Derecho internacional de los derechos humanos

Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano

OFICINA EN MÉXICO DEL
ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA LOS DERECHOS HUMANOS

TECNOLÓGICO DE MONTERREY
EGAP
Escuela de Graduados en Administración
Pública y Política Pública

© Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Primera edición: Bogotá, abril de 2004

Reeimpresión: Oficina en México del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los Derechos humanos
Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública
México, D.F., septiembre de 2007

ISBN
958-97196-9-4

Autor
Daniel O'Donnell

Editor general
Alejandro Valencia Villa

Edición
María José Díaz-Granados M.

Diseño y diagramación
Gloria Díaz-Granados M.

Impresión
Editorial Tierra Firme

Las opiniones expresadas en este libro son de exclusiva responsabilidad del
autor y no corresponden necesariamente a las de la Oficina en Colombia del
Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Presentación

Es de interés común para la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y para la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública (EGAP) del Tecnológico de Monterrey, realizar conjuntamente actividades académicas de difusión y capacitación en materia de derechos humanos. Ambas instituciones han suscrito un Convenio de Cooperación Académica que sienta las bases de colaboración para desarrollar acciones tendientes a fomentar una cultura plena de respeto a los derechos humanos en la comunidad mediante diversos mecanismos de promoción y difusión.

El libro de Daniel O'Donnell, "*Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*" se publica con la finalidad de que se utilice como herramienta para fortalecer el conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, y que a su vez redunde, en su observancia y plena vigencia, en cuyo propósito la elaboración de políticas públicas juega un papel fundamental.

La interpretación de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos recogida por Daniel O'Donnell constituye un insumo indispensable para el diseño de acciones públicas que den respuesta a problemáticas sociales en México. Es por lo tanto una referencia obligada para todo servidor y servidora pública que alberga un compromiso de promover y proteger los derechos humanos.

La presente publicación guarda por propósito adicional dotar a los operadores y operadoras del derecho y de la política de una herramienta que acorte la distancia existente entre la normativa jurídica internacional e interamericana, por un lado, y la normativa nacional, por el otro.

En este sentido, es importante reconocer que los tratados internacionales complementan a la normativa nacional. Sin embargo, la ratificación soberana que hacen los Estados de los instrumentos internacionales no siempre va acompasada de la transformación de

la legislación interna, por lo cual la interpretación que realicen los organismos judiciales es crucial para no comprometer la responsabilidad del Estado. El libro de O'Donnell recupera planteamientos doctrinales que reivindican la aplicación de los estándares internacionales en el ámbito doméstico.

La orientación básica de la presente obra busca dar herramientas tanto teóricas como normativas que ayuden a promover la aplicación de estándares con una visión crítica que contribuya a reducir el estrecho margen que constituye la voluntad política de armonizar los tratados internacionales en el orden jurídico interno, cuya complejidad del tema nos lleva a utilizar esta obra a manera de técnica jurídica a partir de un entendimiento conceptual de cada uno de los derechos humanos en su correspondiente legislativo.

Las constituciones han ido implementando principios específicos de vinculación de los tratados de Derechos Humanos, y en el caso de México no ha sido la excepción, por lo que hay que distinguir algunos modelos que pueden utilizarse a partir de esta obra para su incorporación e implementación en políticas públicas de Derechos Humanos. Aquel que privilegia la situación jerárquica de la norma internacional, otra que atiende a la interpretación de los derechos fundamentales, una más que es el principio de la aplicación de la norma más protectora de las personas, conocido como el principio pro persona y aquel en donde se le da un tratamiento especializado en temas de Derechos Humanos y que marca un punto de inflexión muy significativo en cuanto le da una fuerza interpretativa más que jerárquica.

Por último, es necesario reconocer que la constante evolución del derecho lleva consigo siempre la urgente necesidad de actualizarse, por lo que este primer trabajo de difusión entre la EGAP y la OACNUDH marca el inicio de una labor conjunta a favor de la promoción y difusión de los derechos humanos.

Dr. Luis Eduardo Zavala DeAlba
Cátedra Democracia y Estado de Derecho
Escuela de Graduados en Administración Pública
y Política Pública del Tecnológico de Monterrey
Campus Estado de México.

Contenido

Presentación **21**

Prólogo **23**

Introducción al derecho internacional de los derechos humanos **27**

1. Los derechos analizados en esta obra y el marco normativo 27
2. Las fuentes del sistema universal citadas en esta obra
   La doctrina 28
   La jurisprudencia 31
   Fuentes auxiliares 32
   Los mecanismos temáticos y las relatorías sobre países específicos 32
3. Otras fuentes universales 37
   La Corte Internacional de Justicia 37
   Los Tribunales Penales Internacionales 38
   La Organización Internacional del Trabajo (OIT) 39
   Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) 41
   El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) 43
4. Las fuentes del sistema interamericano 43
   La Corte Interamericana de Derechos Humanos 44
   La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 46
5. La jerarquía de las fuentes de doctrina y jurisprudencia 50
6. El *corpus juris* del derecho internacional *de los derechos humanos* 55
   Tipología de los instrumentos internacionales 55
   El concepto de corpus juris *de los derechos humanos* 57
   La interpretación autorizada 60

7. El derecho consuetudinario 65
8. El *jus cogens* 72
9. Reflexiones finales 78

Capítulo 1. El derecho a la vida 87

1.1. Marco normativo básico 87
1.2 Marco normativo complementario 89
1.3. Consideraciones generales 96
i) Reseña de la normativa pertinente 96
ii) Importancia y jerarquía del derecho a la vida 96
iii) El sujeto del derecho a la vida 98
iv) El alcance del derecho y la naturaleza de las obligaciones correspondientes 100
1.4. La privación arbitraria de la vida 101
1.5 La proporcionalidad de la fuerza utilizada para la defensa del orden público 103
1.6 La protección de la vida de personas privadas de libertad 110
1.7 Privación de la vida en operaciones militares 115
1.8 Genocidio 125
1.9 Desaparición forzosa de personas 128
1.10 Pena de muerte 136
i) La abolición progresiva 136
ii) Legalidad, no retroactividad y tribunal competente 138
iii) Delitos más graves 140
iv) Prohibición de la imposición de la pena de muerte por delitos políticos 143
v) Menores, mujeres embarazadas y ancianos 144
vi) Debido proceso 146
vii) Arbitrariedad 153
viii) El indulto, la conmutación de la pena y los recursos contra condenas firmes 157

1.11 Extradición y *refoulement* o devolución forzada 159
1.12 La eutanasia y el suicidio asistido 162

Capítulo 2. Integridad personal y trato humano 165

2.1 Marco normativo básico 165
2.2. Marco normativo complementario 167
2.3 Consideraciones generales 169
i) Reseña de la normativa pertinente 169
ii) La distinción entre tortura y trato cruel e inhumano 171
iii) El carácter jurídico del derecho a la integridad personal 174
iv) Alcance del presente capítulo 176
2.4 La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes 177
2.5 Tortura o trato cruel e inhumano de carácter psicológico o moral 183
2.6 Trato cruel o inhumano como consecuencia de la pena de muerte 188
2.7 Castigos corporales 193
2.8 Trato degradante 195
2.9 La integridad personal 197
2.10 El trato de personas privadas de libertad 200
i) Consideraciones generales 200
ii) Incomunicación y aislamiento 203
iii) Violencia 208
iv) Atención médica 211
v) Hacinamiento, insalubridad y otras condiciones materiales 215
vi) Comunicación con la familia 220
vii) La separación de acusados y condenados 222
viii) La separación de otras categorías de reclusos 223
ix) La rehabilitación como finalidad del sistema penal 227
x) Los presos políticos 228
xi) La discriminación poscarcelaria 231

Capítulo3. Esclavitud, servidumbre, trata o tráfico de personas y trabajo forzoso 233

3.1 Marco normativo básico 233
3.2. Normativa complementaria 235
3.3 Consideraciones generales 239
i) Reseña histórica de la normativa pertinente 239
ii) Alcance y fuentes del capítulo 241
3.4 Esclavitud 242
3.5 Servidumbre 245
3.6 Trata y tráfico de personas 248
3.7 Trabajo forzoso 255
i) El concepto de trabajo forzoso 255
ii) El trabajo penal 258
iii) Servicio militar y servicios impuestos por autoridades militares 264
iv) Obligaciones cívicas y trabajos comunitarios 265
v) Servicios requeridos por motivo de calamidades 266
vi) El trabajo de niños y adolescentes 268

Capítulo 4. El derecho a la libertad y seguridad personales 271

4.1 Marco normativo básico 271
4.2 Normativa complementaria 275
4.3 Consideraciones generales 277
i) Reseña de la normativa relativa a la libertad personal 277
ii) La importancia del derecho a la libertad personal y su lugar en el derecho internacional de los derechos humanos 278
iii) El concepto de libertad personal y de privación de libertad 280
iv) Los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad 282
v) Alcance del capítulo 286
4.4 La detención preventiva y la pena de prisión 287
i) La jurisprudencia universal sobre la detención preventiva 287
ii) La jurisprudencia interamericana sobre la detención preventiva 291
iii) La aplicación retroactiva del derecho penal 301
iv) La excarcelación de presos 303

4.5. La detención administrativa por razones de seguridad nacional 304
4.6 La privación de libertad por razones no penales 307
i) La jurisprudencia universal 307
ii) La jurisprudencia interamericana 312
4.7 Las garantías procesales 317
i) El derecho a ser informado de las razones de la privación de libertad 317
ii) El derecho a ser informado de los cargos en su contra 319
iii) El derecho a ser llevado sin demora ante un juez 320
iv) El derecho a ser procesado sin demora o puesto en libertad 324
4.8 El derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad (hábeas corpus) 331
i) La jurisprudencia universal 331
ii) La jurisprudencia interamericana 333
4.9 El derecho a la reparación 336
4.10 La seguridad personal 337

Capítulo 5. El principio de legalidad y el debido proceso legal (garantías judiciales) 341

5.1 Marco normativo básico 341
5.2 Instrumentos normativos complementarios 345
5.3 Consideraciones generales 349
i) Reseña de la normativa 349
ii) Consideraciones semánticas 351
iii) Algunas consideraciones relativas a la relación entre el derecho al debido proceso y el derecho a un recurso en la normativa, la doctrina y la jurisprudencia internacionales 352
iv) El alcance del derecho al debido proceso en lo penal 354
v) La responsabilidad del Estado y del defensor 357
vi) Alcance del capítulo 359

5.4 El debido proceso en procedimientos civiles y administrativos 360
i) La jurisprudencia universal 360
ii) La jurisprudencia interamericana 363
5.5 El derecho a un proceso justo 368
5.6 El derecho a ser oído públicamente por un tribunal competente, independiente e imparcial (tribunales ordinarios) 374
i) La competencia del tribunal 374
ii) La independencia del tribunal 375
iii) La imparcialidad del tribunal 378
iv) La publicidad del proceso 383
v) La independencia e imparcialidad del Ministerio Público 385
5.7 Los tribunales especiales y militares 386
i) La jurisprudencia universal 386
ii) La jurisprudencia interamericana 391
5.8 La presunción de inocencia 397
5.9 La exclusión de confesiones y declaraciones involuntarias 403
5.10 La asistencia letrada 406
i) El derecho a tener acceso a asistencia letrada durante el interrogatorio 407
ii) El derecho al defensor de su elección 408
iii) El derecho a un defensor de oficio 410
iv) El derecho a comunicarse con su defensor 411
v) El derecho a representación eficaz 413
vi) El derecho a defenderse personalmente 415
5.11 El derecho al tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa 416
i) El derecho a ser informado de los cargos 416
ii) El derecho al tiempo adecuado para la preparación de la defensa 418
iii) El derecho a los medios adecuados para la preparación de la defensa 420
5.12 El derecho a presentar testigos y contrainterrogar testigos de cargo 421

5.13 La igualdad de las partes 425
5.14 El derecho a hallarse presente 428
5.15 El derecho a un intérprete 431
5.16 El derecho de apelación 433
i) Alcance y contenido de la garantía 433
ii) La asistencia letrada y la representación eficaz 439
5.17 El derecho de la persona a ser oída sin demora 441
i) La jurisprudencia universal 441
ii) La jurisprudencia interamericana 444
5.18 El principio de legalidad (*Nullum crimen sine lege*) 448
5.19 *Non bis in idem* 452
5.20 Procedimientos relativos a la modificación de una sentencia 455
5.21 El derecho de los adolescentes infractores a un trato especial 456

Capítulo 6. El derecho a un recurso efectivo 463

6.1 Marco normativo básico 463
6.2 Normas complementarias 465
6.3 Consideraciones generales 469
i) Reseña de la normativa básica pertinente 469
ii) La especificidad y complementariedad de los artículos 2.3 y 14.1 del PIDCP 471
iii) Observaciones generales sobre la normativa y jurisprudencia interamericanas 474
iv) Alcance del capítulo 475
6.4 El derecho a un recurso ante la justicia civil o administrativa 476
i) La jurisprudencia universal 476
ii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas 478
6.5 La investigación y sanción de las violaciones de los derechos humanos 486
i) La jurisprudencia universal 486
ii) La jurisprudencia interamericana 489

6.6 El derecho a la verdad 499
6.7 Los derechos de las víctimas de delitos 503
6.8 La protección judicial de los derechos económicos y sociales 506
i) La jurisprudencia universal 507
ii) La jurisprudencia interamericana 509
iii) La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 511

Capítulo 7. Derecho a la intimidad, honra, reputación y personalidad jurídica 519

7.1 Marco normativo básico 519
7.2 Normativa complementaria 521
7.3 Consideraciones generales 522
7.4 Derecho a la intimidad 524
i) La doctrina del Comité de Derechos Humanos 524
ii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos 528
iii) La jurisprudencia interamericana 535
7.5 Derecho a la honra y reputación 538
7.6 Derecho de rectificación y bancos de datos 541
i) El derecho de rectificación de informaciones inexactas publicadas por los medios de comunicación 541
ii) El derecho de acceso a información sobre sí mismo 543
7.7 Personalidad jurídica 546
i) La doctrina y jurisprudencia universal 546
ii) La jurisprudencia interamericana 548

Capítulo 8. El derecho a la nacionalidad, derecho de residencia, libertad de circulación y asilo 551

8.1 Marco normativo básico 551
8.2 Normativa complementaria 554

8.3 Consideraciones generales 561
i) Alcance del capítulo 561
8.4 Derecho a la nacionalidad 563
i) Las tres dimensiones del derecho a la nacionalidad 563
ii) El derecho a adquirir una nacionalidad 564
iii) La privación de nacionalidad 567
iv) El derecho a cambiar de nacionalidad 570
8.5 Derecho de residencia 571
i) Reseña de la normativa pertinente 571
ii) La doctrina y la jurisprudencia universales sobre la libertad de residencia de nacionales 573
iii) La doctrina y la jurisprudencia universal sobre el derecho de residencia de extranjeros 576
iv) La jurisprudencia universal sobre el derecho a entrar a un país para participar en un juicio 580
v) La jurisprudencia interamericana 581
8.6 La libertad de circulación 583
i) Reseña de la normativa pertinente 583
ii) La doctrina y jurisprudencia universal 584
8.7 El derecho a salir de todo país y el derecho a un documento de viaje 587
i) El derecho a salir del país 587
ii) El derecho a un documento de viaje 589
8.8 La expulsión de extranjeros 591
i) Reseña de la normativa pertinente 591
ii) La doctrina universal 591
iii) La jurisprudencia universal sobre la legalidad de la presencia del extranjero en el país 593
iv) La jurisprudencia universal sobre la legalidad de la decisión 593
v) La jurisprudencia interamericana 595
8.9. El desplazamiento interno 596
i) Los Principios rectores de los desplazamientos internos 596
8.10. El derecho de asilo 598
i) Reseña de la normativa internacional y consideraciones 598

ii) La definición de refugiado 601
iii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre los derechos de los refugiados 609
iv) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas sobre asilo y sobre los derechos de los refugiados 611
8.11. El principio de no devolución 616
i) Reseña de la normativa pertinente 616
ii) La doctrina y jurisprudencia universales 618
iii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas 621

Capítulo 9. Libertad de pensamiento, conciencia y religión 625

9.1 Marco normativo básico 625
9.2 Normativa complementaria 627
9.3 Consideraciones generales 629
i) La importancia de la libertad de pensamiento, creencia y religión 629
ii) Reseña de la normativa pertinente 630
iii) El concepto de religión y de creencia 631
iv) Alcance del capítulo 633
9.4. El derecho de profesar y cambiar de religión 634
9.5. La libertad de pensamiento y conciencia 636
9.6. Las religiones de Estado y las ideologías oficiales 638
9.7. El derecho de las personas a practicar su religión o creencia 640
i) La Declaración de 1981 640
ii) La doctrina y la jurisprudencia universales sobre el contenido del derecho 641
iii) La doctrina y la jurisprudencia interamericana sobre el contenido del derecho 644
iv) La doctrina y jurisprudencia universales sobre las restricciones al derecho de practicar su religión o creencia 647
9.8. La objeción de conciencia 650

9.9. La religión o las creencias, la educación y la familia 651
i) El derecho de los padres a escoger la enseñaza religiosa o moral de sus hijos 651
ii) Los derechos de los padres y los niños en materia de religión y conciencia 653

Capítulo 10. La libertad de expresión y de reunión 655

10.1 Marco normativo básico 655
10.2 Normativa complementaria 657
10.3 Consideraciones generales 661
10.4 El derecho a difundir información e ideas 663
i) Reseña de la normativa universal e interamericana 663
ii) La doctrina y la jurisprudencia universales 665
iii) La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana 673
iv) La doctrina y la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 680
10.5 La libertad de investigación y el derecho de buscar y recibir información 684
10.6 El derecho de acceso a información pública 689
i) La jurisprudencia universal 689
ii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas 691
10.7 La libertad de reunión 693
i) Consideraciones generales 693
ii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos 695
iii) La jurisprudencia de la OIT 696
iv) La jurisprudencia interamericana 697

Capítulo 11. Libertad de asociación y libertad sindical 701

11.1 Marco normativo básico 701
11.2 Normativa complementaria 703

11.3 Consideraciones generales 708
11.4 El derecho a formar asociaciones y sindicatos 711
i) Consideraciones generales 711
ii) La doctrina de la OIT aplicable a la libertad de asociación 712
iii) La jurisprudencia universal sobre el derecho a formar asociaciones 713
iv) La jurisprudencia interamericana sobre el derecho a formar asociaciones 714
v) El derecho a formar sindicatos 715
11.5 El derecho a afiliarse 716
i) La doctrina de la OIT 716
ii) La jurisprudencia universal 718
iii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas 720
11.6 La afiliación obligatoria 721
i) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas 721
ii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la colegiación de abogados 723
11.7 La autonomía de las asociaciones 724
i) Consideraciones generales 724
ii) La doctrina de la OIT 726
iii) La jurisprudencia universal 729
iv) La jurisprudencia interamericana 729
11.8 El derecho a la huelga 732
i) Consideraciones generales 732
ii) La doctrina de la OIT 733
iii) La jurisprudencia universal 734
iv) La jurisprudencia interamericana 755

Capítulo 12. Los derechos políticos 737

12.1 Marco normativo básico 737
12.2 Normativa complementaria 739
12.3 Consideraciones generales 743

i) El concepto de derecho político 743
ii) El sujeto de los derechos políticos 743
iii) La democracia como valor superior 746
iv) Alcance del capítulo 749
12.4 El derecho a votar y a postularse a cargos electivos 751
i) La doctrina y la jurisprudencia universales 751
ii) La jurisprudencia interamericana 756
12.5 El derecho a formar partidos políticos y la militancia política 758
i) La doctrina interamericana 760
12.6 Los procesos electorales 761
i) La doctrina universal 761
ii) La doctrina interamericana 764
iii) La jurisprudencia interamericana 768
12.7 La separación de poderes y la integridad de los órganos representativos 773
i) La doctrina universal 774
ii) La doctrina interamericana 775
12.8 La participación directa 776
i) El referéndum y el plebiscito 776
ii) La participación directa permanente 777
12.9 El derecho de acceso a la función pública 780
i) La doctrina y la jurisprudencia universales 780
ii) La jurisprudencia interamericana 783

Capítulo 13. Los derechos de la niñez y de la familia 785

13.1 Marco normativo básico 785
13.2 Normativa complementaria 788
13.3 Consideraciones generales 793
i) Reseña histórica de la normativa sobre los derechos del niño 795
ii) Reseña de la normativa relativa a la familia 898
iii) Las responsabilidades del Estado y de otros actores 801
iv) Alcance del capítulo 803

13.4. El derecho del niño a una protección especial 803
i) La definición de "niño" 803
ii) Reseña del contenido de la Convención sobre los derechos del niño 806
iii) La doctrina y la jurisprudencia universales 809
iv) La doctrina interamericana 812
v) La jurisprudencia interamericana 818
13.5 La protección de la familia 822
i) El concepto de familia 823
ii) La doctrina y la jurisprudencia universales 826
iii) La jurisprudencia interamericana 829
13.6 El derecho a establecer una familia 830
i) La edad mínima 830
ii) El requisito del libre consentimiento 832
iii) Otras restricciones al derecho a casarse 832
iv) La poligamia 834
13.7 La igualdad de los cónyuges 834
13.8 La familia desintegrada 838
13.9 La unidad de la familia según la Convención sobre los derechos del niño 842
i) La separación involuntaria 842
ii) El derecho a tener contacto e información 842
iii) La reunificación 843
iv) La familia sustituta 844

Capítulo 14. La libre determinación, los derechos de las minorías y los derechos de las poblaciones indígenas 847

14.1 Marco normativo básico 847
14.2 Normativa complementaria 848
14.3 Consideraciones generales 851
14.4 El derecho a la libre determinación 855
i) Consideraciones generales 855
ii) La jurisprudencia universal 859

iii) La doctrina universal 862
iv) La jurisprudencia interamericana 866
v) El Convenio 169 y los proyectos de declaración 868
14.5 Los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas 871
i) La Declaración de 1994 sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas 871
ii) La doctrina universal 873
iii) La jurisprudencia universal 875
14.6 Los derechos de los pueblos y las poblaciones indígenas 884
i) El Convenio 169 884
ii) Los proyectos de declaración sobre los derechos de los indígenas 890
iii) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) 898
iv) La jurisprudencia de la CIDH 902

Capítulo 15. La igualdad de las personal y la prohibición de discriminación 911

15.1 Marco normativo básico 911
15.2 Normativa complementaria 913
15.3 Consideraciones generales 915
i) Igualdad y no discriminación 915
ii) Reseña de la normativa internacional sobre discriminación 919
iii) El derecho a protección contra la discriminación 923
iv) Alcance del capítulo 924
15.4 Las formas de discriminación prohibidas 925
15.5 La doctrina y la jurisprudencia universal sobre la discriminación 931
i) La doctrina del Comité de Derechos Humanos 931
ii) La relevancia del propósito de una medida en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos 932

iii) La discriminación de jure *basada en el sexo* 934
iv) Discriminación basada en la nacionalidad 939
v) La discriminación de facto 941
vi) Normas que establecen distinciones basadas en criterios no enumerados en los artículos 2 y 26 del PIDCP 942
vii) La discriminación en la administración de justicia 951
viii) Trato preferencial o acción afirmativa 953
15.6 La doctrina y la jurisprudencia interamericana 955
i) La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) 955
ii) La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 960
15.7 Otra jurisprudencia sobre los derechos humanos de la mujer 968
15.8 La prohibición de discriminación racial como norma perentoria y la palabra como hecho material de una violación 974

Capítulo 16. Los estados de excepción 977

16.1 El marco normativo básico 977
16.2 Normativa complementaria 978
16.3 Consideraciones preliminares 979
i) Naturaleza de esta norma y reseña de la normativa pertinente 979
ii) La finalidad e importancia de los estados de excepción 982
iii) Consideraciones semánticas 984
iv) La suspensión de obligaciones y el derecho consuetudinario 985
16.4 Las causales y la necesidad de los estados de excepción 993
i) La doctrina y la jurisprudencia universales 993
ii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas 997
16.5 Las obligaciones no susceptibles de suspensión o "derechos intangibles" 999
i) La doctrina universal 999
ii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas 1003

16.6 La suspensión y las demás obligaciones impuestas por el derecho internacional 1007
16.7 La necesidad de las medidas específicas 1009
i) La doctrina universal 1010
ii) La doctrina y jurisprudencia interamericanas 1011
16.8 La declaratoria 1014
i) La doctrina y jurisprudencia universales 1014
ii) La doctrina interamericana 1017
16.9 La desnaturalización de la suspensión 1018
i) La doctrina universal 1019
ii) La doctrina interamericana 1020
16.10 La prohibición de medidas discriminatorias 1021
16.11 La notificación de las medidas 1023

Fuentes bibliográficas 1025

Introducción

La oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, retomando el esfuerzo realizado por el profesor Daniel O'Donnell y por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, emprende la tarea de reimprimir esta importante obra, en conjunto con la Escuela de Graduados en Administración Pública (EGAP) del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM).

La Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos conoce la trascendencia de esta obra, en tanto es una herramienta bibliográfica sumamente relevante para la promoción y la difusión del conocimiento y mejor compresión de los derechos humanos a lo largo de este país.

Esta obra, que es una edición actualizada del libro del autor *Protección internacional de los derechos humanos* publicado en 1989, presenta en dieciséis capítulos un análisis de las normas, la jurisprudencia y la doctrina de los sistemas de protección internacional de las Naciones Unidas y del sistema interamericano, correspondientes a algunos derechos civiles y políticos.

El juicioso análisis se hace compaginando las normas de los derechos con las principales decisiones, observaciones, recomendaciones e informes proferidas por los organismos de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos.

Esta puesta al día del libro del profesor O'Donnell es de enorme utilidad para quienes desean conocer con mayor profundidad el contenido de algunos derechos humanos. Defensores y defensoras de derechos humanos, operadores de justicia, funcionarias y funcionarios públicos, integrantes de organizaciones no gubernamentales, abogados y abogadas, periodistas, estudiantes y la comunidad en general se beneficiarán de esta publicación.

Su autor, Daniel O'Donnell, recibió el título Juris Doctor de la Universidad del Estado de Nueva York en 1977. Fue director de investigaciones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala en 1997 y director adjunto del equipo de investigación del Secretario General de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, en 1998. Ha sido consultor de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Unicef, ACNUR, PNUD, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y varias ONG.

Es autor de *Protección internacional de los derechos humanos, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988; Children are People Too: A guide to the Convention on the Rights of the Child for students and teachers,* Anvil Press, Manila, 1996. Ha dictado cursos en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo y la Academia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario de la American University en Washington.

La Oficina reconoce el paciente trabajo del Consultor de la Oficina en Colombia, Alejandro Valencia Villa, en la edición general de esta publicación.

Oficina en México del Alto Comisionado
de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Prólogo

La idea de la presente obra surge de un proyecto sobre la capacitación en derechos humanos, derecho humanitario y derecho penal internacional para jueces y fiscales, cuya primera etapa se desarrolló en Colombia con el auspicio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el año 2000. Ese proyecto produjo una importante serie de materiales didácticos y de consulta que incluyen una compilación de instrumentos internacionales y de la doctrina y jurisprudencia universal, interamericana y colombiana.[1] Si bien la normativa y doctrina incluidas en estas publicaciones es bastante completa, no fue el propósito ni habría sido posible incluir en una sola publicación la cantidad de decisiones necesaria para tener una apreciación global de la jurisprudencia universal y regional sobre todos los derechos comprendidos en el curso.

El propósito de la presente obra es complementar estas publicaciones, presentando una síntesis global de la normativa, doctrina y jurisprudencia universales e interamericanas sobre los derechos civiles y políticos. Inicialmente, la tarea fue concebida como la actualización del manual *Protección internacional de los derechos humanos*, publicado por la Comisión Andina de Juristas en 1989. Sin embargo, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos durante los últimos quince años ha sido tan importante que no sería

---

[1] Naciones Unidas, *Compilación de instrumentos internacionales: derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, cuarta edición, Bogotá, OACNUDH, 2003 (A. Valencia Villa, D. O'Donnell e I. M. Uprimny, compiladores); *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*: derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional, vols. I - IV, Bogotá, OACNUDH, 2003 (A. Valencia Villa, D. O'Donnell e I. M. Uprimny, compiladores).

posible incluir en un sólo tomo la parte sustantiva y procesal de dicha materia. Se decidió, entonces, elaborar un manual sobre la parte sustantiva, modificando su título de acuerdo con dicho enfoque.

Esta decisión obedece también a la apreciación del lugar que ocupa hoy día, a inicios del siglo XXI, el derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas de justicia americanos. Uno de los principales objetivos del citado manual fue explicar a los abogados defensores de los derechos humanos los procedimientos del sistema interamericano y del sistema de las Naciones Unidas, a fin de mejorar la eficacia de la denuncia de violaciones de los derechos humanos ante los órganos internacionales competentes. Hoy día, si bien la denuncia de violaciones de los derechos humanos por parte de las ONG sigue constituyendo una contribución vital en la defensa de los derechos humanos en el Continente, estas organizaciones no tienen el monopolio que parecían tener durante la década de los setenta y ochenta. Los tribunales de justicia juegan un rol cada vez mayor, como demuestra la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia presentada en el libro ***Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional***. La contribución de las defensorías de los derechos humanos también ha aumentado durante estos años. Dadas estas consideraciones, el presente manual está dirigido no sólo a los abogados que denuncian violaciones de los derechos humanos, sino también a los fiscales que las investigan y a los jueces que tienen la obligación de aplicar la normativa internacional vigente, así como a las defensorías y a las demás instancias con competencia en materia de derechos humanos.

En aras de una mayor uniformidad de presentación se emplea la bastardilla para sustituir las frases en negrilla o subrayadas que aparecen en la versión original de los extractos de jurisprudencia y doctrina citados.

Con pocas excepciones, se han suprimido las notas de pie de página que figuran dentro de los extractos de la doctrina y jurisprudencia de los distintos órganos internacionales citados.

Los corchetes [ ] se emplean exclusivamente para señalar palabras o signos agregados por el autor de la presente obra a un extracto citado; cuando se han suprimido partes del texto citado se colocan puntos suspensivos entre paréntesis (…).

Para hacer el texto más accesible a personas sin una formación especializada en derechos humanos se emplean términos genéricos para referirse a los procedimientos y elementos procesales. Por ejemplo, los documentos adoptados por el Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los casos que han examinado se llaman "decisiones" a pesar de que la designación técnica exacta es "opinión" en el caso del Comité e "informe" tratándose de la Comisión. Asimismo, la palabra "denuncia" se emplea en lugar de "comunicación" y "petición", términos técnicos empleados por el Comité y la Comisión, respectivamente.

La expresión "sistema universal" se refiere a los órganos de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (en particular la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión y los Relatores y Grupos de Trabajo que de éstas dependen), a los Comités de expertos establecidos en virtud de ciertos tratados en materia de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura y Comité de los Derechos del Niño) y, eventualmente, a documentos elaborados por el Secretariado de las Naciones Unidas y resoluciones adoptadas por el Consejo Económico y Social (Ecosoc), la Asamblea General o el Consejo de Seguridad. Esta expresión no se refiere a los órganos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ni al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) u otras agencias que forman parte del sistema de las Naciones Unidas.

La expresión "sistema interamericano" se refiere a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los Relatores de la Comisión y

eventualmente a pronunciamientos de los órganos políticos de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Deseo agradecer a Carmen Rosa Villa y a Amerigo Incalcaterra, quienes propusieron la idea de preparar este libro y siempre han manifestado comprensión con las preocupaciones del autor, habiéndole ayudado a encontrar una solución feliz a cada una de ellas. Agradezco, asimismo, a Alejandro Valencia Villa, con quien ha sido un verdadero placer colaborar en la revisión final del texto; a Diego García-Sayan, entonces Secretario General de la Comisión Andina de Juristas, por su valioso apoyo en la redacción y publicación de ***Protección internacional de los derechos humanos***, versión original de la presente obra, y a Jacob Müller y David Padilla, antiguos funcionarios de la OACNUDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente, quienes a través de los años han facilitado al autor acceso a la doctrina y jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana. Finalmente, quiero dedicar este libro a mi esposa, Mérida Morales-O'Donell, sin cuyo apoyo este libro no habría visto la luz.

Daniel O'Donnell

Introducción al derecho internacional de los derechos humanos

1. Los derechos analizados en esta obra y el marco normativo

Este manual aborda los derechos civiles y políticos reconocidos por los dos sistemas de derechos humanos vigentes en las Américas: el sistema universal y el sistema interamericano. El tema de los derechos económicos, sociales y culturales no es menos importante que el de los derechos civiles y políticos, pero sería difícil abordar ambos adecuadamente en un solo libro. No obstante, como las grandes categorías de derechos humanos están estrechamente vinculadas, ciertos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales son abordados en estas páginas. El derecho de los pueblos indígenas, tratado en este libro, tiene un fuerte contenido económico, social y cultural. La libertad sindical, parte medular del derecho internacional social, se presenta en el presente manual como prototipo de la libertad de asociación. El derecho a un recurso comprende el de la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, aspecto analizado en el capítulo correspondiente.

La estructura de este libro es similar a la de ***Protección internacional de los derechos humanos***. Los derechos contenidos en los 22 artículos de la Parte III del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y en los 23 artículos de la Parte II de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana) son presentados en los primeros quince capítulos del presente manual. Ciertos derechos relacionados entre sí se analizan en un mismo ca-

pítulo. El capítulo 7, por ejemplo, trata sobre el derecho a la personalidad jurídica, así como sobre el derecho a la intimidad, y a la honra y la reputación. Con la inclusión de dicho capítulo, el alcance del libro se extiende a todos los derechos consagrados tanto por el PIDCP como por la Convención Americana. En el último capítulo del manual se analiza el impacto de los estados de excepción sobre las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos.

Este libro toma como su principal marco de referencia los cuatro instrumentos sobre derechos humanos más relevantes para este Continente, a saber: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Otros instrumentos aplicables en las Américas constituyen el marco normativo complementario.

2. Las fuentes del sistema universal citadas en esta obra

La doctrina

La doctrina son los pronunciamientos adoptados por un órgano competente a fin de interpretar o aclarar el contenido, alcance o valor jurídico de una disposición contenida en la normativa internacional o, eventualmente, una regla o principio del derecho consuetudinario vigente.

Para comprender las fuentes de doctrina citadas en esta obra es preciso entender la estructura del sistema universal de derechos humanos, el cual está dotado de cuatro tipos de órganos:

- Los comités de expertos independientes establecidos por ciertos tratados sobre derechos humanos y cuya competencia se limita a éstos.

- Los órganos políticos de las Naciones Unidas, y en particular la Comisión de Derechos Humanos, único órgano político especializado en derechos humanos.

- La Subcomisión de Derechos Humanos, órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos que tiene un mandato amplio y está compuesta por expertos independientes.

- Los mecanismos temáticos, cuya competencia, definida por la Comisión de Derechos Humanos, se limita a temas específicos pero se extiende a todos los Estados miembros de la Organización.

La doctrina universal presentada en esta obra consiste principalmente en la elaborada por algunos de los comités de expertos independientes. Los siete comités existentes actualmente son:

1. El Comité de Derechos Humanos, establecido por el PIDCP.

2. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecido por el Consejo Económico y Social (Ecosoc) de las Naciones Unidas.

3. El Comité para la eliminación de la discriminación racial, establecido por la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

4. El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, establecido por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

5. El Comité contra la tortura, establecido por la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

6. El Comité de los derechos del niño, establecido por la Convención sobre los derechos del niño.

7. El Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias.

La mayor parte de la doctrina citada en esta obra proviene del Comité de Derechos Humanos. Esto se debe, en primer lugar, a la amplia competencia de este Comité. En segundo lugar, a que dicho organismo ha otorgado prioridad a esta función, habiendo adoptado desde 1981 treinta observaciones generales relativas a diecinueve artículos del PIDCP. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también ha desarrollado una doctrina muy valiosa en quince observaciones generales adoptadas desde 1989, pero la mayor parte de dicha doctrina se refiere a derechos que escapan al esquema del presenta trabajo. El Comité contra la tortura y el Comité de los derechos del niño han dado menos importancia a la elaboración de observaciones generales, y el Comité para la eliminación de la discriminación racial, al igual que el Comité para la discriminación contra la mujer, no adopta observaciones generales sino recomendaciones generales. El contenido de estas recomendaciones tiene menos relevancia para la interpretación de la normativa internacional que las observaciones generales adoptadas por otros comités, las cuales con frecuencia tienen propósitos y contenido claramente interpretativos. El Comité de derechos de los trabajadores migrantes, al igual que los demás comités de expertos, tiene competencia para adoptar observaciones sobre los informes sometidos por Estados así como observaciones generales, pero recién se estableció a finales del año 2003.[1]

---

[1] Estas competencias se derivan de los párrafos 1 y 7 del artículo 74 de la Convención. Hasta la fecha el artículo 77, que reconoce la competencia del Comité para conocer denuncias provenientes de víctimas, no ha sido aceptado por Estado alguno.

Una función básica que tienen todos los comités de expertos es examinar a la luz de toda información fidedigna de que dispongan, los informes presentados por los Estados Partes en el tratado correspondiente relativos a la implementación de dicho tratado. Las observaciones generales de los comités representan una síntesis de años de experiencia en el examen de informes provenientes de los Estados y del diálogo con los representantes de los Estados sobre los mismos con respecto a un determinado tema. Por lo general, las observaciones se refieren a uno de los derechos consagrados por el tratado en cuestión, aunque algunas se dedican a temas transversales o conexos.

La jurisprudencia

Hasta la fecha sólo tres de los comités del sistema universal han desarrollado una jurisprudencia sobre los derechos consagrados en el instrumento correspondiente: el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la eliminación de la discriminación racial y el Comité contra la tortura. Ni el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ni el Comité de los derechos del niño están dotados de competencia para conocer casos de supuestas violaciones de los instrumentos correspondientes. El Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adquirió esta competencia el 22 de diciembre de 2000, con la entrada en vigor de un Protocolo Facultativo a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, pero todavía no se ha pronunciado sobre los casos en trámite. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos no sólo es mucho más extensa, sino también es más amplia por referirse a todos los derechos comprendidos en la Parte III del PIDCP.[2]

---

[2] La doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que es la fuente de su competencia para conocer casos, establece que dicha competencia se

Fuentes auxiliares

Desde hace una década, los comités de expertos independientes del sistema universal han adoptado la práctica de aprobar, al final del examen de cada informe de un Estado Parte, un documento denominado Observaciones finales, que contiene sus conclusiones y recomendaciones sobre la situación imperante en el país en cuestión y los esfuerzos realizados por el Estado para cumplir con las obligaciones relativas a los derechos humanos consagradas por el tratado pertinente. Estas observaciones, si bien no tienen el mismo valor jurídico que las observaciones generales, son una fuente auxiliar de interpretación en la medida en que contienen conclusiones claras sobre la compatibilidad de determinadas leyes o prácticas concretas con la normativa internacional pertinente, o sobre el contenido o alcance de una norma internacional.[3] No conviene considerarlas doctrina por referirse a situaciones concretas y por consistir, salvo en casos muy contados, en criterios expresados en forma sucinta, sin fundamentos expresos. No obstante, esta fuente puede ser valiosa cuando se refiere a cuestiones que todavía no han sido abordadas por las observaciones generales ni la jurisprudencia de un comité, sobre todo cuando el comité ha formulado reiteradamente observaciones similares.

Los mecanismos temáticos y las relatorías sobre países específicos

Se conocen genéricamente como mecanismos temáticos los grupos de trabajo y las relatorías que tienen competencia para examinar

---

limita a los derechos individuales establecidos en los artículos 6 a 27 del PIDCP. Los derechos, los principios y las obligaciones establecidas en los artículos 1 a 5 sólo se toman en cuenta tangencialmente en el examen de casos sometidos en virtud del Protocolo Facultativo (véase, por ejemplo, el caso Gillot c. Francia, Capítulo 14).

[3] Es menester reconocer que muchas de las Observaciones son algo ambiguas.

casos o situaciones que guardan relación con un determinado derecho humano, con un tipo de violación de los derechos humanos o con un tema transversal relacionado con la vigencia y protección de los derechos humanos. Por lo general estos mecanismos son establecidos por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y tienen un mandato limitado en el tiempo –generalmente de algunos años–, que puede ser renovado. La competencia de dichos mecanismos o instancias se extiende a todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas. La manera en que ejercen su competencia, las actividades que desarrollan y la forma como expresan los resultados de sus investigaciones varían bastante. La mayor parte de estos mecanismos, sino todos, lleva a cabo visitas a países y publica informes sobre los resultados de las mismas, que contienen conclusiones y recomendaciones. La mayor parte también recibe información sobre casos concretos y, si considera que dicha información es ***prima facie*** fundada y corresponde a los parámetros del mandato, se la comunica al Estado concernido junto con una solicitud de información y, eventualmente, una indicación de la acción a tomar que el Grupo o Relator considera idónea. Todos estos mecanismos elaboran informes anuales que contienen análisis de los desarrollos sobre temas bajo sus mandatos, así como recomendaciones de carácter general. No obstante, los métodos de trabajo de estas instancias también presentan diferencias. El Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria, por ejemplo, adopta decisiones sobre el fondo referentes a casos individuales. El Representante Especial del Secretario General sobre personas desplazadas ha auspiciado el desarrollo de un instrumento normativo, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos.[4] Sea cual fuere la metodología adoptada por un mecanismo temático, la definición de su mandato reviste particular importancia porque, siendo independiente de la participación de los Estados en cualquier tratado sobre derechos humanos, evidencia el desarrollo de la normativa consue-

---

[4] Naciones Unidas, E/CN.4/1998/53/Add.2, 1998.

tudinaria en derechos humanos. En algunas oportunidades ciertos relatores han elaborado una síntesis analítica de varios años de trabajo, haciendo así un aporte a la doctrina internacional. El Informe de 1992 del Relator Especial sobre ejecuciones sumarias o extrajudiciales, que contiene un análisis de la normativa relacionada con su mandato basado en diez años de experiencia, y el último informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos encargado del tema de los derechos humanos y los estados de excepción, son dos ejemplos citados en la presente obra.[5]

En los últimos quince años, el número de mecanismos temáticos ha aumentado significativamente. Los mecanismos más vinculados a los derechos civiles y políticos, además del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, incluyen los siguientes:

- Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzosas o involuntarias
- Relatora Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias
- Relator Especial sobre la cuestión de la tortura
- Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión
- Relator Especial sobre la libertad de religión o creencias
- Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados
- Representante Especial sobre Defensores de Derechos Humanos

Además, hay varios mecanismos dedicados a la problemática de la discriminación o a los derechos de grupos especialmente vulnerables, entre ellos los siguientes:

- Representante del Secretario General sobre los desplazados internos

---

[5] Naciones Unidas, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Informe para 1992, E/CN.4/1992/30 e Informe E/CN.4/1985/4, respectivamente.

- Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia
- Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer
- Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas
- Relatora Especial sobre trabajadores migrantes
- Representante Especial del Secretario General sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía
- Representante Especial sobre los niños y los conflictos armados
- Grupo de Trabajo de Expertos sobre las personas de ascendencia africana

Existen varios mecanismos dedicados a los derechos sociales o culturales, tales como el derecho a la educación, a la salud, a la alimentación y a la vivienda, así como a temas conexos o transversales como la pobreza extrema, el derecho al desarrollo, el traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, y la "utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación". Estos mecanismos, que se dedican esencialmente al monitoreo en forma permanente de la vigencia y goce efectivo en el mundo entero de los derechos referidos, no deben confundirse con los grupos de trabajo, cuya función principal consiste en el desarrollo de un instrumento normativo, ni con los relatores encargados de la preparación de estudios y recomendaciones sobre un determinado tema.

Otro mecanismo son las relatorías sobre la situación de los derechos humanos en países determinados. Actualmente hay más de una docena, la mayoría con mandatos sobre países africanos o asiáticos. La única Relatoría sobre un país americano es la de Haití, establecida en 1992. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia también presenta

un informe anual a la Comisión de Derechos Humanos, desde 1998. Los informes de las misiones ad hoc, cuyo mandato incluye el monitoreo de la situación de derechos humanos en un país determinado, tal como la Organización de Naciones Unidas para El Salvador (Onusal) y la Misión de las Naciones Unidas para Guatemala (Minugua), son otra fuente importante. Sus informes son publicados como documentos de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad.

Muchos de los informes de dichas relatorías y grupos de trabajo –sean temáticos o bien sobre países específicos– contienen observaciones y conclusiones valiosas para la interpretación de la normativa internacional sobre derechos humanos. El valor del informe depende, en gran parte, del enfoque adoptado por el relator o grupo de trabajo. Tratándose de los relatores, algunos tienen un enfoque más jurídico, mientras que otros ponen mayor énfasis en conclusiones y recomendaciones basadas en una apreciación global de la situación política y social. Asimismo, algunos grupos de trabajo –tal como el Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria, por ejemplo– han adoptado un enfoque rigurosamente jurídico, mientras que otros, como el Grupo de Trabajo sobre desapariciones, han adoptado un enfoque y metodología humanitarios.

Como se puede apreciar, en los últimos 15 años la estructura del sistema universal de protección de los derechos humanos ha crecido y se ha vuelto más compleja. En consecuencia, el volumen de los pronunciamientos de relevancia para la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos ha aumentado al punto que pretender hacer una síntesis de la producción completa de estos años sería asumir una tarea interminable. La presente obra analiza en forma sistemática la jurisprudencia y la doctrina del Comité de Derechos Humanos, mientras que otras fuentes, en particular las relatorías y los grupos de trabajo temático y las relatorías sobre países determinados, son citados en forma selectiva.

3. Otras fuentes universales

La presente obra se refiere a varios pronunciamientos de algunas instituciones u organizaciones que, si bien no forman parte del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, son universales por tener composición y competencia supra-regionales. Estas instancias no forman una categoría heterogénea, sino que cada una de ellas es de naturaleza distinta.

La Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia es un órgano de la Organización de las Naciones Unidas, establecido en virtud del Capítulo XIV de la Carta de las Naciones Unidas.[6] No obstante, no forma parte del sistema de derechos humanos de esta organización, por carecer de competencia específica en la materia. Si bien el sistema universal carece de un tribunal de derechos humanos,[7] la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado sobre cuestiones relativas a los derechos humanos en varias oportunidades, tanto en el ejercicio de su competencia consultiva establecida por el artículo 96 de la Carta,

---

[6] Todos los Estados miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte, pero el Estatuto también está abierto a ratificación por Estados no miembros. Si bien todos los Estados miembros de las Naciones Unidas son partes en el Estatuto de la Corte, el reconocimiento de su competencia contenciosa es facultativo.

[7] La Corte Penal Internacional, establecida en 2003, tiene competencia sobre los delitos contra la humanidad y graves violaciones del derecho humanitario enumerados en los artículos de su Estatuto. La mayor parte de tales delitos también constituyen graves violaciones de los derechos humanos. No obstante, a diferencia de los tribunales de derechos humanos, cuya función es establecer la responsabilidad de los Estados en las violaciones de los derechos humanos, la Corte Penal Internacional (al igual que los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Rwanda) tiene competencia para determinar la responsabilidad penal de personas naturales.

como en el ejercicio de su competencia contenciosa, establecida por el Capítulo II de su Estatuto. Las opiniones consultivas de esta Corte son consideradas doctrina para efectos de la presente obra, y las sentencias adoptadas en casos de un Estado contra otro, jurisprudencia.

Los Tribunales Penales Internacionales

Existen en la actualidad tres tribunales penales internacionales, dos con carácter ad hoc y uno permanente. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia fue establecido por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993, a fin de "(…) juzgar los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex-Yugoslavia (...)".[8] Su competencia es definida por su Estatuto, aprobado por la resolución mencionada, y comprende graves violaciones de las Convenciones de Ginebra de 1949, genocidio y crímenes contra la humanidad (arts. 2 a 5).[9] El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda fue establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el año siguiente a fin de "(…) enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones de derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda", y por nacionales de dicho país en el territorio de Estados vecinos durante el año 1994.[10] Su competencia comprende el delito de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violaciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, así como ciertas violaciones graves del Protocolo II a los Convenios de Ginebra (arts. 2 a 4).

---

8 Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, resolución 827 del 25 de mayo de 1993.

9 Los estatutos de los tres tribunales se reproducen integralmente en *Compilación de derecho penal internacional*, Bogotá, OACNUDH, 2003, A. Valencia Villa (compilador).

10 Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, resolución 995 del 8 de noviembre de 1994.

La Corte Penal Internacional fue establecida por su Estatuto, un tratado aprobado por una conferencia diplomática que se celebró bajo los auspicios de las Naciones Unidas en Roma en 1998. El Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002. Su competencia comprende el delito de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el delito de agresión (arts. 5 a 8). Su competencia se limita a hechos cometidos por nacionales de Estados Partes en el Estatuto, y a hechos cometidos en el territorio de dichos Estados (art. 12). A diferencia de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc, la Corte Penal Internacional no tiene competencia para conocer hechos cometidos antes de la entrada en vigor de su Estatuto (art. 11).

Si bien estos tribunales no tienen competencia sobre violaciones de los derechos humanos como tales, los crímenes de lesa humanidad son, en efecto, graves violaciones de ciertos derechos humanos cometidos en un contexto específico, a saber: "(…) como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (…)" (art. 7.1).[11] Por tanto, las sentencias de estos tribunales con frecuencia abordan temas muy relevantes para la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos. Tanto los estatutos de estos tribunales –en particular el de la Corte Penal Internacional– como sus sentencias son citados con cierta frecuencia por órganos internacionales de derechos humanos, especialmente por aquéllos del sistema interamericano.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo es una entidad de vocación universal establecida en 1919 por el Tratado de Versalles. Es

---

[11] Obviamente, los elementos materiales del delito de genocidio también constituyen violaciones de los derechos humanos de las víctimas, y la mayor parte de los crímenes de guerra son violatorios no sólo del derecho internacional humanitario sino también del derecho internacional de los derechos humanos.

tripartita y está formada por Estados miembros y por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de dichos Estados. Fue incorporada al sistema de la Organización de las Naciones Unidas en calidad de agencia especializada[12] en 1946. La Conferencia Internacional del Trabajo, su asamblea general, es fuente de una normativa internacional amplísima que en 2003 alcanzó 182 convenios y 192 recomendaciones. Esta normativa es denominada por algunos el "derecho internacional social", campo del derecho internacional público conexo al derecho internacional de los derechos humanos. De esta normativa, los convenios sobre el trabajo forzoso, la libertad sindical, la discriminación y el trabajo infantil son clasificados por la OIT como convenios relativos a los derechos humanos.[13]

Sus órganos de control permanente son el Comité de Expertos sobre la aplicación de convenios y recomendaciones (en adelante Comité de Expertos) y Comité de Libertad Sindical.[14] Ambos comités están constituidos por expertos independientes, quienes aplican la normativa relevante en forma rigurosa. El Comité de Expertos, establecido en 1927, tiene competencia para supervisar la puesta en práctica de todos los convenios internacionales de trabajo. Ejerce esta competencia principalmente por medio del examen de informes presentados por los Estados, así como por los sindicatos y las organizaciones empresariales. El Comité de Libertad Sindical es un órgano especializado con competencia para conocer denuncias de violaciones de esta libertad, que provienen principalmente de orga-

---

12 Las agencias especializadas son organizaciones autónomas que cooperan con las Naciones Unidas, cuyo Consejo Económico, Social y Cultural es el encargado de la coordinación de las actividades respectivas. Otras agencias especializadas incluyen la Unesco y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

13 Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 19 de junio de1998.

14 El Consejo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) puede establecer una Comisión de investigación y conciliación para conocer casos de particular gravedad.

nizaciones sindicales. Siendo la libertad sindical un principio reconocido por la Constitución de la OIT, la competencia de este Comité no se limita a los Estados Partes en los Convenios sobre la materia, sino que se extiende a todos los Estados miembros de la Organización. La jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical es publicada anualmente, así como obras doctrinales que la resumen.[15] El Comité de Expertos no elabora jurisprudencia pero sí publica –por lo general una vez por año– estudios generales sobre temas seleccionados. Estos estudios pueden considerarse la doctrina más autorizada sobre los temas tratados.

En 1998 la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que establece que todos los Estados miembros están obligados a respetar los principios y derechos plasmados en los convenios relativos al trabajo forzoso, la discriminación y el trabajo infantil, además de la libertad sindical (art. 1.2). Un anexo a la declaración establece nuevos mecanismos de promoción y control, entre ellos la preparación de informe globales sobre las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales mencionadas (Parte III).[16] Elaborados por el secretariado de la OIT, los informes globales pueden considerarse una fuente complementaria de la doctrina y jurisprudencia de los comités antes mencionados.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) puede considerarse una agencia especializada semi-autónoma: no tiene constitución ni Estados miembros, pero sí Estatuto y presupuesto propio. El Alto Comisionado es

---

15 El más reciente informe sobre la libertad sindical fue publicado en 1979.

16 Cada Informe global se dedica a un tema, de manera que se abordan los cuatro temas en forma sucesiva (Parte III.A.2).

nombrado por el Secretario General de las Naciones Unidas, pero rinde cuentas ante el Comité Ejecutivo del Programa compuesto por Estados que se reúnen anualmente.[17] A pesar de su nombre, las funciones del Comité Ejecutivo no se limitan a la adopción de recomendaciones sobre las actividades y programas del ACNUR, sino que también adopta conclusiones dirigidas a los Estados sobre la interpretación y puesta en práctica del derecho internacional de los refugiados. Las funciones del ACNUR incluyen la protección de los derechos de los refugiados, su asistencia material y la búsqueda de soluciones duraderas al problema de los refugiados. La función de protección incluye la defensa de los derechos de los refugiados y solicitantes de refugio mediante el diálogo con los Estados así como, en algunos países, la participación del ACNUR en los mecanismos competentes establecidos por la legislación interna. Estas funciones se desarrollan en el marco de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados o de su Protocolo de 1967 con respecto a todos los Estados Partes y en el marco del Estatuto del ACNUR. Si bien este organismo no está dotado de un mecanismo para examinar denuncias sobre violaciones de los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo, las conclusiones del Comité Ejecutivo sobre cuestiones relativas a la interpretación del derecho internacional de los refugiados pueden considerarse la doctrina más autorizada en la materia. Otra fuente de interpretación importante es el ***Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado,*** elaborado por la Oficina del Alto Comisionado, y las directrices que actualizan y completan el Manual, que representan una síntesis de medio siglo de experiencia en la aplicación del derecho internacional de los refugiados.

---

[17] El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) también rinde cuentas al Ecosoc.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

El Comité Internacional de la Cruz Roja es una organización privada, de carácter humanitario y de vocación universal, fundada en 1863. La independencia, neutralidad e imparcialidad de la organización son consagradas por su Estatuto (art. 4.1 a). Desde 1864 sus funciones han incluido la preparación de anteproyectos de instrumentos internacionales en materia de derecho humanitario que luego han sido adoptados por los Estados, entre ellos los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977. Sus funciones permanentes incluyen la promoción del derecho internacional humanitario y la ayuda a las víctimas de conflictos armados. Además, cuando las partes están anuentes, el CICR asume el monitoreo del respeto del derecho internacional humanitario durante situaciones de conflicto armado. Si bien su función de monitoreo generalmente se desarrolla en la más absoluta confidencialidad, y el Comité carece de mecanismos para conocer denuncias de violaciones del derecho internacional humanitario, el CICR ha publicado Comentarios sobre los Convenios de 1949 y los Protocolos de 1977 los cuales, debido a la neutralidad e independencia de la Organización, así como a su rol central en el desarrollo y promoción del derecho internacional humanitario, constituyen la doctrina más autorizada en la materia.

4. Las fuentes del sistema interamericano

La estructura del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es mucho más sencilla que la del sistema universal. Los órganos principales del sistema interamericano son la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Existen también dos órganos políticos que, ocasionalmente, adoptan pronunciamientos sobre situaciones concretas o temas que tienen relevancia para la interpretación del derecho interamericano de los derechos humanos, estos órganos son la Asamblea General y la Re-

unión de Consulta de los ministros de relaciones exteriores de los Estados Miembros. A diferencia de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos (OEA) no tiene un órgano político dedicado a cuestiones de derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las competencias de la Corte Interamericana son las establecidas en el Capítulo VIII de la Convención Americana de Derechos Humanos. Las competencias más relevantes son la adopción de opiniones consultivas, definida por el artículo 42 de la Convención Americana, y el examen de casos contenciosos, definido por los artículos 61 y 62 de la misma Convención.

La competencia consultiva de la Corte Interamericana comprende, ***rationae materia***, consultas relativas a la Convención Americana y a "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (art. 64.1)." En su Opinión Consultiva OC-1/82, la Corte Interamericana determinó que esta última cláusula no se limita a los tratados interamericanos en la materia, sino a todo tratado vigente en uno o en varios Estados americanos, y que tampoco se limita a tratados dedicados al tema de los derechos humanos sino que incluye cualquier tratado "en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos".[18] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), evidentemente, no es un tratado. No obstante, en su Opinión Consultiva OC-10/89, la Corte Interamericana concluyó que tiene competencia para interpretarla "(…) en relación con la Carta y la Convención [Americana de Derechos Humanos] u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos".[19]

---

[18] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-1/82, párrs. 21, 48 y 52.

[19] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-10/89, párr. 48.

La competencia consultiva de la Corte Interamericana se extiende a dos tipos de consultas: aquellas que solicitan la interpretación de una disposición o disposiciones de la Convención Americana o de otro tratado sobre derechos humanos, o eventualmente una cuestión más general sobre la interpretación de la Convención, y las que solicitan la opinión de la Corte sobre la compatibilidad de una ley con la Convención.[20] Las consultas del primer tipo pueden ser sometidas por cualquier Estado miembro de la OEA, por la CIDH y, en ciertas circunstancias, por otros órganos de la OEA, mientras que las del segundo tipo sólo pueden ser presentadas por un Estado miembro, con respecto a su propia legislación.[21]

La Corte Interamericana también tiene competencia sobre casos examinados previamente por la CIDH. Esta competencia se limita a casos "(…) relativo[s] a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención", es decir, la Convención Americana" (art. 62.3). Dichos casos pueden ser sometidos por el Estado aludido, o por la CIDH siempre que el Estado haya aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y que la CIDH haya cumplido con los requisitos procesales correspondientes (arts. 61 y 62). Durante más de dos décadas, la CIDH tuvo una amplísima discreción sobre la sumisión de casos a la Corte Interamericana. En 2001 entró en vigencia un nuevo Reglamento de la CIDH, que dispone que toda decisión de esta Comisión relativa a un Estado Parte en la Convención Americana que reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, debe ser sometida a ésta, a menos que el Estado haya cumplido con las recomendaciones de la CIDH o que ésta, por decisión fundada, determine lo contrario (art. 44). Cabe presumir que, en un futuro próximo, esta reforma producirá un aumento importante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En el ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte adopta ór-

---

[20] Párrafos 1 y 2 del artículo 64, respectivamente, de la Convención Americana.

[21] Para estos efectos, la Corte Interamericana ha adoptado una interpretación amplia del término "ley". Véanse por ejemplo la Opiniones Consultivas OC-6/86, el término "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana.

denes, fallos y decisiones de distinta índole, entre ellos, medidas cautelares, excepciones preliminares, reparaciones e interpretaciones de sus sentencias. Para efectos de la interpretación de la normativa interamericana sobre derechos humanos, las sentencias de la Corte Interamericana sobre el fondo de los casos son lo más relevante. La presente obra toma en cuenta todas las sentencias de fondo adoptadas por esta Corte hasta finales del año 2002, además de referencias seleccionadas a otros fallos y sentencias. Para efectos de la presente obra se utiliza el término "jurisprudencia" para referirse a las sentencias y otras decisiones adoptadas por la Corte Interamericana en el ejercicio de su competencia contenciosa y "doctrina" para referirse a las Opiniones Consultivas de la Corte.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La CIDH, al igual que el Comité de Derechos Humanos del sistema universal, es un órgano compuesto por expertos independientes. La competencia de la CIDH para conocer casos de violaciones de los derechos humanos proviene de distintas fuentes, de las cuales las más relevantes son las siguientes:[22]

- Competencia original para conocer violaciones de derechos humanos en todos los Estados miembros de la OEA, derivada de su Estatuto.[23]

---

[22] El artículo 45 de la Convención Americana establece la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para conocer denuncias de un Estado Parte contra otro, siempre que ambos hayan formulado declaraciones aceptando dicha competencia. Si bien nueve Estados Partes han formulado tales declaraciones, hasta la fecha ninguno de ellos ha invocado esta competencia.

[23] Esta competencia, aplicable a todos los Estados miembros de la OEA, está reconocida por el artículo 20 del actual Estatuto, aprobado por la Asamblea General mediante resolución 447 (IX-0/79) de 1979 (fue reconocida inicial-

- Competencia para conocer denuncias de violaciones de los derechos reconocidos por la Convención Americana por un Estado Parte.[24]

- Competencia para conocer violaciones de la libertad sindical y del derecho a la educación, reconocida por el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, con respecto a los Estados Partes en dicho instrumento (art. 19.6).

- Competencia para conocer denuncias de violaciones de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura,[25] la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada

---

mente por la primera reforma del Estatuto de la Comisión, adoptada en 1965). El artículo 20 del Estatuto está redactado en forma ambigua, pues no se mencionan denuncias ni violaciones de los derechos humanos sino comunicaciones, sin precisar las fuentes competentes para someterlas, ni la admisibilidad de las comunicaciones *rationae materie*. No obstante, la práctica establecida, así como el Reglamento de la CIDH, dejan clara la naturaleza de esta competencia. El artículo 23 del Reglamento confirma, tácitamente, que ésta se aplica a denuncias de violaciones de los derechos consagrados por la Declaración Americana.

[24] Esta competencia, que se refiere a casos presentados por particulares o por una ONG, está reconocida por el artículo 44 de la Convención y regulada por los artículos 46 a 51. El artículo 45 reconoce una competencia facultativa para conocer denuncias de un Estado Parte contra otro pero, si bien algunos Estados Partes la reconocen, hasta la fecha ningún Estado ha presentado nunca una denuncia contra otro Estado.

[25] Esta Convención no establece explícitamente la competencia de la CIDH para conocer denuncias, si bien el último párrafo de su artículo 8 establece que "Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado". El artículo 23 del Reglamento de la CIDH se refiere a la competencia de ésta sobre denuncias de presuntas violaciones de los derechos reconocidos en esta Convención.

de personas[26] y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.[27]

En el presente libro se emplea el término "jurisprudencia" para hacer referencia a las decisiones de la CIDH sobre casos examinados bajo el procedimiento establecido por el artículo 44 de la Convención Americana y de su Estatuto, es decir, denuncias de presuntas violaciones de la Convención o de la Declaración Americana presentadas por individuos o por ONG. Hasta la fecha, la CIDH no ha publicado decisiones sobre presuntas violaciones del Protocolo de San Salvador. Tampoco existen decisiones que descansen exclusivamente sobre la aplicación de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, ni sobre la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas, ni la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Las decisiones recientes que contienen conclusiones relativas a violaciones de estos instrumentos se basan en la aplicación en forma conjunta de normas contenidas en la Convención Americana y en dichas Convenciones que, en cierta medida, pueden considerarse complementarias a la Convención.

A partir del año 1996 las decisiones publicadas por la CIDH en sus informes anuales incluyen no sólo decisiones sobre el fondo, sino también sobre la admisibilidad de denuncias. El presente libro pretende hacer un análisis sistemático de las decisiones de fondo de la CIDH, con énfasis en la jurisprudencia adoptada entre los años

---

[26] Los artículos XIII y XIV de la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas reconocen la competencia de la CIDH para examinar denuncias de casos de desaparición a la luz de las disposiciones de esta Convención. El texto de estos artículos es algo ambiguo, pues no se refiere a violaciones de la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas como tal.

[27] El artículo 12 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer reconoce expresa y claramente la competencia de la CIDH sobre violaciones del artículo 7 de esta Convención que contiene una nómina de los deberes concretos de los Estados Partes.

1989 y 2002. Se hace referencia, adicionalmente, a algunas decisiones sobre admisibilidad.

En algunas oportunidades, la CIDH ha elaborado y publicado documentos que resumen su jurisprudencia sobre determinados temas. El libro ***Diez años de actividad 1971-1981***, por ejemplo, contiene un capítulo con resúmenes sintéticos de la jurisprudencia de la CIDH sobre varios temas. Asimismo, el Informe Anual de la CIDH 1990-1992 contiene un resumen de la jurisprudencia adoptada por este órgano en años anteriores publicada bajo el título "Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa". El informe sobre leyes de desacato contenido en el Informe Anual de la CIDH para 1994 es otro ejemplo de doctrina, aunque consiste en un estudio analítico, más que en un resumen de jurisprudencia. Ciertas resoluciones adoptadas por la CIDH con base en un ponderado análisis de la normativa internacional pertinente, tales como la Recomendación sobre asilo y crímenes internacionales, así como los capítulos generales de los informes temáticos adoptados por la CIDH últimamente, tales como "La condición de la mujer en las Américas", "Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas" y "Terrorismo y derechos humanos", también deben considerarse fuentes doctrinales.[28]

Los informes de la CIDH sobre la situación de derechos humanos en países determinados también contienen observaciones y conclusiones relevantes para la interpretación de la normativa interamericana. Tales observaciones y conclusiones no pueden considerarse jurisprudencia, porque no son decisiones sobre casos. Tampoco conviene considerarlas como expresiones de doctrina pues, si bien hacen un aporte a la doctrina en el sentido abstracto del término, se refieren a situaciones concretas. La presente obra, por tanto, emplea la expresión "otras fuentes" para referirse a ellas.

---

[28] CIDH, El asilo y su relación con crímenes internacionales, 20 de octubre de 2000, Informe Anual de la CIDH, 2000; Informe sobre la condición de la mujer en las Américas, 1998; Informe sobre la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas, 2000; Informe sobre terrorismo y derechos humanos, 2002.

La CIDH ha establecido relatorías sobre ciertos temas, en particular sobre la mujer, la niñez, los indígenas, los trabajadores migrantes y la libertad de expresión. Con una excepción, los relatores son miembros de la CIDH, quienes asumen particular responsabilidad sobre el tema a su encargo. Sus informes, que se publican en forma ocasional, son aprobados por la CIDH. La Relatoría sobre la libertad de Expresión establecida en 1997, a diferencia de las demás relatorías, tiene cierta autonomía. Este Relator no es miembro de la CIDH, y sus informes anuales, publicados como anexos a los Informes Anuales de la CIDH, no son aprobados formalmente por ésta. No obstante, son una fuente valiosa de interpretación complementaria.

5. La jerarquía de las fuentes de doctrina y jurisprudencia

Si bien no es posible establecer un esquema definitivo de la jerarquía de las fuentes de doctrina y jurisprudencia citadas en este manual, se pueden identificar algunas de las reglas generales relativas a esta cuestión. Existen tres clases de consideraciones que inciden en el análisis de la jerarquía de las fuentes: consideraciones formales e informales relativas a la fuente misma y reacción de los Estados a un determinado pronunciamiento.

Las consideraciones formales son tres: a) la naturaleza del órgano en cuestión, b) su composición, y c) la naturaleza de la competencia específica ejercida. Los tribunales internacionales son las instancias máximas de interpretación y aplicación de la normativa internacional. El pronunciamiento de un tribunal, como la Corte Interamericana, tiene mayor valor jurídico que el pronunciamiento de un órgano de carácter cuasi-jurisdiccional, como la CIDH.

Asimismo, los pronunciamientos de los órganos cuasi-jurisdiccionales, por regla general, tienen mayor valor que los de órganos que carecen de este carácter. Son órganos cuasi-jurisdiccionales aquellos que poseen algunos de los atributos de un tribunal, pero no todos. Los elementos comunes que comparten con los tribunales

son: a) su competencia está definida por un tratado y/o un estatuto aprobado por una organización internacional; b) son permanentes, autónomos y dotados de garantías de independencia, y c) sus decisiones se basan en el derecho internacional y son decisiones fundadas. La característica que les distingue de los tribunales es que la obligatoriedad de sus decisiones no está consagrada por un instrumento. Las opiniones del Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, tienen mayor jerarquía que las del Grupo de Trabajo sobre detenciones arbitrarias o las del Relator Especial contra la tortura, por lo menos tratándose de la interpretación del PIDCP.

La naturaleza de la competencia ejercida por el órgano al adoptar un pronunciamiento específico también influye en el valor jurídico de éste. Por ejemplo, el PIDCP (art. 40.3), y la Convención contra la tortura (art. 19.3) establecen la competencia de los comités correspondientes a adoptar comentarios generales basados en su examen de los informes de los Estados Partes, mientras que la Convención Internacional para la eliminación de toda forma de discriminación racial (art. 9.2) y la Convención Internacional para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (art. 21.1) dotan a los respectivos comités con competencia para adoptar "sugerencias y recomendaciones de carácter general". Los términos "sugerencias" y "recomendaciones" connotan la falta de obligatoriedad, mientras que el término "comentario" es más ambiguo con respecto al carácter del pronunciamiento. La lectura de dichos pronunciamientos confirma que los comentarios generales del Comité de Derechos Humanos tienden a interpretar las obligaciones de los Estados Partes con el PIDCP, mientras que las recomendaciones de los comités contra la discriminación muchas veces tienen propósitos más generales.

La composición de la fuente también tiene relevancia en el valor de sus pronunciamientos, en particular en el ámbito universal. Los órganos compuestos por cinco o más miembros invariablemente están conformados de tal modo que las grandes regiones geopolíticas –América Latina, África, Asia, Europa oriental y una región compuesta por Europa occidental, Canadá, Estados Unidos, Australia y Nueva Zelandia– están representadas con el propósito de que se

incorporen los criterios de representantes de las principales culturas jurídicas del mundo en el quehacer de estos órganos. Tratándose de instancias que aplican normas universales, esta característica realza el valor de las deliberaciones de dichas instancias, comparadas con las de una relatoría unipersonal.

Otro factor pertinente es la intención manifestada por el órgano al formular una observación. Un comentario tiene mayor valor en la interpretación de una norma cuando la fuente declara o indica que su propósito es interpretar alguna norma o normas y aclarar las obligaciones concretas correspondientes. La intención no siempre es ésta, pues la normativa internacional consiste esencialmente en estándares mínimos de comportamiento dirigidos a la protección de bienes jurídicos trascendentales. Si bien algunas normas tienen un contenido absoluto e inflexible –por ejemplo, la prohibición de la tortura–, la mayor parte de las normas que consagran derechos humanos –por ejemplo el derecho de los presos a un trato humano– tienen un contenido más flexible. Algunos Estados estarán en condiciones de proteger o garantizar el goce de ciertos derechos en mayor grado que otros, y las observaciones de los órganos internacionales no siempre se limitan a apuntar el nivel mínimo de protección y garantía. Por tanto, mientras que algunos comentarios de los órganos internacionales se refieren al contenido mínimo de un derecho –o sea, a las obligaciones que todo Estado debe proteger–, otros consisten en recomendaciones sobre la mejor forma de garantizar el goce efectivo de un derecho.[29]

La Observación General No. 28 del Comité de Derechos Humanos relativa a la igualdad de hombres y mujeres, por ejemplo, señala lo siguiente: "La poligamia atenta contra la dignidad de la mujer. Constituye, además, una discriminación inadmisible a su respeto y

---

[29] Además, ciertos órganos aplican un enfoque más humanitario que jurídico, y no dudan en formular recomendaciones que revisan la eliminación de obstáculos políticos a la protección de los derechos humanos o la creación de un ambiente político-social más favorable al ejercicio de los derechos humanos, que desborde el ámbito jurídico.

debe en consecuencia, ser definitivamente abolida allí donde exista" (párr. 24). No cabe duda alguna con respecto a la intención del Comité de Derechos Humanos al adoptar este pronunciamiento. En contraste, la Observación General No. 21, relativa al derecho del recluso a un trato humano, contiene el comentario siguiente sobre la edad de responsabilidad penal:

> El artículo 10 no indica ningún límite de edad (…) Aunque cada Estado Parte deberá decidir sobre este particular a la luz de las condiciones sociales y culturales pertinentes, el Comité opina que el párrafo 5 del artículo 6 sugiere que todos los menores de 18 años deberían ser tratados como menores, al menos en las cuestiones relativas a la justicia penal. Los Estados deberían proporcionar datos pertinentes sobre los grupos de edad de las personas a las que se da tratamiento de menores (párr. 13).

Si bien esta observación es importante y los Estados no tienen derecho a ignorarla, resulta evidente que el Comité de Derechos Humanos reconoce que la legislación que establece un límite de edad diferente de los 18 años no es forzosamente incompatible con el PIDCP, si responde a las condiciones sociales y culturales actuales del Estado en cuestión.

Cabe señalar, en este contexto, que el contenido de la normativa es susceptible de modificación según la evolución de los valores sociales y morales de la sociedad internacional o regional. En su decisión en el caso Domínguez c. Estados Unidos, por ejemplo, la CIDH abandonó una jurisprudencia adoptada quince años antes relativa a la aplicación de la pena capital a personas menores de 18 años de edad.[30] Cabe presumir que, con frecuencia, los pronunciamientos de los órganos internacionales competentes formulados en forma condicional o programática evidencian un proceso de construcción de una interpretación que todavía no reúne el consenso

---

[30] La decisión en el caso Domínguez se presenta en el Capítulo 1; la jurisprudencia anterior fue la del caso 9647, Roach y otro c. Estados Unidos.

necesario para su adopción en cuanto interpretación autorizada. En otras oportunidades, la intención es claramente llamar la atención del Estado sobre medidas que son útiles y valiosas, sin pretender que sean obligatorias para todos los Estados.

Los criterios informales que influyen en el valor de un pronunciamiento incluyen la experiencia acumulada de la fuente y el rigor jurídico que sustenta sus conclusiones. Por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical de la OIT fue establecido en 1951 y el hecho de que éste desarrolle una jurisprudencia relativa a este tema específico desde hace más de medio siglo realza el valor de la misma. Lo mismo puede decirse –no obstante la naturaleza distinta de estos órganos– de la doctrina elaborada por el CICR sobre el derecho internacional humanitario, o la del ACNUR relativa al derecho internacional de los refugiados, las cuales representan el fruto de más de medio siglo de experiencia en la promoción y aplicación de los instrumentos pertinentes. Por su parte, la Relatoría de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias, establecida en 1980, acumula más de dos décadas de experiencia en la aplicación de un conjunto de normas que atañen a una problemática precisa.[31]

Por último, es menester reconocer que el rigor jurídico de los pronunciamientos de los diversos órganos no es uniforme. Las diferencias son más notables en el sistema universal, porque es más complejo que el sistema interamericano. Entre los relatores del sistema universal, por ejemplo, algunos ponen énfasis en la recopilación y el análisis de información fáctica, mientras otros dan más énfasis al análisis de los aspectos jurídicos de la situación. En ambos sistemas se encuentran tanto pronunciamientos con un sustento claro y convincente, como pronunciamientos que carecen de todo sustento. Ello constituye un elemento relevante que aumenta o debilita, según el caso, el valor jurídico de un pronunciamiento de cualesquiera fuentes.

---

[31] El primer Relator (la actual Relatora es la tercera en ocupar esta función) fue nombrado por resolución 35/172 de la Comisión de Derechos Humanos.

Sin embargo, conviene tomar en cuenta la siguiente diferencia entre los órganos colegiados de ambos sistemas. En el sistema interamericano, tanto la CIDH como la Corte Interamericana siempre han estado integradas por una amplia mayoría de juristas formados en la misma cultura jurídica. Esta formación común facilita la tendencia de estos órganos –evidente en los últimos años– de fundamentar ampliamente las conclusiones e interpretaciones adoptadas. En contraste, en el sistema universal los comités de expertos están compuestos de personas –cuando son juristas– formadas en escuelas de derecho muy distintas,[32] lo que favorece la tendencia a formular los fundamentos de las decisiones en términos más telegráficos, pues es más fácil ponerse de acuerdo sobre una interpretación del PIDCP que sobre los argumentos que la justifican. Esta tendencia –más evidente en la jurisprudencia que en la doctrina– no resta valor a las opiniones.

6. El *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos

Tipología de los instrumentos internacionales

En el manual de ***Protección internacional de los derechos humanos*** se propuso la idea de que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pueden dividirse en tres grandes categorías. La primera consiste en las grandes declaraciones de 1948: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Dichos instrumentos comparten tres características fundamentales:

---

[32] Normalmente los miembros del Comité de Derechos Humanos son juristas, así como la mayoría de los relatores de la Comisión de Derechos Humanos. Los demás Comités están integrados por juristas, expertos de otras profesiones y algunos diplomáticos.

1. Reconocen una amplísima gama de los derechos fundamentales, incluidos los de carácter civil, político, social, económico y cultural.
2. No son tratados internacionales y en el momento de su elaboración carecían de carácter vinculante.
3. Hoy día son considerados por los órganos internacionales competentes manifestaciones del derecho internacional consuetudinario, vinculantes para todos los Estados Partes en las Naciones Unidas y la OEA, respectivamente.

La segunda categoría consiste en los grandes tratados universales y regionales en materia de derechos humanos, en particular el PIDCP y el PIDESC en el sistema universal, y la Convención Americana y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en el sistema interamericano. Estos instrumentos, con pocas excepciones, consagran los mismos derechos plasmados en las grandes declaraciones de 1948. No obstante, como fueron elaborados con el propósito de ser vinculantes, definen el contenido, el alcance y los límites de estos derechos en forma más precisa y pormenorizada. En el sistema universal, los dos Pactos Internacionales (el PIDCP y el PIDESC) y la Declaración Universal son conocidos colectivamente como la Carta Internacional de Derechos Humanos, en reconocimiento a su lugar especial en el derecho internacional de los derechos humanos.

La tercera categoría consiste en los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos, o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana, como los niños, los indígenas, los trabajadores migrantes, las personas con discapacidad, los presos y tantos otros. En esta amplísima categoría es posible distinguir muchas subcategorías. Para nuestros propósitos, las más relevantes son la subcategoría de tratados, por una parte, y la subcategoría que agrupa los demás instrumentos que carecen de carácter contractual. Dichos instrumentos –que son numerosos– se conocen bajo diferentes denominaciones, entre ellas declaración, principios básicos, reglas mínimas, reglas, principios, directrices. El

sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Nacions Unidas para los Derechos Humanos contiene más de sesenta instrumentos universales sobre derechos humanos, sin contar los protocolos ni los instrumentos del derecho internacional humanitario, derecho internacional penal o derecho internacional social.

El concepto de corpus juris *de los derechos humanos*

La expresión "***corpus juris*** de los derechos humanos" es un aporte de la Corte Interamericana a la doctrina internacional. En su Opinión Consultiva OC-16/1999, la Corte Interamericana manifestó que "El ***corpus juris*** del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)" (párr. 115). Con respecto a una de las preguntas concretas sometidas a su consideración, la Corte concluyó que:

> (…) el derecho individual de información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables (párrs. 124 y 141.6).[33]

Esta Opinión también se apoya en instrumentos universales de carácter no contractual, en particular en el Conjunto de Principios

---

[33] La Opinión parte del supuesto de que tanto el Estado que envía como el Estado receptor son partes en la Convención de Viena y el PIDCP.

para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (párr. 82).[34]

Este concepto ha sido reafirmado por la Corte Interamericana en sentencias y opiniones más recientes. En su sentencia en el caso de los Niños de la Calle, la Corte Interamericana manifestó que: "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana" (párr. 194). Las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño, sentenció la Corte Interamericana, "(…) permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las 'medidas de protección' a que alude el artículo 19 de la Convención Americana" (párr. 196). Si bien Guatemala era Estado Parte en la Convención sobre los derechos del niño, la sentencia no señala esta circunstancia como motivo para considerar este instrumento relevante para la interpretación del artículo 19. Además, la sentencia también cita algunas disposiciones de dos instrumentos universales no contractuales, las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad. La Corte Interamericana no se refiere a estos instrumentos en cuanto fuente de obligaciones para el Estado, pero sí se refiere al contenido de ciertas reglas y directrices como descriptivas de deberes que incumben al Estado.[35] Lo anterior confirma que el *corpus juris* de los derechos del niño está conformado por instrumentos regionales y universales, y por tratados e instrumentos no contractuales, que deben interpretarse y aplicarse en forma coherente y armoniosa.

En su Opinión Consultiva OC-17/2002, la Corte Interamericana se refirió al "(…) *corpus iuris* de derechos y libertades" consagrados

---

[34] En una nota se cita también la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.

[35] El párr. 197 cita textualmente la Regla 26.1 y la Directriz No. 9, señalando en ambos casos que el Estado debe tomar las medidas en ellos descritas.

por el derecho internacional de los derechos humanos.[36] La Opinión cita, además de los instrumentos citados en el caso de los Niños de la Calle, ciertas disposiciones de las Reglas de las Naciones Unidas sobre la protección de los menores privados de libertad y reconoce el Convenio 138 de la OIT como parte de *corpus juris* internacional de protección de los niños.[37]

Este concepto es valiosísimo; no obstante, debe manejarse con conocimiento de sus límites teniendo en cuenta que se refiere esencialmente a la interpretación de normas, y no autoriza ignorar la distinción entre instrumentos que tienen carácter vinculante y los que no tienen esta calidad. Cuando la Corte Interamericana declara que los Estados deben tomar las medidas previstas en ciertas disposiciones de las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad para cumplir con la obligación de asegurar cabalmente la protección de los niños, al tenor del artículo 19 de la Convención Americana, eso no significa que las Reglas de Beijing o las Directrices de Riad son instrumentos vinculantes; significa que el contenido de algunas de sus disposiciones aclaran el contenido de una obligación proveniente de otra fuente o fuentes. Seguramente las dos disposiciones específicas citadas por la Corte Interamericana en este contexto concreto no son las únicas que pueden considerarse consustanciales con normas vinculantes de carácter más general, pero tampoco es posible concluir que cada una de las disposiciones de dichos instrumentos describe un elemento concreto de una obligación legal.[38]

---

[36] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 26.

[37] Ibíd., párrs. 126 y 92, respectivamente.

[38] El contenido de un instrumento no contractual adquiriría carácter vinculante únicamente si el instrumento como tal pasa a formar parte del derecho consuetudinario o, eventualmente, si el único propósito del instrumento fuera el de interpretar el contenido y alcance de una norma vinculante.

La interpretación autorizada

En el sistema interamericano se emplea la expresión "interpretación autorizada" para referirse al uso de un instrumento en la interpretación de otro. Esta técnica de interpretación se emplea también en el sistema universal, aunque sin denominación específica. En una oportunidad el Comité de Derechos Humanos rebatió el argumento de un Estado de que las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos no eran pertinentes porque carecían de obligatoriedad, y recalcó que "En cuanto a las alegaciones de maltrato en la cárcel, el Comité no acepta el argumento del Estado Parte de que no tiene competencia para examinar las condiciones de encarcelamiento de una persona cuando se trata de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, pues éstas constituyen una valiosa orientación para la interpretación del Pacto[39]." Este Comité también ha manifestado lo siguiente:

> Junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fue preparado y aprobado al mismo tiempo que él, el Pacto codifica en forma de tratado los derechos humanos universales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento éste que, juntamente con los otros dos, configura lo que se denomina "Carta Internacional de Derechos Humanos".[40]

Asimismo, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslavia han determinado que la definición de tortura contenida en la Convención contra la tortura sirve para la interpretación de todo instrumento que prohíbe la tortura sin definir este término.[41] Cabe precisar que este último Tribu-

---

[39] Comité de Derechos Humanos, caso Potter c. Nueva Zelandia, párr. 6.3 (1997). Ver también Mukong c. Camerún, párr. 9.3 (1994).

[40] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 26, párr. 3 (1997).

[41] Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, caso Furundzja, No. IT-95-17/1-T, sentencia del 10 de diciembre de 1998, párrs. 159-161, citando la

nal sustentó esta decisión en la conclusión de que "(…) la definición 'refleja un consenso que esta cámara considera una manifestación del derecho internacional consuetudinario'".[42]

Son varios los criterios que conviene tomar en cuenta a fin de determinar cuando el contenido de un determinado instrumento puede servir para interpretar el contenido de una norma vinculante contenida en otro instrumento.[43] En primer lugar, ambas normas deben estar destinadas a proteger el mismo bien jurídico, condición que parece imprescindible.

Cuando el preámbulo del instrumento principal se refiere a instrumentos complementarios este vínculo, si bien no es decisivo, ayuda a justificar el empleo de uno para efectos de la interpretación del otro. El Preámbulo de la Convención Americana, por ejemplo, reconoce que la Convención forma parte de un esfuerzo para definir los derechos esenciales de la persona cuyas etapas previas incluyen la Carta de la OEA y la Declaración Americana, así como la Declaración Universal. Esto sustenta la inferencia de que uno de los propósitos de la Convención es reafirmar y desarrollar los mismos derechos consagrados en la Declaración, lo que a su vez permite inferir que, en términos generales, la Convención Americana debe servir para aclarar el contenido de derechos y principios plasmados en la Declaración. De hecho, la CIDH utiliza con frecuencia las disposiciones de la Convención para interpretar las disposiciones de la Declara-

---

sentencia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda en el caso Akayesu, No. ICTR-96-4-T, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 593.

42 Comité de Derechos Humanos, ibíd., párr. 160 (traducción propia).

43 Este problema puede surgir en dos contextos: cuando se utiliza para referirse al contenido de un instrumento que no es vinculante –sea por naturaleza no contractual, sea por no haber sido ratificado por un determinado Estado– para aclarar el contenido o alcance de una norma vinculante, o cuando ambos instrumentos son vinculantes, pero la competencia del órgano que examina una cuestión se limita a uno de los dos instrumentos. Por tanto, en el análisis de esta cuestión se emplean los términos instrumento o norma principal –siempre vinculante– e instrumento o norma complementaria, que puede ser vinculante o no.

ción, al examinar casos de violaciones imputadas a Estados que no son partes en la Convención.[44]

Otro ejemplo es el Preámbulo de la Convención de los derechos del niño, que se refiere a varios instrumentos no contractuales, entre ellos las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores o Reglas de Beijing. El Comité de derechos del niño, que vela por el cumplimiento de dicha Convención, considera que los Estados Partes deben tomar las Reglas en cuenta a fin de asegurar que los sistemas de justicia para menores sean compatibles con los artículos pertinentes de la Convención. Éste es un ejemplo de particular importancia porque, después de la aprobación de la Convención de los derechos del niño, se adoptaron dos instrumentos no contractuales destinados a completar las Reglas de Beijing, a saber: las Directrices de Riad, citadas en la sentencia de la Corte Interamericana arriba mencionada, y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad. Reconociendo el estrecho vínculo entre estos tres instrumentos, el Comité de derechos del niño urge a los Estados Partes en la Convención a tomar en cuenta los tres, a la hora hacer las reformas necesarias para cumplir con los artículos de la Convención relativos a esta problemática (véase el Capítulo 13).

Las referencias claras en una disposición normativa de un instrumento a un derecho o principio definido o reconocido en forma más pormenorizada por otro también permiten inferir que es legítimo referirse a uno para interpretar el otro. Muchos instrumentos prohíben la discriminación, por ejemplo, sin definir este concepto. En consecuencia, las definiciones contenidas en Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer son ampliamente acep-

---

[44] La Corte Interamericana tiene menos oportunidad de referirse a la Convención Americana para este propósito, porque tiene competencia para conocer casos de presuntas violaciones de la Declaración Americana.

tadas para efectos de la aplicación e interpretación de las prohibiciones contenidas en otros instrumentos (véase Capítulo 15).

El uso de otros instrumentos para interpretar el contenido de una norma también está autorizado con base en referencias, en dicha norma, a una rama del derecho internacional conexa al derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 22 de la Convención Americana reconoce el derecho, entre otros, a "(…) buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales". La CIDH considera que la referencia a convenios internacionales autoriza la aplicación en el sistema interamericano del Convenio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que contiene una definición más amplia de las circunstancias que dan lugar al derecho de asilo.[45] La Convención de los derechos del niño contiene referencias expresas al derecho internacional humanitario, al derecho internacional de los refugiados, al derecho internacional de trabajo, al derecho internacional privado y al derecho internacional penal.[46]

La forma como una norma complementaria está formulada guarda relación con su relevancia para la interpretación de una norma principal. Una definición –por ejemplo, la definición de tortura contenida en el primer artículo de la Convención contra la tortura o la definición de niño contenida en el primer artículo de la Convención sobre los derechos del niño– siempre es relevante, aunque no necesariamente decisiva. Una recomendación o norma programática tiene poca relevancia para la interpretación del contenido o alcance de una obligación. Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, por ejemplo, contienen una sección sobre el personal penitenciario (Reglas 46 a 54). Si bien no cabe duda de que la puesta en práctica de estas recomendaciones ayudará a garantizar el derecho de los presos a un trato humano, no es posible considerarlas

---

45 Véase el caso Interdicción de haitianos, presentado en el Capítulo 8.

46 Véanse, en particular, los artículos 38, 22, 32, 11 y 33, así como los artículos 34 y 35, que aluden al derecho penal internacional.

elementos intrínsecos del derecho a un trato humano.[47] La gran mayoría de normas en materia de derechos humanos se ubica entre estos dos extremos (definiciones por un lado, recomendaciones y normas programáticas por otro). Tratándose de una norma complementaria de esta índole, su relevancia depende principalmente de la relación o vínculo sustancial que guarda con la norma principal. Si la norma complementaria parece establecer una nueva obligación que no está implícita en la norma principal, su relevancia para la interpretación de ésta será muy limitada, o nula. Pero si la norma complementaria parece identificar o referirse a un elemento o aspecto esencial de la norma principal, entonces tiene relevancia, y muy posiblemente será justificado concluir que el incumplimiento de la norma complementaria entraña una violación de la norma principal más general. Un buen ejemplo de esta clase de relación entre dos normas es la que existe entre el artículo XXVI de la Declaración Americana, que consagra en términos generales el derecho a un proceso regular y el artículo 8 de la Convención Americana, que consagra un número importante de garantías de debido proceso implícitas en el concepto de proceso regular.

Con cierta frecuencia la redacción de la norma complementaria alude a su vínculo con un derecho reconocido previamente por la normativa internacional. Por ejemplo, la Regla 35 de las Reglas para la protección de menores privados de libertad reza en parte: "La posesión de efectos personales es un elemento fundamental del derecho a la intimidad y es indispensable para el bienestar psicológico del menor. Deberá reconocerse y respetarse plenamente el derecho de todo menor a poseer efectos personales y a disponer de lugares seguros para guardarlos". No cabe duda que la intención es indicar

---

[47] Esta interpretación no necesariamente vale para cuestiones relativas a la administración de justicia y la capacitación de jueces; en su Opinión Consultiva OC-17/2002, párr. 79, la Corte Interamericana ha indicado que el conocimiento de casos legales relativos a niños por personal judicial sin la formación necesaria para comprender el interés superior del niño vulnera su derecho a la protección.

que el desconocimiento del derecho a poseer efectos personales y a disponer de un lugar para guardarlos entraña una violación del derecho a la intimidad, derecho consagrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP, la Convención sobre los derechos del niño y muchos instrumentos más. No obstante, si bien tales alusiones sirven para confirmar la relación entre normas complementarias y principales, no es imprescindible; lo esencial, como se señaló, es la relación intrínseca entre el contenido de una y otra norma.[48]

Las obligaciones contenidas en distintos instrumentos son complementarias y acumulativas; el contenido de un instrumento no puede ser invocado para limitar el contenido o alcance de un derecho reconocido por otro.[49]

7. El derecho consuetudinario[50]

El derecho consuetudinario fue, tradicionalmente, la principal fuente del derecho internacional. Debido a la inexistencia de un legislador internacional y al principio de la igualdad de los Estados, las relaciones de éstos entre sí se regían por reglas no escritas aceptadas por todos. Los tratados tenían el propósito y efecto de completar o modificar, entre las partes, las reglas generales de carácter consuetudinario. A pesar de la creciente codificación del derecho internacional, sobre todo durante la segunda parte del siglo XX, el derecho consuetudinario sigue siendo una fuente importante del derecho internacional. El Estatuto de la Corte Internacional de Justi-

---

48 Otros indicadores de la relación entre una norma y otra son los trabajos preparatorios, en particular las declaraciones formales hechas por los Estados con ocasión de la adopción de un instrumento.

49 Este principio, contenido en el principio *pacta sunt servanda*, está consagrado expresamente por los principales tratados de derechos humanos, entre ellos el artículo 5 del PIDCP y el artículo 29 de la Convención Americana.

50 Esta sección se basa, en parte, en la Introducción de *Compilación de doctrina y jurisprudencia nacional e internacional*, ob. cit., tomo I.

cia reconoce esta fuente, definida como "la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho" (art. 33.1 b).

El derecho internacional de los derechos humanos comprende una normativa muy extensa y completa. Sin embargo, muchos de los instrumentos que lo conforman no son tratados, en consecuencia no tienen carácter obligatorio. El valor e importancia de tales instrumentos no contractuales consiste, en gran parte, en la orientación que proporcionen a los Estados agencias e instituciones comprometidas con los derechos humanos, en el desarrollo y puesta en práctica de políticas, prácticas y reglamentos que respeten la dignidad humana. Para el jurista su relevancia radica, o bien en su utilidad para la interpretación autorizada de una norma vinculante, o bien en su valor como evidencia de una norma de derecho consuetudinario.

Dos elementos son imprescindibles para la formación de una norma de derecho consuetudinario, a saber: la práctica generalizada y la *opinio juris*. Si bien no existe una regla clara y categórica que permita determinar cuándo una práctica es generalizada, se reconocen algunas pautas. Por una parte, no es preciso que una norma sea aceptada unánimemente por la comunidad de naciones para adquirir obligatoriedad, y por otra, su aceptación por una simple mayoría no es suficiente. La representatividad de los Estados que aceptan una regla también es un factor importante, pues para formar parte del derecho internacional consuetudinario la norma debe recibir una acogida favorable, si no de parte de todos los países, al menos de países de todos los sistemas jurídicos y regiones geopolíticas.

La aceptación de una regla en la práctica de un Estado puede manifestarse expresa o tácitamente, incluso por la aquiescencia ante los actos o pronunciamientos de otro Estado o de una organización internacional que le afecten. En el ámbito de los derechos humanos, cada vez que un órgano internacional competente concluye que un país ha violado una determinada norma, o lo invita a respetarla, y el Estado no rechaza su obligatoriedad, éste acepta implícitamente la obligatoriedad de dicha norma. Asimismo, cada voto de un país a

favor de una resolución o un informe que establece la violación de una norma perpetrada por algún país, o que invita a un país a respetar una determinada norma, también constituye un reconocimiento de la obligatoriedad de la misma. Hoy en día se reconoce que una norma puede adquirir obligatoriedad en un periodo de tiempo relativamente corto, quizás algunos pocos años, siempre que se compruebe su aceptación no sólo en el plano retórico sino también en la práctica de los Estados.

Con respecto al segundo requisito, la *opinio juris*, la Corte Internacional de Justicia ha señalado:

> Los actos en cuestión no solamente deben constituir una práctica establecida, sino también deben tener tal carácter, o realizarse de tal forma, que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescriba. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, se halla implícita en el propio concepto de *opinio juris sive necessitatis*. El Estado interesado debe sentir que cumple lo que supone una obligación jurídica. Ni la frecuencia, ni el carácter habitual de los actos, es en sí suficiente.[51]

Antiguamente el derecho internacional consuetudinario se manifestaba en la práctica de los Estados. En la actualidad, gran parte del derecho internacional consuetudinario ha sido codificado, sobre todo en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. Dicho proceso de codificación es de carácter continuo, e incluye la adopción de instrumentos de naturaleza distinta, tanto tratados como declaraciones. La codificación progresiva de la normativa consuetudinaria en materia de derechos humanos obliga a reinterpretar las definiciones clásicas de tratado, definido como instrumento vinculante para los Estados Partes a partir de su entrada en vigor, y de otros instrumentos, definidos como instrumentos no vinculantes.

---

[51] Corte Interamericana de Justicia, asunto de la Plataforma Continental del Mar de Norte, sentencia, ICJ Reports, 1969, p. 44, citado en E. Jiménez de Arechega, *El derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 30.

Refiriéndose en términos generales a las declaraciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el tratadista y antiguo juez de la Corte Internacional de Justicia comentó que una declaración puede codificar normas consuetudinarias existentes, o reconocer normas de derecho consuetudinario en vías de formación –acelerando así el proceso de consolidación de la norma–, o puede servir de punto de partida de un proceso de formación de una nueva norma consuetudinaria, en la medida en que los Estados ajustan su práctica a la nueva norma.[52] En 1995, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sentenció que dos resoluciones de la Asamblea General son "(…) declaratorias de los principios de derecho internacional consuetudinario relativos a la protección de poblaciones civiles y propiedad en conflictos armados de todo tipo (...)".[53]

Un tratado puede producir los mismos efectos. En su sentencia en el caso Furundzja, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia dispuso lo siguiente:

> La transformación de dichas disposiciones de los tratados [mencionados] en normas consuetudinarias está evidenciada por distintos factores. En primer lugar, dichos tratados, y en particular los Convenios de Ginebra [sobre Derecho Humanitario] han sido ratificados por casi todos los Estados del mundo. Cierto es que las disposiciones de dichos tratados guardan esta calidad [de derecho contratual], y cualquier Estado Parte tiene, formalmente, el derecho a liberarse de sus obligaciones de carácter contractual por medio de la denuncia del tratado en cuestión (posibilidad que en la realidad parece sumamente remota); no obstante, la ratificación casi universal de estos tratados demuestra que todos los Estados aceptan la prohibición de tortura. En otras palabras, dicha aceptación de los tratados [pertinentes] tiene mucha relevancia en cuanto prueba de la postura de los Estados con respecto a la tortura. En segundo lugar, ningún Estado nunca ha pretendido que tenía derecho a tor-

---

[53] Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, caso Tadic, No. IT-94-1-AR72, sentencia del 2 de octubre de 1995, párr. 112 (traducción de la Hoja Informativa No. 4 de OACNUDH, Bogotá, 1999).

> turar durante un conflicto armado, ni ha manifestado oposición a la aplicación de las disposiciones de un tratado que prohíbe la tortura. Normalmente, la respuesta de un Estado cuyos agentes han sido acusados de tortura es de negar los hechos, lo que constituye una confirmación expresa o tácita de la prohibición de dicha práctica odiosa.[54]

Seguidamente, la sentencia recuerda que el proceso de formación de derecho consuetudinario ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua c. Estados Unidos de América.[55]

La obligatoriedad de la Declaración Universal y la Declaración Americana ha sido reconocida. El acta final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968 bajo los auspicios de las Naciones Unidas contiene la siguiente proclamación relativa a la Declaración Universal: "La Declaración enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional" (párr. 2).

Desde 1981, los mecanismos temáticos del sistema universal toman la Declaración Universal como fuente principal de la normativa aplicada en su examen de la situación de los derechos humanos en el mundo. Desde hace más tiempo, las distintas relatorías sobre países específicos han tomado la Declaración Universal como fuente principal de la normativa aplicable a sus investigaciones. Estas prácticas apoyan la conclusión de que la Declaración Universal de Derechos humanos forma parte del derecho consuetudinario.

En algunas oportunidades, la CIDH ha manifestado que la Declaración Americana forma parte del derecho consuetudinario. En el caso conocido como Remolcadora 13 de marzo, por ejemplo, la CIDH declaró lo siguiente:

---

[54] Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslaia, caso Furundzja, párr. 138.

[55] Ibíd. Las partes dispositivas pertinentes de la sentencia se reproducen en la Introducción a *Compilación de doctrina y jurisprudencia nacional e internacional*, p. 38.

> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe manifestar, en primer lugar, que la obligación de respetar y proteger el derecho a la vida es una obligación ***erga omnes***, es decir, debe ser asumida por el Estado cubano –al igual que todos los Estados miembros de la OEA, sean o no partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– frente a la comunidad interamericana como un todo, y frente a todos los individuos sujetos a su jurisdicción, como directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Dicho instrumento internacional, a pesar de no ser vinculante, consagra principios y reglas generales de Derecho Internacional consuetudinario.[56]

En una decisión más reciente, la CIDH manifestó que: "(…) se considera competente para aplicar todas las normas que conciernen al sistema interamericano de los derechos humanos, del cual la Declaración es parte [y] que tiene además estatus de norma de ***ius cogens*** o derecho internacional consuetudinario de obligatorio cumplimiento".[57]

Existen, entonces, dos razones para considerar un instrumento o norma no contractual vinculante (o para considerar un tratado vinculante por un Estado no Parte), que son la interpretación autorizada, o el estatus de derecho consuetudinario. Estas razones se sobreponen, en determinados contextos, y con cierta frecuencia se confunden. En muchas oportunidades la CIDH ha manifestado que la Declaración Americana es obligatoria porque da contenido a las obligaciones genéricas respecto a los derechos humanos que asumen los Estados miembros de la OEA al ratificar su Carta. En una decisión adoptada en 1980, por ejemplo, la CIDH manifestó que "Como consecuencia de los artículos 3 (j), 16, 51 (e), 112 y 150 de este Tratado [la Carta de la OEA], las disposiciones de otros instru-

---

[56] CIDH, caso Remolcadora 13 de marzo c. Cuba, para. 77 (1996). (Véase el Capítulo 1.)

[57] CIDH, caso Vila-Mazot c. Venezuela, párrs. 4 y 21 (1998).

mentos y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos adquieren fuerza obligatoria".[58]

La Corte Interamericana confirmó esta relación entre la Declaración y la Carta de la OEA en su Opinión Consultiva OC-10/89, al manifestar lo siguiente:

> Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.[59]

Los dos mecanismos que otorgan el carácter vinculante a una norma que, en principio, carecía de tal calidad, descansan en supuestos lógicos distintos, aunque en la práctica estos raciocinios se interrelacionen. La decisión de un Estado a formar parte de una organización internacional que impone como condición de participación el reconocimiento de los derechos humanos, implica el reconocimiento de la obligación de respetar la normativa esencial en la materia, tal como está definida por dicha organización. Este argumento formal refleja una realidad política, moral y jurídica de profundo significado: hoy día un Estado no puede pretender formar parte de la comunidad de naciones, sin aceptar un compromiso con el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Si bien estos procesos se nutren mutuamente, son distintos. Las consecuencias de la ratificación de la carta de una organización internacional que consagra obligaciones relativas al respeto de los de-

---

[58] CIDH, caso 2041, Estados Unidos, párr. 16. Véanse también López Aurelli c. Argentina, p. 75 (1990); Ferrer-Mazorra c. Estados Unidos, párrs. 178-180 (presentados en el Capítulo 8), y Edwards y otros c. Las Bahamas, nota 43 (2000) (presentado en el Capítulo 1).

[59] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-10/89, párr. 43.

rechos humanos ilustra la diferencia entre ellos: por una parte, el Estado miembro adquiere una obligación contractual en la materia (entre muchas otras obligaciones); por otra parte, su adhesión a este compromiso contribuye a la construcción, o más bien confirma, la existencia de una norma consuetudinaria, que vincula a todos los miembros de la comunidad internacional en el sentido lato, incluyendo los que no son Estados miembros. En caso de su retiro de la organización cuya carta consagra la obligación primordial de respeto a los derechos humanos, quedaría anulada la obligación contractual, pero la obligación consuetudinaria seguiría vigente.[60]

Con la entrada de Suiza a las Naciones Unidas en el año 2002, sólo algunos micro-Estados y entidades cuya soberanía no es reconocida (como la Palestina) no ostentan la condición de miembros de la Organización de las Naciones Unidas. Por este motivo, la distinción entre la obligatoriedad de la Declaración Universal en cuanto derecho consuetudinario y su obligatoriedad en cuanto interpretación autorizada de las obligaciones primitivas consagradas en la Carta de las Naciones Unidas tiene consecuencias prácticas limitadas.

8. El *jus cogens*

La expresión "***jus cogens***" designa las normas de máxima jerarquía en el derecho internacional. La definición más aceptada es la plasmada en el artículo 53 del Convenio de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que lo define como "una norma imperativa de derecho internacional general", y agrega:

---

[60] Cabe mencionar, en este contexto, que el Comité de Derechos Humanos considera que cuando el Estado que ejerce soberanía sobre un determinado territorio haya ratificado el PIDCP, la vigencia para dicho territorio no puede ser anulada, aún en caso de que éste acceda a la independencia (caso de los Estados que formaban parte de Yugoslavia), o pasa a formar parte de un Estado que no es Parte en el PIDCP (caso de Hong Kong y Macao). Véase la Observación General No. 26, párr. 4.

> Para los efectos de esta Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de naciones como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra norma ulterior de derecho internacional general posterior que tenga el mismo carácter.

También se emplea la expresión "norma perentoria" del derecho internacional, la cual quizás capta el sentido de esta institución mejor que "norma imperativa".[61]

La expresión "obligaciones ***erga omnes***", que podría traducirse como obligaciones que vinculan a todos, se emplea para referirse a las obligaciones correspondientes a normas de ***jus cogens***.[62] Esta expresión se encuentra en la sentencia de la Corte Interamericana de Justicia en el caso conocido como Barcelona Traction, en la observación siguiente:

> (…) En particular, es menester reconocer una distinción fundamental entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su totalidad, y sus obligaciones frente a otro Estado (…) Por su naturaleza las primeras interesan a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos de que trata, todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones ***erga omnes***.
>
> En el derecho contemporáneo, tales obligaciones surgen de la prohibición de hechos de agresión y de genocidio, y también de los principios y las reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos correspondientes a protección forman parte

---

61 Véanse, por ejemplo, las decisiones de la CIDH en el caso Remolcadora 13 de marzo, párr. 79.

62 A veces se emplea también en un sentido lato para referirse a las obligaciones que corresponden al derecho consuetudinario.

> del *corpus* del derecho internacional general; otros emanan de instrumentos internacionales de carácter universal o casi-universal.[63]

Ocasionalmente, la expresión "***jus cogens***" se emplea como sinónimo de "derecho consuetudinario". En realidad, las normas ***jus cogens*** forman una subcategoría del derecho consuetudinario. Esto está implícito en la aplicación de los calificativos "imperativo" y "perentorio" para referirse a estas normas, a fin de diferenciarlas de las demás normas del derecho consuetudinario. Asimismo, se confirma por la condición reconocida por el Convenio de Viena, a saber: que no admite acuerdo en contra. La modificación de las normas ordinarias del derecho consuetudinario entre las Partes es una de las razones de ser de los tratados.

Esta interpretación está confirmada por la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso Furundzja.[64] Después de analizar los antecedentes que permiten concluir que la prohibición de tortura tiene carácter de norma consuetudinaria, tanto en el derecho internacional humanitario como en el derecho internacional de los derechos humanos,[65] el Tribunal pasa a considerar su carácter de norma de ***jus cogens***. Al respecto, esta parte de la sentencia dispone lo siguiente:

> Mientras el carácter antes mencionado ***erga omnes*** [de la proscripción de tortura] concierne al ámbito internacional de su aplicación, la otra característica sobresaliente del principio de la proscripción de la tortura se refiere a la jerarquía de las reglas de la normativa internacional. Este

---

[63] Corte Interamericana de Justicia, caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Second Phase, Judgement, ICJ Reports, 1970, párrs. 33-34 (en este contexto, la expresión "instrumentos internacionales de carácter universal" no se refiere al origen de tales instrumentos sino al número de Estados que se han adherido a ellos). (Traducción propia.)

[64] Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia case IT-95-17/1-T, del 10 de diciembre de 1998.

[65] Ibíd., párrs. 137-146.

