justas), inevitablemente expresan significados distintos en distintas culturas políticas, pero, sorprendentemente, evocan un grado ampliamente demostrable de expectativas convergentes. Se cruzan las fronteras socio-culturales y políticos. El derecho que se está gestando ahora es ampliamente suficiente para ser entendido y casi universalmente celebrado. Se celebra desde Magalache a Mongolia, en las calles, las universidades y las legislaturas, no sólo porque se anuncia una nueva cultura política global apoyada por normas comunes y la aplicación por parte de instituciones comunitarias, sino también porque abre el estancamiento de la economía política de los Estados al desarrollo económico, social y cultural, así como el político. Como las cabezas de la Comunidad Europea y los gobiernos señalan en las conclusiones del grupo de junio de 1991, «la supresión de las libertades individuales impiden a un individuo a participar y contribuir» en «el proceso de desarrollo»⁽²⁴³⁾. El desarrollo económico, como el liderazgo, como incluso los chinos han descubierto, está vinculado indisolublemente con la libertad

política. Una económica de libre mercado no puede prosperar en el tiempo creando represión para el mercado libre de ideas. Al mismo tiempo, los problemas del subdesarrollo sólo pueden abordarse con éxito en un mundo de estabilidad, de naciones pacíficas, que, a su vez, presupone también un mundo de democracias abiertas.

La novedad del derecho democrático y su evolución reciente y rápida, hacen que sean comprensibles los problemas que siguen siendo importantes; hemos considerado estos principalmente bajo la rúbrica de la coherencia, lo que indica que este derecho aún no es totalmente coherente. Las claves para resolver este problema residual son: (i) que las democracias más antiguas debe sean los primeros voluntarios para ser controlados, con la esperanza de que ello conduzca al cumplimiento de la forma de manera casi universal y voluntaria, por lo que poco a poco la transformación de una opción soberana se vuelva una obligación legal consuetudinaria; (ii) que se establezca un servicio fiable de seguimiento internacional bajo los parámetros y procedimientos claramente definidos que cubren todos los aspectos de la votación, desde el momento en que se llama a elecciones, hasta que el recién elegido asuma sus funciones; (iii) que el deber de cada nación a ser objeto de seguimiento, se vincule a un derecho proporcional de no intervención de los Estados, actuando unilateralmente; y por último, (iv) que a los gobiernos legítimos se les garantice la protección ante derrocamiento por fuerzas totalitarias, a través de una acción sistémica concertada, esto después -y sólo después-, de que la comunidad haya reconocido que tal exigencia se ha producido. A más largo plazo, el cumplimiento del derecho democrático también debe estar vinculado a un derecho de representación en los órganos internacionales, a fiscales internacionales, al comercio y los beneficios del desarrollo y la protección de las Naciones Unidas y las medidas regionales de seguridad colectiva⁽²⁴⁴⁾.

Tanto en el texto como en la práctica, el sistema internacional se está moviendo hacia un derecho democrático claramente designado, con el gobierno nacional validado por las normas internacionales y el seguimiento sistemático del cumplimiento. La tarea es perfeccionar lo que ha sido tan maravillosamente comenzado.

(243) Consejo Europeo, Conclusiones de la Presidencia, Documento SN 151/2/91 (Ann.V) en 27, 1991.

(244) A fin de limitar las medidas de seguridad colectiva a los casos de ataque contra los Estados democráticos, se debe dar un cambio en las reglas del sistema, lo que es probable que surja en un futuro cercano. Sin embargo, vale la pena tomarlo en cuenta. ¿Ayudaría a Kuwait a establecer un orden interno democrático, si su protección futura por parte de las Naciones Unidas autorizara medidas colectivas que dependieran de ésta transformación?