> principio, en razón de la importancia de los valores [jurídicos] que tutela, se ha convertido en norma perentoria o ***jus cogens***, es decir, una norma que ocupa una jerarquía en la normativa internacional superior al derecho contractual ["treaty law"] y aún al derecho consuetudinario ordinario. La consecuencia más notable de este rango superior es que dicho principio no puede ser derogado por los Estados mediante la adopción de tratados internacionales, ni mediante costumbres locales o especiales, y ni siquiera por normas consuetudinarias generales que no ostentan dicha fuerza normativa.
>
> El carácter de ***jus cogens*** de la prohibición de tortura pone de manifiesto la idea de que esta prohibición ha llegado a ser una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional. Además, dicha prohibición es destinada a producir un efecto disuasivo, puesto que señala a la atención de todos los miembros de la comunidad internacional y los individuos sobre quienes ellos ejercen autoridad que la prohibición de la tortura es un valor absoluto que nadie tiene derecho a incumplir.[66]

La frase: "La consecuencia más notable de este rango superior es que dicho principio no puede ser derogado por los Estados mediante (…) costumbres locales o especiales (…)" parece reconocer, tácitamente, la continua vigencia de la doctrina clásica de que un Estado que no acepta una norma de derecho consuetudinario ordinario puede soslayar el efecto vinculante de la misma manteniendo una postura clara en tal sentido, en forma permanente, frente a la comunidad internacional.[67] Esto es una distinción importante entre el derecho consuetudinario en general y el ***jus cogens***, pues las normas de ***jus cogens*** vinculan a todo Estado sin excepción alguna.

---

[66] Ibíd., párrs.153 y 154 (traducción propia).

[67] Esta doctrina fue reconocida en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Noruega c. el Reino Unido conocido como Fisheries Case, y en particular en una frase que establece "(…) en todo caso, esta regla [sobre los límites de aguas territoriales] parece ser inaplicable a Noruega, puesto

La identificación de las normas que merecen considerarse ***jus cogens*** consiste en una función eminentemente judicial por naturaleza.[68] El número de normas cuyo estatus de ***jus cogens*** ha sido reconocido por tribunales internacionales es muy reducido, lo que refleja el carácter excepcional de dichas normas. La Corte Internacional de Justicia consideró la prohibición de la discriminación racial como norma con carácter ***jus cogens*** en su sentencia en el caso Barcelona Tracción, en 1970.[69] En 2003, la Corte Interamericana manifestó que este criterio es aplicable a toda forma de discriminación. Su Opinión Consultiva OC-18 fundamenta esta conclusión de la manera siguiente:

> Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende "directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona".[*] El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna

---

que ella siempre se ha opuesto a la aplicación [de dicha regla] a la costa Noruega." ICJ Reports, 1951, p.131. Véase también en la Introducción a *Compilación de doctrina y jurisprudencia nacional e internacional,* ob. cit.

68 Esto se debe a la naturaleza consuetudinaria del *jus cogens*. Cabe notar que la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso Furundzja cita varias sentencias de tribunales nacionales en apoyo de su conclusión de que la prohibición de la tortura forma parte del *jus cogens*, aunque también cita otros órganos internacionales no jurisdiccionales. Véanse nota 170 y párr. 156.

69 Corte Interamericana de Justicia, caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Judgement, ICJ Reports, 1970, párr. 33.

* Condición jurídica y derechos humanos del niño, nota 1, párr. 45; Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, nota 32, párr. 55 [nota 45 en la Opinión].

toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.

En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al ***jus cogens***, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ***jus cogens***.[70]

En el caso Furundzja, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia analiza las consecuencias jurídicas del reconocimiento del estatus de ***jus cogens***. Una consecuencia –además de las precisa-

---

[70] Corte Interamericana, OC-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrs. 100-101.

das en el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados–, es la nulidad en el derecho internacional de cualesquier acto legislativo, judicial o administrativo que autoriza, tolera o perdona la tortura.[71] En el ámbito penal, el Tribunal concluye que "parece ser que una de las consecuencias del reconocimiento por la comunidad internacional del carácter *jus cogens* de la prohibición de tortura es que todo Estado tiene competencia para investigar, enjuiciar y castigar o extraditar individuos acusados de tortura quienes se hallan en su territorio."[72] Asimismo, el Tribunal concluye que la imprescriptibilidad del delito de tortura, y la inaplicabilidad de disposiciones de tratados que eximen de la extradición "parecen ser" consecuencias del estatus de *jus cogens* de esta norma.[73]

9. Reflexiones finales

Durante los quince años transcurridos desde la publicación de *Protección internacional de los derechos humanos*, los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos han sufrido modificaciones profundas.

En el campo normativo, si bien se había elaborado una sólida base antes de 1989, durante los últimos quince años este cuadro se ha consolidado y completado con la adopción de un número significativo de instrumentos de gran relevancia. Entre ellos cabe mencionar la Convención de los derechos del niño, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, los Principios a favor de las personas de edad, los Principios sobre la protección de los enfermos mentales, los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los Principios rectores de los desplazamientos internos y las declaraciones sobre la protección de las personas contra las desapariciones

---

71 Ibíd., párr. 155.

72 Ibíd., párr. 156.

73 Ibíd., párr. 157.

forzadas, sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas y sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos.

En el ámbito interamericano, la transformación de la normativa vigente no es menos importante. Durante este periodo se han adoptado y han entrado en vigor la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), entre otros.

La adopción de la Declaración de Viena por la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993, la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 y la Carta Democrática Americana, adoptada el 11 de septiembre de 2001, constituyen otros hitos históricos.

El desarrollo jurisprudencial también ha sido muy significativo. Desde 1989 el Comité de Derechos Humanos ha publicado más de 600 decisiones relativas a 63 países.[74] A finales de 1988 la Corte Interamericana había adoptado cuatro sentencias; desde 1989 hasta finales del año 2003 adoptó 89 sentencias, incluyendo 35 sobre el fondo del caso. La doctrina también ha conocido un crecimiento importante en estos años. El Comité de Derechos Humanos ha adoptado trece Observaciones Generales desde 1989, incluyendo tres que reemplazan observaciones adoptadas previamente. Las quince Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han sido adoptadas desde 1989. La Corte Interamericana

---

[74] Entre estos países están Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, Barbados, Canadá, Guyana, Jamaica, S. Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago.

ha adoptado nueve Opiniones Consultivas durante este mismo periodo.

Los mecanismos internacionales para la defensa de los derechos humanos también se han fortalecido. El Comité de los Derechos del Niño dotó al sistema universal con un mecanismo especializado para un aspecto de los derechos humanos de particular relevancia que, además, tiene competencia sobre la casi totalidad de la comunidad internacional.[75] En el 2000 el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer adquirió competencia para conocer denuncias provenientes de víctimas, llenando así otra laguna importante en la cobertura del sistema universal de protección de los derechos humanos.

La mayor parte de los mecanismos temáticos del sistema universal existentes ha sido establecida durante los últimos quince años. Algunos de ellos consisten en Representantes del Secretario General –en particular sus representantes sobre desplazados internos, defensores de derechos humanos y niños en conflictos armados– lo que resalta la importancia política acordada a estos temas.

La estructura misma del sistema universal se ha fortalecido con el nombramiento del primer Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 1993 y el establecimiento de la primera presencia en el terreno en 1992, año en el cual se celebró también la primera sesión extraordinaria de la Comisión de Derechos Humanos.[76] Actualmente la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) tiene una red de cuarenta oficinas y presencias en África, América Latina, Asia, los Balcanes, Europa Oriental y el Medio Oriente.

La función de promoción y defensa de los derechos humanos ya no incumbe exclusivamente a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El advenimiento de la Convención sobre los derechos del niño ha producido una

---

[75] Sólo dos Estados miembros de las Naciones Unidas no han ratificado la Convención de los derechos del niño.

[76] Ambos iniciativas de 1992 fueron ocasionados por la guerra en Yugoslavia.

modificación del antiguo enfoque de la UNICEF, convirtiendo a esta Organización en participante en el sistema de protección de los derechos humanos. La Organización Mundial de la Salud también ha asumido un rol más activo en la promoción de los derechos humanos.[77] El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha creado un programa a favor de la gobernabilidad y los derechos humanos.[78] Muchas de las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas incluyen oficiales de derechos humanos. En el año 2000 se estableció un nuevo órgano de las Naciones Unidas en el área de los derechos humanos, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.[79] La OIT ha redoblado sus esfuerzas para proteger la libertad de asociación y eliminar el trabajo forzoso, el trabajo infantil y la discriminación en el empleo.[80] La oficina del Secretario General de las Naciones Unidas ha asumido una participación más directa en el campo de los derechos humanos mediante la presentación de informes del Secretario General a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad sobre temas vinculados a los derechos humanos.[81]

El sistema universal puede perfeccionarse. Todavía no está dotado de un tribunal de derechos humanos capaz de adoptar sentencias vinculantes. La planta de personal no está adecuada para el mandato de promover y proteger los derechos humanos en el mun-

---

77 Véase, por ejemplo, el importante Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud, publicado en 2002.

78 Véase "Los derechos humanos y el desarrollo humano", Informe Anual para el año 2000.

79 El Foro, creado en virtud de la resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social, se reunió por primera vez en 2002. Está compuesto de 16 expertos independientes, ocho de los cuales son nominados por organizaciones indígenas.

80 Véase la Declaración de 1998 sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

81 Véase, por ejemplo, su Informe sobre los niños y la guerra, A.58/546-S/2003/1053 o su Informe sobre prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de las mujeres y las niñas, A/56/316.

do entero y las metodologías aplicadas por la Oficina no siempre se han ajustado suficientemente a los cambios de sus objetivos y estructura. Pero no cabe duda que la eficacia del sistema universal ha sido transformada en los últimos quince años, en particular en lo que concierne al reconocimiento y protección de los derechos de la mujer, de los niños, de los indígenas y las minorías sexuales; en la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, y en el apoyo de la reconstrucción de una cultura de respeto a los derechos humanos en situaciones de pos-conflicto.

En el sistema interamericano el cambio más importante ha sido la aprobación del nuevo Reglamento de la CIDH que establece la presunción de que los casos en los cuales ésta determina que se haya producido una violación de la Convención Americana serán sometidos a la Corte Interamericana.[82] Esto constituye un avance histórico, pues sólo la Corte Interamericana puede emitir sentencias vinculantes relativas a la responsabilidad de los Estados por violaciones de los derechos humanos. Hoy día, 21 Estados reconocen la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. El hecho de que la gran mayoría de los casos decididos por la CIDH serán sometidos a la Corte Interamericana –a menos que el Estado compense a las víctimas de conformidad con las medidas propuestas por la CIDH– representa un salto cualitativo en la eficacia del sistema regional.

Otro avance histórico fue la creación de la primera Corte Penal Internacional permanente en 2003.[83] El fin esencial del sistema internacional de protección de los derechos humanos es establecer la responsabilidad de los Estados en las violaciones de los derechos humanos. El propósito de la Corte Penal Internacional es establecer las responsabilidades individuales en algunas de las más graves violaciones de los derechos humanos, en particular las que constituyen

---

[82] Artículo 44. El Reglamento fue adoptado en diciembre de 2000 y entró en vigor el 1º de mayo de 2001.

[83] El Estatuto de la Corte entró en vigor el 1º de julio de 2002, y los jueces de la Corte fueron instalados el 11 de marzo de 2003.

crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. En la medida en que los Estados acepten la competencia de la Corte, la comunidad internacional contará con una nueva y valiosa arma para la defensa de los derechos fundamentales de la persona.

¿Cabe presumir que esta tendencia de fortalecimiento de los sistemas supranacionales de protección de derechos humanos proseguirá durante los quince años por venir, o estamos más bien llegando –en las palabras de un conocido politólogo– "al fin de la era de los derechos humanos"?[84]

No cabe duda de que la creciente preocupación por la lucha contra el terrorismo conlleva serios riesgos en la vigencia de los derechos humanos. De hecho, ya ha tenido consecuencias nefastas para los derechos humanos, de las cuales la más visible es la detención sin proceso ni acusación en la base militar de Guantánamo de cientos de presos de guerra capturados en Afganistán, entre ellos menores de edad.

El terrorismo no es un fenómeno nuevo. Desde hace medio siglo, por lo menos, el terrorismo ha sido "un grave fenómeno [que] (…) tiene efectos devastadores para la convivencia civilizada y las instituciones democráticas, así como para la vida, la seguridad y los bienes de las personas."[85] Durante medio siglo el terrorismo ha cobrado miles de vidas en Europa, África, Asia, el Medio Oriente y las Américas. Algunos países han logrado vencer esta amenaza, sin sacrificio de los derechos humanos. Otros han recurrido a la "guerra sucia" u otros métodos –la suspensión de elecciones, la detención sin acusación de miles de opositores políticos– que infligen heridas profundas y duraderas para la democracia y los derechos humanos. Algunos otros han luchado contra el terrorismo por décadas, sin vencerlo.

---

[84] "Is the Human Rights Era Ending?" Michael Ignatieff, Director del Carr Center for Human Rights Policy del Kennedy School of Government, Universidad de Harvard, *New York Times*, 5 de febrero de 2001.

[85] Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo, 1996, quinto párrafo preambular (citando la Declaración de Montrouis de 1995).

El terrorismo no es un fenómeno homogéneo. Los objetivos y métodos de los que recurren al terrorismo evolucionan, y no cabe duda de que, hoy día, hay grupos que representan amenazas nuevas e inusitadas. Pero es menester recordar que el terrorismo siempre ha sido visto, para la sociedad afectada, como un grave peligro a sus valores e instituciones más fundamentales. El hecho de que, pocos años después del fin de la guerra fría, el país económica y militarmente más poderoso del planeta fuese víctima de atentados de un nuevo y terrible tipo, ciertamente tiene un impacto en la lucha a favor de los derechos humanos. En el orden internacional se producen nuevas alianzas en las cuales, además de la cooperación en la lucha contra el terrorismo, priman otras consideraciones sobre la defensa de la democracia y los derechos humanos. De repente, la lucha contra el terrorismo ocupa un lugar predominante en la agenda de las organizaciones internacionales.

Algunos países pueden acoger con agrado esta aparente modificación de las prioridades de la comunidad internacional. Pero muchos no han olvidado las lecciones de la historia y la ven con preocupación. Los países que han conducido su lucha contra el terrorismo en los cauces del Estado de derecho, así como los que han recuperado la libertad y democracia después de largos años de represión llevada a cabo con este pretexto son los primeros en insistir en que la lucha contra el terrorismo debe continuarse dentro del respeto de los derechos humanos. Hasta ahora, este punto de vista ha prevalecido, si no en la práctica, al menos en las decisiones tomadas y resoluciones adoptadas por las organizaciones internacionales. Los que ven la lucha contra el terrorismo como una guerra y están dispuestos a subordinar el respeto a los derechos humano a ella, hacen camino sin el aval de la comunidad internacional. Son mayoría los que consideran, no sólo que es posible combatir el terrorismo sin sacrificar los derechos humanos, sino que el fomento de los derechos humanos es parte integral de la lucha contra el terrorismo. Entre los defensores de este punto de vista se encuentra Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas, quien ha dicho:

> Todos debemos entender claramente que no se debe elegir entre una acción eficaz contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos. Por el contrario, yo creo que, a largo plazo, veremos que los derechos humanos, junto con la democracia y la justicia social, son una de las mejores condiciones profilácticas contra el terrorismo (...)[86]

Esta visión permite esperar que los grandes logros en materia de derechos humanos son irreversibles y que el proceso de su consolidación y desarrollo continuará. La historia nos enseña que las violaciones y amenazas de los derechos humanos nutren la lucha a favor de ellos, que son una aspiración universal del ser humano, de una fuerza moral invencible.

---

[86] Comunicado de prensa del 8 de septiembre de 2003, citando el Informe del Secretario General, A/50/323.

Capítulo 1
El derecho a la vida

1.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 4. Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se le aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

1.2 Marco normativo complementario

Existen varios instrumentos normativos adicionales que guardan estrecha relación con distintos aspectos del derecho a la vida, en particular en el sistema universal. Entre los más pertinentes cabe citar los siguientes.

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 6

1 Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizan en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) (…) No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP destinado a abolir la pena de muerte

Artículo 1

1. No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo.

Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte

Artículo 1

Los Estados Partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción.

Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

Artículo 3

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;

b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;

c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; (…)

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

Convenios de Ginebra de 1949

Artículo 3 común

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. (…)

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de víctimas de conflictos no-internacionales (Protocolo II)

Artículo 4: garantías fundamentales

1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:

a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal; (…)

Artículo 13: protección de la población civil

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. (…)

Artículo 14: protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil

Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.

Artículo 15: protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas

Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil.

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio

Artículo I

Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Artículo II

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

Artículo 1

1. Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes.

2. Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro.

Artículo 2

1. Ningún Estado cometerá, autorizará ni tolerará las desapariciones forzadas.

2. Los Estados actuarán a nivel nacional, regional y en cooperación con las Naciones Unidas para contribuir por todos los medios a prevenir y a eliminar las desapariciones forzadas.

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas

Artículo I

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;

b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;

c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y

d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

Artículo II

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Otros instrumentos que guardan relación con el derecho a la vida incluyen los siguientes:

Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, adoptadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc), en 1984.

Principios sobre la eficaz prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, recomendado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc), en1989.

1.3 Consideraciones generales

i) Reseña de la normativa pertinente

El derecho a la vida está protegido de manera simple y casi en forma idéntica por la Declaración Universal y por la Declaración Americana. El PIDCP y la Convención Americana, por su parte, consagran el derecho a la vida en forma más pormenorizada; de sus disposiciones se desprenden dos tipos de garantías. Una garantía genérica, que prohíbe la privación arbitraria de la vida, y otras más específicas que restringen la aplicación de la pena de muerte. Existen, asimismo, un número importante de instrumentos de diversa naturaleza que complementan este cuadro (ver sección 1.2). Algunos de ellos se refieren a la pena de muerte, otros tienen un alcance amplio aunque guardan relevancia con el presente capítulo debido a las importantes disposiciones que contienen sobre las medidas que han de tomarse para proteger cabalmente el derecho a la vida en circunstancias como conflictos armados, operaciones de policía y en cárceles y prisiones.

ii) Importancia y jerarquía del derecho a la vida

Sin lugar a dudas el derecho a la vida ocupa un lugar especial en la nómina de los derechos fundamentales de la persona. Aunque la doctrina afirma que todos los derechos humanos tienen igual valor,[1] a la hora de examinar casos concretos de violaciones de este derecho, los órganos internacionales competentes no dudan en destacar

el carácter especial del derecho a la vida. En su Observación General sobre el artículo 6 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos lo calificó como "el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación".[2] En 1993, en un caso relativo a la pena de muerte, el Comité de Derechos Humanos hizo la observación siguiente:

> El punto de partida de un examen de esta cuestión debe ser la obligación del Estado parte (…) de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción. ***El derecho a la vida es el más esencial de estos derechos***.[3]

Desde entonces, el Comité ha reiterado textualmente la frase "El derecho a la vida es el más esencial de estos derechos."[4]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) ha empleado un lenguaje más sutil y cuidadoso al abordar este tema, señalando en una ocasión: "Si el debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualesquiera circunstancias, su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de derechos humanos: la vida humana".[5]

---

1 Ver, por ejemplo, el siguiente pasaje de la Declaración de Viena, adoptado por la segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad debe tratar los derechos humanos en forma global de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos la misma importancia." (párr. 5).

2 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, párr. 1 (1982).

3 Comité de Derechos Humanos, caso Kindler c. Canadá, párr. 13.1 (énfasis agregado).

4 Comité de Derechos Humanos, caso A.R.J. c. Australia, párr. 6.8 (1997); G. T. c. Australia, párr. 8.1 (1998).

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 135.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sido enfática en el reconocimiento del carácter especial del derecho a la vida. En una decisión adoptada en 1996 expresa:

> (…) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe destacar (…) que el derecho a la vida entendido como un derecho fundamental de la persona humana consagrado en la Declaración Americana y en diversos instrumentos internacionales a escala regional y universal, tiene el estatus de ***jus-cogens***.

"El concepto de ***jus-cogens***" agrega la CIDH, "se deriva de un orden superior de normas establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidas por las leyes del hombre o de las naciones."[6] Según la CIDH, en una decisión más reciente, "El derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y ***conditio sine qua non*** para el goce de todos los demás derechos."[7]

Tanto el PIDCP como la Convención Americana clasifican el derecho a la vida como derecho cuya vigencia no es sujeto de suspensión durante las amenazas más graves a la vida de la nación (véase el Capítulo 16).

iii) El sujeto del derecho a la vida

La Convención Americana señala que el derecho a la vida "estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Tanto el PIDCP como las dos Declaraciones guardan silencio sobre la cuestión de saber cuándo hay que reconocer y proteger

---

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Remolcadora 13 de marzo, párr. 79 (1996). Ver también Sequieras Mangas c. Nicaragua, párr. 145. (1997). La CIDH hace una exégesis de la relación y las diferencias entre los conceptos de derecho consuetudinario y de *jus cogens* en los párrafos 43 a 50 de su decisión en el caso Domínguez c. Estados Unidos (2002).

7 CIDH, caso Edwards y otros c. Bahamas, parr. 109 (2001).

la vida humana. Obviamente la expresión "en general", en el texto de la Convención, otorga a los Estados un margen para adoptar legislación que permita el aborto en determinadas circunstancias; sin embargo, hasta la fecha la CIDH no ha publicado ninguna decisión sobre el alcance de dicho margen. En un caso sobre la legislación de un Estado no Parte en la Convención Americana relativo al aborto, la CIDH concluyó que el criterio según el cual la vida humana debe ser protegida a partir de la concepción no está implícito en la Declaración y por tanto vincula únicamente los Estados Partes en la Convención.[8]

El Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño reconoce, asimismo, el principio según el cual "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluida la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento."[9] Si bien esta formulación parece implicar que la legislación debe reconocer el derecho a la vida (entre otros) del niño por nacer, no necesariamente significa que el derecho a la vida debe ser reconocido a partir del momento de la concepción. De hecho, durante el proceso de elaboración de dicha Convención, la Comisión de Derechos Humanos rechazó una propuesta que definía el concepto niño desde su concepción hasta los 18 años de edad.[10] Es menester recordar que la prohibición del aborto tiene incidencia sobre los derechos de la mujer, entre ellos su derecho a la vida. En su Observación General No. 28, el Comité de Derechos Humanos manifiesta interés en las medidas adoptadas por los Estados Partes en el PIDCP "para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida."[11]

---

8 CIDH, caso 2141 (Estados Unidos), Informe anual 1980-1981, p. 30.

9 Este principio fue reconocido inicialmente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1958.

10 Véanse los documentos de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48.

11 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, párr. 11 (2000). El Comité ha reiterado esta preocupación en sus observaciones finales sobre

iv) El alcance del derecho y la naturaleza de las obligaciones correspondientes

Con respecto al derecho a la vida el Estado tiene obligaciones tanto positivas como negativas. En su Observación General No. 6, el Comité de Derechos Humanos comenta que la cabal protección del derecho a la vida requiere, entre otras cosas, medidas destinadas a prevenir la guerra y medidas para la protección de la salud pública.[12] Las observaciones finales que el Comité ha adoptado en los últimos años a raíz de su examen de los informes de los Estados Partes en el PIDCP, se refieren a algunas obligaciones que no son abordadas por la jurisprudencia del Comité ni han sido consolidadas hasta la fecha en una observación general. En una oportunidad, por ejemplo, el Comité señaló lo siguiente:

> Al Comité le inquieta que la falta de vivienda haya causado graves problemas de salud, incluso muertes. El Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas positivas que requiere el artículo 6 para resolver este grave problema.[13]

En otra oportunidad, el mencionado Comité subrayó la obligación del Estado de controlar la posesión de armas de fuego por particulares y lamentó que las "leyes federales y estatales no sean suficientemente estrictas a ese respecto para garantizar la protec-

---

los informes de algunos Estados Partes durante los últimos años. Véanse por ejemplo sus observaciones sobre los informes de Argentina y Perú, párrs. 14 y 20, A/56/40, pp. 32 y 40, respectivamente. También ha manifestado preocupación por las consecuencias del uso de aborto como método de control de natalidad. Véanse las observaciones finales sobre el informe de Moldova, párr. 18, A/57/40, p. 72.

12 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, párrs. 2 y 5.

13 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Canadá, A/54/40, párr. 234 (1999).

ción del derecho a la vida y la seguridad de los individuos prevista en el Pacto."[14]

Una violación del derecho a la vida no se produce solamente cuando resulta en la muerte de la persona, ya que otros actos u omisiones que amenazan o ponen en peligro la vida pueden también constituir una violación de las obligaciones del Estado en la materia.[15]

1.4 La privación arbitraria de la vida

A pesar de su innegable importancia, el derecho a la vida no es absoluto. La normativa internacional no prohíbe categóricamente la privación de la vida, sino que establece condiciones que la rigen y determinan cuándo la privación de este bien supremo es lícita. Los criterios principales establecen que dicha privación no puede ser en circunstancia alguna arbitraria ni ilegal.

En la práctica, las decisiones de los órganos competentes raras veces descansan sobre un análisis explícito de la arbitrariedad de

---

[14] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Estados Unidos, A/50/40, párr. 282 (1995).

[15] En el caso de Mbenge c. Zaire, el Comité de Derechos Humanos reconoció una violación del derecho a la vida aun cuando la persona sentenciada a la pena capital en un proceso irregular logró exiliarse frustrando la aplicación de la pena, párr. 17. En otro caso, el Comité dictaminó que Jamaica era responsable de dos violaciones del derecho a la vida con respecto a una misma persona, la primera cuando se le condenó a la pena capital sin respeto del derecho a la defensa, y la segunda cuando fue muerto a tiros por los guardianes de una prisión que hacían frente a una toma de rehenes; Burrell c. Jamaica, párrs. 9.4, 10. En un caso reciente, el mismo Comité concluyó que el patrón de amenazas contra la vida de una persona de parte de agentes del Estado, seguido de un atentado contra su vida y la falta de investigación de los hechos conformó una violación de la obligación del Estado de proteger la vida, no obstante que la víctima sobrevivió el atentado; Jiménez Vaca c. Colombia, párr. 7.3 (2002).

una ejecución o muerte como tal. Constituye una excepción la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Neira Alegría que se refiere al bombardeo de una prisión a fin de poner fin a un motín de presos. Con respecto a la arbitrariedad de dicha acción, la Corte declaró:

> El artículo 4.1 de la Convención estipula que "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". (...) en el caso que nos ocupa, el análisis que debe hacerse tiene que ver, más bien, con el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, lo cual no está en discusión. Hay abundantes reflexiones en la filosofía y en la historia sobre cómo la muerte de individuos en esas circunstancias no genera para el Estado ni sus oficiales responsabilidad alguna. Sin embargo, como aparece de lo expuesto con anterioridad en esta sentencia, ***la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieren armados, no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó*** en éste y en los otros Penales amotinados y que se entendió como una confrontación política entre el Gobierno y los terroristas reales o presuntos de Sendero Luminoso, lo que probablemente indujo a la demolición del Pabellón, con todas sus consecuencias, incluida la muerte de detenidos que eventualmente hubieran terminado rindiéndose y la clara negligencia en buscar sobrevivientes y luego en rescatar los cadáveres.[16]

En esta decisión se puede apreciar no sólo la conclusión de que el uso de fuerza excesiva resta legitimidad a la acción, sino también que el uso de fuerza excesiva permite inferir la existencia de motivos impropios.

En otro caso sobre hechos semejantes, la Corte Interamericana manifestó que:

---

[16] Corte Interamericana, caso Neira Alegría y otros, párr. 74 (énfasis agregado).

> De acuerdo con lo expuesto, y conforme a la declaración de testigos y peritos, la Corte tiene por demostrado que el Pabellón Azul fue demolido por las fuerzas de la Marina peruana, quienes hicieron un uso desproporcionado de la fuerza en relación con el peligro que entrañaba el motín, situación que provocó que muchos de los detenidos murieron (…)[17]

Como demuestra esta sentencia, el análisis de los casos de muertes que resultan de la acción de agentes del Estado en el transcurso de actividades que por su naturaleza gozan de una presunción de licitud se centra en conceptos vinculados con la arbitrariedad, en particular la proporcionalidad de la fuerza empleada, examinada en la sección siguiente.

1.5 La proporcionalidad de la fuerza utilizada para la defensa del orden público

Cuando las circunstancias permiten concluir que la finalidad del uso de la fuerza pudo haber sido legítima, la proporcionalidad o razonabilidad de la fuerza empleada constituye un tema clave. Si bien la Declaración Universal y la Declaración Americana, el PIDCP y la Convención Americana carecen de normas específicas al respecto, otros instrumentos universales llenan este vacío. Los instrumentos relativos al uso de la fuerza por la policía y otros cuerpos de seguridad incluyen tres instrumentos no contractuales, a saber: el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y los Principios sobre la eficaz prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

La regla de oro, que resume en forma sintética la esencia del principio de proporcionalidad, está plasmada en el artículo tercero del

---

[17] Corte Interamericana, caso Durand y Ugarte c. Perú, párr. 68.

Código de Conducta que dispone: "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas."

Algunas reglas más concretas que desarrollan este principio general están plasmadas en los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego. La más importante de éstas establece en términos generales las implicaciones del concepto de necesidad para el posible uso de armas de fuego, así:

> 4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

Los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego reconocen cinco circunstancias en las cuales el recurrir a armas de fuego puede eventualmente ser necesario. Dichas circunstancias son: a) la defensa propia, b) defensa de la vida o integridad de otra persona o personas, c) la prevención de ciertos delitos graves, d) la prevención de la fuga de una persona peligrosa, y e) la represión de manifestaciones violentas. Dichas circunstancias se definen en la primera parte del Principio 9, de la forma siguiente:

> 9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos.

Este Principio concluye con una frase sencilla pero de singular importancia: "En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida."

Cuando el uso de las armas se considera necesario, entran en juego algunas reglas complementarias sobre la forma en que se emplea la fuerza. El Principio 5 establece tres reglas generales sobre este particular, destinadas a tutelar el derecho a la vida en la medida de lo posible en tal circunstancia extrema:

> 5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:
>
> a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;
> b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;
> c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; (…)

Cuando el uso de las armas se justifica en defensa propia o para la prevención de delitos contra la persona y la fuga, el Principio décimo agrega otras reglas destinadas a proteger el derecho a la vida:

> 10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

Con respecto al posible uso de la fuerza para controlar manifestaciones, después de recordar el derecho de todos a participar en

"reuniones lícitas y pacíficas", los Principios enuncian las reglas siguientes:

> 13. Al dispersar reuniones ilícitas pero no violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o, si no es posible, lo limitarán al mínimo necesario.
>
> 14. Al dispersar reuniones violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se abstendrán de emplear las armas de fuego en esos casos, salvo en las circunstancias previstas en el principio 9.

Los Principios sobre la eficaz prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, como bien dice su título, no rigen tanto el contacto entre el agente del Estado y el individuo, sino más bien las responsabilidades anteriores y posteriores de las autoridades competentes estatales. Este instrumento está vinculado con los temas de impunidad y responsabilidad indirecta del Estado.

En 1979, el Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión importante que contiene la siguiente conclusión:

> En el presente caso, se desprende de los hechos que siete personas perdieron la vida como resultado de la acción deliberada de la policía, y que la privación de la vida fue intencional. Además, la acción policial se llevó a cabo aparentemente sin advertencia previa a las víctimas y sin dar a éstas ninguna oportunidad de rendirse a la patrulla policial ni de ofrecer ninguna explicación de su presencia o de sus intenciones. No hay pruebas de que la acción de la policía fuera necesaria en defensa propia o de otros, ni de que fuera necesaria para la detención o para impedir la huida de las personas interesadas. Además, solamente se sospechaba que las víctimas eran culpables del secuestro que se había producido algunos días antes y su muerte por la policía privó a todas ellas del juicio debido requerido en el Pacto. En el caso de la Sra. María

> Fanny Suárez de Guerrero, el informe forense demostró que había sido objeto de varios disparos después de haber muerto de un ataque cardiaco. No sería razonable dudar que su muerte fue causada por la patrulla policial.[18]

Esta decisión, en efecto, aplica varias de las reglas consagradas posteriormente por los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego, en particular el principio de necesidad: a) la identificación de los objetivos de defensa propia y defensa de otros con fines lícitos; b) la falta de advertencia previa al uso de armas, y c) la negación de una oportunidad para la rendición. Asimismo, esta decisión demuestra que los Principios básicos de 1990 no constituyen normas nuevas, sino más bien la codificación de normas ya reconocidas y aplicadas desde hace muchos años. Cabe también destacar las implicaciones de la decisión relativas a las causas de la muerte, o sea, la responsabilidad del Estado por la privación de la vida de la víctima quien falleció de un ataque cardiaco antes de ser baleada.

En los últimos años, la CIDH ha citado reiteradamente estos instrumentos, en especial los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego. En una decisión relativa a la muerte a balazos de un menor quien, según el Estado, habría opuesto resistencia a una orden de detención, la CIDH declaró:

> La Comisión debe considerar si el disparo del agente de seguridad que costó la vida de la víctima respondía a la necesidad de evitar un crimen mayor, o a una legítima defensa por parte del policía. Toma en cuenta al respecto los "Principios Básicos sobre el uso de Fuerza y de Armas de Fuego por Oficiales de Aplicación de la Ley" que definen claramente los casos en que es legítimo su uso. Si bien el Estado no ha planteado esa defensa, la Comisión entiende que debe referirse a este punto. No existe evidencia convincente en el caso que sostenga ninguna de estas situaciones, ni de que el joven estuviera armado o amenazando de

---

[18] Comité de Derechos Humanos, caso Guerrero c. Colombia, párr. 13.2 (1979).

> muerte ni al policía ni a otras personas. Quitar la vida a una persona que supuestamente está cometiendo un robo no es la forma de reaccionar por parte de las fuerzas de seguridad, excepto en circunstancias extremas de peligrosidad o en legítima defensa. (...)[19]

La CIDH reiteró este análisis, incluida la referencia a los Principios básicos sobre el uso de fuerza y de armas de fuego, en otra decisión adoptada el mismo año.[20] Asimismo, en una decisión más reciente sobre los casos de ocho jóvenes baleados por la policía en distintas circunstancias, la CIDH declaró:

> La Comisión debe considerar si la acción de los agentes de la seguridad pública que costó la vida o la integridad física de las víctimas apuntaba a la necesidad de evitar un delito mayor o fue la práctica de un acto de legítima defensa. Para ello, se tuvieron en cuenta los "Principios básicos sobre el uso de la fuerza y de las armas de fuego por agentes de la ley" de las Naciones Unidas, que definen claramente los casos en que su uso es legítimo. (...)
>
> En ninguno de los ocho casos en consideración existe prueba alguna que sustente la aceptabilidad de la fuerza en los términos de los principios mencionados ni prueba alguna de que los jóvenes contra los que se disparó estuviesen armados o constituyesen una amenaza de muerte tanto para los agentes como para otras personas. Por el contrario, en los casos en cuestión existen testimonios de que las víctimas ni siquiera habían cometido ni estaban por cometer ilícito alguno. Ello indica que la actuación policial, más que desproporcionada, fue injustificada.[21]

La CIDH explica la relevancia de los Principios básicos en una nota de pie de página que señala que "Aunque tales principios no

---

19 CIDH, caso Da Silva c. Brasil, párr. 34. (2000). En una nota de pie de página, la CIDH cita los Principios 9 y 10.

20 CIDH, caso De Oliviera c. Brasil, párr. 33.

21 CIDH, caso Calvalcante y otros c. Brasil, párrs. 138-139. En nota de pie de página, se citan de nuevo los Principios 9 y 10.

pueden tomarse como norma contemporánea a los hechos por estar fechados en 1990 y las violaciones examinadas en el presente informe ocurrieron a fines de la década del 80, se considerarán en este caso como principios generales del derecho internacional en la época, pues eran ya generalmente aceptados(…)".[22]

En su reciente decisión sobre el caso de la finca La Exacta, la CIDH aplicó tanto el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley como los Principios Básicos sobre el uso de la fuerza y de armas de fuego para sustentar la siguiente conclusión: "La posibilidad de que los trabajadores ocupantes hubieran cometido un delito contra la propiedad, y la existencia de órdenes de arresto contra ellos no podrían justificar, por sí mismas, el uso de fuerza letal, incluido el uso de armas de fuego."[23]

Incluso en un caso derivado de hechos insólitos, como es el derribo de un avión civil que había violado el espacio aéreo por un avión de guerra hay ecos evidentes de los Principios básicos sobre el uso de fuerza y de armas de fuego:

> (...) los agentes del Estado cubano no hicieron nada por utilizar otros medios que no sean el uso de la fuerza letal para guiar a las aeronaves civiles fuera de la zona restringida o de peligro. La Comisión considera que el uso indiscriminado de la fuerza, y particularmente el uso de armas de fuego, atenta contra el derecho a la vida y a la integridad personal. En este caso en particular, los aviones militares actuaron de una forma irregular: sin advertencia previa, sin pruebas de que su acción fuera necesaria, sin proporcionalidad y sin que existiera debida motivación.[24]

---

[22] Ibíd.

[23] CIDH, caso finca La Exacta (Guatemala), párrs. 40-41 (2002). Véase también el párr. 51, en el cual la CIDH manifiesta que: "El Gobierno no ha presentado otra prueba que indique que haya existido peligro a la vida que diera mérito a una reacción, de parte de las fuerzas policiales, que incluyera el uso de armas de fuego y otra fuerza letal", y los párrs. 53-55.

[24] CIDH, caso Hermanos al Rescate, párr. 42.

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el uso desproporcionado de la fuerza en defensa del orden público es menos extensa y, curiosamente, aunque descansa sobre los mismos principios fundamentales de motivo legítimo y necesidad, no contiene referencias a los instrumentos universales tan citados por la CIDH. En una decisión sobre un caso en el cual las fuerzas de seguridad abrieron fuego por razones desconocidas contra el automóvil en el cual viajaba un dirigente político de oposición, el Comité concluye que "el Estado autorizó el empleo de la fuerza mortífera sin motivos legítimos", violando por tanto el derecho a la vida aún cuando la víctima sobrevivió a sus heridas.[25]

1.6 La protección de la vida de personas privadas de libertad

El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) contiene una amplia normativa sobre los derechos de personas privadas de libertad. Si bien el tema del derecho de los presos a un trato humano será abordado ***in extenso*** en el capítulo 2, conviene hacer aquí algunas referencias específicas al derecho a la vida.

Los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego contienen dos disposiciones que reafirman, tratándose de las personas privadas de libertad, los principios generales enunciados:

> 15. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán la fuerza, salvo cuando sea estrictamente necesario para mantener la seguridad y el orden en los establecimientos o cuando corra peligro la integridad física de las personas.
>
> 16. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán armas de

---

[25] Comité de Derechos Humanos, caso Chongwe c. Zambia, párr. 5.2 (2000).

> fuego, salvo en defensa propia o en defensa de terceros cuando haya peligro inminente de muerte o lesiones graves, o cuando sea estrictamente necesario para impedir la fuga de una persona sometida a custodia o detención que presente el peligro a que se refiere el principio 9.

En el sistema interamericano existe una jurisprudencia importante sobre la violación del derecho a la vida en el contexto de cárceles e instituciones penales. La Corte Interamericana ha condenado en dos ocasiones el uso desproporcionado de las armas contra presos en las circunstancias extremas del bombardeo de instituciones penales bajo control de presos amotinados (caso Neira Alegría y otros, y Durand y Ugarte, supra). En otro caso relativo al uso de armas de fuego para retomar el control de una prisión, la CIDH declaró a Brasil responsable por la violación del derecho a la vida de 111 presos. La decisión descansa, en parte, en la siguiente conclusión:

> (…) las muertes no correspondieron a situaciones de legítima defensa ni de desarme de los recluidos, ya que las armas que éstos tenían, de factura casera, habían sido arrojadas al patio al entrar los policías. No se comprobó la existencia de ningún arma de fuego en poder de los revoltosos, ni que hayan efectuado disparo alguno de arma de fuego contra la policía.[26]

La CIDH expresó, además, que ni la policía que tomó control de la operación e impidió al director del penal negociar con los amotinados, ni las autoridades civiles que autorizaron la intervención de la policía habían impartido "instrucciones de evitar en lo posible el uso de la fuerza letal."[27]

La decisión hace énfasis también en la responsabilidad del Estado por las condiciones subyacentes que provocaron el motín, así como por las políticas y antecedentes que permitieron la reacción

---

[26] CIDH, caso Carandirú, párr. 63.

[27] Ibíd., párrs. 64 y 65.

desproporcionada de la policía. Cabe citar el siguiente párrafo de esta importante jurisprudencia:

> La Comisión concluye que ni el Estado de São Paulo ni la República Federativa del Brasil habían tomado con anterioridad al motín, ni durante ni con posterioridad, las medidas para organizar su aparato gubernamental para evitar estas tragedias. De los antecedentes citados se desprende que el Estado con anterioridad a los sucesos, y teniendo en cuenta las condiciones de la prisión no había desarrollado planes y estrategias para solucionarlas de manera eficaz y legal, ni para actuar frente a las frecuentes erupciones de violencia que la situación provocaba. En primer lugar, las condiciones ilegales de hacinamiento y de vida de la prisión, aumentaban las posibilidades de incidentes de violencia. Lo que era una pelea entre detenidos fue tratado de manera tal que degeneró en un motín contra la débil guardia a cargo de la seguridad de la prisión. La falta de un mecanismo de pacificación rápida de incidentes permitió su erupción y crecimiento, que involucró a un alto número de detenidos. La capacidad de negociación de las autoridades del penal era mínima y fue desestimada y sofocada por el comando policial militar. Fue igualmente negada por las órdenes dadas a las fuerzas policiales por las autoridades civiles, en particular por el Secretario de Seguridad del Estado. La actuación de los magistrados judiciales encargados de la supervisión de la prisión fue igualmente abortada por las fuerzas policiales, subvirtiendo la jerarquía de toma de decisiones que correspondía a la situación. En definitiva, toda la estrategia de acción estatal se basa en la utilización inmediata de toda la fuerza disponible, con absoluta falta de proporcionalidad y con total negación de estrategias que permitieran resolver la situación eficazmente con respecto a la vida e integridad de los detenidos. El sistemático uso de violencia letal desproporcionada por parte de la policía militar de São Paulo en el manejo de la seguridad pública que está acreditado por las estadísticas oficiales respecto a esos años, era una pauta que fue repetida trágicamente en la debelación del motín del 2 de octubre. Esa falta de planificación por parte del Estado de medidas para aliviar las condiciones previas de vida en el Penal, así como de organización de estrategias

> legales, eficaces y compatibles con el respecto a la vida para el manejo de situaciones de emergencia en los penales, configura igualmente una violación de los compromisos internacionales que establece la Convención en los artículos 4 y 5, en concordancia con el artículo 1.[28]

La jurisprudencia universal e interamericana también reconoce la responsabilidad del Estado por omisión en razón de la desprotección de los presos y la inatención a sus necesidades básicas, especialmente en lo referente a la atención médica. Una de las primeras decisiones al respecto, ampliamente citada en la jurisprudencia posterior, es la del Comité de Derechos Humanos en el caso Dermit c. Uruguay. Después de ocho años de prisión, y cuando estaba a punto de obtener su libertad para establecer su residencia en un país de asilo, la víctima murió repentinamente en su celda. El Estado alegó suicidio y proporcionó al Comité una copia de la autopsia, pero no explicó las circunstancias de la muerte las cuales, por lo visto, no fueron objeto de una investigación. El denunciante, un pariente de la víctima, presentó evidencias de que la hipótesis de suicidio era inverosímil. El Comité consideró al Estado responsable por la muerte, independientemente de que hubiera sido homicidio o suicidio, justificando su decisión de la siguiente manera:

> (…) si bien el Comité no puede llegar a una conclusión definitiva sobre si Hugo Dermis cometió suicidio, fue impulsado a cometerlo o fue muerto de otro modo mientras estaba encarcelado, la conclusión ineludible es que, en cualquier circunstancia, las autoridades uruguayas fueron responsables, por acción u omisión, de no haber adoptado medidas adecuadas para proteger su vida conforme exige el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto.[29]

La CIDH reconoció en 1996 la responsabilidad de Guatemala por la violación del derecho a la vida de un preso muerto, al parecer, de deshidratación provocada por el cólera. Según los alegatos, el direc-

---

[28] Ibíd.

[29] Comité de Derechos Humanos, caso Dermit c. Uruguay, párr. 9.2.

tor del centro de reclusión había autorizado el traslado de la víctima a un hospital, pero éste no se realizó. A pesar de que no se aclararon cabalmente los hechos concretos, la CIDH llegó a la siguiente conclusión:

> (…) toda persona privada de la libertad tiene derecho a que el Estado le garantice el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos. Es necesario recordar también que la Corte ha señalado que, en consonancia con el artículo 1.1, el Estado guatemalteco "está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos".
>
> (…) el Estado no ha demostrado que actuó con la diligencia requerida para proteger la vida y salud de la víctima(…)
>
> El Estado guatemalteco, por consiguiente, cometió una omisión que violó su deber de garantizar la salud y la vida del Sr. Hernández Lima, si se toma en cuenta que la víctima estaba bajo su custodia, sin la posibilidad de acudir a sus allegados, a un abogado o a un médico particular y que por lo tanto el Estado ejercía un control completo sobre su vida e integridad personal.[30]

En otro caso más reciente, la CIDH reconoció la responsabilidad del Estado por la muerte de un preso que padecía trastornos psicológicos que le hacían incapaz de asegurar su propio cuidado, y que murió de deshidratación y desnutrición en una celda de aislamiento. Según la decisión, aún cuando las autoridades responsables no privaron intencionalmente a la víctima de la debida atención, "el Estado faltó a su deber de hacer lo que estuviera a su alcance para asegurar su supervivencia, dado sus trastornos psicofísicos."[31] La

---

[30] CIDH, párrs. 58, 61 y 60, respectivamente (la cita en el párr. 58 corresponde a la sentencia en el caso Neira Alegría, párr. 60).

[31] CIDH, caso Congo c. Ecuador, párr. 82.

CIDH hizo hincapié en que "El hecho de que el interno pudiese haber exhibido un comportamiento antisocial –en todo caso un síntoma de su padecimiento– tampoco exime al Estado de tomar las medidas a su alcance para asegurar su supervivencia."[32]

La misma jurisprudencia es aplicada en el marco de la Declaración Americana.[33]

1.7 Privación de la vida en operaciones militares

La relevancia del derecho internacional humanitario (DIH) en la interpretación del derecho a la vida ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, la cual en su parte pertinente expresa:

> En principio, el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida se aplica también durante hostilidades. El examen de lo que es una privación arbitraria de la vida, sin embargo, debe ser determinado por la ***lex specialis*** aplicable, a saber, el derecho aplicable en un conflicto armado, el cual está designado para regular la conducta durante las hostilidades. Así, si la pérdida de una vida particular por el uso de cierta arma en guerra, es considerada una privación arbitraria de la vida contraria al artículo 6 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] sólo puede ser decidido remitiéndose al derecho aplicable durante los conflictos armados y no por deducción de los términos de la Convención misma.[34]

---

[32] Ibíd.

[33] Tames c. Brasil, párr. 38 (en este caso, un preso agredido por un agente de policía fue privado de atención médica). Ver también el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití de 1978 (p. 75, párr. 2) y el informe de la situación de los derechos humanos en Argentina contenido en el Informe Anual de 1983-1984, p. 77, párr. 1.

[34] Corte Interamericana de Justicia, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 240. (Traducción del Secretariado de la Corte Interamericana en la sentencia [Excepciones Preliminares] en el caso Las Palmeras, párr. 29.)

Si bien no existe ningún mecanismo internacional de carácter jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional con competencia para controlar el respeto al derecho internacional humanitario, con cierta frecuencia éste ha sido aplicado por mecanismos universales y regionales de derechos humanos, o bien usado para la interpretación de normas sobre derechos humanos. Aún cuando el alcance de este derecho es muy amplio, suele ser aplicado o citado sobre todo en relación con el derecho a la vida, por las razones indicadas en la Opinión Consultativa antes citada.

En el sistema universal, el Comité de Derechos Humanos tiende a analizar las muertes producidas en el contexto de conflictos armados a la luz del artículo 6 del PIDCP, sin referirse al DIH. En este sistema, el DIH es aplicado más que todo por relatores de la Comisión de Derechos Humanos encargados de evaluar la situación de derechos humanos en países específicos, ciertas misiones o comisiones ad hoc (tales como Onusal y la Comisión de la Verdad para el Salvador) y algunos relatores temáticos, entre ellos el Relator Especial sobre ejecuciones sumarias o extrajudiciales y la Relatora sobre la violencia contra la mujer.[35]

En una revisión de los términos de su mandato, publicada en 1992, el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias señaló que:

> Al examinar y tratar [denuncias relativas a ejecuciones sumarias y arbitrarias producidas durante los conflictos armados] tiene en cuenta, además de los instrumentos antes mencionadas [la Declaración Universal y Pacto Internacional], los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y los Protocolos Adicionales a esos Convenios, de 1977. Es especialmente pertinente el artículo 3 Común a los Convenios de 1949 (...)

---

[35] Ver Daniel O'Donnell, "Trends in the application of international humanitarian law by the United Nations human rights mechanisms", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 324, septiembre 1998. El Comité de los Derechos del Niño controla sistemáticamente el respeto de las disposiciones del derecho humanitario relativas a la protección de la niñez, pero el énfasis parece ser en temas diferentes del derecho a la vida.

> y los artículos 51 del Protocolo I y 13 del protocolo Adicional II, relativos a derecho de la población civil a protección contra los peligros precedentes de operaciones militares.[36]

El artículo 3 común está destinado a asegurar un trato humanitario a toda persona que no participa activamente en la guerra, y se aplica tanto a la población civil como a combatientes que "hayan depuesto las armas (o que) hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa". A diferencia de las demás disposiciones de los cuatro convenios de Ginebra, que se aplican únicamente a guerras internacionales, el artículo 3 común es válido también para guerras civiles o conflictos armados internos. Este artículo contiene dos disposiciones aplicables al derecho a la vida, siendo la más importante de ellas el inciso 1(a), que prohíbe categóricamente los "atentados a la vida" de civiles y combatientes fuera de combate. El inciso 1(d) prohíbe "las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados". También tiene relevancia el inciso 2, que dispone que "los enfermos y los heridos serán recogidos y cuidados".

El artículo 13 del Protocolo II, cuya importancia ha sido señalada por el Relator Especial, establece:

> 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.
>
> 2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

---

[36] Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/1992/30, párr. 28 (reiterado en E/CN.4/1993/46, párr. 60 y aplicado en forma permanente desde entonces).

> 3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

Un comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre este artículo aporta algunas aclaraciones que vale la pena mencionar. Primero, la expresión "protección general" de la población civil no significa que la protección es de alguna manera relativa, su sentido es diferenciar la protección a la cual tiene derecho la población civil en su conjunto –general–, de la protección especial a la cual tienen derecho ciertas categorías de civiles, tales como el personal médico.[37] Segundo, la prohibición de ataques contra la población civil tiene dos dimensiones; por un lado, prohíbe categóricamente todo ataque dirigido de manera deliberada contra la población civil; por otro, impone la obligación de planificar, autorizar y ejecutar ataques contra objetivos militares de tal forma que se reduzca el riesgo de consecuencias colaterales en la población civil.[38] No cabe duda que el vínculo entre esta norma y la que prohíbe la privación arbitraria de la vida, señalado por el Relator Especial, puede ser de gran utilidad en la calificación de casos de civiles muertos como consecuencia de operaciones militares.

En sus informes anuales, el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias ha manifestado una constante preocupación con respecto a las siguientes tres prácticas violatorias del derecho a la vida y del DIH: las ejecuciones deliberadas de civiles y combatientes fuera de combate; los bombardeos y ataques indiscriminados que afectan a la población civil, y los bloqueos que privan zonas o regiones habitadas de bienes esenciales para la su-

---

[37] Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, CICR y Plaza & Janes de Colombia, 1998, párr. 4767.

[38] Ibíd., párrs. 4770-4772.

pervivencia, tales como agua, comida y servicios médicos.[39] El elemento clave del concepto de ataques indiscriminados está definido por el artículo 51 del Protocolo I. Si bien este Protocolo se aplica únicamente a conflictos internacionales, no cabe duda de que la definición contenida en los párrafos cuarto y quinto de este artículo tiene una aplicación general. Estos párrafos establecen lo siguiente:

> 4. Se prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados:
> a. los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
> b. los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
> c. los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil.
>
> 5. Se considerarán indiscriminados, entre otros, los siguientes tipos de ataques:
> a. los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil;
> b. los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

---

[39] Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/1994/7, párr. 706; E/CN.4/1995/61, párr. 394; E/CN.4/1996/4, párr. 588; E/CN.4/1996/4, Add.2, párr. 32; E/CN.4/1997/60, párr. 40; E/CN.4/1998/68, párr. 42.

El Protocolo II prohíbe expresamente los ataques durante conflictos armados no internacionales contra bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como alimentos, cosechas y ganado.

En el sistema interamericano, la CIDH recurre a menudo al derecho internacional humanitario en su análisis de casos de muertes resultantes de operaciones militares. En una sentencia sobre excepciones preliminares adoptada en el año 2000, la Corte Interamericana aclaró que ni ésta ni la CIDH tienen competencia para aplicar el derecho internacional humanitario en casos concretos, ni siquiera para deducir la responsabilidad del Estado por violaciones del DIH.[40] La decisión se aplica únicamente a los procedimientos para el examen de casos establecidos por los artículos 44 a 51 de la Convención Americana, y no afecta la competencia de la Corte Interamericana en lo que respecta a opiniones consultivas, ni tampoco la competencia de la CIDH para realizar investigaciones sobre situaciones que afecten los derechos humanos.

En otra sentencia, adoptada meses después, sobre el caso de un guerrillero que desapareció después de haber sido preso, la Corte Interamericana confirmó que, si bien no podía aplicar el DIH "las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomadas en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana."[41] La decisión destaca lo siguiente:

> Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Americana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes).[42]

---

40 Corte Interamericana, caso Las Palmeras, párrs. 33-34.

41 Corte Interamericana, caso Bámaca, párr. 209.

42 Ibíd.

En una decisión anterior a las sentencias antes citadas, relativa a la muerte de unos guerrilleros que habían tomado por las armas un autobús urbano, la CIDH explicó las razones del desarrollo de su jurisprudencia sobre el derecho a la vida y su relación con el DIH. El Estado argumentó que "los hechos ocurrieron dentro de un enfrentamiento armado (no como una ejecución extrajudicial, como lo afirma el peticionario) en donde [la Fuerza Pública] hizo uso legítimo de sus facultades con el fin de restablecer el orden público.[43] Para la CIDH este argumento constituyó una referencia implícita al DIH, el cual debía evaluarse a la luz de éste. Al respecto la CIDH señaló:

> La aplicación del derecho humanitario puede servir, en principio, como una defensa para el Estado para refutar que se hayan cometido violaciones de los derechos humanos durante situaciones de conflicto armado. Por ejemplo, agentes del Estado que dan muerte o causan heridas a disidentes armados mientras actúan de conformidad con las normas y costumbres de la guerra no crean responsabilidad bajo el derecho internacional. Sin embargo, cuando el derecho humanitario es aplicable, también deben observarse los límites que impone a los agentes estatales en su actuar en el contexto del conflicto armado. Por lo tanto, la Comisión debería, en casos como el presente que presentan situaciones de conflicto, y especialmente donde el Estado hace especial referencia al conflicto, aplicar el Derecho humanitario para analizar la acción de las fuerzas públicas con el objetivo de determinar si ha sobrepasado los límites de la acción legítima.
>
> El Estado nota que ninguna de las partes invocó el Derecho humanitario en este caso. La Comisión considera que la argumentación del Estado, aunque no invocaba explícitamente el Derecho humanitario, invitó y requirió referencia al mismo. Además resulta insólito sostener que porque ninguna de las partes en el presente caso invocó esta normatividad, la Comisión no la pueda aplicar. Los hechos del presente caso

---

[43] CIDH, caso M-19, párr. 169.

> exigen la aplicación del Derecho humanitario para analizarlos correctamente, tal como señaló el Estado cuando notó que se tenían que analizar en el contexto de un enfrentamiento armado (...)
>
> No obstante, la capacidad de la Comisión para resolver las violaciones denunciadas del derecho a la vida y a la integridad física en el contexto de un conflicto armado podría encontrarse limitada en muchos casos sólo por referencia a los artículos 4 y 5 de la Convención. Esto obedece a que la Convención Americana no contiene disposiciones que especifiquen, por ejemplo, cuándo las bajas son una consecuencia legítima de operaciones militares. Por consiguiente, la Comisión debe necesariamente referirse y aplicar normas de definición y reglas pertinentes del derecho humanitario, como fuentes de orientación autorizadas al resolver estos casos.[44]

En aplicación de los principios del derecho internacional humanitario la CIDH señaló: "(...) la Comisión aclara nuevamente que no llegó a conclusión alguna en relación con la legitimidad y proporcionalidad de la fuerza utilizada en el ataque a los guerrilleros en la buseta, sino que basó sus conclusiones en las evidencias que indicaban que, después del ataque inicial, fueron asesinadas personas que estaban fuera de combate y, por lo tanto, en estado de indefensión."[45] Asimismo, decidió que el Estado había violado el artículo 4 de la Convención Americana, así como el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.[46]

En otra decisión de la misma época sobre la muerte de unos campesinos pertenecientes a la población civil, la CIDH concluyó que se había cometido una violación del artículo 4 de la Convención Americana basándose en las consideraciones siguientes:

---

[44] Ibíd., párrs. 168, 169 y 173, respectivamente.

[45] Ibíd., párr. 167.

[46] Ibíd., párrs. 200 y 202.

> Que las causales de antijuridicidad invocadas no parecen tener aplicación, toda vez que ha quedado demostrado que las víctimas estuvieron siempre en estado de total indefensión; que no portaban armas; que en ningún momento atacaron al Ejército; que equivocadamente la casa de habitación del señor José Ramón Rojas Erazo fue ubicada por el Ejército como un objetivo militar y como tal fue atacada sin ningún respeto por la vida de los civiles que en ella se encontraban; que el señor Hernando García fue ultimado por miembros del Ejército cuando se encontraba solo, herido y sin armas; (…)[47]

En un caso relativo a la muerte de una niña herida por un tiro indiscriminado proveniente de una patrulla militar, la CIDH aplicó el Protocolo II.[48] La patrulla también disparó contra la ambulancia que venía a socorrer a la víctima, quien murió después de recibir atención médica en un hospital. Habida cuenta de la edad de la víctima, la CIDH observó que el artículo 38 de la Convención sobre los derechos del niño obliga a los Estados Partes a respetar "(...) las normas de derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño."[49] Siendo el Estado aludido parte tanto en la Convención sobre los derechos del niño como en el Protocolo II sobre conflictos no-internacionales, la CIDH analizó los hechos a la luz de las disposiciones del artículo 13 de este último que prohíbe ataques contra la población civil, y de sus artículos 9 y 13 que prohíben la obstaculización de asistencia médica.[50] Pero de nuevo, las conclusiones de la CIDH se limitaron al reconocimiento de la existencia de violaciones de la Convención Americana, en particular del derecho a la vida.[51]

---

47 CIDH, caso Feldman c. Colombia, considerando núm. 9.

48 CIDH, caso Guardado c. El Salvador (1994).

49 Curiosamente se cita la Convención sobre los derechos del niño sin hacer referencia al vínculo entre ésta y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), que reconoce el derecho de los niños y las niñas a una "protección especial".

50 Ibíd., Análisis, párr. 3.b.

51 Ibíd., Conclusiones, núm. 2.

Una decisión más reciente, adoptada con posterioridad a las sentencias antes citadas, brinda otro ejemplo de la correcta aplicación de los principios enunciados en el artículo 3 común para determinar si los hechos representan una violación del artículo 4 de la Convención Americana. La decisión señala lo siguiente:

> El artículo 4 de la Convención Americana establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Asimismo cabe señalar que el maltrato intencional y, aún más, la ejecución extrajudicial de civiles bajo el control de una de las partes en cualquier tipo de conflicto armado, se encuentra absolutamente prohibida en cualquier circunstancia a la luz de las consideraciones fundamentales de humanidad reflejadas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.
>
> En el presente caso, los elementos disponibles indican que las víctimas se encontraban indefensas y bajo el control efectivo de personas que actuaban en coordinación con agentes del Estado al momento de su muerte y no existía justificación alguna para privarlas de su vida a la luz de las normas del derecho internacional vigente. Las pruebas testimoniales y periciales recabadas en el contexto del proceso disciplinario e incluso ante la propia justicia militar, señalan claramente que las víctimas no opusieron resistencia alguna al accionar de sus ejecutores.[52]

No cabe duda de que los conceptos y principios derivados del DIH y en especial el artículo 3 común, han pasado a formar parte integral de la jurisprudencia de la CIDH sobre la privación arbitraria de la vida en situaciones presuntamente vinculadas a un conflicto armado. Si bien la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Las Palmares obliga a la CIDH a abstenerse de declarar la responsabilidad de los Estados por violaciones del DIH como tal, esto de ninguna manera significa una ruptura en la práctica de desarrollar

---

[52] CIDH, Masacre de Riofrío (Colombia), párrs. 54-55 (la nota al párr. 54 hace un resumen sintético del contenido del artículo 3 común).

jurisprudencia basada en conceptos y principios contenidos en dicho *corpus juris*, tales como la prohibición de ejecutar combatientes fuera de combate; la distinción entre combatientes y población civil, y la prohibición de ataques dirigidos contra la población civil, y de ataques indiscriminados que afecten a la población civil.

1.8 Genocidio

La definición clásica de genocidio consagrada por la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, reza así:

> En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:
> a. Matanza de miembros del grupo;
> b. Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
> c. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
> d. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
> e. Traslado por fuerza de niños del grupo a otro.

Esta definición ha sido criticada en razón de la supuesta dificultad de comprobar el elemento subjetivo, es decir, "la intención de destruir, total o parcialmente" a un grupo determinado. La nómina de grupos protegidos –nacionales, étnicos, raciales y religiosos– también ha sido criticada, por ser limitada.[53] No obstante, dichas críticas no se han traducido en voluntad política de ampliar la definición. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, y el cual entró en vigor el 1º de julio de 2002, reproduce esta definición clásica sin cambio alguno ni en el elemento subjetivo, ni en la nómina de los grupos protegidos (art. 6). En una decisión adoptada en 1997 la Comisión Interamericana rechazó

el argumento de que el concepto de genocidio debería ampliarse para comprender la eliminación sistemática de los miembros de un grupo en razón de su afiliación política.[54]

No obstante, por primera vez en décadas, hay antecedentes de la aplicación de este tipo penal por órganos internacionales. Los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y para Rwanda, establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, conocen casos de personas acusadas de dicho delito. Otro antecedente de particular interés es el informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH), establecida en Guatemala bajo los auspicios de las Naciones Unidas en virtud de los Acuerdos de Paz. En dicho informe sin precedentes, la CEH concluyó "con gran consternación" que, en el marco de la política de contrainsurgencia desarrollada en determinadas zonas de Guatemala durante los años 1981 y 1983, se produjeron en efecto "actos de genocidio" de acuerdo con la definición de la Convención de 1949.[55]

Los afectados eran grupos del pueblo maya considerados, para efectos de la definición, como grupos étnicos.[56] Los hechos materiales consistían tanto en matanzas como también en lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros de los grupos y en "sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que podían acarrear ...su destrucción física, total o parcial(…)".[57] En cuanto a las matanzas, la CIDH destacó una serie de masacres; con respecto a "lesiones graves a la integridad física y mental del grupo", se señaló la realización en forma sistemática de "actos de extrema cruel-

---

53 Véase, por ejemplo, el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre genocidio, E/CN.4/Sub.2/1985/6.

54 CIDH, caso de la Unión Patriótica (Colombia), párrs. 22-26 y 73. La decisión de la CIDH reconoce como errónea la conclusión contraria enunciada en su Segundo Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia.

55 Guatemala: Memoria del Silencio. Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, tomo V, Conclusiones y Recomendaciones, párrs. 120 y 122, UNOPS, Guatemala, 1999.

56 Ibíd., párr. 110.

57 Ibíd., párrs. 112, 115 y 118.

dad, incluyendo la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuyo efecto fue aterrorizar a la población y destruir los fundamentos de la cohesión social entre sus miembros, en particular cuando se obligaba a éstos a que presenciaran o ejecutaran dichos actos".[58] En cuanto al "sometimiento a condiciones de vida calculadas a acarrear la destrucción física del grupo", la CEH consideró que este requisito se había cumplido con las prácticas de incendiar aldeas enteras, con la destrucción de siembras y cosechas, dejando a los habitantes sin alimentos, así como por el continuo desplazamiento forzoso de la población, que impedía su reasentamiento en zonas seguras.[59]

El elemento subjetivo fue comprobado con base en una serie de pruebas circunstanciales. Así, la CEH consideró comprobado que:

> Entre los años 1981 y 1983, el Ejército identificó a grupos del pueblo maya como el enemigo interno, porque consideraba que constituían o podían constituir la base de apoyo de la guerrilla, en cuanto su sustento material, cantera de reclutamiento y lugar para esconder sus filas. De este modo (...) definió un concepto de enemigo interno que fue más allá de los combatientes, militantes o simpatizantes de la guerrilla, incluyendo en dicho concepto a los civiles de determinados grupos étnicos.[60]

El hecho de que los actos de violencia no se dirigían únicamente contra combatientes sino también contra la población civil no combatiente, incluyendo niños y niñas, "pone de manifiesto que el único factor común a todas las víctimas era su pertenencia a un determinado grupo étnico y evidencia que dichos actos fueron cometidos "con la intención de destruir total o parcialmente" a dichos grupos".[61] Otra prueba contundente fue descrita así:

---

58 Ibíd., párrs. 114 y 115.

59 Ibíd., párrs. 116-118.

60 Ibíd., párr. 110.

61 Ibíd., párr. 111.

> El análisis de los diversos elementos utilizados por la CEH prueba que, en los casos señalados el propósito de los autores fue matar al mayor número posible de miembros del grupo. Prácticamente en todas estas matanzas el Ejército lleva a cabo algunos de los siguientes actos preparatorios: convocó diligentemente a toda la población antes de darles muerte, o bien cercó la comunidad o aprovechó de situaciones en las cuales la población estaba reunida, en celebraciones o en días de mercado, para ejecutar las matanzas.[62]

La CEH concluyó que: "Frente a todas las opciones para combatir a la insurgencia, el Estado optó por la que ocasionó el mayor costo de vidas humanas entre la población civil no combatiente (…) Negándose a otras opciones (...) el Estado optó por el aniquilamiento de aquel que identificó como su enemigo".[63]

1.9 Desaparición forzosa de personas

Durante la última década se han adoptado dos instrumentos importantes sobre la desaparición: la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (en adelante Declaración contra las desapariciones forzadas) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992, y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en el año 1994. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas está elaborando una convención universal.

La Declaración contra las desapariciones forzadas no contiene una definición formal de la desaparición, pero el tercer considerando identifica claramente los elementos esenciales de esta práctica al establecer que:

---

[62] Ibíd., párr. 113.

[63] Ibíd., párr. 121.

> Se produzcan desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade conta su voluntad a las personas o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

El segundo párrafo del artículo primero describe las consecuencias de esta práctica para los derechos humanos en la forma siguiente:

> Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, al derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida o lo pone gravemente en peligro.

Algunas veces la desaparición forzosa es conceptualizada como una violación agravada del derecho a la vida, debido a las violaciones de otros derechos cometidas con el afán de perpetuar la impunidad de los autores, así como por las consecuencias que tiene la desaparición de una persona en los derechos fundamentales de otras, en particular de los familiares de la persona desaparecida. Si bien esta apreciación es correcta en la mayor parte de los casos, es menester recordar que la desaparición no siempre entraña una violación consumada del derecho a la vida. La muerte de la víctima, como indica la última frase del artículo 1.2 de la Declaración, no es elemento de la definición de la desaparición.

La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, que entró en vigor el 28 de marzo de 1996, contiene en su artículo II la siguiente definición:

> Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

En ciertos casos, cuando no hay indicios claros sobre la suerte de la víctima de una desaparición, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido la responsabilidad del Estado sobre violaciones de derechos humanos diferentes al derecho a la vida. En el caso Tshishimbi, por ejemplo, un exmilitar supuestamente involucrado en una tentativa de golpe fue secuestrado por un grupo de militares o paramilitares, negándoseles a sus allegados toda información sobre su paradero. El Comité concluyó que los hechos eran violatorios del derecho a la libertad y seguridad personales, pero no al derecho a la vida.[64] La CIDH, por su parte, fundamenta la conclusión sobre si ha habido una privación arbitraria de la vida –en los casos en los cuales no hay evidencias directas del fallecimiento de la víctima– en el hecho de la falta de información durante varios años sobre el paradero de la misma.[65]

El Preámbulo de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas reafirma preceptos importantes de la doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano, reconociendo en particular la desaparición como violación de múltiples derechos esenciales de la persona, como una afrenta a la conciencia del hemisferio

---

[64] Comité de Derechos Humanos, caso Tshishimbi c. Zaire, párr. 5.4. La autora de la comunicación no alegó violación del derecho a la vida, presuntamente por tener razones para creer que los secuestradores no tenían la intención de ejecutar a la víctima.

[65] Ver por ejemplo el caso Guarcas Cipriano c. Guatemala, párr. 33, en el cual desde hacía cinco años no se tenía información sobre la víctima.

y grave ofensa odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, contradicción de los principios y propósitos de la Carta de la OEA y que cuando es practicada en forma sistemática constituye un crimen de lesa humanidad.[66]

La tipificación de la desaparición como crimen de lesa humanidad está recogida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 7.1.i). La definición operativa es semejante a la de la Convención Interamericana, con un elemento subjetivo adicional que figura en la última frase del artículo 7.2.i), el cual dispone:

> Por "desaparición forzada de personas", se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa de informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.

La primera obligación concreta del Estado incorporada en la Convención Interamericana es la de tipificar la desaparición forzada como delito de carácter continuo y sujeto a penas coherentes con su extrema gravedad, plasmada en el artículo III.[67] Los artículos IV a VI establecen ciertas pautas sobre la cooperación entre los Estados Partes con el fin de evitar la impunidad, en aras de la paulatina construcción de la llamada "jurisdicción universal". Los artículos VII a IX tratan de la jurisdicción penal interna, estableciendo que el delito debe en principio ser imprescriptible,[68] que no se admitirá ni la

---

[66] El Preámbulo reafirma así lo establecido por la Asamblea General de la OEA en 1983 cuando resolvió "Declarar que la práctica de la desaparición forzosa de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad"; Resolución No. 666 (XIII-)/83.

[67] Cfr. los artículos 4 y 17.1 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (en adelante Declaración contra las desapariciones forzadas).

[68] Cfr. el artículo 17.2-3 de la Declaración contra las desapariciones forzadas.

eximiente de órdenes superiores[69] ni la inmunidad,[70] y que la competencia sobre este delito debe ser privativa de los tribunales ordinarios. El artículo X, haciendo eco de la Opinión Consultiva OC-8/87 de la Corte Interamericana sobre hábeas corpus, prescribe que el derecho de las personas privadas de libertad a recurrir a la justicia debe mantenerse durante cualquier emergencia, y que en tales circunstancias los funcionarios judiciales deben tener acceso inmediato a todo lugar de detención.[71] El artículo XI prohíbe la detención en centros clandestinos y prevé el registro obligatorio de toda privación de libertad, convirtiendo así en norma contractual lo dispuesto en la Regla 7 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos.[72] El artículo XII, haciendo eco de los artículos 8 y 11 de la Convención sobre los derechos del niño, prevé la cooperación entre países en la búsqueda, identificación y restitución de los hijos menores de personas desaparecidas.[73]

La Declaración contra las desapariciones forzadas es más extensa y detallada. De particular interés es el artículo 8, que prohíbe la devolución o extradición de una persona a un país en donde dicha persona corre riesgo de desaparición; el artículo 11, que establece salvaguardias a la puesta en libertad de presos; el artículo 13, relativo a la investigación de casos de desaparición; el artículo 18, que dispone que los autores de desaparición no deben beneficiarse de leyes de amnistía, y el artículo 19, que reconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a una adecuada reparación o indemnización.

---

69 Cfr. el artículo 6.1 de la Declaración contra las desapariciones forzadas.

70 Cfr. el artículo 16 de la Declaración. En cuanto a la inmunidad, no obstante, ambos instrumentos establecen una excepción referida a los casos contemplados de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, una de las fuentes del derecho que sustentó la defensa del general Pinochet ante la solicitud de extradición examinada por los tribunales del Reino Unido.

71 Cfr. los artículos 7 y 9.1 de la Declaración.

72 Cfr. el artículo 10 de la Declaración.

73 Cfr. el artículo 20 de la Declaración.

En una sentencia adoptada antes de la entrada en vigor de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, la Corte Interamericana analizó los hechos a la luz de ciertas disposiciones de dicha Convención, así como también de la Declaración contra las desapariciones forzosas. Con base en estas fuentes, la Corte concluyó que la desaparición debe considerarse un hecho continuo.[74] La sentencia de la Corte sobre el Fondo descansa, en parte, directamente sobre el artículo 1.2 de la citada Declaración, que reconoce que no sólo la persona desaparecida sino también sus familiares son víctimas del hecho de la desaparición.[75] Concretamente, la Corte Interamericana declaró la responsabilidad del Estado por la violación de la integridad psíquica y moral de los parientes de la persona desaparecida, como consecuencia directa de su desaparición.[76] La CIDH también ha aplicado la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas en casos relativos a Estados no Partes.[77] El mérito de la Convención no consiste tanto en la creación de obligaciones nuevas, sino más bien en la codificación de definiciones y principios elaborados por los órganos competentes del sistema a lo largo de varias décadas, o sea, la codificación del derecho consuetudinario.

La Corte Interamericana no ha aceptado integralmente la jurisprudencia desarrollada por la CIDH sobre la desaparición forzada. En su sentencia en el caso Bámaca, la Corte rechazó un alegato basado en la Declaración contra las desapariciones forzadas en el sentido de que la desaparición implicaba, además de violaciones del derecho a la vida e integridad personal, violación del derecho a la personalidad jurídica. La fundamentación de su conclusión aparece en el párrafo siguiente:

---

74 Corte Interamericana, caso Blake (Guatemala), Excepciones Preliminares, párrs. 36-40.

75 Ibíd., párr. 97.

76 Ibíd., párrs.114-115 y 124.

77 Ver por ejemplo CIDH, caso Tordecilla c. Colombia, párrs. 31-32 y Ruiz Dávila c. Perú, párrs. 14, 22.

> A ese respecto, la Corte recuerda que, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994) no se refiere expresamente a la personalidad jurídica, entre los elementos de tipificación del delito complejo de la desaparición forzada de personas. Naturalmente, la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no procede, en esta circunstancia, invocar la supuesta violación del derecho a la personalidad jurídica o de otros derechos consagrados en la Convención Americana. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 de la Convención Americana tiene, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio.[78]

En el caso Castillo Páez, la Corte Interamericana llegó a una conclusión semejante con respecto a la protección del derecho de la familia. A pesar de señalar que una desaparición puede muy bien constituir una violación de los derechos de los familiares de la víctima principal, la Corte no acogió el argumento de que la desintegración de la familia como resultado de la desaparición del padre representaba una violación del artículo 17 de la Convención Americana, que reconoce el derecho de la familia a "ser protegida por (...) el Estado". A criterio de la Corte, el impacto de la desaparición en la estructura de la familia debe considerarse más bien como una "consecuencia accesoria" de la desaparición.

Asimismo, la Corte Interamericana ha sido renuente en reconocer el derecho a la verdad como derecho propio. En su sentencia en el caso Castillo Páez, esta Corte observó al respecto que "El segundo argumento se refiere a la formulación de un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo jurisprudencial, lo cual en este caso ya

---

[78] Corte Interamericana, caso Bámaca, párr. 180 (citando el caso Durand y Ugarte, párr. 79). La interpretación de la CIDH, basada en el artículo 1.2 de la Declaración contra las desapariciones forzadas, figura también el caso Medina Charry c. Colombia, párrs. 64 y 126, así como en los casos "Desapariciones" (Guatemala), párr. 81 y en el caso Guarcas Cipriano c. Guatemala, párr. 41.

está resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos (…)".[79] Esta posición ha sido reafirmada en dos sentencias más recientes, en los casos Bámaca y Barrios Altos. En este último, después de reconocer que "En el presente caso, es incuestionable que se impidió (…) a las familiares conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos (…)", la Corte concluyó que "[p]ese a lo anterior, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen [sic] los artículos 8 y 25 de la Convención".[80]

La CIDH, al igual que la Corte Interamericana, ha aplicado las disposiciones de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas a Estados que, en su momento, no eran partes en dicho instrumento. En el caso Chumbivilcas, por ejemplo, la CIDH adoptó una definición de desaparición basada en la Convención, según la cual se requiere la concurrencia de dos elementos, a saber: una detención ilegal practicada por agentes del Estado o elementos que actúen con su anuencia, y la negación sistemática de la detención por las autoridades responsables.[81] La decisión también comenta el carácter pluriofensivo de la figura, indicando que la desaparición vulnera el derecho a la vida, la integridad física, la libertad, el acceso a la justicia y el debido proceso.[82]

Las cuestiones relativas a la prueba no están comprendidas en el esquema de la presente obra, la cual se circunscribe a los aspectos sustantivos de la normativa internacional. Sin embargo, como la

---

79 Corte Interamericana, caso Castillo Páez, párr. 86.

80 Corte Interamericana, caso Barrios Altos, párrs. 47-48; ver también el caso Bámaca, párr. 201.

81 CIDH, caso Chumbivilcas (Perú), p. 160. Ver también el caso Ruiz Dávila, párr. 14.

82 Ibíd., pp. 160 y 162.

negación de lo ocurrido y la ocultación de pruebas es un elemento de esta práctica, cabe hacer algunas referencias al tema. Dejando de lado los casos excepcionales en los cuales se encuentran restos o se presenta un testigo de los hechos, la prueba de lo ocurrido siempre descansa, en parte, en presunciones. En la mayoría de los casos hay pruebas o indicios sobre la participación de agentes del gobierno o personas que actúan con su anuencia en la detención o secuestro de la persona desaparecida, de manera que la presunción se limita al desenlace de la situación. En ausencia de evidencias claras sobre la autoría material de la detención o el secuestro, la CIDH reconoce una presunción de responsabilidad del Estado cuando existe una práctica sistemática comprobada de desaparición y los hechos del caso concreto son congruentes con las características de dicha práctica.[83] La forma en que el Estado cumple o incumple su deber de investigar los hechos se considera un elemento de convicción adicional importante, según la jurisprudencia de la CIDH, además de una violación conexa del derecho a la justicia (véase el Capítulo 6). En casos en donde faltan evidencias claras sobre la identidad de los autores materiales, el Comité de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque distinto, a saber: el de considerar al Estado responsable de la violación del derecho a la vida si no por comisión, al menos por omisión.[84]

1.10 Pena de muerte

i) La abolición progresiva

A pesar de los obstáculos que han frustrado los reiterados esfuerzos de abolir la pena de muerte en el mundo entero, hoy día es

---

[83] Ver por ejemplo el caso "Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas" (Perú), párr. 184, citando la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Velásquez Rodríguez, párrs. 22 y ss.

[84] Comité de Derechos Humanos, caso Celis Laureano c. Perú, párrs. 8.3-8.4.

ampliamente reconocido que el DIDH tiende a la progresiva eliminación de dicha pena. En su Comentario General sobre el derecho a la vida, el Comité de Derechos Humanos observó que "El artículo se refiere también en forma general a la abolición en términos que denotan claramente (párrs. 2 y 6 del artículo 6) que ésta es de desear."[85] Asimismo, en el análisis de un caso, el Comité reconoció que "reducir el recurso a la pena de muerte puede considerarse uno de los objetivos y propósitos del Pacto".[86] No obstante, hasta la fecha el Comité no ha aplicado este principio para determinar si la imposición de la pena en determinadas circunstancias es o no incompatible con el PIDCP.[87]

En el ámbito regional, los países que ya habían suprimido la pena de muerte en sus legislaciones estimaban imprescindible incluir en la Convención Americana una norma que la prohibiera categóricamente, mientras que los países cuya legislación establecía la pena de muerte se veían imposibilitados a aceptar una norma internacional que los obligara a renunciar a la imposición de esa pena. Esta controversia fue resuelta en la Conferencia Especializada de 1969 mediante la inclusión en la Convención Americana de dos cláusulas destinadas a promover la eliminación progresiva de la pena de muerte en todos los Estados Partes. Esas disposiciones, que no tienen equivalente en el PIDCP, figuran en los párrafos segundo y tercero del artículo 4, y rezan "no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido" y "tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplica actualmente".

La Corte Interamericana aludió a esta tendencia en una Opinión Consultiva sobre el alcance de una reserva al párrafo tercero del artícu-

---

85 Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 6, párr. 6.

86 Comité de Derechos Humanos, caso E. Johnson c. Jamaica, párr. 8.2 c).

87 Ibíd., párr. 8.3. En aplicación de este principio, el Comité ha decidido que no puede concluir que la detención prolongada en el pasillo de la muerte sea trato inhumano, pues la consecuencia de tal decisión será impulsar a los países que todavía imponen la pena de muerte a llevar a cabo las ejecuciones en forma más sistemática (ver también el Capítulo 2).

lo 4. Según ésta "la Convención expresa una clara nota de progresividad consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las previsiones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que ésta se vaya reduciendo hasta su supresión final".[88] La Corte Interamericana también aludió a este principio al expresar que "una clara tendencia restrictiva a la aplicación de la pena de muerte hacia su supresión final" caracteriza no sólo en la Convención Americana sino también el PIDCP.[89]

Desde hace más de diez años la corriente abolicionista logró la adopción y entrada en vigor de un protocolo al PIDCP y otro a la Convención Americana, que permiten a los Estados Partes formalizar el compromiso de no aplicar nunca más la pena de muerte (ver la sección 1.2).

ii) Legalidad, no retroactividad y tribunal competente

La Convención Americana dispone, en el segundo párrafo del artículo 4 que la pena capital "sólo podrá imponerse (...) en cumplimiento de una sentencia ejecutoriada de un tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito". Una disposición análoga del PIDCP estipula que la pena capital sólo podrá imponerse "de conformidad con leyes que están en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto (...) Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de una sentencia definitiva de un tribunal competente."

---

[88] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-3/83, párr. 57. En términos concretos, la Corte concluyó que una reserva a una disposición (párr. 4) no puede implícitamente afectar la obligación de respetar otra disposición (párr. 3) del artículo 4.

[89] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 134.

La jurisprudencia sobre estos requisitos –que en lo esencial enfocan la compatibilidad de la sentencia con el derecho interno– es escasa comparada con la jurisprudencia sobre la compatibilidad del juicio y sentencia con las demás garantías consagradas por la normativa internacional. En el caso Mbenge, el Comité de Derechos Humanos adoptó una interpretación importante de dicha disposición al considerar que la expresión "leyes en vigor" comprende "tanto las leyes sustantivas como las procesales en virtud de las cuales se haya impuesto la pena de muerte".[90]

Durante la elaboración de la Convención Americana, la CIDH nombró a uno de sus miembros relator en la preparación de un estudio comparativo del entonces proyecto de convención y del pacto internacional. En opinión de este Relator, el propósito de la cláusula de la Convención Americana referida a la competencia de los tribunales fue excluir la adopción de legislación que se "atribuyese competencia para imponer la pena de muerte a un tribunal especial".[91] Esta interpretación encuentra respaldo en el informe de un relator de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quien identifica el concepto de tribunal competente con el de "juez natural".[92]

En realidad, la referencia expresa a estos requisitos en las disposiciones relativas a la pena de muerte no hace más que reafirmar y subrayar su importancia, pues los mismos son aplicables a todo proceso penal. En el ámbito regional, uno de los pocos pronunciamientos de la CIDH que se refiere al desconocimiento de estas garantías en el marco del artículo 4, hace mención a una ley que otorgaba a "los cuadros del ejército nacional" competencia para juzgar a personas acusadas de subversión sin derecho a apelación ni indulto.[93]

---

[90] Comité de Derechos Humanos, caso Mbenge, parr. 17 (también insistió en la necesaria compatibilidad de ambos tipos de leyes con el PIDCP, como se verá abajo).

[91] CIDH, Estudio Comparativo, Dunshee de Abranches, Anuario de la CIDH, 1968, p. 194, párr. 52.b.

[92] Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre la Igualdad en la Administración de Justicia, M. Abu Rannat, 1972, párr. 44.

[93] CIDH, Informe sobre los derechos humanos en Surinam (1985), p. 39, párr. 8.

Por tanto, la jurisprudencia más relevante y abundante de los órganos internacionales sobre la competencia de los tribunales que aplican la pena de muerte y el principio de legalidad se encuentra en el Capítulo 5, sobre el debido proceso. Lo único que hay que resaltar es que, como el derecho a ser juzgado con el respeto de todas las garantías del debido proceso penal es, en principio, uno de los derechos cuya vigencia puede ser afectada durante una amenaza a la vida de la nación (ver el Capítulo 16), y el derecho a la vida no lo es, en la hipótesis de una eventual suspensión de las garantías de debido proceso, dicha suspensión no debe nunca afectar la vigencia de las mismas en procesos sobre delitos que conlleven la pena capital.

iii) Delitos más graves

Tanto el PIDCP como la Convención Americana limitan la eventual aplicación de la pena de muerte a "los más graves delitos." En su Observación General sobre el derecho a la vida, el Comité de Derechos Humanos opinó que "la expresión 'los más graves delitos' debe interpretarse de forma restrictiva en el sentido de que la pena de muerte debe constituir una medida sumamente excepcional".[94] Según el Comité, en una decisión adoptada en 1994, esta cláusula prohíbe la imposición obligatoria de la pena capital por delitos que no involucren la muerte de una persona. El caso concreto se refería a una persona condenada a muerte por el delito de atraco a mano armada con utilización de armas de fuego; el Comité concluyó al respecto:

> (…) la cuestión que hay que resolver es si la sentencia que ha recaído en el presente caso es compatible con el párrafo 2 del artículo 6 del Pacto, que prevé la imposición de la pena capital únicamente "por los más graves delitos". Teniendo en cuenta que en el caso presente la utilización de armas de fuego no fue causa de muerte o lesión de nadie y

---

[94] Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 6, párr. 6.

> que el tribunal, con arreglo a la ley, no pudo tener en cuenta dichos elementos al imponer la pena, el Comité opina que la imposición obligatoria de la pena de muerte en las mencionadas circunstancias constituye una violación del párrafo 2 del artículo 6 del Pacto.[95]

En un estudio sobre la situación de derechos humanos bajo el régimen militar instalado en Chile en 1973, la CIDH señaló que durante el régimen constitucional anterior "la aplicación de la pena se encontraba restringida a delitos de extrema gravedad".[96] Dicha legislación permitía la imposición de la pena capital sólo para cuatro delitos, a saber: traición en tiempo de guerra; prestación por funcionario público de auxilio a un poder enemigo; homicidio perpetrado contra el cónyuge, hijo o padre, y la comisión de un delito sancionado por prisión perpetua por un preso ya condenado a una pena perpetua.[97]

La jurisprudencia más reciente de la CIDH y del Comité de Derechos Humanos tiende a una interpretación muy restrictiva del concepto. En una decisión adoptada en el año 2000, el Comité declaró que la legislación que impone la pena de muerte para todos los homicidios premeditados, sin tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto, es incompatible con el artículo 6 del Pacto.[98] En sus Observaciones finales sobre los informes de distintos Estados Partes en el PIDCP, el Comité considera incompatible con el PIDCP aplicar la pena de muerte a los delitos económicos,[99] delitos sexuales

---

95 Comité de Derechos Humanos, caso Lubuto c. Zambia, párr. 7.2.

96 CIDH, Informe, p. 50, párr. 7 (1985).

97 Ibíd., párr. 8. El Informe agrega que "En algunos otros delitos el Código Penal la establecía como grado superior de una pena compuesta", pero la observación de la CIDH que reconoce ciertos delitos como "de extrema gravedad" se limita a los cuatro antes mencionados.

98 Comité de Derechos Humanos, caso Thompson c. S. Vincente y las Grenadinas, párr. 8.2.

99 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre informes de Argelia, Irán e Iraq, A/47/40, párr. 297 (1992), A/48/40, párr. 255 (1993) y A/53/40, párr. 119 (1998), respectivamente.

consensuales,[100] instigación de suicidio,[101] "delitos relacionados con los estupefacientes,"[102] tráfico de desechos tóxicos,[103] secuestro[104] y deserción de las fuerzas armadas.[105]

La jurisprudencia constante de la CIDH también ha sostenido que la legislación que "impone la muerte a todos los individuos condenados por homicidio, pese a que el delito de homicidio puede ser cometido con distintos grados de gravedad y culpabilidad (…) no refleja el carácter excepcional de la pena de muerte como forma de castigo."[106] Como no todos los homicidios forman parte de la categoría de "delitos más graves", parecería lógico presumir que los delitos que afectan a bienes jurídicos de menos trascendencia no pueden considerarse dentro de los más graves. Cabe señalar que la CIDH hizo este análisis de la legislación chilena cuando Chile aún no era parte en la Convención Americana, lo que implica que esta prohibición es intrínseca al derecho a la vida y vincula a todo los Estados miembros del sistema interamericano.[107]

---

[100] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre los informes de Irán e Iraq, A/53/40, párr. 119.

[101] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de Sri Lanka, A/50/40, párr. 449 (1995).

[102] Ibíd.

[103] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de Camerún, A/49/40, párr. 191 (1994).

[104] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de Guatemala, párr. 17, A/56/40 (2001).

[105] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de Iraq, A/53/40 párr. 100 (1998).

[106] CIDH, caso Knights c. Grenada, párr. 74 (2001).

[107] La CIDH también analizó la conformidad de la legislación de otro Estado no Parte en la Convención Americana con esta norma en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, publicado el mismo año, pp. 95-96, párrs. 10-14.

iv) Prohibición de la imposición de la pena de muerte por delitos políticos

La Convención Americana establece una restricción de suma importancia a la aplicación de la pena de muerte que no figura en el PIDCP. Esa limitación se encuentra contenida en el párrafo cuarto del artículo 4, según el cual "en ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delito político ni común conexo con los políticos".

Previo a la elaboración de la Convención Americana, el Comité Jurídico Interamericano elaboró un estudio en el cual, después de manifestar reservas sobre la conveniencia de adoptar una definición del término "delito político", hizo los siguientes aportes en cuanto a su contenido:

> No obstante, y en la hipótesis de que los gobiernos americanos estimaren conveniente una definición o caracterización del delito político en algún instrumento internacional, el Comité considera que deberían tomarse en consideración los siguientes elementos de apreciación:
>
> 1) Son delitos políticos las infracciones contra la organización y funcionamiento del Estado.
>
> 2) Son delitos políticos las infracciones conexas con los mismos. Existe conexión cuando la infracción se realiza:
>
> (1) para ejecutar o favorecer el atentado configurado en el numeral 1,
> (2) para procurar la impunidad por delitos políticos.
>
> 3) No son delitos políticos los crímenes de barbarie y vandalismo y en general todas las infracciones que excedan los límites lícitos del ataque y la defensa (…)[108]

---

[108] Comité Jurídico Interamericano, Estudio sobre Delitos Políticos, OEA, 1959.

El concepto de "delito político" es tan antiguo como el de "asilo", con el que está íntimamente vinculado. ***El Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado*** del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados –la autoridad internacional con mayor experiencia en la aplicación de esta figura jurídica–, ofrece criterios valiosos y señala al respecto:

> Para determinar si un delito es "común" o, por el contrario, "político", debe tenerse en cuenta, ante todo, su naturaleza y su finalidad, es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro. Debe haber asimismo un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto políticos invocados. Además, el elemento político del delito debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común. No será así cuando los actos cometidos no guarden proporción con el objetivo invocado. El carácter político del delito, asimismo, es más difícil de admitir si el delito supone la perpetración de atrocidades.[109]

v) Menores, mujeres embarazadas y ancianos

La aplicación de la pena de muerte contra mujeres en estado de gravidez o contra menores de 18 años en el momento de la comisión del delito está prohibida por el artículo 6.5 del PIDCP y por el artículo 4.5 de la Convención Americana. Este último artículo extiende la misma protección a personas mayores de setenta años de edad.

La prohibición de aplicar la pena de muerte a delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad es reafirmada en el inciso a) del artículo 37 de la Convención de los derechos del niño. Asimismo, las salvaguardias para garantizar los derechos humanos de

---

[109] Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado*, 1992, párr. 152.

los condenados a la pena de muerte disponen que "No serán condenados a muerte los menores de 18 años de edad en el momento de cometer el delito, ni se ejecutará la sentencia de muerte en el caso de mujeres embarazadas o quienes hayan dado la luz recientemente (…)" (Principio 3). El DIH también prohíbe la aplicación de la pena de muerte a niños y a mujeres embarazadas. El Convenio IV de 1949 prohíbe la aplicación de la pena capital a personas menores de 18 años de edad condenadas por delitos cometidos en territorios ocupados (art. 68). Los dos Protocolos a los Convenios de Ginebra prohíben la aplicación de la pena de muerte a menores de 18 años, y el Protocolo II, sobre conflictos no internacionales, extiende esta prohibición a mujeres embarazadas y madres de niños de corta edad (art. 77, párr. 5 y art. 6, párr. 4).

En el caso Domínguez, la CIDH concluyó que la prohibición de la imposición de la pena de muerte a personas menores de 18 años de edad es una norma de ***jus cogens***. Las conclusiones de la CIDH establecen en parte lo siguiente:

> (…) Las pruebas abrumadoras de la práctica mundial de los Estados indicada ilustra la congruencia y generalización entre los Estados del mundo en el sentido de que la comunidad mundial considera que la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito es incongruente con las normas imperantes de decencia. Por lo tanto, la Comisión opina que ha surgido una norma del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito.
>
> Además, en base a la información que tuvo ante sí, la Comisión ha comprobado que ésta ha sido reconocida como una norma de carácter suficientemente inalienable como para constituir una norma de ***jus cogens*** (…)[110]

---

[110] CIDH, caso Domínguez c. Estados Unidos, párrs. 84-85 (2002).

En un caso en el cual una persona fue condenada a muerte desconociéndose su edad real, el Comité de Derechos Humanos consideró que su detención en el pabellón de la muerte constituyó tortura o trato inhumano, aun cuando el Estado conmutó la pena y no fue considerado responsable de una violación del derecho a la vida.[111]

No hay jurisprudencia sobre la aplicación de la pena capital a mujeres embarazadas y madres de niños de corta edad, pero cabe señalar que en una oportunidad, el Comité de Derechos Humanos indicó que la exención de las mujeres en general de la pena de muerte es discriminatoria.[112]

En el año 2001 El Comité de Derechos Humanos dictaminó que la aplicación de la pena de muerte a una persona que sufre graves problemas psicológicos es violatoria del artículo 7 del PIDCP. El tema de la compatibilidad de la pena de muerte con la prohibición de tortura y el derecho a un trato humano es analizado en el Capítulo 2.

vi) Debido proceso

En su Comentario General sobre el derecho a la vida, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

> De los términos expresos del artículo 6 se desprende también que la pena de muerte solamente puede imponerse de conformidad con el derecho vigente en el momento en que se haya cometido el delito ***y que no sea contrario al Pacto***. Deben observarse las garantías de procedimiento que se prescriben en él, incluido el derecho de la persona a ser oída públicamente por un tribunal independiente, a que se presuma su inocencia y a gozar de las garantías mínimas en cuanto a su defensa y al derecho de apelación ante un tribunal superior.[113]

---

[111] Comité de Derechos Humanos, caso Clive Johnson c. Jamaica, párr. 10.4.

[112] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Kirguistan, A/55/40, párr. 392 (2000).

[113] Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 6, párr. 7 (énfasis agregado).

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la relación entre la pena de muerte y el debido proceso, es decir, entre los artículos 6 y 14 del PIDCP, es amplia y valiosísima. Dentro de esta jurisprudencia hay dos tendencias que son complementarias pero que se basan en supuestos distintos. El primero, anunciado en el caso Mbenge, se fundamenta en la cláusula del artículo 6 citada y subrayada en dicho Comentario. La decisión señala que: "(…) el incumplimiento por el Estado de parte de las condiciones (…) que figuran en el párrafo 3 del artículo 14 lleva a la conclusión de que las penas de muerte pronunciadas (…) se impusieron contrariamente a lo dispuesto en el Pacto y, por lo tanto, en violación del párrafo 2 del artículo 6".[114] En un caso reciente, el Comité reafirmó su jurisprudencia con las siguientes palabras:

> El Comité considera (…) la imposición de una pena de muerte tras la conclusión de un juicio en el que no se han respetado las disposiciones del Pacto constituye, cuando no es posible recurrir de nuevo contra la sentencia, una violación del artículo 6 del Pacto. Como señaló el Comité en su Observación General (…), la disposición de que una condena a muerte puede imponerse sólo de conformidad con el derecho vigente y no en contravención de las disposiciones del Pacto implica que "deben observarse las garantías de procedimiento que se prescriben en él, incluido el derecho de la persona a ser oída públicamente por un tribunal independiente, a que se presuma su inocencia y a gozar de las garantías mínimas en cuanto a su defensa y al derecho de apelación ante un tribunal superior". En el presente caso, dado que la sentencia definitiva de pena de muerte fue aprobada sin el debido respeto de las disposiciones del artículo 14, el Comité debe considerar que se ha producido también una violación del artículo 6 del Pacto.[115]

---

[114] Ibíd., párr. 17.

[115] Comité de Derechos Humanos, caso Phillip c. Trinidad y Tobago, párr. 7.3. (1998).

En su decisión en el caso Levy, adoptada el mismo año, el Comité de Derechos Humanos confirmó que esta interpretación no se limita a violaciones del debido proceso que ocurren durante la fase de plenario, sino que también incluye por lo menos ciertas violaciones que se dan en el sumario. Dice la decisión: "En el caso que nos ocupa, la vista preliminar se celebró sin que se cumplieran los requisitos del artículo 14 y, por consiguiente, el Comité considera que también se violó el párrafo 2 del artículo 6, ya que se impuso la pena de muerte al finalizar un proceso en que no se respetaron las disposiciones del Pacto."[116] La irregularidad que afectó la vista preliminar fue su celebración sin que el acusado tuviera asistencia letrada.[117]

Asimismo, la denegación de representación letrada durante las etapas de apelación implica una violación del artículo 6 resultante de la violación del debido proceso. En el caso McLeod, el Comité de Derechos Humanos dictaminó:

> En el presente caso, el autor no tuvo oportunidad de apelar porque su defensor no le comunicó que no iba a defender su derecho a un recurso. Esto quiere decir que la sentencia definitiva de muerte en el caso del Sr. McLeod se dictó sin reunir las garantías de un proceso justo estipuladas en el artículo 14 del Pacto. Por lo tanto, hay que concluir que también se ha violado el derecho amparado en el artículo 6.[118]

Esta conclusión se extiende también a la negación de asistencia letrada para efectos de interponer un recurso de inconstitucionalidad contra una condena o sentencia.[119]

La otra tendencia remonta la decisión en el caso Pratt y Morgan que no descansa en la idea de que es la violación del debido proceso la que invalida la sentencia, sino más bien en el derecho que goza toda víctima de una violación de los derechos humanos a una repa-

---

116 Comité de Derechos Humanos, caso Levy c. Jamaica (1996).

117 Ibíd., párr. 7.2.

118 Comité de Derechos Humanos, caso McLeod c. Jamaica (1997), párr. 6.5.

119 Comité de Derechos Humanos, caso Taylor c. Jamaica, párrs. 7.3 y 7.5.

ración adecuada. En este caso, la única garantía judicial cuya violación fue comprobada fue el derecho a obtener una decisión sin demora en segunda instancia, una transgresión que, con raras excepciones, no pone en tela de juicio el fondo de la sentencia. Además, la decisión del Comité de Derechos Humanos de reconocer la obligación del Estado a conmutar la pena descansa no sólo en la violación del artículo 14, sino también en una violación del artículo 7 (trato cruel e inhumano) ocurrida después del proceso mientras que los reos esperaban la ejecución de la pena.

Esta corriente sigue vigente y se manifiesta en casos en los cuales el Comité de Derechos Humanos reconoce responsabilidad por ciertas violaciones del artículo 14 y declara que el Estado tiene obligación de conmutar la sentencia, pero sin reconocer una violación del artículo 6. Estos casos son principalmente aquellos en los cuales la única violación comprobada del debido proceso consiste en el incumplimiento del derecho a ser juzgado sin demora.[120] El Comité ha adoptado conclusiones semejantes en casos en los que no se comprueba violación alguna del derecho a debido proceso, pero sí violaciones de otros derechos tales como malos tratos incompatibles con los artículos 7 y 10.[121]

Desde hace dos décadas el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias tiene la responsabilidad de conocer denuncias de violaciones del derecho a la vida a través del mundo entero, lo que le ha obligado a aclarar las normas consuetudinarias aplicables a todo Estado. En su Informe del año 1995 se encuentra el siguiente resumen de las obligaciones que forman parte del derecho consuetudinario con respecto al debido proceso y la pena de muerte:

> Los juicios en los que se impone la pena capital deben regirse por las más estrictas normas de independencia, competencia, objetividad e

---

[120] Ver, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, caso Smart c. Jamaica, párrs. 12-13.

[121] Comité de Derechos Humanos, caso Whyte c. Jamaica, párrs. 10-11.

> imparcialidad de jueces y jurados. En las causas en que puede recaer la pena capital los acusados deben gozar de plenas garantías de una defensa adecuada en todas las etapas del proceso, incluida la prestación adecuada de asistencia letrada por abogados defensores competentes con cargo al Estado. Se presumirá la inocencia de los acusados hasta que se haya demostrado su culpabilidad, sin que quede lugar a ninguna duda razonable, procediéndose con el máximo rigor al acopio y la valoración de las pruebas. Deben tenerse en cuenta todas las circunstancias atenuantes. Se deberá garantizar que en el proceso todos los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de la causa puedan ser revisados por un tribunal superior, integrado por jueces diferentes de los que conocieron la causa en primera instancia. Además, debe garantizarse el derecho del acusado a solicitar el indulto, la conmutación de la pena o una medida de gracia.
>
> Si bien en muchos países la legislación en vigor tiene en cuenta las normas de un juicio imparcial contenidas en los instrumentos internacionales pertinentes, esto de por sí no excluye que la pena de muerte pueda constituir una ejecución extrajudicial, sumaria o arbitraria. Debe garantizarse la aplicación de estas normas en todas las causas sin excepción (…)[122]

En el ámbito regional, tanto la Corte Interamericana como la CIDH suscriben la doctrina que prohíbe la aplicación de la pena de muerte sin cabal cumplimiento de las garantías del debido proceso. La Corte Interamericana señala: "Siendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible, exige del Estado el más estricto y riguroso respecto de las garantías judiciales, de modo a evitar una violación de éstas, que, a su vez, acarrearía una privación arbitraria de la vida".[123] La Corte incluso reconoce que las garantías del debido proceso legal no se limitan a las consagradas explícitamente por el

---

[122] Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, E/CN.4/1995/61, párrs. 377-378.

[123] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 136.

artículo 14 del PIDCP o por el artículo 8 de la Convención Americana, sino que "el derecho al debido proceso legal (…) establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales (…) que amplían el horizonte de la protección de los justiciables".[124] Concretamente, la Corte declaró que un extranjero detenido como sospechoso de la comisión de un delito castigado por la pena de muerte tiene derecho a recibir asistencia del personal consular de su país, así como el derecho a ser informado oportunamente de este derecho[125] (ver el Capítulo 4).

En el caso Andrews la CIDH declaró "En los casos de pena capital, los Estados Partes [sic] tienen la obligación de observar de manera estricta todas las garantías de un juicio imparcial".[126] La CIDH consideró que el tribunal de primera instancia no había tomado las medidas para investigar evidencias de predisposición racial de parte del jurado y, en consecuencia, llegó a la siguiente conclusión:

> (…) la Comisión opina que se violó el derecho a la vida del señor Andrews habida cuenta de que fue juzgado por un tribunal incompetente, que no era imparcial, y que no se le brindó un trato igual frente a la ley. Por lo tanto, la Comisión opina, con fundamento en las razones expuestas anteriormente, que el Gobierno de los Estados Unidos infringió el derecho a la vida del señor Andrews conforme a lo consagrado en el artículo I de la Declaración Americana.[127]

---

[124] Ibíd., Parte resolutiva No. 6.

[125] Ibíd., párrs. 122, 124 y 129.

[126] CIDH, párr. 172 (1996). La CIDH fundamenta esa conclusión en una referencia a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos. En este caso la CIDH aplicó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y no la Convención Americana, lo que hace inapropiado el uso del término "Estado Parte".

[127] Ibíd., párr. 177. La mención de la competencia de la Corte Interamericana es inesperada, pues el análisis de los hechos se limita a la cuestión de parcialidad.

Cabe mencionar que esta decisión no se basa en la Convención Americana sino en la Declaración Americana, que reconoce en términos generales el derecho a debido proceso.[128]

La última frase del primer párrafo del artículo 4 de la Convención Americana reza: "Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente." La jurisprudencia de la CIDH relativa a la pena de muerte y el debido proceso indica, en primer lugar, que esta frase establece un principio general que condiciona las demás disposiciones sobre el derecho a la vida, incluso las contenidas en los párrafos 4 a 6, relativos a la pena capital. En segundo lugar, dicha jurisprudencia indica que este principio general es intrínseco al derecho a la vida de manera que se aplica en toda situación, incluyendo casos ocurridos en países en los cuales la Convención Americana no está vigente. En el caso Garza se declara que "la Comisión ha considerado que el artículo I de la Declaración, si bien no impide la pena de muerte totalmente, prohíbe su imposición cuando ésta resulte en una privación arbitraria de la vida."[129] La Corte Interamericana ratificó esta interpretación en la Opinión Consultiva OC-16/99 al señalar "que la aplicación e imposición de la pena capital está limitada en términos absolutos por el principio según el cual "[n]adie podrá ser privado de la vida arbitrariamente."[130]

---

[128] En el párr. 147, la CIDH hace un desglose de los distintos elementos del artículo XXVI de la Declaración Americana. El requisito más pertinente, dada la naturaleza de los hechos, era el de imparcialidad, consagrado expresamente en el artículo XXVI (ver el comentario sobre el significado de este vocablo en el contexto del derecho al debido proceso en el Capítulo 4).

[129] CIDH, caso Garza, párr. 90 (curiosamente, aunque la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos llega a la misma conclusión con base en textos sustancialmente idénticos, no se hace referencia expresa al rol del concepto de privación arbitraria en el raciocinio que permite vincular a los dos derechos).

[130] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 134.

vii) Arbitrariedad

La decisión en el sentido de que la imposición de una sentencia a muerte implica la privación arbitraria de la vida descansa frecuentemente en violaciones de las garantías del debido proceso. No obstante, la jurisprudencia también establece que una sentencia de muerte puede considerarse arbitraria por otros motivos. En un caso relativo a la imposición de la pena de muerte a personas menores de 18 años de edad en Estados Unidos, la CIDH consideró arbitraria la imposición de esta pena porque la edad mínima para la imposición de la misma varía de una jurisdicción a otra dentro del territorio del Estado, de manera que el lugar de comisión del delito tenía más incidencia en la aplicación de la pena capital que las características mismas del hecho o de su autor.[131]

En una decisión adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el año 2002 se declaró incompatible con el PIDCP una ley que establecía la pena capital obligatoria para determinados delitos. Dicha decisión posee dos aspectos importantes. Primero, extiende el alcance del derecho al debido proceso a la fase del proceso penal relativo a la sentencia. Segundo, establece el principio de que la toma de ciertas decisiones en el contexto de un proceso con base en criterios fijos establecidos por la legislación vigente, sin tomar en cuenta otras circunstancias relevantes, puede llevar a que la decisión se considere arbitraria. La decisión establece:

> El Comité señala que la preceptiva imposición de la pena de muerte conforme al derecho del Estado Parte se funda únicamente en el tipo de delito del que se ha declarado culpable al autor, sin tener en cuenta las circunstancias personales del acusado o aquéllas en las que se cometió el delito, siendo la pena de muerte preceptiva en todas las causas de asesinato (acto violento intencionado que causa la muerte de una persona). El Comité estima que ese sistema de condena preceptiva a la pena capital privaría al individuo del más fundamental de los derechos,

---

131 CIDH, caso 9647, párr. 63.

> el derecho a la vida, sin tomar en consideración si esta forma excepcional de castigo es apropiada en las circunstancias del caso. (…) El Comité observa que la ejecución de la pena de muerte en el caso del autor constituiría una privación arbitraria de la vida, en violación del párrafo 1 del artículo 6 del Pacto.[132]

La CIDH también adoptó, en el año 2000, una serie de decisiones que declaran incompatible con el derecho a la vida leyes que imponían la pena capital en forma compulsiva para determinados delitos. Entre los fundamentos de sus decisiones, que son explicados ampliamente, merecen señalarse los siguientes:

> La sentencia obligatoria, por su propia naturaleza, impide que el Tribunal considere si la pena de muerte es una forma de castigo apropiada e inclusive admisible en las circunstancias de un delincuente y un delito en particular. Además, por su aplicación compulsiva y automática, la sentencia obligatoria no puede ser objeto de una revisión efectiva en una instancia superior. (…)[133]

> A juicio de la Comisión, estos aspectos de las sentencias de muerte obligatorias no pueden conciliarse con el artículo 4 de la Convención en numerosos aspectos. Como se señaló antes, la pena de muerte obligatoria en Grenada impone la muerte a todos los individuos condenados por homicidio, pese a que el delito de homicidio puede ser cometido con distintos grados de gravedad y culpabilidad. Esta práctica no sólo no refleja el carácter excepcional de la pena de muerte como forma de castigo, sino que, a juicio de la Comisión, da lugar a la privación arbitraria de la vida, en contravención del artículo 4(1) de la Convención.[134]

---

[132] Comité de Derechos Humanos, caso Thompson c. St. Vincente y las Grenadinas, párr. 8.2. Véase también el caso Kennedy c. Trinidad y Tobago, párr. 7.3 (2002).

[133] CIDH, casos Knights c. Grenada, párr. 73; Lamey y otros c. Jamaica, párr. 126, y Edwards y otros c. Bahamas, párr. 137.

[134] CIDH, casos Knights c. Grenada, párr. 74. Cfr. Lamey y otros c. Jamaica, párr. 127, y Edwards y otros c. Bahamas, párr. 138.

> Más particularmente, la imposición de una pena de muerte obligatoria por todos los delitos de homicidio prohíbe una consideración razonada de cada caso individual para determinar la pertinencia del castigo en las circunstancias, pese a que el homicidio puede cometerse en una amplia variedad de circunstancias. Por su naturaleza, entonces, este proceso elimina todo fundamento razonado para sentenciar a una determinada persona a muerte y no permite una conexión racional y proporcionada entre cada delincuente, los delitos cometidos y el castigo que se les impone. La implementación de la pena de muerte de esta manera da lugar, por lo tanto, a la privación arbitraria de la vida, dentro del sentido común del término y en el contexto del objeto y el propósito del artículo 4(1) de la Convención.[135]

En este contexto, la CIDH ofrece una definición de arbitrariedad de gran sencillez y relevancia:

> El artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que los tratados deben interpretarse "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". El sentido corriente del término "arbitrario" connota una acción o decisión que se basa en una selección u opción aleatoria o conveniente y no en la razón o la naturaleza.[136]

La CIDH concluye con las siguientes observaciones:

> A este respecto, (…) se ha elaborado un principio común de derecho en las jurisdicciones democráticas que han mantenido la pena de muerte,

---

135 CIDH, casos Knights c. Grenada, párrs. 74-76; Lamey y otros c. Jamaica, párr. 129, y Edwards y otros c. Bahamas, párr. 138. Véase también Jacob c. Grenada, párr. 112 y Lallión c. Grenada, párr. 115 (2002).

136 CIDH, casos Knights c. Grenada, párr. 76; Lamey y otros c. Jamaica, párr. 129, y Edwards y otros c. Bahamas, párr. 138 (la segunda frase de la cita hace referencia en nota de pie de página al diccionario Webster's).

> conforme al cual ésta sólo debe implementarse mediante sentencias "individualizadas". Por la vía de este mecanismo, el acusado tiene derecho a formular declaraciones y presentar pruebas respecto de toda posible circunstancia atenuante que se relacione con él o con el delito que ha cometido y el tribunal que impone la sentencia tiene discreción para considerar estos factores al determinar si la pena de muerte es un castigo admisible o adecuado.[137]
>
> Los factores atenuantes pueden estar vinculados con la gravedad del delito en particular o el grado de culpabilidad del delincuente en particular y pueden incluir factores tales como el carácter y los antecedentes del delincuente, factores subjetivos que pudieran haber motivado su comportamiento, la forma y la manera de ejecutar el delito en particular y la posibilidad de reforma y readaptación social del delincuente. De acuerdo con el examen que antecede, la Comisión considera que debe interpretarse que las normas estrictas del debido proceso y el trato humano previstas en los artículos 4, 5 y 8 de la Convención, que rigen la imposición legítima de la pena de muerte, exigen una sentencia individualizada en los casos de pena capital.[138]

Cabe señalar que las conclusiones de la CIDH son enunciadas en forma sustancialmente idéntica tratándose de leyes que imponen la pena de muerte a todo tipo de homicidio, así como en las que lo imponen únicamente para determinados tipos de homicidio, y tanto en aplicación del artículo 4 de la Convención Americana como del artículo I de la Declaración Americana.

Poco después la CIDH extendió su jurisprudencia sobre este tipo de legislación aún más, declarando que al imponer la pena de muer-

---

137 CIDH, casos Knights c. Grenada, párr. 87; Lamey y otros c. Jamaica, párr. 140, y Edwards y otros c. Bahamas, párr. 153 (a final del párrafo se cita la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Tyrer c. Reino Unido (1978), 3 E.H.R.R. 1, párr. 3).

138 CIDH, casos Knights c. Grenada, párr. 88; Lamey y otros c. Jamaica, párr. 141, y Edwards y otros c. Bahamas, párr. 153.

te sin tomar en consideración las circunstancias particulares del delincuente "no sólo no se respeta la integridad del Sr. Thomas como ser humano individual, sino que en todas las circunstancias lo somete a un trato de carácter inhumano o degradante violatorio del artículo 5 de la Convención."[139] (Ver también el Capítulo 2.)

viii) El indulto, la conmutación de la pena y los recursos contra condenas firmes

En el año 2002, el Comité de Derechos Humanos declaró que la ejecución de un preso mientras estaban pendientes ante los tribunales competentes dos solicitudes de aplazamiento de la ejecución había vulnerado los párrafos 1 y 2 del artículo 6 del Pacto.[140] Después de haber agotado todas las instancias de apelación, el preso había solicitado a los tribunales nacionales competentes la suspensión de la orden de ejecución mientras el Comité de Derechos Humanos examinaba su caso. Sobre este aspecto del caso, la decisión hace hincapié en lo siguiente:

> En cuanto a la ejecución del Sr. Ashby, el Comité recuerda su jurisprudencia de que al margen de cualquier violación de los derechos dimanantes del Pacto, comete una grave violación de sus obligaciones en virtud del Protocolo Facultativo el Estado Parte que realice cualquier acto que tenga el efecto de impedir o frustrar la consideración por el Comité de una comunicación en que se alegue una violación del Pacto o haga que el examen por el Comité pierda sentido o que la expresión de sus observaciones sea nimia e inútil. El comportamiento del Estado Parte fue una chocante demostración de carecer hasta del grado más elemental de buena fe que se le exige a un Estado que es Parte en el Pacto y en el Protocolo Facultativo.[141]

---

[139] CIDH, caso J. Thomas c. Jamaica, párr. 110 (2001).

[140] Comité de Derechos Humanos, caso Ashby c. Trinidad y Tobago, párr. 10.8.

[141] Ibíd., párr. 10.9.

Como se señaló, las decisiones de la CIDH sobre la incompatibilidad de leyes que establecen la pena de muerte sin sentencias individualizadas con el derecho a la vida descansan, en parte, en la importancia de la revisión de la sentencia. Otro aspecto innovador de estas decisiones es el reconocimiento de la obligación de reconocer y respetar las garantías del debido proceso en los procedimientos para la solicitud del indulto o conmutación de la pena. Esta jurisprudencia se resume en el párrafo siguiente:

> A juicio de la Comisión, el derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la sentencia al amparo del artículo 4(6) de la Convención, leído conjuntamente con las obligaciones que impone al Estado el artículo 1(1) de la misma, comprende ciertas garantías procesales mínimas para los reclusos condenados para que se respete y ejerza debidamente el derecho. Estas protecciones incluyen el derecho de parte de los reclusos condenados a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la sentencia, a ser informados del momento en que la autoridad competente considerará su caso, a presentar argumentos, en persona o por la vía de un representante letrado, ante la autoridad competente, y a recibir una decisión de esa autoridad dentro de un plazo razonable, antes de su ejecución. También comporta el derecho a que no se le imponga la pena capital mientras esa petición esté pendiente de decisión de la autoridad competente. A fin de otorgar a los reclusos condenados una oportunidad efectiva para ejercer este derecho, el Estado debe prescribir y otorgar una vía a través de la cual los reclusos puedan presentar una petición de amnistía, indulto o conmutación de la sentencia, y formular argumentaciones en respaldo de su petición.[142]

En el caso Edwards, la CIDH extiende esta jurisprudencia a los países que no son partes en la Convención Americana. Puesto que la Declaración Americana no contiene ninguna disposición relativa a la pena de muerte ni consagra el derecho a un recurso judicial, la

---

[142] CIDH, caso Lamey y otros c. Jamaica, párr. 159. Véase también Jacob c. Grenada, párr. 113 y Lallión c. Grenada, párr. 119.

CIDH basa su conclusión en el derecho de petición. La decisión establece al respecto:

> (…) el procedimiento para el otorgamiento de clemencia en Bahamas no garantiza a los reclusos condenados una oportunidad efectiva o adecuada para participar en el proceso de clemencia y, por tanto, no garantiza debidamente los derechos de los condenados consagrados en el artículo XXIV de la Declaración a presentar respetuosamente peticiones ante una autoridad competente por razones de interés general o privado, ni el derecho a obtener una decisión sin demora a ese respecto. A juicio de la Comisión, el derecho de petición consagrado en el artículo XXIV de la Declaración (…) debe interpretarse en el sentido de que abarca ciertas protecciones procesales mínimas para los reclusos condenados a fin de que el derecho se ejerza y respete efectivamente.[143]

La jurisprudencia de la CIDH también reconoce el derecho de los presos indigentes condenados a muerte a tener asistencia letrada de oficio para impugnar la constitucionalidad de la condena o sentencia.[144]

1.11 Extradición y *refoulement* o devolución forzada

En 2003, el Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión importante que modificó su jurisprudencia sobre la extradición de personas al país donde han sido condenadas a la pena de muerte. En el caso Judge, el Comité declaró que un Estado Parte que ha eliminado la pena de muerte no puede extraditar a un preso a un país donde ha sido condenado a la pena capital.[145] Según esta jurisprudencia, la extradición de una persona por un país que ha eliminado

---

143 CIDH, caso Edwards y otros c. Bahamas, párrs. 169-170 (2001).

144 CIDH, casos Jacob c. Grenada, párrs. 99 a 107 y Lallión c. Grenada, párrs. 91 a 99 (2002).

145 Comité de Derechos Humanos, caso Judge c. Canadá, párrs. 10.4 y 10.6 (2003).

la pena de muerte a un país donde corre riesgo de ejecución vulnera las obligaciones sobre el derecho a la vida del país solicitado, aunque la imposición y aplicación de la pena de muerte en el país requiriente fuere compatible con los requisitos de los artículos 6, 7 y 14 del PIDCP. La decisión en el caso Judge también establece que la extradición de un preso mientras está pendiente un recurso contra la decisión del tribunal de primera instancia es incompatible con el artículo 6 del PIDCP.[146]

La jurisprudencia anterior sigue válida para casos de extradición entre dos países que aplican la pena de muerte. En el caso Kindler, el Comité de Derechos Humanos estableció la siguiente regla general para casos de esta naturaleza: "Si un Estado Parte procede a la extradición de una persona sujeta a su jurisdicción en circunstancias tales que el resultado sea un riesgo efectivo de que sus derechos en virtud del Pacto sean violados en otra jurisdicción, el propio Estado Parte puede haber actuado en violación de lo dispuesto en el Pacto."[147] La primera parte del análisis de los hechos de este caso se refería a los riesgos de una violación de esta naturaleza en el país solicitante. El Comité examinó los hechos a la luz de todas las restricciones a la aplicación de la pena de muerte establecidas por el artículo 6 del PIDCP, tales como la gravedad del delito, la edad del delincuente, así como las establecidas por su propia jurisprudencia, en particular el respecto de las garantías judiciales durante el proceso penal y la compatibilidad de la modalidad de ejecución de la pena con el artículo 7 del PIDCP (la prohibición de tortura y penas y tratos inhumanos).[148] En la segunda parte del análisis, el Comité abordó la manera en que el Estado requerido había examinado la solicitud de extradición a fin de determinar si se habían tomado las medidas adecuadas para asegurar que el preso, en caso de acceder a la solicitud, no fuera expuesto a un riesgo. Sobre este aspecto, el Comité señalo que "la extradición del Sr. Kindler habría constituido una vio-

---

146 Ibíd., párr. 10.9.

147 Comité de Derechos Humanos, caso Kindler c. Canadá, párr. 13.2 (1993).

148 Ibíd., párr. 14.3.

lación de las obligaciones de Canadá en virtud del artículo 6 del Pacto si la decisión de proceder a su extradición sin garantías se hubiera tomado de manera arbitraria o sumaria."[149] Para determinar si la decisión era arbitraria o sumaria, el Comité de Derechos Humanos examinó tanto las razones de fondo de la política de extradición como la manera en que se llevó a cabo el examen de la solicitud en el caso concreto. La conclusión del Comité en el sentido de que la decisión de proceder a la extradición no era incompatible con el PIDCP descansa principalmente en dos consideraciones. Primero, con respecto a los objetivos del Estado, reconoció que Canadá tenía una obligación de extraditar, consagrada por un tratado bilateral con el Estado solicitante, y un interés legítimo en no convertirse en país de refugio para delincuentes peligrosos. Segundo, en cuando a las medidas tomadas, el Comité dio gran importancia al examen cuidadoso llevado a cabo por las autoridades canadienses de las evidencias presentadas relativas al riesgo de violaciones de los derechos humanos del delincuente en el país solicitante.[150]

El Comité de Derechos Humanos aplicó los mismos criterios en el caso Ng examinado en 1994 al evaluar la inminente extradición de un preso acusado de varios homicidios en un Estado que aplicaba la pena de muerte. En este caso concluyó que, si bien la extradición no infringiría el artículo 6 del PIDCP, habida cuenta de la modalidad de ejecución de la pena utilizada por el Estado requeriente, sí sería incompatible con el artículo 7[151] (véase el Capítulo 2).

El principio conocido como ***no-refoulement***, consagrado por la Convención de 1951 sobre la condición de refugiado, la Convención contra la tortura y la Convención Americana, se considera elemento intrínseco del derecho de toda persona a buscar asilo (arts. 33 y 3). Significa, básicamente, que una persona que huye de su país debido a temor fundado de persecución no puede ser devuelta al país donde su vida, libertad o integridad física estuviera en peligro. Si

---

149 Ibíd., párr. 14.6.

150 Comité de Derechos Humanos, caso Ng. c. Canadá, párrs. 14.4-14.6.

151 Ibíd., párrs. 14.2-16.4.

bien este concepto es tratado en el Capítulo 8, cabe señalar aquí que, según la jurisprudencia de la CIDH, el Estado que devuelve a su país a personas que habían salido en búsqueda de asilo y quienes en razón de su devolución encuentran la muerte, es responsable no sólo por la violación del derecho a buscar asilo, sino también por violaciones del derecho a la vida.[152]

1.12 La eutanasia y el suicidio asistido

En Observaciones finales sobre un informe de los Países Bajos adoptadas en el año 2001, el Comité se extiende en el análisis de una ley que, sin despenalizar la eutanasia ni el suicidio asistido, establece una defensa de los médicos que ponen fin a la vida de una persona en determinadas circunstancias. En particular, un médico no debe ser sancionadocuando pone fin a la vida de una persona "a petición voluntaria y bien fundada" de ésta, y cuando ésta padece una situación de "sufrimiento insoportable" que "no ofrezca perspectivas de mejora" ni "otra solución razonable".[153]

El Comité de Derechos Humanos no analizó el tema de la inalienabilidad del derecho a la vida. Su enfoque fue, más bien, considerar la ley como una disminución de "la protección jurídica en relación con un acto deliberado para poner fin a la vida de una persona", que no es a priori violatorio del PIDCP, pero que requiere "un riguroso análisis para determinar si se cumplen las obligaciones del Estado Parte de garantizar el derecho a la vida."[154] El Comité manifestó preocupación con tres aspectos de la ley, dos de los cuales se refieren al consentimiento. En primer lugar, "el sistema puede no detectar ni impedir situaciones en que pueda ejercerse una indebida presión que haga eludir esos criterios s sistema." En segundo lugar,

---

[152] CIDH, caso Interdicción de haitianos, párr. 168.

[153] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de los Países Bajos, párr. 5 (b).

[154] Ibíd., párr. 5 (a).

preocupó al Comité el riesgo de que "con el transcurso del tiempo, esa práctica pueda convertirse en un acto habitual y no se apliquen estrictamente las condiciones previstas."[155]

Respecto al problema del consentimiento de personas menores de edad manifestó lo siguiente:

> Preocupa hondamente al Comité que la nueva ley sea igualmente aplicable a los menores que hayan cumplido 12 años. El Comité observa que la ley prevé el consentimiento de los padres o tutores de los menores de 16 años, en tanto que el consentimiento de los padres o tutores de los menores de entre 16 y 18 años puede sustituirse por la voluntad del menor, siempre y cuando éste pueda apreciar debidamente su interés al respecto. El Comité entiende que es difícil conciliar una decisión razonada para poner fin a la vida con las capacidades de evolución y madurez de los menores. En vista de la irreversibilidad de la eutanasia y el suicidio asistido, el Comité desea destacar su convencimiento de que los menores tienen especial necesidad de protección.[156]

Por último, al Comité le preocupa la ausencia de una instancia o procedimiento de control anterior a la decisión del médico de poner fin a la vida de un paciente o de ayudar a éste a poner fin a su propia vida.[157]

---

155 Ibíd.

156 Ibíd., párr. 5 (c).

157 Ibíd., párr. 5 (d).

Capítulo 2
Integridad personal y trato humano

2.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Artículo I

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo XXV (párrafo 3)

Todo individuo que haya sido privado de su libertad (…) Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Artículo XXVI (párrafo 2)

Toda persona acusada de un delito (…) Tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de libertad.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 5. Derecho a la integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (…)

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

2.2 Marco normativo complementario

Existen tres instrumentos normativos importantes consagrados específicamente a la temática de la tortura:

- Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), del 9 de diciembre de 1975.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984 y que entró en vigor el 26 de junio de 1987.
- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) del 9 de diciembre de 1985, y que entró en vigor el 28 de febrero de 1987.

En el ámbito universal se han adoptado otros instrumentos adicionales que, a pesar de no ser propiamente normativos, son de gran relevancia:

- Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 37/194 del 18 de diciembre de 1982.

- Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 55/89 del 4 de diciembre de 2000.
- Principios sobre la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991.

También se han adoptado, en el ámbito universal, varios instrumentos de carácter no contractual sobre el trato a personas privadas de libertad.

- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas en 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y aprobadas por el Consejo Económico y Social (Ecosoc) en 1957 y 1977.
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988.
- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.

La Convención sobre los derechos del niño contiene varias disposiciones sobre la materia. Las dos más relevantes son las siguientes:

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

También guarda relevancia la siguiente disposición de los Principios Rectores de Desplazados Internos:

Principio 11

1. Todo ser humano tiene derecho a la dignidad y a la integridad física, mental o moral.

2. Con independencia de que se haya o no limitado su libertad, los desplazados internos serán protegidos, en particular, contra:

a) la violación, la mutilación, la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y otros ultrajes a su dignidad personal, como los actos de violencia contra la mujer, la prostitución forzada o cualquier otra forma de ataque a la libertad sexual; (…)

2.3 Consideraciones generales

i) Reseña de la normativa pertinente

El presente capítulo analiza un conjunto de derechos vinculados a la integridad y a la dignidad de la persona. Existen diferencias en la forma como los cuatro instrumentos internacionales que constituyen nuestro marco principal de referencia abordan la protección de dichos valores. Curiosamente, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni el PIDCP reconocen expresamente el derecho a

la integridad personal como tal. No obstante, es evidente que la integridad personal es el bien jurídico cuya protección constituye el fin y objetivo principal de la prohibición de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes previstas en el artículo 5 de la Declaración Universal y 7 del PIDCP. El artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) consagra expresamente el derecho a la integridad personal y hace un aporte valioso a la definición de su contenido, al precisar que comprende la "integridad física, psíquica y moral."

La Declaración Americana no sólo carece de una disposición que reconozca el derecho a la integridad personal, sino que también carece de una prohibición expresa de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No obstante, su primer artículo consagra el derecho de toda persona a "la vida, la libertad y a la seguridad de su persona." La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) considera que el concepto de seguridad personal comprende la integridad personal. En una oportunidad manifestó "(…) que la tortura física o moral no se justifica en modo alguno, por ser atentatoria contra la dignidad humana y viola la integridad de la persona, cuya defensa está consagrada en el artículo 1 de la Declaración Americana".[1]

Además de las normas que tutelan la integridad de toda persona, la normativa internacional establece otras que tienen por finalidad la protección de las personas privadas de libertad. Estas últimas normas son de dos tipos. El párrafo 2 del artículo XXV de la Declaración Americana, párrafo 1 del artículo 10 del PIDCP y párrafo 2 del artículo 5 de la Convención Americana consagran el derecho genérico a un trato humano o, en las palabras de estas dos últimas instituciones, un trato respetuoso de la dignidad de la persona humana. Los dos tratados también contienen normas más específicas relativas al trato de distintas categorías de reclusos, en particular la sepa-

---

[1] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ***Diez años de actividades***, pp. 337. Véase también el informe de la CIDH sobre la situación de los solicitantes de asilo en Canadá, infra.

ración de reclusos según su condición jurídica, sexo y edad, y la rehabilitación de reos condenados. Mientras que el derecho genérico a un trato humano es reconocido en cuanto derecho de toda persona privada de libertad, las demás disposiciones sobre el trato de reclusos son derechos propios de personas privadas de libertad por motivos de índole penal.

ii) La distinción entre tortura y trato cruel e inhumano

La distinción entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no es muy clara. Si bien no faltan definiciones de tortura en la normativa internacional, como veremos en la sección 2.4 del presente Capítulo, no existe una definición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni criterios objetivos para diferenciar entre tales penas o tratos y la tortura. La Declaración de 1975 contra la tortura afirma que "la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante". La Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea) desarrolló esta idea en una conocida sentencia adoptada en 1974, formulando criterios para diferenciar entre tortura y penas o tratos crueles inhumanos o degradantes. Las prácticas concretas impugnadas en el caso consistían en técnicas de interrogación diseñadas para producir la privación sensorial y desorientación de la víctima –privación de líquidos, alimentación y sueño, la exposición continua a ruidos fuertes, el mantener el preso encapuchado y obligarlo a permanecer por largos ratos en posturas físicas extenuantes–. Si bien estas llamadas "cinco técnicas" fueron calificadas como tortura por la Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión Europea), la Corte Europea concluyó que eran tratos inhumanos y degradantes:

> Empleadas de forma acumulada, con premeditación y durante largas horas, las cinco técnicas causaron a aquellos que las sufrieron si no verdaderas lesiones, al menos fuertes sufrimientos físicos y morales; han provocado también en ellos perturbaciones psíquicas agudas en el

transcurso del interrogatorio. Por lo tanto, se consideran a tenor del artículo 3 como trato inhumano. Eran además de carácter degradante, puesto que eran capaces de crear en ellos sentimientos de miedo, angustia e inferioridad aptos a humillarlos, envilecerles y romper eventualmente su resistencia física y moral.

Sobre estos dos puntos, el Tribunal comparte la opinión de la Comisión:

Pare determinar si hay lugar a calificar también las cinco técnicas como tortura, el Tribunal ha de tener en cuenta la distinción contenida en el artículo 3 entre esta noción y la de los tratos inhumanos o degradantes. Opina que esta distinción procede principalmente de una diferencia en la intensidad de los sufrimientos infligidos. (…) [el artículo 3, al distinguir] la "tortura" de los "tratamientos inhumanos o degradantes" ha querido, por el primero de estos términos, subrayar una especial infamia de los tratos inhumanos deliberados que provocan sufrimientos muy graves y crueles.

Además, ésta parece ser la idea que contiene el artículo 1 [de la Declaración de 1975] la cual declara: "La tortura constituye una forma agravada y deliberada de pena o trato cruel, inhumano o degradante".

Aunque las cinco técnicas, utilizadas en forma acumulada, hayan presentado sin duda alguna el carácter de un trato inhumano y degradante, teniendo como fin arrancar confesiones, denuncias o informaciones, y hayan sido aplicadas de manera sistemática, no han causado sufrimientos de la intensidad y crueldad particulares que implica el término tortura así entendido.[2]

---

[2] Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea), sentencia del 18 de enero de 1978, Serie A, párr. 167 (traducción de Carla Arregui, *Persona y derecho*, Universidad de Navarra, 1980).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) citó la sentencia de la Corte Europea en su sentencia del caso Loayza Tamayo, y manifestó su acuerdo con la conclusión según la cual "La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta." No obstante, en vez de aplicar este criterio para disminuir la importancia de ciertas formas de maltrato, la Corte Interamericana da una interpretación positiva a la jurisprudencia europea al comentar "La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos".[3]

La relevancia en los sistemas universal y americano de la distinción esbozada por la Corte Europea parece limitada.[4] Existe en la jurisprudencia una zona gris constituida por prácticas –incluyendo las "técnicas" examinadas por la Corte Europea en el caso Irlanda c. Reino Unido[5]– algunas veces calificadas de tortura y otras de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sin explicación coherente. Hay además una tendencia manifiesta tanto en la jurisprudencia

---

[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), caso Loayza Tamayo, párr. 57.

[4] Es menester hacer una excepción respecto a los instrumentos y mecanismos que se aplican específicamente a tortura, y no a prácticas afines, como la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, o el Relator de las Naciones Unidas contra la tortura (véase Resolución 2001/62 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas).

[5] En su informe sobre los derechos humanos en Colombia de 1981, por ejemplo la CIDH incluyó en un listado de torturas el mantener a un preso con los ojos vendados y la privación de su sueño, de alimentación y bebida, p. 111, párr. 4.

del Comité de Derechos Humanos como en la de la CIDH, de hacer caso omiso de la distinción entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Muchas veces los hechos son calificados de violatorios del artículo 7 del PIDCP o del artículo 5.2 de la Convención, sin precisar si se consideran tortura u otro tipo de hecho violatorio de la integridad personal. Por otra parte, existe una tendencia reciente a identificar los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes como un tipo específico de violación.

La problemática del derecho de los presos a un trato humano y digno es diferente. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos tiende a hacer una distinción entre los tratos considerados violatorios del artículo 7 del PIDCP (o sea, la tortura o el trato cruel, inhumano o degradante) y los considerados violatorios del artículo 10. La excepción a la regla son las palizas infligidas a presos las cuales suelen ser calificadas de violaciones de ambos artículos, como se verá. La distinción es menos evidente en la aplicación de la Convención Americana, puesto que el derecho a la integridad, la prohibición de tortura y los derechos de los reclusos a un trato digno están plasmados en distintos párrafos del artículo 5 de la mencionada Convención.

iii) El carácter jurídico del derecho a la integridad personal

El derecho a no ser objeto de tortura ni de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es un derecho absoluto. El artículo 7 del PIDCP lo cataloga como norma cuya vigencia no puede ser alterada ni siquiera durante una emergencia que amenace la vida de la nación. En el PIDCP, este estatus de derecho, cuya vigencia y contenido no pueden ser afectados por medidas de emergencia, no se extiende al derecho de las personas privadas de libertad a un trato digno. La Convención Americana otorga una protección más amplia contra medidas de emergencia, extendiendo dicho nivel de protección a todo el artículo 5, incluyendo el derecho de las personas privadas de libertad a un trato digno y humano. La Corte Interame-

ricana subrayó el carácter perentorio de este derecho en el caso Loayza Tamayo cuando manifiestó: "Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona".[6] En un informe reciente, la CIDH ha declarado lo siguiente:

> En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, el artículo I de la Declaración Americana establece el derecho de toda persona a "la vida, la libertad y la seguridad personal". Un aspecto esencial del derecho a la seguridad personal es la prohibición absoluta de la tortura, que se constituye en norma perentoria del derecho internacional que crea obligaciones ***erga omnes***.[7]

El Estatuto de la Corte Penal Internacional reconoce la tortura (pero no así los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) como delito contra la humanidad cuando es cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (art. 7, párr. 2 inc. 5). Todas las prácticas antes mencionadas: la "tortura u otros tratos inhumanos" (art. 8, párr. 2 inc. a. ii), "las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura" (art. 8, párr. 2 inc. c.i [en un conflicto no internacional]), "infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud" (art. 8, párr. 2 inc. a. iii) e incluso "ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes (art. 8, párr. 2 inc. b. Xxi [en un conflicto internacional], inc. c). ii) [en cuanto conflicto no internacional] son reconocidas por el Estatuto como crímenes de guerra. La violencia sexual está reconocida tanto como delito contra la humanidad como crimen de guerra, según el contexto material de su comisión (art. 7, párr. 2 inc. g y art. 8, párr. 2 inc. b. xxii).

---

6 Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo, párr. 57.

7 CIDH, Informe sobre la situación de los solicitantes de asilo en Canadá, párr. 118 (2000).

iv) Alcance del presente capítulo

El PIDCP es el único de los cuatro instrumentos de referencia que prohíbe expresamente los experimentos médicos o científicos no consentidos. En su primera Observación General sobre el artículo 7 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos llamó la atención sobre la relevancia de esta disposición para los países productores de farmacéuticos con respecto a actividades que afectan a la población de los países en desarrollo.[8] La segunda Observación General sobre este artículo inexplicablemente no reitera esta advertencia, pero comenta la importancia de mantener salvaguardias adecuadas sobre la participación en experimentos médicos o científicos de personas privadas de libertad. El párrafo pertinente concluye con la afirmación de que "Estas personas no deben ser objeto de experimentos médicos o científicos que pueden ser perjudiciales para su salud".[9] En otra oportunidad, el Comité indicó que la legislación sobre la materia "debe excluir a los menores y a las personas que no pueden dar su libre consentimiento de todo experimento médico que no les beneficie directamente (investigación médica no terapéutica)."[10] Debido a la ausencia de jurisprudencia, esta problemática no se analiza en las secciones siguientes.

La CIDH, como se señaló, ha indicado que el derecho a la seguridad personal comprende implícitamente una prohibición de la tortura. No obstante, por lo general los órganos internacionales competentes han dado a la seguridad personal una interpretación que pone énfasis en su relación con la libertad personal. Por tanto, este tema es abordado en el Capítulo 4 sobre la libertad y seguridad personal.

---

8 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 7, párr. 3 (1982).

9 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, párr. 7 (1992) (que reemplaza la Observación General No. 7).

10 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de los Países Bajos, A/56/40, vol. 1, párr. 7 (2001).

Existe una estrecha relación entre la prohibición de la tortura y la prohibición de admitir, en un proceso penal, pruebas obtenidas mediante la coerción, cuestión analizada en el Capítulo 5. La integridad moral es un tema muy cercano al derecho a la intimidad, la honra y la reputación, abordado en el Capítulo 7. El trabajo de presos es tratado en el Capítulo 3, dedicado a la esclavitud y al trabajo forzado.

Habida cuenta del estado de la jurisprudencia relativa a la tortura y a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, éstos se analizan en una sola sección. En las secciones que siguen se abordan problemáticas específicas, como son los atentados contra la integridad psicológica o moral, los castigos corporales y los tratos resultantes de la imposición o aplicación de la pena de muerte.

2.4 La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y Convención Americana prohíben la tortura, pero ninguno de estos instrumentos la define. La primera definición elaborada y adoptada en el derecho internacional es la contenida en la Declaración de 1975 contra la tortura, cuyo artículo primero reza así:

> A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

La definición contiene, además de una cláusula de exclusión, tres elementos, a saber: un elemento objetivo (penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales), un elemento subjetivo (la intención de castigar o intimidar), y un elemento relativo a la identidad del sujeto activo (funcionario público u otra persona a instigación suya). El segundo artículo de la Declaración de 1975 agrega que "La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante".

La Convención de 1982 contra la tortura contiene, en su primer artículo, una definición basada en la anterior que reza así:

> A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

En la definición citada se notan algunas modificaciones que amplían la definición. La primera de ellas se refiere al elemento subjetivo de la definición. La expresión "o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación" amplía sustancialmente la definición. Asimismo, el reconocimiento a la intención de "coaccionar" a la víctima o a un tercero resulta en una definición más ajustada a la realidad. En segundo lugar, la extensión de la identidad del sujeto activo a personas que actúan a instigación de un funcionario público o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público resulta coherente y útil.

La definición plasmada en el artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura es la siguiente:

> Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Esta definición es mucho más amplia que la universal. El elemento subjetivo prácticamente queda eliminado por la adición de las palabras "o con cualquier otro fin", y el elemento de la pena o sufrimiento producido en la víctima ya no es calificado de "grave". Además, se incorpora a la definición un tipo de abuso que está totalmente ausente en la definición universal, a saber: las prácticas que, aún cuando no causen dolor, tienden a "anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental". Por último, se elimina toda referencia a la identidad del sujeto activo.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional define tortura como el "causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tiene bajo su custodia o control", salvo los que se deriven únicamente de sanciones lícitas (art. 7, párr. 2 inc. e [crímenes de Lesa Humanidad]).

En 1992 el Comité de Derechos Humanos adoptó dos observaciones generales sobre los artículos 7 y 10 del PIDCP.[11] Con respecto al contenido del concepto de tortura, la Observación General No. 20 establece:

---

[11] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20 y 21, respectivamente. La Observación No. 20 reemplaza la Observación General No. 7 de 1982.

> El Pacto no contiene definición alguna de los conceptos abarcados por el artículo 7, ni tampoco el Comité considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o trato; las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado.[12]

Tanto es así, que la Observación no hace referencia alguna a la tortura en particular, sino que se refiere siempre a actos prohibidos por el artículo en general.

Durante sus primeros años de actividad cuasi-jurisdiccional la tendencia seguida por el Comité de Derechos Humanos era de calificar ciertos hechos como tortura y otros como malos tratos. Se reconocían como tortura las prácticas infames como asfixia, colgadura, la aplicación de descargas eléctricas al cuerpo de la víctima.[13] Otras formas más comunes de violencia, tales como golpes y patadas, fueron generalmente calificadas de trato cruel o inhumano, a menos que hubieran dejado secuelas permanentes.[14] En una decisión adoptada en 1993, el Comité calificó de "trato cruel e inhumano" el administrar palizas a un preso y dejarle sin atención médica. La víctima sufrió heridas, pero no consecuencias permanentes.[15] En otra decisión adoptada en 1995, el Comité calificó de "trato cruel" el asalto a un preso y las amenazas de muerte.[16] En este caso, la víctima no alegó haber sufrido consecuencias permanentes. Cabe señalar que la distinción descrita aquí se desprende del análisis de la praxis del Comité, el cual nunca ha formulado una distinción expresa entre tortura y otros tratos violatorios del artículo 7.[17]

---

12 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, párr. 4.

13 Ver, por ejemplo, los casos López c. Uruguay, párrs. 2.3 y 13; Sendic c. Uruguay, párrs. 2.4 y 20 (1981); Estrella c. Uruguay, párrs. 1.6 y 10 (1983).

14 Ver por ejemplo, los casos Bazzano c. Uruguay, párr. 10 (1977); Solórzano c. Venezuela, párrs. 1.6, 1.7, 11 y 12 (1983).

15 Comité de Derechos Humanos, caso M. Bailey c. Jamaica, párr. 9.3.

16 Comité de Derechos Humanos, caso Peart c. Jamaica, párr. 11.6.

17 Cabe advertir que los criterios que se consideran implícitos en la práctica del Comité no siempre son aplicados en forma coherente. En el caso Villacrés

El Comité de Derechos Humanos parece estar alejándose durante los últimos años de este enfoque. Hoy día, generalmente tiende a determinar si tales hechos son violatorios o no del artículo 7, sin precisar si deben considerarse tortura u otra clase de violación. En un caso, por ejemplo, el Comité calificó de violación del artículo 7 la privación de alimentos y bebidas durante cuatro días.[18] En otro, llegó a la misma conclusión con respecto a un preso a quien le introdujeron agua en la nariz y le obligaron a pasar una noche esposado a un mueble sin habérsele proporcionado nada de beber durante ese periodo.[19] El apaleamiento de un preso es, a veces, declarado violatorio del artículo 7, así como del primer párrafo del artículo 10, sobre todo cuando el preso no recibe atención médica por las heridas producidas.[20] En un caso, el Comité precisó que la paliza infligida al preso había sido violatoria del artículo 7, y la privación de atención médica violatoria del párrafo 1 del artículo 10.[21]

Las obligaciones consagradas por la Convención contra la tortura de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura incluyen la de tipificarla como delito, investigar toda denuncia o presunto caso de tortura, indemnizar a las víctimas, excluir toda prueba obtenida por tortura y la de no extraditar ni devolver a nadie a un país cuando hay razones funda-

---

Ortega c. Ecuador, por ejemplo, el Comité calificó la aplicación de palizas, ají y descargas eléctricas a un preso como trato cruel e inhumano, pero no como tortura (párrs. 2.4 y 9.2, 1997), mientras que en la decisión en el caso de La Tablada, adoptada el mismo año, se califica la privación de agua y comida durante 30 horas, más amenzas, como tortura (párrs. 228 y 232).

18 Comité de Derechos Humanos, caso Birindwa y Tshishimbi c. Zaire, párr. 13 (1989).

19 Comité de Derechos Humanos, caso Cañón García, párrs. 2.2 y 6.1 (1991). Ver también los casos Robinson c. Jamaica, párr. 10.3 (2000); Morrison c. Jamaica, párr. 8.3 (1998) relativo a apaleamiento de presos.

20 Véase, por ejemplo, Domukovsky c. Georgia, párr. 18.6 (2000); Freemantie c. Jamaica, párr. 7.2 (2000); Leehong c. Jamaica, párr. 9.2 (1999); Jonson (Colin) c. Jamaica, párr. 8.1 (1998), y Gallimore c. Jamaica, párr. 7.1 (1999).

21 Comité de Derechos Humanos, caso Henry (N) c. Jamaica, párr. 7.3 (1988).

das para pensar que está en peligro de tortura.[22] Ambas convenciones también contienen ciertas disposiciones tendientes a construir la llamada "jurisdicción universal". Éstas incluyen, en primer lugar, la obligación del Estado de dotar a los tribunales con amplísima competencia sobre la materia, a saber, cuando la tortura se comete en su propio territorio, por un nacional suyo, contra un nacional suyo o cuando un presunto torturador se encuentre en su territorio y no proceda la extradición (art. 5 de la Convención contra la tortura y 12 de la Convención Americana).

La Convención contra la tortura de las Naciones Unidas consagra claramente la obligación de detener a toda persona que se encuentre en el territorio de un Estado contra quien pesan indicios de participación en tortura, realizar una investigación preliminar, contactar a los otros Estados interesados y, si la investigación indica que hay pruebas suficientes, abrir un proceso penal o extraditar a la persona a otro país donde será acusado y enjuiciado (arts. 6 y 7). La Convención Interamericana prevé la investigación de toda denuncia o caso de tortura así como la extradición de presuntos torturadores a otros Estados donde pueden ser acusados y enjuiciados, pero no establece claramente una obligación de tomar una u otra de estas medidas –enjuiciar o extraditar– en cada caso fundado (arts. 9 y 11).

La jurisprudencia regional sobre qué constituye tortura no es muy extensa. Una de las decisiones más importantes es la adoptada por la CIDH en el año 1996 en el caso Mejía. Después de una extensa revisión de las normas internacionales sobre tortura, así como de la jurisprudencia internacional y otras fuentes, la CIDH concluyó que la violación de una presunta terrorista por miembros de las fuerzas de seguridad constituía a la vez tortura y una grave violación de su

---

[22] Cfr. los artículos 4, 12, 14, 15 y 3 de la Convención contra la tortura con los artículos 6, 8, 9, 10 y 13 de la Convención Interamericana. La jurisprudencia del Comité contra la tortura versa en gran parte sobre la devolución de personas a países en donde podrían correr el riesgo de tortura, y arroja poca luz sobre el contenido del concepto de tortura.

dignidad, honra e intimidad.[23] El raciocinio de la CIDH hace énfasis en las consecuencia psicosociales de la violación:

> Asimismo, se considera que la violación es un método de tortura psicológica pues tiene por objeto, en muchos casos, no sólo humillar a la víctima sino también a su familia o comunidad. (…)
>
> La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aun quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de los que fueron objeto.[24]

2.5 Tortura o trato cruel e inhumano de carácter psicológico o moral

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 20, señala: "La prohibición enunciada en el artículo 7 se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral".

Desde hace muchos años la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce ciertas amenazas como violatorias del artículo 7. En el caso Estrella c. Uruguay, el Comité calificó de "grave tortura psicológica" las amenazas de amputarle las manos a un pre-

---

[23] CIDH, caso Mejía c. Perú, pp. 195-201. Ver también el caso Ortiz c. Guatemala (1996) en el cual la CIDH también manifiesta que los abusos sexuales constituyen una forma de tortura, párr. 53.

[24] Ibíd., p. 169 (ambas citas son de D. Blair, *Recognizing Rape as a Meted of Tortura*, 19 N.Y.U. Rev. *L & Soc. Change*, pp. 821 y 854-855).

so.[25] Últimamente, gran parte de la jurisprudencia del Comité sobre tortura psicológica se refiere a casos relativos a la imposición de la pena de muerte, analizados en la sección 2.7.

El concepto de tortura psicológica o moral ha sido bastante desarrollado por la Corte Interamericana y por la CIDH. En una de sus primeras sentencias, relativa a la desaparición forzosa, la Corte Interamericana declaró:

> (…) el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal (…) :[26]

En una sentencia más reciente, amplió el alcance de su jurisprudencia sobre esta forma de tortura al declarar:

> Debe tenerse presente que los jóvenes fueron retenidos clandestinamente por sus captores entre 10 y 21 horas. Este lapso medió entre dos circunstancias de extrema violencia: la aprehensión forzada y la muerte por impactos de arma de fuego en estado de indefensión, que el Tribunal ya ha declarado probadas. Es razonable inferir, aunque no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que recibieron durante esas horas fue agresivo en extremo.
>
> Durante el tiempo de su retención los cuatro jóvenes permanecieron aislados del mundo exterior y seguramente estaban conscientes de que sus vidas corrían grave peligro. Es razonable inferir que durante esas horas pasaron, por esa sola circunstancia, por una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral.[27]

---

[25] Comité de Derechos Humanos, caso Estrella c. Uruguay, párr. 8.3.

[26] Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez, párr. 156.

[27] Corte Interamericana, caso Niños de la Calle, párrs. 162-163.

En términos más generales, la Corte Interamericana concluyó: "En otras palabras: crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, en algunas circunstancias, al menos, tratamiento inhumano".[28] Asimismo, la CIDH ha declarado que tratar a una persona retenida de tal forma que constituye "un anuncio o amenaza real e inminente" de ejecución extrajudicial de por sí es un trato inhumano.[29]

En el caso de tres sacerdotes extranjeros arrestados con propósitos de expulsión, la CIDH consideró que las circunstancias de su retención –entre ellas un despliegue de armas totalmente innecesario en las circunstancias, la negación de los oficiales de identificarse ni proporcionar información sobre las razones de la detención ni el destino de los detenidos, y la privación de sueño y de acceso a servicios sanitarios– produjo en los detenidos un "fundado temor para su vida e integridad" que constituía un trato cruel, inhumano y degradante.[30] En otra decisión, la CIDH concluyó que la detención de un individuo por seis años sin orden judicial produjo una incertidumbre tan prolongada y severa sobre el futuro del preso que constituyó "un severo atentado contra su integridad psíquica y moral".[31] Las amenazas "por medio de carta y enfrentamiento personal que indicaban que [la víctima] sería el blanco de una agresión y que debía salir del país" por sí solas representan una violación del derecho a la integridad personal.[32]

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha reconocido también que el impacto psicológico de ciertas violaciones gra-

---

[28] Corte Interamericana, párr. 13 (citando la sentencia de la Corte Europea en el caso Campell and Cosans).

[29] CIDH, caso Prada González y otro c. Colombia, párr. 34.

[30] CIDH, caso Riebe Star (México) párrs. 89-90 y 91 (1999).

[31] CIDH, caso Lizardo Cabrera c. República Dominicana, párr. 85 (b) (1998).

[32] CIDH, caso Ortiz c. Guatemala, párr. 106. La manera como la CIDH formula esta conclusión, y en particular su contraste con el párrafo siguiente, puede prestarse a la interpretación de que, si bien las amenazas violan la integridad personal no constituyen trato cruel, inhumano o degradante, pero la intención es ambigua.

ves de los derechos humanos en los familiares directos de la víctima puede constituir una violación del artículo 7. Su conocida decisión en el caso Quinteros, relativa a la desaparición de una joven, señala al respecto:

> El Comité comprende el profundo pesar y angustia que padece la autora de la comunicación como consecuencia de la desaparición de su hija y la continua incertidumbre sobre su suerte y su paradero. La autora tiene derecho a saber lo que ha sucedido a su hija. En este sentido es también una víctima de las violaciones del Pacto, en particular el artículo 7, soportadas por su hija.[33]

La Corte Interamericana y la CIDH han desarrollado una jurisprudencia importante sobre este tema. En el caso Blake, la Corte Interamericana manifestó lo siguiente:

> (…) la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares, es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos.
>
> Además, la incineración de los restos mortales del señor Nicholas Blake, para destruir todo rastro que pudiera revelar su paradero, atenta contra los valores culturales, prevalecientes en la sociedad guatemalteca, transmitidos de generación a generación, en cuanto al respeto debido a los muertos (…) [e] intensificó el sufrimiento de los familiares del señor Nicholas Blake.
>
> Por lo tanto, la Corte estima que tal sufrimiento, en detrimento de la integridad psíquica y moral de los familiares del señor Nicholas Blake,

---

[33] Comité de Derechos Humanos, caso Almeida de Quinteros y Quinteros c. Uruguay, párr. 14 (1983).

constituye una violación, por parte del Estado, del artículo 5 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma.[34]

En el caso de los Niños de la Calle, la Corte Interamericana profundizó su análisis del impacto psicológico o moral de un hecho en los familiares de la víctima:

> La negligencia por parte del Estado así puesta de manifiesto, debe sumarse al hecho de que las autoridades no hicieron esfuerzos adecuados para localizar a los parientes inmediatos de las víctimas, notificarles la muerte de éstas, entregarles los cadáveres y proporcionarles información sobre el desarrollo de las investigaciones. El conjunto de esas omisiones postergó y, en algunos casos, negó a los familiares la oportunidad de dar a los jóvenes una sepultura acorde con sus tradiciones, valores o creencias y, por lo tanto, intensificó sus sufrimientos. A ello se agrega el sentimiento de inseguridad e impotencia que le causó a esos parientes la abstención de las autoridades públicas en investigar a cabalidad los correspondientes delitos y castigar a sus responsables.
>
> La Corte debe destacar entre las conductas de los agentes estatales que intervinieron en los hechos del caso y que produjeron un impacto sobre sus familiares, la correspondiente al tratamiento que se dio a los cuerpos de los jóvenes (…) Estas personas no sólo fueron víctimas de la violencia extrema correspondiente a su eliminación física, sino que, además, sus cuerpos fueron abandonados en un paraje deshabitado, quedaron expuestos a las inclemencias del tiempo y a la acción de los animales y hubieran podido permanecer así durante varios días, si no hubieran sido encontrados fortuitamente. En el presente caso, es evidente que el tratamiento que se dio a los restos de las víctimas, que eran sagrados para sus deudos y, en particular, para sus madres, constituyó para éstas un trato cruel e inhumano.[35]

---

[34] Corte Interamericana, caso Blake c. Guatemala, párrs. 114-116.

[35] Corte Interamericana, caso Niños de la Calle, párrs. 173-174. Ver también la sentencia en el caso Bámaca, párrs. 112-116 (2000).

La CIDH ha declarado reiteradamente que "La familia y los amigos de las personas desaparecidas sufren también una tortura moral lenta, ignorando si la víctima vive aún y, de ser así, dónde se encuentra recluida, en qué condiciones y cuál es su estado de salud".[36] Esta jurisprudencia no se limita a casos en los cuales las víctimas primarias están desaparecidas o han sido muertas. En el caso de las hermanas González, jóvenes indígenas víctimas de violación, la CIDH concluyó que "el trato que se le dio a [la madre], quien tuvo que asistir impotente a la vejación de sus tres hijas por integrantes de las fuerzas armadas mexicanas y luego compartir con ellas el ostracismo de la comunidad, constituye una humillación y degradación violatoria del derecho a la integridad personal" (…).[37] En otro caso, relativo a una rebelión de presos sofocada con pérdida de vidas, la CIDH consideró que la dilación injustificada en informar a los familiares sobre la suerte de los presos había violado el derecho a la integridad personal de todos los que sufrieron la incertidumbre de la falta de información.[38]

2.6 Trato cruel o inhumano como consecuencia de la pena de muerte

El Comité de Derechos Humanos declaró que "cuando un Estado aplica la pena de muerte (…) dicha pena no sólo deberá estar limitada estrictamente según lo dispuesto en el artículo 6, sino que deberá ser ejecutada de manera que cause los menores sufrimientos físicos o morales posibles".[39] En el caso Ng, el Comité concluyó que:

---

[36] CIDH, caso Castillo Pezo y otros c. Perú, párr. 77 (1998); López González c. Perú, párr. 31 (2000) (citando desapariciones forzadas o Involuntarias, *Folleto Informativo* No. 6, Naciones Unidas, 1993, pp. 1 y 2).

[37] CIDH, caso González c. México, párr. 53.

[38] CIDH, caso Cairandirú c. Brasil, párrs. 76, 89 (2000).

[39] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, párr. 6.

> (…) el autor ha facilitado información detallada en el sentido de que la ejecución mediante asfixia por gas puede causar sufrimientos y agonía prolongados y no lleva a la muerte lo más rápidamente posible, ya que la asfixia por gas cianuro puede durar más de 10 minutos. (…) En el presente caso, y basándose en la información que tiene ante sí, el Comité llega a la conclusión de que la ejecución mediante asfixia por gas, caso de que se impusiera la pena de muerte al autor, no satisfaría el criterio de "los menores sufrimientos físicos o morales posibles", y constituye un trato cruel e inhumano, en violación de lo dispuesto en el artículo 7 del Pacto.[40]

Los abogados que representan ante los órganos internacionales competentes a personas condenadas a muerte han presentado sistemáticamente el argumento de que los largos años que los presos condenados suelen pasar en el pabellón de la muerte en espera de la aplicación de la sentencia constituyen un trato cruel o inhumano. El Comité de Derechos Humanos ha rechazado este argumento por considerar que aceptarlo implicaría obligar a los Estados Partes a ejecutar la pena más sistemáticamente, lo que sería incompatible con el objetivo del PIDCP de reducir el uso de la pena de muerte.[41] Puesto que un alto nivel de ansiedad es inherente a la situación del preso que espera la ejecución de la pena capital, y el Comité no está dispuesto a hacer nada que pueda acelerar su ejecución, sólo la presencia de circunstancias especiales permite concluir que la persona condenada a muerte ha sufrido un trato cruel o inhumano derivado de la imposición de dicha pena. En una decisión adoptada en 1998, el Comité reafirmó su jurisprudencia en el sentido de que "la detención prolongada en la galería de los condenados a muerte no equivale en sí a una violación del artículo 7", y agregó que "cada caso debe examinarse individualmente, teniendo presentes los efectos de la reclusión en la galería de los condenados a muerte en el estado

---

[40] Comité de Derechos Humanos, caso Ng, párrs. 16.3-16.4.

[41] Comité de Derechos Humanos, caso La vende c. Trinidad y Tobago, párr. 5.5.

mental del preso condenado".[42] En un caso concreto, el Comité concluyó que las evidencias de que "el estado mental del autor deterioró considerablemente durante su reclusión", y de que no había recibido la atención médica adecuada, sustentaban una violación del artículo 7 del PIDCP.[43] En una decisión adoptada en 2002, el Comité confirmó su jurisprudencia en el sentido de que la aplicación de la pena de muerte a una persona que sufre trastornos mentales serios viola el artículo 7 del PIDCP.[44]

Las circunstancias relativas a la notificación de una fecha para la ejecución, "que causa necesariamente una angustia al individuo interesado",[45] también pueden dar lugar a un trato cruel o inhumano. En el caso Pratt y Morgan, ambos recibieron dos veces notificación de que la ejecución era inminente. La primera vez se enteraron de la suspensión de la orden apenas 45 minutos antes de la hora prevista para su ejecución, después de un atraso de aproximadamente 20 horas en hacer efectiva la notificación. El sufrimiento ocasionado por dicho atraso, concluyó el Comité de Derechos Humanos, constituyó un trato cruel o inhumano. En una decisión más reciente, el Comité consideró que un preso había sufrido un trato inhumano al haber sido informado de la suspensión de una orden de ejecución sólo 15 días después de haber sido informado de que la ejecución era inminente.[46] No obstante, en otro caso que pone de manifiesto los límites de esta jurisprudencia, el Comité consideró que no se había configurado un trato inhumano cuando el reo había sido informado de la conmutación de la pena sólo 15 minutos antes de la hora fijada para su ejecución, puesto que no había habido demora

---

42 Asimismo, en el caso Pratt y Morgan, el Comité observó que: "En principio las actuaciones judiciales prolongadas [de apelación] no constituyen en sí mismas un trato cruel, inhumano o degradante, aun cuando pueden ser causa de tensión mental para los presos convictos", párr. 13.6 (1989).

43 Párr. 6.4 - 6.5.

44 Comité de Derechos Humanos, caso Sahadath c. Trinidad y Tobago, párr. 7.2.

45 Comité de Derechos Humanos, caso Pratt y Morgan c. Jamaica, párr. 13.7 (1989).

46 Comité de Derechos Humanos, caso Pennent c. Jamaica, párr. 8.6 (1999).

intencional en notificarlo.[47] Por último, la imposición de la pena de muerte a personas exentas de dicha pena también es otra circunstancia que permite concluir que la espera de la ejecución de la pena constituye trato inhumano. En el caso Jonson, el Comité concluyó que la detención de un menor en el pasillo de la muerte había sido violatoria del artículo 7, a pesar de que se había descubierto el error relativo a la edad del preso y conmutado la pena.[48] La decisión hace hincapié en la conclusión de que la detención en el pasillo de la muerte fue incompatible con el artículo 7 porque la condena era incompatible ***ab inicio*** con las normas que restringen la imposición de la pena de muerte.

El Comité de Derechos Humanos ha señalado en varias oportunidades que la ejecución pública de un preso condenado a la pena de muerte es incompatible con la dignidad humana y violatoria del PIDCP.[49] El Comité también ha indicado que la falta de notificación a los familiares de un preso condenado a muerte de la fecha de su ejecución es incompatible con el PIDCP.[50]

La CIDH no se ha pronunciado claramente sobre el argumento de que la prolongada detención en el pasillo de la muerte constituye un trato inhumano. En el caso Andrews, la CIDH concluyó que un preso ejecutado dieciocho años después de su condena en primera instancia había sido sometido a una pena "cruel, infamante o inusitada" en desconocimiento del artículo XXVI de la Declaración Americana. Sin embargo, otros argumentos también fueron citados como fundamentos de esta conclusión, a saber: el confinamiento casi per-

---

47 Comité de Derechos Humanos, caso Thompson c. S. Vincente y las Granadinas, párr. 8.4 (2000).

48 Comité de Derechos Humanos, caso Jonson (Clive) c. Jamaica, párr. 10.4 (1998).

49 Véase, por ejemplo, las observaciones finales sobre un informe de Nigeria, A/51/40, párr. 282 (1996), y A/48/40, párr. 265 (1993).

50 Comité de Derechos Humanos, observaciones finales sobre un informe de Japón, A/54/40 vol. 1 (1998), párr. 163. El comentario es algo ambiguo, pues se refiere a los artículos 7 y 10.1 del PIDCP pero sin indicar si la falta de notificación vulnera los derechos del preso o de sus familiares, o de ambos.

manente en su celda y las reiteradas notificaciones de la fecha de su ejecución, además de las irregularidades en el juicio que hacían la condena incompatible con el derecho a la vida.[51]

En otros casos recientes la CIDH ha dictaminado que condenar a una persona a la pena capital sin tomar en cuenta todas las circunstancias constituye no sólo una privación arbitraria de la vida, sino también un trato inhumano o degradante. En el caso Lamey y otros, la CIDH explicó así su conclusión:

> Entre los principios fundamentales en que está cimentada la Convención Americana, se cuenta el reconocimiento de que los derechos y libertades protegidos en ella derivan de los atributos de la persona humana. De este principio deriva el requisito básico en que se sustenta la Convención en su conjunto y el artículo 5 en particular de que las personas deben ser tratadas con dignidad y respeto individuales. En consecuencia, el artículo 5(1) garantiza a cada persona el derecho a que se respete su integridad física, mental y moral, y el artículo 5(2) exige que todas las personas privadas de su libertad sean tratadas con el respeto inherente a la dignidad de la persona humana. Estas garantías presuponen que las personas protegidas por la Convención serán consideradas y tratadas como seres humanos individuales, particularmente en circunstancias en que el Estado Parte se propone limitar o restringir el más básico de los derechos y libertades de un individuo, como el derecho a la libertad. A juicio de la Comisión, la consideración y el respeto por la dignidad y el valor inherente a los individuos es especialmente crucial cuando se determina si se debe privar de la vida a una persona.
>
> La imposición obligatoria de la pena de muerte, sin embargo, tiene el propósito y el efecto de privar a la persona de su derecho a la vida únicamente sobre la base de la categoría del delito del cual el delincuente es hallado culpable, sin tener en cuenta las circunstancias personales del delincuente ni las circunstancias del delito en particular. La

---

[51] Las irregularidades citadas en este párrafo son descritas en el capítulo 1, supra.

> Comisión no puede conciliar el respeto esencial por la dignidad del individuo en que se sustentan los artículos 5(1) y 5(2) de la Convención (…)[52]

Es evidente que la importancia que la CIDH atribuye al trato individualizado de reos y de personas privadas de libertad tiene implicaciones que van más lejos que la determinación de la sentencia impuesta.

2.7 Castigos corporales

Respecto a los castigos corporales, el Comité de Derechos Humanos manifiesta:

> Quizás no sea necesario establecer distinciones muy precisas entre las diversas formas prohibidas de tratos o penas. Estas distinciones dependen de la naturaleza, la finalidad y la severidad del trato particular que se dé. ***A juicio del Comité, la prohibición debe abarcar el castigo corporal, inclusive los castigos físicos excesivos impuestos como medida pedagógica o disciplinaria.*** (…) Además, el artículo protege no sólo a las personas presas o detenidas, sino también a los alumnos de los establecimientos de enseñanza y a los pacientes de instituciones médicas (…)[53]

La redacción de este pronunciamiento en lo que respecta al castigo corporal es desafortunadamente un tanto ambigua. La primera parte de la frase subrayada "la prohibición debe abarcar el castigo corporal" parece indicar que todo castigo corporal es prohibido. Cabe presumir que esta expresión sólo hace referencia a los castigos crue-

---

[52] CIDH, caso Lamey y otros c. Jamaica, párrs. 134-135 (2001); ver también Thomas c. Jamaica, párr. 110 (2001) y Edwards y otros c. Bahamas, párr. 178 (2001).

[53] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, párr. 5 (énfasis agregado).

les o inhumanos, es decir, a los castigos corporales tales como el azote previstos por la legislación penal de ciertos países. La referencia al uso de castigos físicos "excesivos" en un contexto no penal se presta a confusión, pues puede interpretarse en el sentido de que el PIDCP permite castigos físicos que no son excesivos. No obstante, en otras oportunidades el Comité de Derechos Humanos ha sido más categórico al respecto, como lo señala en una decisión reciente:

> Cualesquiera que sean la índole del delito que se haya de castigar y su grado de brutalidad, el Comité está absolutamente convencido de que el castigo corporal constituye un trato cruel, inhumano y degradante que contraviene el artículo 7 del Pacto. El Comité estima que al imponer la pena de azote con la vara de tamarindo, el Estado Parte ha violado los derechos del autor amparados por el artículo 7.[54]

Asimismo, en sus observaciones sobre el informe de otro país, expresa que "Al Comité le preocupa observar que (…) el Estado Parte sigue aplicando los castigos de flagelación y azotes, que son penas crueles e inhumanas, prohibidas a tenor del artículo 7. Deberían abolirse inmediatamente las sentencias de flagelación o azotes".[55]

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos prohíben categóricamente el uso de penas corporales como medida disciplinaria en las cárceles y prisiones. La Regla 31 establece al respecto lo siguiente: "Las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias".

En cuanto al recurso a castigos físicos para fines pedagógicos o disciplinarios en otros contextos, como escuelas, es menester presumir que el Comité de Derechos Humanos se refiere a otra clase de

---

[54] Comité de Derechos Humanos, caso Osbourne c. Jamaica, párr. 9.1. Véase también Sooklal c. Trinidad y Tobago, párr. 4.6 (2002).

[55] Comité de Derechos humanos, CCPR/CO/70/TTO, 3 de noviembre de 2000, párr. 13 (Trinidad y Tobago). Ver también CCPR/CO/70/G, párr. 12 (Guyana) y CCPR/CO/70/J, párr. 15 (Jamaica).

castigo físico, que causa menor sufrimiento y que puede ser excesivo o no, según las circunstancias. Ciertamente es inconcebible que el tipo de castigo físico que es prohibido como sanción penal pueda ser admitido como medida educativa o disciplinaria en un contexto no penal. El Comité de los Derechos del Niño, por su parte, considera todo castigo corporal como una "grave violación" de la dignidad del niño y adolescente, tanto en las escuelas como en la familia, e insta a los Estados a adoptar legislación que lo elimine.[56] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificó esta interpretación en su Observación General sobre el derecho a la educación, al expresar que "En opinión del Comité, los castigos físicos son incompatibles con el principio rector esencial de la legislación internacional en materia de derechos humanos, consagrado en los Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de ambos Pactos: la dignidad humana".[57]

2.8 Trato degradante

En una decisión adoptada en 1998 el Comité de Derechos Humanos calificó la presentación a los medios de comunicación de un preso en una jaula como trato degradante, violatorio del artículo 7, así como una violación del primer párrafo del artículo 10, en cuanto trato incompatible con la dignidad humana.[58] Esta decisión parece ser la primera en la jurisprudencia universal, en la cual se califica una conducta violatoria de la normativa internacional exclusivamente en razón de su incompatibilidad con la dignidad de la víctima, sin requerir dolor o sufrimiento psicológico.

---

[56] Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes de la República de Corea, CRC/C/15/Add.197, párrs. 38-39 (2003). Véase también sus observaciones finales sobre los informes de Chile y Polonia CRC/C/15/Add/173, párrs. 31-32 y CRC/C/15/Add.194, párrs. 34-35 (2003).

[57] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 13, párr. 41 (1999).

[58] Comité de Derechos Humanos, caso Polay c. Perú, párr. 8.5.

La Corte Interamericana calificó el trato dado a una persona al introducírsele en el baúl de un vehículo después de su detención como "infracción del artículo 5 de la Convención que tutela la integridad personal ya que, aún cuando hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".[59]

La CIDH adoptó una decisión sobre la materia en 1996, en el caso de un oficial del Ejército que había sido sometido a numerosas averiguaciones y procesos que invariablemente terminaron en su absolución. En su análisis de las consecuencias de este trato, la CIDH hace hincapié en la degradación y la humillación producidas en su medio familiar y profesional, como demuestran los párrafos siguientes:

> Habiéndose concluido anteriormente que ha existido una actitud de acosos y hostigamientos por parte de autoridades del Ejército mexicano en perjuicio del General Gallardo, hay que analizar si, como consecuencia de esos acosos y hostigamientos, se ha irrespetado al General Gallardo su integridad física, psíquica o moral. Sobre este respecto, la Comisión estima que el mantener a una persona que ejerce un alto rango dentro de las Fuerzas Armadas en la constante molestia de defenderse ante los Tribunales (en este caso militares), a la degradación de ser detenido en varias oportunidades y a la humillación de ser centro de ataques de autoridades castrenses a través de los medios de comunicación mexicanos, además de constituir un grave daño patrimonial para su persona, constituye una lesión grave a su integridad psíquica y moral, pues afecta su normal desenvolvimiento en la vida diaria y causa grandes desequilibrios y desconciertos en él y en su familia. La severidad de los hostigamientos se verifica asimismo en la constante incertidumbre sobre su futuro en que se encuentra el General Gallardo, que se traduce en 7 años de constante acoso y más de 2 en prisión.

---

[59] Corte Interamericana, caso Castillo Páez, párr. 66.

> Analizado el caso, esta Comisión considera que el General José Francisco Gallardo Rodríguez ha sido víctima de irrespeto a su integridad moral y psíquica por parte de funcionarios de las Fuerzas Armadas mexicanas. En consecuencia, la Comisión concluye que el Estado mexicano violó en perjuicio del General José Francisco Gallardo el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana.[60]

En otra decisión adoptada el mismo año, la CIDH consideró que los atentados, amenazas y amedrentamiento permanente sufridos por un dirigente sindical habían violado su integridad personal no sólo por las heridas corporales infligidas, sino también por los efectos psicológicos derivados. La decisión puntualiza que la persecución sufrida afectó a la víctima en su autoestima,[61] lo que ciertamente ha de considerarse una forma grave de trato degradante.

Esta jurisprudencia parece respaldada en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Loayza Tamayo, que se refiere al carácter degradante de un trato, como criterio para considerarlo violatorio del derecho a la integridad y dignidad humanas: "El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima (cfr. caso Irlanda c. el Reino Unido, párr. 167)".[62]

2.9 La integridad personal

Resulta evidente que el herir deliberada e injustificadamente a una persona viola su derecho a la integridad física. La jurisprudencia con frecuencia analiza en el marco del derecho a la vida el hecho de herir a una persona con armas letales, como se vio en el Capítulo 1,

---

60 CIDH, caso Gallardo c. México, párrs. 79-80.

61 CIDH, caso Gómez López c. Guatemala, párr. 81.

62 Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo, párr. 57.

aún cuando la víctima sobreviva. No obstante, hay algunos antecedentes en el sentido de considerar hechos de esta naturaleza como violatorios del derecho a la integridad física. La CIDH llegó a esta conclusión en un caso en el cual dos personas fueron baleadas por la policía y después llevadas a otro lugar donde fueron ultimadas: el primer hecho fue considerado violatorio del derecho a la integridad y el segundo del derecho a la vida.[63] En otro caso, la Comisión consideró que el obligar a unos civiles a acompañar a una patrulla militar en una zona donde había peligro de combate "afectó la integridad física de las víctimas", aun cuando no se produjo ningún enfrentamiento.[64]

La Corte Interamericana ha advertido que "si bien pudiera entenderse que cuando se priva de la vida a una persona también se lesiona su integridad personal, no es éste el sentido del citado precepto de la Convención Americana [artículo 5] que se refiere, en esencia, a que nadie debe ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a que toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".[65] Si bien parece innecesario calificar el asesinato de un individuo de violación de la integridad física, parece coherente considerar el acto de herir a una persona como violación de su integridad fisica, sobre todo cuando la víctima sobrevive y cuando no hay pruebas de los elementos subjetivos contenidos en la definición de tortura. Cabe recordar que, a diferencia de la tortura que tiene un elemento subjetivo, para concluir que se haya producido una violación de la integridad fisica no hace falta demostrar la intencionalidad de los autores materiales, sino evaluar la necesidad o proporcionalidad de la fuerza empleada, habida cuenta de las circunstancias.[66]

---

[63] CIDH, caso Hernández Hernández c. México, párrs. 54 y 57.

[64] CIDH, caso Ul Musicue y Coicue c. Colombia, párr. 36 (la CIDH también calificó el hecho de "trato cruel"). Ver también Informe sobre sobre los Derechos Humanos en Colombia, 1981, p. 111, párr. 4.

[65] Citado en CIDH, caso Ejido Morelia, párr. 58 (1997).

[66] La normativa y doctrina relativa al uso de la fuerza para mantener el orden público se presenta en el Capítulo 1.

Esto parece demostrarse en la decisión de la CIDH en el caso Ejido Morelia. En el caso citado, la CIDH concluyó que hubo violación del derecho a la integridad aunque los hechos comprobados no permitieron llegar a una conclusión con respecto a los alegatos de que las víctimas habían sido torturadas.[67]

La decisión de la CIDH en el caso X y Y c. Argentina, relativo a la imposición del requisito de inspecciones vaginales a mujeres que pretendían visitar a ciertos presos, ilustra la amplitud del concepto de integridad física. La decisión señala al respecto: "cuando el Estado realiza cualquier tipo de intervención física en un individuo, debe observar ciertas condiciones para asegurar que no produzca más angustia y humillación que lo inevitable".[68] Seguidamente se refiere a dos condiciones que la CIDH considera imprescindibles: un control judicial previo para evitar que la persona objeto de la medida "se sienta indefensa", y la ejecución de la medida por "personal idóneo" con el fin de que la persona afectada no se sienta "afectada en su integridad mental y moral".[69] Los fundamentos mencionados en esta decisión subrayan la estrechísima relación entre la integridad física, psicológica y moral.

La aplicación de tratamiento médico sin el consentimiento del interesado también puede considerarse una violación de la integridad personal. En el caso de personas que padecen enfermedades psicológicas, los Principios sobre la protección de los enfermos mentales reconocen un derecho a no ser sujeto a tratamientos sin consentimiento, salvo en circunstancias muy definidas (Principio 11).

Otras decisiones de la CIDH ponen particular énfasis en la integridad moral y parecen equipararla con el derecho de llevar adelante un proyecto de vida y de cumplir con los compromisos morales que la persona haya asumido como propios. En un caso, la CIDH manifestó que la persecución había obligado a la víctima a abandonar sus

---

[67] CIDH, caso Ejido Morelia, párr. 56.

[68] CIDH, caso X y Y c. Argentina, párr. 87 (1996).

[69] Ver los Capítulos 7 y 13.

tareas de atención y desarrollo social, produciendo así una violación de su integridad moral.[70] En otro caso, la CIDH concluyó que:

> Las amenazas a los miembros de la comunidad (…) que obligaron a 39 personas a abandonar sus hogares, también constituyen una violación del artículo 5.1. Mediante estas amenazas, los comisionados militares y los miembros de las PAC han causado traumas y ansiedad a las víctimas y han limitado la capacidad de éstas para seguir el curso de vida que deseen. Las víctimas vivieron con miedo que les obligó a abandonar su comunidad, debiendo así reestructurar sus vidas como consecuencia de las amenazas. El hostigamiento perjudicó gravemente la integridad psíquica y moral de estos 39 miembros de la comunidad (…).[71]

2.10 El trato de personas privadas de libertad

i) Consideraciones generales

El derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano es, a pesar de la sencillez del concepto y su formulación, un derecho que tiene muchas y variadas implicaciones. Quizás es también el derecho cuya alegada violación origina más denuncias. Si bien la jurisprudencia sobre este derecho es extensa tanto en el sistema universal como en el interamericano, las conclusiones de los órganos internacionales competentes casi siempre se refieren a un conjunto de hechos, lo que dificulta en cierta medida el análisis de los actos precisos con el fin de identificar aquellos que constituyen violaciones de la normativa internacional.

---

70 CIDH, caso Gómez López c. Guatemala, párrs. 78-81 (1996).

71 CIDH, caso Mejía y otros c. Guatemala, párr. 60 (1996).

En 1992 el Comité de Derechos Humanos adoptó una nueva Observación General sobre el artículo 10 del PIDCP.[72] Esta Observación resalta que el derecho a un trato digno y humano no se limita a los presos, sino que se extiende a toda persona privada de libertad "en virtud de las leyes y la autoridad del Estado". Menciona, en particular, hospitales, incluyendo hospitales psiquiátricos y campos de detención.[73] Se aplica también a instituciones para el diagnóstico y rehabilitación de menores infractores. La frase citada confirma que el Estado es responsable no sólo por el trato a personas recluidas en instituciones de carácter público, sino también a los residentes en hospitales, instituciones y centros privados que albergan personas por orden de las autoridades públicas.

El párrafo 3 señala un principio de suma importancia, a saber: que el derecho a un trato digno y humano es adicional a los demás derechos fundamentales de la persona, los cuales deben reconocerse y respetarse en la medida en que los requisitos legítimos de la privación de libertad lo permiten. "Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión." La CIDH parece ratificar esta interpretación en su decisión en el caso Edwards, en la cual considera responsable al Estado no sólo del derecho de los presos a un trato humano, sino también del derecho de toda persona a la salud, consagrado por el artículo XI de la Declaración Americana. El derecho a la salud, a tenor de dicho artículo, comprende además del derecho a la atención médica, y a alimentación, vestimenta y vivienda adecuadas.[74]

No menos trascendental es el principio enunciado en el párrafo cuarto de la Observación General No. 21 en los términos siguientes:

---

[72] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 21, que sustituye la No. 9 de 1982.

[73] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, párr. 1.

[74] CIDH, caso Edwards y otros c. Barbados, párr. 194 (2001).

> Tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte. Esta norma debe aplicarse sin distinción de ningún genero (…)[75]

La Comisión de Expertos de la (OIT) ha observado al respecto que "Es evidente que, el hecho de que hayan sido condenados por delitos no significa que los reclusos han de ser privados de derechos que se garantizan a todos (…)".[76]

Este principio es ratificado y ampliado por la CIDH en unas decisiones recientes en las cuales declara que "las normas mínimas establecidas en conformidad con los artículos [sic] 5(1) y 5(2) de la Convención (…) se aplican sin tener en cuenta la naturaleza del comportamiento por el cual la persona en cuestión ha sido encarcelada independientemente del nivel de desarrollo de[l] Estado (…)".[77] La CIDH destacó la importancia de este derecho en otra decisión en la que manifestó: "La Comisión enfatiza una vez más que es uno de los más importantes predicados de la responsabilidad internacional de los Estados en relación a los derechos humanos el velar por la vida y la integridad física y mental de las personas bajo su custodia".[78]

La problemática de los derechos de las personas privadas de libertad ha inspirado la elaboración de un número importante de ins-

---

[75] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 21. Este principio ha sido reafirmado y aplicado por el Comité en su dictamen en el caso Mukunto c. Zambia, párr. 6.4 (1999).

[76] Organización Internacional del Trabajo (OIT), Informe de Comisión de Expertos, 2001, párr. 145.

[77] CIDH, caso Knights y otros c. Jamaica, párr. 126 (citando las decisiones de la Corte Europea en el caso Ahmed c. Australia y del Comité de Derechos Humanos en Mukong c. Camerún). Ver también Edwards c. Barbados, párr. 194.

[78] CIDH, caso Tames c. Brasil, párr. 39 (1999).

trumentos normativos. Los cuatro instrumentos más relevantes dedicados específicamente al tema son, como se señala en la segunda sección de este Capítulo, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1955, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988, los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos de 1990 y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, también de 1990. El instrumento más citado por el Comité de Derechos Humanos en su interpretación del artículo 10 del PIDCP a pesar de que nunca fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas son las Reglas Mínimas de 1955. En una decisión más reciente, el Comité rechazó el argumento de un Estado Parte en el sentido de que las Reglas no son pertinentes por no ser vinculantes, y recalcó que "En cuanto a las alegaciones de maltrato en la cárcel, el Comité no acepta el argumento del Estado Parte de que no tiene competencia para examinar las condiciones de encarcelamiento de una persona cuando se trata de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, pues éstas constituyen una valiosa orientación para la interpretación del Pacto".[79]

ii) Incomunicación y aislamiento

En la Observación General sobre el artículo 7 del PIDCP el Comité "observa que el confinamiento solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a actos prohibidos por el artículo 7".[80] La jurisprudencia sobre las condiciones específicas que permiten concluir que el aislamiento ha sido incompatible con el derecho a la integridad o el derecho a un trato digno y humano no es extensa. En un caso, el Comité concluyó que el aislamiento total de un

---

[79] Comité de Derechos Humanos, caso Potter c. Nueva Zelandia, párr. 6.3 (1997). Ver también Mukong c. Camerún, párr. 9.3 (1994).

[80] Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, párr. 6.

preso durante un año constituía un trato inhumano violatorio del artículo 7.[81] En otro, estimó que un periodo de aislamiento mucho más breve es violatorio del artículo 7, cuando es acompañado por otras formas serias de abuso:

> El Comité observa además que, con independencia de las condiciones generales de su detención, el autor ha sido objeto de un trato excepcionalmente duro y degradante. Así, se le mantuvo incomunicado, fue amenazado con la tortura y la muerte e intimidado, privado de alimento y mantenido encerrado en su celda durante varios días seguidos, sin posibilidad de esparcimiento. (…) En vista de lo que antecede, el Comité llega a la conclusión de que el Sr. Mukong ha sido objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo que constituye una violación del artículo 7 del Pacto.[82]

Cada vez con mayor frecuencia el Comité de Derechos Humanos considera al aislamiento como violatorio del artículo 10 del PIDCP.[83] Ésta ha sido la posición del Comité sobre todo en casos referentes a presos condenados a muerte, quienes en ciertos países son detenidos durante años en celdas individuales sin derecho a participar en actividad colectiva alguna. Un ejemplo del régimen considerado violatorio del derecho de toda persona privada de libertad a un trato humano es la descripción contenida en el siguiente extracto de un caso reciente:

> [el preso] está en una celda de 2 m^2 22 horas del día y permanece aislado de los otros hombres casi todo el día. Pasa la mayor parte del tiempo que está despierto en una oscuridad impuesta y no tiene casi nada de qué ocuparse. No se le permite trabajar ni estudiar.[84]

---

81 Comité de Derechos Humanos, caso Polay c. Perú, párr. 8.6.

82 Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, párr. 9.4.

83 Ver por ejemplo Conteris c. Uruguay, párr. 10 (1985) (3 meses); Cubas c. Uruguay, párr. 12 (1982) (3 meses), y Drescher Caldas c. Uruguay, párr. 13.3 (1983) (6 semanas).

84 Comité de Derechos Humanos, caso Freemantle c. Jamaica, párr. 7.3 (2000).

El primer párrafo de la Regla 32 de las Reglas Mínimas estipula que ningún preso puede ser asignado a reclusión solitaria por motivos disciplinarios sin aprobación previa de un médico. Asimismo, el tercer párrafo de la misma Regla dispone que todo preso en reclusión solitaria debe ser examinado diariamente por un médico, quien "Informará al director si considera necesario poner término o modificar la sanción por motivos de salud física o mental". Desde luego, el aislamiento también puede constituir un castigo arbitrario, según el motivo de la medida y el procedimiento seguido.[85]

La jurisprudencia de la Corte Interamericana versa sobre la incomunicación, entendida como ausencia de contacto entre un recluso y personas de fuera del lugar de reclusión, más que sobre el aislamiento, o sea, la ausencia de contacto entre un recluso y otros reclusos. La jurisprudencia reconoce expresamente que la incomunicación, a pesar de los peligros que conlleva, puede ser justificada en determinadas circunstancias. Su compatibilidad con los derechos del recluso depende de dos factores: la legalidad de la medida, por una parte, y sus consecuencias para la integridad psicológica y moral del recluso, por otra. Los siguientes extractos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Suárez Rosero ilustran su posición al respecto:

> La incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al periodo de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el dere-

---

Ver también Robinson c. Jamaica, párr. 10.2 (2000); Brown c. Jamaica, párr. 6.13 (1999); Forbes c. Jamaica, párr. 7.5 (1999); Pennant c. Jamaica, párr. 8.4; McLeod c. Jamaica, párr. 6.4 (1998); Kelly (Paul) c. Jamaica, párr. 5.7 (1991). Es de anotar que la mayoría alegan estar confinados en su celda 23 horas diarias o más, muchas veces en condiciones materiales agravantes.

85 Comité de Derechos Humanos, caso Estrella c. Uruguay, párr. 8.5.

> cho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva. (…)
>
> Una de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.
>
> La sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia, le permite a la Corte concluir que el señor Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, más aún cuando ha quedado demostrado que esta incomunicación fue arbitraria y realizada en contravención de la normativa interna del Ecuador. La víctima señaló ante la Corte los sufrimientos que le produjo verse impedido de la posibilidad de buscar un abogado y no poder ver o comunicarse con su familia. Agregó que, durante su incomunicación, fue mantenido en una celda húmeda y subterránea de aproximadamente 15 metros cuadrados con otros 16 reclusos, sin condiciones necesarias de higiene y se vio obligado a dormir sobre hojas de periódico y los golpes y amenazas a los que fue sometido durante su detención. Todos estos hechos confieren al tratamiento a que fue sometido el señor Suárez Rosero la característica de cruel, inhumano y degradante.[86]

La Corte Interamericana llegó a la misma conclusión en el caso Castillo Petruzzi con respecto a un preso detenido incomunicado durante 36 días.[87] En este caso, la única circunstancia agravante mencionada fue el hecho de que el preso era vendado o encapuchado y

---

[86] Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, párrs. 51, 90-91.

[87] Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi, párr. 192. Ver también los casos Cantoral Benavides, párr. 84 y Bámaca Velásquez, párr. 150, así como la decisión de la CIDH en el caso Levoyer Jiménez c. Ecuador, párrs. 64 y 85.

engrilletado cada vez que era llevado ante las autoridades para declarar.

La jurisprudencia de la CIDH versa sobre el aislamiento más que sobre la incomunicación. En 1996, la CIDH declaró que el aislamiento de un preso por siete días constituía tortura cuando las demás condiciones de detención –privación de alimentos, bebidas y sol– eran particularmente severas.[88] En otro caso consideró al aislamiento durante cuarenta días de un preso con discapacidad mental como un tratamiento inhumano o degradante.[89]

La CIDH también ha desarrollado una jurisprudencia sobre lo que podría denominarse el aislamiento relativo, que consiste en detener a un preso en una celda por más de 23 horas por día con muy escasas oportunidades de contacto con otros presos o consejeros. Hasta ahora, esta jurisprudencia se limita al aislamiento de varios años de duración. En un caso, la CIDH calificó la detención durante cuatro años bajo este tipo de régimen como trato inhumano o degradante y como violación de la integridad personal, a tenor del artículo 5 de la Convención.[90] En otra decisión, consideró esta forma de aislamiento como violación del derecho de los presos a un trato humano, reconocido por los artículos XXV y XXVI de la Declaración Americana y, además, del derecho a la salud, consagrado por el artículo XI de la misma Declaración.[91] Hasta ahora, los casos de aislamiento relativo conocidos por la CIDH se limitan a casos de aislamiento prolongado en condiciones materiales deficientes.

El Comité de Derechos Humanos concluyó en una decisión reciente que en ausencia de toda justificación del Estado concernido,

---

88 CIDH, caso Lizardo Cabrera c. República Dominicana, párr. 86. Ver también Congo c. Ecuador, el caso de un preso con discapacidad mental abandonado en una celda donde falleció 40 días después (infra).

89 CIDH, caso Congo c. Ecuador, párr. 58 (1999). El preso falleció debido a las condiciones imperantes durante su aislamiento, pero la CIDH no consideró tales condiciones como elementos de esta violación, sino condiciones agravantes.

90 CIDH, caso Thomas c. Jamaica, párrs. 72, 131-134.

91 CIDH, caso Edwards y otros c. Bahamas, párr. 194.

las inspecciones o requisas corporales de un preso recluido bajo un régimen de aislamiento violaron su derecho a la intimidad.[92]

iii) Violencia

La normativa internacional contiene algunas reglas diseñadas específicamente para reglamentar el uso de la fuerza por los oficiales responsables del orden y la seguridad de las cárceles, prisiones y otros lugares de detención. Dos de las más relevantes están contenidas en los Principios 15 y 16 de los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego, que establecen lo siguiente:

> 15. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán la fuerza, salvo cuando sea estrictamente necesario para mantener la seguridad y el orden en los establecimientos o cuando corra peligro la integridad física de las personas.
>
> 16. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán armas de fuego, salvo en defensa propia o en defensa de terceros cuando haya peligro inminente de muerte o lesiones graves, o cuando sea estrictamente necesario para impedir la fuga de una persona sometida a custodia o detención que presente el peligro a que se refiere el principio 9.

En el mismo sentido, la Regla 54 de las Reglas Mínimas para el trato de reclusos dispone lo siguiente:

> 54.1) Los funcionarios de los establecimientos no deberán, en sus relaciones con los reclusos, recurrir a la fuerza, salvo en caso de legítima defensa, de tentativa de evasión o de resistencia por la fuerza o por

---

[92] Comité de Derechos humanos, caso Boodoo c. Trinidad y Tobago, párr. 6.6 (2002) (al preso se le obligó a "desnudarse y a retirar el prepucio [y] a abrir las nalgas y a agacharse (…) delante de los guardianes de la prisión", párr. 2.7).

> inercia física a una orden basada en la ley o en los reglamentos. Los funcionarios que recurran a la fuerza se limitarán a emplearla en la medida estrictamente necesaria e informarán inmediatamente al director del establecimiento sobre el incidente. 2) Los funcionarios penitenciarios recibirán un entrenamiento físico especial que les permita dominar a los reclusos violentos. 3) Salvo en circunstancias especiales, los agentes que desempeñan un servicio en contacto directo con los presos no estarán armados. Por otra parte, no se confiará jamás un arma a un miembro del personal sin que éste haya sido antes adiestrado en su manejo.

El uso de fuerza excesiva contra los detenidos y presos de parte de los oficiales responsables de su custodia ha generado una jurisprudencia importante. La mayor parte de ésta es comentada en la sección 2.4 relativa a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como en el Capítulo 1, sobre el derecho a la vida, puesto que los órganos internacionales competentes generalmente consideran el uso de violencia gratuita o excesiva como una violación más grave de los derechos de la persona que la mera violación del derecho a ser tratado humanamente. En otras palabras, por lo general, las agresiones físicas de parte de oficiales son analizadas en el marco del derecho a la integridad –o a la vida, si la víctima fallece–, mientras que las cuestiones que tienen que ver con el régimen institucional o las condiciones materiales de alojamiento son analizadas en el marco del derecho a un trato digno y humano.

No obstante, la responsabilidad del Estado en lo que respecta a la integridad de las personas a su custodia no se limita a la obligación negativa de abstenerse de torturar o maltratar a dichas personas. Siendo la cárcel y la prisión lugares donde el Estado tiene control total sobre la vida de los detenidos y reclusos, sus obligaciones hacia éstos, en particular sus obligaciones positivas, también son mayores. Las obligaciones del Estado en esta circunstancia incluyen, entre otras, la de proteger a los reclusos contra hechos de violencia provenientes de cualquier fuente. En el caso Daley, el Comité de Derechos Humanos indicó que la desprotección de un preso agredi-

do reiteradamente por otros presos era uno de los factores que hacían que las condiciones de detención fueran inhumanas y violatorias del artículo 10 del PIDCP.[93] En una oportunidad, el Comité indicó que incumbía a las autoridades tomar medidas idóneas para impedir la violencia racial entre presos.[94]

La Corte Interamericana también ha señalado que la protección contra la violencia que se desprende del derecho a un trato digno y humano puede ser más amplia en ciertos aspectos que la que se desprende del derecho a la integridad personal. En su decisión en el caso Loayza Tamayo, dicha Corte declaró categóricamente: "Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana".[95]

La CIDH ha subrayado, en el caso Carandirú, el alcance de la obligación del Estado de proteger a los reclusos contra la violencia. La responsabilidad del Estado, señaló la CIDH, no se limitó a su responsabilidad directa por los muertos y heridos producidos por agentes de la policía durante el sofocamiento del motín, sino también comprendió una responsabilidad general sobre la violencia generada por las condiciones inhumanas de reclusión. El razonamiento de la CIDH aparece en los párrafos siguientes:

> Las condiciones de existencia de los penados en el establecimiento, que no se ajustaban a las normas internacionales por el hacinamiento y falta de actividades de recreación, creaban las condiciones para el estallido de fricciones entre los penados, que podían fácilmente escalar en actos de amotinamiento general y la consiguiente reacción descontrolada de los agentes de Estado frente a las condiciones de violencia reinantes.

---

93 Comité de Derechos Humanos, caso Daley c. Jamaica, párr. 7.6 (1998) (el médico tratante había recomendado la excarcelación del enfermo, pero la recomendación no prosperó y falleció en prisión, párr. 5.3).

94 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe del Reino Unido, párr. 12, A/57/40, 2001.

95 Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo, párr. 57.

> Las ilegales condiciones de vida de los detenidos, los motines anteriores en Carandirú, y la falta de estrategias de prevención para evitar el escalamiento de fricciones, sumadas a la incapacidad de acción negociadora del Estado que podía haber evitado o disminuido la violencia del motín, configuran en sí una violación por parte del Estado a su obligación de garantizar la vida e integridad personal de las personas bajo su custodia. Se suma a ello que en contravención con la legislación nacional e internacional, la mayoría de los reclusos de Carandirú en ese momento eran detenidos bajo proceso sin condena firme (y por consiguiente bajo la presunción de inocencia) que estaban obligados a convivir en esas situaciones de alta peligrosidad con los reos condenados.

iv) Atención médica

La obligación positiva de proporcionar a cada recluso la asistencia médica necesaria es otro de los deberes que el Estado asume cuando priva a una persona de su libertad. Según el Comité de Derechos Humanos, "la obligación de tratar a las personas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano comprende, entre otras cosas, la prestación de cuidados médicos adecuados".[96] En una decisión adoptada en el año 2002, el Comité hizo el siguiente comentario sobre la naturaleza de esta obligación:

> Incumbe a los Estados garantizar el derecho a la vida de los detenidos y no a éstos solicitar protección. (...) Corresponde al Estado Parte, mediante la organización de sus centros de detención, tener un conocimiento razonable del estado de salud de los detenidos. La falta de medios financieros no puede atenuar esa responsabilidad.[97]

---

[96] Comité de Derechos Humanos, caso Kelly (Paul) c. Jamaica, párr. 5.7 (1991).

[97] Comité de Derechos Humanos, caso Lantsova c. la Federación de Rusia, párr. 9.2.

En este caso, el Comité de Derechos Humanos consideró el fallecimiento de un preso por falta de atención médica, violatorio del derecho a la vida.[98]

El alcance y contenido del derecho de las personas privadas de libertad a atención médica está definido por las Reglas Mínimas en las disposiciones siguientes:

> 22. 1) Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales. 2) Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, éstos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional. 3) Todo recluso debe poder utilizar los servicios de un dentista calificado.
>
> 23. 1) En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento. 2) Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres.

---

98 Ibíd.

24. El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo.

25. 1) El médico estará de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención. 2) El médico presentará un informe al director cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser afectada por la prolongación, o por una modalidad cualquiera de la reclusión.

26. 1) El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a: a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos; b) La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos; c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento; d) La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos; e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado. 2) El Director deberá tener en cuenta los informes y consejos del médico según se dispone en las reglas 25 (2) y 26, y, en caso de conformidad, tomar inmediatamente las medidas necesarias para que se sigan dichas recomendaciones. Cuando no esté conforme o la materia no sea de su competencia, transmitirá inmediatamente a la autoridad superior el informe médico y sus propias observaciones.

En cuanto a la atención psicológica, la Regla 82 establece en su parte pertinente que:

> 3) Durante su permanencia en la prisión, dichos reclusos [con enfermedades o anormalidades mentales] estarán bajo la vigilancia especial de un médico. 4) El servicio médico o psiquiátrico de los establecimientos penitenciarios deberá asegurar el tratamiento psiquiátrico de todos los demás reclusos que necesiten dicho tratamiento.[99]

El Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley dispone que "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise" (art. 6).

El Comité de Derechos Humanos ha examinado varios casos sobre la privación de atención médica. La jurisprudencia relativa a la falta de tratamiento de heridos por agresiones infligidas por parte de los guardas se presenta en la sección 10 iiv). Otros hechos que el Comité ha considerado parte de un cuadro violatorio del artículo 10 incluyen los siguientes: la privación de atención médica durante más de cinco años a un preso que sufre de úlcera; la negación de asistencia inmediata a un preso que sufre ataques de asma, y la negación de toda atención médica para un herido de bala en hechos ocurridos seis meses antes de la detención.[100]

Incluso, mantener a un preso herido o enfermo en condiciones inapropiadas puede considerarse una grave violación de sus derechos, aun cuando reciba seguimiento y tratamiento médico. En el caso Henry y Douglas, el Comité de Derechos Humanos consideró que el mantener a un preso que sufría de cáncer terminal en una celda fría vulneraba los artículos 7 y 10 del PIDCP, a pesar de que el preso recibía tratamiento médico periódicamente.[101] Asimismo, que

---

[99] Los incisos 1) y 2), sobre la separación de presos con graves patologías psicológicas o mentales se citan en la subsección vii.

[100] Comité de Derechos Humanos, caso Bennett c. Jamaica, párr. 10.8 (1999); Brown c. Jamaica, párr. 6.13 y Henry y Douglas c. Jamaica, párr. 9.5 (1995), respectivamente.

[101] Comité de Derechos Humanos, caso Henry y Douglas c. Jamaica, párr. 9.5 (1995).

la privación a un preso paralítico de la asistencia necesaria para mantener su celda limpia y para salir de ella había sido violatoria del artículo 10, aún cuando el preso en cuestión recibía tratamiento sobre su condición médica.[102]

La CIDH también ha adoptado decisiones sobre la negación de atención médica a personas privadas de libertad tanto para enfermedades como tratándose de heridos. La privación de atención pronta y adecuada ha sido calificada de violación del derecho a un trato humano, a la salud física o mental, o a la vida, según las circunstancias del caso.[103] En unas decisiones recientes la CIDH hace referencia a las Reglas 24 y 25 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos.[104] Tratándose de un recluso con discapacidad mental, la CIDH ha declarado que "las garantías establecidas en el artículo 5 de la Convención Americana deben ser interpretadas a la luz de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental".[105] Estos Principios disponen que los presos que padecen de enfermedades mentales, sean acusados o condenados, "deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental" (Principio 20, párr. 2).

v) Hacinamiento, insalubridad y otras condiciones materiales

La decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Mukong constituye una contribución clave a la jurisprudencia sobre los derechos de las personas privadas de libertad. En esta decisión, el Comité insiste sobre la universalidad del derecho a un trato digno y humano, rechaza la escasez de recursos como excusa para el incum-

---

[102] Comité de Derechos Humanos, caso Hamilton c. Jamaica, párr. 8.2.

[103] CIDH, caso Hernández Lima c. Guatemala, párrs. 59-61 (1996); Tames c. Brasil, párrs. 39 y 44; Congo c. Ecuador, párrs. 67-68 y 75.

[104] CIDH, caso Baptiste c. Grenada, párr. 136 (2000) y Knights c. Arenada, párr. 127 (2001).

[105] CIDH, caso Congo c. Ecuador párr. 54. Los Principios fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución No. 119 de 1991.

plimiento de este derecho, y resalta el valor de las Reglas Mínimas en la interpretación de su contenido, en particular en cuanto a las condiciones materiales de reclusión. La parte medular de la decisión merece ser citada textualmente:

> En cuanto a las condiciones de detención en general, el Comité hace notar que, cualquiera que sea el nivel de desarrollo del Estado parte de que se trate, deben observarse ciertas reglas mínimas. De conformidad con la reglas 10, 12, 17, 19 y 20 que figuran en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos …todo recluso debe disponer de una superficie y un volumen de aire mínimos, de instalaciones sanitarias adecuadas, de prendas que no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes, de una cama individual y de una alimentación cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas. Debe hacerse notar que son estos requisitos mínimos, que en opinión del Comité, deben cumplirse siempre, aunque consideraciones económicas o presupuestarias puedan hacer difícil el cumplimiento de esas obligaciones.[106]

La importancia de las Reglas Mínimas fue reafirmada categóricamente algunos años después en el caso Potter, citado supra.

El Comité de Derechos Humanos considera que mantener a una persona detenida en condiciones materiales inferiores a las establecidas por las Normas Mínimas constituye una violación del artículo 10 del PIDCP y no de su artículo 7. En un caso, los alegatos no controvertidos afirmaban que:

> (…) una prisión [fue] construida hace 500 años [y estaba] infestada de ratas, piojos, cucarachas y enfermedades; hay 30 reclusos por celda, entre ellos ancianos, mujeres, adolescentes y un niño de ocho meses; no hay ventanas sino una abertura con barrotes de hierro que deja paso al frío y al viento; hay una incidencia muy elevada de suicidios, auto-

---

[106] Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, párr. 9.3 (1994).

> mutilaciones, peleas y palizas violentas; el suelo está cubierto de heces humanas ya que el inodoro, que es un hueco en el suelo, se ha desbordado; se utiliza agua de mar para las duchas y a menudo para beber; y para dormir hay mantas y colchones empapados de orina a pesar de que los almacenes están llenos de sábanas, mantas nuevas, prendas de vestir, etc.[107]

No obstante, el Comité de Derechos Humanos consideró que tales condiciones no constituían una violación del artículo 7 sino únicamente del artículo 10.[108]

Las condiciones materiales inadecuadas de detención son excepcionalmente consideradas como un trato inhumano, sobre todo cuando son agravadas por otros abusos o debido a su duración. En el caso Mukong el Comité de Derechos Humanos consideró que las amenazas de tortura y de ejecución sufridas por un preso habían sido violatorias del artículo 7 por tratarse de un trato "excepcionalmente duro y degradante." En otro caso, el Comité consideró la detención en una celda de 6 por 14 pies durante 20 horas y medio por día, sin acceso a libros ni a ninguna otra clase de esparcimiento, como violatorio de los artículos 7 y 10 porque el preso había vivido en tales condiciones durante 10 años.

No es fácil extraer de la jurisprudencia una nómina de las condiciones específicas consideradas incompatibles con el derecho a un trato digno y humano, pues las condiciones de detención inapropiadas suelen sobreponerse las unas a las otras, y las apreciaciones del Comité de Derechos Humanos generalmente se refieren al conjunto de condiciones presentes. Algunas decisiones hacen énfasis en la falta de materiales adecuados para dormir,[109] la restricción de tiempo para el aseo y ejercicio también ha sido declarada, violatoria del párrafo 1 del artículo 10.[110] En general, se nota una tendencia a

---

[107] Comité de Derechos Humanos, caso Grifan c. España, párrs. 3.1 y 6.3.

[108] Ibíd., párr. 6.3.

[109] Comité de Derechos Humanos, caso Whyte c. Jamaica, párr. 9.3 (1998) y MacTaggart c. Jamaica, párr. 8.4 (1998).

[110] Comité de Derechos Humanos, caso Párakányi c. Hungría, párr. 8.3 (1992).

referirse a las condiciones previstas por las Reglas Mínimas citadas en el caso Mukong, a saber: hacinamiento, calidad del aire, instalaciones sanitarias adecuadas, cama y alimentación.[111]

Hasta la fecha la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia es limitada. La decisión más citada, el caso Suaréz Rosero, señaló una seria de condiciones que –junto con golpes y amenazas– conformaban un cuadro de trato cruel, inhumano y degradante. Las condiciones mencionadas incluyen el hacinamiento, la humedad de la celda, las condiciones sanitarias inadecuadas y la falta de colchón.[112]

En una serie de decisiones recientes la CIDH, al igual que el Comité de Derechos Humanos, recurre a las Reglas Mínimas para interpretar el contenido del derecho de los presos a un trato digno y humano. En una de ellas la CIDH señaló lo siguiente:

> Una comparación de las condiciones de detención del Sr. Thomas con las normas internacionales para el tratamiento de reclusos también sugiere que su tratamiento no respetó los requisitos mínimos de un tratamiento humano. En particular, las reglas 10, 11, 12, 15 y 21 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Trato de Reclusos, que la Comisión entiende son referencias adecuadas de las normas internacionales mínimas para el trato humano de los reclusos, prescriben las siguientes normas básicas respecto del alojamiento, higiene, tratamiento médico y ejercicio.[113]

---

111 Ver también el caso Kelly (Paul) c. Jamaica, que señala que el derecho a un trato digno comprende alimentación, atención médica, servicios sanitarios y recreación adecuadas, párr. 5.7 (1991).

112 Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, párr. 91.

113 CIDH, caso Thomas (J) c. Jamaica, párr. 133 (2001). Sus decisiones en los casos Baptiste, Knights y Edwards citan, además, las Reglas 24 y 25, relativas a la atención médica; la 31, relativa a castigos; la 40, relativa al acceso a materiales de lectura, y la 41, relativa a la religión. Baptiste c. Arenada, párr. 136 (2000); Knights c. Arenada, párr. 127 (2001), y Edwards c. Barbados, párr. 195 (2001).

Teniendo en cuenta la importancia otorgada a dichas Reglas por la jurisprudencia citada, éstas merecen ser citadas textualmente:

> 10. Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación.
>
> 12. Las instalaciones sanitarias deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente.
>
> 17. 1) Todo recluso a quien no se permita vestir sus propias prendas recibirá las apropiadas al clima y suficientes para mantenerle en buena salud. Dichas prendas no deberán ser en modo alguno degradantes ni humillantes. 2) Todas las prendas deberán estar limpias y mantenidas en buen estado. La ropa interior se cambiará y lavará con la frecuencia necesaria para mantener la higiene. 3) En circunstancias excepcionales, cuando el recluso se aleje del establecimiento para fines autorizados, se le permitirá que use sus propias prendas o vestidos que no llamen la atención.
>
> 19. Cada recluso dispondrá, en conformidad con los usos locales o nacionales, de una cama individual y de ropa de cama individual suficiente, mantenida convenientemente y mudada con regularidad a fin de asegurar su limpieza.
>
> 20. 1) Todo recluso recibirá de la administración, a las horas acostumbradas, una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas. 2) Todo recluso deberá tener la posibilidad de proveerse de agua potable cuando la necesite.

21. 1) El recluso que no se ocupe de un trabajo al aire libre deberá disponer, si el tiempo lo permite, de una hora al día por lo menos de ejercicio físico adecuado al aire libre. 2) Los reclusos jóvenes y otros cuya edad y condición física lo permitan, recibirán durante el periodo reservado al ejercicio una educación física y recreativa. Para ello, se pondrá a su disposición el terreno, las instalaciones y el equipo necesario.

vi) Comunicación con la familia

El derecho a recibir correspondencia y visitas de sus familiares se considera parte integral del derecho de las personas privadas de libertad a un trato humano, así como del derecho de la familia a protección. La Regla 37 de las Reglas Mínimas dispone al respecto que "Los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas".[114]

Este derecho también está consagrado por la jurisprudencia internacional. En el caso Polay, el Comité de Derechos Humanos consideró la prohibición de toda correspondencia entre un preso y su familia durante un año como trato inhumano violatorio del artículo 7 del PIDCP.[115] Cabe destacar que el Comité insiste sobre el respeto de este derecho aún tratándose de presos acusados o condenados por delitos muy graves, como el terrorismo.[116] En otro caso, consi-

---

[114] Ver también la Regla 60 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad sobre el derecho de personas menores de 18 años de edad privadas de libertad a recibir visitas y correspondencia de sus familiares.

[115] Comité de Derechos Humanos, caso Polay c. Perú, párr. 8.6 (1996). Ver también el caso (Haití), *Diez Años*, p. 99.

[116] Ibíd. Ver también Comité de Derechos Humanos, caso Arredondo c. Perú, párr. 10.4.

deró que una ley que autorizaba a las autoridades penitenciarias a "interceptar o censurar toda carta (…) cuyo contenido estime censurable o largo" no ofrecía garantías suficientes contra la privación arbitraria de este derecho.[117] En materia de visitas, en un caso reciente el Comité señaló que el limitar las visitas de familiares de 20 a 30 minutos por mes formaba parte de un cuadro de tratamiento incompatible con el artículo 10.[118]

La CIDH, en el caso X y Y c. Argentina, manifestó al respecto:

> La Comisión ha sostenido siempre que el Estado está obligado a facilitar el contacto del recluso con su familia, no obstante las restricciones a las libertades personales que conlleva el encarcelamiento. En este sentido, la Comisión ha reiterado en varias ocasiones que el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de los internos y, como corolario, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas. Justamente, en razón de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares. Por lo tanto, la necesidad de cualquier medida que restrinja este derecho debe ajustarse a los requisitos ordinarios y razonables del encarcelamiento.

En este caso, el alegato impugnaba las condiciones impuestas a las visitas de contacto personal. La CIDH reconoció que aun cuando los Estados no están obligados a permitir visitas de esta índole, si deciden hacerlo, no pueden imponer restricciones o condiciones incompatibles con otros derechos fundamentales de la persona. En el caso concreto, la CIDH concluyó (como se señala en la sección 2.8) que las condiciones impuestas a las mujeres que querían visitar

---

[117] Comité de Derechos Humanos, caso Pikney c. Canadá, párr. 34.

[118] Comité de Derechos Humanos, caso Arredondo c. Perú, párrs. 3.1 y 10.4 (2000) (la decisión identifica también otras condiciones para las visitas, que forman parte de tal cuadro).

a parientes presos eran incompatibles con su integridad, dignidad e intimidad personal. En otras oportunidades, la CIDH ha insistido sobre la obligación positiva de facilitar visitas, recomendando que los presos sean traslados a instituciones penales más cercanas a sus comunidades y advirtiendo que el traslado a instituciones lejos de sus familias puede conformar un castigo arbitrario.[119]

vii) La separación de acusados y condenados

Tanto el PIDCP en el párrafo 2 a) del artículo 10, como la Convención Americana en el párrafo 4 del artículo 5, disponen que "salvo en circunstancias excepcionales", las personas privadas de libertad durante un proceso penal no deben ser alojadas con presos condenados. Ambos instrumentos agregan, en lenguaje casi idéntico, que los procesados "serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas". Como señala el Comité de Derechos Humanos, "dicha separación es necesaria para recalcar su condición de personas no condenadas que están también protegidas por la presunción de inocencia (…)".[120] Cabe señalar que la cláusula de salvedad antes citada se aplica únicamente a la separación y no al "trato distinto".

Según las Reglas Mínimas, el preso sin condena tiene el derecho a procurarse comida, ropa y libros o periódicos, así como a atención médica privada, si está en condiciones de pagarla (Reglas 87, 88 y 90). Esta categoría de reclusos debe gozar de derechos más amplios que los presos sentenciados en materia de correspondencia y visitas familiares y de amigos. En general, los derechos de los procesados deben ser lo más amplios e irrestrictos posible, con la única reserva

---

[119] CIDH, Informe sobre los derechos humanos de los Miskitos, pp. 31-32, párrs. 3-4 (1984). La situación de los derechos humanos en Cuba, p. 62. párr. 35 (1983) (véase también las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre un informe del Reino Unido, A/57/40, párr. 33, 2001).

[120] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 21, párr. 9.

de las restricciones y de la vigilancia necesaria en interés de la administración de la justicia, de la seguridad y del buen orden del establecimiento (Regla 92).

La jurisprudencia sobre este tema no es extensa. El Comité de Derechos Humanos ha indicado que la separación física entre procesados y sentenciados no tiene que ser necesariamente absoluta. En el caso Pinkney, el Comité consideró "que se les debe mantener en locales separados (aunque no necesariamente en edificios separados)", y que el empleo de sentenciados en diversas tareas en sectores de la prisión destinados a procesados no es violatoria del PIDCP "siempre que el contacto entre las dos clases de presos fuere estrictamente el mínimo necesario para realizar esas tareas".[121] La CIDH, en un caso relativo a un motín en el cual murió un número importante de presos, subrayó que muchos de los reclusos afectados eran presos sin condena detenidos junto con condenados. Las serias violaciones que provocaron el motín fueron aún más graves porque "la mayoría de los reclusos (…) en este momento eran detenidos bajo proceso sin condena firme (y por consiguiente bajo la presunción de inocencia) que estaban obligados a convivir en estas situaciones de alta peligrosidad con los reos condenados".[122]

viii) La separación de otras categorías de reclusos

El PIDCP y la Convención Americana consagran la obligación de mantener a los reclusos menores de edad separados de los reclusos adultos. Esta obligación es reafirmada por el artículo 37(c) de la Convención de los derechos del niño, así como por la Regla 8 (d) de las Reglas Mínimas y la Regla 29 de las Reglas para la protección de

---

[121] Comité de Derechos Humanos, Pinkney c. Canadá, párr. 30. El Comité también ha reconocido violaciones del apartado a) del párrafo 2 del artículo 10 en los casos Wolf c. Panamá, párr. 6.8 (1992); Berry c. Jamaica, párr. 11.1 (1994); Griffin c. España, párr. 9.4 (1995), y Morrison c. Jamaica, párr. 8.3 (1999).

[122] CIDH, caso Carandirú c. Brasil, párr. 61.

los menores privados de libertad. La Convención de los derechos del niño condiciona este principio con la frase "a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño". Las Reglas para la protección de los menores privados de libertad, las cuales se aplican a dichos menores cualquiera sea el motivo de su detención, sea de carácter penal u otro, reconocen una excepción para menores privados de libertad con miembros de su propia familia.

Ni el PIDCP ni la Convención Americana definen expresamente al grupo protegido por esta norma. La Convención de los derechos del niño se aplica en principio a toda persona menor de 18 años de edad (art. 1), y las Reglas para la protección de menores privados de libertad se aplican a toda persona menor de 18 años de edad, de acuerdo con la Regla 11. Según la Convención de los Derechos del Niño, el principal objetivo de la regla es asegurar que el adolescente privado de libertad "sea tratado (…) de manera que se tengan en cuenta las necesidades de personas de su edad". En este sentido, las Reglas señalan que: "Deberá garantizarse a los menores recluidos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad" (Regla 12).

En su primera Observación General sobre el artículo 10, adoptada en 1982, el Comité de Derechos Humanos hizo hincapié en el carácter aparentemente absoluto de la obligación de separar a los menores de los adultos.[123] Este comentario no fue incluido en su segunda Observación General sobre el mismo artículo quizás debido a la adopción de la Convención de los derechos del niño y de las Reglas para la protección de los menores privados de libertad en 1989 y 1990, las cuales reconocen ciertas excepciones a esta obligación.

La Observación General No. 21, que reemplaza a la anterior declara al respecto: "Por último, de conformidad con el párrafo 3 del

---

[123] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 9.

artículo 10, los menores delincuentes deben estar separados de los adultos y sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica en cuanto a las condiciones de detención, tales como horarios de trabajo más cortos y contacto con sus familiares a fin de favorecer su reeducación y su readaptación social." Seguidamente, la Observación reconoce la presunción de que toda persona menor de 18 años de edad debe ser reconocida como beneficiaria de la norma: "El artículo 10 no indica ningún límite de edad (…) Aunque cada Estado Parte deberá decidir sobre este particular a la luz de las condiciones sociales y culturales pertinentes, el Comité opinó que el párrafo 5 del artículo 6 sugiere que todos los menores de 18 años deberían ser tratados como menores, al menos en las cuestiones relativas a la justicia penal".[124]

La jurisprudencia sobre esta norma es escasa. En un caso en el cual una persona de 17 años de edad fue detenida en el pabellón de la muerte debido a un error relativo a su edad, el Comité de Derechos Humanos consideró dicha detención violatoria del artículo 10. (Véase la sección 2.6).[125]

El silencio de los tratados de derechos humanos sobre la separación de reclusos y reclusas es sorprendente. Para encontrar una norma sobre esta cuestión, es necesario recurrir a las Reglas Mínimas, las cuales establecen al respecto: "Los hombres y las mujeres deberán ser recluidos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres, y mujeres, el conjunto de locales destinados a las mujeres deberá estar completamente separado" (Regla 8.a). Mientras que el objetivo principal de la separación de los menores de los adultos y de los procesados de los condenados, parece ser el derecho de los menores y de los presos sin condena a un trato especial o preferencial, la prevención de abusos parece ser el objetivo de la separación de reclusos y reclusas. Esto se desprende de la Regla 53 que dispone que "1) En los establecimientos mixtos, la sección de mujeres estará bajo la di-

---

[124] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 21, párr. 13.

[125] Comité de Derechos Humanos, caso Jonson (Clive) c. Jamaica, párr. 10.4 (1998).

rección de un funcionario femenino responsable, que guardará todas las llaves de dicha sección del establecimiento. 2) Ningún funcionario del sexo masculino penetrará en la sección femenina sin ir acompañado de un miembro femenino del personal. 3) La vigilancia de las reclusas será ejercida exclusivamente por funcionarios femeninos. (…)". Aparentemente no hay jurisprudencia sobre la separación de reclusos y reclusas, y la existente sobre el abuso de mujeres privadas de libertad por oficiales parece estar limitada a situaciones de detención irregular.[126] No obstante, es evidente que la legalidad de la privación de libertad en estos casos no es determinante. La jurisprudencia que reconoce la violación y el abuso sexual como formas de tortura tiene una aplicación más amplia. Asimismo, la jurisprudencia sobre la obligación del Estado de proteger la integridad personal de las personas privadas de libertad contra riesgos de todo origen –de la policía, de un guardia o de otros presos– permite presumir que el mantener a una mujer presa en condiciones donde hay un riesgo real de abusos vulnera su derecho a un trato humano, aun cuando la violación consista únicamente en el temor fundado de abuso. Para resumir, la detención de mujeres y hombres juntos también parecería incompatible con el derecho de la mujer a la intimidad y dignidad, salvo en circunstancias muy excepcionales.

Por último, cabe mencionar que las personas con graves trastornos psicológicos no deben estar detenidas junto con otros acusados o delincuentes comunes, sino en instituciones o unidades especializadas. La Regla 82 de las Reglas Mínimas establece al respecto que:

> 1) Los alienados no deberán ser recluidos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales. 2) Los reclusos que sufran otras enfermedades o anormalidades mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos. 3) Durante su permanencia en la prisión, dichos reclusos estarán bajo la vigilancia especial de un médico. (…)

---

[126] Ver CIDH, caso Mejía c. Perú y caso Ortiz c. Guatemala, citados en la sección 2.5.

Según el Comité de Derechos Humanos no es compatible con el artículo 7 del PIDCP mantener por varios meses a presos con enfermedades mentales en la sección psiquiátrica de una prisión mientras se organiza su traslado a un hospital psiquiátrico.[127]

ix) La rehabilitación como finalidad del sistema penal

Tanto el PIDCP (art. 10, párr. 5) como la Convención Americana (art. 5, párr. 6) disponen que "la reforma y la readaptación social" de los presos condenados debe ser el objeto del régimen penitenciario o de la pena. Si bien una interpretación hermenéutica de estas disposiciones podría sugerir que tienen un carácter predominante programático, una incipiente jurisprudencia parece sustentar una interpretación contraria. En el caso Jensen, el Comité de Derechos Humanos tomó nota de "los diversos programas y mecanismos establecidos en el sistema penitenciario del Estado Parte destinados a lograr ese objetivo" y concluyó que "el autor no ha demostrado que la evaluación del Estado Parte sobre los progresos alcanzados en su rehabilitación, y sobre las consecuencias que deberían desprenderse de ésta, plantea problemas con respecto al cumplimiento de lo estipulado en el párrafo 3 del artículo 10".[128] Este pronunciamiento pone en evidencia que el Comité considera en principio admisibles las denuncias de violaciones del párrafo 3, lo que implica el reconocimiento de un derecho subjetivo y exigible de todo preso o, al menos, de todo preso condenado a una sentencia de prisión.

Las Reglas Mínimas definen de manera pormenorizada el contenido de la reforma y rehabilitación de presos. Según las Reglas 63, 66 y 67, un programa de rehabilitación implica el tratamiento individualizado de los reclusos, basado en un estudio interdisciplinario y profesional de sus antecedentes, carácter y aptitudes, así como la

---

[127] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de Bélgica, A/54/40, párr. 88 (1998).

[128] Comité de Derechos Humanos, caso Jensen c. Australia, párr. 6.4 (2001).

repartición de la población penitenciaria en diferentes grupos alojados, cuando sea posible, en instituciones distintas. El tratamiento proporcionado incluirá instrucción, orientación y formación profesional, asistencia social y, si es necesario, médica o psicológica, según las Reglas 62 y 66. Las visitas de la familia son un elemento fundamental en la rehabilitación, y las Reglas hacen hincapié en el deber de facilitar esas visitas, así como en los contactos entre los presos y la sociedad (Regla 61). Otros elementos importantes incluyen los servicios de asistencia religiosa o espiritual, un régimen preparatorio para la libertad y un programa de ayuda pospenitenciaria. (Reglas 59, 60, 64 y 77). La Observación General del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 10 del PIDCP hace referencia a varios de estos elementos, confirmando así su importancia en el régimen requerido por el párrafo 3. Se menciona, entre otros, la enseñanza, educación y reeducación; la orientación y formación profesionales; los programas de trabajo; la individualización y clasificación de los condenados, y la comunicación con familiares, servicios sociales y organizaciones no gubernamentales.

x) Los presos políticos

La normativa internacional sobre derechos humanos no reconoce el derecho de los presos políticos a un régimen especial de detención. El concepto "preso político" es ambivalente, distinguiéndose esencialmente cuatro grupos de reclusos que pueden ser calificados como presos políticos, a saber: los llamados "presos de conciencia", es decir, personas detenidas en razón de sus opiniones, escritos o pronunciamientos; personas sentenciadas por delitos políticos cuya tipificación en sí es incompatible con la normativa internacional en materia de derechos humanos (la organización de un partido político de oposición, por ejemplo); personas sentenciadas por delitos comunes cometidos por motivos políticos; y personas detenidas sin acusación penal, por considerárseles un peligro para la seguridad nacional. La prisión de personas pertenecientes a las dos primeras

categorías es forzosamente incompatible con la normativa internacional, porque conlleva una violación del derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente, así como a posibles violaciones de la libertad de expresión, reunión o asociación, según las circunstancias. La condena por delitos comunes cometidos por motivos políticos (tales como el asesinato de un funcionario público o la comisión de secuestros o robos a fin de financiar un movimiento político) puede ser perfectamente compatible con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos siempre y cuando la tipificación del delito y el proceso seguido respeten los requisitos de debido proceso. La Corte Interamericana señala:

> (…) un Estado "tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad", aunque debe ejercerlos dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana. Obviamente, nada de esto conduce a justificar la violencia terrorista –cualesquiera que sean sus protagonistas– que lesiona a los individuos y al conjunto de la sociedad y que merece el más enérgico rechazo.[129]

La compatibilidad con la normativa internacional de la detención sin cargo penal por razones de seguridad nacional es una cuestión compleja. Para efectos del presente tema, basta indicar que, si bien hay una amplia jurisprudencia que la considera violatoria del derecho a la libertad, existen también antecedentes que permiten argüir que su uso puede estar legitimado como medida de excepción para hacer frente a una verdadera amenaza a la vida de la nación. Este tema es abordado en los Capítulos 5 y 16.

Algunas disposiciones de la normativa y la doctrina internacionales sugieren que los presos políticos pueden tener derecho a un trato especial. Las Reglas Mínimas indican que las personas detenidas por orden administrativa, por considerárseles un peligro para la

---

[129] Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi, párr. 89 (con cita al caso Velásquez Rodríguez, párr. 154).

seguridad nacional, tienen los mismos derechos y privilegios que todo detenido sin condena, pues ambos se benefician de la presunción de inocencia.[130] Las Reglas advierten que toda forma de rehabilitación o reeducación resulta improcedente con respecto a esta categoría de reclusos, por tratarse de personas no condenadas.[131] Las observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre los informes de algunos países también parecen indicar que el Comité considera la rehabilitación de presos políticos una injerencia en su libertad de opinión.[132] El Convenio 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso también prohíbe "la utilización del trabajo forzoso como medio de coerción o de educación política o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido" (art. 1 (a)).

La jurisprudencia sobre el tema de presos políticos es escasa. La CIDH ha advertido que la detención de presos políticos en condiciones peores que los presos comunes puede constituir una forma de discriminación. En su informe publicado en 1980, la CIDH recomienda "Dar un trato humanitario a los detenidos por razones de seguridad u orden público, el cual en ningún caso deberá ser inferior al que se aplica a los reos comunes, teniendo presente en uno y otro caso las normas mínimas para el tratamiento de personas privadas de libertad, aceptadas internacionalmente.[133] En otro informe publicado en 1976, la CIDH recomendó "asegurar la completa separación entre presos políticos y comunes".[134] Esta recomendación parece

---

130 Regla 95, que se aplica a toda persona privada de libertad por orden administrativa.

131 Ibíd.

132 Véase, en particular, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el segundo informe de la República de Corea, A/55/40 vol. 1, párrs. 145-146 (1999).

133 CIDH, Informe sobre los derechos humanos en Argentina, citado en CIDH, *Diez años de actividad 1971-1981*, Washington, 1982, p. 288, párr. 8.

134 CIDH, Informe sobre los derechos humanos en Cuba, citado en CIDH, *Diez años de actividad 1971-1981*, p. 256.

basada en el hostigamiento y las agresiones sufridas por los presos políticos a manos de los presos comunes. La CIDH volvió a manifestar preocupación en dos informes publicados en 1991 y 1992 por la no separación de presos políticos y comunes.[135] La idea de que los presos políticos no pueden ser discriminados sin duda tiene validez. No obstante, en ausencia de pronunciamientos más claros tendientes a confirmar el derecho de los presos políticos a estar separados de los presos comunes, resulta difícil determinar si las observaciones y la recomendación citadas anuncian el desarrollo de una jurisprudencia al respecto.

xi) La discriminación poscarcelaria

La CIDH ha hecho un valioso aporte a la jurisprudencia sobre los derechos de los reclusos al reconocer el derecho del ex-preso y, en particular, del ex-preso político, a no ser sujeto de discriminación por esa condición. La CIDH declaró al respecto:

> Considera la Comisión que el tratamiento acordado por las autoridades cubanas a los expresos y expresos políticos es violatorio de los derechos que a éstos les corresponden por su calidad de personas; asimismo, estima que este trato discriminatorio prolonga en el tiempo, bajo otras modalidades, los castigos de que hayan podido ser objeto durante la privación de su libertad. De allí que la Comisión urja al Gobierno de Cuba para que proporcione a las personas liberadas, luego de haber sido detenidas por actos derivados de discrepancias políticas, las mismas condiciones de vida que les son concedidas a personas de características profesionales equivalentes, sin ser objeto de discriminación de ningún tipo por el hecho de haber cumplido una condena por razones políticas.[136]

---

[135] CIDH, Informe Anual 1990-1991 e Informe Anual 1991, pp. 213 y 470 (ambos relativos a El Salvador).

[136] CIDH, Informe sobre los derechos humanos en Cuba, 1983, p. 64, párr. 41.

Las Reglas Mínimas también hacen alusión a la necesidad de luchar contra los prejuicios que afecten a los ex-presos y obstaculicen su reintegración a la sociedad. La prohibición de discriminación basada en "cualquier otra condición social", consagrada por el PIDCP así como por la Convención Americana, sin duda ampara a los expresos contra medidas discriminatorias. Además, la citada declaración de la CIDH concierne a un Estado no Parte de la Convención Americana, lo que implica que el derecho a no ser discriminado por este motivo está implícito en la Declaración Americana y, por tanto, se aplica a todos los países del Continente.

Capítulo 3
Esclavitud, servidumbre, trata o tráfico de personas y trabajo forzoso

3.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 8

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo:

i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;

ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.

iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;

iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 6. Prohibición de la esclavitud y servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

3.2 Normativa complementaria

Convención sobre la esclavitud

Artículo 1

A los fines de la presente Convención se entiende que:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud

Artículo 1

Cada uno de los Estados Partes en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación, dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la esclavitud, firmado en Ginebra en 25 de septiembre de 1926:

a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía

de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

i) Una mujer, sin que le asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;

iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

Convenio 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio

Artículo 2

1. A los efectos del presente Convenio, la expresión "trabajo forzoso u obligatorio" designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

2. Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión "trabajo forzoso u obligatorio" no comprende:

a) Cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;

b) Cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;

c) Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

d) Cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y, en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población;

e) Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan el derecho de pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 6

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas

Artículo 3

Para los fines del presente Protocolo:

a) por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales

Artículo 16. Los menores de 14 años y los que habiendo cumplido esa edad, sigan sometidos a la enseñanza obligatoria en virtud de la legislación nacional, no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo. Las autoridades encargadas de vigilar el trabajo de estos menores podrán autorizar su ocupación cuando lo consideren indispensable para la subsistencia de los mismos, o de sus padres o hermanos y siempre que ello no impida cumplir con el mínimo de instrucción obligatoria.

La jornada de los menores de 16 años no podrá ser mayor de 6 horas diarias o de 36 semanales, en cualquier clase de trabajo.

Artículo 17. Es prohibido el trabajo nocturno y en las labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años; las excepciones referentes al descanso hebdomadario contenidas en la legislación de cada país, no podrán aplicarse a estos trabajadores.

3.3 Consideraciones generales

i) Reseña histórica de la normativa pertinente

Este capítulo examina cuatro formas extremas de la explotación del ser humano: la esclavitud, la servidumbre, la trata o el tráfico de personas y el trabajo forzoso. La prohibición de la esclavitud puede considerarse el primer paso en la construcción del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). En 1814, el Tratado de París reconoció la necesidad de la cooperación internacional para poner fin a esta práctica, y al año siguiente una disposición del Tratado de Viena expresó la condena de la misma. El Tratado de Bruselas de 1890 reconoció el derecho de los Estados Partes a allanar buques en alta mar a fin de hacer cumplir la prohibición de la esclavitud.

Durante la primera mitad del siglo XX hubo avances importantes en la materia. La Sociedad de Naciones adoptó una Convención contra la

Esclavitud en 1926, y en 1930 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el Convenio 29 contra el trabajo forzoso.

Curiosamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos prohíbe la esclavitud sin mencionar la servidumbre, la trata de personas ni el trabajo forzoso, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) ni siquiera contiene una prohibición expresa de la esclavitud. Esta laguna no tiene mayor importancia puesto que la esclavitud –al igual que la desaparición forzosa de personas– es por naturaleza violatoria de múltiples derechos fundamentales que son reconocidos por esta Declaración, comenzando por la libertad misma. El silencio de ambas Declaraciones sobre la servidumbre, la trata de personas y el trabajo forzoso es quizás una laguna más importante.

Tanto el PIDCP como la Convención Americana prohíben cada una de estas prácticas –esclavitud, servidumbre, trata y trabajo forzoso– en artículos sustancialmente idénticos. Las disposiciones de estos artículos relativas al trabajo forzoso: el artículo 8.3 del PIDCP y 6.2 de la Convención Americana, se inspiran en la definición consagrada en el Convenio 29 de la OIT.

Entre la adopción en 1948 de las declaraciones Universal y la Americana, y la adopción de los grandes pactos sobre derechos humanos en la década de los sesenta, se promulgan dos instrumentos que amplían la protección de la mujer frente a estas prácticas: el Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena de 1949, y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956. La Convención sobre los derechos del niño, de 1989, viene a completar el cuadro normativo con disposiciones específicas sobre la trata de niños.

Hoy día, la mayor parte de estas prácticas son tipificadas como delitos de lesa humanidad, como se verá en las secciones correspondientes. El proceso de transformación de algunas de estas prácticas en delitos contra el orden penal internacional recibe un impulso importante con la adopción de los principios de Nüremberg por las Naciones Unidas en 1950, y se consolida con la reciente adopción y

entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional.[1] La Convención contra la delincuencia organizada transnacional (arts. 15 y 16) y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas (art. 13), establecen las bases de la "jurisdicción universal" para el delito de trata de personas.

ii) Alcance y fuentes del capítulo

Las fronteras entre las diferentes formas de explotación de la persona no están muy delimitadas. La trata o el tráfico de personas normalmente consiste en ciertos hechos (venta, transporte, entre otros) realizados con respecto a una persona sometida a esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, o a fin de reducirla a esta condición.[2] Si bien la esclavitud no se confunde con el trabajo forzoso, hay una zona gris entre esclavitud y servidumbre, y otra entre servidumbre y trabajo forzoso. Un reciente informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dedicado al trabajo forzoso se refiere a la servidumbre como una forma agravada del mismo.[3] Se ha registrado, incluso, el uso de expresiones híbridas, como las de "servidumbre forzada" y "semiesclavitud".[4] El contenido de cada uno de estos conceptos es abordado en la sección correspondiente.

---

1 Los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg fueron aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950; el Estatuto de la Corte Penal Internacional fue aprobado en 1998 y entró en vigor en 2002.

2 Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas (art. 3).

3 "Alto al trabajo forzoso", Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, párr. 6.

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil, cap. VII, párrs. 19, 21, 25 y 47 c).

Ciertas formas de explotación de la mujer, en particular el matrimonio no consentido y el matrimonio prematuro, se analizan en la parte del capítulo dedicada a los derechos de la mujer, así como en la parte del Capítulo 13 relativa al derecho a casarse. El tema de la explotación de personas menores de 18 años de edad es abordado en términos generales en la parte del Capítulo 13 dedicado a los derechos del niño y de la familia.

La doctrina del Comité de Derechos Humanos relativa a la materia del presente capítulo es escasa. En el sistema interamericano estos temas tampoco han recibido gran atención. La jurisprudencia de los órganos competentes de la OIT y en particular la de la Comisión de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones es abundante, en particular con respecto al tema del trabajo forzoso. La Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por su parte, ha prestado específicamente interés al tema de la esclavitud. En consecuencia, el presente Capítulo concede un lugar importante a la doctrina y jurisprudencia de estas fuentes, así como a las disposiciones de los instrumentos complementarios antes señalados.

3.4 Esclavitud

La esclavitud, como se ha señalado, está prohibida expresamente por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana, pero ninguno de estos instrumentos contiene una definición del término. La definición más autorizada es la contenida en el artículo 1.1 del Convenio contra la esclavitud de 1926 que establece que "La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos".[5]

---

[5] Esta definición fue empleada por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que elaboró el informe sobre esclavitud publicado en 1966 (párr. 11), por la Relatora Especial de la Subcomisión sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, E/CN.4/Sub.2/1998/13, párr. 27, entre otros.

El informe del Relator Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado del tema de las convenciones sobre esclavitud observa que la expresión "algunos de" los atributos del derecho de propiedad da cierta flexibilidad a la definición y permite que la tipificación no se circunscriba a la esclavitud en el sentido más clásico.[6] A continuación se señalan tres factores que sirven para determinar cuándo se satisface este requisito:

> Las condiciones en que se encuentra la persona sometida a esclavitud es [sic] fundamental para determinar las prácticas en que consiste la esclavitud, incluidas: i) el grado de restricción del derecho inherente de la persona a la libertad de circulación; ii) el grado de control de la persona sobre sus pertenencias personales; y iii) la existencia de consentimiento con conocimiento de causa y plena comprensión de la naturaleza de la relación entre las partes.[7]

En un informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) calificó de esclavitud la práctica de obligar a peones a trabajar sin salario, mediante violencia, tortura y amenaza de muerte.[8]

La Corte Internacional de Justicia, en su sentencia en el caso Barcelona Traction, reconoció la prohibición de la esclavitud como parte del derecho internacional general o consuetudinario vinculante para todos los miembros de la comunidad internacional.[9]

El Estatuto de la Corte Penal Internacional reproduce la definición contenida en el Convenio sobre la esclavitud de 1926 y agrega una referencia al tráfico de personas:

---

6 Subcomisión de Derechos Humanos, Estudio actualizado sobre la aplicación y el seguimiento de las convenciones sobre la esclavitud, E/CN.4/Sub.2/2000/3.

7 Ibíd., párr. 19.

8 CIDH, Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil, párr. 39, pp.126-127 (1997).

9 Corte Internacional de Justicia, caso Barcelona Traction, segunda fase, sentencia del 5 de febrero de 1970, párrs. 34-35.

> Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; (…) (art. 7.2 c), Crímenes contra la humanidad).

El Estatuto también tipifica la "esclavitud sexual" como crimen de guerra, cuando es cometido en el contexto de un conflicto armado, en gran escala o como parte de un plan o política establecida (arts. 8.1 y 8.2 xxii). La jurisprudencia de la Comisión de Expertos de la OIT aplica el concepto de "esclavitud sexual" incluso a situaciones ocurridas antes de la adopción del Estatuto.[10] La Relatora Especial de la Subcomisión de las Naciones Unidas encargada del tema de la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado consideró que el término "sexual" debería emplearse "como adjetivo para describir un tipo de esclavitud, no para indicar un delito distinto".[11] La Relatora observa que el hecho de mantener a una persona en un estado de disponibilidad sexual permanente contra su voluntad puede considerarse como la reducción de una persona al estatus de propiedad y subraya que "En la definición de esclavitud están implícitas limitaciones de la autonomía, la libertad de circulación y el poder de decidir cuestiones relativas a la propia actividad sexual".[12] Por ende, concluye, "La esclavitud sexual también abarca la mayoría, si no la totalidad de las formas de prostitución forzada".[13]

La Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada en 1956 con el propósito de ampliar el alcance de la Convención de 1926 sobre la Esclavitud, prohíbe, entre otras

---

[10] OIT, Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, 2003, p.127 (Japón).

[11] Relatora Especial de la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempos de conflicto armado, E/CN.4/Sub.2/1998/13, párr. 30.

[12] Ibíd., párrs. 27 y 29.

[13] Ibíd., párr. 31.

cosas, ciertas prácticas que afectan a las mujeres, a los niños y a los adolescentes. En lo que concierne a la mujer la prohibición se aplica a:

> Toda institución o práctica en virtud de la cual:
> i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
> ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
> iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; (art. 1 c).

La parte inicial del artículo citado se refiere a la necesidad de abolir dichas instituciones y prácticas "les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud." Las prácticas descritas en cada uno de estos tres incisos entrañan la imposición a la mujer de ciertas características de propiedad, de manera que deben considerarse formas de esclavitud a tenor de la definición contenida en el Convenio de 1926. Los trabajos preparatorios de este Convenio indican, recuerda el Relator Especial de la Subcomisión, que tanto "la compra de niñas mediante pago que se hace pasar por dote" como "la adopción de niños de cualquier sexo con el fin de reducirlos a virtual esclavitud o deshacerse de sus personas" constituyen formas de esclavitud.[14]

3.5 Servidumbre

Tanto el PIDCP como la Convención Americana prohíben la servidumbre, sin definirla. Seguramente se consideró innecesaria la incorporación de una definición habida cuenta de la existencia de la Convención

---

[14] Naciones Unidas, Convenio sobre la esclavitud, E/CN.4/Sub.2/2000/3, párrs. 9 a 11 y notas 13 y 14.

Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada en 1956 con el propósito de ampliar el alcance de la Convención de 1926 sobre la esclavitud,[15] cuyos dos primeros apartados de su artículo primero tipifican dos formas de servidumbre, a saber:

> a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;
>
> b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

Un informe reciente de la CIDH ofrece la siguiente descripción de la servidumbre por contratación coercitiva en zonas rurales:

> La forma típica de esta práctica de servidumbre forzada es reclutar a los trabajadores, generalmente en otro Estado donde existen condiciones extremas de pobreza y desempleo rural (…) y ofrecerles un salario atractivo para trabajar en otro Estado.
>
> Al llegar los trabajadores a la plantación donde deberán trabajar, encuentran que ya son "deudores" de los contratistas por el transporte y comida del traslado; tienen además que pagar su comida y habitación en el establecimiento; y que las condiciones de trabajo son mucho peores de lo prometido y en general ilegales. Sea porque el salario es me-

---

[15] Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, último párrafo del preámbulo.

> nor del prometido o porque se mide por hectárea trabajada y las condiciones son más difíciles de las que les habían indicado, el salario real no alcanza para enfrentar las "deudas" que se les imputan. Al mismo tiempo se les amenaza que no pueden abandonar la hacienda sin hacer efectivo previamente el pago. Cuando a veces lo intentan, sicarios de los contratistas los detienen encañonándolos con armas de fuego, y en caso de que no acepten la amenaza, les disparan. Como las haciendas son aisladas, estas tentativas de lograr la libertad son difíciles y riesgosas, y en muchos casos les significan la muerte.[16]

La existencia de esta práctica –calificada de semiesclavitud– en gran escala requiere la convergencia de dos factores: la desigualdad, pobreza y mala distribución de tierras, por una parte, y la lentitud e inoperancia del sistema de justicia, por otra.[17]

Un informe reciente de la OIT señala la existencia de esta forma de servidumbre en varios países del continente americano. El mecanismo básico que sirve para perpetuar esta forma de "trabajo prácticamente no remunerado con la obligación de prestar servicios" consiste en "proporcionar medios de subsistencia a los trabajadores (…) mediante una deuda que debe saldarse con la producción de bienes y la prestación de servicios".[18] El analfabetismo e incapacidad de hacer cálculos aritméticos facilita el fraude, que impide a los trabajadores saldar su deuda y romper el ciclo de dependencia.[19] El pago con vales –prohibido expresamente por la Carta Americana de Garantías Sociales– es otra práctica que sirve para perpetuar esta forma de servidumbre.[20] El trabajo muchas veces es por temporada

---

16 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, párrs. 21-22, p.123 (1997).

17 Ibíd., párr. 47, p. 129. Un informe reciente de la OIT también analiza la existencia de servidumbre por deudas en Brasil. Alto al Trabajo Forzoso, cit., párrs. 66 a 81.

18 Alto al Trabajo Forzoso, cit., párr. 58 (2001).

19 Ibíd., párr. 82.

20 El artículo 10 de la Carta Americana de Garantías establece en lo pertinente: "El salario debe pagarse en efectivo, en moneda legal."

y en zonas rurales aisladas. Algunas veces, la familia entera participa en la faena, lo que puede perjudicar la salud y educación de los niños; otras veces, los desplazamientos de los equipos de trabajo bajo control de un contratista perjudican la vida familiar.[21] Los trabajadores indígenas no calificados parecen ser más vulnerables a esta práctica.[22] Cabe recordar que el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales establece la obligación de asegurar que "Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas (…)" (art. 20.3 c).

3.6 Trata y tráfico de personas

La Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDCP prohíben, como se señaló, la trata de esclavos. La Declaración Americana no contiene referencia alguna a la trata o tráfico de personas, pero el artículo 6 de la Convención Americana prohíbe la trata de esclavos y de mujeres "en todas sus formas."

El significado original de la palabra "trata" era la venta de un esclavo. Este término se incluyó más tarde en la expresión "trata de blancas" para referirse al tráfico de mujeres para efectos de prostitución, aún cuando esta forma de tráfico no necesariamente consiste en la venta de la persona. La palabra "tráfico" aludía a un negocio ilícito y en este contexto se refería en particular al movimiento o transporte de personas. En algunos instrumentos y documentos, sobre todo del sistema universal, se nota una tendencia a emplear los términos "trata" y "tráfico" como sinónimos. Se ha sostenido que el significado correcto de los dos conceptos es muy distinto, puesto que el tráfico consiste esencialmente en la facilitación por un tercero de la migración ilegal, la cual normalmente no conlleva violaciones de los derechos humanos del migrante, mientras que la tra-

---

21 Ibíd., párrs. 68-69.

22 Ibíd., párrs. 59 a 62.

ta no implica necesariamente el cruce de fronteras internacionales, pero sí incluye elementos de coacción, violencia física o psíquica, abuso y explotación laboral o sexual violatorios de los derechos de la víctima.[23] No obstante, si bien esta distinción parece lógica y está consagrada por los dos Protocolos a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional –el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas y el protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire– es menester aclarar que esta distinción no es aplicada en forma consistente por otros instrumentos, ni por la doctrina. La definición de esclavitud contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, se refiere al tráfico de mujeres y niños (art. 7.2 c).

La doctrina y la jurisprudencia de los principales órganos del sistema universal y del interamericano sobre la trata son escasas. En los últimos años, las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos demuestran una preocupación creciente por la trata de mujeres para fines de explotación sexual, a pesar de que el artículo 8 no la menciona expresamente. En una oportunidad, el Comité señaló que "El Estado deberá adoptar enérgicas medidas para luchar contra esta práctica, que constituye una violación de varios derechos enunciados en el Pacto, como el del artículo 3 y el del artículo 8 de no ser sometido a servidumbre o esclavitud." Las observaciones finales del Comité sobre los informes de distintos Estados Partes en el PIDCP han señalado reiteradamente que esta forma de trata vulnera el artículo 8, entre otros.[24] En otra ocasión, el Comité hizo un valioso comentario sobre las obligaciones de los Estados con respecto a las víctimas de trata, a saber:

---

[23] Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes, OIT/OIM, p. 8 (2002).

[24] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de la República Checa, párr. 13 (A/56/40, p. 82); véanse también las Observaciones finales sobre los informes de Azerbaiyán, párr. 15 (A/57/40, p. 41); Georgia, párr. 15 (A/57/40, p. 47); Venezuela, párr. 16 (A/56/40, p. 44), y Kirguistán (A/55/40, pp. 403-404).

> El Comité deplora que mujeres llevadas a Israel para ejercer la prostitución, muchas de las cuales han sido llevadas engañadas o coaccionadas, no estén protegidas como víctimas de un tráfico sino sujetas a penas de deportación como resultado de su presencia ilegal en Israel. Este planteamiento del problema impide en realidad que esas mujeres puedan pedir reparación por la violación de sus derechos en virtud del artículo 8 del Pacto. El Comité recomienda que se hagan serios esfuerzos para buscar y castigar a los traficantes, que se establezcan programas de rehabilitación para las víctimas y que se garantice que éstas puedan utilizar las vías legales de recurso contra los delincuentes.[25]

La prohibición de ambas formas de trata es antigua, como se señaló, pero en los últimos años se ha registrado un recrudecimiento de la trata de mujeres, del tráfico de niños y el crecimiento vertiginoso de nuevas formas de tráfico de personas, algunas de ellas vinculadas al trabajo forzoso.[26] En el ámbito universal, estos fenómenos han motivado el desarrollo de nuevas normas e instrumentos.

El primero de ellos es el artículo 35 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, que prohíbe "el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma." En el año 2000 se adoptó un Protocolo a la Convención, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. El Protocolo contiene la siguiente definición de venta: "Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución" (art. 2 a).

En el mismo año se adoptó otro instrumento, el Protocolo a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional denominado Protocolo para prevenir y sancionar la trata de personas, que en su artículo 3 contiene una valiosa definición de la trata de personas en general:

---

[25] Comité de Derechos Humanos, párr. 16 (A/53/40, p. 59).

[26] El informe "Alto al trabajo forzoso" describe el fenómeno de trata de personas como "un problema cada vez más alarmante", párr. 141.

a) por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

Otras dos disposiciones del artículo 3, que se refieren a personas menores de 18 años de edad, complementan la definición básica. El acápite c) dispone que "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará 'trata de personas' incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo"; y el d) establece que por "niño se entenderá toda persona menor de 18 años." La Comisión de Expertos de la OIT reprodujo esta definición textualmente en su informe del año 2001, lo que parece indicar que considera que su relevancia trasciende los límites del Protocolo y de la Convención respectiva.

El más reciente informe de la OIT en la materia contiene la siguiente descripción de las nuevas formas de tráfico de personas:

(…) En su forma más simple [el tráfico] supone un movimiento de personas a objeto de llevar a cabo un trabajo, y muy probablemente para meterlas en actividades o empleos ilegales que se llevarán a cabo en unas condiciones de trabajo inferiores a las normas establecidas por la

> ley. En ellas un agente, captador y transportista que seguramente obtendrá beneficios de su intervención.
>
> La coacción no suele ser evidente al principio del proceso o ciclo de la trata. La persona de que se trate puede iniciar un acuerdo con el agente captador de manera aparentemente voluntaria, aunque con frecuencia sin haber recibido una información completa. Pero en el lugar de destino, las condiciones suelen suponer coacciones que pueden incluso adoptar la forma de restricciones físicas de la libertad de movimientos, abuso o violencia y fraude, con frecuencia en forma de impago de los salarios prometidos. Las víctimas se encuentran con frecuencia atrapadas en la servidumbre por deudas y en otras condiciones análogas a la esclavitud.[27]

Las causas del tráfico de personas incluyen la pobreza y endeudamiento sobre de familias rurales, que parecen ser las más afectadas; el analfabetismo y escaso nivel de educación, que dificultan un empleo decente y facilitan la explotación, y la discriminación, en particular la discriminación contra la mujer.[28]

De acuerdo con el PIDCP y la Convención Americana, la obligación básica del Estado con respecto al tráfico de personas es prohibirlo. El Protocolo a la Convención sobre los derechos del niño también establece una serie de obligaciones más concretas para la represión de esta práctica. Con respecto a la venta de niños, estas obligaciones incluyen la de tipificar penalmente la oferta, entrega o recepción de un niño o una niña con fines de su explotación sexual, trabajo forzoso o transferencia de sus órganos con fines de lucro (art. 3.1 a). El artículo 4 del Protocolo prevé el desarrollo de la llamada "jurisdicción universal", mediante el reconocimiento por todos los Estados Partes de la competencia de sus tribunales no sólo sobre delitos ocurridos en su territorio o contra un nacional, o cometidos

---

[27] Ibíd., párrs. 146-147.

[28] Ibíd., párr. 167.

por un nacional, sino también cuando el presunto autor de la violación se encuentre en el territorio nacional.[29] La Convención contra la delincuencia organizada transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas hace lo mismo, como se ha señalado.

La importancia del reconocimiento de los derechos de las víctimas de trata ha sido señalada por el Comité de Derechos Humanos en las observaciones finales citadas arriba. El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas contiene disposiciones pormenorizadas al respecto, que hacen un aporte valioso a la normativa en esta materia. La obligaciones de los Estados en general están definidas en el artículo 6, que dispone lo siguiente:

> 1. Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.
>
> 2. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda:
> a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes;
> b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa;
>
> 3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, sicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación

---

[29] El concepto de jurisdicción universal está descrito en el Capítulo 2.

con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de:
a) Alojamiento adecuado;
b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender;
c) Asistencia médica, sicológica y material; y
d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.

4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.

5. Cada Estado Parte se esforzará por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio.

6. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos.

El artículo 7 agrega que los Estados "receptores" de víctimas de trata deben considerar la posibilidad de "que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda", habida cuenta de los "factores humanitarios y personales" pertinentes. El artículo 8, relativo a la repatriación de víctimas, consagra la obligación del país de nacionalidad o residencia permanente a aceptar y facilitar la repatriación de la víctima sin demora y en condiciones de seguridad.

3.7 Trabajo forzoso

i) El concepto de trabajo forzoso

El PIDCP y la Convención Americana también prohíben el trabajo forzoso, sin definirlo. La definición más aceptada es la del Convenio 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado en 1930. El artículo segundo del Convenio reza: "A los efectos del presente Convenio, la expresión 'trabajo forzoso u obligatorio' designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente" (art. 2.1). La definición básica del Convenio se complementa mediante cinco apartados que establecen excepciones a la prohibición. Cuatro de estas excepciones fueron incorporadas al PIDCP y a la Convención Americana. Las similitudes entre la redacción del artículo 8 del PIDCP, 6 de la Convención y 2 del Convenio 29 respaldan la idea de que la definición básica consagrada por el Convenio 29 es válida igualmente para el PIDCP como para la Convención Americana.

En el año 1998 la OIT adoptó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, cuyo artículo 2:

> Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:
>
> a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
> b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
> c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
> d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Esto significa, en efecto, el reconocimiento de que la prohibición de las cuatro prácticas mencionadas forma parte del derecho internacional general o consuetudinario vinculante para todos los miembros de la comunidad de naciones.

En cuanto a la definición de trabajo forzoso, la doctrina de la Comisión de Expertos de la OIT indica que el elemento de "pena cualquiera" no significa necesariamente una sanción penal, sino que puede tratarse de la privación de cualquier derecho o ventaja.[30] La legislación que prohíbe el empleo de personas que no hayan cumplido con el servicio nacional, por ejemplo, priva a las personas afectadas de un derecho y por tanto es incompatible con esta disposición del Convenio 29.[31] Asimismo, la obligación de reembolsar el costo de la educación o formación recibida representa una "pena" para efectos de esta cláusula.[32] La prohibición de trabajo forzoso se extiende a todo trabajo no ofrecido voluntariamente, sea remunerado o no.[33]

Según un informe de la OIT, las principales formas de trabajo forzoso incluyen las siguientes:

- la participación obligatoria en proyectos de obras públicas
- el trabajo forzoso en la agricultura (sistemas de contratación coercitiva)
- los trabajadores domésticos en situaciones de trabajo forzoso
- el trabajo forzoso impuesto por los militares

---

30 "Abolición de trabajo forzoso, estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones", párr. 21, 1979, citado y reafirmado en el Informe de la Comisión de Expertos, 2001, párr. 105. En este contexto el término "doctrina" se refiere a los estudios generales sobre distintos temas que presentan en forma sintética la jurisprudencia de la Comisión de Expertos, y el término "jurisprudencia" a las observaciones sobre las denuncias examinadas por la Comisión y publicadas en el informe anual de ésta a la Conferencia Internacional de Trabajo.

31 OIT, Informe de la Comisión de Expertos, 2003, p. 102 (Argelia).

32 Ibíd., párr. 125 (Irak).

33 Ibíd., pp. 156-157 (Myanmar).

- algunos aspectos de trabajo en los establecimientos penitenciarios y de la rehabilitación por medio de trabajo.[34]

Con respecto a las trabajadoras domésticas, se señala lo siguiente:

> El trabajo doméstico en sí no es, por supuesto, trabajo forzoso. No obstante, puede degenerar en trabajo forzoso cuando hay servidumbre por deudas o trata de personas, o cuando se impide físicamente que los trabajadores salgan del hogar del empleador o se retienen sus documentos de identidad. (…) En las peores situaciones hay violencia, y en ciertos casos se llega hasta la violación y/o la tortura.[35]

La jurisprudencia también señala que las disposiciones legislativas que condicionan el derecho de los funcionarios públicos a renunciar a sus puestos "tienen por efecto transformar una relación contractual basada en la voluntad de las partes en un servicio impuesto por la ley (…) incompatibles con el Convenio".[36]

Una característica del trabajo forzoso es que, con frecuencia, el autor de la violación es una persona o grupo sin vínculo con el Estado, tal como los terratenientes, las empresas, las familias e, incluso, los grupos armados independientes. Por este motivo, la Comisión de Expertos insiste sobre la obligación del Estado de imponer "sanciones penales realmente eficaces y que se apliquen estrictamente".[37] Las obligaciones del Estado incluyen, por supuesto, "la cabal investigación" de presuntos casos de trabajo forzoso.[38] Las medidas

---

34 "Alto al trabajo forzoso", cit., párr. 6. Las otras prácticas enumeradas son la esclavitud y el secuestro, "el trabajo forzoso en el tráfico de personas" y la servidumbre por deudas.

35 OIT, Informe de la Comisión de Expertos, 2003, párr. 83.

36 Ibíd., p. 103 (Burkina Faso).

37 Ibíd., p. 149, párr. 5 (Marruecos); p. 111 (Emiratos Árabes Unidos).

38 Ibíd., párr. 41, p. 167 (Myanmar). Cita el párr. 539 de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta contenidas en el informe presentado en 1998.

de carácter administrativo "bajo ningún concepto cumplen con los requisitos del Convenio".[39]

ii) El trabajo penal

Los artículos 8 del PIDCP y 6 de la Convención Americana excluyen de la prohibición genérica de dicha práctica ciertas formas de trabajo forzoso. Una de las formas de trabajo forzoso excluida de la prohibición por ambos instrumentos es el trabajo penal. La estructura de los artículos 8 del PIDCP y 6 de la Convención Americana es similar, en que ambos establecen dos excepciones distintas relativas al trabajo de presos. La primera, plasmada en el párrafo 3 b) del artículo 8 del PIDCP y en el párrafo 2 del artículo 6 de la Convención se refiere a la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, impuesta por sentencia de un tribunal competente. La Convención impone una condición a esta excepción, a saber: "El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido." La segunda disposición común sobre esta materia, contenida en el artículo 8.3 c) i) del PIDCP y en el artículo 6.3 a) de la Convención Americana exime a "Los trabajos o servicios que (…) se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional".[40] De nuevo, la Convención Americana establece una condición que no figura en el PIDCP, a saber: que "Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter

---

[39] Ibíd., párr. 43, p. 168.

[40] La cita reproduce el texto del artículo 8.3 c) i) del PIDCP; el texto del artículo 6.3 a) de la Convención Americana reza: "los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente."

privado." Esta condición se basa en el Convenio 29, que establece una excepción para:

> Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado (art. 2.2 c).

A diferencia del PIDCP y de la Convención Americana, el Convenio 29 no contiene una excepción para penas de trabajo forzoso. También hay una diferencia relativa al alcance de la excepción para otros trabajos y servicios de presos; la excepción establecida por el artículo 2.2 c) del Convenio se aplica únicamente a reos condenados, mientras que la establecida por el artículo 8.3 c) i) del PIDCP y el artículo 6.3 la Convención Americana es aplicable a toda persona presa o detenida en virtud de una decisión o resolución judicial.[41] Estas diferencias entre el contenido de dichos instrumentos hacen que la jurisprudencia del Comité de Expertos de la OIT tenga una relevancia limitada y debe ser aplicada con cautela. Aún así, guarda relevancia en la interpretación de disposiciones comunes al Convenio y a los demás instrumentos y, habida cuenta de la escasez de doctrina y jurisprudencia sobre la de otras fuentes, conviene tomarla en cuenta.

La doctrina de la Comisión de Expertos de la OIT hace hincapié en las dos restricciones implícitamente contenidas en la cláusula "una condena pronunciada por sentencia judicial". En primer lugar, el Convenio 29 prohíbe imponer la obligación de trabajar a las personas en detención preventiva o administrativa, es decir, personas de-

---

[41] El representante de la OIT en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, que adoptó la Convención Americana, llamó la atención sobre esta diferencia entre el entonces proyecto de Convención y el Convenio 29. Actas y Documentos de la Conferencia, p. 129.

tenidas en virtud de una acusación penal que no han sido sentenciadas y personas recluidas sin acusación penal.[42] En segundo lugar, el Convenio prohíbe "la imposición de trabajo obligatorio por autoridades administrativas o por otros organismos no judiciales."[43] La legislación sobre la vagancia, que obliga a las personas indigentes o sin empleo a instalarse en granjas en las cuales están constreñidas a participar en actividades laborales también es violatoria de la prohibición de trabajo forzoso.[44] La legislación en materia fiscal o de asistencia social, que impone la obligación de trabajar sin sentencia impuesta por un tribunal judicial también contraviene este precepto.[45]

La doctrina subraya que la referencia a una sentencia judicial

> (…) tiene por objeto asegurar que no se impone un trabajo penitenciario sin que se observen las garantías previstas en los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de las naciones, como, por ejemplo, la presunción de inocencia del acusado, la igualdad de todos ante la ley, la regularidad e imparcialidad del procedimiento judicial, la independencia e imparcialidad de los tribunales, las garantías necesarias para su defensa, la definición exacta del delito y la no-retroactividad del derecho penal".[46]

Esta doctrina parece, en efecto, establecer un restricción adicional, a saber: que sería incompatible con el Convenio 29 exigir servicios de un preso que fue condenado en un proceso viciado por violaciones del debido proceso.[47]

---

42 OIT, "Abolición de trabajo forzoso", cit., párr. 90.

43 Ibíd., párr. 94.

44 Ibíd., párrs. 95-96; Informe de la Comisión de Expertos, 2003, p. 177 (Singapur); 181 (Uganda).

45 OIT, "Abolición de trabajo forzoso", cit., párr. 96; Informe de la Comisión de Expertos, 2003, p. 104 (Chad).

46 OIT, "Abolición de trabajo forzoso", cit., párr. 94.

47 Esta interpretación es análoga a la del Comité de Derechos Humanos relativa a la imposición de la pena de muerte, el derecho a la vida y el debido proceso, presentada en el Capítulo 1.

Obviamente, estas reglas no se aplican a trabajo voluntario.[48] Refiriéndose a los presos sin condena, una observación reciente recalca que "sólo podrán trabajar de forma puramente voluntaria y cuando lo pidan".[49] La doctrina indica que la prohibición de trabajos penales forzosos no impide obligar al preso a asegurar la limpieza de su propia celda.[50] Asimismo, los trabajos que forman parte de un programa de capacitación profesional tampoco son prohibidos.[51]

El contexto de la privación de libertad hace más difícil determinar cuándo una decisión tomada por un recluso o preso puede considerarse libre de toda coacción. La Comisión de Expertos considera que la decisión de trabajar no debe considerarse voluntaria cuando las únicas alternativas son el ocio y el aburrimiento, debido a la falta de actividades de otra índole.[52] Asimismo, la decisión de trabajar no es voluntaria cuando puede influir en la duración efectiva de la privación de libertad, por ejemplo, porque se toma en cuenta a la hora de determinar si un preso merece libertad condicional.[53] Por último, la Comisión de Expertos

> (…) reafirma su conclusión anterior según la cual las condiciones que se aproximen a una relación de trabajo libre son el indicador más fiable del carácter voluntario del trabajo. Estas condiciones no tienen necesariamente que ser idénticas a las que se aplican en el mercado libre, pero en materia de salarios, seguridad social, seguridad y salud e inspección del trabajo, las condiciones en que se efectúe el trabajo penitenciario

---

48 Un análisis de apartado c) del párrafo 2 del segundo artículo del Convenio 29 publicado en el Informe de la Comisión de Expertos en 2001, recalca que las cinco excepciones "sólo se establecen para los casos en que el trabajo o servicio se exige por fuerza u obligación", párr. 108.

49 OIT, Ibíd., p. 105 (Chad). Véase también la p. 147 (Madagascar) y "Abolición de trabajo forzoso", párr. 90.

50 OIT, "Abolición de trabajo forzoso", cit., párr. 90.

51 Ibíd., párr. 20; Informe general de la Comisión de Expertos para 2001, párr. 117.

52 Ibíd., párr. 129.

53 Ibíd., párrs. 130-132.

> no deberían ser desproporcionadamente inferiores a las que prevalecen en el mercado libre de manera que puedan considerarse como condiciones de explotación. (…)[54]

Tanto el Convenio 29 como la Convención Americana establecen que el trabajo penitenciario es lícito a condición de realizarse "bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado." Con motivo de la creciente tendencia a confiar la administración de prisiones a empresas privadas, la Comisión de Expertos adoptó un análisis pormenorizado de este requisito en su informe del año 2001. Su análisis contiene la siguiente observación:

> La Comisión siempre ha establecido claramente que las dos condiciones deben aplicarse de manera acumulativa e independiente, ello significa que el hecho de que un recluso permanezca en todo momento bajo la supervisión y control de una autoridad pública no exime al Estado de la obligación de cumplir con la segunda condición, a saber, que la persona de que se trata no ha de ser cedida o puesta a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.[55]

La Comisión de Expertos también concluyó que la expresión "cedido o puesto a disposición de particulares, compañías (…)" incluye la situación de un preso que cumple su pena en una prisión administrada por una empresa privada, sin importar los términos del contrato entre el Estado y la empresa.[56]

El sistema universal cuenta con una serie de instrumentos normativos sobre los derechos de los presos.[57] El primero y más citado, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, disponen

---

[54] Ibíd., párr. 143.

[55] Ibíd., párr. 119.

[56] Ibíd., párr. 123.

[57] Véase la sección 2.10 del Capítulo 2 sobre los derechos de los presos.

que el preso sin condena debe tener la oportunidad, pero no la obligación, de trabajar (Regla 89). Con respecto a los presos condenados, las Reglas disponen que "Todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental (…)" pero "El trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo" (Regla 71, incisos 2 y 1, respectivamente). La reglamentación sobre esta materia es pormenorizada y reconoce, entre otros derechos y principios, el derecho a una remuneración equitativa, a condiciones de trabajo similares a las de otros trabajadores, y que el objetivo principal debe ser la formación profesional del preso y no los beneficios para la administración o industria penitenciaria (Reglas 76, 74 y 72, respetivamente). Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad consagran muchas de estas mismas garantías y principios, sin indicar expresamente si la actividad laboral del adolescente privado de libertad debe ser voluntaria u obligatoria (Reglas 43 a 46).

El principio de obligatoriedad reconocido por la Regla 71 de las Reglas mínimas se inscribe en la misma lógica del Convenio 29, a saber: que el trabajo obligatorio es permitido –o en este caso, debe ser obligatorio– para presos que cumplen condenas, siempre que se respeten ciertas garantías.[58] Cuando los artículos 8 PIDCP y 6 de la Convención Americana, adoptados en una época más reciente, introducen una distinción entre "penas de trabajos forzados" y "los trabajos y servicios que (…) se exijan normalmente" de un preso, es menester concluir que la intención fue introducir una modificación a la normativa existente. Si bien la ausencia de doctrina y jurisprudencia relativas a estas normas hace arriesgado proponer una interpretación de tales disposiciones, la intención parecería ser reducir el alcance del trabajo penitenciario forzoso, permitiéndolo únicamen-

---

[58] El Convenio 105 de 1957, sobre la abolición del trabajo forzoso, establece algunos límites adicionales basados en la naturaleza del delito, precisando que el trabajo obligatorio no puede ser impuesto a personas presas en razón de sus opiniones políticas o su oposición al orden político, social o económico, ni por su participación en una huelga (art. 1 a) y d).

te cuando está expresamente previsto por la sentencia –y el texto sugiere que esto sería excepcional–; para los demás presos, pequeños servicios de rutina, ligeros y de tiempo parcial.[59]

iii) Servicio militar y servicios impuestos por autoridades militares

Las observaciones de la Comisión de Derechos Humanos sobre el trabajo forzoso en Birmania o Myanmar ilustran la amplitud que este tipo de trabajo forzoso puede asumir, cuando escapa de todo control o representa la política tácita de un gobierno militar. Los servicios mencionados incluyen el acarreo para campañas militares o para patrullas regulares; la construcción, reparación y limpieza de instalaciones militares; el servir de guías, mensajeros o cocineros, y el trabajo en proyectos agrícolas e industriales de propiedad del ejército.[60] La Comisión de Expertos de la OIT ha indicado que la prohibición de trabajo forzoso se extiende también al "suministro de materiales o provisiones de cualquier tipo", e incluso a la solicitud de dinero en circunstancias no reglamentadas por la ley, al menos en los países en los cuales "en la práctica, las solicitudes de dinero o servicios por parte de los militares suelen ser intercambiables."[61]

La exclusión establecida por el artículo 2.2 del Convenio 29 es más concisa que las disposiciones correspondientes del PIDCP y de la Convención Americana, pues precisa que: "El servicio militar sólo está excluido del campo de aplicación del Convenio cuando se trata de trabajos de carácter puramente militar."[62] Este principio admite

---

[59] El resumen de los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), preparado por el Secretariado de la Comisión de Derechos Humanos parece confirmar esta interpretación. Véase A/2929, parr. 22.

[60] Informe de la Comisión de Expertos, 2003, p. 158, párr. 13.

[61] Ibíd.

[62] Ibíd., p.106 (Congo).

excepciones, no sólo para trabajos realizados por miembros de las fuerzas armadas de forma voluntaria, sino también para trabajos requeridos de unidades militares en tiempo de terremotos, inundaciones y otras catástrofes.[63] Los trabajos requeridos de objetores de conciencia son otra excepción.[64] (Véase la sección 9.5 del Capítulo 9 sobre la libertad de conciencia.)

En general, el trabajo de militares de carrera no se considera trabajo forzoso. No obstante, la doctrina señala que, salvo en tiempo de guerra, tienen derecho a renunciar a su condición de miembros de las fuerzas armadas, después de un preaviso razonable.[65]

iv) Obligaciones cívicas y trabajos comunitarios

El Convenio 29 establece excepciones para "Cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo", y para:

> Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan el derecho de pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos (art. 2.2 b).

Estas excepciones no están consagradas ni en el PIDCP ni en la Convención Americana. No obstante, el Capítulo Segundo de la Declaración Americana, que consagra los deberes de la persona frente a la sociedad, contiene varios artículos que aluden a obligaciones de

---

63 OIT, "Abolición de trabajo forzoso", cit., párr. 27.

64 Ibíd., párr. 30.

65 Ibíd., p. 125 (Irak).

carácter cívico, entre ellos el XXXII, que reconoce el deber de votar; el XXXIV, que reconoce el deber de "desempeñar los cargos de elección popular", y el XXXV, que reconoce "el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias."

La doctrina señala que las obligaciones cívicas más relevantes son las permitidas por otras disposiciones del Convenio 29, en particular el artículo 2.2 a) relativo al servicio militar, y 2.2. d) relativo a servicios requeridos durante emergencias. Los servicios reconocidos como lícitos en función del artículo 2.2 b) son pocos; la doctrina menciona la participación en un jurado, el deber de prestar asistencia a una persona en peligro y de colaborar en la defensa del orden público.[66] La obligación de votar o, eventualmente, integrar una mesa electoral ha sido citada como otro ejemplo.[67]

Los pequeños trabajos comunales consisten en trabajos de limpieza y manutención. Excepcionalmente, pueden incluir la construcción de edificios modestos como escuelas, locales o puestos de salud, siempre que se cumplan rigurosamente con los demás requisitos, a saber: que la decisión de realizar la obra se tome por los miembros de la comunidad o sus representantes, y que sean ellos mismos los beneficiarios del proyecto.[68]

v) Servicios requeridos por motivo de calamidades

Tanto el PIDCP (art. 8.3 c iii) como la Convención Americana (art. 6.3 c) admiten la imposición de trabajos forzosos en forma excepcional "en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad." El artículo XXXIV de la Declaración

---

[66] OIT, "Abolición de trabajo forzoso", cit., párr. 34.

[67] Comentario de la OIT al proyecto de Convención Americana, Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, p. 130, párr. 7.

[68] OIT, "Abolición de trabajo forzoso", párr. 37.

Americana establece que "Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz." La disposición correspondiente del Convenio 29 se basa en el concepto jurídico de "fuerza mayor".[69] A diferencia del artículo 8 del PIDCP y 6 de la Convención Americana, que requieren una amenaza a la vida o bienestar del país, admite una excepción en caso de amenaza a "las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población" (art. 2.2 d). Contiene una lista de ejemplos de siniestros que pueden ocasionar la aplicación de esta disposición; con la excepción de la guerra, todos son fenómenos naturales.

La doctrina de la OIT interpreta esta disposición estrictamente. Señala que "el concepto de fuerza mayor supone un acontecimiento súbito e imprevisto que exige la adopción inmediata de medidas para combatirlo", y que "la duración y la importancia del servicio obligatorio, así como la finalidad para la que se recurre al mismo, han de limitarse estrictamente a lo que requieren las exigencias de la situación."[70] La Comisión de Expertos también ha insistido en que "es preciso observar ciertas condiciones para que la requisición de mano de obra en virtud de poderes excepcionales no rebase los límites del Convenio. (…) y que una vez desaparecida la necesidad, deberían darse por terminadas las medidas excepcionales."[71] El abuso de esta figura para justificar la imposición de trabajo forzoso en la siembra y cosecha de productos, o para resolver conflictos laborales en sectores esenciales de la economía, como el sector bancario o de transporte, ha sido criticado reiteradamente por la Comisión de Expertos.[72]

---

69 Véase el Capítulo 16 sobre estados de excepción.

70 OIT, "Abolición de trabajo forzoso", cit., párr. 36.

71 Ibíd., párr. 66.

72 OIT, Informe de la Comisión de Expertos para 1984, p. 92 (Polonia), pp. 101-102 (Zaire).

vi) El trabajo de niños y adolescentes

No todo trabajo infantil es prohibido por la normativa internacional, y no todo trabajo infantil prohibido por la normativa internacional constituye necesariamente trabajo forzoso. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) consagra la obligación del Estado de proteger a los niños y adolescentes contra "la explotación económica y social", y de prohibir su "empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo norma" (art. 10.3). La Convención sobre los derechos del niño reconoce el deber del Estado de proteger el niño "contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social" (art. 32.1). Ambos instrumentos obligan a los Estados Partes a fijar una edad o edades mínimas para trabajar, sin precisar la edad adecuada (art. 10.3 PIDESC y art. 32.2 a) Convención).

Esta omisión es resuelta por el Convenio 138, que establece los 18 años como "edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad" (arts. 3.1 y 3.3).[73] El adolescente puede trabajar a partir de la edad de 13 años, a condición de que el empleo no perjudique su escolarización o formación profesional, lo que significa, en la práctica, que los adolescentes en edad escolar tienen derecho a un empleo de tiempo parcial durante el año escolar, y de tiempo completo durante las vacaciones escolares (art. 7.1 b).[74] El Comité de los Derechos

---

[73] La misma norma fue consagrada por el artículo 17 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales con un cuarto de siglo de anticipación sobre el Convenio 138.

[74] Véase también el artículo 16 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales que prohíbe todo trabajo de niños menores de 14 años, a menos que las autoridades competentes los autoricen a trabajar por considerar sus ingresos indispensables para su propia subsistencia, o la de sus padres o hermanos.

del Niño considera que estas normas complementan y sirven para interpretar la obligación establecida por el artículo 32 de la Convención sobre los derechos del niño.[75]

No obstante, es ampliamente reconocido que los niños y adolescentes son uno de los sectores más afectados por el trabajo forzoso. Por lo general, el niño que trabaja es más vulnerable a la explotación y tiene menor capacidad de resistencia frente a los que pueden pretender obligarle a trabajar contra su voluntad. Como el libre consentimiento del individuo es la clave para determinar si un trabajo es forzoso, el empleo prematuro de niños puede fácilmente convertirse en trabajo forzoso.

El riesgo es mayor tratándose del servicio doméstico, que permite al empleador ejercer un importante control sobre la vida de la empleada. La Comisión de Expertos señaló lo siguiente al respecto:

> La Comisión observa que, incluso cuando no todo el trabajo que realizan los niños en el servicio doméstico es trabajo forzoso, resulta esencial examinar las condiciones en las que se realiza dicho trabajo y compararlas con la definición de trabajo forzoso, especialmente en lo que respecta a la validez del consentimiento dado para realizar dicho trabajo, a la corta edad de los niños afectados y a la posibilidad de dejar dicho empleo, para determinar si la situación entra dentro del ámbito del Convenio.[76]

---

[75] En 1993, a raíz de una discusión sobre la explotación del niño y el artículo 22 de la Convención sobre los derechos del niño, el Comité adoptó la siguiente decisión: "El Comité recomienda que todos los gobiernos ratifiquen prontamente las normas de la Organización Internacional del Trabajo sobre la edad mínima y sobre las condiciones de empleo. Estas normas internacionales también deben incorporarse a la legislación nacional y ser observadas." Sus observaciones finales sobre los informes de Estados Partes, y en particular la implementación del artículo 22, contienen muchas referencias al Convenio 138. Véase por ejemplo sus recientes observaciones sobre el informes de Argentina, CRC/C/15/Add.187, párr. 59 c), y de Chile CRC/C/15 add.173, parr. 50 a).

[76] Ibíd., p. 117 (Haití).

Las condiciones de trabajo peligrosas y arduas son otros factores que permiten concluir que el trabajo no haya sido consentido libremente.[77] La Comisión de Expertos de la OIT ha indicado que la práctica de entregar a un niño a un religioso, que lo obliga a "realizar diversas tareas y a mendigar" a cambio de recibir una educación, es una forma de trabajo forzoso que, habida cuenta del "control total" ejercido por el maestro sobre los niños, se aproxima a esclavitud.[78]

En el año 2000 la OIT, convencida de "que la eliminación efectiva de las peores formas de trabajo infantil requiere una acción inmediata", adoptó el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo. Este Convenio, que se aplica a toda persona menor de 18 años de edad, reafirma la prohibición de "todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio", y precisa que esta prohibición incluye "el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados" (art. 3 a). También se reafirma la prohibición establecida en el Convenio 138, relativa a trabajos que entrañan riesgos para la salud, la seguridad o la moralidad del trabajador (art. 3 d). Adicionalmente, se reafirman las prohibiciones de la explotación sexual de niños y adolescentes, y la explotación para fines delictivos, en particular los relacionados con la producción y tráfico de estupefacientes (art. 3 b y c).

La adopción de otro instrumento que prohíbe estas prácticas puede interpretarse como evidencia de un consenso de la comunidad de que las mismas violan una norma vinculante para todos los miembros de la comunidad internacional, o sea, una norma de derecho consuetudinario. Asimismo, puede considerarse evidencia de una norma general de derecho en el sentido de que una persona menor de 18 años carece de capacidad para consentir la participación en tales actividades, de manera que, tratándose del niño o adolescente, todas estas prácticas pueden considerarse una forma de trabajo forzoso.

---

77 Ibíd., p. 121, párr. 10 (India). Véase también p. 170 (Oman).

78 Ibíd., p. 170 (Níger). Informe para 1985, p. 85 (Marruecos).

Capítulo 4
El derecho a la libertad y seguridad personales

4.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 11. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 11

Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

Artículo 14

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Convención Americana sobre Derechos humanos (Convención Americana)

Artículo 5. Derecho a la integridad personal

(…) 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

Artículo 7. Derecho a la libertad personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 10. Derecho a indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

4.2 Normativa complementaria

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que: (…)

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 39.

(…) 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Declaración de los derechos de los impedidos

9. El impedido tiene derecho a vivir en el seno de su familia o de un hogar que la substituya y a participar en todas las actividades sociales, creadoras o recreativas. Ningún impedido podrá ser obligado, en materia de residencia, a un trato distinto del que exija su estado o la mejoría que se le podría aportar. Si fuese indispensable la permanencia del impedido en un establecimiento especializado, el medio y las condiciones de vida en él deberán asemejarse lo más posible a los de la vida normal de las personas de su edad.

Principios rectores de los desplazados internos

Principio 8

El desplazamiento no se llevará a cabo de forma que viole los derechos a la vida, dignidad, libertad y seguridad de los afectados.

Principio 12

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.

2. Para dar efecto a este derecho, los desplazados internos no podrán ser recluidos o confinados en campamentos. Si en circunstancias excepcionales la reclusión o el confinamiento resultan absolutamente necesarios, su duración no será superior a la impuesta por las circunstancias.

3. Los desplazados internos disfrutarán de protección contra la detención o prisión arbitrarias como resultado de su desplazamiento.

4. Los desplazados internos no podrán ser tomados como rehenes en ningún caso.

4.3 Consideraciones generales

i) Reseña de la normativa relativa a la libertad personal

La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana consagran en términos generales el derecho a la libertad de la persona. El PIDCP y la Convención Americana, además de reconocer este derecho, establecen los elementos claves de su definición y establecen varias garantías para su protección. Las disposiciones relativas a la definición del derecho a la libertad se aplican a toda privación de ella, sea cual fuere su motivo. En cuanto a las garantías, algunas rigen toda privación de libertad, mientras que otras están concebidas y diseñadas específicamente para ser aplicadas en el ámbito penal. La mayoría de las garantías son básicamente de carácter procesal, tales como el derecho a conocer las razones de la detención, el derecho a ser informado de los cargos contra uno y a ser presentado ante un tribunal competente.

Estos instrumentos internacionales también contienen algunas garantías de carácter sustantivo que tutelan el derecho a la libertad, en particular la prohibición de prisión por obligaciones civiles.[1] La Convención Americana también establece el principio de que una

---

[1] Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) y párrafo 7 artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana). En 2001, el Grupo de Trabajo sobre detención Arbitraria de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó una recomendación en el sentido de que todos los Estados –no sólo las partes en el PIDCP– eliminasen la prisión por deudas. E/CN.4/2002/77, párr. 60.

pena no puede trascender la persona del delincuente. Los demás instrumentos que forman nuestro cuadro normativo principal no consagran esta norma expresamente, sin embargo, ésta parece estar implícita en el principio de legalidad y en la presunción de inocencia.

El artículo 14.5 del PIDCP consagra el derecho de "toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa (...) a obtener reparación", y el artículo 10 de la Convención Americana establece el derecho de las personas condenadas con sentencia firme por error judicial a una indemnización. Hoy día, la doctrina universal y la interamericana reconocen el derecho de toda víctima de violación de los derechos humanos a recibir, en principio, una indemnización del Estado responsable. Por tanto, los artículos 14.5 del PIDCP y 10 de la Convención Americana citados pueden considerarse actualmente manifestaciones de un principio general del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) (véase el Capítulo 6).

El derecho a la libertad personal está estrechamente vinculado al derecho al debido proceso, puesto que las investigaciones y procesos de carácter penal constituyen la forma más utilizada de privación de libertad. Esta circunstancia incidió en la estructura de la normativa internacional, resultando en que algunas de las garantías de la libertad personal sean casi idénticas a ciertas garantías del debido proceso. Pueden citarse a título de ejemplo el derecho a ser procesado sin demora, el derecho a ser informado de la acusación en su contra, y el derecho a disponer de los medios necesarios para la preparación de la defensa. Debido a esta característica de la normativa internacional, la jurisprudencia sobre ciertas disposiciones de los artículos 9 y 14 del PIDCP y sobre los artículos 7 y 8 de la Convención Americana se sobreponen y confunden.

ii) La importancia del derecho a la libertad personal y su lugar en el derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la libertad personal ocupa un lugar especial en la normativa internacional de los derechos humanos, pues con frecuen-

cia la privación de libertad se convierte en un medio para atentar contra los demás derechos fundamentales de la persona. Cuando esto ocurre, un solo hecho conlleva a una doble violación de los derechos humanos. Por un lado, una violación resultante del medio empleado por las autoridades que afecta la libertad personal, y por otro, una violación basada en los motivos de la privación de libertad. Un ejemplo de esto lo constituye la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Mukong. El Comité indicó, en dicho caso, que una pena de prisión impuesta a raíz de la diseminación de ideas políticas amparadas por la libertad de opinión y expresión era violatoria no sólo de dichas libertades, sino también del derecho a la libertad personal.[2] No son desconocidos casos de privación de libertad en forma puramente arbitraria sin motivos impropios. Sin embargo, estos casos constituyen la excepción. No obstante, cada vez con más frecuencia la privación arbitraria o ilegal de libertad de una persona –al igual que la privación de la vida o la violación de la integridad personal– constituye una modalidad de violación de otros derechos, tales como la libertad de expresión, de asociación o el derecho a participar en la vida política, o bien obedece a motivos discriminatorios. Por esta razón, la cabal protección de este derecho reviste una importancia primordial, como bien señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hace más de dos décadas:

> A menos que los ciudadanos estén garantizados en el ejercicio de este derecho, todos los demás derechos quedan en precario. Mientras exista la posibilidad de la detención arbitraria, las demás barreras a la acción gubernamental se convierten en esperanzas vacías, y la democracia no se puede beneficiar con el juicio libre y espontáneo de un pueblo del que debe depender para dirigir su propia conducta.[3]

---

[2] Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, párrs. 9.6 y 9.8 (1994). Véase también Pietroroia c. Uruguay, párrs. 2.2 y 2.5 (1981).

[3] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Diez años de actividades*, p. 321 (1982), citado en Soría c. Perú, párr. 116 (1999).

iii) El concepto de libertad personal y de privación de libertad

Por libertad personal se entiende la libertad física. Esta interpretación la confirma el párrafo segundo del artículo 7 de la Convención Americana. La libertad en sentido más amplio, es decir, en el sentido del derecho de la persona a desarrollar su vida de conformidad con sus propios valores y deseos, está comprendida implícitamente en el derecho a la intimidad, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, o en el derecho a la integridad moral, según una jurisprudencia de la CIDH (véanse los Capítulos 7 y 2, respectivamente).

El concepto de privación de libertad física incluye la reclusión en instituciones cerradas de toda índole, sea cárcel o prisión, sea campo de detención, hospital u otra. En su Observación General No. 8, el Comité de Derechos Humanos manifiesta al respecto que este concepto se extiende "a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc."[4] Las Reglas para la protección de menores privados de libertad contienen una definición útil, que reza así:

> Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permite al menor salir por su propio voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública (Regla 11, inciso b).

Ciertas medidas distintas a la reclusión también son consideradas como privaciones de libertad. El arresto de una persona se considera como privación de libertad, aun cuando ésta no sea necesariamente recluida en una cárcel o en otro recinto de la policía o de otros cuerpos de seguridad. En los casos Celeberti y López, el Comité de De-

---

[4] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 8, párr. 1 (1982).

rechos Humanos consideró como privación arbitraria de libertad la captura de opositores políticos en el exterior y su traslado ***manu militari*** a su propio país.[5] La deportación de una persona a un país donde existe "un verdadero riesgo" de detención arbitraria o ilegal también configura una violación del artículo 9 del PIDCP.[6] En una decisión interesante, el Comité indicó que los integrantes de las fuerzas armadas no disfrutan del mismo grado de libertad que los civiles, debido a las condiciones de vida y exigencias propias del servicio militar. No obstante, si bien la condición de militar afecta el alcance de la libertad del individuo, no la suspende totalmente, de acuerdo con esta decisión. El Comité concluye que las garantías reconocidas por la normativa internacional son aplicables cuando se imponen a un militar "restricciones que exceden de las exigencias del servicio militar normal y que se apartan de las condiciones normales de vida en las fuerzas armadas del Estado Parte de que se trate."[7]

La CIDH indicó en una decisión que el allanamiento de la casa de una persona a fin de tomarla presa había configurado una violación de su libertad personal aun cuando el arresto no se logró efectuar. En el mismo caso, la CIDH indicó que el arresto domiciliario de la esposa del prófugo y la retención de sus hijos en sus cuartos mientras se llevaba a cabo el allanamiento de la casa, constituyeron privaciones de la libertad personal.[8] La CIDH consideró ambas situaciones como privaciones de libertad incompatibles con la Convención Americana.[9] Otros hechos considerados por la CIDH como privaciones de libertad incluyen el reclutamiento forzoso y la prácti-

---

5 Comité de Derechos Humanos, caso Celeberti c. Uruguay, párr. 11 (1981); López c. Uruguay, párr. 13 (1981).

6 Comité de Derechos Humanos, caso G.T. c. Australia, párrs. 8.2 y 8.7 (1997).

7 Comité de Derechos Humanos, caso Voulanne c. Finlandia, párr. 9.4 (1989). El autor fue confinado en una celda por 10 días y denunció la falta de un procedimiento que permitiera impugnar la legalidad de la medida ante la justicia.

8 CIDH, caso García c. Perú, pág. 74 (versión inglés del informe 1994).

9 Ibíd., pp. 74, 101 y Conclusión 1, pág. 111. Véase también la sección 4, infra.

ca de obligar a civiles a acompañar en sus operaciones a unidades de las Fuerzas Armadas.[10]

Por su parte, las medidas que obligan a una persona a permanecer dentro de un determinado territorio generalmente son consideradas como restricciones o violaciones de la libertad de circulación y no de la libertad personal. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos es bastante clara al respecto[11] (véase el Capítulo 8). En principio, la libertad condicional tampoco se considera una privación de libertad, puesto que "la supervisión (…) es una medida de promoción social destinada a asegurar la rehabilitación del condenado en su propio interés" y "el riesgo de ser recluido de nuevo depende de su conducta".[12] La jurisprudencia de la CIDH también indica que la privación de libertad debe tener una cierta duración mínima para ser calificada como tal. En el caso de un joven muerto a balas en el acto de su captura, la CIDH declaró infundado un alegato relativo a privación de libertad.[13]

iv) Los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad

La esencia de la libertad personal consiste en el derecho a no ser privado de libertad en forma arbitraria o ilegal. El PIDCP reconoce estos conceptos claves en la segunda y tercera frase del primer párrafo del artículo 9, al establecer: "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

---

10 CIDH, caso Piché Cuca c. Guatemala, punto resolutivo No.1 (1993); Ul Musicue y Coicue c. Colombia, párrs. 27-28 y 38.

11 Comité de Derechos Humanos, caso Birindwa y Tshishikedi c. Zaire, párrs. 11.5, 12.7 y 13; Celepli c. Suecia, párrs. 2.2, 4.5 y 6.1, y Karker c. Francia, párrs. 8.5.

12 Comité de Derechos Humanos, caso A.R.S. c. Canadá, párr. 6 (1981), y Van Duzen c. Canadá, párr. 10.3 (1982), respectivamente.

13 CIDH, caso Da Silva c. Brasil, párr. 34 (2000).

Estas frases encuentran eco, en orden inverso, en el segundo y tercer párrafos del artículo 7 de la Convención Americana, que rezan:

> Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
>
> Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos tiende a aplicar estos requisitos como criterios distintos y complementarios. En una decisión adoptada en 1990, el Comité observó que "La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de 'arbitrariedad' con el de 'contrario a la ley', sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las garantías procesales".[14] En térmi-

---

[14] Comité de Derechos Humanos, caso Van Alphen c. Países Bajos, párr. 5.8. (1990), reiterado textualmente en Mukong c. Camerún, párr. 9.8 (1994). Esta jurisprudencia hace eco del "Estudio del derecho de todo individuo a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado" (Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos,1964) que señala: "EI Comité ha llegado a la conclusión de que el término 'arbitrario' no es sinónimo de ilegal y denota un concepto más amplio. Parece claro que, aunque la detención o prisión ilegal es casi siempre arbitraria, una detención o prisión hecha de acuerdo con la ley puede, no obstante, ser también arbitraria. Por consiguiente, basándose en la definición del término "arbitrariamente" sentada en el 12 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, el Comité ha adoptado la siguiente definición: "la detención o prisión sería arbitraria cuando se efectúe a) por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, o b), conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y la seguridad" (párr. 17). El Estudio comenta que la segunda parte de la definición corresponde al corolario del principio de legalidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 29 de la Declaración Universal (párr. 28).

nos concretos, este criterio requiere que la privación de libertad sea razonable y necesaria para alcanzar un fin legítimo, habida cuenta de todas las circunstancias del caso.[15] Esta jurisprudencia fue reiterada en términos casi idénticos en una importante decisión adoptada en 1997.[16]

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) también es clara al respecto, como lo señala el siguiente pronunciamiento en el caso Gangaram Panday, sobre el artículo 7 de la Convención Americana:

> (…) contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.[17]

La jurisprudencia de la CIDH aplica e interpreta los conceptos de arbitrariedad e ilegalidad en forma coherente con la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Humanos, aún

---

15 Ibíd.

16 Comité de Derechos Humanos, caso A. c. Australia, párr. 9.2.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), caso Gangaram Panday (Fondo), párr. 47. Este párrafo ha sido citado reiteradamente. Véanse los casos Suárez Rosero (Fondo), párr. 43 (1997); Niños de la Calle (Fondo), párr. 131 (1999); Durand y Ugarte (Fondo), párr. 85 (2000), y Bámaca (Fondo), párr. 139 (2000).

cuando no siempre distingue claramente entre ellos.[18] En el caso Lizardo Cabrera, la CIDH citó la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en el sentido siguiente:

> (…) el término arbitrario no es sinónimo de ilegal y (…) denota un concepto amplio. Una detención acorde con la ley puede ser arbitraria. Según el Comité la detención es arbitraria cuando: a) se efectúa por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, o b) confirme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y seguridad.[19]

Un decisión reciente señala al respecto:

> Una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley.[20]

---

[18] El caso Parada Cea, por ejemplo, identifica la ilegalidad como razón para considerar una privación de libertad arbitraria: "De acuerdo con la doctrina reiterada de la Comisión, una detención arbitraria se configura con base en tres supuestos: 1) cuando la detención es practicada al margen de los motivos que válidamente estipula la ley (detención extra-legal); 2) cuando se ha ejecutado sin observar las normas exigidas por la ley, y 3) cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley (detención para fines impropios)", párr. 99 (1999).

[19] CIDH, caso Lizardo Cabrera c. R. Dominicana, párr. 68 (citando el caso Pietroroia c. Uruguay, supra).

[20] CIDH, caso Castillo Pezo c. Perú, párr. 102 (1999). Compárese caso Chumbivilcas, pp. 160-161 (1996). La jurisprudencia también señala que "las detenciones deben cumplirse en lugares destinados a tal finalidad', pero este requisito tutela la integridad y seguridad personal más que la libertad. *Diez años de actividades*, párr. 319.

La CIDH también ha declarado que: "El término 'arbitrario' es sinónimo de 'irregular, abusivo, contrario a derecho'."[21]

v) Alcance del capítulo

La comprensión cabal del derecho a no ser privado de libertad en forma arbitraria o ilegal requiere no sólo conocer la manera en que los órganos internacionales competentes han analizado dichos conceptos, sino cómo los han aplicado a situaciones concretas. Para poner de relieve la correspondencia entre los supuestos fácticos que sustentan la privación de libertad, por un lado, y los requisitos jurídicos de la normativa internacional, por otro, el análisis de la legalidad y arbitrariedad de la privación de libertad se presenta en tres secciones. La sección 3 aborda la privación de libertad de personas por motivos penales, principalmente la detención preventiva. También incluye el tema de la aplicación retroactiva de normas penales, así como algunas consideraciones relativas a la excarcelación. La sección 4 trata la detención administrativa por motivos de seguridad nacional y la sección 5 analiza la jurisprudencia sobre la privación de libertad por motivos no penales, tales como la salud mental y la migración ilegal.

La sección 6 del presente capítulo aborda un conjunto de garantías que rodean la privación de libertad, a saber: el derecho a conocer las razones de la detención, a conocer las cargas que se le imputan a la persona, a ser presentado a un tribunal sin demora, así como a ser procesado sin demora. El derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad, o recurso de hábeas corpus, es tratado en la sección 7, y el derecho a reparación por la detención ilegal, en la sección 8. Por último, la sección 9 se dedica al tema de la seguridad personal. La prohibición de prisión por deudas, así como de penas

---

[21] CIDH, *Diez años de actividades*, p. 328, caso Lizardo Cabrera c. R. Dominicana, párr. 69.

que trascienden la persona no son analizadas porque la jurisprudencia al respecto es muy escasa.[22]

La libertad personal no figura dentro de la nómina de los derechos intangibles o no derogables, cuya vigencia, alcance y contenido no pueden ser modificados por medidas de excepción, aún durante una verdadera amenaza a la vida de la nación (art. 4.2 del PIDCP y 27.2 de la Convención Americana). No obstante, en su Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte Interamericana declaró que el derecho a impugnar la legalidad de una privación de libertad es inseparable del Estado de Derecho y del sistema democrático y, por tanto, debe mantenerse vigente durante los estados de excepción. La CIDH considera que otras de las garantías de la libertad personal tampoco son susceptibles de modificación mediante medidas de excepción. La doctrina y jurisprudencia sobre este tema se abordan en el Capítulo 16.

4.4 La detención preventiva y la pena de prisión

i) La jurisprudencia universal sobre la detención preventiva

La detención de una persona acusada o sospechosa de la comisión de un delito es ilegal, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, si dicha detención es motivada por "razones que no están claramente establecidas en las leyes nacionales."[23] Las razones reconocidas como válidas son las tradicionalmente previs-

---

[22] Con respecto a penas que trascienden la persona, véase el caso de la familia Deeb (caso 2976) (Haití), Informe Anual de la CIDH, 1982-1983, pp. 96-101 (resuelto en aplicación de la Declaración Americana). También hay algunos casos en los cuales el castigo impuesto a familiares de la persona considerada responsable de una ofensa consistía en la expropiación de propiedad o restricciones a la libertad de circulación. Familia Cayera c. Haití, Informe Anual CIDH 1983-1984, p. 51; Comité de Derechos Humanos, caso Ngalula y otros c. Zaire, párrs. 8.2, 9 (1986).

[23] Comité de Derechos Humanos, caso McLawrence c. Jamaica, párr. 5.5 (1997).

tas por el derecho penal comparado, tales como medidas para evitar la fuga del acusado, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito.[24] El hecho de que una persona que fue detenida sea condenada posteriormente no significa que la privación de libertad anterior al proceso fuese justificada.[25] Cuando las razones citadas por las autoridades son de por sí válidas, el Comité no puede dar credibilidad sin evidencia convincente a alegatos en el sentido de que los verdaderos motivos fueron otros.[26] Una detención es ilegal cuando es motivada por un cargo penal ya resuelto en un proceso anterior.[27]

En el caso Mukong, el Comité de Derechos Humanos reafirmó su jurisprudencia en el sentido de que los criterios de legalidad y arbitrariedad son distintos y complementarios, habiendo manifestado al respecto:

> Queda, sin embargo, por determinar si otros factores convertirían en "arbitraria" a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 una detención y una reclusión legítimas en otros aspectos. La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de "arbitrariedad" con el de "contrario a la ley", sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las "garantías procesales". Como ha advertido el Comité en una ocasión anterior, ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino además razonable en toda circunstancia.[28]

---

[24] Comité de Derechos Humanos, caso W.B.E. c. Países Bajos, párr. 6.3 (1992); Mukong c. Camerún, párr. 9.8 (1994).

[25] Comité de Derechos Humanos, caso Giry c. República Dominicana, párr. 5.3 (1990).

[26] Comité de Derechos Humanos, caso Borroso c. Panamá, párr. 8.2 (1995).

[27] Comité de Derechos Humanos, caso Terán Jijón c. Ecuador, párr. 5.3 (1992).

[28] Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, párr. 9.8 (nótese que el término "incorrección" es una traducción de la palabra "inappropriate" en el texto original de la decisión, que significa "inapropiado", "inadecuado" o "poco oportuno").

A continuación, el Comité agregó:

> La prisión preventiva debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito. En este caso el Estado parte no ha demostrado que se hallara presente ninguno de esos factores. (…) En concordancia con los argumentos expuestos [arriba] el Comité decide que la detención del autor en 1988-1989 y en 1990 no fue ni razonable ni necesaria en las circunstancias del caso, y constituye en consecuencia una violación del párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.[29]

Esta decisión parece indicar que el requisito de "necesidad" está implícito en la prohibición de detención arbitraria. En otra decisión, el Comité de Derechos Humanos vincula el requisito de necesidad con el carácter excepcional de la privación de libertad consagrado por la segunda frase del párrafo 3 del artículo 9, que establece que "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías (…)". En esta decisión el Comité observó que "el párrafo 3 del artículo 9 permite la prisión preventiva como excepción; la prisión preventiva puede ser necesaria, por ejemplo, para asegurar la presencia del acusado en el juicio, evitar la interferencia con los testigos u otras pruebas, o la comisión de otros delitos."[30] La decisión del Comité en el importante caso Hill también vincula el requisito de necesidad con el carácter excepcional de la detención de acusados. En este caso el Comité concluyó que la detención de los acusados no fue ni ilegal ni arbitraria, pero sí innecesaria, y por lo tanto violatoria del párrafo 3 del artículo 9. En el caso Mukong el Comité concluyó que, como la detención no había sido ni razonable ni necesaria, había violado el párrafo primero del artículo 9.

La jurisprudencia deja claro que el requisito de necesidad está implícito en el párrafo 3 del artículo 9 y condiciona, por tanto, la

---

[29] Ibíd.

[30] Comité de Derechos Humanos, caso W.B.E. c. Países Bajos, párr. 6.3 (1993).

detención de toda persona acusada de un delito. Hasta la fecha no hay jurisprudencia que confirme que el requisito de necesidad también está implícito en el párrafo 1 del artículo 9 y, por tanto, es aplicable a la privación de libertad por otros motivos. No obstante, cabe presumir que el umbral para la privación de libertad por motivos no penales no puede ser menor que el de la privación de libertad de personas acusadas de un delito.

La decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Hill reviste particular importancia por reconocer la obligatoriedad de contar con una decisión individualizada sobre la necesidad de detener a un acusado, que tome en cuenta todas las circunstancias pertinentes.[31] En este caso, el Estado alegó que la detención de los acusados por un delito grave presuntamente cometido durante sus vacaciones estaba justificada por el riesgo de que huyeran del territorio.[32] No obstante, el Comité concluyó que la decisión de detenerlos durante la investigación y el juicio era violatoria de su derecho a la libertad, porque se basó únicamente en su condición de extranjero y no en sus circunstancias y antecedentes individuales. La decisión dispone al respecto:

> El mero hecho de que el acusado sea un extranjero no implica que se le pueda mantener en prisión preventiva en espera de juicio. El Estado Parte ha sostenido en realidad que había un temor bien fundado de que los autores saliesen de la jurisdicción española si se les concedía la libertad bajo fianza. Sin embargo, no ha comunicado los motivos de ese temor, ni por qué no pudo hacerle frente fijando la fianza en un monto apropiado o estableciendo otras condiciones para la puesta en libertad. La mera conjetura de un Estado Parte de que un extranjero pueda salir de su jurisdicción si se le concede la libertad bajo fianza no justifica una excepción a la regla establecida en el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto.[33]

---

31 Cfr. Comité de Derechos Humanos, caso A. c. Australia (supra).

32 Comité de Derechos Humanos, caso Hill y Hill c. España, párr. 12.3 (1995).

33 Ibíd. Cabe mencionar que el Comité expresa esa conclusión en términos muy enérgicos aún cuando posteriormente las víctimas dejaron el territorio español después de obtener libertad provisional, párr. 5.9.

ii) La jurisprudencia interamericana sobre la detención preventiva

En el sistema interamericano, la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde su sentencia en el caso Gangaram Panday reconoce claramente que la privación de libertad debe ser legal y no arbitraria, es decir, razonable, previsible y proporcionada. La legalidad de la medida es analizada cuidadosamente en muchas sentencias de la Corte y decisiones de la CIDH, a la luz de las disposiciones pertinentes de la constitución del país respectivo, los códigos y otras leyes concernientes.[34] La aplicación del derecho interno para este efecto, gracias a la incorporación al artículo 7 del requisito de legalidad, representa una de las raras excepciones a la regla según la cual la Corte Interamericana aplica única y exclusivamente la normativa interamericana. Por lo general esta Corte y la CIDH aplican el derecho interno ***de novo***, sin referencia a las decisiones de los tribunales nacionales.[35] Cuando una sentencia de la Corte Interamericana o decisión de la CIDH contienen un pronunciamiento sobre la legalidad de una detención, éste normalmente toma la forma de una simple conclusión de que los hechos corresponden (o no) a las causales establecidas por la legislación nacional (el "aspecto material" de la legalidad, según la terminología del caso Gangaram Panday). En el caso Suárez Rosero, por ejemplo, la Corte toma nota de que la constitución y el código procesal penal sólo autorizan la detención en caso de flagrancia o bajo orden judicial. Como la víctima no fue aprehendida en flagrancia y la orden de detención fue emitida un mes después de la misma, la Corte concluyó que la detención fue ilegal.[36]

---

[34] Véase, por ejemplo, Corte Interamericana, casos Castillo Páez (Fondo), párr. 75 (1996); Suárez Rosero c. Ecuador (Fondo) (1997); Levoyer Jiménez c. Ecuador (2001).

[35] La CIDH puede tomar en cuenta los supuestos jurídicos y fácticos citados por la autoridad que determina la detención, sea ésta judicial u otra, pero no revisa una orden como tal. Véase Giménez c. Argentina (1996), nota 10.

[36] Corte Interamericana, caso Suárez Rosero (Fondo), párrs. 43-47. La Corte Interamericana declaró textualmente en el párrafo 47 que "la aprehensión y

En el caso Suárez Rosero, la Corte Interamericana señaló que los requisitos de "razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad" se aplican no sólo a las medidas que afectan la libertad, sino también a las normas de derecho interno que autorizan la privación de libertad.[37] Esta jurisprudencia fue aplicada y desarrollada por la CIDH en el caso Levoyer Jiménez. En su parte pertinente la decisión respectiva dice:

> Por otro lado, la Comisión entiende que esta norma está también en contradicción con la Convención, ya que permite que una detención dependa de la apreciación subjetiva del agente de policía que la ejecuta. La Comisión entiende que el requisito de tipicidad contenido en la obligación de "fijar de antemano" las condiciones de detención [contenida en el párrafo 2 del artículo 7] requiere que la ley defina las causas y condiciones en que una detención puede llevarse a cabo, en forma pormenorizada y precisa. Ello no se satisface con una prescripción genérica e indefinida como "graves presunciones de responsabilidad".[38]

La decisión de la CIDH en el caso Levoyer Jiménez también contiene uno de los pocos antecedentes relativos al "aspecto formal" de la detención. La CIDH concluyó que, como la Constitución nacional limitaba a 24 horas la detención incomunicada, el hecho de que la víctima estuviese detenida e incomunicada 39 días convertía la detención en ilegal en violación del párrafo 2 del artículo 7.[39] Otro ejemplo se encuentra en el caso Hernández Lima, en el cual la CIDH

---

posterior detención (…) fueron efectuados en contravención de las disposiciones contenidas en los incisos 2 y 3 del artículo 7° de la Convención Americana", sin precisar la razón para su conclusión de que, además de ilegal, fue arbitraria.

37 Corte Interamericana, caso Suárez Rosero (Fondo), párrs. 98-99 (1997).

38 CIDH, caso Levoyer Jiménez c. Ecuador, párr. 37.

39 Ibíd., párr. 39. La rigidez de esta interpretación contrasta con la postura más flexible tomada por la CIDH cuando examina el incumplimiento de los límites temporales legislativos a la luz del párrafo 5.

concluyó que la detención había sido ilegal y violatoria del artículo 7 de la Convención Americana por el incumplimiento de una disposición constitucional que reconocía el derecho de la familia a ser informada de la detención de un pariente.[40] Sin embargo, es menester reconocer que la jurisprudencia sobre el aspecto formal se encuentra aún en una fase incipiente.

Según la jurisprudencia de la CIDH una detención también es ilegal a efectos del artículo 7 de la Convención Americana, cuando los tribunales nacionales competentes han ordenado la puesta en libertad del detenido y ésta no es ejecutada. En el caso Lizardo Cabrera, por ejemplo, la CIDH concluyó que la detención de la víctima había sido ilegal porque "se prolongó pese a que cuatro tribunales, en distintos momentos, habían ordenado su liberación inmediata."[41]

Una decisión reciente de la CIDH contiene la siguiente síntesis de su jurisprudencia sobre la legalidad y la arbitrariedad de una detención:

> El análisis de la compatibilidad de una privación de libertad con las normas de los párrafos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención Americana debe efectuarse siguiendo tres pasos. El primero de ellos consiste en la determinación de la legalidad de la detención en sentido material y formal, a cuyo efecto se debe constatar si es compatible con la legislación interna del Estado en cuestión. El segundo paso se cumple mediante el análisis de dichas normas internas a la luz de las garantías establecidas en la Convención Americana, a fin de establecer si aquéllas son arbitrarias. Finalmente, ante una detención que cumpla los requisitos de una norma de derecho interno compatible con la Convención Americana, corresponde determinar si la aplicación de la ley al caso concreto ha sido arbitraria.[42]

---

40 CIDH, caso Hernández Lima c. Guatemala, párrs. 55-57 (1997).

41 CIDH, caso Lizardo Cabrera c. República Dominicana, párr. 63 (1998).

42 CIDH, caso González c. México, párr. 22.

La jurisprudencia de la CIDH, al igual que la del Comité de Derechos Humanos, reconoce la prevención de la fuga, la prevención de la alteración de pruebas y de la reincidencia como fines legítimos de la detención.[43] Algunas de sus decisiones proporcionan criterios más concretos sobre la aplicación de estos supuestos, así como del principio de necesidad y, en particular, sobre la necesidad de la detención para evitar la fuga. En el caso Garcés Valladares, la CIDH declaró que, "en principio, la privación provisional de libertad sólo se justifica en relación proporcional al riesgo de que el acusado se dé a la fuga, desoyendo otras medidas no privativas de libertad que pudieran ser adoptadas para asegurar su comparecencia en juicio o con relación a la peligrosidad del acusado."[44] Agrega en seguida: "La seriedad de la infracción y la severidad de la pena son elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el riesgo de que la persona acusada se evada de la justicia. La privación de libertad sin sentencia, sin embargo, no debiera estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido ha sido acusado de un delito particularmente objetable desde el punto de vista social."[45] Caso contrario, la medida cautelar, en efecto, se convertiría en pena.

En otra ocasión, la CIDH comentó al respecto:

> Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de

---

43 CIDH, caso Giménez c. Argentina, párr. 84 (1996).

44 CIDH, caso Garcés Valladares c. Ecuador, párr. 54 (1999).

45 Ibíd., párr. 55. Véase también Giménez c. Argentina, párr. 89 (esta observación fue adoptada en el marco del párrafo 5 del artículo 7, que consagra el derecho "a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad", pero también es perfectamente aplicable a la decisión inicial relativa a la necesidad de la detención de un acusado).

> la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio.[46]

Con respecto a la posibilidad de fuga, la CIDH ha hecho hincapié en la necesidad de tomar en cuenta todas las características personales del acusado. En el caso Bronstein y otros, señaló:

> La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada.
>
> Además, la Comisión observa que si ésta [la fuga] es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia.[47]

Las características personales del acusado también deben tomarse en cuenta en la evaluación del riesgo de reincidencia, según la misma decisión:

---

[46] CIDH, caso Giménez c. Argentina, párr. 86. Esta observación también se refiere al párrafo 5 del artículo 7, pero es perfectamente aplicable al párrafo 5.

[47] CIDH, caso Bronstein y otros c. Argentina, párrs. 29 y 31 (1997).

> Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.[48]

La decisión de imponer o prolongar la detención preventiva no debe descansar en meras presunciones aplicadas mecánicamente, según la decisión en el caso Bronstein, sino en un examen objetivo de los hechos concretos:

> No obstante, la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo.
>
> La Comisión considera que no es legítimo invocar las "necesidades de la investigación" de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.[49]

La mayor parte de la jurisprudencia de la CIDH sobre la necesidad de la detención de un acusado se refiere a casos examinados a la luz del derecho a ser juzgado sin demora o puesto en libertad. No obstante, los preceptos citados arriba son tan válidos para la decisión inicial como para las decisiones sobre la prolongación de la detención preventiva.

---

[48] Ibíd., párr. 32.

[49] Ibíd., párrs. 27 y 34.

La jurisprudencia también contiene algunos elementos específicos sobre el derecho a ser procesado sin demora o a ser excarcelado. El marco general de análisis de este tema es el siguiente:

> En primer lugar, las autoridades judiciales nacionales deben justificar la privación de libertad sin condena de un acusado utilizando criterios pertinentes y suficientes. En segundo lugar, si la Comisión llega a la conclusión de que los resultados de la investigación muestran que las razones utilizadas por las autoridades judiciales nacionales son debidamente "pertinentes y suficientes" como para justificar la continuación de la detención, debe proceder después a analizar si las autoridades procedieron con "diligencia especial" en la instrucción del proceso para que el periodo de detención no fuera excesivo.[50]

Para efectos del párrafo 5 la razonabilidad de la detención depende del análisis de las circunstancias del caso.[51] Es curioso constatar que, si bien el artículo 9.2 prohíbe categóricamente toda privación de libertad que no satisface las condiciones fijadas en el derecho interno, la jurisprudencia sobre el artículo 9.5 toma una posición más matizada, indicando que "cualquier detención que se prolongue más allá del plazo estipulado [en la legislación interna] debe ser considerada ilegítima ***prima facie***."[52]

En el caso Bronsteirn, la CIDH abordó el tema de la detención durante procesos demorados, e hizo las siguientes observaciones:

> (…) Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia.

---

50 Ibíd., párr. 83. Véase también CIDH, caso Garcés Valladares c. Ecuador, párr. 49.

51 CIDH, caso Giménez c. Argentina, párr. 70; caso Garcés Valladares c. Ecuador, párr. 49.

52 CIDH, caso Giménez c. Argentina, párr. 71; véase también caso Garcés Valladares c. Ecuador, párr. 60.

> El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva.[53]

La jurisprudencia sobre el derecho a ser puesto en libertad hace énfasis en la presunción de inocencia. En una oportunidad, la CIDH comentó que "La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados."[54] Cuando el acusado ha sido sobreseído en primera instancia, la presunción de inocencia adquiere aún más peso frente a las consideraciones que inicialmente justificaron la detención.[55] Los antecedentes penales del acusado no justifican la denegación de excarcelación. Una vez cumplidas las sentencias correspondientes, "fundar en condenas previas (…) la decisión de retener [a un acusado] en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo."[56]

En algunos casos la CIDH ha utilizado el concepto de "desviación de poder" para referirse a la privación de libertad legal pero arbitraria. La decisión más pertinente es la del caso Gallardo, basado en los siguientes hechos:

---

53 CIDH, caso Bronstein y otros c. Argentina, párrs. 28 y 35.

54 CIDH, caso Giménez c. Argentina, párr. 80. Véase también la decisión en el caso Pinheiro y Dos Santos c. Paraguay en la cual la CIDH considera que la detención prolongada sin condena viola el artículo 8(2) de la Convención Americana y el artículo XXVI de la Declaración Americana, párr. 86 (2002).

55 CIDH, caso Garcés Valladares c. Ecuador, párr. 45.

56 CIDH, caso Giménez c. Argentina, párr. 97.

En este sentido, hay que señalar que de autos se desprende que desde 1989 hasta el presente se han abierto en contra del General Gallardo 15 averiguaciones previas y 9 causas penales, sobre hechos en su mayoría ocurridos con considerable anterioridad a las aperturas de las averiguaciones, y como consecuencia, de la instrucción de las causas. Asimismo se demuestra que el General Gallardo hasta el momento ha sido absuelto de todas las acusaciones imputadas por las autoridades castrenses que no se encuentran pendientes de decisión.[57]

La CIDH analizó los hechos así:

En relación a esto, la Comisión observa que no es razonable el que se abran de manera continuada y sucesiva en el periodo de 7 años el número de averiguaciones previas y causas penales mencionadas, más aún, cuando como ha quedado evidenciado, el General Gallardo ha quedado absuelto de todo cargo en las causas decididas hasta el momento. En este sentido, la Comisión considera que ha existido una actitud anómala por parte del Estado mexicano, que configura una desviación de poder, la cual se traduce en indudables acosos y hostigamientos en contra del antes citado General. (…)

(…) la Comisión estima que si bien en principio el General Gallardo fue aprehendido luego de ser dictada la respectiva orden de detención por un Tribunal competente, es evidente que dicha potestad pública fue utilizada para fines distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico mexicano, configurándose así una desviación de poder, mediante actos sucesivos y encadenados, tendientes a privar de su libertad personal al General José Francisco Gallardo, a través de actos con apariencia legal. Por lo cual, dicha conducta de las autoridades militares mexicanas determina una utilización de las formas jurídicas para conseguir un fin distinto al establecido en el ordenamiento jurídico, cual es la privación indebida de la libertad mediante actos que revisten una formalidad legal.[58]

---

57 CIDH, caso Gallardo c. México, párr. 45 (1996).

58 Ibíd., párrs. 46, 70.

La CIDH concluyó que "el General Gallardo ha sido víctima de irrespeto a su libertad personal, por medio de actos que revisten una formalidad jurídica" y, en consecuencia, se configuró una violación del artículo 7 de la Convención Americana.[59]

La CIDH reafirmó esta jurisprudencia sobre la detención y la "desviación de poder" en un caso en el cual la detención era ilegal, además de arbitraria. Se trata del caso Robles, un alto oficial del Ejército de Perú, que denunció la existencia y actividades de un escuadrón de la muerte vinculado a las fuerzas de seguridad, por lo que fue retirado de la institución y posteriormente detenido y enjuiciado por un tribunal militar.[60] La CIDH analizó primero la razonabilidad de la acusación, junto con otros hechos conexos que permitían apreciar los motivos de la acusación, y señaló al respecto:

> Para la Comisión no es razonable que se abra un proceso penal por haber denunciado la participación de altos oficiales militares en varios crímenes y masacres en contra de personas civiles, o cuando ha dado declaraciones públicas sobre los nombres de estas personas. (…) En este sentido, la Comisión considera que ha existido una actitud arbitraria por parte del Estado, que "configura una desviación de poder", la cual se traduce en indudables acosos y hostigamientos en contra del General Robles. Las autoridades militares peruanas, en lugar de proceder a investigar con rigor y objetividad las denuncias del General Robles, se limitaron a descalificarlas y a iniciar una campaña de hostigamiento con el propósito de acallarlo.[61]

Mientras que la conclusión de la CIDH sobre los motivos de la privación de libertad en el caso Gallardo descansa en una sucesión de acusaciones infundadas, su conclusión en el caso Robles se basa principalmente en la naturaleza de la acusación. En este último, la

---

[59] Ibíd., párr. 71.

[60] CIDH, caso Robles c. Perú, párrs. 9-12 y 19-24 (fue amnistiado antes de la conclusión del proceso, párr. 32.

[61] Ibíd., párrs. 90-91.

decisión señala al respecto que "cabe concluir que el General Robles fue sometido arbitrariamente a un proceso penal ante la Justicia Militar, como represalia por haber denunciado la participación de oficiales de las Fuerzas Armadas del Perú en hechos delictivos, lo cual configura la "desviación de poder" lesiva a los derechos del General Robles."[62] Los derechos vulnerados fueron varios, entre ellos la libertad personal.[63] La detención también fue ilegal porque la orden fue emitida por un tribunal militar carente de competencia.[64]

iii) La aplicación retroactiva del derecho penal

El PIDCP y la Convención Americana contienen, además de disposiciones que prohíben la privación ilegal de libertad, preceptos que prohíben la aplicación retroactiva de normas penales (salvo normas favorables a un acusado o condenado).

El artículo 15.1 del PIDCP establece: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. (…)", y el artículo 9 de la Convención Americana dice: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. (…)". Por su parte el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos es sustancialmente idéntico al artículo 15.1 del PIDCP, sin embargo, la Declaración Americana carece de una disposición específica sobre condenas obtenidas mediante la aplicación retroactiva de normas penales.[65]

---

[62] Ibíd., párr. 108 (véase también el análisis de este caso en el Capítulo 10 sobre libertad de expresión).

[63] Ibíd., párr. 136.

[64] Ibíd., párrs. 134, 138.

[65] Teóricamente esta carencia no deja de tener importancia porque significa que la Declaración Americana no prohíbe la aplicación retroactiva de una norma penal cuando las consecuencias de su aplicación no conllevan la priva-

La jurisprudencia indica que esta norma prohíbe no sólo la aprobación de una ley con efecto retroactivo, sino también la ampliación de tipos penales con efecto retroactivo. El Comité de Derechos Humanos aplicó el artículo 15.1 en una serie de decisiones sobre condenas por afiliación a un partido político ilegal. Si bien la ley aplicada estaba vigente en el momento de los hechos, las condenas fueron consideradas violatorias del PIDCP porque durante el periodo de afiliación de los condenados el partido en cuestión era legal.[66] Por su parte, la CIDH manifestó preocupación sobre la forma en que los tribunales especiales de un país aplicaron su Código Penal debido a que "determinadas conductas, que eran legítimas, se consideren ahora como constitutivas de delito."[67]

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana también prohíben la aplicación retroactiva de leyes que aumentan la pena de cualquier delito, y los dos últimos instrumentos citados reconocen el derecho de un delincuente a beneficiarse retroactivamente de una ley que reduzca la pena prevista por un delito. Si bien el Comité de Derechos Humanos ha examinado varios casos en los cuales se alegaba que unas reformas legislativas no habían sido aplicadas en favor de reos, cuando la legislación reformada deja un margen de apreciación al tribunal con respecto a la pena o medida considerada conveniente, resulta difícil comprobar que la legislación no ha sido aplicada.[68]

La normativa internacional establece una excepción a la prohibición de la aplicación retroactiva del derecho penal, con el propósito de permitir el castigo de conductas consideradas delictivas según el

---

ción de libertad. No obstante, es difícil imaginar que los órganos competentes pudieron admitir una interpretación tan obviamente reñida con los fines de la Declaración.

66 Comité de Derechos Humanos, caso Weinberger c. Uruguay, párrs. 2 y 16 (1980); Petraroira c. Uruguay, párrs. 13.2 y 17 (1981).

67 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, p. 88, párr. 14 (1981).

68 Comité de Derechos Humanos, caso Van Duzen c. Canadá, párr. 10.3; MacIsaac c. Canadá, párrs. 11-12 (1982).

derecho internacional.[69] Con la aprobación y entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la nómina de delitos reconocidos por el derecho internacional aumentó de manera significativa.[70] Estos delitos incluyen actualmente el genocidio, un número importante de delitos de lesa humanidad y una serie de crímenes de guerra (arts. 6, 7 y 8). Dentro de los delitos de lesa humanidad están el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y traslado forzoso de población, la "privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional", la tortura, la violación y otras formas graves de violencia sexual. También incluye la desaparición forzada, la persecución de un grupo político, racial, nacional, étnico, religioso o una minoría sexual y "otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atentan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física", cuando son cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil (art. 7).

iv) La excarcelación de presos

Existe una amplia jurisprudencia en el sentido de que la privación de la libertad es ilegal o arbitraria cuando una persona permanece en detención o prisión después de una orden de libertad emitida por un tribunal competente, o después de cumplir su pena o de beneficiarse de una amnistía.[71]

---

[69] El PIDCP dedica el segundo párrafo del artículo 15 a esa excepción, mientras la Convención Americana la reconoce implícitamente en el artículo 9 mediante la expresión "el derecho aplicable".

[70] El Estatuto de Roma fue aprobado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor en los Estados Partes el 1° de julio de 2002.

[71] Comité de Derechos Humanos, caso Valentini y otros c. Uruguay, párr. 10i) (1979); Torres Ramírez c. Uruguay, párr. 18 (1980); Buffo Carballal c. Uruguay, párr. 13 (1981); Soriano de Bouton, párr. 13 (1981) (órdenes de libertad); Lanza y otros c. Uruguay, párr. 16; Amendola y otra c. Uruguay, párr. 13 (1982) (sentencias cumplidas); Ngalula y otros c. Zaire, párr. 10 (amnistía).

4.5 La detención administrativa por razones de seguridad nacional

La detención por motivos de seguridad nacional es una práctica que tiene características particulares. Se trata de una detención sin condena, normalmente también sin cargo penal, impuesta por orden del poder ejecutivo. En algunos países el motivo de la detención administrativa es la peligrosidad de un individuo, en otros, pueden ser sospechas de afiliación a una organización ilegal o de participación en actividades delictivas que no pueden ser comprobadas (eventualmente porque las pruebas disponibles no pueden ser divulgadas por motivos de seguridad). En el derecho comparado, este tipo de detención suele ser autorizada como medida de excepción, frente a una grave amenaza a la seguridad nacional. Hace algunas décadas, la detención administrativa era una práctica corriente en algunos países de América Latina, hecho que dio origen a una jurisprudencia interamericana importante.

Ni el Comité de Derechos Humanos ni la CIDH consideran la detención administrativa incompatible a priori con la normativa internacional siempre que se respeten determinadas garantías. El Comité de Derechos Humanos, en su Comentario General sobre la libertad personal manifestó lo siguiente:

> Incluso en los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública ésta debe regirse por las mismas disposiciones, es decir, no debe ser arbitraria, debe obedecer a las causas fijadas por la ley y efectuarse con arreglo al procedimiento establecido en la ley (párr. 1), debe informarse a la persona de las razones de la detención (párr. 2) y debe ponerse a su disposición el derecho a recurrir ante un tribunal (párr. 4), así como a exigir una reparación en caso de que haya habido quebrantamiento del derecho (párr. 5). Si, por añadidura, en dichos casos se formulan acusaciones penales, debe otorgarse la plena protección establecida en los párrafos 2 y 3 del artículo 9, así como en el artículo 14.

En el caso Campora, el Comité de Derechos Humanos consideró que la detención administrativa podría eventualmente considerarse compatible con el derecho a la libertad personal si "la persona de que se trata constituye para la sociedad una amenaza clara y grave a la que no pueda hacerse frente de otro modo", siempre que se respeten las demás garantías consagradas por el artículo 9 del PIDCP.[72] Los motivos de la privación de libertad en este caso eran "la alta peligrosidad" del detenido, sus antecedentes y reincidencia en delitos como "asociación para delinquir" y "atentado a la Constitución."[73] El Comité concluyó que la detención en este caso había sido violatoria del artículo 9.

Según esta decisión, parecería que la detención administrativa podría eventualmente ser compatible con la libertad personal aún en ausencia de un verdadero estado de excepción, siempre que se reúnan cuatro condiciones, a saber: que la detención sea autorizada por la legislación nacional, que el individuo represente una "amenaza clara y grave" a la seguridad nacional, que la detención administrativa sea la única forma de soslayar esta amenaza (principio de necesidad) y, por último, que se respeten las garantías plasmadas en los párrafos 2 a 4 del artículo 9, entre ellas el derecho a saber los motivos de la medida y de impugnarla ante los tribunales. Todos éstos son requisitos muy difíciles de satisfacer y parece no haber ningún antecedente en el cual el Comité haya reconocido la legitimidad de la detención administrativa por motivos de seguridad nacional.

La jurisprudencia de la CIDH hace hincapié en el riesgo de que la detención se convierta en pena sin juicio, así como en el peligro que esta práctica representa para el estado de derecho. En el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, adoptado en 1980, la CIDH concluyó que, "en la práctica, este tipo de deten-

---

[72] Comité de Derechos Humanos, caso Campora c. Uruguay, párr. 18.1 (1982).

[73] El detenido era acusado de varios delitos, pero quedó encarcelado por razones de seguridad nacional cuando un tribunal ordenó su libertad provisional (párrs. 3.5, 16.2 y 17.2).

ciones se ha convertido en verdaderas penas sin debido proceso legal, al mantenerse indefinidamente a las personas bajo el Poder Ejecutivo Nacional (PEN)".[74]

En la misma época la CIDH publicó una síntesis de su doctrina sobre la detención arbitraria que se refiere, entre otras cosas, a la detención administrativa. Los párrafos más pertinentes son los siguientes:

> Puesto que la detención lo priva a uno de la libertad, es de crucial importancia que los ciudadanos sepan que tales penas no pueden ser impuestas arbitrariamente a discreción o placer de la autoridad ejecutiva. (…)
>
> Sostener que el Poder Ejecutivo puede prolongar indefinidamente la detención de una persona, sin sujetarla a proceso legal, implicaría convertirlo en Poder Judicial y terminar así con la separación de los Poderes Públicos que es una característica del sistema democrático.[75]

La CIDH declara que la detención administrativa prolongada y sin recurso a los tribunales no es compatible con la normativa internacional, cualesquiera sean las circunstancias.

> No se conocen normas del orden jurídico internacional que justifiquen la detención prolongada, invocando las facultades excepcionales del estado de sitio, y menos aún, para mantener en prisión a las personas sin que se les formulen cargos por presuntas violaciones a leyes de seguridad nacional o de otro tipo y sin que tengan derecho a ejercer las garantías del debido proceso regular.

---

[74] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, p.153. Véase también el Informe sobre los derechos humanos en Chile, 1985, p. 311, párr. 4.

[75] CIDH, Detención arbitraria, *Diez años de actividades*, 1982, pág. 319.

La Comisión exhorta a los Estados miembros de la OEA a que las detenciones practicadas bajo la vigencia de estados de emergencia, lo sean por breves periodos y siempre sean susceptibles de corregirse por el Poder Judicial, en caso de existir abusos de parte de las autoridades que las han decretado.[76]

4.6 La privación de libertad por razones no penales

i) La jurisprudencia universal

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la privación arbitraria o ilegal de libertad versa esencialmente sobre el criterio de arbitrariedad y sobre la privación de libertad a distintas categorías de personas, entre ellas testigos, migrantes ilegales y personas que sufren enfermedades mentales. La jurisprudencia consta de tres ejes que son: la finalidad de la medida, la necesidad de la medida y las salvaguardias utilizadas para evitar que la medida se extienda más allá de las circunstancias que la justifican.

Uno de los primeros casos examinados por el Comité de Derechos Humanos sobre la materia se refería a un abogado encarcelado durante nueve semanas por orden de un tribunal, por rehusarse a divulgar información sobre los negocios de un cliente. El Estado manifestó que la medida era necesaria para garantizar la disponibilidad del abogado durante la investigación. El principio de confidencialidad entre un letrado y su cliente no fue decisivo en este caso porque el cliente había renunciado al beneficio del privilegio del secreto profesional. El Comité concluyó que si bien la detención puede ser legítima cuando es "necesaria para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito", el verdadero motivo en este caso parecía ser el de obligar al abogado a proporcionar pruebas que permitieran dar por concluida la investigación de una acusación. Puesto que el detenido no tenía obligación alguna de

---

[76] Ibíd., p. 320.

colaborar en la investigación, el Comité concluyó que la privación de libertad por este motivo había sido violatoria de la libertad del abogado.[77]

La cuestión de la detención de testigos fue abordada en forma indirecta en el caso de un padre condenado por el homicidio de su esposa. El único testigo en este caso era el hijo menor de la pareja, quien aceptó declarar únicamente después de haber sido detenido en una cárcel por una noche. El Comité de Derechos Humanos manifestó "que la detención de testigos para obtener su testimonio es una medida excepcional, que debe regularse mediante criterios estrictos", y que el caso concreto no presentaba "circunstancias especiales" suficientes para justificar la detención. Si bien estas decisiones no aclaran las circunstancias en las cuales la detención de un testigo es permitida, identifican los principios rectores que deben orientar el tratamiento de este tema.

El caso J.R.C. c. Costa Rica fue uno de los primeros examinados por el Comité de Derechos Humanos sobre la detención de migrantes ilegales. El denunciante era un guerrillero de nacionalidad desconocida que tenía antecedentes de participación en la lucha armada de un país vecino, así como antecedentes penales en Costa Rica, que había regresado al territorio costarricense en forma irregular después de haber sido expulsado. Las autoridades migratorias resolvieron deportarlo de nuevo por considerar que representaba una amenaza a la seguridad pública y ordenaron su detención hasta identificar un país dispuesto a recibirlo. Con base en las circunstancias excepcionales del caso, el Comité declaró inadmisible el alegato relativo a una presunta violación de la libertad personal. La decisión descansa esencialmente en dos consideraciones. En primer lugar, la intención declarada del Estado de devolverle la libertad tan pronto como fuese factible expulsarlo del territorio nacional, y en segundo

---

[77] Comité de Derechos Humanos, caso Van Alphen (supra), párr. 5.8. El letrado era también objeto de la investigación, pero el raciocinio del Comité parece indicar que la conclusión obedece a la ausencia de una obligación de aportar pruebas como tal, más que a su derecho en cuanto sospechoso de no inculparse.

lugar, la renuencia del Comité a revisar los fundamentos de la decisión de las autoridades nacionales en el sentido de que el interesado representaba una amenaza a la seguridad nacional.[78]

El caso de A. c. Australia presenta una situación menos excepcional al referirse a la detención de solicitantes de asilo que entraron al territorio nacional en forma irregular en un campo mientras se evaluaban sus solicitudes de la condición de refugiado. En 1986, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) adoptó una recomendación sobre la materia la cual, después de expresar "profunda preocupación de que gran número de refugiados y de solicitantes de asilo en diferentes regiones del mundo son actualmente objeto de detención o de medidas restrictivas análogas por el hecho de su entrada o presencia ilegal en busca de asilo, en espera de una solución a su situación," establece lo siguiente:

> b) Expresa la opinión de que en vista de los sufrimientos que entraña, la detención debe normalmente evitarse. En caso necesario, se puede recurrir a la detención, pero solamente por las razones prescritas por la ley para proceder a la verificación de identidad; para determinar los elementos que sirven de base a la solicitud de la condición de refugiado o del asilo; para tratar los casos en que los refugiados o solicitantes de asilo han destruido sus documentos de viaje y/o de identidad o han hecho uso de documentos falsos a fin de inducir a error a las autoridades del Estado donde tienen la intención de solicitar asilo; o para preservar la seguridad nacional o el orden público; (…)[79]

Esta doctrina fue profundizada por las directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, adoptadas en 1999, y que establecen en parte lo siguiente:

---

[78] Comité de Derechos Humanos, caso J.R.C. c. Costa Rica, párr. 8.4 (1989).

[79] Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), resolución 44 (XXXVII), incisos a) y b).

1. La detención de solicitantes de asilo es, en opinión del ACNUR, inherentemente indeseable. Esto se acentúa en el caso de grupos vulnerables tales como mujeres solteras, niños, menores no acompañados y aquellos con necesidades especiales de asistencia médica o psicológica. El derecho a no sufrir una detención arbitraria es un derecho humano fundamental, y en muchas instancias la aplicación de medidas de detención es contraria a las normas y principios del derecho internacional.

2. En materia de detención el artículo 31 de la Convención de 1951 es de importancia fundamental. El artículo 31 exceptúa de sanción por entrada o presencia ilegal a los refugiados que llegan directamente de un país de persecución, siempre y cuando se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada para su entrada o presencia ilegal. Asimismo el artículo 31 estipula que los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las ***necesarias*** y que tales restricciones únicamente serán aplicables hasta que se haya regularizado su situación u obtengan admisión en otro país.

3. De conformidad con este artículo sólo se debería recurrir a la detención en casos de ***necesidad***. Por lo tanto, no debería practicarse la detención automática de solicitantes de asilo que arriban "directamente" y de manera irregular, ni debería ser indebidamente prolongada. Este artículo se aplica no sólo a los refugiados reconocidos, sino también a los solicitantes de asilo mientras se determina su condición (…) (énfasis del texto original).[80]

El análisis que hace el Comité de Derechos Humanos del caso A. c. Australia parte de la observación de que la detención de los solici-

---

[80] En 1999 el Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria de las Naciones Unidas también adoptó 10 principios sobre la detención de solicitantes de asilo. Los principios, que son esencialmente de carácter procesal, figuran en Deliberación No. 5, E/CN.4/2000/4, Anexo II.

tantes de asilo no es ***per se*** arbitraria.[81] La finalidad de la privación de libertad, según el Estado, era evitar que estas personas, que podrían eventualmente ser objeto de una orden de expulsión, se evadieran durante el largo proceso de evaluación de sus solicitudes de refugio por las autoridades administrativas y judiciales competentes. La decisión del Comité hace énfasis en la proporcionalidad de la privación de libertad y en particular en la duración de la medida:

> (…) toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención. En cualquier caso, la detención no debe prolongarse más allá del periodo para el que el Estado pueda aportar una justificación adecuada. Por ejemplo, el hecho de que haya habido una entrada ilegal tal vez indique la necesidad de realizar una investigación, y puede haber otros factores privativos del individuo, como la probabilidad de huida y la falta de colaboración, que justifiquen la detención durante un periodo determinado. Si no concurren esos factores, puede considerarse arbitraria la detención, incluso si la entrada fue ilegal.[82]

En este caso el denunciante había sido privado de libertad durante más de cuatro años sin una decisión individualizada sobre la necesidad de la medida, situación que el Comité consideró como una violación de su derecho a la libertad.

La importancia de la revisión periódica de la necesidad de privar a una persona de la libertad también se puso de manifiesto en una decisión del Comité de Derechos Humanos sobre una persona que había sido recluida en hospitales psiquiátricos durante casi una década. El Comité concluyó que la hospitalización involuntaria de este individuo no infringía su derecho a la libertad personal, con base en tres consideraciones. En primer lugar, la decisión se fundamentó en el comportamiento agresivo del individuo. En segundo lugar, dicha decisión fue adoptada en conformidad con la legislación pertinente

---

81 Comité de Derechos Humanos, caso A. c. Australia, párr. 9.3 (1997).

82 Ibíd., párr. 9.4.

y se fundamentó en un dictamen de tres psiquiatras. Por último, la necesidad de mantener a la persona internada se revisaba periódicamente.[83] Cabe agregar que el criterio decisorio aplicado por el tribunal era que el enfermo presentaba un riesgo de violencia grave y que la internación era "necesaria por su propio bien o el interés público."[84]

El Comité de Derechos Humanos también adoptó una decisión sobre la privación de libertad con el fin de impedir una infracción de la ley sin orden judicial. Este caso se refiere a una persona que persistió en la demolición de un edificio. La policía, que creía que la demolición había sido prohibida por orden judicial, detuvo dos veces al individuo en cuestión con el propósito de impedirle proseguir con dicha actividad, la primera vez por una hora y al día siguiente, que era día no laboral, por ocho horas. El Comité, recordando la jurisprudencia establecida en el caso Van Alphen, manifestó que "para que una detención esté en conformidad con el párrafo 1 del artículo 9 necesita no sólo ser lícita, sino también razonable y necesaria en todas las circunstancias."[85] En el caso concreto el Comité consideró que, si bien ambas detenciones podían considerarse necesarias y razonables inicialmente, la prolongación de la segunda detención durante ocho horas no podía considerarse necesaria, sobre todo cuando el interesado manifestaba que su actividad había sido autorizada.[86]

ii) La jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia reciente de la Comisión Interamericana relativa a la privación de libertad por razones no penales establece tres requisitos básicos:

---

83 Comité de Derechos Humanos, caso A. c. Nueva Zelandia, párr. 7.2 (1997).

84 Ibíd., párrs. 2.13 y 4.6.

85 Comité de Derechos Humanos, caso Spakmo c. Noruega, párr. 6.3 (2000).

86 Ibíd.

> (…) primero, la detención preventiva, por alguna razón de seguridad pública, debe basarse en fundamentos y procedimientos establecidos por ley; segundo, no puede ser arbitraria y, tercero, debe ofrecerse sin demora un control judicial de supervisión.[87]

En lo que concierne a la detención de migrantes, esta regla ha sido aplicada en el caso Ferrer-Mazorra sobre un grupo de cubanos que habían ingresados a Estados Unidos en forma irregular. Los denunciantes formaban parte de un grupo mucho más grande que llegó en una flotilla de barcos cuando el gobierno cubano suspendió temporalmente las restricciones a la emigración en el año 1980. Después de revisar las circunstancias y antecedentes de dichas personas, las autoridades estadounidenses regularizaron la situación migratoria de la gran mayoría de ellos. Los que no reunían los criterios pertinentes, debido a su salud mental o presuntos antecedentes penales, eran sujetos a expulsión, pero como el país de nacionalidad se negó a permitir su regreso,[88] la mayoría de las personas en dicha situación ("excluibles") quedaron en "libertad condicional". Los que representaban una "amenaza para la comunidad", a criterio de las autoridades, fueron internados en instituciones penales. La legislación de Estados Unidos establecía una ficción en el sentido de que los migrantes no estaban presentes en el territorio nacional y, por tanto, no eran titulares de los derechos constitucionales. La CIDH consideró esta legislación no sólo violatoria de la libertad personal, sino "la antítesis de las protecciones prescritas en los artículos I y XXV de la Declaración pues no reconoce ningún derecho a la libertad de parte de los peticionarios."[89] En cuanto a los procedimientos aplicados, la CIDH los consideró defectuosos por las siguientes razones:

---

87 CIDH, caso Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos de América, párr. 212 (2001); Coard y otros c. Estados Unidos de América, párr. 45 (1999).

88 Ibíd., párr. 214.

89 Ibíd., párr. 219.

> La Comisión considera, primero, que los procedimientos por los cuales se ha privado y se sigue privando de la libertad a los peticionarios son arbitrarios, por cuatro razones principales: no definen con suficiente detalle los fundamentos en base a los cuales se ha privado de la libertad a los peticionarios; colocan en el detenido la carga de justificar la liberación; están sujetos a un grado de discrecionalidad de parte de los funcionarios que supera los límites razonables, y no ofrecen garantías de revisión de la detención a intervalos razonables[90].

La CIDH destacó, además, el carácter administrativo de la privación de libertad y su duración indefinida.[91]

La CIDH también examinó un caso relativo al programa de "interdicción" de balseros haitianos en alta mar, establecido por Estados Unidos en 1981. Algunas personas interceptadas eran entrevistadas en los barcos de la Guardia Costera para determinar si reunían los requisitos para obtener la condición de refugiado, en cuyo caso eran admitidos en el territorio de Estados Unidos. Otros fueron llevados a la base de la marina estadounidense en Guantánamo, Cuba, donde fueron entrevistados, y otros fueron devueltos a Haití, donde tenían derecho a someter una solicitud a las autoridades de Estados Unidos en dicho país. La decisión de la CIDH gira esencialmente en torno al derecho de asilo y del principio de no devolución, temas examinados en el Capítulo 8. Para efectos del presente capítulo, lo pertinente en la condena por parte de la CIDH a la intercepción en alta mar –defendida por el Estado como medida destinada a salvar vidas del riesgo de naufragio– es considerada una violación a la libertad personal.[92]

En el caso Coard y otros, la CIDH examinó la detención por las Fuerzas Armadas de Estados Unidos de diecisiete dirigentes del régimen revolucionario derrocado en Granada por la invasión a dicho país en 1983. Dichas personas fueron detenidas durante la acción

---

90 Ibíd., párrs. 217-218, 220.

91 Ibíd., párr. 221.

92 CIDH, caso Interdicción de haitianos, párr. 169.

militar que duró apenas dos días, y posteriormente entregadas al nuevo gobierno de Granada, que los enjuició y condenó por el asesinato del primer ministro depuesto. No obstante, el Estado no pretendió justificar su detención con base en el derecho penal, sino en el derecho humanitario.[93] Algunas de las personas detenidas eran militares y, por tanto, reunían una de las condiciones para ser considerados prisioneros de guerra. Habida cuenta de las dificultades en determinar si habían existido, durante el breve conflicto, todas las condiciones necesarias para la aplicación del Convenio de Ginebra sobre el trato de prisioneros de guerra, la CIDH decidió examinar la situación de los detenidos a la luz de las disposiciones pertinentes de la Declaración Americana, "entendida[s] con referencia" al IV Convenio de Ginebra sobre la protección de la población civil en tiempo de guerra.[94]

El IV Convenio de Ginebra, que es aplicable no sólo a conflictos armados de carácter internacional sino también a situación de ocupación de territorio extranjero, permite la internación de civiles en determinadas circunstancias, las cuales la CIDH resumió en el párrafo siguiente:

> En circunstancias excepcionales, el derecho internacional humanitario contempla la internación de civiles como medida de protección. Ésta sólo puede realizarse de acuerdo con disposiciones específicas, y puede autorizarse cuando lo requieren preocupaciones de seguridad; cuando medidas menos restrictivas no podrían cumplir el objetivo buscado, y cuando la acción sea tomada en cumplimiento de los fundamentos y procedimientos establecidos en una ley preexistente. El artículo 78 (párr. 52) del Cuarto Convenio de Ginebra establece en su parte pertinente: "Si la Potencia ocupante estimase necesario, por razones imperiosas de seguridad, tomar medidas de seguridad respecto a las personas prote-

---

93 CIDH, caso Coard y otros c. Estados Unidos de América, párrs. 30, 38 (1999).

94 Ver los párrafos 46 a 51, en particular el párr. 50 y nota 21. Sólo pueden considerarse prisioneros de guerra miembros de una fuerza que está bajo comando efectivo de oficiales superiores y que conduce sus operaciones de conformidad con el derecho humanitario.

gidas, podrá imponerles, a lo más, una residencia forzosa o proceder a su internamiento".[95]

La CIDH observa que las garantías relativas a la internación de civiles según el derecho internacional humanitario (DIH) –en particular el derecho a ser oído y el control "tan pronto como sea posible" de la legalidad de la medida por una autoridad distinta a la que impuso– son congruentes con las garantías establecidas por la Declaración Americana. Sin pronunciarse sobre la decisión inicial de detener a las personas afectadas, la DIH concluyó que la prolongación de su internación por varios días después del fin de las hostilidades sin revisión alguna de la legalidad de la medida, había sido violatoria del derecho a la libertad personal.[96]

La jurisprudencia de la CIDH incluye una decisión importante sobre la internación de niños y adolescentes por motivos de "rehabilitación, vigilancia y protección". La decisión condena rotundamente esta práctica en los términos siguientes:

> La Comisión considera que la detención de un menor de edad por actos no delictivos, sino sencillamente porque se encuentra en una situación de abandono social, riesgo, orfandad o vagancia, representa un grave peligro para la infancia hondureña. El Estado no puede privar de su libertad a niños y niñas que no han cometido hechos tipificados como delitos, sin incurrir en responsabilidad internacional por violación del derecho a la libertad personal (artículo 7 de la Convención).
>
> Toda restricción de libertad de un menor no basada en la ley, o en una acción tipificada como delito, constituye una grave violación de los derechos humanos. El Estado no puede, invocando razones de tutela del menor, privarlo de su libertad o de otros derechos inherentes a su persona. (…)[97]

---

95 Se omite el texto del segundo párrafo del citado artículo 78.

96 CIDH, caso Coard y otros c. Estados Unidos de América, párr. 57 (1999).

97 CIDH, caso Menores detenidos (Honduras), párrs. 109-110 (1999).

Refiriéndose a la Convención sobre los derechos del niño, a las Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores, a las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil y a las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, la CIDH advierte que: "Más allá de sancionar a los menores por su supuesta vagancia, el Estado tiene un deber de prevención y rehabilitación y está en la obligación de proporcionarles medios adecuados para que puedan desarrollarse a plenitud."[98] Si bien en el caso concreto, la situación denunciada se caracterizaba por la detención de menores en cárceles e instituciones penales el análisis de la CIDH parece aplicable también a la internación de niños y adolescentes en instituciones propias para personas de su edad.

4.7 Las garantías procesales

i) El derecho a ser informado de las razones de la privación de libertad

El derecho de toda persona privada de libertad a saber los motivos de su detención no se limita a detenciones por cargos penales, sino que se extiende igualmente a individuos recluidos en hospitales psiquiátricos, centros de rehabilitación de toxicómanos, campos para extranjeros en situación migratoria irregular y cualquier otro motivo. No es suficiente informar al detenido de los motivos de su detención en términos abstractos, citando determinadas disposiciones de la ley. En una decisión sobre un individuo detenido administrativamente por razones de seguridad nacional, el Comité de Derechos Humanos manifestó al respecto:

> (…) que el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto establece que toda persona detenida será suficientemente informada de las razones de su deten-

[98] Ibíd., párrs. 110 y ss.

> ción como para que pueda tomar medidas inmediatas a fin de obtener su puesta en libertad si considera que los motivos aducidos no son válidos o carecen de fundamento. El Comité opina que no basta con informar simplemente [al individuo] que ha sido detenido, al amparo de [la ley de seguridad nacional] sin notificarle en qué se basa la acusación.[99]

Una persona detenida para la investigación de un crimen tiene el derecho a ser informada de las razones de su detención "en forma detallada" y la información proporcionada debe, en principio, incluir los hechos bajo investigación y la identidad de la víctima.[100]

El Comité de Derechos Humanos aplica esta norma con cierta flexibilidad cuando existen razones objetivas para presumir que el detenido ha comprendido las razones de su detención. Por ejemplo, en un caso en que la policía no podía informar a una persona de las razones de su detención por no contar con los servicios de un intérprete en el momento de su captura, pero el detenido presenció la incautación de drogas escondidas en su auto, y a la mañana siguiente se le informaron los cargos en su contra, el Comité concluyó que no se había incurrido en una violación de este derecho.[101] En otro caso en el cual un detenido sólo fue informado de las razones de su detención después de ocho días de estar en la cárcel, el Comité consideró que no había habido violación de este derecho porque el detenido se había entregado a la policía cuando se enteró de que lo estaban buscando en conexión con un homicidio, por lo tanto "estaba plenamente consciente de las razones por las que había sido detenido."[102] No obstante, "el hecho de que el [oficial que detiene a un individuo] estime que éste conoce las razones de su detención

---

99 Comité de Derechos Humanos, caso Drescher c. Uruguay, párr. 13.2.

100 Comité de Derechos Humanos, caso Kelly (Paul) c. Jamaica, párr. 5,8 (1991).

101 Comité de Derechos Humanos, caso Griffiths c. España, párr. 9.3.

102 Comité de Derechos Humanos, caso Stephens c. Jamaica, párr. 9.5; véase también Pennent c. Jamaica, párr. 8.1 (1998).

no exime al Estado de la obligación de (…) comunicar esta información a la persona detenida."[103]

ii) El derecho a ser informado de los cargos en su contra

A diferencia del derecho a ser informado de las razones de la detención, el derecho a ser informado de los cargos en contra es aplicable únicamente a partir del momento en que se ha determinado la acusación.[104] La obligación de informar a una persona de las razones de su detención es un deber que ha de cumplirse inmediatamente, según el PIDCP. El deber de notificarle a un acusado los cargos en su contra debe cumplirse "sin demora".

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho de la persona a ser notificada de la acusación que se le hace sugiere que la notificación debe ser efectuada pocos días después. En un caso, el Comité consideró que una demora de tres días no era violatoria de este derecho,[105] mientras que en otros casos el atraso de más de una semana fue considerado como violatorio de este derecho a ser informado de la acusación sin demora[106] La jurisprudencia también señala que las restricciones presupuestarias que afecten

---

[103] Comité de Derechos Humanos, caso Grant c. Jamaica, párr. 8.1 (1996). La versión en español contiene un error de traducción; en el inglés original la expresión entre paréntesis es "arresting officer".

[104] Comité de Derechos Humanos, caso Pennent c. Jamaica, párr. 8.1.

[105] Comité de Derechos Humanos, caso Pennent c. Jamaica, párr. 8.1 (una demora de 73 horas).

[106] Comité de Derechos Humanos, caso Grant c. Jamaica, párr. 8.1 (más de 7 días); Stephens c. Jamaica, párr. 9.6 (más de 8 días); Shaw c. Jamaica, párr. 7.3 (9 días); Fillastre y otro c. Bolivia, párr. 6.4 (10 días). Cabe señalar que, en la práctica, no siempre se sabe cuándo ha sido adoptada la acusación. En tales casos, no obstante su decisión en el caso Pennent, supra, el Comité toma en consideración el tiempo transcurrido entre la detención y la notificación de la acusación. Shaw, párr. 7.3.

a los tribunales no eximen al Estado de responsabilidad en el incumplimiento de esta obligación.[107]

La jurisprudencia de la CIDH, por su parte, establece que "la acusación fiscal debe ser sumamente precisa y clara al establecer los hechos que en forma concreta se atribuyen al acusado."[108]

iii) El derecho a ser llevado sin demora ante un juez

En su Observación General No. 8, el Comité de Derechos Humanos declara que la expresión "sin demora" en el tercer párrafo del artículo 9, significa en la práctica que "las demoras no deben exceder unos pocos días."[109] La jurisprudencia del Comité sobre este derecho está en armonía con esta doctrina, así como con la jurisprudencia del Comité sobre el derecho a ser notificado de la acusación. Una decisión adoptada en 1995 señaló que una demora de 73 horas en presentar a un detenido ante un juez no había sido violatoria de este derecho.[110] Una decisión de 1992 consideró una demora de cinco días violatoria de este derecho, y otra tomada en el año 2000 consideró una demora de cuatro días como violatoria en ausencia de toda explicación de parte del Estado.[111] Algunas decisiones señalan que el análisis de la compatibilidad de una demora con este requisi-

---

[107] Comité de Derechos Humanos, caso Fillastre y otro c. Bolivia, párr. 6.4 (1992).

[108] CIDH, Acusaciones Fiscales, *Diez años de actividad*, p. 314.

[109] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 8, párr. 2. El proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido ni preso elaborado en 1962 por un comité técnico de la Comisión de Derechos Humanos disponía, en su artículo 10 (c), que un detenido debe ser llevado ante un juez o tribunal "prontamente y en todo caso dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento de su detención. Estudio del derecho a no ser arbitrariamente detenido ni preso, párr. 242.

[110] Comité de Derechos Humanos, caso Van der Houwen c. Países Bajos, párrs. 3.1 y 4.2 (1995).

[111] Comité de Derechos Humanos, caso Terán Jijón c. Ecuador, párrs. 5.3 (1992); Freemantle c. Jamaica, párr. 7.4 (2000).

to debe tomar en cuenta la totalidad de las circunstancias.[112] La incomunicación y la aplicabilidad de la pena de muerte son dos factores que se mencionan en este contexto;[113] no obstante, la jurisprudencia no permite identificar claramente cómo éstos y otros factores inciden en la duración de una demora aceptable.

En 1996, el Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión importante sobre la naturaleza de la autoridad ante la cual el detenido debe ser presentado. Después de señalar que "el objetivo de la primera frase del párrafo 3 del artículo 9 consiste en someter la detención de una persona acusada de delito penal a control judicial", la decisión concluye:

> El Comité considera que el ejercicio correcto del poder judicial conlleva a que sea aplicado por una autoridad independiente, objetiva e imparcial respecto de las cuestiones que tiene que abordar. En las circunstancias del presente caso, el Comité discrepa de que pueda considerarse al fiscal como dotado de la objetividad e imparcialidad necesarias frente a las instituciones para representar el papel de "funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales" en el sentido del párrafo 3 del artículo 9.[114]

La jurisprudencia de la Corte Interamericana hace hincapié en la comparecencia del detenido ante la autoridad judicial competente. En el caso Suárez Rosero, la Corte declaró que la actividad procesal del representante legal del detenido a favor de éste no satisfacía la obligación de que el preso estuviera presente.[115] En el caso Cantoral Benavides, la Corte dictaminó que la presentación de un detenido ante una autoridad judicial no satisfacía el párrafo 5 del artículo 7, a

---

[112] Comité de Derechos Humanos, caso Terán Jijón c. Ecuador, párr. 5.3; McLawrence c. Jamaica, párr. 5.6, respectivamente.

[113] Comité de Derechos Humanos, caso Mc Lawrence c. Jamaica, párrs. 5.6.

[114] Comité de Derechos Humanos, caso Kulomin c. Hungría, párr. 11.2-11.3 (1996).

[115] Corte Interamericana, caso Suárez Rosero (Fondo), párrs. 54, 56 (1997).

menos que la autoridad reuniera los requisitos establecidos por el primer párrafo del artículo 8, entre ellos, competencia, independencia e imparcialidad. En el caso concreto, se consideró que la presentación de un civil acusado de terrorismo ante un juez penal militar, no cumplía con la obligación establecida por el artículo 7 de la Convención.[116] En el caso Castillo Petruzzi, la Corte Interamericana concluyó que:

> la legislación peruana, de acuerdo con la cual una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria puede ser mantenida en detención preventiva por un plazo de 15 días, prorrogable por un periodo igual, sin ser puesta a disposición de autoridad judicial, contradice lo dispuesto por la Convención en el sentido de que "[t]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales".[117]

La importancia del derecho a ser presentado ante la autoridad judicial competente y su relación con otros derechos fundamentales de la persona fue comentada por la CIDH en el caso Manríquez c. México. Algunos de los extractos más pertinentes de la decisión de la CIDH son los siguientes:

> La lógica de las garantías del proceso penal se basa en la intervención personal del juez concebido como el órgano adecuado para su tutela. El objetivo que se busca con el principio de inmediación procesal es tratar de evitar un distanciamiento de la persona del juez, de los elementos del proceso y en especial de la persona del imputado. (…)
>
> En materia penal, el principio de inmediación procesal cobra fundamental importancia, dado que los problemas a ser resueltos por el tribunal afectan las facultades básicas de la persona humana, ante la

---

116 Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides (Fondo), párr. 75 (2000).

117 Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo), párr. 110 (1999).

> posibilidad de ser afectadas por el poder penal del Estado. Por ello, en todo caso, la "inmediación procesal" debe ser concebida únicamente entre el juez y el procesado, por lo que deben desecharse las indebidas y erradas interpretaciones que incluyen dentro de aquélla las declaraciones en sede policial o del Ministerio Público, por no responder al propio juez.
>
> (…) En efecto, toda vez que éstos en vez de ser llevados sin demora ante el órgano imparcial y adecuado para la tutela de sus derechos, como es el juez competente en cada caso concreto, los inculpados son retenidos por 48 o 96 horas por policías judiciales sin supervisión judicial alguna, quienes en muchas oportunidades usan la coacción y tortura para extraer testimonios auto incriminatorios en contra de los inculpados.[118]

Con respecto a la obligación de presentar al detenido "sin demora" al tribunal, la jurisprudencia de la Corte en el caso Cantoral Benavides consideró violatoria del artículo 7.5 una legislación que

---

[118] CIDH, caso Manríquez c. México, párrs. 80-82 (1999). Véase también Lamey y otros c. Jamaica, párr. 176 (2000). El comentario acerca del proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido ni preso, elaborado por un comité técnico de la Comisión de Derechos Humanos en 1962, hace una observación semejante con respeto al artículo 10 del proyecto: "El requisito establecido en este artículo de que el detenido ha de ser entregado prontamente a un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales es una de las más sólidas garantías de la libertad individual en la legislación relativa a la detención. Este trámite en la etapa que sigue inmediatamente a la detención es conveniente por una serie de razones. Permite un examen inmediato de la procedencia de la detención. Sirve también para poner coto a ciertos abusos de la policía, por cuanto una autoridad independiente puede observar la condición física del sospechoso y oír sus quejas. Se brinda al sospechoso la oportunidad de probar que no hay razones que justifiquen su detención o que no hay motivos racionalmente suficientes para creer que es culpable de la infracción de que se le acusa. Ésta permite también que se decida sobre si ha de seguir privado de libertad". Estudio del derecho a no ser arbitrariamente detenido ni preso, párr. 242.

establecía un plazo de 15 días, prorrogable por otros 15 días, para la presentación de detenidos bajo investigación por cargos de terrorismo y traición.[119] Una jurisprudencia reciente de la Comisión enunciada en el caso Lallion señaló que el artículo 7.5 de la Convención Americana debe interpretarse y aplicarse en armonía con el artículo 9 del PIDCP y con el artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención Europea) y concluyó que una demora de tres días en llevar a un detenido ante las autoridades judiciales competentes había sido violatoria del artículo 7.5.[120]

iv) El derecho a ser procesado sin demora o puesto en libertad

Tanto el PIDCP en su artículo 9.3, como la Convención Americana en su artículo 7.5, consagran el derecho de la persona detenida y acusada de un delito "a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad". Esta disposición complementa lo dispuesto por el artículo 14.3 c) del PIDCP y por el artículo 8.1 de la Convención Americana, que reconocen el derecho de toda persona acusada de un delito, sea detenida o no, a ser procesada "sin dilaciones indebidas" o "en un plazo razonable". Gran parte de la jurisprudencia trata sobre ambas disposiciones en forma conjunta, es decir, los artículos 9.3 y 14.3 c) del PIDCP o los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana, según corresponda, pero hay algunos casos que demuestran que, a pesar de su semejanza, estas disposiciones no siempre se aplican en forma idéntica.[121]

---

[119] Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides (Fondo), párr. 73.

[120] CIDH, caso Lallión c. Grenada, párrs. 109 y 119 (2002). Cabe mencionar que el plazo máximo establecido por la legislación nacional era de 2 días, de manera que la demora era ilegal, y el Estado no ofreció justificación alguna por la demora de 3 días.

[121] En el caso Perkins, el Comité de Derechos Humanos consideró una demora de 21 meses violatoria del párrafo 3 del artículo 9, pero no del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, lo que equivale a decir que la demora no habría sido

Cabe señalar que la mayor parte de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 9.3 se refiere a la etapa del sumario o instrucción y, eventualmente, al juicio oral –o sea, desde la detención hasta la condena (o absolución) en primera instancia–, mientras que las demoras durante el plenario y la etapa de apelación normalmente son evaluadas a la luz del artículo 14.3 c). La mayor parte de la jurisprudencia universal surge de casos provenientes de países que aplican el derecho común, en donde los juicios orales por delitos comunes normalmente no duran más de algunos días y sólo las personas condenadas en primera instancia permanecen presas durante la etapa de apelación. Los órganos del sistema interamericano tienden a aplicar ambas disposiciones de la Convención Americana sobre el derecho a ser procesado sin demora en todo el proceso incluyendo las fases del sumario, plenario y apelación. Las demoras mencionadas deben entenderse a la luz de estas circunstancias.

El derecho a ser puesto en libertad si la detención preventiva se prolonga más allá de lo razonable está íntimamente vinculado con la prohibición de detención arbitraria. Además, el artículo 9.3 del PIDCP consagra un corolario importante, a saber: que "La prisión preventiva (…) no debe ser la regla general (…)", el cual si bien figura únicamente en el artículo 9 del PIDCP, ha sido incorporado al artículo 7 de la Convención Americana a través de la jurisprudencia.

Según la jurisprudencia del sistema universal la razonabilidad de una demora se determina tomando en cuenta todas las circunstancias del caso. En una de sus primeras decisiones el Comité de Derechos Humanos declaró que la detención de una persona por "más de un año" había sido violatoria del párrafo 3 del artículo 9, cuando

---

violatoria del derecho a ser juzgado sin demora si el acusado estuviera en libertad. Perkins c. Jamaica, párr. 11.3 (1997). En el caso Morrison, el Comité llegó a la conclusión contraria, es decir, una demora de 30 meses en procesar a un detenido por un determinado delito era violatoria del artículo 14.3 c) pero no del párrafo 3 del artículo 9, porque la mayor parte del tiempo el individuo fue detenido bajo otro cargo, párr. 22.

al final de este periodo la persona no fue acusada de un delito.[122] En casos recientes sobre acusados llevados a juicio, los parámetros generales parecen ser que, ordinariamente, una demora de un año y pocos meses en primera instancia no se considera como excesiva, mientras que una demora de casi dos años sí se considera excesiva en la mayoría de los casos. En el caso McTaggart, de 1998, el Comité de Derechos Humanos dictaminó que una demora de 12 meses en un proceso de homicidio en primera instancia no había sido violatoria del artículo 9 ni del artículo 14, y en los casos Leehong y Thomas, ambos de 1999, declaró que las demoras de 14 meses no habían sido incompatibles con el artículo 9 ni con el artículo 14, aun en ausencia de explicaciones provenientes del Estado de las razones de dichos atrasos.[123] En el caso Morrison, de 1998, una demora de 18 meses antes del inicio del proceso fue considerada "preocupante" pero no violatoria del artículo 9, mientras que en el caso McLawrence de 1997, una demora de 16 meses sí fue considerada violatoria del artículo 9, en ausencia de toda explicación del atraso.[124] Asimismo, en el caso Teesdale el Comité consideró que una demora de 16 meses había sido violatoria del artículo 9.3 del PIDCP cuando las actas indicaban que la investigación había terminado apenas algunos días después de la detención del acusado.[125] Hay numerosos casos en los cuales demoras de 21, 22 ó 24 meses son declaradas violatorias del derecho de un detenido a ser procesado sin demora.[126]

---

[122] Comité de Derechos Humanos, caso Fals Borda y otros c. Colombia, párrs. 12.3 y 14 (la señora Salazar de Fals tampoco pudo impugnar la legalidad de su detención).

[123] Comité de Derechos Humanos, caso McTaggart c. Jamaica, párr. 8.2; Leehong c. Jamaica, párr. 6.6, y Thomas (S.) c. Jamaica, párr. 9.6.

[124] Comité de Derechos Humanos, caso Morrison (E.) c. Jamaica, párr. 21.3, y MacLawrence, párr. 5.6.

[125] Comité de Derechos Humanos, caso Teesdale c. Trinidad y Tobago, párr. 9.3 (2002).

[126] Véase Comité de Derechos Humanos, caso Perkins c. Jamaica, párr. 11.3; Sextus c. Trinidad y Tobago, párr. 7.2 (2001); Walker y Richards c. Jamaica, párrs. 8.2-8.3 (1997).

El mencionado caso Morrison puede considerarse un caso límite.[127] El Comité de Derechos Humanos explicó su decisión por la naturaleza del cargo: homicidio. No obstante, este factor no es una explicación suficiente, puesto que todos los demás casos citados en la presente sección también son de homicidio. Las decisiones en los casos Sextus y Hill hacen mención a otros factores pertinentes, como son la complejidad de los hechos, el número de testigos y la naturaleza de otras pruebas materiales.[128] En el caso Sextus, el Comité indicó que las justificaciones del Estado sobre una demora deben referirse a factores propios al caso concreto y no a dificultades que afectan la administración de la justicia en general.[129] En el caso Neptune, el Comité concluyó que los esfuerzos para asegurar la comparecencia del principal testigo de cargo, quien se encontraba fuera del territorio nacional, no justificaban una demora de dos años y medio en iniciar un juicio por homicidio.[130]

Los órganos del sistema interamericano tienden a aplicar al proceso en su totalidad los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana, incluyendo las fases del sumario, plenario y apelación. Como subraya la Corte Interamericana en el caso Castillo Petruzzi, "el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas (…)".[131] En el caso Suárez Rosero, la Corte consideró que una demora de más de 50 meses entre el primer acto del procedimiento –la aprehensión del acusado– y el fin del proceso, cuando la sentencia quedó firme con un fallo de la Corte Suprema de Justicia, violó tanto el artículo 7.5 como el artículo 8.1 de la Convención Americana.[132]

---

127 Incluso, un miembro del Comité discrepó con la conclusión de que no había violación del derecho a ser procesado sin demora, arguyendo que, si el Comité encontró la demora preocupante, no puede llegar a la conclusión de que no era violatoria del PIDCP en ausencia de una explicación adecuada.

128 Comité de Derechos Humanos, caso Sextus c. Trinidad y Tobago, párr. 7.2; Hill y Hill c. España, párr. 12.4.

129 Ibíd.

130 Comité de Derechos Humanos, caso Neptune c. Trinidad y Tobago, párr. 9.2 (1996).

131 Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo), párr. 161 (1999).

132 Corte Interamericana, caso Suárez Rosero (Fondo), párrs. 73, 75 (1997).

No obstante, algunas decisiones de la CIDH establecen criterios aplicables a la duración de la detención antes del juicio. En el caso Firminech, la CIDH declaró que "no es posible establecer un criterio *in abstracto* de este plazo [razonable]", y que no es violatoria del párrafo 5 del artículo 7 de la Convención Americana una ley que establece un límite objetivo –en este caso de 2 años– pero deja al juez competente la discreción de aplicarlo o de hacer una excepción y prolongar la detención de un acusado más allá de dicho límite.[133] La Comisión indicó, además, tres factores que deben tomarse en cuenta para determinar si la demora en un caso determinado debe considerarse razonable, a saber: su duración efectiva, la naturaleza de las infracciones imputadas al acusado y "las dificultades o problemas judiciales para la instrucción de las causas."[134] Las acusaciones en este caso consistían en múltiples cargos de homicidio agravado y secuestro. En un caso, el reo fue detenido un año antes de ser acusado, y en el otro, dos años,[135] y la duración del sumario fue de un año y de cinco meses, respectivamente. En el primer caso la etapa del plenario duró unos seis meses y en el segundo más de un año. La CIDH concluyó que la demora no había sido violatoria del artículo 7 de la Convención, en parte por la gravedad de los cargos pero, sobre todo, por la complejidad de los casos, la necesidad de obtener el testimonio de testigos en el exterior y las demoras provocadas por las actuaciones de la defensa.[136]

En el caso Giménez la CIDH declaró que el principio de excepcionalidad era aplicable a la detención sin condena. La decisión establece al respecto:

---

133 CIDH, caso Firminech c. Argentina, p. 65 (1988). Véase también Briggs c. Trinidad y Tobago, párr. 49 (1999).

134 Ibíd., p. 66.

135 La CIDH también decidió no tomar en cuenta, para efectos del párrafo 5 del artículo 7, el tiempo que el individuo estaba detenido en otro país por causa del examen de una solicitud de extradición, p. 67.

136 CIDH, pp. 68-69. Si bien la descripción de los hechos distingue entre las distintas fases del proceso, la conclusión de la CIDH evalúa la demora en su totalidad.

> El objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera en la investigación judicial. La Comisión subraya que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa.[137]

La CIDH también adoptó en esta decisión un esquema de análisis basado en la jurisprudencia de la Corte Europea, que la decisión describe así:

> A estos efectos, la Comisión ha elaborado un análisis en dos partes para establecer si el encarcelamiento previo a la sentencia de un acusado contraviene el artículo 7.5 de la Convención. En primer lugar, las autoridades judiciales nacionales deben justificar la privación de libertad sin condena de un acusado utilizando criterios pertinentes y suficientes. En segundo lugar, si la Comisión llega a la conclusión de que los resultados de la investigación muestran que las razones utilizadas por las autoridades judiciales nacionales son debidamente "pertinentes y suficientes" como para justificar la continuación de la detención, debe proceder después a analizar si las autoridades procedieron con "diligencia especial" en la instrucción del proceso para que el periodo de detención no fuera excesivo. Los órganos de la Convención deben determinar si el tiempo transcurrido, por cualquier razón, antes de que se dicte sentencia al acusado, ha en algún momento sobrepasado un límite razonable de manera que el encarcelamiento se haya constituido en un sacrificio mayor, en las circunstancias del caso, que el que se podría esperar tratándose de una persona que se presume inocente. Por lo tanto, cuando la prolongación de la detención deja de ser razonable, bien

---

[137] CIDH, caso Giménez c. Argentina, párr. 84 (1996).

> sea porque las justificaciones para la detención no son "pertinentes o suficientes", o cuando la duración del proceso judicial no es razonable, se debe otorgar la libertad provisoria.[138]

La jurisprudencia sobre las razones para la detención establecida por esta decisión se presentó en la sección 4.3; en cuanto a la duración de la detención, la decisión establece lo siguiente:

> La Comisión opina que, de conformidad con lo establecido en los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención, una persona acusada, que está detenida, tiene derecho a que las autoridades pertinentes le den prioridad a su caso y agilicen su tramitación sin impedir que el fiscal y la defensa desempeñen sus funciones con la atención debida.
>
> En los casos de duración inaceptable ***prima facie***, corresponde al gobierno demandado presentar razones específicas (…) para justificar la demora. (…)
>
> Para determinar si las autoridades de investigación procedieron con la debida diligencia, se debe tomar en consideración la complejidad y el alcance del caso, además de la conducta del acusado. Sin embargo, el acusado que rehúsa cooperar con la investigación o que utiliza todos los recursos disponibles, se está limitando a ejercer su derecho legal. Por lo tanto, la demora en la tramitación del proceso no se puede atribuir al detenido, a no ser que se haya abusado del sistema en forma intencional con el propósito de demorar el procedimiento. La Comisión hace una distinción entre el uso por parte del peticionario de sus derechos procesales, la falta de cooperación en la investigación o el juicio, y la obstaculización deliberada.[139]

---

[138] Ibíd., párr. 83.

[139] Ibíd., párrs. 100-102. Véase también Lizardo Cabrera c. República Dominicana, párrs. 70-72; Levoyer Jiménez c. Ecuador, párr. 77 (2001).

En el caso concreto, la detención duró más de cuatro años hasta la condena, y 15 meses más hasta la confirmación de la condena en segunda instancia. La decisión consideró esta demora y la reiterada denegación de pedidos de libertad provisional violatorios del artículo 7.5.[140] En otro caso la CIDH, aplicando pautas derivadas de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, concluyó que una demora de tres años y tres meses entre la detención y juicio en primera instancia había sido violatoria del artículo 7 de la Convención Americana.[141]

4.8 El derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad (hábeas corpus)

i) La jurisprudencia universal

El Comentario General del Comité de Derechos Humanos sobre la libertad personal subraya que el derecho a impugnar la legalidad de una privación de libertad se extiende a toda privación de ella, incluso a la detención administrativa por motivos de seguridad nacional y a otras formas de reclusión por motivos ajenos al derecho penal. En el caso Vuolanne, el Comité confirmó que el derecho a recurrir a los tribunales para impugnar la legalidad de una privación de libertad se extiende a medidas disciplinarias privativas de la misma impuestas a miembros de las fuerzas armadas por sus superiores.[142] Asimismo, confirmó que la revisión de la medida por un oficial superior no satisface la obligación establecida por el artículo 9.4, que requiere la intervención de una instancia judicial.[143] En otro caso,

---

[140] La CIDH concluyó que la demora también era violatoria del primer párrafo del artículo 8 y de la presunción de inocencia, aunque señalando que una demora violatoria del artículo 7.5 no necesariamente es incompatible con el artículo 8.1. párrs. 109-114, de manera particular el párr. 110.

[141] CIDH, caso Briggs c. Trinidad y Tobago, párr. 55 (1999).

[142] Comité de Derechos Humanos, caso Vuolanne c. Finlandia, párr. 9.5 (1989).

[143] Ibíd., párr. 9.6.

el Comité declaró que una ley que permitía detener a una persona por siete días sin derecho a recurrir a los tribunales era incompatible con el derecho a impugnar la legalidad de la detención, aún cuando existía el derecho a recurrir al ministro del Interior.[144] El Comité señala, en efecto, que la expresión "a la brevedad posible" consignada en el párrafo 4 del artículo 9 no se refiere únicamente a la consideración de un recurso una vez interpuesto, sino también a la oportunidad de interponer el recurso. La incomunicación también puede privar a un detenido del derecho a recurrir a los tribunales para impugnar la legalidad de su detención.[145]

El aporte más valioso que el Comité de Derechos Humanos ha hecho a la jurisprudencia internacional sobre el derecho de hábeas corpus figura en su decisión en el caso A. c. Australia, relativo a la detención administrativa de solicitantes de asilo. En determinado momento, la legislación nacional permitía a los solicitantes de asilo detenidos, recurrir a los tribunales para impugnar la legalidad de la detención, sin embargo, la competencia del tribunal se limitaba a la determinación de si el individuo hacía parte o no de la categoría de personas cuya detención era autorizada por la ley. El Comité consideró que dicha restricción al alcance de la revisión judicial afectaba la esencia del derecho consagrado por el artículo 9.4. El análisis y conclusión del Comité se exponen en el párrafo siguiente:

> (…) Sin embargo, el control y las facultades de los tribunales para ordenar la excarcelación de un individuo se limitaban, de hecho, a determinar si éste era una "persona designada" en el sentido de la Ley enmendada de migración. Si se cumplían los criterios para esa determinación, los tribunales no estaban facultados para examinar la prisión continuada de un individuo ni ordenar su excarcelación. A juicio del Comité, el examen judicial de la legalidad de la prisión con arreglo al párrafo 4 del

---

144 Comité de Derechos Humanos, caso Torres c. Finlandia, párrs. 5.3, 8 (1990) (se trataba de una ley sobre la migración).

145 Comité de Derechos Humanos, caso Dermit c. Uruguay, párr. 10 (b) (1982); Muteba c. Zaire, párr. 12 (1984); Kelly c. Jamaica, párr. 5.6 (1991) (5 semanas de incomunicación).

> artículo 9, que debe incluir la posibilidad de ordenar la puesta en libertad, no se limita a que la prisión se ajuste meramente al derecho interno. Aunque el ordenamiento jurídico interno puede establecer distintos métodos para garantizar el examen por los tribunales de la prisión administrativa, lo que es decisivo a los efectos del párrafo 4 del artículo 9 es que ese examen sea, en sus efectos, real y no únicamente formal. Al prever que el tribunal debe tener facultades para ordenar la puesta en libertad "si la prisión fuera ilegal", el párrafo 4 del artículo 9 exige que el tribunal esté facultado para ordenar la excarcelación si la prisión es incompatible con los requisitos del párrafo 1 del artículo 9 o de otras disposiciones del Pacto. Esta conclusión está respaldada por el párrafo 5 del artículo 9, que evidentemente rige la cuestión de obtener reparación por toda prisión que sea "ilegal", bien conforme al derecho interno o en el sentido de lo dispuesto en el Pacto. Como las alegaciones presentadas por el Estado en el presente caso muestran que las posibilidades que tuvo "A" para la realización de un examen judicial se limitaron, de hecho, a una determinación formal del hecho evidente de que era efectivamente una "persona designada" en el sentido de la Ley enmendada de migración, el Comité llega a la conclusión de que se ha violado el derecho del autor en virtud del párrafo 4 del artículo 9 a que un tribunal examine el asunto de su prisión.[146]

En efecto, el Comité de Derechos Humanos interpreta que el derecho reconocido por el párrafo 4 del artículo 9 consiste en impugnar la legalidad y razonabilidad de una privación de libertad y no tan sólo su legalidad, como sugeriría una lectura literal de su texto.

ii) La jurisprudencia interamericana

La Corte Interamericana ha adoptado dos Opiniones Consultivas sobre esta materia, la OC-8/87, "El hábeas corpus bajo suspensión de Garantías", y la OC-9/87, "Garantías judiciales en estados de

---

[146] Comité de Derechos Humanos, caso A. c. Australia, párr. 9.5 (1997).

emergencia". En la OC-8/87, la Corte Interamericana concluye que la vigencia del recurso de hábeas corpus debe mantenerse durante un régimen de suspensión de garantías por dos motivos: primero, porque sirve no sólo para proteger la libertad, sino también la vida y la integridad de las personas privadas de libertad, y segundo, porque tiene el propósito general de tutelar el Estado de derecho y la democracia durante un estado de excepción o emergencia.[147] En la OC-9/87 la Corte añade que "en lo esencial" los "principios de debido proceso legal" consagrados en el artículo 8 de la Convención Americana se aplican al recurso de hábeas corpus y deben cumplirse aun durante un estado de excepción.[148]

En los últimos años, la Corte Interamericana ha aplicado la doctrina enunciada en dichas Opiniones en una serie de sentencias, identificando situaciones concretas y prácticas violatorias del derecho de hábeas corpus. En el caso Suárez Rosero, la Corte declaró que la incomunicación, aún cuando justificada, no debe aplicarse de tal forma que afecte este derecho. La decisión establece al respecto:

> La incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al periodo de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención (…)[149]

El caso Cesti Hurtado trata de una persona detenida y condenada por un tribunal militar, a pesar de la decisión previa del tribunal ordinario competente sobre un recurso de hábeas corpus que disponía la suspensión de los procedimientos ante la justicia militar y la revocación de la orden de detención. La Corte Interamericana ob-

---

147 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 42.

148 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-9/87, párrs. 29-30.

149 Corte Interamericana, caso Suárez Rosero (Fondo), párr. 51 (1997).

servó que el tribunal militar no hizo uso de la vía adecuada para resolver el conflicto de competencia, y calificó su acción de "flagrante violación de una orden clara de un tribunal competente" violatoria del derecho de hábeas corpus, además de privación ilegal y arbitraria de su libertad.[150]

El caso Durand y Ugarte versa sobre la problemática de las medidas que afectan la capacidad de los tribunales de investigar adecuadamente los recursos planteados. En este caso, se comprobó que el traslado del control sobre ciertos centros penales a las Fuerzas Armadas "produjo, de hecho, la ineficacia del mencionado recurso en virtud de que los jueces ordinarios no podían ingresar a los penales (…) [para] investigar y determinar el paradero de las personas a favor de las cuales se había interpuesto el recurso".[151] En estas circunstancias, la declaración de la improcedencia del recurso fue considerada violatoria de lo dispuesto por el artículo 7.6 de la Convención Americana, no obstante la existencia de un estado de emergencia.[152] Asimismo, en el caso Castillo Páez la Corte Interamericana concluyó que la obstaculización de la investigación de un recurso de hábeas corpus mediante el ocultamiento de la víctima y la alteración de los registros de detención, había violado el derecho de hábeas corpus, puesto que éste carecía de eficacia a pesar de la reacción favorable de los tribunales.[153]

La CIDH también ha hecho contribuciones a la jurisprudencia interamericana sobre este derecho. Su decisión en el caso Levoyer Jiménez hace un aporte sobre el alcance y la eficacia del recurso de hábeas corpus, observando al respecto lo siguiente:

> Adicionalmente, luego de haber cesado su incomunicación [la víctima] presentó numerosos recursos de hábeas corpus, sin que en ningún caso

---

150 Corte Interamericana, caso Cesti Hurtado (Fondo), párrs. 133 y 141-143.

151 Corte Interamericana, caso Durand y Ugarte (Fondo), párr. 100 (2000). Véase también el caso Neira Alegría (Fondo), párr. 77 (1995).

152 Ibíd., párrs. 103-110.

153 Corte Interamericana, caso Castillo Páez (Fondo), párrs. 81-84.

> hayan producido resultados. Si bien el acceso a los recursos no implica la garantía de un resultado favorable, el derecho de acceso a la justicia en este caso, requería que un juez hubiera revisado los motivos de la detención así como su adecuación a las normas internacionales correspondientes, cosa que no ocurrió en ninguno de los hábeas corpus que fueran presentados.[154]

El derecho de hábeas corpus también fue vulnerado porque algunas de las peticiones fueron ignoradas o rechazadas tardíamente, y porque la autoridad competente para conocerlas había sido el alcalde. Sobre este último aspecto la CIDH recalcó:

> La revisión de la legalidad de una detención implica la constatación no solamente formal, sino sustancial, de que esa detención es adecuada al sistema jurídico y que no se encuentra en violación a ningún derecho del detenido. Que esa constatación se lleve a cabo por un Juez, rodea el procedimiento de determinadas garantías, que no se ven debidamente protegidas si la resolución está en manos de una autoridad administrativa, que no necesariamente tiene la formación jurídica adecuada, pero que en ningún caso puede tener la facultad de ejercer la función jurisdiccional.[155]

4.9 El derecho a la reparación

El derecho de "toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa (...) a obtener reparación" está consagrado en el artículo 9.5 del PIDCP. A diferencia del derecho a una indemnización por condenas por error judicial, reconocido por el artículo 14.6 del PIDCP y por el artículo 10 de la Convención Americana, el derecho consagrado por el artículo 9.5 del PIDCP se aplica a toda privación ilegal

---

154 CIDH, caso Levoyer Jiménez c. Ecuador, párr. 67 (2000).

155 Ibíd., párr. 79.

de libertad, sea por motivos penales, de seguridad nacional u otro. La Convención Americana carece de una disposición similar.

Actualmente existe abundante jurisprudencia, tanto en el ámbito universal como en el interamericano, que reconoce un amplísimo derecho de las víctimas de cualquier violación de los derechos humanos a recibir una indemnización del Estado responsable de la violación. Quizás por este motivo la jurisprudencia sobre el párrafo 5 del artículo 14 del PIDCP es escasa.

En el caso Van Alphen, el Comité de Derechos Humanos aclaró que este derecho se aplica no sólo a la detención ilegal en el sentido literal de la palabra, sino a toda detención violatoria del primer párrafo del artículo 9, incluso a la detención arbitraria.[156] En otra decisión, el Comité dictaminó que el hecho de que un proceso termine en la absolución de una persona detenida preventivamente no significa necesariamente que la detención haya sido ilegal, ni que dicha persona tenga derecho a indemnización. El Comité también recordó que la presunción de inocencia es un principio aplicable en los procesos penales y, por tanto, no ampara al individuo que demanda reparación ante una instancia civil o administrativa por detención ilegal.[157]

4.10 La seguridad personal

El sistema universal ha desarrollado, en los últimos años, una jurisprudencia que considera ciertos hechos como violatorios de la seguridad personal. Esta jurisprudencia tiene sus raíces en la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Delgado Páez, adoptada en 1990. En su análisis el Comité recuerda que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho a la seguridad de la persona conjuntamente con el derecho a la vida y la libertad, mientras que el PIDCP lo reconoce en el artículo 9, dedica-

---

156 Comité de Derechos Humanos, caso Van Alphen, párr. 5.8.

157 Comité de Derechos Humanos, caso W.B.E. c. Países Bajos, párr. 6.5 (1993).

do principalmente al derecho a la libertad personal. No obstante, el Comité señala que sería erróneo concluir, con base en esta circunstancia, que el derecho a la seguridad es exclusivo de las personas privadas de libertad. "Los Estados Partes tienen la obligación de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger a las personas", observa en seguida el Comité. "Una interpretación del artículo 9 que permitiera a un Estado Parte ignorar una amenaza a la seguridad de personas no detenidas o presas (…) haría totalmente ineficaces las garantías del Pacto."[158] En el caso concreto, la víctima había recibido amenazas anónimas de muerte y había informado a las autoridades militares de la región y al presidente de la república sobre las mismas. Un compañero de trabajo fue asesinado y él mismo sufrió una agresión antes de exiliarse. Con base en dichos hechos, el Comité consideró comprobado que hubo "una necesidad objetiva de que el Estado previera medidas de protección para garantizar su seguridad."[159] Como el Estado no proporcionó información alguna sobre las medidas que eventualmente hubiera podido tomar para investigar las amenazas y garantizar la protección de la persona amenazada, el Comité concluyó que "el Estado Parte no adoptó, o fue incapaz de adoptar, medidas adecuadas para garantizar el derecho del Sr. Delgado a la seguridad personal previsto en el párrafo 1 del artículo 9."[160]

Cabe señalar que la agresión sufrida por la víctima no figura en el análisis del Comité de Derechos Humanos como elemento de la violación, sino tan sólo como evidencia de la necesidad de protección contra las amenazas. El impacto de las amenazas para el estado mental y emocional de la persona afectada tampoco figura como elemento de la violación, a diferencia de las amenazas que pueden considerarse una forma de tortura psicológica o violación de la integridad moral del individuo (véase el Capítulo 2, supra). Los únicos

---

158 Comité de Derechos Humanos, caso Delgado Páez c. Colombia, párr. 5.5 (1990).

159 Ibíd., párr. 5.6.

160 Ibíd.

elementos de esta violación, según se desprende de la mencionada decisión son, en primer lugar, las amenazas que en todas las circunstancias del caso parecen suficientemente graves y reales como para concluir que existe una necesidad objetiva de medidas de protección en beneficio del amenazado y, en segundo lugar, la ausencia de medidas de protección adecuadas.

El Comité de Derechos Humanos reafirmó y amplió esta jurisprudencia en el caso Bwala, un dirigente político de oposición quien, después de ser puesto en libertad tras un periodo de detención, fue objeto de "amenazas, intimidación y hostigamiento" permanentes.[161] El Comité consideró este patrón de conducta violatorio del derecho a la seguridad personal, sin precisar la naturaleza de las amenazas.[162] En el caso Bahamonde también fue considerado violatorio del primer párrafo del artículo 9 un patrón de "hostigamiento, intimidación y amenazas".[163] En ambos casos, se entiende que las amenazas provenían de personas vinculadas al gobierno o al partido político en el poder.

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre amenazas violatorias del derecho a la seguridad ha sido confirmada y ampliada en decisiones recientes. Su decisión en el caso Días es la primera en la que la única violación constatada por el Comité es la de la seguridad personal. En este caso, la víctima se había exilado debido a amenazas provenientes de "las autoridades."[164] En el caso Jiménez Vaca, el Comité consideró que la falta de investigación de amenazas provenientes de fuentes independientes del Estado, y la ausencia de medidas de protección frente a tales amenazas, entrañaban la responsabilidad de éste y configuraron una violación del derecho a la seguridad personal. La decisión establece al respecto lo siguiente:

---

161 Comité de Derechos Humanos, caso Bwala c. Zambia, párrs. 2.1 y 6.4.

162 Ibíd, párr. 6.4.

163 Comité de Derechos Humanos, caso Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, párr. 9.2 (1994).

164 Comité de Derechos Humanos, caso Días c. Angola, párr. 8.3 (2000).

> (…) el Estado tampoco niega la alegación del autor de que no hubo respuesta a su petición de que se investigaran esas amenazas y se le garantizara protección. El atentado contra la vida del autor que sucedió a dichas amenazas confirma que el Estado Parte no adoptó, o fue incapaz de adoptar, medidas adecuadas para garantizar el derecho del Sr. Asdrúbal Jiménez a la seguridad personal previsto en el párrafo 1 del artículo 9.[165]

En el caso Jayawardena, el Comité de Derechos Humanos consideró al Estado responsable de una violación del derecho a la seguridad personal debido a amenazas provenientes de sectores desconocidos, porque las amenazas habían sido provocadas por las declaraciones públicas del presidente de la república sobre los supuestos vínculos de la víctima con un movimiento armado insurgente.[166]

Recientemente, el Comité de Derechos Humanos ha comenzado a analizar como presuntas violaciones de la seguridad personal –y no de la integridad personal–, casos de personas heridas por autoridades en circunstancias que no sugieren la intención de torturarlas. El caso Leehong trata de un delincuente a quien un oficial de policía le disparó por la espalda sin advertencia, mientras caminaba por la calle. El caso Chongwe se refiere a un dirigente político de oposición herido a balas por la policía por razones desconocidas mientras viajaba en un auto. En ambos casos, en ausencia de toda prueba de justificación e investigación adecuada de parte del Estado, el Comité concluyó que los hechos habían sido violatorios del derecho a la seguridad personal.[167]

Los órganos interamericanos tienden a analizar hechos de esta naturaleza a la luz del derecho a la integridad personal (véase el Capítulo 2).

---

[165] Comité de Derechos Humanos, caso Jiménez Vaca c. Colombia, párr. 7.2.

[166] Comité de Derechos Humanos, caso Jayawardena c. Sri Lanka, párr. 7.2 (2002). La responsabilidad del Estado también se derivó de la falta de investigaciones de las amenazas, las que la víctima había denunciado ante las autoridades competentes, párr. 7.3.

[167] Comité de Derechos Humanos, casos Leehong c. Jamaica, párrs. 2.1 y 9.3 (1999); Chongwe c. Zambia, párr. 5.3 (2000).

Capítulo 5
El principio de legalidad y el debido proceso legal (garantías judiciales)

5.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Artículo XVIII. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo

y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 8. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable, (…)

5.2 Instrumentos normativos complementarios

Los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura, aprobados en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, constituyen un aporte valioso para la interpretación del concepto del derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial.[1] De particular importancia son los cuatro primeros principios, que merecen transcribirse integralmente:

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las ins-

---

[1] Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y aprobados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

tituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.

4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.

Los principios también reconocen el principio de inamovilidad de los jueces, y establecen salvaguardias relativas a medidas y procedimientos disciplinarios.[2] Se han adoptado posteriormente dos instrumentos complementarios, los Principios Básicos sobre la función de los abogados y las directrices sobre la función de los fiscales.[3]

---

[2] Al respecto ver los Principios 11 a 12 y 17 a 20.

[3] Ambos fueron aprobados en 1990 por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Las Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores, también conocidas como Reglas de Beijing y adoptadas en 1985, contienen normas de suma importancia relativas al derecho del adolescente acusado de una infracción a ser tratado de acuerdo con su edad y condición de menor.[4]

---

[4] Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

Principio 17

1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

5.3 Consideraciones generales

i) Reseña de la normativa

La esencia del derecho al debido proceso legal es, al tenor de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a "ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal." Es un derecho de especial importancia porque, junto con el derecho a un recurso, tutela todos los demás derechos de la persona. En lo que concierne a las acciones judiciales emprendidas por un individuo a fin de hacer valer sus derechos, el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso son dos caras de la misma moneda.[5] El primero obliga al legislador a establecer recursos para este efecto, mientras que el segundo establece las características de los foros que tendrán competencia para conocer los recursos y la manera en que han de ser resueltos. El derecho al debido proceso es, sin embargo, más amplio que el derecho a un recurso. Aquél tiene una dimensión adicional, pues ampara a la persona en todo asunto

---

agosto al 6 de septiembre de 1985, y aprobados por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985.

[5] Este vínculo se destaca en la estructura de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que reconoce el derecho al debido proceso legal y el derecho a un recurso en las dos frases que contiene su artículo XVIII.

jurídico que le concierne, incluso en procesos en su contra iniciados por el Estado o por terceros.

La Declaración Americana, en su artículo XXVI, reconoce el derecho al debido proceso únicamente como derecho de la persona acusada de un delito. Los artículos XVII y XXV de la Declaración, que reconocen el derecho a un recurso para la tutela de los derechos constitucionales y la libertad, respectivamente, precisan apenas que los recursos deben ser rápidos.

Las disposiciones del PIDCP y de la Convención Americana dedicadas al debido proceso son similares y extensas. Una parte de la normativa más pertinente, la contenida en el artículo 14.1 del PIDCP y artículo 8.1 de la Convención Americana, es aplicable a la administración de justicia en general. Esta parte medular de la normativa consagra la independencia del tribunal, la imparcialidad del mismo, el carácter público del proceso, la igualdad de las partes y la equidad de los procedimientos. La otra parte de la normativa pertinente, contenida en los demás párrafos del artículo 14 del PIDCP y del artículo 8 de la Convención, es aplicable principalmente a la justicia penal.[6]

A pesar de la complejidad de las normas sobre el debido proceso, las diferencias entre la normativa universal e interamericana son básicamente de forma y no de fondo. El derecho a hallarse presente en el proceso, reconocido por el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP, y el derecho de comunicarse con su defensor, plasmado en el apartado d) del párrafo 2 del artículo 8 de la Convención Americana, son las únicas garantías consagradas por uno de estos instrumentos y no por el otro.

---

[6] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana consagran estas garantías en cuanto derechos propios de personas acusadas de un delito, pero la doctrina y jurisprudencia consideran que varios de ellos son elementos intrínsecos del debido proceso, por tanto aplicables a procedimientos de toda índole. Véase la sección 5.4.

ii) Consideraciones semánticas

Aunque la expresión "garantías judiciales" se emplea frecuentemente para denominar este complejo de derechos, la expresión "debido proceso legal" es más exacta, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana):

> Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención "Garantías Judiciales", lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.
>
> Este artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. (…)[7]

La Corte observa que la expresión "garantías judiciales", ***strictu sensu***, se refiere a los medios procesales que "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho (…) vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia."[8] No obstante, el uso de la expresión "garantías judiciales" como título del artículo 8 de la Convención Americana ha favorecido el uso de este término para referirse genéricamente a los distintos requisitos enumerados en dicho artículo. En la presente obra, el término "garantía" se utiliza para referirse a cada uno de los requisitos específicos que sirven para ha-

---

[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-9/87, párrs. 27-28.

[8] Ibíd., párr. 25.

cer efectivo el derecho al debido proceso legal y los cuales en su conjunto conforman el debido proceso legal.[9]

iii) Algunas consideraciones relativas a la relación entre el derecho al debido proceso y el derecho a un recurso en la normativa, la doctrina y la jurisprudencia internacionales

Se ha señalado que el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso legal pueden considerarse dos caras de la misma moneda, en el sentido de que el primero consagra la obligación del legislador de establecer recursos, mientras que el segundo rige las características de los fueros competentes y los principios procesales que deben respetarse. La estructura de los instrumentos internacionales, en especial el PIDCP y la Convención Americana, es tal que contienen reiteradas referencias al derecho a un recurso. También hay diferencias entre la forma como este derecho está plasmado en los instrumentos universales y los interamericanos. Estas diferencias afectan el contenido de la doctrina y jurisprudencia sobre el artículo 14 del PIDCP y artículo 8 de la Convención Americana, que constituyen el principal marco de referencia para el presente Capítulo.

El PIDCP reconoce la obligación del Estado de proporcionar un recurso en el artículo 2.3 a) pero en su artículo 2 no reconoce el derecho a un recurso en cuanto derecho sujetivo del individuo. El PIDCP consagra el derecho del individuo a un recurso en la segunda frase del artículo 14.1, que establece: "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil." El primer párrafo del artículo 8 de la Convención

---

[9] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 92 (1999).

Americana es casi idéntico a la citada frase del artículo 14.1 del PIDCP, pero el artículo 25 de la Convención se dedica específicamente al derecho a un recurso. El primer párrafo del artículo 25 consagra el derecho a un recurso en cuanto derecho sujetivo de la persona, y el segundo párrafo, similar en su contenido al artículo 2.3 del PIDCP, establece las obligaciones correspondientes del Estado.

El hecho de que el PIDCP no contenga una disposición equivalente al artículo 25.2 de la Convención Americana, hace que la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a un recurso haya sido elaborada con referencia al artículo 14, cuya finalidad principal es el reconocimiento del derecho al debido proceso. La doctrina procesal del Comité, en el sentido de que carece de competencia para examinar denuncias del artículo 2, salvo en la medida que una violación de dicho artículo sea consecuencia de una violación de uno de los derechos reconocidos en la Parte III del PIDCP, refuerza esta tendencia en la jurisprudencia del Comité. En contraste, la jurisprudencia de los órganos competentes del sistema interamericano tiende a calificar las violaciones del derecho a un recurso como violaciones de los artículos 8.1 y 25.

No obstante la estrecha relación entre el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso, y el hecho de que la jurisprudencia universal del derecho a un recurso se base en forma preponderante en un artículo del PIDCP analizado en el presente Capítulo, no cabe duda que el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso son conceptos distintos que conviene analizar separadamente. Por tanto, el Capítulo 6 es dedicado al tema del derecho a un recurso.

Cabe señalar en este contexto otra diferencia importante entre la jurisprudencia universal e interamericana relativa al alcance del derecho al debido proceso. Como se verá en el Capítulo 6, la doctrina universal considera la investigación y persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos una obligación del Estado, pero no un derecho subjetivo de la víctima. La doctrina interamericana sí considera la investigación y el castigo de graves violaciones de los derechos humanos un derecho de la víctima y sus allegados. Con

base en esta posición doctrinal, se ha elaborado una jurisprudencia que considera que el artículo 8 es aplicable a las investigaciones que las autoridades nacionales hayan emprendido o hayan tenido la obligación de emprender, aún en ausencia de toda acción legal iniciada por los particulares interesados.[10] En una sentencia reciente, después de comentar que "el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno", la Corte Interamericana declara lo siguiente:

> Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales (…) En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares.[11]

iv) El alcance del derecho al debido proceso en lo penal

El primer párrafo del artículo 14 del PIDCP reconoce el derecho de la persona "a ser oída públicamente y con las debidas garantías (…) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal (…)", mientras que el párrafo 3 enumera las garantías que han de

---

[10] Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Paniagua Morales (Fondo), párr. 155 (1998).

[11] Corte Interamericana, caso Blake (Fondo), párrs. 96-97 (1998).

respetarse "Durante el proceso [de] toda persona acusada de un delito (…)". Las disposiciones de la Convención Americana son sustancialmente idénticas.

El Comité de Derechos Humanos consideró que la palabra "delito" no se debe interpretar como indicación de que esta garantía se limita "a las infracciones más graves."[12] Si bien este comentario se hizo con respecto al derecho de apelación, plasmado en el párrafo 5 del artículo 14, cabe presumir que es igualmente válido para el párrafo 3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su decisión en el caso Hernández Lima, llegó a una conclusión similar al establecer que las garantías enumeradas en el párrafo 2 del artículo 8 se aplican no sólo a personas acusadas de un delito ***strictu sensu***, sino también a personas acusadas de "faltas, contravenciones o infracciones", al menos cuando el acusado está detenido o corre el riesgo de ser sentenciado a una pena privativa de libertad.[13]

Si bien el artículo 14.3 del PIDCP y 8.2 de la Convención Americana se refieren a garantías que deben respetarse "durante el proceso", la jurisprudencia aclara que ciertas garantías son aplicables no sólo durante el plenario sino también en el sumario, e incluso durante la investigación previa. La CIDH adoptó una decisión importante sobre este tema en el caso de un diputado y antiguo ministro condenado por los delitos de malversación y peculado. Previo al sumario en este caso, la Contraloría General de la República realizó una investigación de carácter administrativo y la Corte Suprema de Justicia celebró un antejuicio de méritos.[14] La CIDH concluyó que el artículo 8 de la Convención era aplicable a ambos procedimientos. En cuanto a la investigación realizada por la Controlaría, en la cual no se oyó a la víctima, la CIDH consideró el derecho al debido pro-

---

12 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 17.

13 CIDH, caso Hernández Lima c. Guatemala, párrs. 63-64 (1996).

14 CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párrs. 33-34 (1999). El Estado arguyó que el antejuicio era privilegio otorgado por ley a altos funcionarios no con objeto de "determinar responsabilidades" sino para determinar la "viabilidad" de un juicio.

ceso aplicable porque el informe producido sirvió de base para la acusación y condena.[15] En cuanto al "antejuicio", la CIDH hizó hincapié en que todo procedimiento en el cual un sospechoso es oído debe desarrollarse de conformidad con las garantías del debido proceso. Sus observaciones al respecto merecen citarse en extenso:

> La Comisión Interamericana no puede considerar estas comparecencias como el derecho efectivo del inculpado a ser escuchado por un tribunal, por cuanto las garantías del derecho a la defensa consagradas en el artículo 8(2)(d) de la Convención fueron violadas sistemáticamente por los tribunales. Estos actos en los cuales el sujeto investigado comparece sin asistencia de abogado a un interrogatorio basado en un expediente que él desconoce, sin saber qué hechos criminales se le imputan, no constituyen a juicio de la Comisión el ejercicio del derecho a ser oído por un tribunal, consagrado en el artículo 8(1) de la Convención. Oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con propiedad, asistida por abogado, con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente; oírle es permitir su presencia en los interrogatorios de testigos que puedan declarar en su contra, permitirle tacharlos, contrainterrogarlos con el fin de desvirtuar sus declaraciones incriminatorias por contradictorias o por falsas; oír a un procesado es darle la oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretenden utilizar en su contra. Está probado que el inculpado no tuvo acceso a estos derechos en todas las etapas previas al auto de detención, el cual en la práctica no le permitía defenderse en libertad. Dicho en otras palabras, a Reinaldo Figueredo Planchart se le dictó auto de detención sin haber sido oído con todas las garantías del debido proceso en la sustanciación de la acusación penal en su contra.[16]

---

[15] La CIDH también considera que ciertas garantías de debido proceso son aplicables a procedimientos de carácter administrativo relativos al indulto y conmutación de una pena (véase la sección 5.4).

[16] CIDH, caso Figueredo Planchart, supra, párr. 112.

Si bien la decisión pone énfasis en la pérdida de libertad, el razonamiento de la CIDH es válido para todo procedimiento preliminar que pueda tener consecuencias importantes en el desenlace del proceso. El siguiente extracto de la decisión sirve para resumir el aporte de ésta a la jurisprudencia interamericana: "Dicho en otras palabras, los antejuicios y los sumarios secretos están tan estrechamente vinculados al proceso penal que tratarlos separadamente restringiría y debilitaría considerablemente la protección del debido proceso legal a que tienen derecho los acusados."[17]

v) La responsabilidad del Estado y del defensor

En el ámbito universal, una amplia jurisprudencia indica que por lo general el Estado no tiene responsabilidad por la actuación del abogado defensor, pues éste no es agente del Estado. En el caso Henry c. Jamaica, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos señaló que "una vez que el autor optó por ser representado por un abogado de su elección toda decisión de este abogado relativa a la marcha de la apelación (…) no puede atribuirse al Estado parte sino que es de responsabilidad del autor."[18] Algunas decisiones indican que la presunción de ausencia de responsabilidad del Estado es más fuerte cuando el abogado es contratado por el acusado.[19]

Se reconoce una excepción a esta regla para situaciones en las cuales el incumplimiento de los deberes profesionales del defensor es tan manifiesto que entraña la responsabilidad del Estado. Diferentes fórmulas han sido empleadas para definir esta excepción. En el caso Collins, el Comité de Derechos Humanos indicó que "en ausencia de una prueba clara de negligencia profesional por parte

---

17 Ibíd., párr. 114.

18 Comité de Derechos Humanos, caso Henry c. Jamaica, párr. 8.3 (1991). Véase también Robinson (M.) c. Jamaica, párr. 10.6 (2000).

19 Comité de Derechos Humanos, caso Berry c. Jamaica, párr. 11.3 (1994); Henry y Douglas c. Jamaica, párr. 6.5 (1996); Griffith c. España, párr. 9.8.

del abogado, no corresponde al Comité cuestionar el juicio profesional de este último."[20] En el caso Tomlin se señala que "El Comité considera que no se puede hacer a los Estados responsables de las decisiones que hayan podido adoptar los abogados en el ejercicio de su criterio profesional, (…) a menos que sea evidente que han actuado en contra de los intereses de su cliente."[21] En el caso Brown y Parish, expresó que "el Estado no puede ser considerado responsable de la falta de preparación o de presuntos errores cometidos por los abogados defensores, a menos que haya negado a los [acusados] y a su abogado tiempo para preparar la defensa o que haya resultado manifiesto al tribunal que la manera en que los abogados llevaron el caso fue incompatible con el interés de la justicia."[22] En el caso Ricketts manifestó que "si bien incumbe al Estado Parte facilitar una representación jurídica efectiva, no corresponde al Comité determinar la forma en que ésta se ha debido garantizar, a menos que sea evidente que se ha cometido una injusticia".[23]

La CIDH llegó a la misma conclusión en una decisión adoptada en 1999, relativa a la asistencia proporcionada a un acusado por un defensor de oficio. La CIDH declaró lo siguiente:

> El Estado en este caso cumplió con el extremo de dar al peticionario asistencia jurídica. Si el peticionario no pone en conocimiento del Estado que considera que la asistencia jurídica es de alguna manera insuficiente, durante el juicio o durante la apelación, esta Comisión no puede responsabilizar al Estado por actos que desconoce, dado que el peticionario no los señaló a su atención.[24]

---

20 Comité de Derechos Humanos, caso Collins (Willard) c. Jamaica, párr. 8.3 (1991).

21 Comité de Derechos Humanos, caso Tomlin c. Jamaica, párr. 8.1 (1996).

22 Comité de Derechos Humanos, caso Brown y Parish, párr. 9.2 (1999).

23 Comité de Derechos Humanos, caso Ricketts c. Jamaica, párr. 7.3 (2002).

24 CIDH, caso Briggs c. Trinidad y Tobago, párr. 58 (1999).

La jurisprudencia interamericana sobre este tema es todavía incipiente.

vi) Alcance del capítulo

El derecho al debido proceso está estrechamente vinculado con otros derechos, en particular tratándose de la justicia penal. Dos de las garantías plasmadas en el artículo 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana –el derecho a ser informado de los cargos en contra y de ser juzgado sin demora– también figuran en el articulado sobre la libertad personal, analizado en el Capítulo 4.[25] El derecho al debido proceso es aplicable al derecho a impugnar la legalidad de toda privación de libertad, tema también tratado en el Capítulo 4. El derecho de un acusado a no ser obligado a confesarse culpable, consagrado por el artículo 14.3 del PIDCP y 8.2 de la Convención Americana –y el tema de la admisibilidad de pruebas en general– está vinculado con la prohibición de tortura y trato cruel e inhumano, analizado en el Capítulo 2. El tema de la admisibilidad de pruebas también está vinculado con el derecho a no ser objeto a injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, hogar y correspondencia, que se analiza en el Capítulo 7. Los artículos 6 del PIDCP y 4 de la Convención, sobre el derecho a la vida, establecen requisitos sustantivos y procesales sobre la pena de muerte, que son abordados en el Capítulo 1. El derecho de los extranjeros a no ser expulsados de un país sin un mínimo de debido proceso, consagrado por el artículo 13 del PIDCP y artículo 22 de la Convención Americana, se aborda en el Capítulo 8.

---

[25] Cfr, los incisos a) y c) del párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP con los párrafos 2 y 3 de su artículo 9, y los párrafos 1 y 2 b) del artículo 8 de la Convención Americana con los párrafos 4 y 5 de su artículo 7.

5.4 El debido proceso en procedimientos civiles y administrativos

i) La jurisprudencia universal

La estructura de los artículos 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana es parecida en tanto ambos contienen un primer párrafo que establece los requisitos aplicables a todo proceso judicial, seguido por varios párrafos aplicables a los procesos penales. Los requisitos aplicables a todo proceso se refieren principalmente a las características del tribunal y no al procedimiento como tal. El tribunal debe ser competente, independiente e imparcial. La publicidad del proceso también está prevista por los artículos 14.1 y 8.1. El PIDCP refirma el principio de igualdad en el primer párrafo del artículo 14, mientras que la Convención lo reafirma en el segundo párrafo del artículo 8 relativo a los procesos penales.[26] El derecho a ser oído dentro de un plazo razonable está plasmado en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención, aplicable en todo proceso legal, y en el artículo 14.3 del PIDCP relativo a los procesos penales.

Tanto el artículo 14.1 como el artículo 8.1 reconocen el derecho genérico a ser oído con las debidas garantías. Esta cláusula abre una puerta para la aplicación a procesos civiles o administrativos de ciertas de las garantías plasmadas en los párrafos relativos a procesos penales.[27] La presente sección se dedica al tema de la extensión a la justicia no penal de otras garantías del debido proceso.

La piedra angular de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el debido proceso en lo civil se encuentra en el caso Morael, relativo a un juicio ventilado ante un tribunal comercial. Refiriéndose al primer párrafo del artículo 14 del PIDCP, la decisión señala lo siguiente:

---

[26] Cfr. el párrafo 1 del artículo 14 con el párrafo 2 del artículo 8.

[27] Esta cláusula también tiene un significado que trasciende tales garantías específicas, como se verá en la sección 5.

> El Comité observa, a este respecto, que el párrafo mencionado no sólo se aplica en materia penal, sino también en los litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil. Si bien en el artículo 14 no se precisa cómo debe entenderse el concepto de juicio "con las debidas garantías" en materia civil (a diferencia de lo que se hace en el párrafo 3 del mismo artículo cuando se trata de determinar el mérito de las acusaciones en materia penal), corresponde interpretar que el concepto de juicio "con las debidas garantías", en el contexto del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, exige cierto número de condiciones, tales como el requisito de la igualdad de las armas, el respeto del juicio contradictorio, la exclusión de la agravación de oficio de las condenas y procedimientos judiciales ágiles. En consecuencia, deben examinarse las circunstancias del presente caso teniendo en cuenta esos criterios.[28]

La decisión también señala que la presunción de inocencia no se aplica a los procesos civiles o administrativos, ni siquiera cuando éstos culminen en la imposición de sanciones civiles.[29]

La jurisprudencia posterior no es extensa y las decisiones en las cuales el Comité de Derechos Humanos reconoce una violación del debido proceso son escasas. En un caso sobre la custodia de una niña, el Comité concluyó que la manera como se desarrolló el proceso había sido violatoria del principio de igualdad de las partes, debido a la resolución más expedita de las actuaciones emprendidas por el padre, el incumplimiento de ciertas órdenes a favor de la madre e, incluso, la celebración de una audiencia antes de la fecha prevista en presencia del padre y en ausencia de la madre.[30] Una decisión reciente relativa al derecho a una pensión también destaca la importancia del principio del procedimiento contradictorio y la igualdad de las partes. El Comité concluyó que el rechazo de una prueba ofrecida dos días antes de una audiencia era incompatible con el artículo 14. La prueba era de primera importancia, pues contradecía

---

[28] Comité de Derechos Humanos, caso Morael c. Francia, párr. 9.3 (1989).

[29] Ibíd., párr. 9.5

[30] Comité de Derechos Humanos, caso Fei c. Colombia, párrs. 8.4-8.6 (1995).

la pieza principal ofrecida por la parte opuesta, y la ley no establecía un plazo preciso para tal efecto. En tales circunstancias, el Comité llegó a la siguiente conclusión:

> (…) era obligación del Tribunal de Apelación, que no estaba vinculado por ningún plazo predeterminado, asegurar que cada parte pudiese impugnar las pruebas documentales que la otra parte hubiese presentado o desease presentar y, de ser necesario, suspender las actuaciones. Al no existir la igualdad de condiciones entre las partes respecto de la presentación de pruebas para los fines de la vista del caso, el Comité determina que se ha cometido una violación del párrafo 1 del Pacto.[31]

Esta jurisprudencia fue confirmada en la reciente decisión en el caso Äärelä, en la cual el Comité de Derechos Humanos concluyó que "el Tribunal de Apelación no dio una plena oportunidad a cada parte de impugnar las comunicaciones de la otra y violó así el principio de la igualdad ante los tribunales y el principio de un proceso equitativo enunciados en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto."[32]

El contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas depende de las circunstancias del caso, en particular de la complejidad del asunto y de la naturaleza de los derechos en juego. En el caso Morael, un asunto complejo referente a la quiebra de una empresa, el Comité de Derechos Humanos indicó que una demora de cinco años no era violatoria de esta garantía.[33] En el caso Fei, relativo a la custodia de niñas, el Comité concluyó que la demora de aproximadamente dos años era incompatible con esta garantía.[34] En el caso Muñoz Hermosa, una demora de siete años en un proceso administrativo encaminado a obtener la reintegración a un cargo

---

31 Comité de Derechos Humanos, caso Jansen-Gielen c. Países Bajos, párr. 8.2.

32 Comité de Derechos Humanos, caso Äärelä c. Finlandia, párr. 7.4 (2002).

33 Comité de Derechos Humanos, caso Morael c. Francia, párr. 9.4.

34 Comité de Derechos Humanos, caso Fei c. Colombia, párrs. 2.7-2.15 y 8.4. El Comité llegó a la misma conclusión en Balaguer c. España, otro caso sobre la tutela de un niño, relativa a una demora de 5 años, párrs. 6.3 y 9.2 (1994).

público fue considerado como "una demora irrazonable" violatoria del derecho a un proceso expedito, mientras que en el caso Casanovas, una demora de más de dos años ante tribunales administrativos en un asunto de la misma índole no fue considerada violatoria de dicha garantía.[35] Esta jurisprudencia es demasiada escasa y dispersa para identificar patrones generales.

ii) La jurisprudencia interamericana

En tres sentencias adoptadas en 1991 la Corte Interamericana dejó sentada una jurisprudencia importante sobre la relación de los párrafos 1 y 2 del artículo 8 de la Convención Americana, o sea, sobre las garantías del debido proceso que deben respetarse durante procesos civiles y administrativos.[36] El caso Tribunal Constitucional concierne un juicio político de tres magistrados destituidos de sus cargos por una comisión del Congreso. En este caso, la Corte manifestó lo siguiente con respecto al primer párrafo del artículo 8:

> (…) que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que

---

[35] Comité de Derechos Humanos, caso Muñoz Hermosa c. Perú, párr. 11.3 (1988); Casanovas c. Francia, párr. 7.3 (1994). Cabe agregar que la decisión en el caso Muñoz se basa también en el incumplimiento de dos decisiones judiciales a su favor, mientras en el caso Casanovas el Comité no comenta el hecho de que la víctima fue despedida una segunda vez inmediatamente después de haber sido reintegrada a su función por orden judicial. Véase Casanovas, párr. 6.1.

[36] Esta jurisprudencia fue anticipada por una observación que figura en el párrafo 28 de la Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (1990).

> ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.[37]

Con respecto al segundo párrafo del artículo 8, la Corte Interamericana declaró lo siguiente:

> (…) a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.[38]

En el caso Ivcher Bronstein, la Corte Interamericana aplicó esta jurisprudencia a las actuaciones de la dirección general de migraciones y naturalizaciones, reafirmando que:

> (…) las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto [artículo 8] se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo.
>
> Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.[39]

---

37 Ibíd., párr. 71 (en párr. 63 la Corte Interamericana concluye que la institución del juicio político en sí no vulnera la Convención).

38 Corte Interamericana, caso del Tribunal Constitucional (Perú) (Fondo), párr. 70 (2001), citando el caso Paniagua Morales y otros (Fondo), párr. 149.

39 Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein (Fondo), párrs. 103-104 (2001).

Cabe señalar que las observaciones citadas se refieren a una decisión tomada por una dirección administrativa, no por un tribunal administrativo, sin audiencia alguna. La Corte Interamericana concluyó que las "actuaciones administrativas" se habían desarrollado en forma incompatible con el derecho de la víctima a conocer los cargos en su contra, así como con el derecho de presentar pruebas documentales y testigos que acreditaran su posición.[40] La autoridad administrativa también carecía, en el derecho interno, de competencia para tomar la decisión que privaba a la víctima de su nacionalidad, lo que constituyó una violación del párrafo 1 del artículo 8 de la Convención.[41]

La expresión más completa de la doctrina de la Corte Interamericana sobre esta materia se encuentra en los siguientes extractos de su sentencia en el caso Baena Ricardo, relativa a una acción administrativa que resultó en el despido de funcionarios de una empresa estatal:

> (…) Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.
>
> La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.
>
> En cualquier materia la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos

---

40 Ibíd., párr. 106.

41 Ibíd., párrs. 109-110.

humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada. Por ejemplo, no puede la administración invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.[42]

Con respecto al alcance de esta jurisprudencia, la Corte Interamericana hizo las aclaraciones siguientes:

(…) este Tribunal considera que en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal. Al respecto es importante distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público, y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso.[43]

---

42 Corte Interamericana, caso Baena Ricardo (Fondo), párrs. 124-126 y 128.

43 Ibíd., párr. 131.

La CIDH, en dos decisiones adoptadas en 1999 reconoció la aplicabilidad de ciertas garantías plasmadas en el párrafo 2 del artículo 8 a procesos administrativos sancionatorios. En una de las decisiones, relativa al retiro de un oficial de las Fuerzas Armadas, la CIDH declaró lo siguiente:

> El General Robles no fue citado ni oído dentro de dicho proceso disciplinario, y por tanto no tuvo oportunidad de defenderse antes de ser sancionado. De esta manera, se le privó de cualquier posibilidad de defenderse de los cargos presentados en su contra en violación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, la Comisión interpreta que el derecho a la defensa comprende las garantías fundamentales al debido proceso enumeradas en el artículo 8(2), tales como el derecho a ser presumido inocente mientras no se establezca culpabilidad, el derecho a recibir comunicación previa de la acusación, el derecho a tener el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa, el derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor escogido por el inculpado, etc.[44]

En una decisión relativa a la expulsión de tres misioneros de un país después de un procedimiento sumario –fueron interrogados en el aeropuerto internacional, donde habían sido llevados a la fuerza y sin advertencia previa, horas antes de su expulsión–,[45] la CIDH concluyó que se les había privado del derecho a ser asistidos por un defensor, del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formulaban y, en consecuencia, para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.[46]

---

[44] CIDH, caso Robles Espinoza e hijos c. Perú, párr. 97.

[45] CIDH, caso Riebe Starr c. México, párrs. 59-60 (1999).

[46] Ibíd.

5.5 El derecho a un proceso justo

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 10, consagra el derecho de toda persona a "ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (…)". Este derecho está descrito en la parte medular del artículo 14 del PIDCP y del artículo 8 de la Convención Americana, como el derecho de la persona "a ser oída con las debidas garantías."

Como se indicó, esta cláusula ha servido para incorporar al primer párrafo del artículo 14 y al primer párrafo del artículo 8 algunos de los elementos del debido proceso penal o el derecho a la defensa enumerados en los párrafos 3 y 2 de los mismos artículos, haciéndolos así aplicables a procesos de otra índole. Pero el contenido del concepto de "ser oída con las debidas garantías" no se limita a eso. Tiene, además, un sentido que trasciende la suma de las garantías específicas, el cual requiere que el proceso en su totalidad sea, como indica con más claridad la versión en español de la Declaración Universal, justo y equitativo.[47] Con cierta frecuencia la jurisprudencia en lengua española utiliza el término "imparcial" como sinónimo de "justo" o "con las debidas garantías". Tal uso se presta a confusión, dado que la imparcialidad del tribunal es un requisito distinto establecido expresamente por la normativa internacional. La expresión "denegación de justicia", utilizada en algunas decisiones, capta mejor la esencia de este concepto.

En su Observación General sobre el artículo 14, refiriéndose específicamente al derecho de la persona a ser oída con las debidas garantías, el Comité de Derechos Humanos comentó que "las exigencias formuladas en el párrafo 3 son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que

---

[47] Los textos de las versiones en inglés y francés de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del PIDCP apoyan esta interpretación. Las primeras emplean el término "fair hearing" y las últimas la expresión "droit à ce que sa cause soit entendue équitablement." En cuanto a la Convención Americana, la versión en inglés del primer párrafo del artículo 8 consagra el derecho a ser oída, "with due guarantees", pero el título del artículo es "Fair trial".

llene los requisitos previstos en el párrafo 1."[48] Existe una jurisprudencia que identifica ciertas irregularidades como violatorias del derecho a un proceso justo, a pesar de que no concuerdan con la tipología de violaciones de las garantías procesales específicas establecidas por los artículos 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana.[49] Una de las primeras decisiones del Comité de Derechos Humanos sobre este particular trata de un juicio sobre homicidio ante un jurado. La autopsia del difunto indicaba que su muerte se había producido cuando el acusado se hallaba en detención. Aunque las funciones del juez en un juicio con jurado son limitadas, el Comité concluyó que, habida cuenta de la importancia de la prueba, el juez tenía la obligación de asegurar que el jurado la tenía presente, a pesar de que el defensor no la presentó. Al no hacerlo, concluyó el Comité, "esta omisión [del juez] debe considerarse (…) como denegación de justicia y, en tal calidad, constituye una violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto."[50] Otro caso trata de un individuo condenado por la muerte de su esposa, con base en el testimonio del hijo menor de la pareja, quien era el único testigo. El hijo sólo aceptó declarar después de ser amenazado por la policía y encarcelado durante una noche, y posteriormente se retractó de su testimonio. Después de recordar que "un aspecto esencial del principio del juicio equitativo es el de la igualdad de medios entre la acusación y la defensa" y que "la detención de testigos para obtener su testimonio es una medida excepcional", el Comité observó que "se suscitan graves cuestiones sobre la posible intimidación y la fia-

---

48 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13 (1984), párr. 5.

49 En esta sección no se analizan algunas decisiones del Comité que consideran violaciones del derecho a un proceso justo a hechos que fácilmente podrían encuadrarse como violaciones de garantías procesales específicas. Véase por ejemplo Thomas (A.) c. Jamaica, párr. 6.4 (1992) (derecho a consultar con su defensor antes de una audiencia en segunda instancia); Wolf c. Panamá, párr. 6.6 (1992) (derecho a conocer los cargos y hallarse presente durante las audiencias).

50 Comité de Derechos Humanos, caso Wright (Clifton) c. Jamaica, párr. 8.3 (1992).

bilidad del testimonio obtenido en estas circunstancias", y concluyó que se había privado al acusado de su derecho a un juicio justo.[51]

Otra decisión trata del caso de una persona condenada por la muerte de una joven, hecho que conmovió a la opinión pública. Al inició del proceso el acusado se declaró culpable y las audiencias fueron suspendidas para permitir a la defensa obtener la comparecencia de testigos sobre posibles circunstancias mitigantes. Luego, el fiscal retira la acusación y la sustituye por un cargo más grave. El acusado se declara inocente de este cargo y es procesado y condenado. El Comité de Derechos Humanos concluyó que la suspensión del proceso y la sustitución del cargo inicial por uno más serio, después de que el acusado había reconocido su participación en los hechos, "fueron incompatibles con los requisitos de un juicio justo en términos del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto."[52] En una de las decisiones más recientes sobre el derecho a un proceso justo, el Comité concluyó que el hecho de haberse tolerado en las audiencias un ambiente de desorden e intimidación de tal magnitud que obstaculizó seriamente el trabajo de la defensa "conculcó el derecho del [acusado] a las garantías judiciales con arreglo al párrafo 1 del artículo 14 del Pacto."[53]

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos indica que el derecho a ser oído con justicia comprende el derecho de la persona sin recursos a asistencia letrada de oficio para efectos de la pre-

---

[51] Comité de Derechos Humanos, caso Campbell (J) c. Jamaica, párr. 6.4 (1993). Cfr. Piandiong c. Filipinas, párr. 7.2 (2000) (presiones contra testigos adultos no detenidos durante la investigación no invalidan su testimonio cuando lo reafirmaron durante las audiencias del sumario). En otra decisión, el Comité calificó la intimidación de testigos a fin de que no prestaran declaración de violación de los párrafos 1 y 2 del artículo 14, a pesar de que la disposición más directamente aplicable parecería ser el inciso e) del párrafo 3 del artículo 14. Collins c. Jamaica, párr. 8.4 (1991).

[52] Comité de Derechos Humanos, caso Richards c. Jamaica, párr. 7.2 (1995).

[53] Comité de Derechos Humanos, caso Gridin c. Rusia, párrs. 3.5 y 8.2 (2000) (las víctimas y sus allegados reclamaban a gritos la muerte del acusado y proferían amenazas contra el defensor y los testigos).

sentación de un recurso de inconstitucionalidad en contra de una sentencia.[54] En un caso relativo a la guarda de un niño cuyos padres eran de nacionalidades distintas, el Comité comentó que el derecho a ser oído puede comprender la obligación de tomar medidas para facilitar a un extranjero participar personalmente en un juicio.[55]

Por regla general, los órganos internacionales carecen de competencia para revisar la manera en que las autoridades nacionales han sopesado las pruebas presentadas en un caso bajo consideración. Con frecuencia esta doctrina se manifiesta en la observación de que el órgano internacional no es competente para actuar como una cuarta instancia. En el caso Van Meurs, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos manifestó lo siguiente:

> Con respecto a la alegación del autor de que su caso no fue conocido con las debidas garantías, el Comité se remite a su reiterada jurisprudencia de que no es una "cuarta instancia" competente para reevaluar conclusiones de hecho o examinar la aplicación de la legislación interna. En general, corresponde a los tribunales de apelación de los Estados Partes en el Pacto evaluar los hechos y las pruebas de un caso determinado, salvo que pueda establecerse que la tramitación ante los tribunales internos fue claramente arbitraria o constituyó una denegación de justicia.[56]

El derecho a un juicio justo parece ser la norma y obligación internacional que justifica, como señala el Comité de Derechos Humanos en el caso Van Meurs, una excepción a esta regla. La Corte Interamericana alude a esta excepción en una sentencia reciente, mediante la siguiente referencia a la jurisprudencia europea:

---

[54] Comité de Derechos Humanos, caso Curie c. Jamaica, párr. 13.4 (1994); Kelly (P.) c. Jamaica, párr. 9.7 (1996).

[55] Comité de Derechos Humanos, caso Ben Said c. Noruega, párr. 11.3 (2000). En el caso concreto el Comité consideró que no hubo violación porque el abogado del extranjero no solicitó la toma de tales medidas.

[56] Comité de Derechos Humanos, caso Van Meurs c. Países Bajos, párr. 7.1 (1990).

> En igual sentido la Corte Europea ha señalado que se deben considerar los procedimientos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación, y que la función del tribunal internacional es determinar si la integralidad de los procedimientos, así como la forma en que fue producida la prueba, fueron justos.[57]

La CIDH confirmó esta idea en una decisión reciente relativa a la pena de muerte, observando que los alegatos relativos a presuntas irregularidades en el juicio de una persona condenada a pena de muerte deben evaluarse con el "máximo nivel de escrutinio", lo que "impide que la Comisión aplique la fórmula de cuarta instancia."[58] La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos parece indicar que esta conclusión es válida para procesos de toda índole, y que la doctrina de la cuarta instancia es inaplicable cada vez que hay un alegato de irregularidades relativas a la prueba que es ***prima facie*** fundada y suficientemente grave para finalmente sustentar la conclusión de que la sentencia es arbitraria o representa una denegación de justicia.

La Corte Interamericana reconoció una violación del derecho a un proceso justo en el caso Loayza Tamayo. La decisión sobre este caso parece conceptuar la violación del derecho a un "juicio justo" como el efecto global de las múltiples violaciones a las garantías procesales específicas, pero también toma en cuenta otros aspectos del juicio, en particular la forma como los tribunales manejaron las pruebas. La parte pertinente de la sentencia es la siguiente:

> En segundo término, la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obvia-

---

[57] Corte Interamericana, caso Bámaca Velásquez (Fondo), párr. 189 (2000). En el caso Sequiera Mangas c. Nicaragua (1997) la CIDH también cita la jurisprudencia de la Corte Europea como fuente de la regla de que "La determinación de si un proceso judicial satisface los requisitos de los artículos 8 y 25 debe hacerse sobre la base de las circunstancias de cada caso en particular y examinando el proceso en su totalidad", párr. 104.

[58] CIDH, caso Thomas c. Trinidad y Tobago, párrs. 90 y 142 (2001).

> mente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso. El hecho de que la señora María Elena Loayza Tamayo haya sido condenada en el fuero ordinario con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar, no obstante ser éste incompetente, tuvo consecuencias negativas en su contra en el fuero común.[59]

La CIDH describió este concepto en el caso Martín de Mejía, al señalar lo siguiente:

> El artículo 8 de la Convención Americana establece los requisitos que deben observarse en las diversas etapas procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales. (…) Este artículo comprende distintos derechos y garantías que provienen de un valor o bien jurídico común y que considerados en su conjunto conforman un derecho único no definido específicamente pero cuyo inequívoco propósito es en definitiva asegurar el derecho de toda persona a un proceso justo.[60]

Esta jurisprudencia ha sido reiterada en una serie de casos recientes.[61] En uno de ellos, la CIDH agregó que "Este derecho es una garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención, debido a que representa un límite al abuso del poder por parte del Estado."[62]

---

59 Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo c. Perú, párr. 62.

60 CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, pp. 208-209 (1996).

61 CIDH, caso Mavares c. Venezuela, párr. 118 (1997); Sequiera Mangas c. Nicaragua. párr. 102 (1997); y Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 92 (2000).

62 CIDH, caso Mavares c. Venezuela, ibíd.

En el caso García, la CIDH consideró que una condena basada en pruebas materiales obtenidas en forma ilegal era violatoria del primer párrafo del artículo 8 de la Convención.[63] También consideró que el derecho al debido proceso requiere que una sentencia sea fundamentada con mención de los elementos esenciales de hecho y de derecho, conforme al derecho interno, pero si una sentencia en alzada se limita a reproducir la motivación incluida en la sentencia del tribunal inferior, esto no constituye, en sí, una denegación de justicia.[64]

5.6 El derecho a ser oído públicamente por un tribunal competente, independiente e imparcial (tribunales ordinarios)

i) La competencia del tribunal

El requisito de que los tribunales que conocen un caso sean competentes es una de las normas internacionales cuyo contenido se define esencialmente por referencia al derecho interno. La decisión de la CIDH en el caso Figueredo Planchart, por ejemplo, descansa claramente sobre su interpretación de una disposición constitucional. La CIDH concluye que la decisión de la Corte Suprema de enjuiciar al acusado –un congresista y exministro de gobierno– era incompatible con dicha disposición y, por tanto, vulneraba el derecho a ser juzgado por el tribunal competente.[65]

Mientras que el PIDCP consagra el derecho de la persona "a ser oída (…) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley", la Convención Americana precisa que el tribunal debe ser "establecido con anterioridad por la ley." En el caso

---

[63] CIDH, caso Alan García c. Perú (pp. 102-103 de la versión en inglés).

[64] CIDH, caso Marín Ramírez c. Colombia, párrs. 41 y 42 (1998).

[65] CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párrs. 97-101 (2000).

Ivcher Bronstein, la Corte Interamericana declaró que la creación de salas transitorias especializadas de la Corte Suprema "en el momento en que ocurrían los hechos del caso" examinado por una de dichas salas, incumplió esta garantía.[66] La CIDH, en el caso Oviedo, consideró que la creación de un tribunal especial para juzgar al líder de una tentativa de golpe no fue violatoria de esta garantía porque el tribunal fue creado de conformidad con una disposición constitucional anterior a los hechos, la cual establecía el proceso para la creación e integración de un tribunal de esta naturaleza, así como el procedimiento aplicable.[67]

El vocablo "juez natural" es empleado como sinónimo de "tribunal competente".[68] La modificación de la competencia de los tribunales en materia civil puede ser violatoria del derecho a un recurso, según jurisprudencia que se presenta en el Capítulo 6.

ii) La independencia del tribunal

Los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, son de gran valor en la interpretación del contenido de este precepto. Cualquier definición del concepto tendría necesariamente que incorporar los siguientes elementos de los Principios 2 y 1:

> Los jueces resolverán los asuntos que conozcan (…) sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.
>
> Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

---

66 Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein (Fondo) párr. 114.

67 CIDH, caso Oviedo c. Paraguay, párr. 29 (1999).

68 Véase por ejemplo CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 94.

El Comité de Derechos Humanos ratificó esta interpretación en el caso Bahamonde, al señalar que "una situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no son claramente distinguibles o en la que este último puede controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente e imparcial, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto."[69] La decisión del Comité en el caso González del Río resalta la importancia de la dimensión subjetiva de la independencia. El Comité, en su decisión, "recuerda que el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna."[70] En el caso concreto, "algunos de los jueces involucrados en su caso habían hecho mención de las implicaciones políticas que entrañaba (…) y habían justificado sobre esta base la falta de acción de los tribunales. (…)"[71] Esta actitud –cabe destacar que no hubo referencia alguna a presiones o injerencias– fue declarada incompatible con el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial.[72]

Para la Corte Interamericana "Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos."[73] Los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura son citados como fuente de esta conclusión.

En el caso del Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana hizo hincapié en lo siguiente:

> Esta Corte considera que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia

---

69 Comité de Derechos Humanos, caso Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, párr. 9.4 (1994).

70 Comité de Derechos Humanos, caso González del Río c. Perú, párr. 5.2 (1992).

71 Ibíd.

72 Ibíd. Asimismo, se concluye que hubo violación del derecho a un proceso justo.

73 Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein (Fondo), párr. 112 (2001).

> de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución.[74]
>
> Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.[75]

En su análisis de las violaciones del debido proceso en la destitución de los magistrados, la Corte Interamericana cita el principio 17 de los Principios Básicos.[76] Las reiteradas referencias a este instrumento por la Corte confirman su valor e importancia en la interpretación del concepto del derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial.[77]

La CIDH ha señalado que "la independencia del Poder Judicial es un requisito imprescindible para la vigencia práctica de los derechos humanos en general".[78] En el caso Carranza, la CIDH reafirmó el principio de la inamovilidad de los jueces, observando al respecto lo siguiente:

---

74 Corte Interamericana, caso del Tribunal Constitucional (Perú) (Fondo), párr. 73 (se cita el Principio 1 de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura).

75 Ibíd., párr. 75 (se omiten las notas de pie de página). La jurisprudencia de la Corte Europea sobre las garantías de la independencia de los tribunales también está citada en la decisión de la CIDH en el caso Alan García c. Perú (1994) (pp. 94-95 de la versión en inglés).

76 Ibíd., párrs. 74 y 80-84.

77 La CIDH, por su parte, considera que "El artículo 8. 1 de la Convención Americana puede ser interpretado a la luz de estos principios". Véase CIDH, caso Lizardo Cabrera c. República Dominicana, párr. 96 (1997).

78 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, p. 67 (1983).

> Este sistema crea estabilidad en la magistratura; si el juez ha de ser removido, dicha remoción debe llevarse a cabo en estricta conformidad con los procedimientos establecidos en la Constitución, como salvaguarda del sistema democrático de gobierno y el Estado de Derecho. El principio se basa en la propia naturaleza especial de la función de los tribunales y garantiza la independencia de los jueces frente a las demás ramas del gobierno y ante los cambios político-electorales.[79]

En el caso Lizardo, la CIDH hace hincapié en que "el desacato a órdenes judiciales y la impunidad de los autores del mismo es una interferencia indebida en la independencia de los tribunales de justicia".[80]

iii) La imparcialidad del tribunal

Los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura disponen, como se indicó, que "Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho (…)"[81] En el caso Karttunen, el Comité de Derechos Humanos define la imparcialidad como sigue:

> La imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del párrafo 1 del artículo 14. La "imparcialidad" del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes.[82]

---

79 CIDH, caso Carranza c. Argentina, párr. 41 (1997).

80 CIDH, caso Lizardo Cabrera c. República Dominicana, párr. 95.

81 Al respecto ver el Principio 2.

82 Comité de Derechos Humanos, caso Karttunen c. Finlandia, párr. 7.2 (el tribunal estaba integrado por un juez profesional y cinco jueces legos, entre ellos el que debe haber sido recusado).

Cuando existen motivos para pensar que un juez debe recusarse, el juez o el tribunal que integra, debe actuar exoficio. El Comité de Derechos humanos señaló en este caso que "Normalmente un juicio viciado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado [no puede considerarse] un juicio justo o imparcial en el sentido del artículo 14."[83] El Comité aplicó dicha presunción y declaró el proceso violatorio del artículo 14.1, porque el proceso de apelación también comportaba violaciones del debido proceso y, por tanto, no podía corregir el problema que se presentó en primera instancia.[84]

En los países que tienen la institución del jurado, éste tiene que reunir los requisitos de independencia y, sobre todo, imparcialidad. En el caso Collins, el Comité de Derechos Humanos hizo el comentario siguiente:

> En un juicio con jurado, la necesidad de evaluar los hechos y las pruebas con independencia e imparcialidad se aplica también a éste: es esencial que todos los jurados estén en situación de evaluar equilibrada y objetivamente los hechos y las pruebas que se presenten, a fin de pronunciar un veredicto justo. La posibilidad del jurado de actuar con arreglo a estas premisas se ve comprometida cuando, como en este caso, se ve sometido a influencias extrañas, y con mayor motivo cuando la policía o un agente investigador tratan de influenciar en el veredicto del jurado antes de que el juez resuma las pruebas.[85]

Este tipo de conducta configuró una violación del primer párrafo del artículo 14.[86]

En el caso Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana concluyó que la decisión del tribunal que rechazó el recurso de las víctimas "se debe a apreciaciones no estrictamente jurídicas."[87] Además,

---

83 Ibíd.

84 Ibíd., párr. 7.3.

85 Comité de Derechos Humanos, caso Collins c. Jamaica, párr. 8.4 (1991).

86 Ibíd.

87 Corte Interamericana, caso Tribunal Constitucional (Perú) (Fondo), párr. 96.

los magistrados que conocían el recurso de amparo habían participado en una fase anterior del proceso. Por estas razones, concluye la Corte, los requisitos de imparcialidad no se reunieron y "los recursos intentados por las supuestas víctimas no eran capaces de producir el resultado para el que habían sido concebidos y estaban condenados al fracaso."[88] La Corte calificó esta situación como violación del derecho a la protección judicial, consagrado por el artículo 25 del PIDCP, aunque es evidente que también representaba una violación del derecho a ser oído por un tribunal imparcial.[89]

La jurisprudencia de la CIDH señala que "La imparcialidad supone que el juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso ***sub judice*** y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado."[90] En otra oportunidad, la CIDH precisó: "Lo decisivo no es el temor subjetivo de la persona interesada con respecto a la imparcialidad que debe tener el tribunal que se ocupa del juicio, sino el hecho de que en las circunstancias pueda sostenerse que sus temores se justifican objetivamente."[91] Asimismo, se señala que "La imparcialidad subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario."[92]

En casos penales la imparcialidad del juez esta íntimamente vinculada a la presunción de inocencia. La CIDH ha manifestado al respecto: "La presunción de inocencia se relaciona, en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable."[93]

---

88 Ibíd.

89 La Corte Interamericana también consideró que la comisión del Congreso que destituyó a los magistrados era parcial, párr. 84.

90 CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, p. 209 (1996).

91 CIDH, caso Gómez López c. Venezuela, párr. 22 (1997); Vila-Masot c. Venezuela, párr. 19 (1997).

92 CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, p. 209 (1996). Véase también Malary c. Haití, párr. 75 (2002).

93 CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, p. 209 (1996).

En el caso Figueredo Planchart, la CIDH identificó algunas indicaciones de parcialidad, señalando al respecto:

> A juicio de la Comisión, las filtraciones a la prensa por parte de los órganos encargados de administrar justicia en Venezuela antes de que el imputado pueda ejercer su derecho a la defensa vician el proceso gravemente y ponen en serias dudas la imparcialidad de las autoridades judiciales. Estos hechos, sumados a las declaraciones de algunos magistrados prejuzgando o adelantando juicio y calificando al imputado como reo antes de la sentencia condenatoria, demuestran la parcialización de dicha autoridad judicial con una de las partes en el proceso, que en este caso es el Estado, y la descalifica como juez independiente e imparcial de acuerdo con los principios establecidos por la Convención Americana.[94]

Recientemente, la CIDH adoptó una jurisprudencia sobre la imparcialidad de los jurados. En el caso Thomas, la CIDH consideró que una persona acusada de homicidio había sido privada de su derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial cuando el juez dijo al jurado "no preveo que tengan algún problema en tal sentido de que fue el acusado quien lo mató."[95] El caso Garza trata de un proceso con jurado que comprendía dos fases, una sobre la responsabilidad penal y otra sobre la pena. En la primera, el acusado fue condenado por tres homicidios y en la segunda, el fiscal presentó al jurado indicios de su participación en cuatro homicidios más, por los cuales nunca había sido condenado. La CIDH consideró que el jurado no era capaz de sopesar con imparcialidad la información sobre los homicidios adicionales, puesto que lo acababa de condenar por tres cargos del mismo delito.[96] La decisión en el caso Andrews reconoce la obligación del Estado de investigar cualquier indicio de

---

94 CIDH, caso Figueredo Planchart, párr. 140 (2000) (énfasis en el original).

95 CIDH, caso Thomas c. Jamaica, párrs. 140-141 (2001).

96 CIDH, caso Garza c. Estados Unidos, párr. 107 (2001).

que el jurado no reúne los requisitos de imparcialidad. Durante el transcurso del juicio hubo una indicación sobre un posible prejuicio racial de parte de un miembro del jurado. En vez de investigar esto el juez se limitó a advertir al jurado que ninguna manifestación de prejuicio racial debía influir en sus deliberaciones. La CIDH aplicó la jurisprudencia del Comité contra la discriminación racial de las Naciones Unidas en el sentido de que "una sospecha razonable de que existe predisposición es suficiente para descalificar a un miembro del jurado y que 'corresponde a las autoridades judiciales nacionales investigar la cuestión y descalificar el miembro del jurado si existe la sospecha de que está predispuesto'."[97]

En el caso Malary la CIDH concluyó que las relaciones personales entre algunos miembros del jurado y los inculpados, las conexiones entre aquéllos y el gobierno anterior, así como indicios de soborno de algunos miembros del jurado y sus abiertas manifestaciones de simpatía con uno de los acusados durante las audiencias permitían concluir que el jurado había sido parcial y que se había producido una violación del artículo 8.1 del PIDCP.[98]

La jurisprudencia interamericana establece que los requisitos de independencia, imparcialidad y eficacia se aplican no sólo a los juicios penales y a acciones civiles emprendidas por individuos, sino también a investigaciones que el Estado está obligado a emprender en su capacidad de garante de los derechos humanos. En el caso Bolaños, la CIDH hizo hincapié en la importancia de que las investigaciones de violaciones graves de los derechos humanos estén a cargo de órganos imparciales. La decisión establece:

> Es obligación del Gobierno [sic] llevar a cabo una investigación completa, independiente e imparcial sobre cualquier supuesta violación del derecho a la vida. Cuando el Estado permite que las investigaciones las

---

[97] CIDH, caso Andrews c. Estados Unidos, párr. 159 (1996) (citando Narrainen c. Noruega, CERD, caso 3/1991, 1994).

[98] CIDH, caso Malary c. Haití, párrs. 76-80 (2002).

> dirijan los órganos potencialmente implicados [en los hechos], la independencia y la imparcialidad se ven claramente comprometidas (…)[99]

iv) La publicidad del proceso

El principio de la publicidad del proceso está consagrado tanto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por el PIDCP, como por la Declaración y la Convención Americanas. Los dos primeros instrumentos reconocen este principio como aplicable, a todo proceso judicial, mientras que los instrumentos regionales lo limitan a procesos penales. Las excepciones a este principio también están definidas en términos distintos por la normativa universal y la regional. La Convención Americana reconoce el derecho a un proceso público "salvo, en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia" –excepción bastante amplia y nebulosa–, mientras que el PIDCP reconoce la legitimidad de las restricciones destinadas a proteger los bienes jurídicos enumerados taxativamente en el primer párrafo del artículo 14, entre ellos la moral, el orden público y la seguridad nacional. El PIDCP también contiene algunas precisiones que no figuran en la Convención Americana, tal como la regla según la cual la sentencia normalmente debe ser pública, aún cuando las audiencias no lo sean.

La Observación General No. 13 del Comité de Derechos Humanos contiene el siguiente comentario sobre la publicidad de los procesos:

> La publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general. Al mismo tiempo, el párrafo 1 del artículo 14 reconoce que los tribunales tienen la facultad de excluir la totalidad o parte del público por las razones

---

[99] CIDH, caso Bolaños c. Ecuador, párr. 48 (1995); Hermanas González c. México, párr. 81 (2001). Véase también Malary c. Haití, párr. 53.

> que se enumeran en dicho párrafo. Debe observarse que, con independencia de esas circunstancias excepcionales, el Comité considera que las audiencias deben estar abiertas al público en general, incluidos los miembros de la prensa, sin estar limitadas, por ejemplo, a una determinada categoría de personas. Debe observarse que, aun en los casos en que el público quede excluido del proceso, la sentencia, con algunas excepciones estrictamente definidas, debe hacerse pública.[100]

El derecho de toda persona a ser oída públicamente conlleva la obligación positiva de "facilitar al público información sobre la fecha y lugar de la vista oral y disponer de medios adecuados para la asistencia de miembros del público, dentro de límites razonables", según la jurisprudencia del Comité.[101] La razonabilidad de las medidas tomadas para permitir la asistencia del público a las audiencias debe tomar en cuenta consideraciones como "el posible interés público por el caso y la duración de la vista oral".[102]

La jurisprudencia sobre la aplicabilidad de este requisito de publicidad al sumario o a la apelación es ambigua. En el caso Kavanagh, el Comité de Derechos Humanos consideró obligatoria la publicidad únicamente durante el enjuiciamiento, y no para "las decisiones anteriores de éste que adopten fiscales o autoridades públicas."[103] La decisión del Comité se refiere a la decisión del fiscal a llevar el caso ante un tribunal especial en vez de la justicia ordinaria, lo que deja dudas sobre el alcance de este antecedente. En el caso Karttunen, el Comité señaló que "La imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del párrafo 1 del artículo 14."[104] El Comité concluyó que el proceso en segunda instancia había vulnerado este de-

---

[100] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 6.

[101] Comité de Derechos Humanos, caso Van Meurs c. Países Bajos, párr. 6.2 (1990).

[102] Ibíd.

[103] Comité de Derechos Humanos, caso Kavanagh c. Irlanda, párr. 10.4.

[104] Comité de Derechos Humanos, caso Karttunen c. Finlandia, párr. 7.2 (1993).

recho por ser escrito y no oral, lo que imposibilitó una cabal evaluación de las pruebas y los argumentos de la defensa.[105] No queda claro si la celebración de una audiencia contradictoria cerrada al público hubiera llevado a la misma conclusión.

v) La independencia e imparcialidad del Ministerio Público

Si bien la doctrina internacional no prescribe la independencia orgánica o estructural de la fiscalía, sí establece que ésta debe actuar con imparcialidad y sin injerencias. Las Directrices sobre la función de los fiscales aprobadas por las Naciones Unidas en 1990 establecen lo siguiente al respeto:

> 12. Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.
>
> 4. Los Estados garantizarán que los fiscales puedan ejercer sus funciones profesionales sin intimidación, trabas, hostigamiento, injerencias indebidas o riesgo injustificado de incurrir en responsabilidad civil, penal o de otra índole.

La jurisprudencia interamericana considera estos principios como parte integral del derecho a ser oído con independencia e imparcialidad, así como resguardo de la presunción de inocencia. En el caso Martín de Mejía, la CIDH declaró que una ley que obligaba al fiscal a formular acusación penal contra toda persona denunciada por participación en terrorismo vulneraba la Convención Americana por dos motivos. Primero, porque "invierte la carga de la prueba y crea en la práctica una presunción de culpabilidad" y, segundo, porque al

---

[105] Ibíd., párr. 7.3.

obligar el fiscal a "acusar el imputado aún cuado no existen elementos de prueba suficientes que funden la acusación (…) no garantiza la imparcialidad del órgano juzgador."[106] La Corte Interamericana ha confirmado la aplicabilidad de los requisitos plasmados en el artículo 8.1 de la Convención a las etapas preliminares del procedimiento penal en el caso Loayza Tamayo (véase la sección 5.8).

5.7 Los tribunales especiales y militares

i) La jurisprudencia universal

El Comité de Derechos Humanos considera que la sustanciación de juicios penales a civiles ante tribunales militares o especiales si bien conlleva riesgos importantes en lo referente a los derechos de la defensa, no es en sí violatoria del derecho a ser juzgado por tribunal competente, independiente e imparcial. Su Observación General No. 13 señala al respecto lo siguiente:

> Las disposiciones del artículo 14 se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de este artículo, ya sean ordinarios o especiales. El Comité observa la existencia, en muchos países, de tribunales militares o especiales que juzgan a personas civiles. Esto podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia. Muy a menudo la razón para establecer tales tribunales es permitir la aplicación de procedimientos excepcionales que no se ajustan a las normas habituales de justicia. Si bien el Pacto no prohíbe estas categorías de tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14. (…) En algunos países, esos tribunales militares y especiales no proporcionan las garantías es-

---

[106] CIDH, caso Martín de Mejía, pp. 211-212 (1996).

trictas para la adecuada administración de la justicia, de conformidad con las exigencias del artículo 14, que son fundamentales para la eficaz protección de los derechos humanos. Si los Estados Partes deciden, en situaciones excepcionales, como prevé el artículo 4, dejar en suspenso los procedimientos normales requeridos en virtud del artículo 14, deben garantizar que tal suspensión no rebase lo que estrictamente exija la situación en el momento y que se respeten las demás condiciones estipuladas en el párrafo 1 del artículo 14.[107]

En una decisión adoptada en 1991 el Comité de Derechos Humanos concluyó que un tribunal militar que ostentaba las siguientes garantías podía considerarse independiente e imparcial:[108]

- El tribunal militar es presidido por un juez miembro de un tribunal civil superior.
- Los miembros militares del tribunal son nombrados por la Corona [Jefe de Estado] y son inamovibles.
- Los jueces militares no desempeñan ninguna función en la jerarquía militar y sus sueldos son sufragados por el Ministerio de Justicia.
- Los jueces prestan juramento sobre el cumplimiento de sus funciones con justicia e imparcialidad.
- Los jueces no deben obediencia ni tienen que responder a nadie por sus decisiones.
- Las sesiones del tribunal son públicas.

En otra decisión, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el tribunal especial instalado en Perú era manifiestamente incompatible con el primer párrafo del artículo 14. Los fundamentos de la decisión son los siguientes:

---

[107] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 4 (1984).

[108] Comité de Derechos Humanos, caso J.P.K. c. Países Bajos, párr. 4.2 (el acusado no se presentó para cumplir con su servicio militar).

> Los juicios ante tribunales especiales integrados por jueces anónimos son incompatibles con el artículo 14 del Pacto. (…) En esta situación, los acusados desconocen quiénes son los jueces que les juzgan, y la posibilidad de que los acusados preparen su defensa y se comuniquen con sus abogados tropieza con obstáculos inaceptables. Además, este sistema no garantiza un aspecto fundamental de un juicio justo de conformidad con el significado del artículo 14 del Pacto: el de que el Tribunal deba tanto ser, como parecer ser independiente e imparcial. En el sistema de juicios con "jueces sin rostro", ni la independencia ni la imparcialidad de los jueces están garantizadas, ya que el tribunal, establecido ***ad hoc***, puede estar compuesto por militares en servicio activo. En opinión del Comité, ese sistema tampoco asegura el respeto a la presunción de inocencia, garantizado en el párrafo 2 del artículo 14.[109]

Cabe subrayar que la contradicción entre las características de estos tribunales y los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 14 es de carácter estructural, de modo que la víctima no está obligada a demostrar que los jueces que lo integran son parciales o carecen de independencia.

Otra decisión reciente trata de un juicio ante tribunal especial que privaba el acusado del derecho a ser juzgado por un jurado, derecho considerado fundamental en la legislación interna pero no reconocido por la normativa internacional. No se puso en tela de juicio la independencia ni la imparcialidad del tribunal, ni tampoco la eficacia de las garantías del debido proceso reconocidas por el PIDCP.[110] En cambio, se alegó que la decisión de llevar al acusado ante un tribunal especial en vez de un tribunal ordinario, con la consecuente privación de ciertas garantías reconocidas por la legisla-

---

[109] Comité de Derechos Humanos, caso Polay c. Perú, párr. 8.8 (1997).

[110] Comité de Derechos Humanos, caso Kavanagh c. Irlanda, párrs. 10.1 y 10.4 (2001). El Comité consideró infundados los alegatos relativos a la presunción de inocencia y publicidad del proceso, y un alegato relativo al derecho a interrogar a los testigos a cargo antes del plenario no fue examinado a la luz del párrafo 3 del artículo 14.

ción nacional, violaba el principio de la igualdad de las personas ante la justicia. El Comité de Derechos Humanos consideró que este alegato debía evaluarse a la luz del principio de igualdad ante la ley e igual protección de la ley, consagrado por el artículo 26 del PIDCP, de manera que debía determinarse si la decisión de dar un trato diferente obedecía a "motivos razonables y objetivos."[111] En el caso concreto, la legislación otorgaba al fiscal una discreción amplísima, el acusado no tenía derecho a conocer los motivos de esta decisión y la posibilidad de una revisión judicial efectiva era muy remota.[112] El Comité concluyó, por tanto, que se había producido una violación del artículo 26 del PIDCP.[113]

En los últimos años, algunas de las instancias especializadas de la Comisión de Derechos Humanos han sugerido que la citada Observación del Comité de Derechos Humanos, adoptada en 1984, puede estar algo desactualizada. En 1998 el Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados comentó lo siguiente:

> En lo que respecta a la utilización de tribunales militares para juzgar a civiles, en el derecho internacional está apareciendo un consenso sobre la necesidad de restringir radicalmente, o incluso prohibir, esa práctica. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No.13 sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dijo que, si bien el Pacto no prohíbe los tribunales militares, el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14. El Relator Especial tiene ciertas reservas respecto de esta Observación General, habida cuenta de la evolución actual del derecho internacional, que se orienta hacia la prohibición de la utilización de tribunales militares para el procesamiento de civiles.

---

111 Ibíd., párr. 10.2.

112 Ibíd.

113 Ibíd., párr. 10.3.

> Los principios 3 y 5 de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura prevén el derecho de toda persona a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios o por tribunales legalmente establecidos. En forma más categórica, el principio 5 f) de los principios de Singhvi dispone que la competencia de los tribunales militares estará limitada a los delitos militares y que existirá siempre un derecho de apelación contra las decisiones de esos tribunales ante una corte o tribunal de apelaciones legalmente calificados o de interponer un recurso para solicitar una anulación. Además, el principio 22 b) de los Principios de Johannesburgo prevé que un civil no podrá en ningún caso ser juzgado por un tribunal o corte militar por un delito contra la seguridad. El párrafo 4 del artículo16 de las Normas de París también prevé que las cortes civiles tendrán y mantendrán su competencia para todos los juicios de civiles acusados de delitos contra la seguridad u otros delitos conexos; se prohibirá la iniciación de tales actuaciones ante un tribunal o corte militar o su remisión a esas instancias. La creación de cortes o tribunales especiales con competencia para juzgar delitos que son básicamente de carácter político es contraria al régimen de derecho en un estado de excepción.[114]

Al año siguiente, el Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria hizo suyas estas observaciones del Relator Especial, y propuso lo siguiente:

> El Grupo estima que de subsistir alguna forma de justicia militar, debería en todo caso respetar cuatro límites:
> a) debería declararse incompetente para juzgar a civiles;
> b) debería declararse incompetente para juzgar a militares, si entre las víctimas hay civiles;

---

[114] Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados, E/CN.4/1998/39/Add.1 (informe de una misión al Perú), párrs. 78-79 (se omiten las citas).

c) debería declararse incompetente para juzgar a civiles y a militares en los casos de rebelión, sedición o cualquier delito que ponga o pueda poner en peligro un régimen democrático;
d) no estaría en ningún caso autorizado a imponer la pena de muerte.[115]

ii) La jurisprudencia interamericana

Los órganos del sistema interamericano han desarrollado una jurisprudencia importante sobre los tribunales militares y especiales. Uno de los principios consagrados en los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura ocupa un lugar clave en esta jurisprudencia, como demuestra el siguiente extracto de la sentencia en el caso Castillo Petruzzi:

> Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear "tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios".[116]

El caso Castillo Petruzzi trató de cuatro civiles condenados por el delito de traición en procesos sustanciados ante tribunales militares integrados por jueces "sin rostro". Con respecto a la independencia e imparcialidad de los tribunales militares, la Corte Interamericana manifestó lo siguiente:

---

[115] Comisión de Derechos Humanos, Grupo de trabajo sobre detención arbitraria, E/CN.4/1999/63, párr. 79.

[116] Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi y otros (Fondo), párr. 129 (citando el Principio 5). La primera frase del extracto hace eco del Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile del año 1985, pp. 199-200. Véase también el caso Ivcher Bronstein (Fondo), párr. 112 (supra).

> El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.[117]
>
> Además, la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean "sin rostro", determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces.[118]
>
> En relación con el presente caso, la Corte entiende que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal.[119]

En cuanto a la publicidad de los procesos, la Corte Interamericana manifestó que los juicios:

---

[117] Ibíd., párr. 131. Véase también el caso Cantoral Benavides (Fondo), párr. 114.
[118] Ibíd., párr. 133.
[119] Ibíd., párr. 132.

> En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención.[120]

En el caso Durand y Ugarte la Corte Interamericana declaró categóricamente que los civiles no deben ser juzgados por tribunales militares:

> En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles (…)[121]

La problemática del protagonismo de las autoridades militares en las etapas iniciales de un proceso penal fue abordada por la Corte Interamericana en el caso Loayza Tamayo. En este caso, la justicia militar absolvió a la acusada del delito de traición y ordenó que el caso fuera remitido al fuero civil para ser juzgada por el delito de terrorismo. La justicia militar tenía las mismas características que las señaladas en el caso Castillo Petruzzi (supra). Luego, la acusada fue condenada por terrorismo por un tribunal especial del tipo considerado en el caso Polay (supra). La Corte declaró que la remisión del caso era incompatible con el artículo 8.1 de la Convención Americana porque la investigación y acusación no estuvieron a cargo de las autoridades civiles (la Policia Nacional y el Ministerio Público), las únicas con competencia para investigar delitos cometidos por civiles, según el derecho interno, y las únicas investidas con independencia e imparcialidad.[122]

---

120 Ibíd., párr. 172.

121 Corte Interamericana, caso Durand y Ugarte (Fondo), párr. 117 (2000).

122 Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo (Fondo), párr. 61 (1997). La Corte también consideró que la remisión violó la presunción de inocencia y el principio de *no bis en idem*, párrs. 63 y 77.

Los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad también se aplican a procesos contra presuntos autores de violaciones de derechos humanos. En el caso Genie Lacayo, relativo a un juicio contra militares por asesinato, la Corte Interamericana declaró que "la circunstancia de que se trate de una jurisdicción militar no significa ***per se*** que se violen los derechos humanos que la Convención garantiza a la parte acusadora".[123] En el caso concreto, el padre del difunto "pudo intervenir en el procedimiento militar, ofrecer pruebas, ejercitar los recursos respectivos y finalmente acudir en casación ante la Corte Suprema de Justicia (…)", de manera que se habían respetado sus derechos procesales.[124] El análisis de la independencia e imparcialidad del tribunal se limita en esta decisión al marco legislativo y a la naturaleza de los principios aplicados por el tribunal militar. Como el raciocinio de las decisiones judiciales se limitaba a consideraciones estrictamente jurídicas –a pesar de un cuadro normativo que incorporaba preceptos de carácter político–, la Corte consideró que no era posible tachar las actuaciones del tribunal de parciales ni carentes de independencia.[125]

En su sentencia más reciente, en el caso Durand y Ugarte, la Corte Interamericana aplicó criterios de otro orden. La sentencia reza en parte:

> En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, (…) sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.[126]

---

123 Corte Interamericana, caso Genie Lacayo (Fondo), párr. 84 (1997).

124 Ibíd., párr. 85.

125 Ibíd., párrs. 86-87.

126 Corte Interamericana, caso Durand y Ugarte (Fondo), párr. 117 (2000).

El caso Durand y Ugarte concierne a una masacre de presos amotinados que la Corte Interamericana calificó de "uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función."[127] Hechos de esta índole, opinó la Corte, "no pueden considerarse delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no."[128] Los tribunales militares que conocieron los hechos "constituyen un alto Organismo de los Institutos Armados" y los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, dichos oficiales estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial.[129]

En el caso Salinas y otros, la CIDH declaró que el enjuiciamiento de más de 20 oficiales de las Fuerzas Armadas por un tribunal militar por cargos de rebelión militar y delitos conexos vulneraba el artículo 8.1 de la Convención Americana, entre otras razones porque "el Fuero Privativo Militar no es 'un tribunal competente, independiente e imparcial' puesto que forma parte, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Justicia Militar peruana, del Ministerio de Defensa, es decir se trata de un fuero especial subordinado a un órgano del Poder Ejecutivo."[130] Este tipo de análisis estructural no parece suficiente para sustentar la conclusión, a la luz de la jurisprudencia sentada posteriormente en el caso Durand y Ugarte, que pone énfasis en la naturaleza de los hechos. No obstante, la decisión también anota una serie de irregularidades manifiestas que afectaron el desarrollo de los procesos (por ejemplo, el sistemático rechazo de testigos propuestos por la defensa así como los recursos interpuestos por la misma) que, en su conjunto y en el contexto político-institu-

---

127 Ibíd., párr. 118.

128 Ibíd.

129 Ibíd., párr. 126.

130 CIDH, caso Salinas y otros, p. 125 (1994) (versión en inglés).

cional, apoyan la conclusión de que el tribunal debe haber actuado bajo la influencia del gobierno de facto.[131]

La jurisprudencia del caso Durand y Ugarte, basada en la distinción entre delitos militares y comunes, y el criterio de que "la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales", establece una regla algo abstracta cuyo contenido preciso queda por aclarar mediante su aplicación a otras situaciones concretas. En los últimos años la CIDH ha aplicado una regla bastante clara y sencilla que establece que los tribunales militares no deben tener competencia para conocer casos de violaciones de los derechos humanos.[132] La CIDH considera esta regla coherente con la jurisprudencia de Durand y Ugarte y ha continuado aplicándola en algunos casos.[133] No obstante, en un caso reciente aplicó un criterio más preciso, señalando que la ejecución extrajudicial de personas que no opusieron resistencia a su captura no puede considerarse como una actividad militar legítima y, por tanto, no debe competer a la jurisdicción militar.[134] En casos relativos a la investigación de violaciones de los derechos humanos, la CIDH sigue aplicando otra vertiente de su jurisprudencia centrada en la relación entre los presuntos autores de los hechos investigados y la autoridad responsable de la investigación. Según dicha jurisprudencia "Cuando el Estado permite que las investigaciones las dirijan los órganos potencialmente implicados, la independencia y la imparcialidad se ven claramente afectadas."[135]

---

131 Ibíd., pp.121-122. La decisión observa –pero no cita como sustento de sus conclusiones– que los oficiales se habían reunido para considerar posibles acciones destinadas a defender la Constitución y derrocar el gobierno del presidente Fujimori.

132 CIDH, caso Fuentes Guerrero c. Colombia, párr. 47 (1999); Tordecilla c. Colombia, párr. 53 (2000).

133 CIDH, caso Masacre de Riofrío (Colombia), párr. 28 (2001); Isaza Echeverri y otro c. Colombia, párr. 54 (2001).

134 CIDH, caso Prada González y otro c. Colombia, párr. 43 (2001).

135 CIDH, caso Bolaños c. Ecuador, párr. 48 (1995), Hermanas González c. México, párr. 81 (2001).

Los tribunales revolucionarios pueden presentar algunos de los mismo defectos que los tribunales militares, según la CIDH. En uno de sus informes, la CIDH comentó:

> Además, no puede dejar de tomarse en consideración que lejos de ser tribunales judiciales, constituyen tribunales administrativos dependientes del Ministerio de Justicia integrado por milicianos, reservistas y o adeptos del Frente Sandinista de Liberación, es decir, enemigos políticos de los reos, por lo cual su imparcialidad, ecuanimidad e independencia de criterio se encuentran seriamente comprometidas.[136]

5.8 La presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia tiene tres dimensiones distintas. Una se refiere a la manera en que se determina la responsabilidad penal, y en particular la carga de la prueba. Otra concierne a la imputación de responsabilidad penal o participación en hechos delictivos a un individuo que no ha sido juzgado. La tercera consiste en algunos corolarios relativos al trato de personas bajo investigación por un delito y a presos sin condena.

El Comité de Derechos Humanos se refiere a los dos primeros aspectos en su Observación General No. 13, en un párrafo que señala lo siguiente:

> En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso.[137]

---

136 CIDH, Informe Anual 1982-1983, pp. 18-19.

137 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 7.

Con respecto a la tercera dimensión, la jurisprudencia universal y la interamericana hacen hincapié en el vínculo entre la presunción de inocencia y el carácter excepcional de la prisión preventiva.[138] Asimismo, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos contienen varias reglas sobre el trato preferencial que merecen los presos sin condena, en razón de la presunción de inocencia.[139] (Véanse los Capítulos 4 y 2, respectivamente.)

La sentencia de la Corte Interamericana en el caso Cantoral Benavides aborda dos dimensiones de la presunción. En primer lugar, la Corte concluyó que se había producido una violación del segundo párrafo del artículo 8 cuando el reo fue condenado sin "prueba plena de su responsabilidad."[140] Además, se vulneró la misma disposición cuando el preso "fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido de traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado (…)"[141]

En el caso Martín de Mejía, la CIDH hizo un análisis extenso de la presunción de inocencia, que comienza con algunas observaciones de orden general, entre ellas las siguientes:

> El principio de inocencia construye una presunción en favor del acusado de un delito, según la cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. De este modo, para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable.

---

138 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero (Fondo), párrs. 77-78 (1997); CIDH, caso Giménez c. Argentina, párrs. 80 y 114 (1996).

139 Ver al respecto las Reglas 84-93.

140 Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides (Fondo), párr. 121 (2000). El concepto de prueba plena también figura en Presunción de inocencia, CIDH, *Diez años de actividades*, p. 332.

141 Ibíd., párr. 119. En el caso Polay, el Comité de Derechos Humanos consideró dicha práctica un trato degradante, violatorio de los artículos 7 y 10.1 del PIDCP.

> La presunción de inocencia se relaciona, en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable. Por el contrario, su responsabilidad reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta.
>
> En este contexto, otro concepto elemental del derecho procesal penal, cuyo objeto es preservar el principio de inocencia, es la carga de la prueba. En el procedimiento penal, el ***onus probandi*** de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado. (…)[142]

En el caso más reciente, Figueredo Planchart, la CIDH recalcó lo siguiente:

> De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal, la más elemental es, quizás, la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos tales como la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana y la Convención Americana.
>
> Esta disposición atribuye a favor del acusado la presunción de que éste debe ser considerado inocente, y tratado como tal, mientras no se determine su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige "que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, sólo pueden ser fundadas en la certeza del tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado". El juez a quien le corresponde conocer de la acusación penal tiene la obligación de abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer a priori que el acusado es culpable.

---

142 CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, pp. 209-210 (1996).

> Por el contrario, la Convención Americana requiere que, en aplicación del debido proceso legal, y de los principios de derecho penal universalmente aceptados, el juez debe circunscribirse a determinar la responsabilidad penal y aplicar la pena a un imputado a partir de la valoración de los elementos de convicción con que cuenta.[143]

En un informe adoptado hace más de dos décadas, la CIDH hizo un análisis detenido del valor de las pruebas circunstanciales, el cual dice en su parte pertinente lo siguiente:

> En algunas ocasiones los tribunales especiales utilizaron las llamadas evidencias circunstanciales para presumir la culpabilidad del inculpado. Tal método, en sí, no es contrario a la presunción de inocencia del acusado.
>
> En diversos sistemas judiciales se admite que, bajo determinadas circunstancias, el beneficio de la presunción de la inocencia desaparece y, consecuentemente, la carga de la prueba se invierte y recae sobre la persona del procesado, si surgen ciertas evidencias circunstanciales.
>
> La figura de la "evidencia circunstancial" hace desaparecer la presunción de inocencia y produce la inversión de la prueba por la abundante y coincidente presencia de indicios contra una persona sindicada de una acción. Según este criterio, cuando existen esas evidencias circunstanciales, el sindicado se reputa presuntamente culpable.[144]

No obstante, la inversión de la carga de la prueba sólo es lícita cuando las pruebas indirectas son "abundantes" y, desde luego, no

---

143 CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párrs. 118-119 (la cita en el párr. 119 es a Julio Maier, *El derecho procesal argentino*, Buenos Aires, 1989, p. 257).

144 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, p. 88 (1981).

exime al juez de valorar las pruebas de descargo presentadas por la defensa.[145] La inversión de la carga de la prueba con base en meras presunciones no es coherente con esta garantía.

En el caso Martín de Mejía, la CIDH concluyó que el juez de instrucción ordenó la detención del imputado, formuló una acusación y dio inicio a un proceso penal con base en la mera existencia de una denuncia, sin analizar si existían elementos de prueba suficientes para sustentar la acusación. Esta situación, así como la ley que "invierte la carga de la prueba y crea, en la práctica, una presunción de culpabilidad que pone sobre el inculpado el ***onus probandi*** de su inocencia" fueron consideradas violatorias del artículo 8 de la Convención y, en particular, de la presunción de inocencia, del derecho a ser oído por una instancia imparcial y del derecho a un juicio justo.[146] La importante decisión de la CIDH en el caso Gallardo también enfoca la decisión de abrir investigaciones y procesos penales. En esta decisión la CIDH señala:

> (…) que no es razonable el que se abran de manera continuada y sucesiva en el periodo de 7 años el número de averiguaciones previas [15] y causas penales [9] mencionadas, más aún, cuando como ha quedado evidenciado, el General Gallardo ha sido absuelto de todo cargo en las causas hasta el momento decididas. En este sentido, la Comisión reitera que el hecho de que hayan ocurrido los hechos narrados, sin duda que viola el derecho a la presunción de inocencia de que todo individuo debe gozar, ya que no solamente se viola este derecho en forma expresa cuando se declara culpable a una persona antes de haber terminado el juicio, sino que también se puede violar en forma tácita cuando del contexto de las acciones se desprende una actitud de indudables acosos y hostigamientos que prejuzgan sobre la responsabilidad del individuo.[147]

---

145 Ibíd., p. 87.

146 CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú.

147 CIDH, caso Gallardo c. México, párr. 110 (1996). Véase también Robles c. Perú, párrs. 113-114 (1999).

Si bien el tema de la detención preventiva es analizado en el Capítulo 4, caben aquí algunas breves referencias a la jurisprudencia que aborda este tema desde el ángulo de la presunción de inocencia. En el caso Figueredo Planchart, la CIDH consideró que las autoridades habían violado la presunción de inocencia al ordenar la privación de libertad del imputado sin haberle dado la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa.[148] En el caso Lizardo, la CIDH concluyó que la excesiva prolongación de la detención preventiva sin sentencia firme puede llegar a considerarse una violación de la presunción de inocencia.[149] La detención prolongada también puede afectar la presunción de inocencia en forma indirecta. En el caso Bronstein, la CIDH observó que puede generar "una especie de presión sobre el magistrado (…) en el sentido de adecuar la sentencia condenatoria a la situación de hecho que está sufriendo el procesado privado de su libertad. Es decir, que aumenta para el acusado la posibilidad de obtener una pena que justifique la prolongada duración de la prisión preventiva, aunque los elementos de convicción no sean contundentes."[150] Las leyes que excluyen la libertad provisional para personas inculpadas de ciertos delitos o excluyen a tales personas de los beneficios de la legislación que limita la duración de la detención preventiva, en efecto implican una presunción de culpabilidad. En el caso Levoyer la CIDH comentó que "La restricción de esos derechos [la libertad personal] más allá de los parámetros establecidos por la ley y los márgenes de razonabilidad con la excusa de preservar la presunta eficacia de la investigación, implican favorecer la presunción de que las personas que se encuentran detenidas como resultado de esa investigación son culpables."[151]

---

148 CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 120 (2000).

149 CIDH, caso Lizardo c. República Dominicana, párr. 104 (1997) (detención preventiva durante siete años).

150 CIDH, caso Bronstein, párr. 48. Véase también Giménez c. Argentina, párr. 88 (1996).

151 CIDH, caso Levoyer Jiménez c. Ecuador, párr. 46 (2001). Véase también Bronstein y otros c. Argentina, párrs. 51-52.

Las declaraciones de autoridades públicas relativas a la culpabilidad de personas que no han sido condenadas por los tribunales competentes también son incompatibles con la presunción de inocencia. En el caso Gridin, el Comité de Derechos Humanos consideró que las declaraciones televisadas de parte de la jefe de policía relativas a la culpabilidad de un acusado constituyeron una violación de la presunción de inocencia.[152] El Comité llegó a esta conclusión sin detenerse en el análisis del impacto de sus declaraciones sobre el proceso.

Si bien el principio de la presunción de inocencia tiene incidencia más allá del juicio, su alcance se limita al ámbito penal. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos indica claramente que no tiene aplicación a procedimientos judiciales o administrativos de otra índole.[153]

5.9 La exclusión de confesiones y declaraciones involuntarias

El artículo 14.3 g) del PIDCP consagra el derecho de toda persona acusada de un delito "a no ser obligada a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable." La Convención Americana reconoce este derecho en su artículo 8.2 g) y agrega el siguiente corolario importante: "La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza."

Este corolario está consagrado en la normativa internacional por la Declaración contra la tortura y la Convención contra la tortura. La Declaración establece en su artículo 12 lo siguiente: "Ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes podrá ser invocada como prueba contra la persona involucrada ni contra

---

[152] Comité de Derechos Humanos, caso Gridin c. Rusia, párrs. 3.4 y 8.3.

[153] Comité de Derechos Humanos, caso Morael c. Francia, párr. 9.5 (1989); W.B.E. c. Países Bajos, párr. 6.6 (1992); Singh c. Canadá, párr. 4.3 (1997).

ninguna otra persona en ningún procedimiento." La Convención, en su artículo 15, establece: "Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración."[154]

La inadmisibilidad de las declaraciones obtenidas de tal manera ha sido reconocida también por la doctrina y jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos. En su Observación General No.13, el Comité establece: "Debe establecer por ley que las pruebas obtenidas por estos métodos o cualquier otra forma de coerción son enteramente inaceptables."[155] La jurisprudencia del Comité establece al respecto lo siguiente:

> (…) el Comité observa que la redacción del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 –es decir, que nadie será "obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable"– debe interpretarse en el sentido de falta de toda presión física o psicológica directa o indirecta sobre el acusado de parte de las autoridades investigadoras con miras a que se confiese culpable.[156]

La jurisprudencia de la CIDH interpreta de la misma manera el tercer párrafo del artículo 8 de la Convención Americana. Su decisión en el caso San Agustín establece lo siguiente:

> Que de acuerdo con los artículos 5.2 y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, existe una prohibición de emplear la tortura, y los elementos provenientes de dicho método deben ser privados

---

154 La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura contiene una norma semejante en su artículo 10.

155 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 14.

156 Comité de Derechos Humanos, caso Kelly (Paul) c. Jamaica, párr. 5.5. (1989). Véase también Berry c. Jamaica, párr. 11.7 (1994).

> de todo valor probatorio, abarcando no sólo la tortura sino cualquier medio que constituya una coacción (…)[157]

La jurisprudencia de la Corte Interamericana confirma esta interpretación, y reconoce el derecho del imputado a guardar silencio. La sentencia en el caso Castillo Petruzzi establece lo siguiente:

> La Corte consideró probado que durante la declaración instructiva ante el Juez Instructor Militar Especial se exhortó a los inculpados a decir la verdad. Sin embargo, no hay constancia de que esa exhortación implicara la amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad. Tampoco hay prueba de que se hubiese requerido a los inculpados rendir juramento o formular promesa de decir la verdad, lo cual contrariaría el principio de libertad de aquéllas para declarar o abstenerse de hacerlo.[158]

En una decisión adoptada en 1989 la CIDH consideró inválidas las declaraciones autoinculpatorias de un acusado obtenidas mientras estaba detenido e incomunicado.[159] Hasta ahora no existe ninguna otra jurisprudencia que confirme que la incomunicación en sí es motivo suficiente para considerar declaraciones inadmisibles.

En un caso relativo a la obligación del propietario de un vehículo de identificar a la persona responsable de manejarlo con exceso de velocidad, el Comité de Derechos Humanos manifestó que la multa impuesta a aquél por incumplir la obligación de proporcionar dicha información no era violatoria del artículo 14.3 g), a pesar de que la información requerida habría identificado al propietario como autor de la infracción.[160] Cabe presumir que las implicaciones de esta de-

---

157 CIDH, caso San Agustín c. México, párr. 20 (1997).

158 Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo), párr. 167 (1999).

159 CIDH, caso Aguado Montealegre c. Nicaragua, Informe Anual 1989-1990, p. 99.

160 Comité de Derechos Humanos, caso Sánchez López c. España, párr. 6.4 (1999).

cisión deben ser circunscritas a casos con características similares, y en especial a infracciones no sancionadas por penas privativas de libertad.

5.10 La asistencia letrada

El derecho internacional de los derechos humanos (CIDH) reconoce el derecho del individuo a beneficiarse de asistencia letrada en dos circunstancias. Tanto el PIDCP como la Convención Americana consagran este derecho expresamente como derecho de toda persona acusada de un delito.[161] Además, la jurisprudencia lo reconoce como corolario del derecho de las personas privadas de libertad a impugnar la legalidad de la privación de libertad. La jurisprudencia sobre la segunda dimensión se analiza en el Capítulo 2, sobre la libertad.

Según una decisión reciente de la CIDH esta garantía figura entre los elementos esenciales del debido proceso que están comprendidos en el derecho a ser oído "con las debidas garantías" a tenor del primer párrafo del artículo 8. La decisión, en el caso Riebe Star, señala que "Dicha garantía [a una audiencia para la determinación de sus derechos] debió incluir el derecho a ser asistido durante el procedimiento administrativo sancionatorio (...)"[162]

El derecho del acusado a asistencia letrada es, en principio, aplicable a todas las etapas del proceso.[163] El derecho a tener contacto

---

161 Cfr. Incisos b) y d) del tercer párrafo del artículo 14 del PIDCP y d) e inciso e) del segundo párrafo del artículo 8 de la Convención Americana.

162 CIDH, caso Riebe Star y otros c. México, párr. 71 (1999). En la Opinión Consultiva OC-11/90, la Corte Interamericana ha observado en términos generales que "las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso", párr. 28.

163 Comité de Derechos Humanos, caso Brown c. Jamaica, párr. 6.6 (1999); CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 112.

con su defensor para efectos de la preparación de la defensa se analiza en la próxima sección, dedicada al derecho al tiempo y a los medios necesarios para la preparación de la defensa.

La presencia de observadores que no tienen la función de defender al acusado, tales como oficiales consulares o representantes de una comisión de derechos humanos, no sustituye la asistencia de un abogado.[164] La representación (ante un tribunal militar) por un oficial militar que no es abogado no cumple con esta garantía.[165]

i) El derecho a tener acceso a asistencia letrada durante el interrogatorio

El Comité de Derechos Humanos dejó sentado en una serie de casos que un acusado tiene derecho a asistencia letrada a partir de las audiencias preliminares, sobre todo en causas que pueden resultar en la pena de muerte.[166] Según esta jurisprudencia, el acusado no sólo tiene derecho de representación, sino que tiene el derecho a ser informado de su derecho a asistencia letrada.[167] En un caso reciente el Comité amplió esta jurisprudencia al reconocer el derecho de un detenido a la asistencia de un abogado durante su interrogatorio. En el caso Gridin, el Comité dictaminó que negarle a un detenido "asis-

---

[164] CIDH, caso Rieba Star y otros c. México, párrs. 75-76. Si bien la presencia de un oficial consular no sustituye al defensor, el derecho de un detenido extranjero a ser informado de su derecho a asistencia consular, cuando es reconocido por un tratado relativo a relaciones consulares, forma parte del derecho al debido proceso, según la Opinión Consultiva OC-16/99, de la Corte Interamericana, párr. 141 apartados 6 y 7.

[165] Comité de Derechos Humanos, caso Vasilskis c. Uruguay, párrs. 9.4 y 11 (1983).

[166] Comité de Derechos Humanos, caso Reid c. Jamaica, párr. 14.2 (1994); Wright y Harvey c. Jamaica, párr. 10.2 (1995); Brown c. Jamaica, párr. 6.6 (1999); Marshall c. Jamaica, párr. 6.2 (1998).

[167] Comité de Derechos Humanos, caso Johnson (Clive) c. Jamaica, párr. 10.2 (1998) (se aclara que las dos últimas frases contienen un error de impresión).

tencia letrada después que la pidió e interrogarlo durante ese lapso de tiempo constituye una violación de sus derechos con arreglo al apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto."[168] Es significativo que, aunque esta persona fue acusada de un delito sancionado con la pena de muerte, el Comité no menciona esta circunstancia en la parte de la decisión relativa a este derecho.

La CIDH también reconoce el derecho de una persona a estar acompañada por su defensor cuando rinde declaración de indagatoria durante el sumario.[169] En el caso Figueredo Planchart señaló al respecto:

> A juicio de la Comisión, el hecho de que la etapa procesal sea un sumario secreto o un antejuicio de méritos es indiferente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos si es que la misma termina en un fallo que afecta en diversos grados la situación de una persona implicada: ésta pierde su condición de libertad (…) Dicho en otras palabras, los antejuicios y los sumarios secretos están tan estrechamente vinculados al proceso penal que tratarlos separadamente restringiría y debilitaría considerablemente la protección del debido proceso legal a que tienen derecho los acusados. De ahí que una decisión judicial que impida, prohíba o limite el derecho a la defensa de una persona en esta etapa del proceso implica una violación del artículo 8(1) y 8(2)(d) de la Convención.[170]

ii) El derecho al defensor de su elección

En el caso Domukovsky, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

---

168 Comité de Derechos Humanos, caso Gridin c. Rusia, párr. 8.5 (2000).

169 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, p. 100 (1983); Informe Miskito, pp. 32, 108 y 110 (1984).

170 CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 114 (2000).

> (…) en un juicio en que pueda imponerse la pena de muerte (…) el derecho a la defensa es inalienable y debe observarse en todos los casos y sin excepción. Ello implica el derecho a estar presente en el juicio, a ser defendido por un abogado de su propia elección y no ser obligado a aceptar que se le designe un abogado de oficio.[171]

El Comité de Derechos Humanos concluyó que "Tampoco garantizó el Estado Parte que cada uno de los [acusados] estuviese defendido en todo momento por un abogado de su elección."[172] Las circunstancias del caso –el acusado no fue condenado a la pena de muerte sino a una pena de prisión y el juez ordenó la continuación del proceso sin presencia de un defensor sólo después de que el acusado había rechazado los servicios de dos abogados retenidos privadamente– subrayan el carácter perentorio de esta jurisprudencia.

En principio, el derecho a tener un defensor de oficio no comprende "el derecho a elegir el defensor que se le asigne."[173] No obstante, puede producirse una violación de este derecho cuando el tribunal continúa acreditando a un defensor de oficio a pesar de que el acusado ha indicado que no lo acepta como su representante, ni le ha dado instrucciones y ha hecho lo necesario para obtener los servicios de otro defensor.[174]

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos también establece que no es compatible con esta garantía obligar a un acusado a escoger a su defensor de un listado de oficiales militares.[175]

---

171 Comité de Derechos Humanos, caso Domukovsky y otros c. Georgia, párr. 18.9 (1998).

172 Ibíd.

173 Comité de Derechos Humanos, casos Kelly (Paul) c. Jamaica, párr. 5.10 (1991); Teesdale c. Trinidad y Tobago, párr. 9.6 (2002).

174 Comité de Derechos Humanos, caso Pinto c. Trinidad y Tobago, párr. 12.5 (1989).

175 Comité de Derechos Humanos, caso Drescher c. Uruguay, párrs. 5.2, 12.1 y 14 (1983).

La Corte Interamericana considera que la prohibición de que un defensor asista a más de un inculpado, si bien limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, no significa en sí una violación del artículo 8.2.d de la Convención. La suspensión de autorización a ejercer la profesión de un abogado puede privar a sus clientes del derecho a ser representado por un asesor de su confianza, según la jurisprudencia de la CIDH.[176] La jurisprudencia de la CIDH también considera que la formulación de acusaciones falsas contra el defensor de una causa "constituye una amenaza al libre ejercicio de la profesión de abogado y afecta, además, una de las garantías fundamentales de la administración de justicia y del debido proceso, como es el derecho a la defensa establecido en el artículo 8, párrafo 2 (d) de la Convención Americana."[177]

iii) El derecho a un defensor de oficio

Las disposiciones de los instrumentos internacionales relativas a este derecho presentan diferencias significativas. El PIDCP establece dos requisitos para el goce de este derecho, a saber: que el acusado carezca de medios para sufragar los honorarios de un defensor, y que "el interés de la justicia" exija el nombramiento de un defensor gratuito (inciso d) del párrafo 3 del art. 14). Ninguna de estas condiciones figura en la disposición correspondiente de la Convención Americana, que reconoce el "derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley" (inciso e) de párrafo 2 del art. 8).

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos arroja poca luz sobre los criterios que permiten determinar cuando la representación es necesaria en el interés de la justicia. Por una parte, la juris-

---

[176] CIDH, caso Robles Espinoza e hijos c. Perú, párr. 111 (1999).

[177] CIDH, caso Salinas Sedo, pág. 123 (de la versión en inglés) (1994).

prudencia establece claramente que la asistencia letrada es imprescindible en toda etapa de los procesos por delitos castigados con la pena de muerte.[178] Por otra parte, no se reconoce el derecho a un defensor de oficio para infracciones castigadas por una multa.[179] Cabe presumir que el imputado sin recursos también tendrá derecho a un defensor de oficio en caso de delitos castigados con penas privativas de libertad, pero no hay jurisprudencia al respecto.

Aunque un imputado no tiene derecho a "elegir" al defensor que se le asigna, es imprescindible que "el defensor, una vez asignado, lleve a cabo una representación eficaz en el interés de la justicia."[180]

iv) El derecho a comunicarse con su defensor

La Convención Americana reconoce expresamente el derecho del acusado a "comunicarse libre y privadamente con su defensor." El PIDCP carece de una disposición sobre este particular, pero la doctrina del Comité de Derechos Humanos reconoce el derecho de la persona a comunicarse privadamente con el defensor como parte integral de los "medios adecuados para la preparación de la defensa". La Observación General No. 13 establece al respecto:

---

[178] Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, caso Thomas (M.) c. Jamaica, párr. 6.4 (1995); La Vende c. Trinidad y Tobago, párr. 5.8 (1995) (derecho a asistencia letrada para efectos de un recurso al Consejo Privado). Taylor (P.) c. Jamaica, párr. 8.2 (1997); Shaw c. Jamaica, párr. 7.5 (1998) (derecho a un defensor de oficio para entablar un recurso de inconstitucionalidad contra una sentencia, después de haber agotado las instancias de apelación).

[179] Comité de Derechos Humanos, casos Lindon c. Australia, párr. 6.5 (1998); O.F. c. Noruega, párrs. 1.3 y 5.6 (1984). La obligación del Estado de proporcionar asistencia letrada gratuita tampoco se extiende a la preparación de denuncias ante el Comité de Derechos Humanos. Toala y otros c. Nueva Zelandia, párr. 6.2 (2000).

[180] Comité de Derechos Humanos, caso Pinto c. Trinidad y Tobago, párr. 12.5 (1989).

> El apartado b) del párrafo 3 dispone que el acusado debe disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y poder comunicarse con un defensor de su elección. (…) los medios deben incluir (…) la oportunidad de contratar a un abogado y de comunicarse con éste. (…) Además, este apartado exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte.[181]

Los Principios básicos sobre la función de los abogados también reconocen el carácter confidencial del contacto entre un acusado y su defensor. El Principio 8 establece lo siguiente:

> A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

Este Principio es citado textualmente por la Corte Interamericana en su sentencia en el caso Castillo Petruzzi, en la cual concluye que la presencia de militares en entrevistas entre el acusado y su defensor de oficio violó el artículo 8.2.d de la Convención.[182] La Corte llegó a la misma conclusión en el caso Suárez Rosero.[183]

---

181 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 9.

182 Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi c. Perú (Fondo), párr. 148 (1999). "El numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos…"

183 Corte Interamericana, caso Suárez Rosero c. Ecuador, párrs. 79 y 83.

La imposición de condiciones y obstáculos arbitrarios a las visitas del defensor a un acusado detenido o preso puede vulnerar el derecho de éste a comunicarse libremente con su defensor y el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa.[184] Una demora en comunicar al defensor la solicitud del detenido a reunirse también puede configurar una violación de esta garantía.[185] El derecho a comunicarse con su defensor complementa el derecho al tiempo necesario para preparar la defensa, en el sentido de que no es imprescindible, para establecer una violación, comprobar que la denegación de contacto perjudicó la preparación de la defensa.[186]

v) El derecho a representación eficaz

La Observación General No.13 declara que "El acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas." La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce el derecho del imputado a una "representación eficaz" conforme al interés de la justicia,[187] pero también reconoce la presunción de que la actuación de un defensor ha sido adecuada. El Comité ha declarado que "en ausencia de una prueba clara de negligencia profesional por parte del abogado, no corresponde al Comité cuestionar el juicio profesional de este último."[188]

---

184 Comité de Derechos Humanos, caso Manríquez c. México, párrs. 104-105 (obligar a una abogada a desnudarse para tener acceso a un penal).

185 CIDH, caso Kelly (P.A.) c. Jamaica, párr. 9.2.

186 Ibíd. Una demora de cinco días en atender la solicitud de un preso que pidió hablar con su defensora viola esta garantía.

187 Comité de Derechos Humanos, caso Little c. Jamaica, párr. 8.4 (1991).

188 Comité de Derechos Humanos, caso Collins (Willard) c. Jamaica, párr. 8.3 (1991).

La representación es "incompatible con los intereses de la justicia" cuando, en vez de defender una causa, un letrado informa al tribunal que la causa carece de meritos, privando al proceso de su carácter contradictorio.[189] La ausencia del defensor durante una parte de las audiencias también puede vulnerar el derecho del imputado a una defensa eficaz. En el caso Yaseen y Thomas, la ausencia del defensor durante los primeros cuatro días del juicio oral, cuando el fiscal expuso sus argumentos relativos a los hechos y a la responsabilidad de los acusados y cuando declararon dos testigos de cargo, se consideró incompatible con el derecho a una defensa eficaz.[190] La ausencia del letrado durante las audiencias preliminares también puede dejar al acusado indefenso. En los casos Brown y Simpson, el Comité de Derechos Humanos consideró que la ausencia del defensor durante las declaraciones de testigos en una audiencia preliminar conculcó el derecho del imputado a una defensa eficaz.[191]

Por lo general, el hecho de que el defensor no acepte las indicaciones del acusado sobre la forma como debe conducir la defensa no permite concluir que la representación haya sido deficiente. En muchos casos, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha descartado el alegato de que el defensor no presentó testigos cuyo testimonio el acusado consideraba importante. Sin embargo, en casos calificados, el Comité ha considerado la actuación del defensor manifiestamente contraria a los intereses del acusado y, por tanto, violatoria de su derecho a asistencia letrada. En el caso Campbell, el incumplimiento de una solicitud expresa del acusado de que se impugnara la admisibilidad de pruebas obtenidas gracias a una confesión extraída mediante maltratos fue considerado violatorio del inciso d) del párrafo 3 del artículo 14.[192]

---

[189] Comité de Derechos Humanos, caso Kelly (P.A.) c. Jamaica, párr. 9.5 (1996); Smith y Stewart c. Jamaica, párr. 7.3 (1999).

[190] Comité de Derechos Humanos, caso Yaseen y Thomas c. Guyana, párr. 7.

[191] Comité de Derechos Humanos, caso Brown c. Jamaica, párr. 6.8 (1999); Simpson c. Jamaica, párr. 7.3 (2002).

[192] Comité de Derechos Humanos, caso Campbell c. Jamaica, párr. 6.6. (1992).

vi) El derecho a defenderse personalmente

La jurisprudencia sobre este derecho es escasa. En el caso Hill, se negó a uno de los imputados el derecho a defenderse personalmente porque la legislación vigente sólo permitía al acusado defenderse con el apoyo de un abogado. El Comité de Derechos Humanos consideró que ese requisito, establecido por la legislación, era incompatible con el "derecho a la autodefensa".[193] Sin embargo, la mayor parte de la jurisprudencia sobre este derecho se refiere a casos en los cuales un defensor de oficio se niega a defender la causa del acusado. La jurisprudencia sobre casos de esta índole tiende a considerar el derecho a defenderse personalmente no tanto como un elemento importante del debido proceso, sino más bien como un mal menor. Un ejemplo de este enfoque es el caso de un reo a quien se le denegó el permiso para asistir a una audiencia ante un tribunal de alzada porque el defensor de oficio que lo representaría opinó que el recurso carecía de meritos y renunció a participar en la audiencia. El Comité concluyó que el Estado tenía el deber de designar a otro defensor de oficio "o haberle permitido al autor que se defendiera él mismo en la vista del recurso de apelación."[194]

---

[193] Comité de Derechos Humanos, caso Hill y Hill c. España, párr. 14.2 (1997). En el caso Torregrossa el Comité llegó a la conclusión contraria con respecto al derecho de un condenado a entablar un recurso de inconstitucionalidad sin representación letrada. Torregrossa y otros c. España, párr. 6.3, 1999. El alegato se examinó a la luz del párrafo 1 del artículo 14 y el derecho a igual protección de la ley.

[194] Comité de Derechos Humanos, caso Reid (Carlton) c. Jamaica, párr. 11.4 (1990).

5.11 El derecho al tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa

i) El derecho a ser informado de los cargos

Esta garantía está consagrada por el PIDCP en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 y por la Convención Americana en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 8. La misma garantía está reconocida, en términos más escuetos, por los artículos 9 y 7 de dichos instrumentos, en cuanto derecho del detenido. La importancia de esta garantía, y su vínculo con otros principios del debido proceso, fue subrayada por el Comité de Derechos Humanos en el caso Wolf, de la manera siguiente:

> El Comité recuerda que el concepto de "juicio imparcial", en el sentido del párrafo 1 del artículo 14, exige que se cumplan una serie de requisitos, a saber, la igualdad de posibilidades y el respeto del principio del procedimiento contradictorio. Estos requisitos no se cumplen cuando, como en el presente caso, al acusado se le niega la oportunidad de hallarse presente en las actuaciones judiciales o cuando no puede instruir de forma adecuada a su representante. En particular, el principio de igualdad de posibilidades no se respeta cuando al procesado no se le notifica una acusación debidamente motivada.[195]

Siendo el objetivo esencial de esta garantía facilitar la preparación de la defensa es conveniente analizarlo en la presente sección.

La Observación General No.13 del Comité de Derechos Humanos contiene el comentario siguiente con respecto a esta garantía:

> Entre las garantías mínimas de un proceso penal previstas en el párrafo 3, la primera se refiere al derecho de toda persona a ser informada, en un idioma que comprenda, de la acusación formulada contra ella.

---

[195] Comité de Derechos Humanos, caso Wolf c. Panamá, párr. 6.6 (1992).

> (…) El apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de las personas no detenidas. El Comité observa también que el derecho a ser informado "sin demora" de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule la acusación. En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa.[196]

En el caso Castillo Petruzzi, la Corte Interamericana concluyó que el acceso limitado a los autos que sustentan una acusación era incompatible con el derecho del acusado a tener "conocimiento oportuno y completo de los cargos que se le hacían."[197] Los defensores sólo pudieron consultar los autos por espacio de doce horas el día antes de la sentencia.[198] Esta circunstancia, sumada a otras restricciones, llevó a la Corte a concluir que "la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada."[199] En el caso del Tribunal Constitucional, la Corte también concluyó que "los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos" porque se produjo un cambio en el objeto de la indagación durante el curso de la misma.[200] En su sentencia en el caso Ivcher Bronstein, relativo a la privación de nacionalidad, la Corte declaró

---

196 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 8.

197 Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo) párr. 141 (1999).

198 Ibíd., párr. 138.

199 Ibíd.

200 Corte Interamericana, Tribunal Constitucional (Fondo), párrs. 82-83 (2001).

que el derecho a conocer los cargos contra uno no se limita a procesos penales, sino que se extiende al ámbito administrativo.[201]

ii) El derecho al tiempo adecuado para la preparación de la defensa

En teoría, el Comité de Derechos Humanos destaca la importancia del derecho a tener tiempo suficiente para la preparación de la defensa. En el caso Henry, manifestó lo siguiente:

> (…) el Comité reitera su jurisprudencia que dice que el derecho de una persona acusada a disponer del tiempo y de los medios suficientes para la preparación de su defensa es un aspecto importante del principio de igualdad de armas. Cuando cabe la posibilidad de condena a la pena capital, hay que dar al acusado y su defensor tiempo suficiente para preparar la defensa. Para determinar lo que constituye "tiempo suficiente" hay que evaluar las circunstancias particulares de cada caso.[202]

No obstante, en la práctica la protección otorgada a este derecho por la jurisprudencia es limitada. En el caso Reid, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el plazo de diez minutos era manifiestamente insuficiente para preparar la defensa de un caso de homicidio y que el juez debió darse cuenta de eso.[203] El Comité llegó a la misma conclusión en el caso Little, en el cual el defensor se reunió con el acusado por primera vez media hora antes del juicio, y en el caso Smith, en el que el defensor dispuso de cuatro horas para prepararse a fin de defender al acusado.[204] En ambos casos el delito era sancio-

---

[201] Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein c. Perú (Fondo), párrs. 104, 106 y 110 (2001).

[202] Corte Interamericana, caso Henry (N.) c. Jamaica, párr. 7.5 (1998).

[203] Comité de Derechos Humanos, caso Reid (G.W.) c. Jamaica, párr. 13.1 (1994).

[204] Comité de Derechos Humanos, caso Little c. Jamaica, párrs. 8.3-8.4 (1991); Smith c. Jamaica, párr. 10.4 (1993).

nado con la pena de muerte, y en los dos casos el plazo inadecuado afectó la posibilidad de presentar testigos de descargo. El Comité llegó a la misma conclusión en su reciente decisión en el caso Teesdale con respecto al nombramiento del defensor el mismo día del proceso, sin analizar las consecuencias del escaso tiempo de preparación y sin mencionar si el defensor había pedido aplazamiento del proceso.[205]

En el caso Phillip, el defensor fue nombrado un viernes para representar al acusado en un juicio oral el lunes. La defensora carecía de experiencia y la acusación era sancionada con la pena de muerte; la defensora pidió al juez que aplazara el juicio o que se le permitiera retirarse del caso, porque no estaba preparada para defenderlo. En tales circunstancias, el Comité de Derechos Humanos concluyó que la negación del aplazamiento vulneraba los incisos b) y d) del párrafo 3 del artículo 14.[206] La solicitud de un aplazamiento parece ser un elemento vital en la jurisprudencia del Comité sobre esta garantía. Hay muchos casos en los cuales el Comité ha concluido que los plazos muy exiguos de preparación no fueron incompatibles con el derecho a tiempo suficiente porque los defensores no solicitaron un aplazamiento al tribunal. En el mimo caso Henry, el Comité observó: "Lo expuesto ante el Comité no demuestra que ni el letrado ni el [acusado] se hayan quejado a la juez de que el tiempo para preparar la defensa no era suficiente. Si el letrado o el [acusado] no se sentían bien preparados, les incumbía pedir un aplazamiento."[207]

La jurisprudencia interamericana sobre el tema, que no es extensa, aplica criterios muy distintos. En el caso del Tribunal Constitucional, por ejemplo, una comisión de investigación inicialmente dio a tres magistrados el plazo de 48 horas para preparar su defensa ante

---

205 Comité de Derechos Humanos, caso Teesdale c. Jamaica, párr. 9.4 (2002).

206 Comité de Derechos Humanos, caso Phillip c. Trinidad y Tobago, párr. 7.2 (1998). Véase también Reid (C.) c. Jamaica, párrs. 4 y 11.3 (1990) (aplazamiento denegado cuando el letrado encuentra al acusado por primera vez el primer día del juicio oral).

207 Comité de Derechos Humanos, caso Henry (N.) c. Jamaica, párr. 7.5 (1998).

una acusación. A petición de los acusados, el plazo se amplió a una semana.[208] No obstante, la Corte Interamericana expresó la opinión de que "El plazo otorgado para ejercer la defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cualquier imputado."[209]

iii) El derecho a los medios adecuados para la preparación de la defensa

En su Observación General No. 13 el Comité de Derechos Humanos señala que el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa incluye el derecho de "acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa." La jurisprudencia sobre el alcance de esta garantía no es extensa. En el caso Yaseen y Thomas, el Comité confirmó que la desaparición de los diarios, libretas de apuntes y registros de la policía relativos a la investigación de los hechos, que posiblemente contenían pruebas de utilidad para la defensa, representaba una violación de los incisos b) y e) del tercer párrafo del PIDCP.[210]

Según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, no es necesario traducir al idioma del acusado, un extranjero, toda la documentación relativa al caso cuando su defensor tiene acceso a ésta y puede pedir la traducción de lo que considera necesario.[211] Si el acusado tiene acceso a los documentos pertinentes que obran en los archivos de la policía, no tiene derecho a recibir copias gratis.[212]

---

[208] Corte Interamericana, caso Tribunal Constitucional (Fondo), párr. 80.

[209] Ibíd., párr. 83.

[210] Comité de Derechos Humanos, caso Yaseen y Thomas c. Guyana, párr. 7.10.

[211] Comité de Derechos Humanos, caso Harward c. Noruega, párrs. 9.4-9.5 (1994).

[212] Comité de Derechos Humanos, caso O.F. c. Noruega, párr. 5.5 (1984).

La CIDH ha señalado que la realización de procesos colectivos puede ser incompatible con el derecho de preparar y presentar una defensa adecuada.[213]

5.12 El derecho a presentar testigos y contrainterrogar testigos de cargo

El derecho de un acusado a "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo" está plasmado en el artículo 14.3 e) del PIDCP. El artículo 8.2 f) de la Convención consagra el "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos."

La jurisprudencia universal sobre este derecho es condicionada por la doctrina que considera que el Estado normalmente no tiene responsabilidad por las decisiones del abogado. En el caso Collins, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el Estado no era responsable por la decisión del defensor de no llamar a declarar a dos testigos que estaban presentes en la audiencia.[214] En el caso Compass, el Comité indicó que, si bien el artículo 14.3 e) consagra el derecho a contrainterrogar testigos, "no impide a la defensa renunciar a su derecho a efectuar el contrainterrogatorio de un testigo de la acusación durante el proceso."[215] Cabe destacar que, en este caso, el testigo había sido contrainterrogado durante las audien-

---

[213] CIDH, informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, p. 181 (1981) (procesos que sindicaban 66 y 202 acusados).

[214] Comité de Derechos Humanos, caso Collins (W.) c. Jamaica, párr. 8.5 (1991). Véase también Pratt y Morgan c. Jamaica, párr. 13.2 (1989); Prince c. Jamaica, párr. 8.2 (1992); Perera c. Australia, párr. 6.3 (1995); Kelly (P.A.) c. Jamaica, párr. 9.3 (1996).

[215] Comité de Derechos Humanos, caso Compass c. Jamaica, párr. 10.3 (1993).

cias preliminares y fue ésta la declaración que se aceptó como prueba en el plenario, cuando el testigo estaba ausente del país. Asimismo, en un caso relativo al derecho a presentar testigos de descargo, el Comité concluyó que el Estado no había incumplido con esta garantía al permitir al plenario continuar en ausencia de un testigo que había sido citado a solicitud de la defensa, cuado el defensor indicó que no objetaba la continuación del proceso.[216] Al interpretar esta decisión conviene tener presente que quien no compareció no era testigo presencial de los hechos.

La jurisprudencia también está condicionada, en cierta forma, por la presunción de que la forma como un juez ejerce su discreción sobre la admisibilidad y relevancia de una prueba no es violatoria del debido proceso. Como bien ha señalado el Comité de Derechos Humanos, el artículo 14.3 e) no confiere un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo a petición del acusado o de su abogado.[217]

En los últimos años el Comité de Derechos Humanos ha adoptado una serie de decisiones importantes indicando situaciones que sí llegan a constituir violaciones de esta garantía. El caso Grant trata de la ausencia de un testigo de coartada quien no pudo participar en el juicio por falta de transporte. El juez había pedido a la policía ponerse en contacto con el testigo a fin de asegurar su participación, lo que se hizo, pero sin facilitarle transporte. El Comité consideró que, en tales circunstancias, el Estado tenía la obligación de suspender el juicio y ordenar la comparecencia del testigo y proporcionarle transporte. El incumplimiento de estos deberes significaba que el Estado tenía responsabilidad en la ausencia del testigo y, por tanto, había incurrido en una violación del artículo 14.3 e).[218] En el caso Peart se

---

[216] Comité de Derechos Humanos, caso Peart y Peart c. Jamaica, párr. 11.3 (1995).

[217] Comité de Derechos Humanos, caso Gordon c. Jamaica, párr. 6.3 (1992); C.B.D. c. Países Bajos (decisión de un tribunal de segunda instancia de no citar a un testigo que había declarado en primera instancia); P.J.N. c. Países Bajos, párr. 4.3 (1993).

[218] Comité de Derechos Humanos, caso Grant c. Jamaica, párr. 8.5 (1994).

negó al defensor copia de una declaración hecha por el principal testigo de cargo delante de la policía la noche de los hechos. La declaración culpó a otra persona del delito, hecho que la defensa descubrió después de que la condena había sido confirmada en segunda instancia. El Comité de Derechos Humanos consideró que la privación de la declaración "obstaculizó gravemente la defensa en su examen del testigo" produciéndose una violación del artículo 14.3 e).[219] La decisión en el caso García Fuenzalida es otro ejemplo. En un juicio por violación, el tribunal negó la solicitud de la defensa de realizar pruebas de semen y sangre del acusado. Siendo dichas pruebas "de crucial importancia", la negativa del tribunal vulneró el artículo 14.3 e).[220] En una decisión adoptada en 1998, el Comité parece adoptar una posición más flexible en cuanto a la relevancia de las pruebas denegadas a la defensa. En el caso Yaseen y Thomas, el Comité declaró que la pérdida de documentos por la policía en el transcurso de la investigación de un delito y que "podían contener elementos potencialmente exculpatorios" constituyó una violación de esta garantía, puesto que su pérdida "quizá haya entorpecido la preparación de la defensa (…)". [221] El Estado no había ofrecido explicación alguna de la desaparición de los documentos solicitados por la defensa.

La cuestión de saber si la denegación de una solicitud o propuesta de la defensa en esta materia vulnera la garantía contenida en el apartado e) del párrafo 3 depende en primer lugar de la relevancia del testigo o la prueba. En el caso Wright, el Comité de Derechos Humanos consideró que el rechazo de la solicitud no era incompatible con esta garantía, porque "no era evidente" que la declaración del testigo, que no tenía conocimientos de los hechos materiales de la acusación, hubiese ayudado a la causa del acusado.[222] En otros

---

[219] Comité de Derechos Humanos, caso Peart y Peart c. Jamaica, párr. 11.5.

[220] Comité de Derechos Humanos, caso García Fuenzalida c. Ecuador, párr. 9.5 (1996).

[221] Comité de Derechos Humanos, caso Yaseen y Thomas c. Guyana, párr. 7.10 (1998).

[222] Comité de Derechos Humanos, caso Wright (C.) c. Jamaica, párr. 8.5 (1992).

casos, la decisión del tribunal a no acceder a una solicitud de la defensa es sopesada a la luz del principio de igualdad. En el caso Párkányi, por ejemplo, se trató de la decisión del tribunal de no citar a un testigo cuya declaración la defensa consideraba importante, pero que el tribunal no consideró necesario. El Comité estimó que no se había sustanciado una violación del artículo 14.3 e) porque no se había demostrado que el tribunal hubiera tratado en forma diferente los testigos de cargo y de descargo.[223]

Por último, cabe recordar que las interferencias con las pruebas de parte de la policía también vulneran el derecho a debido proceso, aunque las irregularidades de esta índole no siempre se examinan desde la perspectiva de esta garantía específica. En el caso Collins, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos calificó la intimidación de testigos de descargo como violaciones del derecho a un juicio justo y de la presunción de inocencia.[224]

El sistema interamericano también tiene una valiosa jurisprudencia sobre esta garantía. En el caso Castillo Petruzzi, la Corte Interamericana consideró violatoria de esta garantía la legislación que prohibía el interrogatorio a los agentes de la policía y del ejército, quienes habían participado en las diligencias de investigación y cuyas declaraciones fundamentaron la acusación.[225] En la misma sentencia, la Corte declaró que una condena "en última instancia con base en una prueba nueva, que el abogado defensor no conocía ni pudo contradecir", también violaba esta garantía.[226] En el caso Ivcher Bronstein, la Corte concluyó que no ofrecer a una persona la oportunidad de someter documentación ni testigos que acreditaran su posición en un asunto era violatorio de su derecho al debido proceso.[227] Cabe destacar que esta conclusión se refiere a un asunto

---

223 Comité de Derechos Humanos, caso Párkányi c. Hungría, párr. 8.5 (1992).

224 Comité de Derechos Humanos, caso Collins (W.) c. Jamaica, párr. 8.4 (1992).

225 Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo), párrs. 153-156 (1999).

226 Ibíd., párr. 140.

227 Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein c. Perú (Fondo), párrs. 104, 106 y 110 (2001).

tramitado por una autoridad administrativa. En el caso del Tribunal Constitucional, la Corte consideró violatorio del artículo 8 de la Convención privar a los acusados de la oportunidad de "contrainterrogar a los testigos en cuyos testimonios se habían basado los congresistas para iniciar el procedimiento de acusación constitucional y concluir con la consecuente destitución."[228]

En el caso Salinas, la CIDH concluyó que la denegación sistemática de pruebas testimoniales ofrecidas por la defensa así como de una solicitud de prueba de inspección ocular, bajo el pretexto de considerarlas "innecesarias", configuró una violación del debido proceso.[229] En el caso Figueredo Planchart, la CIDH hizo hincapié en que la garantía plasmada en el artículo 8.2 d) se aplica no sólo al plenario sino también al sumario, al menos cuando la libertad del acusado está en juego.[230]

Para recapitular, se puede afirmar que por lo general la jurisprudencia internacional reconoce violaciones del derecho de la defensa a presentar pruebas en tres situaciones, a saber: a) cuando la naturaleza de la prueba parece haber sido de crucial importancia para la resolución de las cuestiones bajo consideración; b) cuando existe un patrón de denegación sistemática de las ofertas y solicitudes de parte de la defensa, y c) cuando se pone de manifiesto un desequilibrio entre las partes violatorio del principio de igualdad en esta materia.[231]

5.13 La igualdad de las partes

El principio contradictorio de la igualdad procesal es de fundamental importancia. Esto se destaca en la redacción del artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que comienza

---

228 Corte Interamericana, Tribunal Constitucional (Fondo), párr. 83 (2001).

229 CIDH, caso Salinas y otros c. Perú, pp. 121-122 (de la versión en inglés) (1994).

230 CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párrs. 112 y 128 (2000).

231 Comité de Derechos Humanos, caso Gordon c. Jamaica, párr. 6.3 (1992) (sobre la relevancia del principio de igualdad entre las partes).

con las palabras "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia (…)". Asimismo, el primer párrafo del artículo 14 del PIDCP comienza con la frase "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia." Tan vital es este principio que se reafirma en la parte introductoria del párrafo 3, en la cual se enumeran las garantías del debido proceso penal: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas." Otra alusión se encuentra en el apartado de este mismo párrafo relativo a las pruebas, que insiste en el derecho de la defensa a "obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo." La Convención Americana reconoce la importancia de este principio para el debido proceso penal en el artículo 8.2 que reza: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas." Estas referencias son, desde luego, adicionales a las disposiciones que reconocen la igualdad de las personas como principio general del derecho internacional de los derechos humanos, entre ellos los artículos 2 y 26 del PIDCP y los artículos 1 y 24 de la Convención Americana. (Sobre el tema de la igualdad de las personas véase el Capítulo 15.)

No obstante el carácter fundamental de este principio, la jurisprudencia que reconoce violaciones al mismo no es voluminosa. En su decisión en el caso Morael, relativo a un proceso civil, el Comité de Derechos Humanos hizo hincapié en que "el requisito de la igualdad de las armas [y] el respeto del juicio contradictorio" son elementos intrínsecos del debido proceso, aplicables a todo proceso judicial.[232] El principio de igualdad fue determinante en una decisión reciente relativa a un juicio sobre el derecho a una pensión de invalidez. Un tribunal había rechazado una prueba documental ofrecida por el reclamante –un informe psicológico– porque, aunque la

---

[232] Comité de Derechos Humanos, caso Morael c. Francia, párr. 9.3 (1989) (los hechos comprobados no configuraron ninguna otra violación del debido proceso). Véase también Wolf c. Panamá, párr. 6.6 (1992).

ley no fijó un plazo para este efecto, consideraba que la aceptación de la prueba solamente dos días antes de la celebración de las audiencias perjudicaría a la parte demandada. El razonamiento del Comité fue el siguiente:

> El Comité ha tomado nota del argumento presentado por el Estado Parte de que el tribunal consideró que de admitir el informe dos días antes de la vista la otra parte sería obstaculizada sin causa razonable en la sustanciación de los procedimientos. Sin embargo, el Comité toma nota de que el derecho procesal aplicable a la vista del caso no establecía un plazo determinado para la presentación de los documentos. En consecuencia, era obligación del Tribunal de Apelación, que no estaba vinculado por ningún plazo predeterminado, asegurar que cada parte pudiese impugnar las pruebas documentales que la otra parte hubiese presentado o desease presentar y, de ser necesario, suspender las actuaciones. Al no existir la garantía de la igualdad de condiciones entre las partes respecto de la presentación de pruebas para los fines de la vista del caso, el Comité determina que se ha cometido una violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto. [233]

En otro caso de carácter civil, el Comité de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que el tribunal había resuelto las demandas y los recursos presentados por una parte en forma más ágil que los formulados por la otra, y que dicho trato preferencial configuró una violación del principio de igualdad.[234]

En una decisión relativa a un juicio penal, el Comité concluyó que proseguir con el plenario en ausencia de un abogado que defendiera al acusado había violado este principio. El Comité sustentó su decisión en las observaciones siguientes:

---

[233] Comité de Derechos Humanos, caso Jansen-Gielen c. Países Bajos, párr. 8.2 (2001). Véase también Äärelä c. Finlandia, párr. 7.4 (2002).

[234] Comité de Derechos Humanos, caso Fei c. Colombia, párrs. 8.4-8.6.

> La negativa del tribunal de la causa a ordenar un aplazamiento para que el autor pudiese procurarse representación judicial, en circunstancias que ya se habían concedido varios aplazamientos cuando no se había podido ubicar a los testigos de cargo o cuando no había sido posible prevenirlos, suscita dudas acerca de la imparcialidad y de la igualdad ante los tribunales. El Comité es de opinión de que ha habido violación del párrafo 1 del artículo 14 debido a la desigualdad de los medios de que dispusieron las partes.[235]

Excepcionalmente, la manipulación de las pruebas en un proceso penal puede producir un desequilibrio tan importante que se considera violatorio de este principio. El caso Campbell, en el cual la policía coaccionó a un niño a declarar contra su padre, es un ejemplo.[236]

El principio de igualdad de las partes debe respetarse en todas las fases del proceso. En el caso Figueredo Planchart, la CIDH concluyó que este principio se había vulnerado durante el sumario porque "Igualmente, dicho tribunal violó el derecho del inculpado a la igualdad procesal, por cuanto fue interrogado en presencia del fiscal mientras al mismo tiempo se excluyó a su abogado defensor."[237]

El principio de igualdad se aplica no sólo al desarrollo de los procesos sino también al acceso a la justicia (véase el Capítulo 6).

5.14 El derecho a hallarse presente

En su reciente decisión en el caso Rodríguez Orejuela, el Comité de Derechos Humanos confirmó que los procedimientos penales escritos no son compatibles con el artículo 14 del PIDCP. La decisión señala al respecto que "(…) para satisfacer los derechos de la defensa garantizados en el párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, especial-

---

[235] Comité de Derechos Humanos, caso Robinson (F.) c. Jamaica, párr. 10.4 (1989). Véase también Domukovsky y otros c. Georgia, párr. 18.9 (1998).

[236] Comité de Derechos Humanos, caso Campbell c. Jamaica, párr. 6.4 (1992).

[237] CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 128 (2000).

mente los enunciados en los apartados d) y e), todo proceso penal tiene que dar al acusado el derecho a una audiencia oral, en la cual se le permita comparecer en persona o ser representado por su abogado y donde pueda presentar pruebas e interrogar a los testigos."[238]

El derecho del inculpado a hallarse presente durante un juicio penal no es absoluto, según la doctrina y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos. Los juicios de un acusado en rebeldía pueden estar justificados, excepcionalmente, como señala la Observación General No. 13, "Cuando excepcionalmente y por razones justificadas se celebren juicios ***in absencia*** es tanto más necesaria la estricta observancia de los derechos de la defensa."[239] En el caso Mbenge el Comité declaró que:

> En realidad, las actuaciones ***in absentia*** son admisibles en algunas circunstancias (por ejemplo, cuando el acusado aunque informado de las actuaciones con suficiente anticipación, renuncia a ejercer su derecho a estar presente) en beneficio de una buena administración de justicia. Sin embargo, el ejercicio efectivo de los derechos que figuren en el artículo 14 presupone que se tomen las medidas necesarias para informarse con anticipación al acusado de las actuaciones iniciadas contra él (art. 14, párr. 3 a). Los procesos ***in absentia*** requieren que, pese a la comparencia del acusado, se hagan todas las notificaciones para informarle de la fecha y lugar de su juicio y para solicitar su asistencia. De otra forma, el acusado, en especial, no dispondrá del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 14, párr. 3 b), no podrá defenderse por medio de defensor de su elección (art. 14, párr. 3 d), ni tendrá oportunidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados (art. 14, párr. 3 e).[240]

---

238 Comité de Derechos Humanos, caso Rodríguez Orejuela c. Colombia, párr. 7.3 (2002).

239 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 11.

240 Comité de Derechos Humanos, caso Mbenge c. Zaire, párr. 14.1 (1983).

241 Comité de Derechos Humanos, caso Maleki c. Italia, párr. 9.4 (1999).

No se puede presumir que el abogado nombrado de oficio para representar al acusado en rebeldía le haya informado del proceso, según la jurisprudencia del Comité.[241] Una violación de este derecho puede ser remediada por el reconocimiento del derecho del condenado a regresar al país para un nuevo proceso.[242]

La escasa jurisprudencia sobre el derecho del acusado detenido a estar presente en el plenario en primera instancia indica que este derecho es casi absoluto. En un caso, el Comité de Derechos Humanos concluye que "el Estado Parte no ha demostrado que tomó todas las medidas razonables para que los autores estuviesen presentes en todo momento en el juicio, pese a su presunta conducta perturbadora."[243]

La jurisprudencia relativa a las audiencias ante tribunales de alzada es distinta de aquélla sobre el derecho a estar presente en el plenario. Tradicionalmente, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos establece que el reo tiene derecho a no hallarse presente, siempre que esté adecuadamente representado en la audiencia.[244] En este contexto, la jurisprudencia reconoce el derecho del acusado a recibir oportunamente notificación sobre la fecha de una audiencia en alzada, a fin de poder consultar con su representante.[245] Asimismo, se reconoce su derecho a estar informado si un defensor de oficio considera que un recurso de apelación carece de méritos, a fin de poder obtener los servicios de otro letrado o, eventualmente, representarse personalmente en la audiencia de segunda instancia.[246]

---

242 Ibíd., párr. 9.5.

243 Comité de Derechos Humanos, caso Domukovksy y otros c. Georgia, párr. 18.9 (1998) (la naturaleza de la conducta del acusado no está clara: él reconoció haber dado la espalda al tribunal; el Estado declaró también que se había apoderado del arma de fuego de un guardia durante una audiencia). Véase también Wolf c. Panamá, párr. 6.6 (1992).

244 Comité de Derechos Humanos, caso Gordon c. Jamaica, párr. 6.2 (1992); Werenbeck c. Australia, párrs. 3.7 y 9.10 (1997).

245 Comité de Derechos Humanos, caso Thomas (A.) c. Jamaica, párr. 11.5 (1992).

246 Comité de Derechos Humanos, caso Campbell c. Jamaica, párr. 6.6 (1992).

No obstante, en 1994 el Comité reconoció el derecho a un juicio oral en segunda instancia, cuando se hacía necesario proceder a una nueva evaluación de las pruebas.[247] Aunque no hay jurisprudencia al respecto, cabe presumir que cuando hay juicio oral con el examen de testigos en segunda instancia, el acusado tiene derecho a estar presente.

La CIDH ha declarado que la extradición de una persona condenada en rebeldía en otro país no configura en sí violación de ningún derecho consagrado por la Convención Americana. A diferencia de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos antes mencionada, la decisión de la CIDH no se refiere a la previa notificación del acusado como requisito para la validez de la condena en rebeldía, si no que toma en cuenta que la extradición se llevó a cabo de conformidad con un tratado de extradición y se refiere en términos generales a los recursos disponibles en el país solicitante.[248] En el caso Oviedo, la CIDH consideró que la negativa de un acusado detenido a participar en un juicio no configura una violación del debido proceso, cuando fue representado por un defensor de oficio.[249]

5.15 El derecho a un intérprete

El derecho del acusado que no comprende o no habla el idioma del tribunal a ser asistido gratuitamente por un intérprete está reconocido por el PIDCP y por la Convención Americana. La disposición pertinente de la Convención es más amplia que la del PIDCP, al reconocer también el derecho a un traductor, si fuera necesario.

En su Comentario General sobre el artículo 14 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha expresado que "Este derecho (…) se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Tiene impor-

---

[247] Comité de Derechos Humanos, caso Karttunen c. Finlandia, párr. 7.3 (1992).

[248] CIDH, caso Tajudeen c. Costa Rica, párrs.17- 18 (1992).

[249] CIDH, caso Oviedo c. Paraguay, párr. 31 (1999).

tancia básica cuando la ignorancia del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión pueden constituir un obstáculo principal al derecho de defensa." En una serie de casos, el Comité ha insistido en los límites de este derecho. En uno de ellos, comentó lo siguiente:

> El requisito de un juicio con las debidas garantías tampoco obliga a los Estados Partes a proporcionar servicios de interpretación a una persona cuya lengua materna no sea el idioma oficial del Tribunal si esa persona puede expresarse adecuadamente en el idioma oficial y comprender ese idioma. Sólo es obligatorio proporcionar servicios de interpretación si al acusado o a los testigos de descargo les resulta difícil comprender el idioma del Tribunal o expresarse en ese idioma.[250]

El Comité de Derechos Humanos ha mantenido esta interpretación aún cuando en un caso concreto al acusado se le negó el derecho de emplear uno de los idiomas oficiales del país.[251]

Parece lógico deducir que el acusado que solicita la comparecencia de testigos de descargo que no comprenden o no hablan el idioma del tribunal también tiene derecho a que estas personas cuenten con un intérprete. La CIDH considera que toda declaración de una persona que no comprende o no habla adecuadamente el idioma en el cual ésta le es tomada, carece de valor.[252] La CIDH también ha subrayado que el derecho a un intérprete o a un traductor es tan fundamental que debe ser respetado desde el inicio del sumario.[253]

---

[250] Comité de Derechos Humanos, caso Cadoret y otros c. Francia, párr. 5.6 (1991). Véase también Guesdon c. Francia, párr. 10.2 (1990).

[251] Comité de Derechos Humanos, caso C.E.A. c. Finlandia, párr. 6.2 (1991).

[252] CIDH, Informe Miskito, pp. 110-111 (1981).

[253] Ibíd.

5.16 El derecho de apelación

i) Alcance y contenido de la garantía

El párrafo 5 del artículo 14 del PIDCP dispone que "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley." El artículo 8.2 h) de la Convención Americana dispone que toda persona acusada de un delito "tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior." En su Observación General No. 13, el Comité de Derechos Humanos aclara que, a pesar del uso de la palabra "delito" en la versión española del PIDCP, esta "garantía no se limita tan sólo a las infracciones más graves."[254] En el caso Salgar de Montejo, el Comité concluyó que esta garantía era aplicable a una condena de un año de prisión, no obstante su calificación de "contravención" en el derecho interno.[255]

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el contenido y alcance de esta garantía ha tenido un desarrollo importante durante la última década. En primer lugar, se adoptó una jurisprudencia que dispone que, aunque el artículo 14.5 sólo obliga al Estado a reconocer el derecho a una revisión en segunda instancia, si el ordenamiento interno establece instancias adicionales, una persona declarada culpable en primera instancia "debe tener acceso efectivo a cada una de ellas."[256] Luego, en el caso Reid, el Comité hace otro aporte importante sobre el contenido de esta garantía, en la observación siguiente:

---

[254] Comité de Derechos Humanos, Información General No. 13, párr. 17.

[255] Comité de Derechos Humanos, caso Salgar de Montejo c. Colombia, párr. 10.4 (1982).

[256] Comité de Derechos Humanos, caso Henry c. Jamaica, párr. 8.4 (1991); Little c. Jamaica, párr. 8.5 (1991); Bailey c. Jamaica, párr. 7.4 (1999).

> (…) el Comité recuerda que en el párrafo 5 del artículo 14 se establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. El Comité considera que, si bien las modalidades de la apelación pueden diferir según el ordenamiento jurídico interno de cada Estado parte, con arreglo al párrafo 5 del artículo 14 todo Estado parte tiene la obligación de reexaminar en profundidad el fallo condenatorio y la pena impuesta. En el caso presente, el Comité considera que las condiciones de la desestimación de la solicitud de permiso para apelar del Sr. Reid, sin motivación y sin fallo escrito, constituyen una violación del derecho garantizado en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.[257]

En una decisión adoptada al año siguiente el Comité de Derechos Humanos recalcó que, si bien el artículo 14.5 no requiere un juicio ***de novo***, es necesaria una evaluación de "las pruebas presentadas durante el juicio [en primera instancia] y de la forma en que se desarrolló ésta."[258] En el caso Lumley, el Comité determinó que una decisión en segunda instancia que otorga o deniega una audiencia no es incompatible con la garantía plasmada en el artículo 14.5, siempre que esta decisión se base en "una revisión completa de la condena y de la sentencia, es decir, tanto por lo que respecta a las pruebas como por lo que se refiere a los fundamentos de derecho (…)".[259] En el caso Gómez, otra decisión adoptada en 1999, el Comité profundizó su jurisprudencia sobre este particular:

> No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados ínte-

---

[257] Comité de Derechos Humanos, caso Reid c. Jamaica, párr. 14.3 (1992).
[258] Comité de Derechos Humanos, caso Perera c. Australia, párr. 6.4 (1995).
[259] Comité de Derechos Humanos, caso Lumley c. Jamaica, párr. 7.3 (1999).

> gramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente (…) limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto.[260]

No proporcionar al interesado las actas necesarias para la revisión de una sentencia vulnera en forma indirecta esta garantía.[261] En el caso Robinson, el Comité de Derechos Humanos expresó: "a fin de que se haga efectivo el derecho a revisar la condena, el Estado Parte debe (…) de preservar la suficiente cantidad de pruebas materiales que permitan efectuar dicha revisión (…)".[262] No obstante, la pérdida de una prueba documental únicamente vulnera esta garantía "si redunda en detrimento del derecho del condenado a que se revise la condena, es decir, cuando la prueba sea indispensable para la revisión."[263] Según la decisión del Comité en el caso Karttunen, existe el derecho a un juicio oral ante el tribunal de apelación en dos circunstancias. Primero, cuando este procedimiento es necesario para permitir una nueva evaluación de todas las pruebas presentadas por las partes, y segundo, cuando es necesario para determinar si las irregularidades ocurridas en la primera instancia han afectado la sentencia.[264]

En el caso Morael, el Comité de Derechos Humanos manifestó que el derecho al debido proceso no permite "la agravación de ofi-

---

[260] Comité de Derechos Humanos, caso Gómez c. España, párr. 11.1 (2000). Véase también Domukovsky y otros c. Georgia, párr. 18.11 (1998).

[261] Comité de Derechos Humanos, caso Little c. Jamaica, párr. 8.5 (1991); Lumley c. Jamaica, párr. 7.5; Morrison c. Jamaica, párr. 8.5 (1999). No obstante, en el caso Bailey c. Jamaica el Comité consideró que la entrega de "notas" de la sentencia era suficiente para preparar el recurso de apelación, párr. 7.5 (1999).

[262] Comité de Derechos Humanos, caso Robinson (M.) c. Jamaica, párr. 10.7 (2000).

[263] Ibíd.

[264] Comité de Derechos Humanos, caso Karttunen c. Finlandia, párr. 7.3 (1992).

cio de penas" por tribunales de apelación, pero la jurisprudencia sobre este planteamiento es escasa.[265]

En el sistema interamericano también existe una importante jurisprudencia sobre este derecho. En el caso Castillo Petruzzi, la Corte Interamericana hizo unas observaciones sobre el derecho a ser oído en segunda instancia y las características de las instancias de apelación. La sentencia establece lo siguiente:

> Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él.[266]

En este sentido, la Corte Interamericana confirmó un pronunciamiento anterior de la CIDH que estableció lo siguiente:

> Si bien es cierto que la garantía del debido proceso parece referirse fundamentalmente a la fase de sustanciación en primera instancia del juicio o de comprobación de la incriminación o exculpación del acusado, la cabal observancia del principio del debido proceso abarca todas las etapas subsiguientes de apelación o revisión ante los tribunales superiores, por cuanto es ante los mismos donde esos vicios se corrigen. Como celosos custodios de la majestad de la justicia, los tribunales que conocen una apelación o un pedido de revisión deben examinar no sólo el fundamento del recurso sino también constatar si se han observado las normas del debido proceso, incluso respeto a irregularidades no denunciadas.[267]

---

[265] Comité de Derechos Humanos, caso Morael c. Francia, párr. 9.3 (1989).
[266] Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo), párr. 161 (1999).
[267] CIDH, caso López Aurelli y otros c. Argentina, párr. 18 (1990).

En el caso de La Tablada, la CIDH calificó el derecho de apelación como "un aspecto esencial" del debido proceso, agregando que: "El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa."[268] El objetivo de la garantía se describe así:

> La Comisión considera que este recurso, establecido en favor del inculpado, le permite proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía, y de la aplicación correcta de la ley penal.[269]

Con respecto al alcance de la garantía, la CIDH consideró lo siguiente:

> La Comisión observa que el artículo 8.2.h se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formal. En este sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, de normas de Derecho que determinen la parte resolutiva de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referen-

---

[268] CIDH, caso La Tablada, párr. 252 (1997).

[269] Ibíd., párr. 259.

> tes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas.
>
> De lo expuesto surge que el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal del fallo y de todos los autos procesales importantes por un tribunal superior. Dicha revisión resulta especialmente relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva, incluyendo la legalidad de la prueba. El recurso debería constituir igualmente un medio relativamente sencillo para que el tribunal de revisión pueda examinar la validez de la sentencia recurrida en general, e igualmente controlar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso.[270]

En el caso concreto, la CIDH concluyó que el único recurso disponible no cumplía con estos requisitos, por las razones siguientes:

> De lo expuesto, se entiende que el recurso extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema. (…) [N]o abarca la revisión del procedimiento, y (…), en la práctica, (…) no permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la idoneidad y legalidad de la prueba, ni permite examinar la validez de la sentencia recurrida con relativa sencillez. Es un recurso de extensión, limitado y extraordinario, de restringida procedencia, por lo que no satisface la garantía del inculpado a impugnar la sentencia.[271]

En el caso Figueredo Planchart, la CIDH recalcó que "Este derecho no establece excepciones de ninguna naturaleza" ni siquiera para juicios políticos sustanciados ante el más alto tribunal del país.[272]

---

[270] Ibíd., párrs. 261-262.

[271] Ibíd., párr. 269.

[272] CIDH, caso Figueredo Planchart, párrs. 129, 131 (2000).

ii) La asistencia letrada y la representación eficaz

El derecho a beneficiarse de representación eficaz mediante un defensor letrado se aplica a todas las etapas de los procesos penales.[273] Tratándose de un defensor de oficio, la representación eficaz requiere que el acusado sea informado oportunamente de su identidad. En decisiones adoptadas hace una década, el Comité de Derechos Humanos indicó que el acusado debe tener una adecuada oportunidad de consultar con el defensor sobre la preparación del recurso de apelación, un aspecto que reviste particular importancia cuando el acusado es preso. En el caso Collins, el Comité de Derechos Humanos hizo el siguiente análisis de los hechos:

> El Comité observa además con preocupación que no se notificó al autor con la suficiente antelación la fecha en que se vería su apelación y que ese retraso comprometió sus posibilidades de preparar su apelación y de consultar con el abogado designado por el tribunal, cuya identidad desconoció hasta el día mismo de la vista. Sus posibilidades de preparar la apelación se vieron frustradas además por el hecho de que la vista de la solicitud de autorización para apelar, a la cual no se le permitió asistir, se consideró como la propia apelación. En esas circunstancias, el Comité considera que ha habido violación de los apartados b) y d) del párrafo 3 del artículo 14.[274]

No obstante, algunas decisiones más recientes arrojan dudas sobre el alcance o la vigencia de dichos antecedentes. En una decisión adoptada en 1997, el Comité de Derechos Humanos concluyó que no se había vulnerado este derecho cuando las actas del proceso demostraron que el abogado defendió cabalmente la causa de su

---

[273] Comité de Derechos Humanos, caso Collins c. Jamaica, párr. 8.2 (1993).

[274] Ibíd. Véase también Comité de Derechos Humanos, caso Thomas (A.) c. Jamaica, párr. 11.5 (1992).

cliente, a pesar de no haber consultado con él.[275] En su decisión en el caso Teesdale, el Comité declaró lo siguiente:

> Además, el autor afirma que fue privado de una apelación efectiva porque estuvo representado por un abogado que nunca le consultó y a quien el autor no tuvo ocasión de dar instrucciones. A este respecto el Comité considera que las apelaciones se argumentan sobre la base del expediente y que corresponde al abogado utilizar su juicio profesional en presentar la base para la apelación y decidir si pedir instrucciones al inculpado. No se puede pedir responsabilidades al Estado Parte por el hecho de que el abogado no haya consultado al autor de la comunicación. En las circunstancias del presente caso, el Comité estima que no ha habido violación del apartado d) del párrafo 3 y del párrafo 5 del artículo 14 en relación con la apelación del autor.[276]

Cuando un defensor consulta con su cliente pero no le comunica que piensa informar al tribunal de alzada que el recurso carece de fundamentos, el examen del recurso sin la participación de un abogado que defienda la causa de su cliente vulnera los apartados b) y d) del tercer párrafo del artículo 14. En esta circunstancia, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, el tribunal tiene la obligación de informar al reo de este hecho y ofrecerle la oportunidad de obtener los servicios de otro defensor.[277] La jurisprudencia no es muy clara con respecto a casos en los cuales el acusado no logra obtener los servicios de otro letrado para representarlo en apelación. En el caso Hill, el Comité concluyó que la decisión del tribunal de no examinar los meritos del recurso porque los abogados

---

[275] Comité de Derechos Humanos, caso Lewis (N.) c. Jamaica, párr. 8.4 (1997) (al reo se le había informado la fecha de la audiencia en este caso).

[276] Comité de Derechos Humanos, caso Teesdale c. Trinidad y Tobago, párr. 9.7 (2002).

[277] Comité de Derechos Humanos, caso Kelly (P.A.) c. Jamaica, párr. 9.5 (1996); Steadman c. Jamaica, párr. 10.3 (1997); Smith y Stewart c. Jamaica, párr. 7.2 3 (1999).

consultados por los reos concluyeron que carecía de méritos, configuró una violación del artículo 14.5.[278] En el caso Robinson, el Comité concluyó que cuando al acusado le informaron que su representante consideró que no existían fundamentos para recurrir y rehusó preparar un recurso, la denegación de permiso para recurrir no vulneraba ni el artículo 14.3 d) ni el artículo 14.5 cuando el acusado no consiguió otro defensor para encargarse del asunto.[279] Una posible explicación de la aparente discrepancia entre la decisión en el caso Hill y la del caso Robinson es que el primero se trataba de la revisión en segunda instancia, mientras que el caso Robinson se trataba de un recurso ante la Cámara de los Lores, posterior a la revisión de la sentencia por el Tribunal de Apelaciones.

En principio, cuando un preso condenado es representado adecuadamente en la audiencia en segunda instancia no tiene derecho a estar presente[280] (véase la sección 5.14).

5.17 El derecho de la persona a ser oída sin demora

i) La jurisprudencia universal

El artículo 14.3 c) del PIDCP consagra el derecho del acusado de un delito "A ser juzgado sin dilaciones indebidas." La Convención Americana reconoce esta garantía como elemento básico del debido proceso legal, aplicable a procesos judiciales de toda clase. El primer párrafo del artículo 8 establece:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, indepen-

---

[278] Comité de Derechos Humanos, caso Hill y Hill c. España, párrs. 3.7 y 14.3 (1997).

[279] Comité de Derechos Humanos, caso Robinson (M.) c. Jamaica, párr. 10.6 (2000).

[280] Comité de Derechos Humanos, caso Gordon c. Jamaica, párr. 6.2 (1993).

> diente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

A primera vista esta diferencia entre los dos instrumentos es significativa, pues el PIDCP no reconoce el derecho a ser oído sin demora sino en el contexto de juicios penales y, como se vio en el Capítulo 4, en los recursos para tutelar la libertad personal. No obstante, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos considera esta garantía aplicable a procesos de otra índole, como se indica en la sección 4.5.

La Observación General No. 13 confirma que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas se aplica a "todas las fases del proceso", o sea "tanto en primera instancia como en apelación." En cuanto a las fases de investigación y sumario, la garantía plasmada en el artículo 14 está respaldada por la consagrada por el tercer párrafo del artículo 9, que establece el derecho de una persona detenida a "ser juzgada dentro de un plazo razonable o puesta en libertad." La jurisprudencia sobre esta garantía, resumida en el Capítulo 4, indica que, por regla general, las demoras de más de año y medio pueden considerarse incompatibles con el derecho a ser juzgado o puesto en libertad condicional.[281] La complejidad del caso, el número y disponibilidad de los testigos y la eventual necesidad de obtener pruebas de otra índole son factores que hay que tomar en cuenta para determinar si una demora debe considerarse "indebida".[282]

La jurisprudencia sobre demoras en procesar a acusados en libertad es escasa. En un caso, el Comité de Derechos Humanos concluyó que la demora de siete años en la investigación y juicio de un acusado en dos procesos en primera instancia era violatoria del artícu-

---

[281] Véanse las decisiones del Comité de Derechos Humanos, casos MacLawrence c. Jamaica (1997) y Morrison (E.) c. Jamaica (1998), entre otros.

[282] Comité de Derechos Humanos, caso Hill y Hill c. España, párr. 12.4 (1997); Sextus c. Trinidad y Tobago, párr. 7.2 (2001).

lo 14.3 c) cuando el Estado "no ha aducido razón especial que pudiera justificar ese retraso".[283] En otra decisión, el Comité consideró que una demora de dos años y medio entre la acusación y el inicio del juicio en plenario en un caso de homicidio había sido violatoria del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, en ausencia de explicaciones de parte del Estado.[284] En este caso, el acusado estaba privado de libertad, pero en razón de una condena por otro delito.

En el sistema universal hay algunas decisiones específicamente sobre la duración de las demoras durante la fase de apelación. En el caso Thomas el Comité de Derechos Humanos consideró que, en ausencia de una explicación, una demora de 23 meses entre la condena y la audiencia en segunda instancia había sido violatoria del artículo 14.3 c) así como del artículo 14.5.[285] En el caso Rogerson, el Comité llegó a la misma conclusión con respecto a una demora de casi 24 meses entre la sentencia en primera instancia y la confirmación de la decisión por el tribunal de apelación.[286] Otras decisiones relativas a demoras de 25 y 27 meses entre la condena y la sentencia en segunda instancia llegan a la misma conclusión.[287] Ahora bien, demoras de esta magnitud y más no son violatorias del PIDCP cuando la responsabilidad principal incumbe al abogado defensor.[288]

El derecho a ser juzgado sin demoras indebidas debe respetarse también en el recurso a una tercera instancia. En ciertos países, el recurso al tribunal más alto debe estar acompañado de la sentencia razonada o las actas del tribunal de segunda instancia, de manera

---

283 Comité de Derechos Humanos, caso Paraga c. Croacia, párr. 9.7 (2001).

284 Comité de Derechos Humanos, caso Morrison (E.) c. Jamaica, párr. 22.3 (1998).

285 Comité de Derechos Humanos, caso Thomas (M.) c. Jamaica, párr. 6.2 (1997).

286 Comité de Derechos Humanos, caso Rogerson c. Australia, párr. 9.3 (2002).

287 Comité de Derechos Humanos, caso Smith y Stewart c. Jamaica, párr. 7.4 (1999); Bennett c. Jamaica, párr. 10.5 (1999), respectivamente.

288 En el caso Francis, el Comité de Derechos Humanos concluyó que una demora de 51 meses no era violatoria del derecho a una revisión en segunda instancia sin demora indebida, cuando el tribunal de instancia falló cinco meses depués de recibir el recurso. Francis y otros c. Trinidad y Tobago, párr. 5.5 (2002).

que una demora en la entrega de dichos documentos obstaculiza o imposibilita el acceso a la última instancia. En el caso Pratt y Morgan, el Comité de Derechos Humanos concluyó que una demora de tres años y nueve meses en la entrega de tales documentos vulneró los párrafos 3 c) y 5 del artículo 14, a pesar de que la decisión del tribunal de última instancia eventualmente confirmó la condena de los acusados.[289] En otro caso, una demora de dos años y medio en espera de una decisión de la corte de casación fue considerada violatoria de esta garantía, sobre todo cuando al final de este periodo el reo tuvo que abandonar el recurso para obtener la libertad condicional.[290] La demora entre un fallo que anula una condena y ordena un nuevo juicio, y el inició de éste debe conformarse con el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. Una demora de tres años y diez meses, durante la cual el acusado permaneció detenido, vulnera tanto el artículo 9.3 como el artículo 14.3 c), según una decisión del Comité.[291]

ii) La jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia interamericana sobre la duración de la detención preventiva y su compatibilidad con el derecho del acusado que está detenido a "ser procesado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad", a tenor del artículo 7.5 de la Convención Americana, se analizó en el Capítulo 4. La doctrina interamericana también hace hincapié en el derecho a un proceso ágil en cuanto elemento del derecho a un recurso, lo que ha generado una amplia jurisprudencia sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los dere-

---

289 Comité de Derechos Humanos, caso Pratt y Morgan c. Jamaica, párrs. 13.4 y 13.5 (1989).

290 Comité de Derechos Humanos, caso García Fuenzalida c. Ecuador, párr. 9.6 (1996).

291 Comité de Derechos Humanos, caso Shalto c. Trinidad y Tobago, párr. 7.2 (1995).

chos humanos a una pronta investigación penal de las mismas. Esta jurisprudencia se analiza en el Capítulo 6, dedicado al derecho a un recurso. El enfoque de la presente sección se centra en el derecho a un juicio sin demoras en cuanto garantía de la defensa en procesos penales y otros procesos sancionatorios.

En el caso Firminech, la CIDH consideró que la compatibilidad con el artículo 7 de la Convención de una detención prolongada preventiva debe analizarse a la luz de tres factores, a saber: la duración de la detención, la naturaleza y gravedad de los hechos delictivos y las "dificultades o problemas judiciales" que afectaron la instrucción de la causa (véase el Capítulo 4). La decisión, adoptada en 1988, se inspiró en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. En dos sentencias adoptadas en 1997, la Corte Interamericana reafirma y reformula esta doctrina, señalando que "se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales."[292] Este marco analítico derivado de la jurisprudencia europea se aplica tanto al artículo 7.5 como al artículo 8.1, así como a procesos de toda índole.

En el caso Giménez, la CIDH elabora un análisis del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y la relación entre las disposiciones de los artículos 7 y 8, que merece citarse en extenso:

> Los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana persiguen justamente el propósito que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes.

---

[292] Corte Interamericana, caso Suárez Rosero (Fondo), párr. 72 y Genie Lacayo (Fondo), párr. 77 (cabe señalar que en este caso la Corte no aplicó dicha doctrina en cuanto elemento de los derechos de la defensa, sino para evaluar las demoras en un proceso destinado a determinar responsabilidades por una violación de los derechos humanos).

> Aunque se inspiran en el mismo principio, ambas disposiciones no son idénticas en sus referencias a lo que constituye un plazo razonable. Un atraso que constituya violación de la disposición del artículo 7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1. La especificidad del artículo 7.5 radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. La posibilidad que el Estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan de libertad a los acusados. El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7 y el artículo 8 difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso. El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio.
>
> El tiempo razonable para la duración del proceso, según el artículo 8, debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. A diferencia del derecho establecido en el artículo 7.5, las consideraciones envueltas en la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento son más flexibles, por la razón obvia de que en el caso del artículo 7.5 el encarcelamiento del procesado afecta su derecho a la libertad personal.[293]

En un caso concreto, la CIDH concluyó que la prolongación de un proceso por dos cargos de robo y hurto por más de cinco años sin sentencia firme era violatoria del derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro del plazo razonable que establece el artículo 8.1.[294] La demora consistía en cuatro años y dos meses entre la detención y condena en primera instancia, más 15 meses adicionales hasta la sentencia del tribunal de apelación.[295]

---

[293] CIDH, caso Giménez c. Argentina, párrs. 109-111 (1996).

[294] Ibíd., párr. 112.

[295] Ibíd., párr. 2-3.

En el caso Gallardo Rodríguez, la CIDH reafirmó la jurisprudencia del caso Firminech en el sentido de que no es posible establecer criterios abstractos sobre lo que constituye un plazo razonable, sino que hay que formarse una apreciación basada en el conjunto de las circunstancias relevantes. En particular, la CIDH destacó la relevancia de "la complejidad del litigio" y la conducta procesal de las partes.[296] En un proceso por malversación, enriquecimiento ilícito y destrucción de propiedad perteneciente al ejército, la CIDH concluyó, sin entrar en un análisis pormenorizado de la complejidad de los cargos, que un plazo de dos años y medio era manifiestamente más que suficiente para completar la instrucción.[297] El hecho de que la defensa hubiera dilatado el proceso hasta cierto punto no afectaba esta conclusión, porque dicha demora "no es directamente proporcional al largo tiempo que ha transcurrido sin obtener sentencia."[298]

En una decisión sobre cuatro casos contra Jamaica, la CIDH concluyó que las demoras de más de dos años previas al inicio del plenario son, ***prima facie,*** irrazonables.[299] En estos casos el número de testigos era pequeño, los hechos materiales no eran particularmente complejos y no constaba ninguna información de particular relevancia relativa a la actividad procesal de las partes.[300] En esas circunstancias, la CIDH concluyó que tales demoras habían sido violatorias tanto del artículo 7.5 como del artículo 8.1.[301] En otra decisión adoptada el mismo año, la CIDH llegó a una conclusión idéntica con respecto a demoras de 26 meses entre la detención y el juicio en primera instancia, en aplicación del artículo XXV de la Declaración Americana.[302]

---

296 CIDH, caso Gallardo Rodríguez c. México, párr. 54 (1996). Véase el Capítulo 4 para la jurisprudencia en el caso Firminech c. Argentina.

297 Ibíd., párr. 57.

298 Ibíd., párr. 106.

299 CIDH, caso Lamey y otros c. Jamaica, párrs.183-184 (2001) (esta parte del análisis se basa, en parte, en la jurisprudencia del Comité, y parece evidenciar una voluntad de asegurar la armonía de las dos jurisprudencias).

300 Ibíd., párrs. 186-187.

301 Ibíd., párr. 188.

302 CIDH, caso Edwards y otros c. Las Bahamas, párrs. 216-125 (2001).

La reciente decisión de la CIDH en el caso Levoyer Jiménez subraya la relevancia de esta garantía para causas penales que queden en suspenso. La víctima, acusada de narcotráfico, enriquecimiento ilícito, conversión de bienes y testaferrato estuvo detenida preventivamente durante cinco años, al cabo de los cuales fue sobreseída provisionalmente y excarcelada. La legislación permitía la reapertura de la causa durante un plazo de cinco años más, en caso de encontrar nuevas pruebas. Cuando la CIDH pronunció su decisión habían transcurrido casi tres años. La decisión destaca que uno de los objetivos del reconocimiento del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en cuanto derecho de todo acusado y no solo derecho del detenido, es tutelar la seguridad jurídica de la persona.[303] La demora de casi ocho años "excede en mucho el principio de razonabilidad", sobre todo tomando en cuenta que la acusada había sido sobreseída.[304]

5.18 El principio de legalidad (*Nullum crimen sine lege*)

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana reafirman el principio de legalidad en términos sustancialmente idénticos, estableciendo que: "Nadie será condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos (…)". En contraste, el artículo XXV de la Declaración Americana prohíbe la privación de libertad por motivos y procedimientos "no establecidos por leyes pre-existentes".[305] La formulación empleada por la Declaración Americana es más amplia, en el sentido de que se aplica a toda privación de libertad, sea por razones de índole penal u otra, mientras que la fórmula empleada

---

[303] CIDH, caso Levoyer Jiménez, párr. 90 (2001).

[304] Ibíd., párr. 95.

[305] Véase el Capítulo 4 sobre la aplicación retroactiva de leyes que afectan sentencias.

por los demás instrumentos se aplica a toda "condena", aún cuando la pena no sea privativa de libertad.[306]

La fórmula empleada por los tratados y la Declaración Universal de Derechos Humanos tiene la ventaja de indicar claramente que lo que se prohíbe no es tan sólo la aprobación de una ley con efecto retroactivo, sino también la ampliación del contenido de tipos penales con efecto retroactivo. El Comité de Derechos Humanos confirmó esta interpretación en una serie de decisiones sobre condenas por afiliación a un partido político ilegal. Si bien la ley aplicada estaba vigente en el momento de los hechos, las condenas fueron consideradas violatorias del PIDCP porque el partido en cuestión era legal durante el periodo de afiliación de los condenados.[307]

La Corte Interamericana ha desarrollado una jurisprudencia importante sobre este principio. En el caso Castillo Petruzzi, declaró:

> La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos

---

306 Cabe señalar que el Comité de Derechos Humanos ha advertido que el significado en el derecho interno de vocablos como "pena" y "condena" tiene relevancia limitada, ya que tales disposiciones de la normativa internacional deben interpretarse a la luz de sus propios objetos y propósitos. Van Duzen c. Canadá, párr. 10.2 (1982).

307 Comité de Derechos Humanos, caso Weinberger c. Uruguay, párrs. 2 y 16 (1980); Petraroira c. Uruguay, párrs. 13.2 y 17 (1981).

> ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.[308]

El principio de legalidad es vulnerado no sólo cuando la legislación contiene tipos penales que no permiten distinguir entre conducta legal e ilegal, sino también cuando establece tipos penales que no permiten diferenciar entre un delito y otro, al menos cuando las consecuencias relativas a la naturaleza del foro competente a los procedimentos aplicables y a las penas son importantes.[309]

En el caso Baena Ricardo, la Corte Interamericana reconoció la aplicabilidad del principio de legalidad a procesos administrativos. La sentencia dice al respecto:

> En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.[310]

Los defectos de la ley fueron descritos de la manera siguiente:

> En lo que concierne al principio de legalidad, la Ley 25 sólo contenía un concepto muy amplio e impreciso sobre posibles conductas ilícitas, cuyas características específicas no se establecían puntualmente, y que sólo se caracterizaban bajo el concepto de participación en actos contrarios a la democracia y el orden constitucional.[311]

---

308 Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo), párr. 121 (1999).

309 Ibíd., párrs.119-122; Cantoral Benavides (Fondo), párrs. 155-158 (2000).

310 Corte Interamericana, caso Baena Ricardo (Fondo), párr. 107.

311 Ibíd., párr. 108 (la ley prohibía textualmente toda "participación" en "acciones contra la Democracia y el Orden Constitucional", párr. 110).

Adicionalmente, la ley fue aplicada en forma retroactiva. La decisión considera la aplicación de la ley violatoria de esta garantía no sólo porque fue aplicada a hechos acontecidos antes de su aprobación, sino también porque la decisión de calificar los paros que motivaron el despido de los trabajadores de "atentatorios contra la democracia y el orden constitucional" se tomó después de los despidos de la mayoría de las víctimas.[312]

La normativa establece una excepción a la prohibición de la aplicación retroactiva del derecho penal, con el propósito de permitir el castigo de conductas consideradas delictivas según el derecho internacional.[313] Con la aprobación y entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la nómina de delitos reconocidos por el derecho internacional aumentó de manera significativa.[314] Estos delitos incluyen actualmente el genocidio, un número importante de delitos de lesa humanidad y una serie de crímenes de guerra (arts. 6, 7 y 8). Los delitos de lesa humanidad comprenden asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y traslado forzoso de población; la "privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional", la tortura, violación y otras formas graves de violencia sexual; la desaparición forzada; la persecución de un grupo político, racial, nacional, étnico, religioso o una minoría sexual, y "otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física", cuando son cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (art. 7).

---

312 Ibíd., párrs. 136 y 114.

313 El PIDCP dedica el segundo párrafo del artículo 15 a esa excepción, mientras la Convención Americana la reconoce implícitamente en el artículo 9 mediante la expresión "el derecho aplicable".

314 El Estatuto de Roma fue aprobado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor en los Estados Partes el 1° de julio de 2002.

5.19 *Non bis in idem*

El principio de ***non bis in idem,***[315] a veces llamado ***res judicata***, ha sido incorporado a la normativa internacional por medio del artículo 14(7) del PIDCP y del artículo 8(4) de la Convención Americana. Sin embargo, estos dos instrumentos definen este principio de diferente manera. El PIDCP reconoce el derecho de toda persona condenada o absuelta por sentencia firme a no ser sometida a un nuevo proceso, mientras que la Convención Americana consagra este derecho como propio de las personas absueltas. Otra diferencia en la forma de abordar este principio por estos dos instrumentos consiste en que, mientras que el PIDCP prohíbe que una persona sea procesada dos veces por el mismo delito, la Convención Americana utiliza la fórmula "los mismos hechos", que parece ser más amplia que la formulación del PIDCP.

El Comité de Derechos Humanos indica que este principio no prohíbe la reanudación de un proceso, la que puede estar justificada en circunstancias excepcionales.[316] En el caso Terán Jijón, el Comité indicó que la detención preventiva y acusación en sí no conforman una violación, sino se procede a la celebración de un juicio.[317] En este caso, el Comité consideró que no se había vulnerado el artículo 14.7 porque los tribunales nacionales reconocieron que la segunda acusación estaba basada en los mismos hechos examinados en una causa anterior, y desestimaron la acusación antes de la apertura del plenario. La jurisprudencia del Comité también establece que este principio no impide a un Estado juzgar a un individuo por el mismo delito por el cual ya fue juzgado por los tribunales de otro Estado.[318]

---

[315] La Corte Interamericana emplea esta ortografía, mientras que el Comité de Derechos Humanos emplea *ne bis in idem.*

[316] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 19.

[317] Comité de Derechos Humanos, caso Terán Jijón c. Ecuador, párr. 5.4 (1992).

[318] Comité de Derechos Humanos, caso A.P. C. Italia, párr. 7.5 (1988).

La jurisprudencia interamericana sobre este principio es más extensa. En su sentencia en el caso Loayza Tamayo, la Corte Interamericana indicó que la aplicabilidad del principio depende de la naturaleza y los fundamentos de la decisión adoptada en el primer proceso. Sobre este particular la sentencia dice:

> La Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra "absolución", sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.
>
> De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana.[319]

En el caso de Alan García, la CIDH hizo el siguiente análisis de los elementos constitutivos del principio:

> El artículo 8 de la Convención Americana en su inciso 4 consagra la garantía del ***non bis in idem*** al establecer que "el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".
>
> (…) A los efectos de la aplicación de este principio al caso concreto es preciso analizar el significado de los conceptos "imputado absuelto" y "sentencia firme" (…)
>
> La Convención Americana al establecer "imputado absuelto" implica aquella persona que luego de haber sido imputada de un delito ha sido

---

[319] Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo (Fondo), párrs. 76-77 (1997).

> declarada exenta de responsabilidad, ya sea porque la absolución se produzca por haberse demostrado su inocencia, por no haberse probado su culpabilidad o por haberse determinado la falta de tipificación de los hechos denunciados.
>
> La Comisión considera que la expresión "sentencia firme" en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, "sentencia" debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y "sentencia firme" como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada.[320]

En el caso bajo consideración se había declarado "la no apertura de la instrucción y ordenó el archivo definitivo de la causa fundado en la falta de tipificación penal de los hechos denunciados." La CIDH consideró que:

> (…) a diferencia de otros supuestos de desistimiento de la denuncia –por razones de carácter procesal, por ejemplo–, cuando la declaración de no apertura de la instrucción se funde en la inexistencia de tipificación penal de los hechos denunciados, la resolución que así lo establezca adquirirá el carácter de inmutable. En efecto, para el caso que un tribunal declare en una oportunidad que un individuo no está sujeto a la pretensión punitiva del Estado por inexistencia de tipificación penal de los hechos denunciados, no será posible que luego otro tribunal, invocando los mismos hechos, pueda sostener que son constitutivos de delito.[321]

En una decisión más reciente, la CIDH indicó que "El carácter 'firme' lo adquieren las sentencias contra las cuales ya no procede

---

[320] CIDH, caso García c. Perú, p. 105 (de la versión en inglés) (1994).

[321] Ibíd.

ningún recurso ordinario ni extraordinario."[322] La CIDH también conoció un caso en el cual una persona fue procesada por el mismo cargo y con base en los mismos hechos paralelamente ante dos tribunales.[323] Según la CIDH, se incurrió en una violación del principio cuando el acusado fue sobreseído en uno de los procesos y el otro tribunal omitió cerrar la causa. Una segunda violación se produjo cuando este tribunal condenó a la acusada.[324]

5.20 Procedimientos relativos a la modificación de una sentencia

En los procesos penales el derecho al debido proceso se aplica tanto a la determinación de la responsabilidad penal como a la determinación de la pena. La mayor parte de la jurisprudencia sobre esta cuestión ha sido desarrollada sobre casos relativos a la pena capital y, por tanto, se analiza en el Capítulo 1. Existe también una jurisprudencia, aunque no extensa, que reconoce que el debido proceso es aplicable a procedimientos judiciales o administrativos que pretenden anular una condena firme o modificar una sentencia, es decir, procedimientos que son posteriores a la fase de apelación y, por tanto, no forman parte del proceso.

Una parte de la jurisprudencia sobre este tema se origina en la ley adoptada por un país que reducía el alcance de la pena de muerte, sin abolirla. La ley tenía dos consecuencias: para ciertos delitos la pena capital dejó de ser aplicable y para otros delitos dejó de ser obligatoria convirtiéndose en facultativa. La ley tenía aplicación retroactiva, lo que obligó a las autoridades a celebrar audiencias en ambos casos. Los presos condenados por delitos para los cuales la pena de muerte había llegado a ser discrecional, tenían derecho a una

---

322 CIDH, caso Oviedo c. Paraguay, párr. 34 (1999).

323 CIDH, caso Garcés Valladares c. Ecuador, párr. 94 (1999).

324 Ibíd., párr. 98.

audiencia para determinar si la pena de muerte debía ser conmutada a pena de prisión, y los presos condenados por delitos que ya no eran castigados con la pena capital tenían derecho a una audiencia para determinar la fecha cuando podían solicitar la libertad condicional. En el caso Bailey, el Comité de Derechos Humanos dictaminó que la toma de una decisión sobre la modificación de una sentencia sin la participación del preso era incompatible con el derecho al debido proceso, en particular los párrafos 1 y 3 d) del artículo 14.[325]

5.21 El derecho de los adolescentes infractores a un trato especial

Tanto el PIDCP como la Convención Americana reconocen no sólo el derecho genérico del niño a una protección, sino también su derecho a un trato especial cuando es detenido o acusado de una infracción de carácter penal. El PIDCP reconoce el derecho del menor acusado a "ser llevado ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento", y requiere que en "el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social (apartado b) del párrafo 2 del art. 10 del PIDCP y párrafo 4 del art. 14 de la Convención Americana). La Convención Americana reconoce, además, el derecho del niño a ser llevado ante tribunales especializados (párrafo 5 del artículo 5 de la Convención Americana).

El artículo 40 de la Convención sobre los derechos del niño establece un catálogo de los derechos de los adolescentes acusados de infracciones, similar al artículo 14.3 del Pacto Internacional y al artículo 8.2 de la Convención Americana.[326] El artículo 1 de la Con-

---

[325] Comité de Derechos Humanos, caso Bailey c. Jamaica, párr. 7.5 (1999).

[326] Cabe recordar que mientras los artículos 14.1 y 8.2 se refieren al debido proceso, el artículo 40 de la Convención sobre los derechos del niño concierne

vención sobre los derechos del niño establece que "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Tanto la normativa universal como la interamericana establecen que la pena de muerte no debe ser impuesta nunca a personas menores de 18 años de edad, lo que permite inferir que estas personas no deben ser castigadas como si fueran adultas.[327] No obstante, hasta la fecha no hay jurisprudencia universal que reconozca el derecho a un trato especial en materia penal por todo delito cometido por una persona menor de 18 años de edad. En el sistema interamericano sí hay jurisprudencia y doctrina que adopta esta interpretación, como se verá más adelante.

Por otra parte, es un principio fundamental del derecho internacional de los derechos de la niñez que los niños pequeños no tienen responsabilidad legal por hechos delictivos (apartado A) del párrafo 3, artículo 40 de la Convención Americana y Regla 4 de las Reglas de Beijing). Si bien no hay consenso sobre la edad mínima que justifica la imposición de una responsabilidad legal atenuada, sí hay un acuerdo muy amplio de que dicha responsabilidad no debe imponerse a los niños que todavía no han alcanzado la adolescencia. De manera que el sistema especializado para "menores infractores" –término generalmente considerado despectivo– es en esencia y de hecho un sistema para adolescentes acusados de infracciones.

---

exclusivamente a la justicia aplicable al niño acusado de una infracción. El derecho del niño a ser oído en procedimientos judiciales y administrativos de otra índole está consagrado por el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño, en términos muy diferentes de los de los artículos 14.1 del PIDCP y 8.1 de la Convención.

327 La jurisprudencia reciente de la Comisión Interamericana reconoce la existencia de una norma de derecho consuetudinario que prohíbe la imposición de la pena de muerte a toda persona menor de 18 años de edad en el momento de la comisión de un delito. Domínguez c. Estados Unidos, presentado en la parte del Capítulo 1 relativa a la pena de muerte.

El primer párrafo del artículo 40 de la Convención sobre los derechos del niño establece los principios generales que deben inspirar y orientar todo este sistema, de la siguiente manera:

> Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

El segundo párrafo del artículo 40 reafirma y, en algunos casos, adapta las garantías del debido proceso reconocidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Se consagra expresamente la presunción de inocencia: el derecho a ser informado sin demora de los cargos en contra, el derecho a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley; el derecho a no ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable; el derecho a hacer interrogar a los a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; el derecho a revisión de la sentencia; el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete en caso de necesidad, y el derecho a la intimidad. El inciso ii) reconoce el derecho de todo adolescente acusado de una infracción a "asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa." El tercer párrafo reconoce la obligación de desarrollar sistemas de justicia especializados, en particular de establecer "una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capaci-

---

[328] La Regla 13.1, sobre la detención privativa, utiliza esta fórmula textualmente. También fue reafirmada en la primera de las Reglas para la protección de menores privados de libertad, adoptadas por la ONU en 1990 (véase el Capítulo 2).

dad para infringir las leyes penales", y mecanismos de "remisión" que permitan adoptar medidas en casos sin recurrir a procedimientos judiciales (apartados a) y b), respectivamente, el apartado b) se inspira de la Regla 11 de las Reglas de Beijing).

Otro principio fundamental del derecho internacional de los derechos del niño es que la privación de libertad "se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda." Codificado por el párrafo a) del artículo 37 de la Convención Americana, este principio fue reconocido inicialmente en las Reglas de Beijing, adoptadas en 1985.[328] La Regla 17.1, relativa a las medidas impuestas a adolescentes infractores, establece una serie de directrices que ayudan a la interpretación de este principio general, entre ellas las siguientes:

b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;
c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;
d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

El párrafo cuarto del artículo 40 de la Convención sobre los derechos del niño prevé justamente la creación de un abanico de programas y facilidades que permitan la socialización o recuperación de infractores sin recurso a la privación de libertad, cuando sea posible.

En 1999 la Corte Interamericana profirió una sentencia de gran importancia, conocida como el "caso de los Niños de la Calle".[329] Tratándose de la desaparición, tortura y ejecución extrajudicial de un grupo de jóvenes, la sentencia aborda tangencialmente el tema de las garantías procesales de los adolescentes frente a la justicia.

---

[329] También conocido como Villagrán Morales y otros (Fondo) (2000).

No obstante, la sentencia afirma que: "Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.[330] La cita es de la Regla 26.1 de las Reglas de Beijing, y la referencia a éstas como fuente confirma su relevancia en la interpretación de las normas convencionales sobre las garantías del debido proceso de adolescentes frente a la justicia.

El mismo año la CIDH adoptó una decisión sobre los derechos y las garantías de los adolescentes frente a la justicia, en un caso conocido como "Menores detenidos (Honduras)". La decisión establece lo siguiente:

> Con respecto al juzgamiento de los menores, hemos dicho antes que el artículo 5(5) de la Convención [Americana] establece la obligación específica de llevar a los menores "ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento". En otras palabras, esta disposición establece el deber de crear una magistratura especializada en infracciones cometidas por personas menores de 18 años, que sea la única competente para juzgar a los menores.
>
> A criterio de la Comisión, esta disposición recoge una de las principales normas de derecho internacional en materia de Derechos de la Infancia, cual es la prohibición de juzgar a niños como adultos. Ello implica que el sistema penal de la justicia de menores debe tener un campo de aplicación mucho más limitado que el del derecho penal común, dada la obligación que establece el artículo 19 de la Convención, de otorgar al niño una protección especial.[331]

---

[330] La sentencia cita también las Reglas para la protección de menores privados de libertad, párr. 197.

[331] CIDH, caso Menores detenidos c. Honduras, párrs. 99 y 101.

La decisión también confirma la importancia del principio del último recurso a las medidas impuestas a adolescentes infractores. Refiriéndose al artículo 37 b) de la Convención sobre los derechos del niño, y a las disposiciones antes mencionadas de las Reglas de Beijing, la CIDH comenta:

> De éstas y otras normas de derecho internacional se desprenden algunas reglas claras en relación con el diseño de la política social y el papel subsidiario de la política criminal con respecto a los menores: en primer lugar, el Estado no puede utilizar el ***ius puniendi*** estatal como un mecanismo para obviar o no abordar los problemas sociales que enfrentan los niños. En segundo lugar, el Estado debe limitar la intervención penal al mínimo. Los métodos sancionatorios deben ser el último recurso estatal para enfrentar los más graves hechos de criminalidad. No debe emplearse, por tanto, el ***ius puniendi*** estatal frente a situaciones que no son graves, o que puedan atenderse utilizando otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales del menor.[332]

Estas interpretaciones de la Comisión fueron confirmadas por la Corte Interamericana en una importante Opinión Consultiva adoptada en 2002, denominada "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño".[333] Con respecto al derecho de toda persona acusada de un delito o infracción cometido antes de la edad de 18 a ser procesada –si es que el caso merece ser llevado a la justicia– según procedimientos y principios especiales, la Opinión señala "Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad".[334] Con respecto al segundo tema, la Opinión señala lo siguiente:

---

[332] Ibíd., párr. 116 (véase el Capítulo 4 relativo a la privación de libertad).

[333] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/2002.

[334] Ibíd., párr. 109. La cita es a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso

> La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal "implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales".[335]

La Opinión también hace hincapié en la necesidad de respetar, en todo proceso de un menor acusado de un delito o infracción, la presunción de inocencia, el carácter contradictorio del proceso y el derecho a segunda instancia.[336]

Castillo Petruzzi, párr. 121. Véase también el párr. 11 de la parte declaratoria de la Opinión.

[335] Ibíd., párr. 108. Véase también el párr. 12 de la parte declaratoria de la Opinión.

[336] Ibíd., párrs. 124-131, 132 y 121, respectivamente.

Capítulo 6
El derecho a un recurso efectivo

6.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Artículo XVIII. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 2

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 8. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25. Protección judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

6.2 Normas complementarias

Algunos de los tratados sobre derechos humanos elaborados y adoptados posteriormente al PIDCP y a la Convención Americana reconocen el derecho de las víctimas a un recurso, o la obligación del Estado de investigar las violaciones. La naturaleza y el contenido de estas disposiciones es muy variada. Algunas de las más relevantes son las siguientes:

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) (Convención contra la discriminación racial)

Artículo 6

Los Estados Partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: (…)

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989 (Convenio 169)

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmen-

te o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Convención contra la tortura)

Artículo 12

Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

Artículo 13

Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Artículo 14

1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura

Artículo 8

Los Estados Partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados Partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.

Artículo 9

Los Estados Partes se comprometen a incorporar en sus legislaciones nacionales normas que garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura.

Nada de lo dispuesto en este artículo afectará el derecho que puedan tener la víctima u otras personas de recibir compensación en virtud de legislación nacional existente.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: (…)

g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;

6.3 Consideraciones generales

El derecho a un recurso es de fundamental importancia para la efectividad de los demás derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) ha declarado al respecto:

> Esta disposición [artículo 25] sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.[1]

i) Reseña de la normativa básica pertinente

La normativa internacional sobre el derecho a un recurso está fragmentada. La Declaración Universal de Derechos Humanos contiene dos artículos sobre el tema. El artículo 8 de la Declaración consagra el derecho a un recurso efectivo, en cuanto derecho subjetivo, para violaciones de los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la constitución y la ley. El artículo 10 de la Declaración consagra en forma sencilla el derecho al debido proceso y contiene, al igual que el artículo 14 del PIDCP, una referencia al "derecho de toda persona a ser oída (…) para la determinación de sus derechos y obligaciones (…)". El artículo XVIII de la Declaración Americana establece en términos generales que toda persona "puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos." Enseguida se agrega que la persona "debe disponer" de "un procedimiento sencillo y breve"

---

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), caso Castillo Paez (Fondo), párr. 82 (1997). Reiterado en los casos Suárez Rosero (Fondo), párr. 65 (19977); Blake (Fondo), párr. 102 (1998); Comunidad Mayagna (Fondo), párr. 112 (2001); Ivcher Bronstein (Fondo), párr. 135 (2001).

para violaciones de sus derechos constitucionales cometidas por las autoridades, y precisa que este recurso será de carácter judicial.[2]

Tanto el PIDCP como la Convención Americana contienen dos disposiciones estrechamente vinculadas con el derecho a un recurso. Esas disposiciones son los artículos 2.3 y 14.1 del PIDCP, y los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana. El artículo 14.1 del PIDCP, al igual que el artículo 8.1 de la Convención, se dedica esencialmente al derecho al debido proceso, pero su primer párrafo también consagra el "derecho a ser oído" por los tribunales. Éste comprende el derecho a ser oído "para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil", según el PIDCP, y "para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", según la Convención.

Los artículos 2.3 del PIDCP y 25 de la Convención Americana se dedican al derecho a un recurso. Los artículos 2.3 y 25.2 consagran las obligaciones del Estado con respecto al derecho a un recurso y tienen estructura y contenido similares. La obligación de las autoridades que conocen recursos a pronunciarse sobre los derechos de los recurrentes está plasmada en el inciso b) del artículo 2.3 del PIDCP y en el inciso a) del artículo 25.2 de la Convención Americana. La obligación de las demás autoridades de cumplir con las decisiones adoptadas sobre dichos recursos está consagrada por el inciso c) del artículo 2.3 del PIDCP y el inciso c) del artículo 25.2 de la Convención. Los incisos b) de los artículos 2.3 y 25.2 reconocen la obligación del Estado de desarrollar recursos de carácter judicial.

La diferencia fundamental entre el artículo 2.3 de PIDCP y el artículo 25 de la Convención está en el primer párrafo del artículo 25, que consagra el derecho sujetivo del individuo a un recurso. No hay disposición similar en el artículo 2 del PIDCP, que se limita reconocer las obligaciones del Estado. Otra diferencia significativa se refie-

---

[2] A diferencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) consagra el derecho al debido proceso únicamente en cuanto derecho del acusado (art. XXVI).

re al alcance del recurso previsto. Mientras que el artículo 2.3 se refiere a la obligación de proporcionar un recurso para violaciones de los derechos y las libertades consagrados por el PIDCP, el artículo 25.1 consagra el derecho a un recurso para violaciones de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la constitución o las leyes.

El derecho a "igual protección de la ley" consagrado por el artículo 26 del PIDCP viene a colmar las diferencias entre el artículo 2.3 del mismo y 25 de la Convención. Aunque este artículo se dedica esencialmente al principio de la igualdad de las personas y la no discriminación, la jurisprudencia desarrollada por el Comité de Derechos Humanos establece que el concepto de "protección de la ley" incluye el derecho a recurir a los tribunales para la protección de sus derechos, incluyendo aquéllos consagrados por el derecho interno.

ii) La especificidad y complementariedad de los artículos 2.3 y 14.1 del PIDCP

La disposición del PIDCP cuyo objetivo principal es el reconocimiento del derecho a un recurso está contenida en el párrafo tercero del artículo 2. El primer inciso de este párrafo dispone que "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo (…)". Dos características de esta norma llaman la atención. En primer lugar, que su alcance se limita a los derechos y libertades reconocidos por el PIDCP y no por el derecho interno, y en segundo lugar, que no se requiere que el recurso sea judicial, sino sencillamente que sea efectivo.

Los tres incisos del artículo 2.3 emplean fórmulas que se refieren a obligaciones del Estado y evitan las que reconocen expresamente derechos subjetivos. El inciso a) establece la obligación de asegurar que un recurso exista y tenga eficacia; el inciso b) aclara que la autoridad competente tiene la obligación de resolver todo recurso interpuesto, y el inciso c) que las demás autoridades tienen la obligación de cumplir dichas resoluciones. En el esquema del PIDCP, el artículo

2 tiene el objetivo y la función especial de definir las obligaciones genéricas asumidas por los Estados Partes en virtud de la ratificación de este tratado. La primera frase de cada uno de los tres párrafos del artículo 2 consagra un compromiso del Estado: en el primer párrafo se reconoce el compromiso de los Estados de respetar y garantizar los derechos plasmados en el PIDCP, y en el segundo el compromiso de adoptar medidas legislativas y de otra índole para "hacer efectivos" tales derechos. Debe notarse, además, que el artículo 2 se ubica en la Parte II del PIDCP, junto con cuatro artículos más que establecen obligaciones o principios generales.[3] Ninguno de estos artículos consagra un derecho subjetivo.

En la decisión sobre el caso Faneli de 1983, el Comité de Derechos Humanos comentó que "este derecho general de recurso [refiriéndose al artículo 2.3] es accesorio y no puede ser invocado" sino cuando queda establecida una violación de otro derecho consagrado por el PIDCP.[4] En otra decisión adoptada el mismo año, el Comité reconoció una violación del párrafo 3 del artículo 2, junto con otras violaciones del PIDCP.[5] Algunas decisiones más recientes parecen otorgar más importancia al derecho a un recurso eficaz y al artículo 2.3. En un caso en el cual las autoridades responsables de una violación del artículo 25 del PIDCP incumplieron una decisión de una instancia nacional que había ordenado la reintegración de un funcionario a su puesto, el Comité consideró que la comprobada violación del artículo 2 hacía innecesario pronunciarse sobre las posibles violaciones de los artículos 14 y 26.[6] No obstante, la jurispru-

---

[3] El artículo 1 reconoce un derecho colectivo, la libre determinación de los pueblos; el artículo 3, el principio de igualdad de hombres y mujeres; el artículo 4 rige el impacto de estados de emergencia para las obligaciones consagradas por el PIDCP, y el artículo 5 prescribe la aplicación *pro homine* del contenido normativo del PIDCP.

[4] Comité de Derechos Humanos, caso Faneli c. Italia, párr. 13 (1983). Véase también K.L. c. Países Bajos (1981).

[5] Comité de Derechos Humanos, caso Magana c. Zaire, párr. 8 (1983).

[6] Comité de Derechos Humanos, caso Gedumbe c. República Democrática de el Congo, párrs. 5.2 y 5.3 (1997). También hay decisiones recientes que de-

dencia en el sentido de que el Comité sólo examina posibles violaciones del artículo 2 una vez comprobada una violación de otros derechos consagrados por el PIDCP, no ha perdido validez.[7]

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos atribuye gran importancia al artículo 2.3 como base de las recomendaciones que el Comité dirige al Estado responsable de una violación del PIDCP. La competencia del Comité para dirigir a los Estados recomendaciones de esta índole se desprende de la interacción del artículo 2.3 del PIDCP con el artículo 5 del Protocolo Facultativo que establece la competencia del Comité para examinar casos y determinar la existencia de una violación. Cuando el Comité, en ejercicio de la competencia derivada del Protocolo, determina que se ha violado un derecho reconocido por el PIDCP, esta conclusión implica la existencia de una obligación, emanada del artículo 2.3 del PIDCP, de proporcionar

---

muestran la tendencia contraria a obviar violaciones del artículo 2.3. En el caso Gauthier, por ejemplo, las conclusiones del Comité no mencionan una violación del artículo 2.3, a pesar de que el análisis de los hechos materiales se refiere a dicho artículo, y reconoce expresamente que "no existe la posibilidad de recurrir a los tribunales" para impugnar la legalidad de una limitación de la libertad de expresión. Gauthier c. Canadá, párrs. 13.7 y 14 (1999).

[7] Cabe señalar que en algunas decisiones relativas al derecho a la libre determinación, que figura en el artículo primero del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que el Protocolo Facultativo sólo le otorga competencia para conocer violaciones de los derechos plasmados en la Parte III del PIDCP, es decir, los artículos 6 a 27 (agrupación del Lago Lubicon c. Canadá, párr. 32.1, 1990). No obstante, habida cuenta del creciente número de decisiones que reconocen violaciones de los artículos 2 y 3 del PIDCP en conexión con violaciones de derechos consagrados en Parte III del mismo, cabe presumir que esta observación no debe interpretarse literalmente. Asimismo, debe señalarse que el Comité contra la Discriminación Racial sostiene una interpretación distinta con respecto al artículo 6 de la Convención contra discriminación racial, disposición que, al igual que el artículo 2.3 del PIDCP, reconoce la obligación del Estado a proporcionar el recurso sin reconocer expresamente el derecho subjetivo a un recurso. Véase, por ejemplo, Ahmad c. Dinamarca, párr. 8 (2000).

un recurso.[8] Con frecuencia las conclusiones y recomendaciones del Comité incluyen la conclusión de que el Estado tiene una obligación concreta bajo el artículo 2.3 de tomar determinadas medidas para remediar las violaciones constatadas, no obstante que el fondo del caso haya incluido o no alegatos relativos al artículo 2.3.[9]

La referencia al derecho a ser oído, contenida en el primer párrafo del artículo 14, no sólo sirve de introducción a la extensa y pormenorizada nómina de los elementos del debido proceso enumerados en los párrafos 2 a 6, sino también complementa sustancialmente el artículo 2.3. El artículo 14.1 está formulado en términos del derecho subjetivo de la persona y consagra el derecho a un recurso judicial para todos sus derechos, no sólo por violaciones de aquéllos reconocidos por el PIDCP. Habida cuenta de las características especiales del artículo 2.3 mencionadas arriba, la jurisprudencia del Comité sobre posibles violaciones del derecho a un recurso se encuadran casi siempre en la aplicación del párrafo primero del artículo 14.

iii) Observaciones generales sobre la normativa y jurisprudencia interamericanas

El segundo párrafo del artículo 25 de la Convención Americana, como se señala arriba, reproduce varios de los elementos del artículo 2.3 del PIDCP. No obstante, el primer párrafo del artículo 25, que no tiene contraparte en el PIDCP, reconoce expresamente el derecho subjetivo de la persona a un recurso. A diferencia del artículo 2.3 del PIDCP, que obliga al Estado a establecer un recurso eficaz sin precisar la naturaleza del mismo, el artículo 25.1 de la Convención reconoce el derecho a un recurso ante el juez o tribunal competente. Adicionalmente, mientras que el alcance del derecho a un recurso reconocido implícitamente por el artículo 2.2 a) del PIDCP se limita

---

[8] Comité de Derechos Humanos, caso Rodríguez c. Uruguay, párr. 14 (1994).

[9] Véase la decisión excepcional en el caso Rodríguez en la sección 6.5.

a violaciones de éste, el artículo 25.1 de la Convención establece el derecho a un recurso para toda violación de los derechos fundamentales de la persona, incluso los reconocidos por la ley o constitución nacional. Estas características del artículo 25 de la Convención hacen que la jurisprudencia interamericana sobre el derecho a un recurso invariablemente se fundamente tanto en el artículo 8.1 –equivalente del 14.1 del PIDCP– como en su artículo 25.

Otra diferencia importante entre la jurisprudencia universal y la interamericana se refiere a la naturaleza de un recurso idóneo para violaciones de los derechos humanos. Si bien la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce la obligación del Estado de aplicar el derecho penal para sancionar ciertos tipos de violaciones, esta jurisprudencia considera que el derecho a un recurso consiste esencialmente en el derecho de la víctima o su familia a iniciar acciones ante la justicia a fin de restablecer el goce del derecho vulnerado y/o obtener reparación. En contraste, los órganos interamericanos consideran que el incumplimiento por el Estado de la obligación de investigar y sancionar penalmente las violaciones más graves de los derechos humanos vulnera un derecho subjetivo de la víctima o de sus familiares.

iv) Alcance del capítulo

Signo de la importancia del derecho a un recurso es que figure no sólo en los artículos antes mencionados, sino también en los artículos consagrados a la libertad (párr. 4 del art. 9 del PIDCP y párr. 6 del art. 7 de la Convención Americana) y a la libertad de residencia (art. 13 del PIDCP y párr. 6 del art. 22 de la Convención Americana). Estas manifestaciones del derecho a un recurso se analizan en los Capítulos 4 y 7, respectivamente. El derecho de los presos a un recurso para impugnar la constitucionalidad de una condena o sentencia se analiza en el Capítulo 5. Existe una importante jurisprudencia sobre el contenido de la obligación de reparación de las violaciones de los derechos humanos, tema que escapa a los propósitos de la presente obra.

6.4 El derecho a un recurso ante la justicia civil o administrativa

i) La jurisprudencia universal

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el primer párrafo del artículo 14 del PIDCP incluye algunas decisiones sobre el derecho de acceso a la justicia. En el caso Bahamonde la víctima alegó ser objeto de una campaña de persecución por motivos políticos y tribales, que comprendía la detención arbitraria, la confiscación de bienes, el exilio, la privación de pasaporte, el hostigamiento, la intimidación y las amenazas por parte de diversos oficiales del Estado.[10] Las numerosas gestiones judiciales y administrativas emprendidas por el peticionario para reclamar una reparación judicial no habían producido resultado alguno.[11] Frente a esta situación, el Comité concluyó que "el concepto de igualdad ante los tribunales entraña el propio acceso a los tribunales y que una situación en que los esfuerzos de un individuo por presentar sus denuncias a las instancias competentes estén sistemáticamente frustrados contradice las garantías del párrafo 1 del artículo 14." La reacción de los tribunales fue atribuida al control del poder ejecutivo sobre la actuación del poder judicial, lo que configuró otra violación del artículo 14.1 (véase el Capítulo 5).

En el caso Ato de Avellanal, el Comité de Derehos Humanos consideró violatorio del primer párrafo del artículo 14 el rechazo de una demanda presentada a los tribunales por una señora casada, en razón de una disposición del Código Civil que reconocía al esposo como único representante de la propiedad matrimonial.[12] Si bien la decisión se refiere en particular a la cláusula del artículo 14.1 sobre la igualdad de las personas ante los tribunales, es evidente que el

---

[10] Comité de Derechos Humanos, caso Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, párrs. 1 a 3 (1993).

[11] Ibíd., párr. 5.1.

[12] Comité de Derechos Humanos, caso Ato de Avellanal c. Perú, párr. 10.1 (1988).

principio de igualdad fue vulnerado en conexión con el derecho de recurrir a la justicia.

También hay una jurisprudencia incipiente que indica que la promulgación de legislación que modifica la competencia de los tribunales a fin de privarles de competencia sobre determinados tipos de casos puede vulnerar el derecho a un recurso. En el caso Mahuika y otros, el Comité de Derechos Humanos hizo el comentario siguiente:

> [E]l Comité observa que el párrafo 1 del artículo 14 abarca el derecho a acudir al tribunal para la determinación de los derechos y las obligaciones en un pleito. En determinadas circunstancias, cuando un Estado Parte no establece un tribunal competente para determinar [ciertos] derechos y obligaciones, ello puede equivaler a una violación del párrafo 1 del artículo 14 y del párrafo 3 del artículo 2.[13]

En el caso Äärelä, el Comité de Derechos Humanos examinó las consecuencias en el derecho de acceso a la justicia de una legislación sobre las costas de los procesos civiles, y determinó que en ciertas circunstancias dicha legislación puede vulnerar el artículo 14.1 del PIDCP. La parte más pertinente de la decisión establece lo siguiente:

> El Comité considera que una obligación rígida según la ley de cargar las costas a la parte vencedora puede tener un efecto disuasivo sobre las personas que afirmen que sus derechos reconocidos en el Pacto han sido violados que las incapacite para presentar un recurso ante los tribunales. En este caso concreto, el Comité hace observar que los autores eran particulares que denunciaban violaciones de los derechos reconocidos en el artículo 27 del Pacto. En estas circunstancias, el Comité considera que el cargo por el Tribunal de Apelación de una canti-

---

[13] Comité de Derechos Humanos, caso Mahuika c. Nueva Zelandia, párr. 9.11 (no obstante, el Comité concluyó que una ley que tenía tal efecto no era incompatible con el PIDCP, en todas las circunstancias del caso. Véase el Capítulo 5).

> dad importante por concepto de costas, sin un margen discrecional que permitiera tener en cuenta las consecuencias para los autores o su efecto sobre el acceso al tribunal de otros reclamantes en condiciones análogas, constituye una violación de los derechos de los autores reconocidos en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, juntamente con el artículo 2.[14]

ii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

En su Opinión Consultiva OC- 9/87, la Corte Interamericana señaló:

> El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. (…)
>
> De acuerdo con este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a [sic] los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.[15]

Esta doctrina fue aplicada por la Corte Interamericana en 1997 en el caso de una persona desaparecida. La Corte concluyó que, a

---

[14] Comité de Derechos Humanos, caso Äärelä c. Finlandia, párr. 7.2 (2002).

[15] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-9/87, "Garantías judiciales en estados de emergencia", párr. 23.

pesar de las decisiones favorables sobre los recursos de hábeas corpus dictadas por los tribunales competentes, la adulteración del registro de ingreso de detenidos privó al recurso de su eficacia, pues impidió la ubicación y protección de la víctima, configurando así una violación tanto del párrafo 6 del artículo 7, como del artículo 25 de la Convención Americana.[16]

La Corte Interamericana desarrolló su jurisprudencia sobre la eficacia del recurso en el caso Ivcher Bronstein, al establecer lo siguiente:

> Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial.[17]

En el caso concreto, la Corte Interamericana consideró que los tribunales que conocieron los recursos interpuestos por la víctima "no satisficieron los requisitos mínimos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8.1 de la Convención como elementos esenciales del debido proceso legal, lo que hubiera permitido la obtención de una decisión adecuada a derecho", y que además, los recursos "no fueron sencillos y rápidos."[18] Dichas violaciones del artículo 8.1 hicieron que dichos recursos no fueran efectivos, lo que a su vez configuró una violación del artículo 25.1.[19] La Corte llegó a una conclusión semejante en el caso del Tribunal Constitucional, es decir, que la parcialidad del foro y el irrespeto del principio de plazo razonable configuraron una violación del artículo 25.[20]

---

16 Corte Interamericana, caso Castillo Paez (Fondo), párr. 82 (1997).

17 Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein (Fondo), párr. 137 (2001).

18 Ibíd., párrs. 139-140.

19 Ibíd., párr. 142.

20 Corte Interamericana, caso Tribunal Constitucional (Fondo), párrs. 94-97 (2001) (en este caso no hay mención expresa del artículo 8).

En el caso Comunidad Mayagna, la Corte Interamericana concluyó que la ausencia de procedimientos adecuados para la delimitación de las tierras de esta comunidad había resultado en una violación del artículo 25, en conexión con los artículos 1 y 2 de la Convención.[21] Las demoras en la resolución de recursos de amparo interpuestas por miembros de la comunidad a fin de hacer valer su derecho a la tierra, reconocido por la Constitución, también eran consideradas incompatibles con el artículo 25 de la Convención.[22]

En un número importante de casos la Corte Interamericana ha sentenciado que la denegación de un recurso de hábeas corpus o de exhibición corporal vulneró tanto el artículo 7.6 como el artículo 25.1. En algunos casos, el recurso no había sido efectivo porque la desaparición misma de las víctimas "les impidió ejercer, por sí mismas o a través de sus representantes, su derecho a un recurso efectivo (…) debido a que estuvieron detenidos en circunstancias de ilegalidad y clandestinidad."[23] En otros, el recurso carecía de efectividad porque era inaplicable, según la legislación interna, a personas detenidas en virtud de legislación especial contra el terrorismo o a personas que habían sido condenadas o eran sindicadas en un proceso en trámite.[24] En otro caso, la Corte concluyó que el incumplimiento por un tribunal militar de la decisión de un tribunal civil favorable a un recurso de hábeas corpus había violado los artículos 7.6 y 25.1.[25] La jurisprudencia en cuanto a la necesidad de la inter-

---

21 Corte Interamericana, caso Comunidad Mayagna (Fondo), párrs.137-139 (2001).

22 Ibíd., párrs. 132-134 (la Corte concluyó que una demora de 11 meses y siete días "desconoció el principio de plazo razonable").

23 Corte Interamericana, caso Niños de la Calle (Fondo), párr. 236 (1999). Véase también Paniagua Morales (Fondo), párr. 167 (1998), y Bámaca Velásquez (Fondo), párr. (2000) (en este caso se consideran violados los artículos 8, 15 y 1).

24 Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo), párrs. 182 y 188 (1999); Durand y Ugarte (Fondo), párrs. 104-105 y 109-110 (2000); Cantoral Benavides (Fondo), párrs. 167-170 (2000).

25 Corte Interamericana, caso Cesti Hurtado (Fondo), párr. 133 (1999).

posición de un recurso es ambigua: en el caso Blake, la Corte indicó que la imposición de un recurso es un "requisito necesario para la aplicación del artículo 25 de la Convención", pero su sentencia en el caso Niños de la Calle parece indicar que la ilegalidad y clandestinidad privaron a los familiares de un recurso eficiente.[26]

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también ha desarrollado una jurisprudencia importante sobre el derecho a un recurso. En el caso Martín de Mejía, la CIDH observó que "en el marco de la Convención el término 'recurso' debe entenderse en un sentido amplio y no limitado al significado que esta palabra tiene en la terminología jurídica propia de las legislaciones procesales de los Estados."[27] La Comisión esboza la definición siguiente que toma en cuenta la interrelación de tres artículos de la Convención:

> La Comisión considera que el derecho a un recurso consagrado en el artículo 25, interpretado en conjunto con la obligación del artículo 1.1 y lo dispuesto en el artículo 8.1, debe entenderse como el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado –sea éste un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado–, de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada.[28]

La jurisprudencia de la CIDH reconoce al menos cinco modalidades de violación del derecho a un recurso, a saber: los vacíos o disposiciones legislativos que privan de competencia a los tribunales para examinar recursos para un determinado tipo de violación; la obstaculización de la acción de la justicia por la vía de los hechos; el

---

[26] Corte Interamericana, caso Niños de la Calle (Fondo), párr. 236; Blake (Fondo), párr. 104 (1998).

[27] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Martín de Mejía c. Perú, p. 204 (1996).

[28] Ibíd.

rechazo de recursos por razones procesales; la denegación de un recurso por razones arbitrarias, discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales de la persona, y el incumplimiento de una decisión de la autoridad competente.

El caso Carranza trata de un juez removido de sus funciones cuyo recurso ante los tribunales competentes fue desestimado por considerarse fundado en cuestiones "no justiciables". El peticionario había tenido libre acceso a los tribunales y pudo defender su pretensión durante la sustanciación del proceso; la cuestión era saber si la desestimación del recurso por el motivo antes mencionado era compatible con el derecho a un recurso. La CIDH señaló al respecto:

> La Comisión, sin embargo, entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 25 no se agota con el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial. Es más, esa decisión final es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso judicial reconocido por la Convención Americana en el artículo 25, que estará también revestido por indispensables garantías individuales y obligaciones estatales (artículos 8 y 1.1).
>
> En primer lugar, la propia lógica interna de todo recurso judicial –también el del artículo 25– indica que el [sic] decisor debe establecer concretamente la verdad o el error de la alegación del reclamante. El reclamante acude al órgano judicial alegando la realidad de una violación de sus derechos, y el órgano en cuestión, tras un procedimiento de prueba y de debate sobre esa alegación, debe obligatoriamente decidir si el reclamo es fundado o infundado. De lo contrario, el recurso judicial devendría inconcluso.
>
> En segundo lugar, además de inconcluso, el recurso judicial sería abiertamente ineficaz, pues al no permitir el reconocimiento de la violación de derechos, en caso de que ésta se haya comprobado, no sería apto

> para amparar al individuo en su derecho afectado ni para proveerle una reparación adecuada (…)
>
> Recurso efectivo significa recurso apto para amparar o tutelar los derechos violados. La ausencia de esta condición indispensable en el caso del peticionario se evidencia con la declaración del órgano judicial interviniente cuando expresa que "(...) no existe jurisdicción judicial respecto de las cuestiones articuladas en autos, y no corresponde decidir sobre las mismas." Si no hay jurisdicción judicial y no corresponde decidir, entonces no hay amparo o tutela posible. Consecuentemente, no hay recurso judicial efectivo en los términos del artículo 25 de la Convención Americana.[29]

El tema de la compatibilidad de requisitos procesales con el derecho a un recurso fue analizado en la decisión de la CIDH en el caso Palacios. La decisión destaca la amplitud y el carácter perentorio del derecho a un recurso con estas palabras: "El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto."[30] Si bien es lícito e inevitable que la legislación establezca requisitos para la admisibilidad de recursos, "la incertidumbre o falta de claridad en la consagración de estos requisitos de admisibilidad constituye una violación a dicho derecho fundamental."[31] Por tanto, advierte la CIDH, "Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio ***pro actione***, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción."[32] En el caso concreto, la CIDH con-

---

[29] CIDH, caso Carranza c. Argentina, párrs. 71 y 73-75 (1997) (se omite una nota).

[30] CIDH, caso Palacios c. Argentina, párr. 57 (1999).

[31] Ibíd., párr. 58.

[32] Ibíd., párr. 61. Este precepto recuerda la observación de la CIDH hecha en

sideró que el rechazo de un recurso por no haberse agotado la vía administrativa había sido violatorio del artículo 25, al resultar de la aplicación retroactiva de un cambio en la jurisprudencia procesal sin negligencia alguna de parte del peticionario.[33]

El tema del derecho a un recurso judicial fue analizado detenidamente en el Informe de la CIDH sobre los derechos de solicitantes de asilo en Canadá. Los procedimientos para el examen de las solicitudes de la condición de refugiado establecían ciertos requisitos para obtener la revisión judicial de una decisión administrativa negativa. El permiso para recurrir ante un tribunal fue obtenido en aproximadamente 20 por ciento de los casos.[34] El solicitante no tenía derecho a asistencia letrada, y la negación de permiso para recurrir no era fundada.[35]

Estos procedimientos y requisitos fueron examinados a la luz del artículo XVIII de la Declaración Americana. El informe confirma que dicho artículo reconoce el derecho a un recurso eficaz ante los tribunales judiciales al señalar que "El derecho de acceso a la protección judicial para hacer valer un derecho legal requiere de un recurso disponible y efectivo para la violación de un derecho amparado por la Declaración o la Constitución del país en cuestión."

La CIDH reconoció que el propósito de condicionar el acceso a los tribunales para evitar un sobrecargo de casos sin meritos era en sí legítimo.[36] Siendo legítimos los objetivos de este requisito, su compatibilidad con la Declaración Americana dependía de tres cri-

---

otro contexto desde hace dos décadas, a saber: "No se respetan esos derechos si, acatando la regla escrita, se niegan las consecuencias naturales o lógicas que de ellas surgen (…). Casi podría decirse que la 'implementación' de cada uno de los Derechos comprendidos en ambas Declaraciones, exige una actitud concreta, positiva, del Estado y sus autoridades (…)" caso 2711 (Uruguay), Informe 1982-83, p. 143.

33 Ibíd., párr. 62.

34 CIDH, Informe sobre los derechos de solicitantes de asilo en Canadá, párr. 92 (2000).

35 Ibíd., párrs. 94 y 102.

36 Ibíd., párr. 101.

terios: "no pueden ser irrazonables ni ser de tal naturaleza que despojen al derecho de su esencia", ni discriminatorias.[37] En otras palabras "deberán contribuir a un objetivo legítimo y los medios deberán ser razonables y proporcionados con respecto al fin que se persigue."[38] La CIDH concluyó que el limitado acceso a un recurso judicial no satisfacía a cabalidad los requisitos de la Declaración, debido principalmente a la desproporción entre el carácter discrecional del recurso y la importancia de los bienes jurídicos tutelados por ello, que consistían no sólo en el derecho a la condición de refugiado sino a los bienes jurídicos subyacentes tales como la vida, libertad e integridad física de los solicitantes de asilo.[39]

En el caso Cabrejo Bernuy, la CIDH calificó el obligatorio cumplimiento de las decisiones judiciales como "la culminación del derecho fundamental a la protección judicial."[40] La decisión señala lo siguiente en su parte pertinente:

> El artículo 25 de la Convención hace alusión directa al criterio de efectividad del recurso judicial, el cual no se agota con la sentencia de fondo sino con el cumplimiento de dicha decisión. (…) El Estado debe, por todos los medios posibles, no sólo brindar a los ciudadanos la rama jurisdiccional para que sean atendidas todas las pretensiones que deseen hacer valer ante los jueces, sino también garantizarles de alguna forma que los efectos de la sentencia se cumplirán, pues de lo contrario estaríamos ante una clara inefectividad del derecho a la tutela jurisdiccional.[41]

En este caso la víctima era un oficial de la policía retirado contra su voluntad. Cuando su recurso contra esta medida fue exitoso, el oficial fue reincorporado al servicio y retirado de nuevo el mismo día, en un ejemplo de lo que el derecho comparado conoce como

---

37 Ibíd., párr. 99.

38 Ibíd.

39 Ibíd., párr. 101.

40 CIDH, caso Cabrejo Bernuy, párr. 30 (2000).

41 Ibíd., párr. 29.

"la reedición de actos administrativos". La CIDH destaca que esta práctica "configura un claro incumplimiento de la sentencia que se pretende ignorar mediante tal figura" y, por tanto, una desviación de poder violatoria del artículo 25.[42]

En el caso Riebe Star, la CIDH concluyó que la resolución de un recurso de amparo en forma manifiestamente incompatible con los derechos objetos del recurso había sido violatoria del artículo 25 de la Convención Americana. La parte pertinente de la decisión reza así:

> La sencillez, rapidez y efectividad del amparo presentado en los casos de los sacerdotes debe ser medida de acuerdo a la posibilidad de determinar la existencia de tales violaciones; de remediarlas; de reparar el daño causado; y de permitir el castigo de los responsables. Resulta claro que el recurso judicial no cumplió con los requisitos arriba mencionados, sino todo lo contrario: la decisión final estableció, sin mayor fundamentación en derecho, que las actuaciones de los funcionarios gubernamentales se ajustaron a la ley. De tal forma, quedaron convalidadas las violaciones de los derechos humanos de los demandantes y se permitió la impunidad de los violadores. En otras palabras, se negó a los sacerdotes el amparo de la justicia mexicana ante hechos violatorios de sus derechos fundamentales, en transgresión de la garantía de la tutela judicial efectiva.[43]

6.5 La investigación y sanción de las violaciones de los derechos humanos

i) La jurisprudencia universal

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce la obligación del Estado de investigar violaciones graves de los dere-

---

[42] Ibíd., párrs. 42, 43 y 46.

[43] CIDH, caso Riebe Star, párr. 81 (1999).

chos humanos, sobre todo desde la perspectiva de la obligación genérica de impedir que otras violaciones continúen produciéndose. También reconoce el derecho de las víctimas a un recurso, pero no reconoce a las víctimas como titulares del derecho a que los autores de la violación sean procesados penalmente.

En su Observación General No. 20, relativa a la integridad personal, el Comité de Derechos Humanos hizo el comentario siguiente:

> El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto (...) El derecho a presentar denuncias contra los malos tratos prohibidos por el artículo 7 deberá ser reconocido en el derecho interno. Las denuncias deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes a fin de que el recurso sea eficaz (...)
>
> El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible.[44]

Dicha observación fue citada por el Comité de Derechos Humanos en su decisión en el caso Rodríguez, relativo a las consecuencias de una amnistía para los derechos de una víctima de tortura. La compatibilidad de la ley de amnistía con el PIDCP es analizada en el párrafo siguiente:

> El Comité reafirma su posición de que amnistías por violaciones graves de los derechos humanos y las leyes tales como la Ley No. 15848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, son incompatibles con las obligaciones de todo Estado parte en virtud del Pacto de Derechos

---

[44] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, párrs. 14 y 15.

> Civiles y Políticos. El Comité observa con profunda preocupación que la aprobación de esta ley excluye efectivamente en algunos casos la posibilidad de investigar violaciones anteriores de los derechos humanos y, por lo tanto, impide que el Estado parte pueda cumplir su obligación de facilitar un recurso efectivo a las víctimas de esas violaciones. También preocupa al Comité que, al aprobar dicha ley, el Estado parte haya contribuido a crear un ambiente de impunidad que podría socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos.[45]

La decisión reconoce que la víctima "no ha tenido un recurso efectivo" y que "los hechos (…) ponen de manifiesto una violación del artículo 7, junto con el párrafo 3 del artículo 2."[46] Esta decisión parece coherente con la de la CIDH sobre la misma ley de amnistía mencionada abajo, que concluye que el fin de las investigaciones afectó los derechos de las víctimas no porque impidió responsabilizar a los autores penalmente, sino porque les impidió obtener información de utilidad para las causas destinadas a obtener una reparación.

En una decisión adoptada en 1997, el Comité de Derechos Humanos hace una distinción entre las violaciones de derechos humanos que deben ser objeto de una investigación y sanción penal, y las demás violaciones. En el caso Arhuacos, el Comité declaró lo siguiente:

> (…) el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber es aplicable ***a fortiori*** en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados.[47]

---

45 Comité de Derechos Humanos, caso Rodríguez c. Uruguay, párr. 12.4 (1994).

46 Ibíd., párr. 12.3.

47 Comité de Derechos Humanos, caso Arhuacos c. Colombia, párr. 8.8.

No obstante, el Comité de Derechos Humanos reafirma su jurisprudencia en el sentido de que "el Pacto no prevé que los particulares tengan derecho a reclamar que el Estado enjuicie penalmente a otra persona."[48] Así se produce una paradoja, en la que la parte analítica de la decisión reconoce que "los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario no pueden considerarse recursos efectivos y adecuados a tenor del párrafo 3, del artículo 2 del Pacto en caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos y en particular cuando se alega la violación del derecho a la vida", mientras que sus conclusiones no contienen mención alguna de la violación del derecho a un recurso.[49]

ii) La jurisprudencia interamericana

La Corte Interamericana considera que el derecho a un recurso efectivo no se limita a recursos promovidos por la víctima o sus derechohabientes, sino que comprende también un derecho a que el Estado investigue violaciones de los derechos humanos y, en la medida de lo posible, sancione penalmente a sus autores. En otras palabras, según esta doctrina, la obligación del Estado a investigar y sancionar ciertas violaciones, reconocida por la doctrina universal, conlleva un derecho subjetivo de la víctima.

En el caso Blake, la Corte Interamericana observó que "el artículo 8.1 de la Convención Americana debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno."[50] A continuación, llegó a la conclusión siguiente:

---

48 Ibíd. Se cita entre otras decisiones, H.C.M.A. c. Países Bajos, 1989.

49 Ibíd., párrs. 8.2 y 9.

50 Corte Interamericana, caso Blake (Fondo), párr. 96 (1998).

> Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales (…) En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares.[51]

Esta interpretación fue confirmada en el siguiente extracto de la sentencia en el caso Durand y Ugarte:

> En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la desaparición y muerte de estas últimas sean efectivamente investigadas por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido. (…)[52]

El caso Durand y Ugarte trata de dos presos desaparecidos durante la debelación de un motín. La Corte Interamericana consideró que por la naturaleza de los hechos la investigación correspondía a la justicia ordinaria porque el fuero militar que fue encargado de la investigación y que sobreseyó a los oficiales involucrados no ofrecía las garantías de independencia e imparcialidad requeridas por el párrafo primero del artículo 8 de la Convención Americana.[53] Estos hechos privaron a las víctimas y a sus familiares del derecho a un recurso efectivo.[54]

---

51 Ibíd., párr. 97.

52 Corte Interamericana, caso Durand y Ugarte (Fondo), párr. 130 (1999), citando el párr. 124 de la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Arhuacos, supra.

53 Ibíd., párrs. 117-119 y 125-126.

54 Ibíd., párrs. 122 y 127.

En el caso Genie Lacayo la Corte Interamericana analizó a la luz del artículo 8.1 de la Convención una investigación y juicio penal contra agentes del Estado presuntamente responsables de la ejecución de un joven y en particular el "derecho a ser oíd[o], (…) dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente…". Con respecto al requisito de "plazo razonable", la Corte señaló lo siguiente:

> Éste no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos (…) De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.[55]

La Corte Interamericana concluyó que si bien se trataba de un caso complejo, la demora de más de cinco años sin sentencia firme "rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención."[56]

La CIDH también ha desarrollado una jurisprudencia importante sobre el tema, basada fundamentalmente en algunas de las primeras sentencias de la Corte Interamericana. La piedra angular de esta doctrina está basada en los siguientes párrafos de la sentencia en el caso Velásquez Rodríguez:

> El artículo 46.1.a) de la Convención remite "a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos". Esos principios no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que éstos sean adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2.

---

[55] Corte Interamericana, caso Genie Lacayo (Fondo), párr. 77 (1997).

[56] Ibíd., párr. 81.

> Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. (…)[57]

Si bien este análisis se refirió a la admisibilidad de un caso, la CIDH no demoró en aplicarlo a la interpretación del derecho a un recurso y en particular a la interpretación del artículo 25 de la Convención Americana. Este desarrollo de la jurisprudencia había sido anticipado por otra observación de la Corte Interamericana en el caso Velásquez Rodríguez, según la cual los hechos que configuren una excepción al requisito de agotamiento pueden constituir una violación del derecho a un recurso.[58] En realidad, el hecho de que un órgano internacional tenga conocimiento de un caso y concluya que un derecho humano ha sido conculcado casi siempre significa que, además de la violación subyacente, la víctima ha sido privada de un recurso eficiente ante la justicia nacional.[59]

El párrafo 177 de la sentencia en el caso Velásquez Rodríguez, que ocupa un lugar preeminente en la doctrina de la CIDH, establece lo siguiente:

> En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser

---

[57] Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez (Fondo), párrs. 63 y 64 (1988).

[58] Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez (Excepciones preliminares), párr. 91 (1987).

[59] Hay una jurisprudencia en el sentido de que la reparación de una violación por las autoridades nacionales hace el caso inadmisible; sin embargo, la jurisprudencia no es muy uniforme al respeto.

> infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

Esta parte de la sentencia se refiere a la responsabilidad del Estado por hechos cometidos por personas desconocidas y se basa en un análisis de las obligaciones genéricas del Estado plasmadas en los dos primeros artículos de la Convención Americana. La sentencia no establece una violación del artículo 25, sino violaciones del derecho a la vida, la integridad y la libertad personales.[60] No obstante, en la jurisprudencia más reciente se cita este párrafo como sustento del derecho de las víctimas a un recurso de carácter penal.

En 1992 la CIDH adoptó dos decisiones importantes relativas a la compatibilidad de las amnistías promulgadas en Argentina y Uruguay con los artículos 1, 8.1 y 25 de la Convención.[61] La legislación argentina reconocía el derecho de la víctima a demandar en foro penal a los autores de violaciones de ciertos derechos humanos, mientras que la uruguaya reconocía el derecho de la víctima a solicitar providencias durante el sumario.[62] En el caso argentino, la CIDH concluyó que la ley de amnistía "privó a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables de los delitos cometi-

---

60 Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez, Parte resolutiva, párrs. 2, 3 y 4.

61 CIDH, casos Herrera y otros c. Argentina; De los Santos Mendoza y otros c. Uruguay.

62 CIDH, casos Herrera, párr. 33; De los Santos Mendoza, párr. 41.

dos."[63] El significado de esta conclusión es ambiguo, pues no se precisa si el "derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal" se desprende directamente de la Convención Americana o más bien es un derecho tutelado por los artículos 8 y 25 de la misma en cuanto derecho reconocido por la legislación interna. En el caso uruguayo, el Estado argumentó que la competencia de los tribunales civiles sobre demandas por violaciones de los derechos humanos satisfacía la obligación de proporcionar un recurso.[64] La CIDH determinó que el derecho a un recurso había sido incumplido porque la falta de investigaciones penales repercutió en la eficacia de los recursos civiles, mediante la privación de evidencia que hubiera ayudado a las víctimas a sustanciar sus demandas.[65]

La CIDH volvió a este tema en algunas decisiones adoptadas en 1995 y 1996 sobre casos de desaparición y tortura. En el caso Bolaños, la CIDH indicó que su jurisprudencia en los casos antes mencionados significa "que las víctimas y sus familiares tienen derecho a una investigación judicial realizada por un tribunal penal designado para establecer y sancionar la responsabilidad respecto a las violaciones a los derechos humanos."[66] En el caso Martín de Mejía, un caso de tortura, el derecho a una investigación penal está vinculado a la naturaleza de los hechos y su tipificación en el derecho interno. La decisión establece al respecto que "cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víc-

---

63 CIDH, caso Herrera, párr. 50.

64 CIDH, caso De los Santos Mendoza, párrs. 24-25.

65 Ibíd., párr. 53.

66 CIDH, caso Bolaños Quinóñez c. Ecuador, párr. 45 (1995). En este párrafo la Comisión también opina que la familia tiene el "derecho a saber la verdad sobre lo que le ocurrió, las circunstancias de su detención y de su muerte, y a saber dónde se encuentran sus restos", derecho que "emana de la obligación del Estado de hacer uso de todos los medios que tiene a su disposición para llevar a cabo una investigación seria sobre las violaciones cometidas dentro de su jurisdicción a efectos de identificar a los responsables", reconocida por la Corte Interamericana en su sentencia en el caso Velásquez Rodríguez. Véase también De la Cruz Gómez c. Guatemala, párr. 51 (1998).

tima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice 'seriamente con los medios a su alcance (...) a fin de identificar a los responsables, [y] de imponerles las sanciones pertinentes (...)'".[67]

La jurisprudencia de la CIDH quedó más clara en su decisión sobre el caso Parada Cea, adoptada en 1999. Después de hacer una breve síntesis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Velásquez Rodríguez, la CIDH hace la siguiente observación:

> La Comisión quiere dejar en claro que, a efecto de proveer un recurso apropiado para remediar graves violaciones a los derechos humanos, como son las torturas y los homicidios que se analizan en este caso, el Estado, en particular en su calidad de titular de la acción punitiva, debió iniciar los procedimientos tendientes a identificar, procesar y sancionar a todos los responsables de las comisión de dichos delitos, impulsando todas las etapas procesales hasta su conclusión.[68]

El caso Parada Cea, al igual que los casos Herrera y De los Santos Mendoza, se refiere a una ley de amnistía que "impidió la identificación de los autores, cómplices y encubridores de dichos hechos (delitos) y la imposición de las correspondientes sanciones."[69] La aplicación de la ley, concluye la CIDH "vulneró el derecho de los familiares, aunque éstos no hayan intervenido en el proceso penal."[70] En el caso Chanfeau, la CIDH llegó a la misma conclusión, aún cuando la amnistía no privó a los familiares de su derecho a recurrir a la jurisdicción civil.[71] Asimismo, consideró que el esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades por una Comisión de la Verdad

---

67 CIDH, caso Martín de Mejía, p. 20 (la decisión no identifica la fuente de la cita).

68 CIDH, caso Parada Cea c. El Salvador, párr. 126 (1999). Véase también Soria Espinosa c. Chile, párr. 91 (1999).

69 CIDH, caso Parada Cea, párr. 126.

70 Ibíd.

71 CIDH, caso Chanceau y otros c. Chile, párrs. 58 y 63-65.

"no puede considerarse (…) como un sustituto adecuado de un proceso judicial."[72]

La privación de un recurso eficiente mediante su obstaculización está ilustrada por el caso Carandirú, en el cual la CIDH cita como elementos que contribuyeron a la impunidad "la falta de acción eficaz de los jueces presentes durante la debelación y en las horas inmediatas así como por el entorpecimiento de su acción por las fuerzas policiales [y] por la destrucción y desfiguración intencional de las evidencias en las horas inmediatas al motín y su debelación".[73] Otros factores que contribuyeron a la impunidad en este caso fueron las demoras en la investigación, tan largas que los indiciados pudieron beneficiarse de la prescripción y la negativa de la legislatura de retirar la inmunidad de un oficial que, luego de los hechos, fue electo miembro de la misma.[74] Este cuadro de "ineficacia y negligencia" vulneró los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana.[75] En el caso La Tablada la CIDH resaltó las "deficiencias notorias" en la manera como se llevaron a cabo las autopsias, como sustento de la conclusión de que se había vulnerado al artículo 25.[76] Y en el caso Peredo Valderrama, la CIDH concluyó que la complicidad de la policía en la fuga de un indiciado por homicidio, la absolución de otros dos "mediante una sentencia cuyos supuestos vicios denunciados por los peticionarios no han sido disputados por el Estado", y la demora de trece años en la investigación de un delito contribuyeron a una situación de impunidad violatoria de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención.[77] En este caso se produjo una doble violación del derecho a un recurso, puesto que tampoco se investigaron cabalmente las amenazas y represalias infligidas a la familia del difunto en razón de su lucha contra la impunidad.[78]

---

72 Ibíd., párr. 68.

73 CIDH, caso Carandirú (Brasil), párr. 94 (1999).

74 Ibíd.

75 Ibíd.

76 CIDH, caso La Tablada (Argentina), párrs. 238-243 (1997).

77 CIDH, caso Peredo Valderrama c. México, párrs. 83, 88, 89 (2000).

78 Ibíd., párrs. 104, 108.

La modalidad de decisión infundada o arbitraria está ilustrada por la decisión de la CIDH en el caso De la Cruz Gómez, relativo a la investigación de una desaparición. El tribunal encargado de la causa desechó el testimonio de todos los testigos presentado por la parte civil. La Comisión declaró que "Se entiende por acto judicial 'arbitrario' aquel que 'viola en forma grave una norma legal o [que] esté desprovisto de toda justificación seria' ", y concluyó que "una interpretación judicial que injustificadamente impide ser oídos a quienes ejercen el derecho de acusación privada y rechaza sin explicación la presentación de elementos aparentemente probatorios se opone a los principios básicos del debido proceso reconocidos en el artículo 8 de la Convención."[79]

El transcurrir del tiempo sin que se identifique a los autores de una violación permite presumir que el Estado no ha proporcionado un recurso eficiente, según la jurisprudencia de la CIDH. En el caso Hernández Lima, la CIDH indicó que su jurisprudencia sobre el derecho del acusado a ser procesado sin demora se aplica al artículo 25, que garantiza el derecho a un recurso rapido, y concluyó que una demora de 33 meses en la investigación de la muerte de un preso común privó a los familiares del derecho a un recurso rápido.[80] En 1998, en una masacre conocida como el caso Ejido Morelia, la CIDH comentó lo siguiente:

> En este sentido, la Comisión considera que el hecho de que hayan transcurrido más de dos años desde que ocurrieron los hechos, sin que hasta la fecha se hubiese ejercido la acción penal respectiva, ni existan indicios de que eso vaya a suceder, demuestra claramente que las investigaciones no se han practicado con seriedad y eficacia. Por el contrario, las conclusiones a que las autoridades mexicanas han llegado expresan la negación de cualquier tipo de responsabilidad del Estado

---

79 CIDH, caso De la Cruz Gómez c. Guatemala, párr. 55 (1998).

80 CIDH, caso Hernández Lima, párr. 75 (se omite la cita a una fuente de la Corte Europea) y 78 (1996).

> mexicano en los hechos. Por complejo que sea el litigio o por graves que sean los hechos, más de dos años bastarían por lo menos para haber realizado una investigación seria (…)[81]

Esta situación configuró una violación de los artículos 8 y 25.[82]

En su reciente decisión en el caso Malary, la CIDH examinó, a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Genie Lacayo, el derecho de los familiares de una persona asesinada a la identificación y enjuiciamiento de los autores. La CIDH consideró que, si bien el caso era excepcionalmente complejo debido a que algunos de los presuntos autores del asesinato y muchas de las pruebas materiales se encontraban en otro país, la demora de ocho años sin establecer la identidad de las personas responsables "supera los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8(1) de la Convención Americana."[83] Además, concluyó que:

> La Comisión considera que el encubrimiento en las investigaciones adelantadas por el homicidio del señor Malary, la dilación en realizar gestiones para adelantar la investigación y el veredicto de un jurado parcial que absolvió a dos de los inculpados, son conductas y omisiones que afectan la eficacia de los recursos internos según lo prevé el artículo 25 de la Convención Americana. (…) En el presente caso, el asesinato del señor Malary permanece actualmente impune, sin responsabilidades deducidas ni sanciones aplicadas, a pesar de la gran cantidad de indicios de prueba que obran en poder del Estado, el cual todavía tiene abiertos varios expedientes sobre el caso.

---

81 CIDH, caso Ejido Morelia, párr. 47.

82 Ibíd., párr. 53. Véanse también los casos Sequeira Mangas c. Nicaragua (1998) y Oropeza c. México (2000) en los cuales se concluyó que demoras de unos cinco años sin resolver casos de asesinato eran incompatibles con el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, párrs. 135 y 44, respectivamente.

83 CIDH, caso Malary c. Haití, párrs. 60-64 y 73 (2002).

Por lo tanto la Comisión, con base en los elementos de hecho y de derecho arriba expuestos, concluye que el Estado ha incumplido con su obligación de investigar la ejecución de la víctima y juzgar a los responsables conforme a los estándares previstos en el artículo 25 de la Convención Americana.[84]

6.6 El derecho a la verdad

El concepto de un derecho a la verdad ha sido impulsado principalmente por la CIDH. La jurisprudencia de este organismo sobre el tema descansa, en parte, en dos instrumentos elaborados en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que son el Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, y los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones. El primero de estos instrumentos ha sido aprobado por la Subcomisión y ha recibido cierto apoyo de parte de la CIDH; el segundo esta todavía en proceso de revisión.[85] Aunque las decisiones de la CIDH que afirman la existencia de este derecho citan cierta jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, el mismo Comité no emplea este término.[86] La jurisprudencia de la Corte

---

84 Ibíd., párrs. 90-91.

85 El Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, también conocido como "Principios Joinet", se encuentra en el documento E/CN.4/Sub.2/1997/20 Rev.1 Anexo II. En su resolución 2003/72, la CIDH invitó a los Estados a estudiar la posibilidad de aplicar estos Principios. El proyecto de Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones se encuentra en el documento E/CN.4/2000/62; en su resolución 2003/34 la Comisión de Derechos Humanos solicitó a un grupo de trabajo la preparación de una versión revisada de este instrumento.

86 La decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Quinteros, por ejemplo, indica que la madre de una persona desaparecida "tiene derecho a

Interamericana sobre el tema todavía no reconoce la existencia de un derecho a la verdad como tal.

El primer principio contenido en el Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad reconoce el derecho a la verdad en los términos siguientes:

> Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se repitan tales actos.

Según la jurisprudencia de la CIDH el derecho a la verdad surge de la interacción de una serie de derechos y obligaciones consagradas por la normativa internacional. En el caso García Franco, la CIDH lo vinculó con el derecho a un recurso, al señalar lo siguiente:

> Este derecho a conocer la verdad sobre lo sucedido se basa también en la necesidad de información que permita reivindicar otro derecho. En el caso de la desaparición de una persona, los familiares tienen derecho a conocer con certeza la suerte corrida por la víctima, no sólo para saber exactamente cómo se violaron sus derechos, sino también para hacer efectivo su propio derecho a ser indemnizados por el Estado. Conforme a la legislación, el derecho a una indemnización civil no puede ejercerse sin una determinación judicial de responsabilidad penal.[87]

---

saber lo que ha sucedido a su hija", y concluye que la negación de información sobre la suerte de una hija desaparecida puede causar sufrimientos tan grandes que constituyen tortura. Quinteros c. Uruguay, párr. 14 (1983). Otras decisiones hacen hincapié en la obligación del Estado a proporcionar información como parte integral de la reparación de una violación.

87 CIDH, caso García Franco c. Ecuador, párr. 74 (1998). Véase también Chanfeau y otros c. Chile, párr. 89 (1998).

La decisión de la CIDH en el caso Medina Charry, adoptada el mismo año, vincula el derecho a la verdad con la obligación del Estado a investigar hechos violatorios de los derechos humanos.[88] En el caso Parada Cea, la CIDH declara que el derecho a la verdad surge del derecho a un recurso y del derecho al debido proceso, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, del derecho a la información consagrado en el artículo 13, y de la obligación genérica de garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos humanos, a tenor del artículo 1 de la Convención.[89]

En cuanto al contenido, la decisión en el caso Medina Charry destaca el derecho de conocer la ubicación de los restos de la víctima.[90] (Es de notar que la jurisprudencia sobre este derecho surge inicialmente en casos de desaparición.) En el caso Chanfeau, la CIDH agrega que el derecho a información sobre las circunstancias de ciertas violaciones de los derechos es a la vez un derecho de los familiares de la víctima o de la sociedad. Según la decisión: "El derecho de una sociedad a conocer integralmente sobre su pasado no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones."[91] Asimismo, en el caso Parada Cea la CIDH reafirmó que "El 'derecho a la verdad' es un derecho a carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y un derecho particular para los familiares de la víctima, que permite una forma de reparación (…)".[92] En el caso Romero, la CIDH hace la siguiente síntesis del contenido del derecho a la verdad en cuanto individual y colectivo:

---

88 CIDH, caso Medina Charry c. Colombia, párr. 112 (1998). Véase también Chanfeau y otros, supra, párr. 88.

89 CIDH, caso Parada Cea c. El Salvador, párr. 147 (1999). Véase también el caso de los jesuitas (El Salvador), párr. 221 (1999), y Romero c. El Salvador, párrs. 142-145 (2000).

90 CIDH, caso Medina Charry, supra, párr. 133. Véase también De la Cruz Gómez c. Guatemala, párr. 65 (1998).

91 CIDH, caso Chanfeau y otros, supra, párr. 95.

92 CIDH, caso Parada Cea, supra, párr. 150.

> El derecho que tienen toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos, forma parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente su pasado no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones.[93]

El derecho a la verdad es un derecho sintético o compuesto, en el sentido de que no está consagrado textualmente por la normativa internacional que surge de la interacción del contenido y de las consecuencias jurídicas de varios derechos reconocidos expresamente. Por tanto, el cumplimiento de una de sus facetas no necesariamente satisface a todas. La jurisprudencia de la CIDH indica que ni el resarcimiento de los familiares de una víctima ni las investigaciones llevadas a cabo por una comisión que carece de poder sancionatorio, cumplen plenamente con el derecho de los familiares a un recurso judicial y con la obligación del Estado de sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.[94]

La Corte Interamericana ha analizado en varios casos los argumentos de la CIDH relativos al derecho a la vida. En el caso Castillo Páez, esta Corte comentó:

> El segundo argumento [de la Comisión] se refiere a la formulación de un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana.

---

93 CIDH, caso Romero, supra, párr. 148.

94 CIDH, caso Romero, párr. 150; Chanfeau y otros, supra, párr. 68; Soria Espinosa c. Chile, párr. 103 (1999).

> (…) en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.[95]

6.7 Los derechos de las víctimas de delitos

Los principales instrumentos sobre derechos humanos reconocen el derecho a un recurso a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, y el derecho a ser oído, como garantía que permite hacer valer todos los derechos reconocidos por la normativa interna. Existe una jurisprudencia interamericana que considera el derecho de la víctima o sus derechohabientes a participar en procesos penales como fundamental, a condición de que esté reconocido por la legislación nacional. Esta jurisprudencia ha sido elaborada en el contexto de desapariciones y ejecuciones. Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni la Declaración Americana, ni el PIDCP ni la Convención Americana, reconocen expresamente el derecho a un recurso en cuanto derecho de la víctima de un delito.

En 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó un instrumento no contractual destinado a llenar este vacío, se trata de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.[96] La Declaración, como indica su nombre, se aplica a dos categorías de víctimas. La primera consiste en "las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento

---

[95] Corte Interamericana, caso Castillo Páez (Fondo), párrs. 86-87 (1997). Véase también Bámaca Velásquez (Fondo), párr. 201 (2001), y caso Barrio Altos (Fondo), párr. 48 (2001).

[96] Naciones Unidas, Asamblea General, resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente", así como los familiares de tales personas (arts. 1 y 2). La segunda, denominada "víctimas de abuso de poder", incluye a personas que han sufrido tales daños como consecuencia de actos u omisiones no tipificados como delitos, pero que son violatorios de la normativa internacional sobre derechos humanos (art. 18).

Al reconocer los derechos de las personas que han sido víctimas de delitos, la Declaración hace un aporte valiosísimo al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Los derechos reconocidos incluyen, en primer lugar, el "acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño" (art. 4). En segundo lugar, se establece el principio importante de que "Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad" (art. 4). Finalmente, la mencionada Declaración dispone que los recursos judiciales y administrativos deben ser adecuados a las necesidades de las víctimas de delitos, en particular a través de las acciones siguientes:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información.

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente.

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial.

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su se-

guridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas (art. 6).

Estas disposiciones relativas al trato de la víctima tienen mucha relevancia en la interpretación del contenido del derecho a un recurso.

La Declaración también contiene una serie de disposiciones relativas al resarcimiento de parte del victimario (arts. 8 a 11), a la indemnización (párrs. 12 y 13) y a la asistencia a la víctima (arts. 14 a 17). Estas disposiciones son, por lo general, de carácter programático.

La Convención de los derechos del niño contiene una disposición, su artículo 39, que reconoce, sino el derecho a un recurso, sí el derecho del niño a asistencia para superar las consecuencias de ciertos tipos de actividades de carácter delictivo. Dicho artículo reza:

> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Este artículo, que se refiere tanto a algunas conductas típicamente delictivas como abandono, explotación o abuso y a otras normalmente asociadas a violaciones de los derechos humanos como tortura, representa otro paso importante en la incorporación de los derechos de las víctimas de delitos al derecho internacional de los derechos humanos.

6.8 La protección judicial de los derechos económicos y sociales

El alcance del derecho a recurrir a la justicia para la protección de los derechos es muy amplio. El artículo 14.1 del PIDCP reconoce el derecho de toda persona "a ser oída (…) para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". El artículo 8.1 de la Convención Americana establece el derecho "a ser oída (…) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", y el artículo 25, "el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención". Gracias a estas disposiciones, el derecho a un recurso no se limita a los derechos civiles, sino que se extiende a los económicos y sociales reconocidos por el derecho interno.

Cabe preguntarse hasta qué punto el derecho a la protección judicial de los derechos económicos y sociales, en cuanto precepto del derecho internacional de los derechos humanos, depende del reconocimiento de éstos por el derecho interno. Los principales instrumentos internacionales relativos a los derechos económicos, sociales y culturales son la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana, el PIDESC y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador. Las disposiciones de la Declaración Universal y de la Declaración Americana relativas al derecho a un recurso no hacen distinción alguna respecto a la naturaleza de los derechos que deben ser protegidos por recursos judiciales u "otros recursos eficientes". En otras palabras, según la Declaración Universal y la Declaración Americana, el derecho a un recurso se aplica a todos los derechos consagrados por ellas, incluso a los económicos y sociales. El PIDESC a diferencia del PIDCP, no consagra el derecho a un recurso para la protección de los derechos consagrados en él. El Protocolo de San Salvador, por su parte, reconoce en su artículo 2 la obligación gené-

rica de adoptar "disposiciones legislativas o de otro carácter" para garantizar la efectividad de los derechos consagrados por el Protocolo. En la medida en que los Estados cumplen con esta obligación, los derechos incorporados a la normativa interna advienen objeto del derecho a la protección judicial en virtud de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Además, el Protocolo no es un instrumento independiente sino que tiene el propósito de ampliar el contenido de la Convención Americana. Por tanto, es posible argüir que los derechos sustantivos plasmados en el Protocolo deben considerarse objeto del derecho a la protección judicial en cuanto derechos reconocidos por la Convención, y no sólo derechos eventualmente reconocidos por la normativa interna.

La jurisprudencia universal e interamericana sobre el tema, aunque no es muy extensa, reconoce la aplicabilidad en ciertas circunstancias a esta categoría de derechos del derecho al recurso. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado una valiosa doctrina al respecto.[97]

i) La jurisprudencia universal

El Comité de Derechos Humanos ha examinado un número importante de casos relativos a pensiones y seguridad social. La mayor parte consisten en alegatos de discriminación en el goce del derecho a la seguridad social (véase el Capítulo 15). Otros casos tratan de presuntas violaciones del derecho al debido proceso en recursos entablados ante las autoridades nacionales competentes en la materia.[98] La jurisprudencia enfatiza el vínculo entre la obligación de cum-

---

[97] Este Comité fue establecido por la resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social (Ecosoc). A diferencia del Comité de Derechos Humanos, no tiene competencia para conocer casos, de manera que no tiene jurisprudencia, pero ha elaborado una doctrina importante relativa a los derechos consagrados por el PIDESC.

[98] Comité de Derechos Humanos, caso Jansen-Gielen c. Países Bajos, párrs. 3.1, 6.1 y 8.2 (2001).

plir con los artículos 14 y 2 del PIDCP y la decisión del legislador de reconocer tales derechos en el orden interno.[99]

En los casos Ato de Avellanal y Bahamonde, a las víctimas se les negó acceso a la justicia por motivos discriminatorios cuando pretendían hacer valer su derecho a la propiedad. En ambos casos, el Comité de Derechos Humanos concluyó que se había producido una violación del artículo 14.1. La cuestión de la discriminación en el reconocimiento de un recurso para hacer valer el derecho sobre la propiedad también es examinado en una serie de casos relativos a la confiscación de propiedades en Europa a raíz de la Segunda Guerra Mundial y la guerra fría, dando lugar a una jurisprudencia que se analiza en el Capítulo 15.

El derecho de las comunidades indígenas a los territorios necesarios para la preservación de su forma tradicional de vida también es reconocido por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en el marco del artículo 27 sobre los derechos de personas pertenecientes a minorías culturales. En el caso Agrupación Lago Lubicon el Comité determinó que los recursos entablados ante los tribunales nacionales a fin de proteger los territorios de la comunidad no habían sido eficaces.[100] Esta conclusión –que se refirió únicamente a la admisibilidad del caso– se fundamentó en el hecho de que los distintos procesos judiciales habían durado aproximadamente 15 años sin resolución definitiva mientras que la comunidad estaba amenazada de extinción.[101] En el caso Mahuika, el Comité concluyó que la promulgación de una ley que privaba a los tribunales de competencia sobre demandas relativas a los derechos de grupos indígenas a la pesca podía vulnerar el derecho a un recurso, pero que en las circunstancias concretas del caso no constituyeron una violación por-

---

[99] Comité de Derechos Humanos, caso Broeks c. Países Bajos, párrs. 12.4-12.5 (1987).

[100] Comité de Derechos Humanos, caso Agrupación Lago Lubicon c. Canadá, párr. 31.1 (1990).

[101] Ibíd., párrs. 3.3. y 29.3.

que formaban parte de una solución global de los reclamos del pueblo indígena adoptada después de largas y amplias consultas con los interesados[102] (véase el Capítulo 14).

En el caso Muñoz Hermosa, el Comité de Derechos Humanos consideró que un funcionario público había sido privado del derecho al debido proceso en razón de la demora por más de siete años en los complicados trámites judiciales emprendidos para recuperar su empleo, incluyendo un atraso de más de dos años y medio en ejecutar una decisión del Tribunal de Garantías Constitucionales favorable a su demanda.[103] Una violación tan manifiesta del debido proceso sin duda debe considerarse como violación del derecho a un recurso eficiente.

ii) La jurisprudencia interamericana

En el caso Ivcher Bronstein la Corte Interamericana declaró que las acciones judiciales emprendidas por la víctima para recuperar el control de sus acciones en una emisora de radio eran conocidas por un tribunal que no cumplía con los requisitos de independencia e imparcialidad y que respondía con lentitud a los recursos interpuestos. Esta situación vulneró su derecho a un recurso sencillo y rápido, así como su derecho a ser oído por un tribunal que reuniera las cualidades requeridas por el artículo 8.1 de la Convención.[104] El artículo 21 de la Convención Americana consagra el derecho a la propiedad, de manera que los artículos 8 y 25 se aplican directamente a la protección de este derecho.

---

[102] Comité de Derechos Humanos, caso Mahuika c. Nueva Zelanda, párr. 9.10 (2001).

[103] Comité de Derechos Humanos, caso Muñoz Hermosa c. Perú, párr. 11.3 (1988).

[104] Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein (Fondo), párrs. 113-115 y 142 (2001).

El caso Baena Ricardo concierne al despido de 270 trabajadores de empresas estatales debido a su participación en paros calificados de ilegales en virtud de una ley aplicada en forma retroactiva. Algunos de los afectados impugnaron sus despidos mediante recursos de amparo ante la Corte Suprema, y otros a través de demandas contencioso-administrativas.[105] La Corte Interamericana concluyó que en ambos casos los tribunales nacionales habían evitado examinar y pronunciarse sobre aspectos esenciales de las acciones, privando a los peticionarios de un recurso efectivo.[106] Con respecto a las demandas contencioso-administrativas, la Corte comentó que "la Tercera Sala no analizó las circunstancias reales de los casos y la comisión o no, por parte de los trabajadores, de la conducta que se sancionaba."[107] La importancia del derecho a un recurso para la protección del empleo fue subrayado por la Corte en la observación siguiente:

> No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana.[108]

En el caso de la finca La Exacta, la CIDH concluyó que una demora de más de dos años en resolver la demanda de trabajadores que habían sido despedidos por actividades sindicales vulneró "su derecho a un recurso rápido y eficaz frente a violaciones de la ley que afectaron desfavorablemente su derecho al trabajo y a la libertad de asociación."[109]

---

[105] Corte Interamericana, caso Baena Ricardo (Fondo), párrs. 138-139 (2001).

[106] Ibíd., párrs. 138-139 y 143.

[107] Ibíd., párr. 140.

[108] Ibíd., párr. 134.

[109] CIDH, caso finca La Exacta (Guatemala), párr. 90 (2002).

iii) La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene una serie de observaciones con respecto a la relevancia de los recursos judiciales y de otros recursos efectivos, en la protección de varios de los derechos consagrados por el PIDESC. En una de sus primeras Observaciones Generales, este Comité recuerda que el artículo 2.1 de este Pacto, que establece la obligación genérica de "adoptar medidas (…) para lograr progresivamente (…) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos", contiene una cláusula que reza "en particular la adopción de medidas legislativas."[110] La obligación de tomar medidas legislativas implica la obligación de ofrecer recursos judiciales y/o administrativos para asegurar el cabal cumplimiento de la norma. Señala el Comité: "Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables."[111]

En 1998 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General No. 9, sobre "La aplicación interna" del PIDESC. El análisis del Comité parte del reconocimiento de que la obligación más fundamental del Estado es la de "dar efectividad" a los derechos consagrados por el PIDESC. La cláusula del artículo 2 que requiere la adopción de todos los medios apropiados representa un enfoque "amplio y flexible que permite tener en cuenta las particularidades del sistema legal y administrativo de cada Estado, así como otras consideraciones pertinentes."[112] No obstante esta flexibilidad, cada Estado Parte tiene la obligación ineludible de

---

[110] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, párr. 3 (1990).

[111] Ibíd., párr. 5.

[112] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 9, párr. 1 (1998).

"utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto."[113] En particular, "las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos."[114] Además "En general las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales".[115] A continuación se cita la parte más pertinente del análisis del Comité:

> 9. El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación[*] (aunque sin limitarse en modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para

---

[113] Ibíd., párr. 2.

[114] Ibíd., párr. 3.

[115] Ibíd., párr. 4.

[*] De conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del PIDCP, los Estados "se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos" que se enuncian en él, "sin discriminación alguna".

que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales.

10. En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. (…) A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

11. El Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene en sistemas en que se prevé tal opción. Es más, en el momento de su redacción se rechazaron con firmeza los intentos de incluir en el Pacto una disposición específica en el sentido de que no tenía aplicación inmediata. En la mayoría de los Estados, la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al poder ejecutivo ni al legislativo. (…) De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata. (…)

14. Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

15. Generalmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última. Las garantías de igualdad y no discriminación deben interpretarse, en la mayor medida posible, de forma que se facilite la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales.[116]

---

[116] Ibíd. (se omiten los títulos).

Las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a vivienda, salud y alimentación analizan los aspectos de estos derechos que son justiciables y deben ser tutelados por recursos idóneos. La Observación General No. 4, relativa al derecho a vivienda adecuada, contiene la siguiente enumeración no taxativa de los aspectos de este derecho susceptibles de tutela judicial:

> a) [recursos judiciales] destinados a evitar desahucios planeados o demoliciones (…) b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas.(…)[117]

En su Observación General No. 7 sobre la problemática del desalojo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales profundizó su análisis de la importancia de los recursos al señalar lo siguiente:

> Antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzoso, en particular los que afectan a grandes grupos de personas, los Estados Partes deberían velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza. Deberían establecerse recursos o procedimientos legales para los afectados por las órdenes de desalojo. Los Estados Partes deberán velar también por que todas las personas afectadas tengan derecho a la debida indemnización por los bienes personales o raíces de que pudieran ser privadas. (…)[118]

---

[117] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, párr. 17 (1991).

[118] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 7, párr. 13 (1997).

Cuando se considere que el desalojo está justificado, debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad. A este respecto, cabe recordar en particular la Observación General Nº 16 del Comité de Derechos Humanos relativa al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que la injerencia en el domicilio de una persona sólo puede tener lugar "en los casos previstos por la ley".[119]

Aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.[120]

---

[119] Ibíd., párr. 14. Se cita también la parte de la Observación General No. 16 que establece que la legislación debe "especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrían autorizarse estas injerencias" y debe ser coherente con las demás "disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto."

[120] Ibíd., párr. 15.

Las Observaciones Generales No. 12 y 14 señalan, en términos más generales, que toda persona o grupo cuyo derecho a la alimentación adecuada o la salud haya sido vulnerado debe tener acceso a "recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados."[121]

---

[121] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12, párrs. 32-33 (1999), y Observación General No. 14, párr. 59 (2000), respectivamente.

Capítulo 7
Derecho a la intimidad, honra, reputación y personalidad jurídica

7.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 16

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Artículo V. Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar.

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Artículo IX. Derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.

Artículo X. Derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia.

Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia.

Artículo XVII. Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles.

Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

7.2 Normativa complementaria

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. (…)

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: (…)

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

Declaración sobre la Libertad de Expresión[1]

3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

7.3 Consideraciones generales

Durante la última década se ha registrado un aumento significativo de la jurisprudencia universal e interamericana sobre el derecho a la intimidad o a la vida privada, denominación esta última consagrada por los instrumentos internacionales. Existe también una jurisprudencia incipiente pero interesante sobre el derecho a la personalidad jurídica.

El derecho a la intimidad tiene dos facetas principales: una que tutela la confidencialidad o inviolabilidad del hogar, de las comuni-

---

[1] Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el año 2000.

caciones y de las relaciones familiares, y otra que consagra el derecho del individuo a desarrollar su personalidad. Esta convergencia entre el derecho a la vida privada y el derecho a la personalidad jurídica, es decir, entre derechos que rigen distintos aspectos de la personalidad del individuo, justifica la decisión de analizar ambos temas en el mismo capítulo.

El derecho a la honra y a la reputación se incluyen en el presente capítulo porque los instrumentos internacionales los consagran en el mismo artículo que el derecho a la vida privada. De los cuatro instrumentos que forman el principal marco de referencia, sólo la Convención Americana consagra el derecho a la rectificación o respuesta. Este derecho es, en realidad, un recurso que sirve para tutelar el derecho a la honra y reputación, lo que explica la decisión de abordarlo en el presente capítulo. De la misma manera, el derecho del individuo a tener acceso a la información sobre sí mismo que obra en bancos de datos, con el fin de exigir su rectificación o eliminación, cuando proceda, es esencialmente un recurso dirigido a la protección del derecho a la intimidad, honra y reputación. Por tanto, se ha decidido abordarlo en el presente Capítulo, a pesar de que en el sistema interamericano se considera parte del derecho a la información.[2]

El derecho a la intimidad está muy vinculado con otros derechos. El derecho a la confidencialidad del hogar y a las comunicaciones está estrechamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia y al debido proceso de las personas acusadas penalmente (véase el Capítulo 5). Este derecho también está vinculado al derecho de expresión, sobre todo porque la protección de los derechos de terceros es un bien jurídico que permite limitar la libertad de expresión (véase el Capítulo 10). El derecho a la intimidad de la familia está vinculado con el derecho de la familia a recibir protección (véase el Capítulo 13). El derecho a desarrollar la personalidad sin injerencias indebidas está vinculado con la libertad de creencias, la

---

[2] Véase el artículo 3 de la Declaración sobre la Libertad de Expresión.

prohibición de la discriminación (Capítulos 9 y 15, respectivamente) y el derecho a un nombre. Varias facetas del derecho a la intimidad están relacionadas con el derecho de las personas privadas de libertad a un trato humano, así como con los derechos de la familia de un preso (véase el Capítulo 2). El derecho a la personalidad jurídica, por su parte, está vinculado con el derecho a recurrir a la justicia y a igual protección de la ley (Capítulos 6 y 15, respectivamente).

7.4 Derecho a la intimidad

i) La doctrina del Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos adoptó en 1988 una Observación General sobre el artículo 17 del PIDCP que consagra el derecho a la intimidad, a la honra y a la reputación. La parte de la Observación relativa a la intimidad insiste sobre la obligación del Estado de adoptar legislación para tutelar la intimidad frente a injerencias de todo origen, provengan de autoridades o de particulares.[3] De especial interés es el párrafo 3, según el cual el concepto de injerencia ilegal no significa injerencia prohibida por ley, sino aquélla no autorizada por ley: "El término 'ilegales' significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto".

Para tutelar este derecho eficazmente, señala la Observación del Comité de Derechos Humanos, la legislación debe "especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias" provenientes de autoridades.[4]

---

[3] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párrs. 1, 2.

[4] Ibíd., párr. 8.

A diferencia de muchos artículos del PIDCP el artículo 17 no incorpora expresamente el concepto de necesidad al definir el alcance de los límites y las restricciones permitidas.[5] No obstante, según la doctrina del Comité de Derechos Humanos este concepto constituye el criterio adecuado para determinar la licitud de las injerencias en la intimidad. La Observación señala al respecto lo siguiente:

> Como todas las personas viven en sociedad, la protección de la vida privada es por necesidad relativa. Sin embargo, las autoridades públicas competentes sólo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad en el sentido que tienen con arreglo al Pacto.[6]

Al igual que otras artículos del PIDCP, el artículo 17 prohíbe las injerencias (o privaciones) ilegales o arbitrarias en el goce del derecho tutelado. Como se señala en otros capítulos, los extremos de ilegalidad y arbitrariedad son complementarios. La Observación reitera la doctrina sobre este principio al indicar que las medidas que afectan a la intimidad deben ser autorizadas por el derecho interno y por tanto son legales y, además, deben estar "en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y (…) en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso."[7] Asimismo, el Comité señala que cada medida que afecte este derecho requiere una decisión individualizada de parte de la autoridad competente: "La decisión correspondiente competerá sólo a la autoridad designada por la ley a ese efecto, que dará la autorización necesaria tras examinar cada caso en particular."[8]

---

5 El requisito de necesidad figura en los artículos relativos a la libertad de circulación y residencia (art. 12.3), el derecho a un proceso público (art. 14.1), la libertad de manifestar su religión o creencias (art. 18.3), la libertad de expresión (art. 19.3), la libertad de reunión (art. 20) y la libertad de asociación (art. 21.3).

6 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 7.

7 Ibíd., párr. 4.

8 Ibíd., párr. 8.

El derecho a la intimidad protege la vida privada del individuo, así como "su familia, su domicilio o su correspondencia". El término "domicilio" incluye no sólo la residencia, sino también "el lugar donde una persona (…) ejerce su ocupación habitual, según el Comité."[9] Con respecto a medidas que afectan a las distintas dimensiones específicas de la intimidad, la Observación señala lo siguiente:

> El cumplimiento del artículo 17 exige que la integridad y el carácter confidencial de la correspondencia estén protegidos ***de jure*** y ***de facto***. La correspondencia debe ser entregada al destinatario sin ser interceptada ni abierta o leída de otro modo. Debe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones. Los registros en el domicilio de una persona deben limitarse a la búsqueda de pruebas necesarias y no debe permitirse que constituyan un hostigamiento. Por lo que respecta al registro personal y corporal, deben tomarse medidas eficaces para garantizar que esos registros se lleven a cabo de manera compatible con la dignidad de la persona registrada. Las personas sometidas a registro corporal por funcionarios del Estado o por personal médico que actúen a instancias del Estado serán examinadas sólo por personas de su mismo sexo.[10]

En los quince años que han pasado desde que el Comité de Derechos Humanos adoptó la Observación General No. 16, el proceso de examen de los informes de los Estados Partes ha ofrecido al Comité la oportunidad de manifestar sus criterios sobre otros aspectos del derecho a la intimidad. La relevancia de estas observaciones depende de la manera en que son formuladas y la frecuencia con que se expresan. Cuando el Comité señala categóricamente que una ley o práctica no es compatible con el PIDCP, este criterio obviamente

---

[9] Ibíd., párr. 5.

[10] Ibíd., párr. 8.

tiene más valor que cuando manifiesta una preocupación; y cuando reitera la misma observación con respecto a varios Estados, no cabe duda que la observación constituye una interpretación firme.

El Comité de Derechos Humanos ha instado en muchas oportunidades a los Estados a limitar la potestad de las autoridades para intervenir comunicaciones telefónicas y de otra índole. En sus observaciones sobre el Informe de Lesotho, por ejemplo, el Comité insistió en que esta facultad debe estar "bajo supervisión independiente", y en sus observaciones sobre los Informes de Jamaica y de Eslovaquia, indicó que esta facultad debe estar sujeta a vigilancia judicial independiente.[11] En una oportunidad recomendó que la competencia para autorizar escuchas telefónicas y registros de domicilio fuera transferida de la fiscalía a los tribunales, y en otra, que la autoridad para interceptar artículos (envíos por correo) fuese sujeta "a estricta supervisión judicial."[12]

En sus Observaciones finales sobre un informe de Israel, el Comité indicó que, teniendo en cuenta las dificultades que los palestinos encuentran para obtener permisos para la construcción de casas, la demolición de hogares construidos ilegalmente "contraviene directamente la obligación de garantizar, sin discriminación alguna, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias al domicilio", además del derecho a escoger libremente su lugar de residencia y del derecho a igual protección de la ley.[13]

---

[11] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Lesotho (A/54/40, párr. 267, 1999), de Jamaica (A/53/40, párr. 67, 1997), y de Eslovaquia (A/52/40, párr. 384, 1997).

[12] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Belarús y de Zimbabwe (A/53/40, párrs. 151 y 227, 1997 y 1998 respectivamente). Véanse también las observaciones finales sobre el informe de China relativo a Hong Kong (A/55/40, párr. 243, 1999).

[13] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Israel (A/53/40, párr. 320, 1998).

ii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos

En una decisión reciente, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el allanamiento violento de una residencia familiar, realizado por un comando encapuchado que entró por el techo a las 2 de la madrugada, había sido violatorio del artículo 17 del PIDCP. No se formalizó acusación alguna contra los ocupantes de la casa, que incluían niños y una anciana inválida, y las autoridades reconocieron posteriormente que la medida había sido autorizada por error. La decisión del Comité hizo hincapié en que, aunque el allanamiento hubiera sido legal, a tenor del derecho interno el Estado no había ofrecido motivos suficientes para justificarlo, de manera que había que concluir que, en todas las circunstancias del caso, los hechos representaban una injerencia arbitraria en dicho domicilio.[14] Habida cuenta de esta conclusión, el Comité consideró innecesario pronunciarse sobre las consecuencias del allanamiento para la honra y reputación del dueño de la casa.

En su Observación General sobre el artículo 17, el Comité de Derechos Humanos señaló que "en cuanto al término 'familia', los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se le interprete como un criterio amplio que incluye a todas las personas que componen la familia, tal como se entiende ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate."[15] En una decisión adoptada en 1997, el Comité aplicó un criterio amplísimo para interpretar el alcance de este concepto. Algunos miembros de la población indígena de Tahití se quejaron de la destrucción de un antiguo cementerio donde estaban sepultados los restos de sus familiares por la construcción de un complejo turístico aprobado por las autoridades. El Estado arguyó que "considerar que los restos de una tumba, cual-

---

[14] Comité de Derechos Humanos, caso Rojas García c. Colombia, párr. 10.3 (2001).

[15] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 5. Véase también la Observación General No. 19, sobre el derecho de la familia a protección, párr. 2.

quiera sea su antigüedad y aunque no resulten identificables, pueden quedar incluidos en el concepto de 'familia', constituiría una interpretación indebidamente amplia e impracticable del término."[16] El Comité discrepó y llegó a la conclusión siguiente:

> El Comité observa que los objetivos del Pacto exigen que el término "familia" se interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad de que se trate. De ello se desprende que al definir el término "familia" en una situación concreta se deben tener en cuenta las tradiciones culturales. Las reclamaciones de los autores revelan que éstos consideran que la relación con sus antepasados constituye un elemento esencial de su identidad y cumple una función importante en su vida familiar. Esto no ha sido rebatido por el Estado Parte; tampoco ha objetado el Estado Parte el argumento de que el cementerio en cuestión desempeña un papel importante en la historia, cultura y vida de los autores. El Estado Parte ha impugnado la reclamación de los autores sólo por el hecho de que no han establecido un vínculo de parentesco entre los restos descubiertos en el cementerio y ellos mismos. El Comité considera que el hecho de que los autores no hayan establecido un vínculo de parentesco directo no puede invocarse en contra de ellos en las circunstancias de la comunicación, en que el cementerio en cuestión es anterior a la llegada de los colonos europeos y se reconoce como lugar que contiene restos de los antepasados de los actuales habitantes polinesios de Tahití. Por consiguiente, el Comité concluye que la construcción de un complejo hotelero en el terreno de un cementerio ancestral de los autores sí interfirió en el derecho de éstos a la protección de la familia y la vida privada. El Estado Parte no ha demostrado que esa injerencia haya sido razonable en las circunstancias del caso y nada en la información de que dispone el Comité demuestra que el Estado Parte haya tenido debidamente en cuenta la importancia del cementerio para los autores cuando decidió arrendar el terreno para la construcción de un complejo hotelero. El Comité llega a la conclusión de que

---

[16] Comité de Derechos Humanos, caso Hopu y otros c. Francia, párr. 5.10.

> ha habido una injerencia arbitraria en el derecho de los autores a la protección de la familia y la vida privada, en violación del párrafo 1 del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23.[17]

El Comité de Derechos Humanos aludió al derecho de intimidad de la familia en el caso Mónaco, relativo a la adopción irregular y privación de identidad del bebé de una mujer desaparecida bajo el antiguo régimen militar. Sobre este particular, el Comité comentó que "En cuanto al derecho a la vida privada de Ximena Vicario y su abuela es evidente que el secuestro de Ximena Vicario, la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por S. S. constituyen numerosos actos de injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada y en su vida familiar, en violación de lo dispuesto en el artículo 17 del Pacto."[18] En otra decisión el Comité concluyó que el incumplimiento de órdenes judiciales que reconocían el derecho de un padre divorciado a tener contactos regulares con su hijo menor era violatorio del artículo 17.2 del PIDCP.[19]

El Comité de Derechos Humanos desarrolló el concepto del derecho al libre desarrollo de la personalidad o identidad en su decisión en el caso Coeriel. El párrafo más pertinente de la decisión es el siguiente:

> La primera cuestión que debe determinar el Comité es si el artículo 17 del Pacto protege el derecho a elegir el propio apellido y a cambiar de

---

17 Ibíd., párr. 10.3 (cuatro miembros del Comité discreparon de esta conclusión).

18 Comité de Derechos Humanos, caso Mónaco y otra c. Argentina, párr. 10.4 (1995). Las conclusiones formales del Comité no reafirman esta observación, porque este alegato era inadmisible *ratione temporis*, pero sí concluyó que el Estado había incumplido sus obligaciones relativas al derecho de la niña a protección. Véase la sección 7.7 sobre personalidad jurídica, y la parte del Capítulo 13 sobre los derechos del niño.

19 Comité de Derechos Humanos, caso L. P. c. la República Checa, párr. 7.2 (2002).

> apellido. El Comité observa que el artículo 17 prevé, entre otras cosas, que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia. El Comité considera que la noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola. El Comité considera que el apellido constituye un componente importante de la identidad de una persona y que la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada incluye la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en el derecho a elegir el propio apellido y a cambiar de apellido. Por ejemplo, si un Estado obligara a los extranjeros a cambiar de apellido, ello constituiría una injerencia que violaría el artículo 17. Se plantea la cuestión de si la negativa de las autoridades a autorizar un cambio de apellido no supera también el límite de las injerencias permitidas en el sentido del artículo 17.[20]

Después de constatar que la medida era autorizada por la legislación interna, y por tanto no era ilegal, el Comité de Derechos Humanos pasó a considerar si la decisión debería considerarse arbitraria. El análisis del Comité sobre este último requisito fue el siguiente:

> En el presente caso, la solicitud de los autores de que se reconociera el cambio de sus nombres de pila a nombres hindúes para poder proseguir sus estudios religiosos había sido atendida en 1986. El Estado Parte basó su rechazo de la solicitud de que se cambiaran también sus apellidos alegando que los autores no habían demostrado que los cambios deseados fueran esenciales para seguir sus estudios, que los apellidos tenían connotaciones religiosas y que no sonaban a neerlandeses. El Comité opina que los motivos para limitar así los derechos de los autores con arreglo al artículo 17 no son razonables. Por lo tanto, en las

---

[20] Comité de Derechos Humanos, caso Coeriel c. Países Bajos, párr. En su Observación General No. 19, sobre el derecho de casarse y formar una familia y la igualdad de esposos, el Comité indica que ambos esposos tienen derecho a continuar utilizando su propio apellido, párr. 6.

> circunstancias del presente caso, el rechazo de la solicitud de los autores fue arbitrario en el sentido del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto.[21]

Esta decisión ilustra bien el enfoque empleado por el Comité de Derechos Humanos para analizar posibles violaciones de este derecho: primero, determinar si la medida impugnada afecta el derecho en cuestión; segundo, establecer si la medida es legal y, por último, decidir si la manera en que la ley fue aplicada en el caso concreto fue razonable o arbitraria.

El Comité de Derechos Humanos desarrolló su jurisprudencia sobre la arbitrariedad de las injerencias en la vida privada en el caso Toonen, relativo a la licitud de unas disposiciones penales que tipificaban como delito las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. En cuanto al impacto de la legislación sobre la vida privada de los interesados el Comité señaló:

> En lo que atañe al artículo 17, es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de "vida privada" y que en la actualidad el Sr. Toonen se ve realmente afectado por el mantenimiento de las leyes impugnadas. El Comité considera que [las disposiciones impugnadas] del Código Penal de Tasmania representan una "injerencia" en la vida privada del autor, aun cuando esas disposiciones no se apliquen desde hace un decenio. En ese contexto, el Comité señala que la política del ministerio público de no entablar acciones penales en relación con una conducta homosexual privada no constituyen una garantía de que en el futuro no se iniciarán acciones contra homosexuales (…) En consecuencia, el mantenimiento de las disposiciones impugnadas representa una "injerencia" continua y directa en la vida privada del autor.[22]

En cuanto al criterio de arbitrariedad, el Comité de Derechos Humanos reafirmó la doctrina sentada al manifestar que "el requisi-

---

[21] Comité de Derechos Humanos, caso Coeriel c. Países Bajos, párr. 10.5.

[22] Comité de Derechos Humanos, caso Toonen c. Australia, párr. 8.2.

to de ser razonable implica que cualquier injerencia en la vida privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso."[23] De particular interés es la forma rigurosa en que el Comité aplicó este criterio al evaluar las pretendidas justificaciones de estas disposiciones penales que, según las autoridades, tutelaban la salud y la moral públicas. En lo que respecta a la pretendida protección de la salud pública, el Comité observó que "la penalización de las prácticas homosexuales no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH y del SIDA" ya que carece de eficacia para tal efecto.[24] En cuanto a la moral pública, el Comité consideró peligroso el argumento porque podría justificar casi toda injerencia en la vida privada. El hecho de que las disposiciones impugnadas no se hubieran aplicado durante varios años, señaló del Comité, invalidaba el argumento de que podían considerarse necesarias para este efecto.[25]

Las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre los informes de varios Estados partes confirman su jurisprudencia en el sentido de que el artículo 17 tutela la vida sexual consensual de adultos y que las legislaciones que tipifican delitos como la sodomía deben ser derogadas.[26] En una oportunidad, el Comité calificó de violación del derecho a la vida íntima la práctica de empresas del sector privado de hacer "preguntas personales indiscretas" a mujeres en búsqueda de empleo, de suministrar drogas anticonceptivas a sus empleadas y obligarlas a someterse a pruebas de embarazo.[27] Normalmente, la problemática del aborto es abor-

---

[23] Ibíd., párr. 8.3.

[24] Ibíd., párr. 8.5.

[25] Ibíd.

[26] Véanse, por ejemplo, sus Observaciones finales sobre los informes de Chile (A/54/40, párr. 216, 1999), Lesotho (A/54/40, párr. 256, 1999), Tanzania (A/53/40, párr. 407, 1998) y Estados Unidos (A/50/40, párr. 287, 1995).

[27] Observaciones finales sobre el Informe de México (A/54/40, párr. 329, 1999).

dada por el Comité desde la perspectiva de sus implicaciones para el derecho a la vida (véase la sección 15.7 del Capítulo 15 sobre los derechos de la mujer). Pero en una oportunidad, refiriéndose a una disposición legal que obligaba a los profesionales de salud a denunciar los casos de mujeres que se habían sometido a abortos ilegales, el Comité indicó que "El Estado Parte debe proteger el carácter confidencial de la información médica". Con respecto a una disposición legal que permitía a las autoridades de inmigración exigir una prueba de ADN para confirmar la relación biológica entre dos personas, el Comité señaló que "La prueba de ADN puede tener importantes repercusiones en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 17", y por tanto no debe ser practicada en forma rutinaria, sino únicamente "cuando sea necesario y apropiado para determinar los vínculos familiares (…)".[28] En cuanto a la intimidad de la persona, en una decisión reciente el Comité estableció que en ausencia de toda oferta de justificación por parte del Estado, las requisas corporales de un preso vulneraron su derecho a la intimidad.[29]

En el caso Fei, el Comité de Derechos Humanos concluyó que "Incluso graves inconvenientes provocados por las actuaciones judiciales en causas en las que [la interesada] sea parte, no pueden ser considerados como injerencia 'arbitraria' o 'ilegal' en la vida privada (…)".[30] En otra decisión, el Comité indicó que la obligación de proporcionar a las autoridades fiscales información sobre sus ingresos y la naturaleza de sus actividades profesionales era compatible con el derecho a la intimidad.[31]

---

[28] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Dinamarca (A/56/40, párr. 17 2000).

[29] Comité de Derechos Humanos, caso Boodoo c. Trinidad y Tobago, párr. 6.7 (2002). Véase el capítulo 2.

[30] Comité de Derechos Humanos, caso Fei c. Colombia, párr. 8.8 (1995).

[31] Comité de Derechos Humanos, caso I.P. c. Finlandia, párr. 6.3 (1993).

iii) La jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia de la CIDH sobre el derecho a la intimidad no es muy extensa, pero comprende decisiones importantes sobre la intimidad de la persona y la intimidad del domicilio.

En cuanto a la intimidad de la persona, la decisión más importante es la del caso conocido como X y Y, relativo a una mujer y su hija, quienes fueron obligadas a someterse a una revisión o inspección vaginal para poder realizar una visita de contacto personal al esposo y padre, preso en una prisión de alta seguridad. El caso fue examinado por la CIDH a la luz de los artículos 5, 11, 19 y 23 de la Convención Americana, que consagran el derecho a la integridad física, la intimidad y la protección del niño y de la familia. La CIDH subrayó que "las revisiones o inspecciones vaginales son un tipo de requisa excepcional y muy intrusiva", y que si bien "puede adoptarse excepcionalmente para garantizar la seguridad en ciertos casos específicos, no puede sostenerse que su aplicación sistemática a todos los visitantes sea una medida necesaria para garantizar la seguridad pública".[32] Desde la perspectiva doctrinal, la parte más interesante de la decisión consiste en la aplicación en forma rigurosa del principio de necesidad para determinar la licitud de la medida, a pesar de que este requisito no figura ni en el artículo 11, ni en los demás artículos citados.[33] El principio se manifiesta en los primeros incisos del párrafo siguiente:

> La Comisión estima que para establecer la legitimidad excepcional de una revisión o inspección vaginal, en un caso en particular, es necesario que se cumplan cuatro condiciones: 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; 2) no debe existir alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud.[34]

---

[32] CIDH, caso X y Y c. Argentina, párr. 68 (1996).

[33] Ibíd., párrs. 72-74.

[34] Ibíd., párr. 72.

Con respecto al artículo 11, la CIDH afirma lo siguiente:

> El artículo 11.2 prohíbe específicamente la interferencia "arbitraria o abusiva" de ese derecho. La disposición indica que, además de la condición de legalidad, que se debe observar siempre cuando se imponga una restricción a los derechos consagrados en la Convención, el Estado tiene la obligación especial de prevenir interferencias "arbitrarias o abusivas". La idea de "interferencia arbitraria" se refiere a elementos de injusticia, imposibilidad de predecir, y falta de razonabilidad que ya tuvo en cuenta la Comisión al encarar los aspectos de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las revisiones e inspecciones.[35]

La jurisprudencia también reconoce que el abuso y la violencia sexual vulneran el derecho a la intimidad, además de la integridad personal. En una decisión importante, la CIDH observó que: "(…) el abuso sexual, además de constituir una violación a la integridad física y mental de la víctima, implica un ultraje deliberado a su dignidad. En este sentido, se transforma en una cuestión que queda incluida en el concepto de 'vida privada'."[36] Cuando los hechos son conocidos por la comunidad, la humillación de las víctimas también puede tener consecuencias graves para éstas y su familia.[37]

En cuanto a la intimidad del domicilio, la jurisprudencia más relevante se refiere al caso del expresidente del Perú, Alan García. El asunto fue examinado a la luz de la Declaración Americana que, a diferencia de la Convención Americana, no contiene disposiciones expresas sobre la licitud de las restricciones a estos derechos. No obstante, la Comisión aplica el principio de legalidad, aparentemente en cuanto principio general de derecho. La decisión establece al respecto lo siguiente:

---

35 Ibíd., párr. 92.

36 CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, pp. 200-201 (1996). Véanse también los Capítulos 2 y 15 sobre el derecho a la integridad personal y los derechos de la mujer, respectivamente.

37 CIDH, caso Hermanas González c. México, párrs. 42 y 45.

(…) el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto; por el contrario, su ejercicio se encuentra habitualmente restringido por la legislación interna de los Estados.

La garantía de la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados cede cuando existe una orden de allanamiento fundada extendida por una autoridad judicial competente donde se establecen las razones de la medida adoptada y donde constan el lugar a allanarse y las cosas que serán objeto de secuestro.[38]

En concreto, la CIDH llegó a la conclusión siguiente:

(…) el allanamiento del domicilio del Dr. García y la incautación de documentación privada perteneciente a su familia –acciones perpetradas por tropas del Ejército peruano– se realizaron con total inobservancia de los requisitos procedimentales previstos en la Constitución. La transgresión de dichos requisitos indica que el Gobierno de Perú omitió garantizar al Dr. Alan García y a su familia el pleno ejercicio de su derecho a la privacidad.[39]

La parte más valiosa de esta jurisprudencia es el vínculo establecido entre el derecho a la intimidad y el derecho al debido proceso. La Comisión señala al respecto:

La inviolabilidad del domicilio es una de las garantías implícitas del mencionado artículo [8 de la Convención]. En efecto, además de operar como una garantía del derecho a la privacidad, es una garantía del debido proceso en tanto establece un límite legal a la recolección de la prueba incriminatoria de un individuo imputado de un delito. Para el caso que se realice el allanamiento de un domicilio incumpliendo con los procedimientos constitucionales apropiados, tal garantía impide que la prueba obtenida sea valorada en una decisión judicial posterior. De

---

38 CIDH, caso Alan García c. Perú, p. 102 (1994).

39 Ibíd., p. 103.

este modo, en la práctica opera como una regla de exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente.

7.5 Derecho a la honra y reputación

La jurisprudencia interamericana sobre el derecho a la honra y reputación, aunque no es muy extensa, es más importante que la universal. La única decisión del Comité de Derechos Humanos que merece traerse a colación es la del caso Birindwa, en la cual el Comité consideró la falsificación de los archivos médicos de un individuo para certificar que padecía trastornos mentales, como violatoria del derecho a la honra y reputación.[40] La Observación General sobre el artículo 17 del PIDCP se limita a afirmar que los Estados Partes tienen la obligación de adoptar legislación que garantice estos derechos y recursos eficaces para hacer valer dichas normas.[41]

La Corte Interamericana examinó un alegato relativo al derecho a la honra y reputación en el caso Cesti Hurtado, habiendo llegado a la conclusión siguiente:

> La Corte considera que un proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona. El proceso sirve al objetivo de resolver una controversia, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallan sujetos al enjuiciamiento con los demás, o prácticamente inevitable que así sea de sostenerse otra cosa, quedaría excluida de plano la solución de los litigios por la vía contenciosa. Por otra parte, la sanción aplicada al cabo de este proceso tampoco se dirige a menoscabar esos valores de la persona, en otros términos, no entraña o pretende el descrédito del reo, como ocurrió en el caso de una pena infamante, que suspende precisamente a esa intención.[42]

---

40 Comité de Derechos Humanos, caso Birindwa y otro c. Zaire, párrs. 11.4, 12.7 y 13 (1989).

41 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 11.

42 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cesti Hurtado c. Perú (Fondo), párr. 177 (1999).

Si bien a priori el hecho de ser acusado, enjuiciado y condenado no vulnera estos derechos, la Corte Interamericana reconoció que las consecuencias de un proceso penal pueden afectar el honor y la buena reputación de un individuo cuando se llevan a cabo con desconocimiento de la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso.[43] No obstante, en el caso concreto, la Corte decidió considerar las posibles consecuencias del juicio en estos derechos en la etapa de reparaciones, y finalmente concluyó que su propia sentencia, que declaraba dichas medidas violatorias de los derechos del condenado, constituía una reparación suficiente.[44]

La mayor parte de la jurisprudencia de la CIDH se refiere a acciones de las autoridades que desprestigian intencionadamente a las víctimas. El caso Ortiz, por ejemplo, se refiere a una religiosa que fue secuestrada y presuntamente torturada por agentes de las fuerzas de seguridad. Cuando los hechos fueron denunciados, el Estado, en vez de investigarlos en forma objetiva y eficaz, se empeñó en desprestigiar a la víctima. Frente a estos hechos, la CIDH llegó a la conclusión siguiente:

> Además, altos funcionarios del Gobierno violaron las disposiciones del artículo 11(1) cuando asaltaron el honor y la reputación de la Hermana Ortiz de manera reiterada y arbitraria, al declarar que sus alegaciones eran una historia preparada, que había montado su propio secuestro y que trabajaba con grupos que tenían como objetivo colocar a Guatemala en una posición difícil. Son especialmente graves las declaraciones de los funcionarios del Gobierno que manifiestan que las heridas de la Hermana Ortiz fueron el resultado de una cita amorosa, probablemente de lesbianas. Esas declaraciones constituyeron una afrenta grave al honor y la reputación de la Hermana Ortiz, basada en gran medida en su labor como monja católica orientada a mejorar las condiciones de vida de grupos indígenas pobres en Guatemala.[45]

---

43 Ibíd., párr. 178.

44 Ibíd.; Reparaciones, párr. 59 (2001).

45 CIDH, caso Ortiz c. Guatemala, párr. 117 (1996).

Otra decisión similar es la del caso Riebe Starr y otros, que trata de tres religiosos expulsados de un país bajo acusación de apoyar a un movimiento subversivo. En este caso, la CIDH indicó que el derecho a la honra y reputación había sido vulnerado no sólo por una "campaña de desprestigio emprendida por el Estado en su contra (…) que se les presentó a la opinión pública como transgresores irresponsables y como una amenaza para la paz", sino también porque "fueron expuestos a la opinión pública mexicana e internacional como peligrosos delincuentes; sin embargo, en virtud del proceder de las autoridades al expulsarlos sumariamente, jamás tuvieron la oportunidad de defenderse de los graves cargos criminales en su contra."[46]

En el caso Robles Espinosa la CIDH hace la siguiente descripción de los hechos que consideró violatorios del derecho a la honra y reputación:

> De lo expresado anteriormente, la Comisión observa que se encuentra debidamente probado en autos que autoridades del Estado peruano han dado declaraciones y emitido comunicados, en los cuales se señala al General Robles como responsable de traicionar al Ejército del Perú y desprestigiar a las Fuerzas Armadas, por denunciar a varios oficiales militares de alto rango en la comisión de delitos y violaciones a los derechos humanos. La forma en que se ha denigrado al General Robles, el hecho de que se le haya acusado de mentiroso, cobarde y traidor, los dibujos y afiches denigratorios de su imagen, que fueron consignados en autos, constituyen un atentado en contra de la dignidad y honra del General Robles, ya que con ello se ha lesionado directamente su fama y reputación, y más cuando los procesos penales instruidos en su contra han sido concluidos a través de la aplicación de leyes de amnistía, y cuando las denuncias presentadas por el General Robles han sido debidamente comprobadas por las autoridades judiciales competentes. La campaña de desprestigio contra el General Ro-

---

[46] CIDH, caso Riebe Star y otros c. México, párrs. 96 y 95, respectivamente.

bles demuestra además la desviación del poder en la actitud de hostigamiento público en su contra, para denigrar su nombre ante la opinión pública y dentro de las Fuerzas Armadas.[47]

El caso Gallardo Rodríguez trata sobre un alto oficial de las fuerzas armadas de México quien fue objeto de reiteradas investigaciones y acusaciones por delitos que nunca fueron comprobados. Representantes del gobierno y del ministerio de defensa hicieron declaraciones públicas en las cuales se le acusaba de "haber cometido distintos delitos tipificados en la legislación", de "estar planeando desestabilizar al país para luego dar un golpe de Estado", y de haber "mostrado siempre una conducta reprochable".[48] Después de invocar la presunción de inocencia, la CIDH declaró que "se encuentra debidamente probado en autos que autoridades del Gobierno mexicano han dado declaraciones y emitido comunicados en los que se culpa al General Gallardo de hechos que no han sido demostrados, por lo que se considera se ha atentado contra su dignidad y su honra, ya que se ha lesionado directamente su fama y reputación, y más cuando existen decisiones judiciales que lo han declarado absuelto, lo cual demuestra una actitud de hostigamiento público en su contra."[49]

7.6 Derecho de rectificación y bancos de datos

i) El derecho de rectificación de informaciones inexactas publicadas por los medios de comunicación

La Convención Americana reconoce el derecho de las personas cuyo honor y reputación han sido afectados por la publicación de una información inexacta a un determinado tipo de reparación. El

---

47 CIDH, caso Robles Espinosa c. Perú, párr. 143.

48 CIDH, caso Gallardo Rodríguez c. México, párr. 74 (1996).

49 Ibíd., párr. 76.

artículo 14.1 de la Convención define este derecho en los términos siguientes:

> Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

El tercer párrafo del artículo agrega que las personas responsables de los medios de comunicación no estarán protegidas por inmunidades ni gozarán de fuero especial.

Ni la Declaración Americana, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni el PIDCP consagran expresamente este derecho. No obstante, cabe presumir que el derecho de rectificación tiene validez universal porque es una forma concreta del derecho a reparación, que es universalmente reconocido. En otras palabras, el derecho de rectificación debe considerarse una forma concreta del derecho a un recurso eficaz, cuyo propósito es reparar violaciones del derecho a la honra y reputación. La relación entre el artículo 11 de la Convención Americana relativo al derecho a la honra y reputación, y los artículos 8 y 25 sobre el derecho a un recurso y a la protección judicial, fue reconocida por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-7/86 sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta.[50]

Esta institución se sustenta también en la deontología profesional, como reconoce el artículo II de la Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación en el párrafo siguiente:

---

[50] La relación entre el artículo 14.1 de la Convención Americana, el artículo 11 relativo al derecho a la honra y reputación, y los artículos 8 y 25 sobre el derecho a un recurso y a la protección judicial, fue reconocida por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-7/86, párrs. 23 y 34.

> Considerando asimismo que, conforme a la ética profesional, todos los corresponsales y agencias de información, en el caso de que se haya demostrado que ciertos despachos informativos transmitidos o publicados por ellos son falsos o tergiversados, deberían seguir la práctica establecida de transmitir por los mismos medios, o de publicar, rectificaciones de tales despachos; (…)[51]

No se ha desarrollado una jurisprudencia significativa sobre este derecho.

ii) El derecho de acceso a información sobre sí mismo

El Comité de Derechos Humanos ha reconocido como corolarios del derecho a la vida privada la obligación de los Estados de controlar la recopilación y el almacenaje de información personales en bancos de datos, así como el derecho del individuo a obtener acceso a información sobre sí mismo que obre en archivos y bancos de datos públicos y privados. La Observación General No. 16 establece al respecto lo siguiente:

> La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de†personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y por que nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más

---

[51] Convención sobre el derecho internacional de rectificación de 1952. Este instrumento, que entró en vigor en 1962, no es un instrumento de derechos humanos, pues consagra el derecho de los Estados partes a exigir rectificación de información publicada en el plano internacional falsa o tergiversada y capaz de perjudicar a su prestigio, dignidad o relaciones con otros Estados (artículo 2).

> eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación.[52]

La CIDH ha adoptado la misma posición en la Declaración sobre la Libertad de Expresión aprobada en el año 2000 y cuyo Principio 3 reza así:

> Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.[53]

Los comentarios sobre la Declaración contenidos en la Relatoría para la Libertad de Expresión tienen particular relevancia debido a que fueron hechos por el Relator que preparó el proyecto de declaración.[54] Por ello, los comentarios sobre el Principio 3 merecen citarse en extenso:

> Este principio se refiere a la acción de hábeas data. La acción de hábeas data se erige sobre la base de tres premisas: 1) el derecho de cada persona a no ser perturbado en su privacidad, 2) el derecho de toda persona a acceder a información sobre sí misma en bases de datos públicos y privados para modificar, anular o rectificar información sobre su perso-

---

52 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 10.

53 Relatoría para la Libertad de Expresión, Informe Anual CIDH, 2000, vol. 3, p. 1.

54 Ibíd., pp. 16-17.

na por tratarse de datos sensibles, falsos, tendenciosos o discriminatorios y 3) el derecho de las personas a utilizar la acción de hábeas data como mecanismo de fiscalización. Este derecho de acceso y control de datos personales constituye un derecho fundamental en muchos ámbitos de la vida, pues la falta de mecanismos judiciales que permitan la rectificación, actualización o anulación de datos afectaría directamente el derecho a la privacidad, el honor, la identidad personal, la propiedad y la fiscalización sobre la recopilación de datos obtenidos.

Esta acción adquiere una importancia aún mayor con el avance de nuevas tecnologías. Con la expansión en el uso de la computación e Internet, tanto el Estado como el sector privado tienen a su disposición en forma rápida una gran cantidad de información sobre las personas. Por lo tanto, es necesario garantizar la existencia de canales concretos de acceso rápido a la información para modificar información incorrecta o desactualizada contenida en las bases de datos electrónicas. Asimismo, la acción de hábeas data impone ciertas obligaciones a las entidades que procesan información: el usar los datos APRA los objetivos específicos y explícitos establecidos; y garantizar la seguridad de los datos contra el acceso accidental, no autorizado y la manipulación. En los casos en que entes del Estado o del sector privado hubieran obtenido datos en forma irregular y/o ilegalmente, el peticionario debe tener acceso a dicha información, inclusive cuando ésta sea de carácter clasificada.

En cuanto al carácter fiscalizador de la acción de hábeas data, es importante destacar que en algunos países del hemisferio, dicha acción constituye un importante mecanismo de control de la actividad de las agencias de seguridad e inteligencia del Estado. El acceso a los datos personales permite verificar la legalidad utilizada por parte de estas agencias del Estado en la recopilación de datos de las personas. El acceso a dicha información, por otra parte, habilita al peticionario a conocer la identidad de los involucrados en la recopilación ilegal de datos, habilitando la sanción legal para sus responsabilidades.

> Para que la acción de hábeas data sea llevada a cabo con eficiencia, se deben eliminar las trabas administrativas que obstaculizan la obtención de la información y deben implementarse sistemas de información de fácil acceso, simples y de bajo costo para el solicitante. De lo contrario, se consagraría formalmente una acción que en la práctica no contribuye a facilitar el acceso a la información.[55]

7.7 Personalidad jurídica

i) La doctrina y jurisprudencia universal

El Comité de Derechos Humanos no ha adoptado ninguna observación general sobre el artículo 16 del PIDCP, pero ha hecho referencia al derecho a la personalidad jurídica en su Observación sobre la igualdad de la mujer cuya parte pertinente señala lo siguiente:

> El derecho que enuncia el artículo 16 en el sentido de que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica es particularmente pertinente en el caso de la mujer, que suele verlo vulnerado en razón de su sexo o su estado civil. Este derecho supone que no se puede restringir en razón del estado civil o por otra causa discriminatoria la capacidad de la mujer para ejercer el derecho de propiedad, concertar un contrato o ejercer otros derechos civiles. Supone también que la mujer no puede ser tratada como un objeto que se entrega a su familia junto con la propiedad del marido difunto.[56]

La jurisprudencia sobre este derecho es escueta. En su decisión reciente sobre admisibilidad de un caso sobre el derecho a la nacionalidad y residencia, el Comité de Derechos Humanos manifestó que la denuncia "plantea cuestiones relacionadas con el artículo 16

---

[55] Ibíd., párrs. 12-15.

[56] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, párr. 19 (2000).

del pacto respecto a la Sra. Toala y su hijo (…) ya que no fueron tratados como personas por derecho propio, sino como adiciones al Sr. Toala, quien fue considerado inmigrante irregular."[57] No obstante, el Comité no se pronunció sobre el fondo de este alegato, por falta de agotamiento de los recursos internos[58] (véase el Capítulo 8 sobre otros aspectos del caso).

En el caso Mónaco, mencionado arriba, el Comité de Derechos Humanos consideró que no se había vulnerado el derecho a la personalidad jurídica porque "En realidad, los tribunales del Estado Parte han tratado de establecer su identidad y le han expedido los correspondientes documentos de identidad."[59] No obstante, el Comité también concluyó que "la demora en establecer legalmente el verdadero nombre de la Srta. Vicario y en emitir documentos de identidad también constituyó una violación del párrafo 2 del artículo 24 del Pacto, que tiene por objeto fomentar el reconocimiento de la personalidad legal del niño".[60]

En sus observaciones finales sobre los informes de distintos Estados Partes al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha calificado como violatorio del artículo 16 la imposición de castigos colectivos así como la práctica de retener a militantes de ciertas organizaciones en detención administrativa como rehenes, para incentivar la puesta en libertad de soldados capturados por ellas.[61] En una oportunidad, el Comité también indicó que el reconocimiento de normas religiosas sobre el matrimonio, que depositan el poder de consentimiento en los parientes masculinos de la mujer, viola el artículo 16, además de otras disposiciones del PIDCP.[62]

---

57 Comité de Derechos Humanos, caso Toala y otros c. Nueva Zelanda, párr. 6.4 (2001).

58 Ibíd., párr. 10.

59 Comité de Derechos Humanos, caso Mónaco y otra c. Argentina, párr. 10.2.

60 Ibíd., párr. 10.5.

61 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de Libia (A/54/40, párr. 132, 1998) y de Israel (A/53/40, párr. 317, 1998).

62 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de Argelia (A/53/40, párr. 361, 1998).

ii) La jurisprudencia interamericana

La Corte Interamericana hace una importante exégesis de este derecho en el caso Bámaca Velásquez. Refiriéndose al artículo 3 de la Convención declara que:

> El citado precepto debe interpretarse a la luz de lo establecido por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que textualmente establece: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales". El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes.[63]

En el caso concreto, la Corte Interamericana concluyó que no se había vulnerado este derecho porque se había comprobado la muerte de la víctima. Su razonamiento fue el siguiente:

> Naturalmente, la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no procede, en esta circunstancia, invocar la supuesta violación del derecho a la personalidad jurídica o de otros derechos consagrados en la Convención Americana. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 de la Convención Americana tiene, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio.[64]

La jurisprudencia de la CIDH considera que la desaparición forzada vulnera el derecho a la personalidad jurídica, entre otros derechos, porque conlleva la exclusión de las víctimas "del orden jurídico

---

[63] Corte Interamericana, caso Bámaca (Fondo), párr. 179 (2000).

[64] Ibíd., párr. 180.

e institucional del Estado."[65] A pesar de la sentencia en el caso Bámaca esta jurisprudencia parece válida cuando la suerte de la persona sigue siendo desconocida.

La jurisprudencia de la CIDH también establece que la legislación que permite la detención de inmigrantes ilegales por un plazo indefinido sin derecho a recurrir a los tribunales para hacer valer su derecho a la libertad, es violatoria del derecho a la personalidad jurídica y a la justicia, al tenor de los artículos XVII y XVIII de la Declaración Americana.[66]

[65] CIDH, Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas (Perú), párr. 231 (2001).

[66] CIDH, caso Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos, párr. 243 (2001).

Capítulo 8
El derecho a la nacionalidad, derecho de residencia, libertad de circulación y asilo

8.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 13

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

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

Artículo 14

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

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 15

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Artículo VIII

Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad.

Artículo XIX

Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.

Artículo XXVII

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

Artículo 13

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Artículo 24

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 20. Derecho a la nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Artículo 22. Derecho de circulación y de residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

8.2 Normativa complementaria

Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado

Artículo 1. Definición del término "refugiado"

A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

2) Que (…) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Artículo 26. Libertad de circulación

Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general.

Artículo 28. Documentos de viaje

1. Los Estados Contratantes expedirán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados documentos de viaje que les permitan trasladarse fuera de tal territorio, a menos que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional; (…)

Artículo 31. Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio

1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.

Artículo 32. Expulsión

1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.

Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución (*refoulement*)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Artículo 34. Naturalización

Los Estados Contratantes facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible derechos y gastos de tales trámites.

Principios rectores de los desplazamientos internos

Principio 12

1.Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.

2. Para dar efecto a este derecho, los desplazados internos no podrán ser recluidos o confinados en campamentos. Si en circunstancias excepcionales la reclusión o el confinamiento resultan absolutamente necesarios, su duración no será superior a la impuesta por las circunstancias. (…)

Principio 14

1. Todo desplazado interno tiene derecho a la libertad de circulación y a la libertad de escoger su residencia.

2. En particular, los desplazados internos tienen derecho a circular libremente dentro y fuera de los campamentos u otros asentamientos.

Principio 15

Los desplazados internos tienen derecho a:

(a) Buscar seguridad en otra parte del país;

(b) Abandonar su país;

(c) Solicitar asilo en otro país; y

(d) Recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y salud se encuentren en peligro.

Convención de los derechos del niño

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Convención para reducir los casos de apatridia [sic]

Artículo 1

1. Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida. Esta nacionalidad se concederá:

a) De pleno derecho en el momento del nacimiento, o

b) Mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate. (…)

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 9

1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 22

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.

3. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.

4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.

5. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.

6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.

7. Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.

8. Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje.

Artículo 29

Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad.

Artículo 39[1]

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.

2. Los derechos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no estarán sujetos a ninguna restricción, salvo las que estén establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público,

---

[1] Este artículo forma parte de la Parte IV de la Convención sobre los trabajadores migratorios documentados o en situación regular y sus familias.

la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en la presente Convención.

Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven

Artículo 5

1. Los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos: (…)

2. A reserva de las restricciones que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales pertinentes, así como los enunciados en la presente Declaración, los extranjeros gozarán de los siguientes derechos:

a) El derecho a salir del país; (…)

3. Con sujeción a las disposiciones indicadas en el párrafo 2, los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado gozarán del derecho a circular libremente y a elegir su residencia dentro de las fronteras de ese Estado.

4. Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él.

8.3 Consideraciones generales

i) Alcance del capítulo

El presente capítulo aborda un conjunto de derechos relacionados entre sí, a saber: el derecho a la nacionalidad, el derecho a la

residencia, la libertad de circulación, el derecho a salir de su país, el derecho a buscar asilo y el principio de no devolución.

El derecho a la nacionalidad ha sido incluido en el presente capítulo por estar íntimamente vinculado con el de la residencia, en el sentido del derecho a permanecer en un país. El derecho a residir en un país ha sido considerado –junto con los políticos– como uno de los pocos derechos fundamentales de la persona que depende de la nacionalidad o ciudadanía del sujeto. Hoy día se reconoce que en circunstancias excepcionales, el extranjero también puede convertirse en el sujeto de este derecho con respecto a un Estado con el que tiene lazos importantes diferentes de la nacionalidad. El extranjero, aún cuando no tiene derecho de residir en un país que no es el suyo, tiene el derecho a no ser expulsado de éste sino de conformidad con el principio de legalidad y con el respeto al debido proceso. Este derecho, que puede considerarse una manifestación del derecho del debido proceso es, en principio, privativo del extranjero que se halle legalmente en el país.

La libertad de circulación –calificada por el Comité de Derechos Humanos de "condición indispensable para el libre desarrollo de la persona"[2]– es patrimonio de todo individuo, aunque con algunos matices, como se verá oportunamente. La libertad de circulación consiste en el derecho de desplazarse sin escollo dentro del territorio del país en el cual uno se encuentra. Por su parte, el derecho a salir del país es, en cierta forma, una manifestación de la libertad de circulación en el ámbito internacional. La obligación de permitir y facilitar la salida de personas que desean ejercer esta libertad recae principalmente sobre el país de nacionalidad, pero el país en cuyo territorio se encuentra el extranjero también tiene la obligación de respetar este derecho.

El presente Capítulo aborda el derecho a buscar asilo y refugio, conceptos histórica y jurídicamente distintos, sobre todo en América Latina, pero que en la actualidad tienden a usarse como sinóni-

---

[2] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 1.

mos. El derecho de los refugiados es tan extenso que se considera como una rama del derecho internacional. El capítulo hace énfasis en la definición de refugiado, incluyendo las llamadas cláusulas de exclusión y el principio de no devolución o ***non-refoulement***, que se aborda desde dos perspectivas: primero como principio central del derecho internacional de los refugiados que protege a las personas que huyen de persecución y, segundo, como manifestación del principio general relativo a la responsabilidad indirecta del Estado por las violaciones cometidas por otros Estados.

Otro tema de reciente reconocimiento y gran relevancia se refiere a los derechos de las personas desplazadas dentro de su propio país, a veces conocidas como "refugiados internos". La sección dedicada a este tema contiene una síntesis de los principios rectores sobre la materia elaborados en el seno de las Naciones Unidas, con énfasis en el derecho a no ser desplazado y el derecho de los desplazados a la eventual reintegración a su lugar de origen.

Cabe recordar que ciertos aspectos de la extradición, incluso la obligación de no extraditar en determinadas circunstancias, han sido abordados en las secciones sobre la pena de muerte del Capítulo 1. El tema de la detención de inmigrantes ilegales, incluyendo a los solicitantes de asilo se trató en el Capítulo 5, relativo a la libertad personal. Los derechos del extranjero se analizan en el Capítulo 14, sobre la igualdad y no discriminación.

8.4 Derecho a la nacionalidad

i) Las tres dimensiones del derecho a la nacionalidad

El derecho a la nacionalidad tiene tres elementos esenciales: el derecho a adquirir una nacionalidad, a no ser privado arbitrariamente de su nacionalidad y a cambiar su nacionalidad. Este derecho está consagrado por las dos Declaraciones de 1948, así como por el PIDCP y la Convención Americana. No obstante, no todos estos instrumentos reconocen cada uno de los tres aspectos del derecho a la

nacionalidad. El artículo 15 de la Declaración Universal reconoce los tres. El artículo XIX de la Declaración Americana consagra solamente el derecho a "tener la nacionalidad que legalmente le corresponda" y a cambiarla, mientras que el artículo 20 de la Convención Americana sí reconoce los tres elementos consagrados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Curiosamente, el PIDCP reconoce apenas el derecho a adquirir una nacionalidad, y eso sólo en cuanto derecho del niño. El derecho a no ser privado de su nacionalidad arbitrariamente y el derecho a cambiarla no están plasmados en el PIDCP.

ii) El derecho a adquirir una nacionalidad

Si bien ambas Declaraciones y el PIDCP reconocen el derecho de toda persona (o niño en el caso del PIDCP) a tener o adquirir una nacionalidad, no definen la obligación correspondiente del Estado. El derecho comparado reconoce cuatro maneras de adquirir una nacionalidad. El niño generalmente adquiere la del país en cuyo territorio nace (***jus soli***) o la de sus padres o de uno de ellos (***jus sanguinis***). Un adulto puede adquirir la nacionalidad por matrimonio o por naturalización. La adquisición de una nueva nacionalidad por un adulto puede también beneficiar a sus dependientes. La ausencia de referencia a la obligación del Estado con respecto a la adquisición de la nacionalidad en las Declaraciones y en el PIDCP debilita el reconocimiento de este derecho, dejando a los Estados una discreción amplia en cuanto a las modalidades de su incorporación al derecho interno. La obligación reconocida por el artículo 20.2 de la Convención Americana, que en efecto establece la obligación del Estado de otorgar la nacionalidad a toda persona nacida en su territorio a menos que el individuo tenga otra nacionalidad por ***jus sanguinis***, representa un avance importante en la materia.

La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 7) y la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios (art. 29), al igual que el PIDCP, reconocen el derecho del niño a una nacionali-

dad sin precisar la naturaleza de las obligaciones correspondientes al Estado. La Convención sobre el estatuto de los refugiados (art. 34) establece la obligación programática de "facilita[r] en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados", y la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (art. 9) dispone que la mujer tendrá igual derecho que los hombres para adquirir una nacionalidad y para transmitirla a sus hijos.

El instrumento internacional que más contribuye a llenar el vacío dejado por las grandes declaraciones de derechos humanos y por el PIDCP con respecto a las obligaciones del Estado en esta materia es la Convención para reducir los casos de apátridas. Adoptada en 1954, la Convención obliga a los Estados partes a permitir la adquisición de su nacionalidad por *jus solis* y por *jus sanguinis*, con respecto a personas que, de otra forma, quedarían apátridas. La primera frase de su artículo 1 reza: "Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida", precisando enseguida que la nacionalidad puede estar concedida "De pleno derecho en el momento del nacimiento" o "Mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate (…)" (art. 1, párr. 1 a) y b). En la segunda hipótesis, la solicitud no puede ser rechazada, a no ser por incumplimiento de algunas de las condiciones enumeradas taxativamente en el artículo 2 de la Convención, las cuales incluyen, en particular, un periodo de residencia (que no puede superar diez años) y la ausencia de antecedentes penales graves (art. 1, párr. 2b) y c).[3] Estas condiciones están a su vez sujetas a excepciones que facilitan la adquisición de la nacionalidad de una persona quien, de otro modo, quedaría apátrida (véanse los párrafos 3 a 5 del artículo 1). Para reducir los casos de apátridas, la Convención también obliga al Estado parte a otorgar su nacionalidad a personas nacidas fuera de su

[3] Los apartados a) y d) tienen que ver con el plazo para formular la solicitud y la condición de apátrida.

territorio, si uno de los padres es nacional en el momento del nacimiento y si el niño, de otra manera, quedaría apátrida (art. 4). Esta disposición está sujeta a condiciones similares a las que se aplican a la adquisición de nacionalidad por ***jus soli*** (art. 4.1 b) y 4.2).

La doctrina y jurisprudencia sobre el derecho a adquirir una nacionalidad es poca y se limita a la naturalización. En su Opinión Consultiva OC-4/84, "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica", relacionada con la naturalización, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) consideró que una ley que no priva a ningún nacional de su nacionalidad no puede considerarse incompatible con el artículo 20 de la Convención, aún cuando esta ley deja sin nacionalidad a personas casadas con nacionales que han perdido su nacionalidad de origen.[4] En otras palabras, la Opinión considera que el artículo 20 de la Convención no limita la discreción que siempre ha caracterizado la potestad de los Estados con respecto a la naturalización.[5] Esta Opinión también considera razonable establecer requisitos para la naturalización, tales como el conocimiento del idioma, historia y valores nacionales.[6] Las diferencias en los requisitos que dependían de la nacionalidad del candidato a la naturalización no fueron consideradas discriminatorias, mientras que las diferenciaciones basadas en el sexo, sí (véase el Capítulo 15). Una decisión del Comité de Derechos Humanos también reconoce implícitamente el margen de apreciación de los Estados con respecto a la naturalización. En el caso Stewart, el Comité observa que denegar la naturalización con base en los antecedentes penales de un individuo no sería arbitrario, aun cuando la persona tuviera vínculos muy estrechos con el país.[7]

---

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-4/84, "Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización", párrs. 42 y 48.

5 Ibíd., párrs. 36 y 42.

6 Ibíd., párr. 63.

7 Comité de Derechos Humanos, caso Stewart c. Canadá, párr. 12.6 (1994).

Si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no ha desarrollado una jurisprudencia sobre el derecho a la nacionalidad, ha hecho algunas observaciones sobre esta materia en estudios sobre la situación de los derechos humanos en ciertos países. Un estudio publicado en 1991 señala que, habida cuenta del reconocimiento de la nacionalidad por *jus solis* en la legislación de la República Dominicana, la expulsión de personas de origen haitiano nacidas en su territorio y la destrucción de los documentos que permitirían comprobar su derecho a la nacionalidad, constituía una violación del derecho a la nacionalidad a tenor del artículo 20.3 de la Convención.[8]

iii) La privación de nacionalidad

El derecho de la persona a no ser privada de su nacionalidad no es absoluto, según la normativa internacional. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana como la Convención Americana imponen la misma condición a la privación de nacionalidad, a saber: que no puede llevarse a cabo en forma arbitraria. Otros instrumentos de derechos humanos establecen restricciones de otro tipo. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece "que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambian automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obligan a adoptar la nacionalidad del cónyuge" (art. 9.1). La Convención para reducir los casos de apátridas condiciona la privación de una nacionalidad a la posesión o adquisición de otra (arts. 5 a 10).

La Corte Interamericana adoptó una sentencia importante sobre la privación de la nacionalidad en el caso Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización. El derecho nacional no reconocía la

---

[8] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Anual sobre la situación de haitianos en la República Dominicana, 1991, p. 292.

pérdida de nacionalidad sino por renuncia expresa.[9] La Corte concluyó que el afectado había sido privado de su nacionalidad en forma ilegal –en primer lugar porque se basó en motivos no reconocidos por la legislación pertinente y, en segundo lugar, por haber sido decretada por un órgano sin competencia– y que la ilegalidad de la media la hacía arbitraria y por tanto violatoria del artículo 20 de la Convención Americana.[10] El hecho de que la víctima fuera peruana por naturalización no era relevante, según la sentencia, puesto que "la Convención Americana reconoc[e] el derecho a la nacionalidad sin diferenciar la forma en que ésta haya sido adquirida, sea por nacimiento, por naturalización o por algún otro medio consagrado en el derecho del Estado respectivo."[11]

La CIDH ha sido renuente a reconocer la licitud de la privación de nacionalidad. En una oportunidad comentó:

> El derecho de poseer una nacionalidad y no ser privado arbitrariamente de ella ha sido reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Tan elemental derecho, por otra parte, ha sido respetado por todos los países del hemisferio, los cuales han contemplado en sus constituciones la pérdida de la nacionalidad únicamente en virtud de causales que importan una verdadera desvinculación voluntaria de la persona –manifestada implícita o explícitamente– con respecto al Estado del que es nacional. La pérdida de la nacionalidad como sanción por actos políticos ha sido una muestra de intolerancia extraña a la legislación y práctica de este hemisferio y ha constituido una grave regresión.[12]

En otra oportunidad la CIDH calificó de "grave violación al derecho de residencia y tránsito y al derecho a la nacionalidad que la

---

9 Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein (Fondo), párr. 89 (1999).

10 Ibíd., párrs. 95-96.

11 Ibíd., párr. 90.

12 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985, p. 157, párrs. 1-2.

Comisión condena enfáticamente" la privación de libertad de personas que habían dejado el territorio nacional en forma irregular.[13]

La doctrina del Comité de Derechos Humanos compensa en cierta forma la ausencia en el PIDCP de una disposición relativa a la privación de nacionalidad, por abordar esta problemática desde la perspectiva del derecho de toda persona a entrar a su país, consagrado por el párrafo cuarto del artículo 12. En su Observación General No. 27, el Comité indica expresamente que la privación de nacionalidad puede ser una modalidad de la privación del derecho a entrar a su propio país.[14] El Comité aplicó esta doctrina en el caso Toala, relativo a las consecuencias de una ley que privó a un gran número de samoanos de la nacionalidad neozelandesa. Samoa estuvo bajo tutela de Nueva Zelanda por mandato de la Sociedad de Naciones por varias décadas, y en 1983 una decisión del Consejo Privado reconoció a todos los samoanos nacidos entre 1924 y 1949 la nacionalidad neozelandesa.[15] Poco después, Nueva Zelandia promulgó una ley privando de su nacionalidad a los samoanos no residentes en su territorio. El Comité consideró que esta medida no había sido arbitraria, puesto que las personas afectadas habían adquirido la nacionalidad neozelandesa en forma involuntaria y no tenían vínculos de nacimiento ni descendencia con Nueva Zelandia, y que antes de la pérdida de nacionalidad nunca habían solicitado pasaporte neozelandés ni pretendido ejercer ningún derecho propio de la ciudadanía neozelandesa.[16]

---

13 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, 1983, p. 133, párr. 42.

14 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 21.

15 El Consejo Privado (en inglés *Privy Council*), mencionado en muchas decisiones del Comité de Derechos Humanos, es un órgano compuesto por miembros del Parlamento del Reino Unido que funciona como tribunal de última instancia en los países del Commonwealth.

16 Comité de Derechos Humanos, caso Toala y otros c. Nueva Zelandia, párr. 11.5 (2001).

iv) El derecho a cambiar de nacionalidad

El contenido del derecho a cambiar de nacionalidad no está bien definido, en parte porque los instrumentos internacionales que lo reconocen no precisan las obligaciones correspondientes. La Declaración Americana aclara que "Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, ***por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela***" (art. XIX. Énfasis agregado). Esta cláusula parece indicar que la obligación de permitir a una persona ejercer este derecho descansa principalmente sobre el país a cuya nacionalidad se desea renunciar a fin de adquirir otra. Esta interpretación es coherente con la doctrina que reconoce la discrecionalidad de los Estados en cuanto al otorgamiento de la nacionalidad por vía de la naturalización.[17]

La jurisprudencia relativa al derecho a cambiar la nacionalidad es muy limitada. En el caso Estiverne, la CIDH abordó una problemática particular: la recuperación de una nacionalidad a la cual se había renunciado. La CIDH concluyó que el derecho a cambiar de nacionalidad comprendía el derecho de una persona que había renunciado a su nacionalidad de origen mientras vivía en el exilio durante un largo periodo de represión a recuperar su nacionalidad original.[18] En este caso, el derecho de las personas en dicha situación a recuperar su nacionalidad les era reconocido constitucionalmente, pero no estaba reglamentado. Existían, además, una serie de agravantes, entre ellos la expulsión del individuo del territorio nacional y la denegación de un recurso efectivo, medidas presuntamente motivadas por las críticas que la víctima había formulado contra el gobierno de turno, y concebidas para impedir su ejercicio del derecho a participar en las elecciones previstas.[19] En tales circunstancias, la CIDH no dudó en considerar que la denegación de la solicitud de recuperación de nacionalidad era arbitraria. No obstante, no existe otra jurisprudencia sobre la recuperación de la nacionalidad de origen.

---

17 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84, supra.

18 CIDH, caso Estiverne c. Haití, párr. resolutivo 1 (1988).

19 Ibíd., considerando 1.

Cabe recordar, en este contexto, la observación del Comité de Derechos Humanos en el sentido de que "El derecho a volver [a su propio país] reviste la máxima importancia en el caso de los refugiados que desean la repatriación voluntaria".[20]

8.5 Derecho de residencia

i) Reseña de la normativa pertinente

El derecho a establecer y escoger una residencia se desprende de distintas disposiciones de la normativa internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos prohíbe el "destierro arbitrario" y reconoce el derecho de toda persona a "regresar a su país" así como el derecho a "elegir su residencia en el territorio de un Estado" (arts. 9, 13.2 y 13.1, respectivamente). En cuanto al PIDCP, el artículo 12.4 dispone que "Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país", y el artículo 12.1 consagra el derecho de "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado" a "escoger libremente en él su residencia." El PIDCP admite restricciones al derecho a residencia siempre y "cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto" (art. 12.3).

La Declaración Americana reconoce en forma incondicional el derecho del nacional a "fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional" (art. VIII). La Convención Americana también reconoce en su artículo 22.5 el derecho absoluto de los nacionales a entrar y permanecer en su país de nacionalidad. La CIDH hizo hincapié en el carácter absoluto de este derecho en el comentario siguiente:

---

[20] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 19.

> En concepto de la Comisión, el derecho a vivir en la patria emana del carácter social del individuo, que sólo en sociedad puede desarrollarse, y de la constatación de que dicho carácter se ha expresado históricamente en el desarrollo de las naciones, como comunidades naturales, y en su constitución jurídica como Estados (…) Si hay un derecho que, en principio, es absoluto, es el derecho a vivir en la patria, de tal modo incorporado al ser humano que la doctrina lo llama "atributo de la personalidad".[21]

El primer párrafo del artículo 22 de la Convención dispone que "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a (…) residir en él con sujeción a las disposiciones legales" (art. 12.1). Este derecho, al igual que el derecho a circulación, está sujeto a las restricciones siguientes:

> 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
>
> 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

La Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios reconoce el derecho de los trabajadores documentados a escoger libremente su residencia en el país en el cual trabajan, sujeto a condiciones similares a las mencionadas en el artículo 12.3 del PIDCP (art. 39).

Este concepto, como se desprende de las disposiciones antes citadas, contiene dos aspectos, el derecho a permanecer en un país, y

---

[21] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985, p. 141, párr. 5.

el derecho a decidir dónde fijar residencia dentro de su territorio. El énfasis dado a estos aspectos y los sujetos reconocidos varían de un instrumento y de un sistema a otro. La normativa del sistema universal pone más énfasis en el derecho a escoger su lugar de residencia dentro del territorio del Estado; el PIDCP reconoce a toda persona que se halle legalmente en el país como titular de este derecho, mientras que la Declaración Americana es ambigua al respecto. La normativa interamericana se refiere al derecho a residir o fijar residencia, sin referencia expresa al derecho a escoger el lugar de residencia.[22] Si bien para la Declaración Americana este derecho es privativo de nacionales, la Convención lo extiende a toda persona que se halle legalmente en el territorio.

ii) La doctrina y la jurisprudencia universales sobre la libertad de residencia de nacionales

La doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre la libertad de residencia y circulación está contenida en la Observación General 27. La Observación señala que este derecho se aplica a todo el territorio de un Estado, incluso tratándose de Estados federativos, y recalca que el artículo 12 no permite prohibir "la entrada y permanencia de una persona a una parte específica del territorio".[23] Los motivos del individuo que pretende establecer residencia en un lugar determinado no deben tener incidencia sobre el ejercicio de este derecho.[24] El derecho de residencia "incluye la protección contra toda forma de desplazamiento interno forzado", a menos que el desplazamiento cumpla con los requisitos de legalidad y necesidad establecidos por el párrafo 3 del artículo 12.[25]

---

[22] No obstante, la jurisprudencia interamericana reconoce este aspecto del derecho de residencia, como se verá enseguida.

[23] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párrs. 5 y 7.

[24] Ibíd., párr. 5.

[25] Ibíd., párr. 7.

La parte de la citada Observación relativa a las restricciones a la libertad de residencia se aplica, en general, también a la libertad de circulación y al derecho a salir de cualquier país. En una alusión al artículo 29 de la Declaración Universal, la Observación indica que el principio de "necesidad" significa que una medida puede considerarse "necesari[a] en una sociedad democrática."[26] En seguida hace algunas observaciones adicionales sobre este principio:

> (…) los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho (véase el párrafo 1 del artículo 5); no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.
>
> (…) no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.
>
> El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.[27]

---

[26] Ibíd., párr. 11. Se hace alusión al artículo 27 de la Declaración Universal.

[27] Ibíd., párrs. 13-15.

Como ejemplo de una restricción que sería, en principio, compatible con el PIDCP, se cita la protección de las regiones habitadas por comunidades indígenas.[28]

En el caso Birindwa, el Comité de Derechos Humanos consideró como violación de la libertad de circulación las medidas administrativas de exilio interno impuestas.[29] Cabe presumir que dichas medidas, motivadas por las actividades políticas de las víctimas e impuestas sin el debido proceso, también podrían considerarse violatorias de la libertad de residencia. En una decisión adoptada en 1998, el Comité consideró que la decisión de un militante político de exiliarse debido al temor a ser detenido arbitrariamente y a ser maltratado no podía considerarse una violación de su derecho a permanecer en su país, a pesar de que esta persona se exilió después de haber permanecido casi un año en detención arbitraria en condiciones violatorias del artículo 7 del PIDCP".[30] No obstante, en una decisión reciente sobre el caso Jiménez Vaca el Comité reconoció el exilio de una persona como violación del derecho de residir en su país, a pesar de los argumentos del Estado que afirmaba que "la violación de (…) derechos tales como el de la libre circulación no pueden ser imputables al Estado cuando se trata de hechos generados indirectamente por actos de violencia" por actores no estatales.[31] La conclusión del Comité fue la siguiente:

> (…) a la luz de la conclusión del Comité de que hubo violación del derecho del autor a la seguridad personal (art. 9, párr. 1) y a su estimación de que no había recursos efectivos en la jurisdicción interna que permitiesen al autor regresar con seguridad de su exilio involuntario, el Comité concluye que el Estado Parte no ha garantizado el derecho del

---

28 Ibíd., párr. 16.

29 Comité de Derechos Humanos, caso Birindwa y otro c. Zaire, párrs. 11.5, 12.2, 12.7 y 13.

30 Comité de Derechos Humanos, caso Mukunto c. Zambia, párr. 9.10.

31 Comité de Derechos Humanos, caso Jiménez Vaca c. Colombia, párr. 7.4 (2002).

autor a permanecer en su país, a regresar a él y a residir en su territorio. Por consiguiente, ha habido violación de los párrafos 1 y 4 del artículo 12 del Pacto.[32]

iii) La doctrina y la jurisprudencia universal sobre el derecho de residencia de extranjeros

En su Observación General No. 27, el Comité de Derechos Humanos comenta que el derecho "a entrar en su propio país", plasmado en el párrafo cuarto del artículo 12 del PIDCP, comprende el derecho a permanecer en el país, o sea, el derecho a establecer residencia en éste.[33] La Observación señala, además, que el concepto de "propio país" es más amplio que el del "país de su nacionalidad":

> (…) El alcance de la expresión "su propio país" es más amplio que el de "país de su nacionalidad". No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega. El texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, pero no exclusivamente, los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia. (…)[34]

Esta doctrina confirma la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Stewart, un nacional del Reino Unido que se había

---

32 Ibíd.

33 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 19.

34 Ibíd., párr. 20.

instalado en Canadá a los siete años de edad con su madre.[35] A los 30 años de edad, con motivo de sus antecedentes penales, las autoridades inician una investigación con fines de deportación. El individuo manifestó que siempre se había considerado canadiense y que hasta el inició del proceso de deportación ignoraba que sus padres no le habían solicitado dicha nacionalidad.[36] El Comité rechazó la pretensión del extranjero de que Canadá debe considerarse su país a efectos del artículo 12.4, haciendo hincapié en tres factores, a saber: que el individuó no era apátrida; que la legislación canadiense no establece impedimentos irrazonables a la naturalización sino más bien facilita la naturalización de inmigrantes, y que el interesado nunca había solicitado la nacionalidad canadiense, a pesar de haber vivido muchos años en el país.[37]

En su Observación General sobre la situación de los extranjeros con respecto a los derechos consagrados por el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos manifestó lo siguiente:

> El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia.[38]

Esta doctrina tiene raíces en la decisión del Comité de Derechos humanos en el caso Aumeeruddy-Cziffra, en la cual declaró que "la residencia común de marido y mujer ha de considerarse como la situación normal de una familia", de manera que la exclusión de un cónyuge del país de su pareja puede considerarse una injerencia en

---

35 Comité de Derechos Humanos, caso Stewart c. Canadá, párr. 2.1 (1997).

36 Ibíd., párr. 2.2.

37 Ibíd., párrs. 12.5-12.8. Véase también el caso Canepa c. Canadá, párrs. 2.1 y 11.3 (1997).

38 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 5.

la familia, a tenor del artículo 17 del PIDCP, que reconoce el derecho a la intimidad de la familia.[39] Este principio se aplica cualquiera sea la nacionalidad de los cónyuges, de manera que toda medida que impida o condicione la entrada o permanencia del cónyuge de un nacional en el territorio del país de éste, debe ser autorizada por la ley y no puede ser arbitraria.[40] Este principio se aplica también a otros miembros de la familia de un nacional.

En el caso Canepa, el Comité de Derechos Humanos comentó que el requisito de que la medida no sea arbitraria tiene una dimensión procesal y otra sustantiva. En cuanto a esta última, los propósitos, fines y objetivos de la medida deben ser compatibles con el PIDCP y las consecuencias de la exclusión o expulsión para la familia deben guardar proporción con respecto a los objetivos de la medida.[41] En el caso concreto, el Comité consideró que la expulsión de un extranjero mayor de edad, autor de varios delitos, a fin de proteger la seguridad pública no era arbitraria en las circunstancias del caso, a saber: que la persona era soltera sin hijos, y la expulsión no necesariamente significaba la ruptura total de contactos con sus padres y hermano.[42] En el caso Stewart, ya mencionado, el Comité llegó a la misma conclusión, a pesar de que el afectado tenía dos hijas que vivían en Canadá con su exesposa.[43] La decisión reconoce un margen de apreciación con respecto a la manera en que las instancias nacionales competentes sopesan los intereses a favor y en contra de la deportación, siempre y cuando el afectado haya tenido amplias posibilidades de presentar la información pertinente.[44] El caso Winata es el único, hasta la fecha, en el cual el Comité ha considerado la expulsión de un extranjero como una injerencia arbitra-

---

39 Comité de Derechos Humanos, caso Aumeeruddy-Cziffra c. Mauricio, párr. 9.2 (1981).

40 Ibíd.

41 Comité de Derechos Humanos, caso Canepa c. Canadá, párr. 11.4 (1997).

42 Ibíd., párr. 11.5.

43 Comité de Derechos Humanos, caso Stewart c. Canadá, párrs. 4.2 y 12.10 (1997).

44 Ibíd., párr. 12.10.

ria en la intimidad de la familia. Se trata de la deportación de los padres de un joven de 13 años que había nacido en Australia y ostentaba la nacionalidad de este país. El único motivo de la deportación de los padres fue su situación migratoria irregular. El Comité sustentó su conclusión en el análisis siguiente:

> Desde luego, el Pacto no contiene ninguna disposición contra la posibilidad de que un Estado Parte ordene conforme a la ley la salida de quien permanezca en su territorio una vez vencido el permiso de estadía limitada. Como tampoco es suficiente de por sí que un niño nazca o que por ministerio de la ley adquiera la ciudadanía por nacimiento o posteriormente para que la proyectada deportación de uno de sus padres o de ambos sea arbitraria. Por consiguiente, el campo de aplicación del Pacto es bastante amplio como para que los Estados Partes lleven a efecto su política de inmigración o exijan la salida de personas que se encuentren en su territorio legalmente. Ahora bien, estas facultades discrecionales no son ilimitadas y en determinadas circunstancias podrían llegar a utilizarse arbitrariamente. En el presente caso, los dos autores de la comunicación llevan más de 14 años en Australia. Su hijo ha vivido en Australia desde que nació hace 13 años, asistido a la escuela en Australia como cualquier otro niño y establecido los contactos sociales consiguientes. Habida cuenta de ese lapso de tiempo, para evitar la caracterización de arbitrariedad incumbe al Estado Parte demostrar factores que justificarían la expulsión de estas dos personas más allá de la simple aplicación de las leyes de inmigración. En las circunstancias particulares del caso, por tanto, el Comité considera que si el Estado Parte efectivamente expulsa a los autores de la comunicación, estaría cometiendo una injerencia arbitraria en la familia, a diferencia de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto, leído conjuntamente con el artículo 23, con respecto a todas las presuntas víctimas, además de una violación del párrafo 1 del artículo 24 en el caso de Barry Winata por no adoptar las medidas de protección correspondientes en su caso.[45]

---

[45] Comité de Derechos Humanos, caso Winata c. Australia, párr. 7.3 (2001).

La doctrina del Comité de Derechos Humanos indica que cuando un Estado decide admitir a un extranjero, puede imponer restricciones al ejercicio de ciertos derechos: "El consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación, la residencia y el empleo."[46]

iv) La jurisprudencia universal sobre el derecho a entrar a un país para participar en un juicio

En el caso Ben Said, el Comité de Derechos Humanos reconoció que un extranjero puede tener derecho a entrar a un país para efectos temporales, sin derecho a establecer residencia. En este caso, un delincuente expulsado del país de nacionalidad de su exesposa y de sus dos hijas había solicitado un visado a fin de asistir a audiencias relativas al derecho de visita a sus hijas. Cuando la solicitud fue denegada, éste viajó al país, fue detenido y devuelto a su país de nacionalidad sin poder asistir al proceso. El Comité opinó lo siguiente:

> El derecho a ser oído con las debidas garantías por un tribunal imparcial, garantizado en virtud del párrafo 1 del artículo 14, puede hacer necesario que el interesado pueda participar personalmente en las actuaciones judiciales. En esas circunstancias, el Estado Parte tiene la obligación de permitir que la persona esté presente en la audiencia, aun cuando ésta sea un extranjero no residente.[47]

No obstante, en este caso el extranjero estaba representado en el proceso y su abogado no pidió un aplazamiento de la audiencia con el fin de permitir al autor participar personalmente. En estas circunstancias, el Comité de Derechos Humanos concluyó que la continuación del proceso en ausencia del padre no había violado el artículo 14 del PIDCP.

---

[46] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 6.

[47] Comité de Derechos Humanos, caso Ben Said c. Noruega, párr. 11.3 (2000).

v) La jurisprudencia interamericana

Existe una importante jurisprudencia de la CIDH sobre la libertad de residencia y circulación.[48] En el caso Mejía, la CIDH consideró violatorio del derecho de circulación y residencia el desplazamiento forzado de 39 miembros de una población, debido a amenazas que los obligaron a refugiarse fuera de su comunidad.[49] Asimismo, la detención de miembros de la comunidad que pretendieron regresar a sus hogares posteriormente fue analizada en los términos siguientes:

> La Comisión considera que el derecho de circulación y residencia también fue violado cuando miembros de las PACs de la zona detuvieron y amenazaron (...) a las 39 personas que intentaban retornar a sus residencias. En esta ocasión, los miembros de las PACs detuvieron al grupo en el camino a [su comunidad] durante un tiempo significativo, prohibiendo que ingresaran al pueblo, impidiendo de esta manera el derecho de estas personas a circular libremente. Asimismo, el incidente sirvió para intimidar a las personas desplazadas para que no regresaran a vivir en su comunidad, lo que implica una violación al derecho de estas personas a elegir el lugar de residencia.[50]

Asimismo, en el caso Lovato Rivera, la CIDH consideró violatorias de la libertad de circulación y residencia las amenazas contra un detenido puesto en libertad de hacerlo desaparecer si regresaba a su hogar, las que llevaron a la víctima a abandonar su lugar de origen.[51] En el caso Gómez López, la CIDH consideró que la tentativa de asesinato que dejó a la víctima con heridas graves, seguida de un cuadro de vigilancia e intimidación, le "han impedido su residencia en el Estado de Guatemala hasta tal punto que lo han obligado a aban-

---

48 Por lo general, la jurisprudencia interamericana no diferencia entre la libertad de circulación y de residencia.

49 CIDH, caso Mejía y otros c. Guatemala, párr. 64 (1996).

50 Ibíd., párr. 65.

51 CIDH, caso Lovato Rivera c. El Salvador, conclusiones, párrs.1 y 3 (1994).

donar el país para evitar graves peligros contra su vida y su integridad física y moral", vulnerando así su derecho de residencia.[52] En el caso Piché Cuca, concluyó que el reclutamiento forzoso de una persona había sido violatorio de la libertad de circulación, además de la libertad personal.[53]

El derecho de un extranjero a mantener residencia en un país que no es el suyo fue analizado en un informe adoptado por la CIDH en el año 2000, que contiene la siguiente observación al respecto:

> En vista de los principios antes mencionados, se puede observar que, aunque el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el caso particular. En este respecto, la Comisión también ha recibido documentos en los que se alega que en los procedimientos de expulsión no se toma en cuenta suficientemente el derecho a la vida familiar, particularmente cuando está en disputa la expulsión de personas que por largo tiempo han tenido la condición de residentes permanentes. Teniendo en cuenta la naturaleza de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretados en relación con las obligaciones de Canadá en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias.[54]

---

52 CIDH, caso Gómez López c. Guatemala, párr. 97 (1996).

53 CIDH, caso Piché Cuca c. Guatemala, conclusión 1 (1993).

54 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párr. 166.

8.6 La libertad de circulación

i) Reseña de la normativa pertinente

Los parámetros de la libertad de movimiento –también conocida como libertad de tránsito– son consagrados en forma distinta por las Declaraciones de 1948 y por los grandes pactos sobre derechos humanos. La Declaración Americana reconoce este derecho en cuanto derecho de los nacionales, como se ha señalado, mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos es ambigua en cuanto a la relación entre el sujeto del derecho y el sujeto de la obligación correspondiente. Las disposiciones del PIDCP y de la Convención Americana son más armoniosas en tanto ambos instrumentos reconocen a la persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado como titular de la libertad de circulación. Tanto el PIDCP como la Convención también reconocen la licitud de las restricciones a la libertad de circulación, sujetas a los principios de legalidad y necesidad. Los bienes jurídicos que permiten la imposición de restricciones son la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y las libertades de los demás (artículo 12.3 del PIDCP y 22.3 de la Convención Americana). A esta nómina, la Convención Americana agrega la prevención de infracciones. La Convención también contiene una disposición más flexible, que permite restricciones "por razones de interés público", a condición de que sean establecidas por ley y sólo afecten a "zonas determinadas" (véase el artículo 22.4 de la Convención Americana, también aplicable a la libertad de residencia).

El artículo 26 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados dispone, por su parte, que "Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general."

Llama la atención que la libertad de movimiento es uno de los pocos derechos fundamentales de la persona consagrados como ta-

les por la Declaración Universal y otros instrumentos generales sobre la materia, que no figura en la Convención sobre los derechos del niño. La explicación parece ser que el principio de la unidad de la familia, uno de los principios básicos reconocidos por la Convención, prevalece sobre la libertad de residencia del niño como individuo. El artículo 7.1 reconoce el derecho del niño a "conocer sus padres y ser cuidado por ellos", y el 9.1 dispone que "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos (…)", salvo en determinadas circunstancias excepcionales. El artículo 18.1 reconoce la "responsabilidad primordial" de los padres en la crianza del niño, y el Estado, en virtud del artículo 5, se compromete a respetar "las responsabilidades, los derechos y los deberes" de los padres y la familia con respecto a la "dirección y orientación" del niño. La obligación de "luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero" está reconocida por el artículo 11.

ii) La doctrina y jurisprudencia universal

La doctrina del Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 27 considera que "La libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona."[55] Esta Observación también aborda el problema del requisito de hallarse legalmente en el territorio, disponiendo al respecto lo siguiente:

> (…) La cuestión de si un extranjero se encuentra "legalmente" dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecue a las obligaciones internacionales de ese Estado. Al respecto, el Comité ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a

---

[55] Comité de Derechos humanos, Observación General No. 27, párr. 1.

> un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12.*[56]

En su Observación General No. 15, el Comité de Derechos Humanos comenta que "El consentimiento para la entrada [de un extranjero] puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación (…)"[57] No obstante, agrega lo siguiente:

> Una vez que un extranjero se encuentra lícitamente dentro de un territorio, su libertad de circulación en el territorio y su derecho a salir de él pueden limitarse sólo de conformidad con lo previsto en el párrafo 3 del artículo 12. Con arreglo a lo previsto en esa disposición, será necesario justificar las diferencias de trato a ese respecto entre extranjeros y nacionales, o entre diferentes categorías de extranjeros. (…) tales restricciones, entre otras cosas, deben ajustarse a los demás derechos reconocidos en el Pacto (…)[58]

En el caso Celepli, las autoridades habían ordenado la expulsión de un extranjero por considerar que representaba una amenaza a la seguridad nacional. No obstante, debido al riesgo de persecución de dicha persona en su país de nacionalidad, la orden no fue ejecutada y fue sustituida por restricciones a la libertad de residencia. El Estado sostuvo que la orden de expulsión, a pesar de la decisión de no ejecutarla, convirtió en ilegal la presencia de este extranjero en el territorio. El Comité de Derechos Humanos rechazó esta interpretación y concluyó que la persona se hallaba legalmente en el territorio, para efectos del PIDCP, no obstante el criterio de las autoridades nacionales sobre la legalidad.[59]

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce la legitimidad de las restricciones a la libertad de circulación de extran-

---

* Comunicación No. 465/1991, Celepli c. Suecia, párr. 9.2.

[56] Ibíd., párr. 4.

[57] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 6.

[58] Ibíd., párr. 8.

[59] Comité de Derechos Humanos, caso Celepli c. Suecia, párr. 9.2 (1994).

jeros que representan un riesgo a la seguridad o al orden público, pero que no pueden ser devueltos a su país de origen en aplicación del principio de ***non-refoulement*** o por consideraciones afines (véase la sección 8.11). En el caso Celepli, en el cual el extranjero sospechoso de tener vínculos con una organización terrorista fue obligado a permanecer en un municipio de 10 mil personas durante más de cuatro años, el Comité consideró estas restricciones coherentes con el párrafo 3 del artículo 12.[60] En un caso similar y más reciente, de un refugiado sospechoso de dar apoyo a un movimiento terrorista y objeto de una orden de expulsión que fue conmutada por el confinamiento a un determinado departamento, el Comité llegó a la misma conclusión. La decisión en este último caso, el caso Karker, pone menos énfasis en la compatibilidad de las restricciones como tales con el artículo 12 del PIDCP, y mayor énfasis en la manera en que dichas restricciones fueron establecidas, en particular el hecho de que fueron aprobados por los tribunales competentes, a fin de proteger un interés idóneo –la seguridad nacional– y después de considerar las pruebas presentadas por la persona interesada.[61]

Por último, cabe mencionar la doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre la obligación positiva del Estado frente a obstáculos y restricciones a la libertad de circulación impuestos por actores privados. La Observación General No. 27 establece al respecto lo siguiente:

> El Estado Parte debe velar porque se protejan los derechos garantizados por el artículo 12, no sólo de la injerencia pública, sino también de la privada. En el caso de la mujer, esta obligación de proteger es particularmente importante. Por ejemplo, es incompatible con el párrafo 1 del artículo 12 que el derecho de la mujer a circular libremente y elegir

---

[60] Ibíd.

[61] Comité de Derechos Humanos, caso Karker c. Francia, párr. 9.2 (2001). La decisión en el caso Celepli fue tomada por un tribunal municipal en una audiencia cerrada sin permitir al extranjero acceso a los elementos de prueba en su contra.

su residencia esté sujeto, por la ley o por la práctica, a la decisión de otra persona, incluido un familiar.[62]

8.7 El derecho a salir de todo país y el derecho a un documento de viaje

i) El derecho a salir del país

El derecho a salir de cualquier país está reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDCP y fue incorporado a la normativa interamericana por la Convención Americana. Las disposiciones pertinentes de los tres instrumentos son sustancialmente idénticas. Las restricciones a este derecho están regidas por los principios establecidos en los párrafos 3 de los artículos 12 del PIDCP y 22 de la Convención, es decir, los mismos aplicables a la libertad de residencia y circulación (véase la sección 8.6).

La Observación General No. 27 del Comité de Derechos Humanos contiene las observaciones siguientes relativas al derecho a salir de un país:

> La libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país. En consecuencia, dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente. Igualmente, el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica.[63]

El ejercicio de este derecho se ve afectado no sólo por prohibiciones y restricciones, sino también por "trabas (…) burocráticas que afectan innecesariamente el pleno ejercicio de los derechos de las personas a la libre circulación, a salir de un país, incluso del propio,

---

[62] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 6.

[63] Ibíd., párr. 8.

y a adoptar una residencia." Entre las medidas que pueden obstaculizar el libre ejercicio del derecho a salir de un país, la Observación menciona las siguientes:

> Entre esas normas y prácticas figuran la falta de acceso de los solicitantes a las autoridades competentes y la falta de información sobre los requisitos; la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud de pasaporte; la necesidad de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo de la solicitud; la descripción exacta del itinerario; la expedición de pasaportes sólo previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración; las demoras injustificadas en la expedición de documentos de viaje; las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia; el requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta; el requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él; el hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, mediante intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de sus hijos de la escuela o la universidad; la negativa a expedir un pasaporte so pretexto de que el solicitante perjudica el buen nombre del país.[64]

La doctrina recalca que para ser compatible con el PIDCP una restricción no debe ser discriminatoria. En particular, el requisito de que una mujer tenga permiso de su marido, padre u otro pariente masculino vulnera el derecho a salir de un país.[65]

Existe jurisprudencia que reconoce como válidas ciertas restricciones al derecho de salir de un país. En el caso Peltonen, el Comité de Derechos Humanos concluyó que una medida destinada a impedir la salida del territorio nacional de nacionales que no habían cumplido el servicio militar obligatorio era razonable y compatible con

---

[64] Ibíd., párr. 17.

[65] Ibíd., párr. 18. Esta conclusión vale, asimismo, para la libertad de residencia y circulación.

el artículo 12 del PIDCP.[66] En el caso González del Río, el Comité indicó que "una acción penal pendiente puede justificar las restricciones impuestas al derecho de una persona a salir de su país [pero] cuando el procedimiento judicial se demora indebidamente, no se justifica la limitación del derecho a salir del país."[67] No obstante, la prolongación de esta medida durante siete años fue considerada violatoria del artículo 12 del PIDCP.[68]

ii) El derecho a un documento de viaje

El derecho a salir de cualquier país, entre ellos el propio, no se agota con la salida del país, sino que es un derecho amplio que comprende el derecho a viajar a cualquier país dispuesto a permitir el ingreso del viajero. El derecho a un pasaporte es un corolario del mismo. Esta interpretación ha sido confirmada por el Comité de Derechos Humanos en el siguiente párrafo de su Observación General No. 27:

> A fin de que la persona pueda disfrutar de los derechos garantizados en el párrafo 2 del artículo 12, se imponen obligaciones tanto al Estado de residencia como al Estado de la nacionalidad. Como para los viajes internacionales normalmente es necesario contar con documentos adecuados, en particular un pasaporte, el derecho a salir del Estado debe incluir el de obtener los documentos de viaje necesarios. La emisión del pasaporte corresponde normalmente al Estado de la nacionalidad de la persona. La negativa de un Estado a emitir un pasaporte o prorrogar su validez a un nacional que reside en el extranjero puede privar a esa persona del derecho de salir del país de residencia y de viajar a otra

---

[66] Comité de Derechos Humanos, caso Peltonen c. Finlandia, párr. 8.3 (1994). El hecho de que el interesado en este caso residía en el exterior no afectó la conclusión de que la medida podía considerarse necesaria para la protección de la seguridad nacional.

[67] Comité de Derechos Humanos, caso González del Río c. Perú, párr. 5.3 (1993).

[68] Ibíd.

> parte. No constituye justificación el que un Estado alegue que ese nacional tendría derecho a volver a su territorio sin pasaporte.[69]

La CIDH llegó a la misma conclusión en una decisión adoptada hace dos décadas, que establece lo siguiente:

> Que la denegatoria del pasaporte en forma injustificada e ilegal a una persona es, en cierta forma, imponerle una ***capitis diminutio,*** desposeerlo del documento que hace constar su nacionalidad, impedirle viajar fuera de su patria, obligarle a que, por fuerza de esta circunstancia, se mantenga dentro del país y sometido a las autoridades que lo constriñen a ello, y es por tanto violar el derecho que reconocen a la persona humana el artículo VII de la Declaración Americana de Bogotá, y el artículo 13 de la Declaración Universal de París, no obstante que en ninguno de esos documentos se mencione expresamente el derecho al pasaporte como consecuencia lógica del derecho a salir de su país natal y regresar a él.[70]

Los refugiados, con frecuencia, carecen de pasaporte puesto que este documento representa la voluntad del Estado de extender su protección al titular y los refugiados, como personas que corren riesgo de persecución en su país, no gozan de esta protección. Por tanto, la Convención de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado establece la obligación del país de refugio de expedir "a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados documentos de viaje que les permitan trasladarse fuera de tal territorio, a menos que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional" (art. 28). No obstante, la posesión de un documento de esta naturaleza no exime al Estado de nacionalidad de su obligación de otorgar un pasaporte a su nacional en el exilio.[71] La Convención sobre tra-

---

[69] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 9.

[70] CIDH, caso 2711 (Uruguay), Informe Anual 1982-1983, párr. 143.

[71] Comité de Derechos Humanos, caso Lichtensztejn c. Uruguay, párr. 8.3 (1983).

bajadores migratorios prohíbe la destrucción por las autoridades del pasaporte o documento equivalente, así como la confiscación de dicho documento sin previa entrega de un recibo (art. 21).

8.8 La expulsión de extranjeros

i) Reseña de la normativa pertinente

El artículo 13 del PIDCP, así como el párrafo 6 del artículo 22 de la Convención Americana reconocen el derecho del extranjero que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado a no ser expulsado sin un mínimo del debido proceso. La Convención dispone que el extranjero en tal situación "sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley." El PIDCP establece dos garantías adicionales: el derecho a ser oído y el derecho a solicitar la revisión de la decisión y a ser representado ante la instancia que revise la misma. Ambas garantías están condicionadas a la ausencia de "razones imperiosas de seguridad nacional". La Convención, por su parte, establece una garantía adicional de otra índole, la prohibición de la expulsión colectiva (art. 22, párr. 9).

El reconocimiento expreso de este derecho es relativamente reciente, pues no figura ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en la Declaración Americana. No obstante, puede considerarse una ***lex specialis***, es decir, una manifestación específica de –en este caso– el derecho al debido proceso, que sustituye la manifestación genérica.

ii) La doctrina universal

La Observación General No. 15 del Comité de Derechos Humanos se refiere, entre otras cosas, al artículo 13 del PIDCP. De particular interés es el párrafo 10 de la Observación que establece lo siguiente:

> El artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones "en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley", su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por "razones imperiosas de seguridad nacional". En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros.

La Observación confirma que el artículo 13 "es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, se describa ésta en el derecho nacional como expulsión o de otra forma."[72] Agrega que "Normalmente se debe permitir que todo extranjero expulsado se dirija a cualquier país que acceda a recibirlo."[73] Este último concepto es reiterado por la Observación General No. 27, que dispone que "un extranjero que sea expulsado legalmente del país tiene derecho igualmente a elegir el Estado de destino, con sujeción al acuerdo de ese Estado."[74]

---

72 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 9.

73 Ibíd.

74 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 8.

iii) La jurisprudencia universal sobre la legalidad de la presencia del extranjero en el país

El derecho a no ser expulsado sin un mínimo de debido proceso –al igual que la libertad de residencia y de circulación– depende de la situación legal del extranjero. La Observación General No. 27 indica que la cuestión de la legalidad de la situación migratoria de un extranjero depende principalmente del derecho interno, pero agrega una condición importante: que las normas del derecho interno "se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado". Lo esencial no es la legalidad de la entrada al país como tal, sino la situación actual del extranjero. Un extranjero que entró a un país en forma irregular puede haber regularizado su situación y, al contrario, un extranjero que entró en forma legal puede haber permanecido más tiempo del permitido, convirtiendo su presencia en ilegal.[75] Si la legalidad de la presencia de un extranjero es controvertida en un procedimiento que lleva a la expulsión, la cuestión debe ser resuelta de conformidad con las garantías establecidas por el artículo 13.

iv) La jurisprudencia universal sobre la legalidad de la decisión

La mayor parte de la jurisprudencia sobre la expulsión de extranjeros no trata de las garantías plasmadas en el artículo 13, sino más bien de los riesgos de violaciones de los derechos del extranjero posteriores a la expulsión, o del impacto de la expulsión sobre la familia del extranjero amenazado con expulsión. El primero de estos temas se trató en los Capítulos 1 y 2; el segundo en la sección 8.5 sobre el derecho de residencia del presente capítulo.

En 1981 el Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión importante sobre el artículo 13 en el caso Maroufidou. La decisión señala, en primer lugar, que el principio de legalidad supone "natu-

---

[75] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 4; Observación General No.15, párr. 9.

ralmente [que] las disposiciones pertinentes de la ley nacional deben en sí ser compatibles con las disposiciones del Pacto" y que la decisión cumple con "las disposiciones sustantivas y procesales de la ley."[76] No obstante, el Comité recordó que carece de competencia para "evaluar si las autoridades competentes del Estado (…) han interpretado y aplicado la ley nacional correctamente."[77] Al aplicar el artículo 13, su función es de determinar "si (…) han interpretado y aplicado la ley de buena fe" o si, al contrario, hay un "evidente (…) abuso de poder."[78] En otra decisión adoptada en 1988, el Comité indicó que la decisión de un Estado que considera a un extranjero como una amenaza a la seguridad nacional merece un cierto margen de apreciación.[79]

El artículo 13 permite la suspensión del requisito de una audiencia previa por "razones imperiosas de seguridad nacional". Hasta la fecha, si bien el Comité de Derechos Humanos ha examinado varios casos de personas expulsadas o privadas del derecho a establecer residencia por razones de seguridad, no hay antecedente alguno de la aplicación de este supuesto. En el caso Hammel, la expulsión de un extranjero sin entrega de copia de la orden correspondiente y manteniéndolo en custodia hasta la salida del avión, impidiendo así todo acceso a los tribunales, se consideró violatoria del artículo 13.[80] Asimismo el Comité comentó que, de ser fundado el alegato de que la expulsión había sido motivada por las actividades en defensa de los derechos humanos del abogado afectado sería "indefendible e incompatible con el espíritu del Pacto (…)".[81] En el caso Karker, el Comité concluyó que la ausencia del extranjero en la audiencia en primera instancia no había sido violatoria del artículo 13, pues estaba representado por su abogado.[82]

---

[76] Comité de Derechos Humanos, caso Maroufidou c. Suecia, párr. 9.3.

[77] Ibíd., párrs.10.1-10.2.

[78] Ibíd.

[79] Comité de Derechos Humanos, caso V.M.R.B c. Canadá, párr. 6.3 (1988).

[80] Comité de Derechos Humanos, caso Hammel c. Madagascar, párrs.18.2,19.2 (1987).

[81] Ibíd., párr. 19.3.

[82] Comité de Derechos Humanos, caso Karker c. Francia, párr. 9.3 (2001).

El artículo 13 se aplica tanto a la extradición como a la deportación o expulsión. En los casos Giry y Cañón García, el Comité de Derechos Humanos confirmó que la entrega de una persona buscada por las autoridades de un tercer país a dichas autoridades, sin audiencia ni decisión formal alguna de las autoridades competentes del país en cuyo territorio tuvo lugar la entrega, vulneró el artículo 13 del PIDCP.[83]

v) La jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia interamericana sobre la expulsión de extranjeros no es muy extensa. La decisión de la CIDH en el caso Riebe Starr establece una interpretación muy estricta del párrafo sexto del artículo 22, al considerar que una decisión adoptada por las autoridades nacionales sin el debido respeto de las garantías de protección judicial y debido proceso reconocidas por la Convención Americana no puede considerarse "una decisión adoptada conforme a la ley".[84] La decisión pone especial énfasis en el derecho a ser asistido por un asesor letrado. [85]

En el caso Tajudeen, la CIDH consideró que la extradición de una persona condenada por rebeldía por los tribunales del país solicitante no era incompatible con la Convención Americana, cuando el extranjero había tenido amplias oportunidades de oponerse a la extradición ante los tribunales del país solicitado y cuando éstos, después de analizar dicho proceso, habían confirmado el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes.[86]

---

[83] Comité de Derechos Humanos, caso Giry c. República Dominicana, párrs. 5.5, 6; Cañon García c. Ecuador, párrs. 4.1, 5.2 (1992).

[84] CIDH, caso Riebe Star c. México, párr. 107 (1999).

[85] Ibíd., párr. 123.

[86] CIDH, caso Tajudeen c. Costa Rica, párr. 17 (1992).

8.9 El desplazamiento interno

i) Los Principios rectores de los desplazamientos internos

En el año de 1992, a solicitud de la Comisión de Derechos Humanos, el Secretario General de las Naciones Unidas nombró un representante encargado del problema del desplazamiento de personas dentro del territorio de su propio país. La creación de este mecanismo respondió al reconocimiento del creciente número de personas en tal situación, la mayoría de las veces en desamparo y desprotección completa. La situación de los desplazados internos es análoga a la de los refugiados, salvo que no han salido del territorio de su país, motivo por el cual carecen de la ayuda y protección como refugiados ofrecida por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), salvo cuando, excepcionalmente, el Secretario General o la Asamblea General de las Naciones Unidas autoriza al ACNUR encargarse de la población desplazada de un país determinado.

En 1998 el representante del Secretario General publicó los Principios Rectores de los desplazamientos internos, elaborados con la ayuda de un grupo de expertos.[87] Éstos representan un esfuerzo de síntesis de las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y derecho internacional humanitario (DIH) relativos a la problemática del desplazamiento.[88] De particular relevancia para el tema del presente capítulo es la sección II de los principios, relativo a la protección contra el desplazamiento, cuyos Principios 6 y 7.1 disponen lo siguiente:

> Principio 6. 1. Todo ser humano tendrá derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.

---

[87] Publicados inicialmente en el documento E/CN.4/1998/53/Add.2.

[88] Véase el Informe del Representante para el año 2003, E/CN.4/2003/86, párr. 13.

2. La prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos:

a) basados en políticas de ***apartheid***, "limpieza étnica" o prácticas similares cuyo objeto o cuyo resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada;
b) en situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o razones militares imperativas;
c) en casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial;
d) en casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación; y
e) cuando se utilicen como castigo colectivo.

3. Los desplazamientos no tendrán una duración superior a la impuesta por las circunstancias.

Principio 7. 1. Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos.

El desplazamiento "no se llevará a cabo de forma que viole los derechos a la vida, dignidad, libertad y seguridad de los afectados" (Principio 8), y en ausencia de una situación de emergencia, debe ser autorizado por la autoridad competente de conformidad con el principio de legalidad, y con derecho a un recurso de carácter judicial para revisar las decisiones tomadas por las autoridades (Principio 7.3 a) y f). Los Principios precisan que los desplazados continúan siendo titulares de la libertad de circulación y residencia y en particular tienen derecho a "circular libremente dentro y fuera de los campamentos u otros asentamientos", a "buscar seguridad en otra parte del país; a abandonar su país; solicitar asilo en otro país; y recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y salud se encuentren

en peligro (Principios 14.2 y 15 a), b), c) y d)". Asimismo, tienen el derecho a volver a su lugar de origen, o ser reasentados. El Principio 28.1 establece al respecto lo siguiente:

> Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte.

Los Principios no han sido aprobados por ningún órgano político de las Naciones Unidas, de manera que en la actualidad su relevancia reside básicamente en su valor interpretativo de principios y normas reconocidas por instrumentos vinculantes. La CIDH ha reconocido reiteradamente su importancia, habiendo manifestado que "sirven como la reiteración más completa de las normas [internacionales] aplicables a los desplazados internos" y "una guía autorizada sobre cómo debe interpretarse y aplicarse la ley durante todas las etapas del desplazamiento."[89]

8.10 El derecho de asilo

i) Reseña de la normativa internacional y consideraciones

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en su artículo 14.1 el derecho a "buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país". Este derecho se aplica "en caso de persecución". La Declaración Americana, en su artículo XXVII, consagra el derecho a

---

[89] Tercer informe sobre los derechos humanos en Colombia, pp. 10, 26 (1999); Quinto informe sobre los derechos humanos en Guatemala, pp. 250-251 (2001).

"buscar y recibir asilo", en caso de "persecución que no sea motivada por delitos de derecho común". La Convención Americana, al igual que la Declaración, reafirma el derecho a buscar y recibir asilo en caso de "persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos" (art. 22, párr. 7). El PIDCP no contiene referencia alguna al asilo.

El asilo puede considerarse una contribución de América Latina al derecho internacional. A finales del siglo XIX el Tratado de derecho penal internacional dispuso que "El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos", y el Acuerdo sobre extradición adoptado por el Congreso Bolivariano en los albores del siglo XX estableció que: "No se acordará la extradición de ningún prófugo político criminal si el hecho por el cual se pide se considera en el Estado requerido como delito político o hecho conexo con él (…)".[90] No obstante, el asilo propiamente dicho fue considerado como potestad discrecional del Estado y no como derecho subjetivo de la persona perseguida. La Convención sobre asilo diplomático de 1954 establece que: "Todo Estado tiene derecho a conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega (art. II)". La Convención sobre asilo territorial de Caracas, del mismo año, establece: "Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente. (…) Ningún Estado está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos" (arts. I y III).

El asilo, ***strictu sensu***, es un concepto estrechamente vinculado con el delito político, mientras que el concepto de refugiado es más amplio. La definición contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 se refiere a la persona

> Que (…) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u

---

[90] Tratado de derecho penal internacional de Montevideo de 1889, artículo 16; acuerdo sobre extradición, 1911, artículo 4.

> opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (art. 1. A 2).

Como se observa, esta definición comprende la persecución por varios motivos, además de la opinión política y el concepto de "persecución" no hace alusión al ámbito penal.

Curiosamente, la Convención de 1951 no reconoce expresamente el derecho de la persona que reúne los elementos de la definición de refugiado a recibir refugio. El derecho subjetivo de recibir refugio está implícito y se desprende del principio de ***non-refoulement*** o no devolución contra su voluntad, reconocido por el artículo 33 de la Convención (véase la sección 8.11). La persona que tiene un temor fundado de persecución por uno de los motivos antes mencionados y que llega al territorio de un Estado que no es su Estado de nacionalidad no puede ser devuelta a su país.[91] Esta circunstancia necesariamente implica el derecho a permanecer en el país en donde se encuentra o, eventualmente, ser reasentado en otro Estado en el cual puede vivir en condiciones de seguridad. En esta forma indirecta, la Convención Americana reconoce el derecho subjetivo de todo refugiado a recibir refugio.[92] Como bien dice el ***Manual de procedimientos y criterios*** del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): "Así pues, el reconocimiento de la condición de

---

[91] La doctrina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) precisa que el principio de *non refoulement* se aplica no sólo al perseguido que ha logrado entrar el territorio de un país donde pretende buscar refugio, sino también a la persona que se presenta a la frontera de tal país. Véase resolución N° 6 (XXVIII) del Comité Ejecutivo, citada en la sección 8.10.

[92] Véase el Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párrs. 25, 60, 68 (2000).

refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado.[93]

A pesar de estas diferencias de concepto y definición, en el lenguaje común los términos "refugiado" y "asilado" son empleados como sinónimos. En el sistema interamericano, la asimilación de ambos conceptos encuentra respaldo en la jurisprudencia de la CIDH que interpreta la mención –en el artículo XXVII de la Declaración Americana y en el artículo 22.7 de la Convención Americana– a "convenios internacionales" como una referencia a la Convención de 1951 y a su Protocolo de 1967.

ii) La definición de refugiado

La definición de refugiado de la Convención de 1951 contiene tres elementos, a saber:

- Que el sujeto se encuentre afuera de su país de nacionalidad (o, en caso de un apátrida, su país de residencia habitual).

- Que tenga un temor fundado de persecución.

- Que la persecución en cuestión sea motivada por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas (art. 1. A 2).

El alcance de la definición se limita, para efectos de la Convención de 1951, a personas que reúnen estas condiciones en razón de

---

[93] *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, 1992, párr. 28 (en adelante, el *Manual*). Véase también la observación de la CIDH en el Informe antes citado, "La condición de refugiado es una condición que se deriva de las circunstancias de la persona; no es otorgada por el Estado, sino más bien reconocida por éste." Ibíd., párr. 70.

hechos acontecidos antes de su adopción, la eliminación de esta limitación fue el propósito del Protocolo de 1967.[94]

El ***Manual de procedimientos y criterios*** del ACNUR es la fuente más autorizada de doctrina relativa a la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.[95] Con respecto al segundo de los elementos antes mencionados, el ***Manual*** señala que "la expresión 'fundados temores' contiene un elemento subjetivo y un elemento objetivo y, al determinar si existen temores fundados, deben tomarse en consideración ambos elementos."[96] Al respecto, el ***Manual*** hace la siguiente observación:

> Debido a la importancia que la definición concede al elemento subjetivo, es indispensable proceder a una evaluación del grado de credibilidad cuando el caso no resulte suficientemente claro a la luz de los hechos de que se tenga constancia. Será necesario tener en cuenta los antecedentes personales y familiares del solicitante, su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político, la forma en que interpreta su situación y sus experiencias personales; en otras palabras: cuanto pueda servir para indicar que el motivo predominante de su solicitud es el temor. El temor debe ser razonable. Sin embargo, el temor exagerado puede ser fundado si, a la luz de todas las circunstancias del caso, ese estado de ánimo puede considerarse justificado.[97]

"Estas consideraciones no tienen que estar basadas necesariamente en la experiencia personal del solicitante", ni se requiere que éste haya sido víctima de persecución.[98] "[E]l término 'temor' no se refiere sólo a las personas que de hecho ya han sido perseguidas, sino

---

[94] El Protocolo no establece ninguna obligación adicional relativa al trato de los refugiados.

[95] El *Manual* es citado reiteradamente por la CIDH en su Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en Canadá, por ejemplo.

[96] Ibíd.

[97] Ibíd., párr. 41.

[98] Ibíd.. párr. 43.

también a las que desean evitar una situación que entraña un riesgo de persecución."[99] "Lo ocurrido, por ejemplo, a sus amigos o parientes y a otros miembros del mismo grupo racial o social puede ser indicio suficiente de que sus temores de convertirse también, más tarde o más temprano, en víctima de persecución son fundados."[100]

El contenido del concepto de "persecución" también tiene un elemento material y un elemento subjetivo. En cuanto al primero, no cabe duda de que el riesgo de violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal satisfacen el requisito material.[101] El riesgo de violaciones graves de otros derechos humanos también puede satisfacer ese elemento de persecución,[102] pero la discriminación en sí no es suficiente, a menos que entrañe el riesgo de violaciones de otros derechos fundamentales. El ***Manual*** señala al respecto lo siguiente:

> Sólo en determinadas circunstancias esa discriminación constituirá persecución. Así ocurriría si las medidas de discriminación tuvieran consecuencias de carácter esencialmente lesivo para la persona de que se tratase, como, por ejemplo, si limitaran gravemente su derecho a ganarse la vida, a practicar su religión o a tener acceso a los servicios de enseñanza normalmente asequibles.[103]

El concepto de persecución es amplio y no necesariamente tiene que ver con el ámbito penal. Asimismo, por lo general una investigación o acusación penal no evidencia persecución. Una acusación penal puede configurar persecución en dos circunstancias: cuando la causa descansa sobre un tipo penal incompatible con los derechos y las libertades fundamentales de la persona, y cuando el acusado corre riesgo de sufrir una pena excesiva debido a la aplicación

---

99 Ibíd., párr. 45.
100 Ibíd., párr. 43.
101 Ibíd., párr. 51.
102 Ibíd.
103 Ibíd., párr. 54.

discriminatoria de la ley, siempre que el motivo responda al elemento subjetivo de la definición.[104]

El concepto de persecución presume la responsabilidad de las autoridades del Estado, que puede ser directa o indirecta. El ***Manual*** observa al respecto que "El comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población local puede equipararse a la persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo."[105] Asimismo, la incapacidad del Estado de proteger a las personas amenazadas de persecución en una parte de su territorio puede, en ciertas circunstancias, convertirlos en refugiados. Sobre esta problemática el ***Manual*** hace el comentario siguiente:

> Los temores de ser perseguido no siempre han de referirse a la totalidad del territorio del país de la nacionalidad del refugiado. Así, en los conflictos étnicos o en caso de graves disturbios que entrañen una situación de guerra civil, la persecución de un grupo étnico o nacional determinado puede darse sólo en una parte del país. En tales situaciones, una persona no quedará excluida de la condición de refugiado simplemente porque podía haber buscado refugio en otra parte del mismo país si, a la luz de todas las circunstancias del caso, no hubiera sido razonable contar con que así lo hiciera.[106]

El elemento subjetivo de la definición requiere que la persecución sea motivada por raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política del individuo (art. 1.A2). En el año 2002 el ACNUR adoptó unas directrices sobre la interpretación y aplicación del concepto "pertenencia a grupo social." Este concepto amplio y abierto incluye tanto las características innatas de la persona, como las características sociales cuya relevancia está arraigada en la cultura e

---

[104] Ibíd., párrs. 56-60.

[105] Ibíd., párr. 65.

[106] Ibíd., párr. 91.

historia de una sociedad, y las características o asociaciones personales "tan fundamental para la dignidad humana que nadie debería estar en la obligación de renunciar[los]."[107] Este criterio ha servido principalmente para reconocer como refugiados a los miembros de determinadas familias o tribus, grupos profesionales, minorías sexuales y a mujeres expuestas a riesgos importantes provenientes de prácticas discriminatorias.[108] Su aplicación requiere especial sensibilidad a la cultura y estructuras sociales del país de origen.

A diferencia del derecho al asilo tal como quedó plasmado en la normativa interamericana de derechos humanos, la definición de refugiado se refiere a persecución por opiniones políticas y no por delitos políticos. El concepto de persecución, como se señaló, es más amplio y flexible que la apertura de una investigación o proceso penal, pero no necesariamente excluye los juicios por delitos políticos o conexos. El *Manual* contiene el siguiente análisis al respecto:

> La cuestión de si se puede considerar a un delincuente político como refugiado dependerá de varios otros factores. Según las circunstancias, el enjuiciamiento por un delito puede ser un pretexto para castigar al delincuente por sus opiniones políticas o por la manifestación de las mismas. Por otra parte, puede haber motivos para pensar que un delincuente político quedará expuesto a un castigo arbitrario o excesivo por el presunto delito. Ese castigo arbitrario o excesivo es equiparable a la persecución.
>
> Al determinar si se puede considerar a un delincuente político como refugiado, también hay que tener en cuenta los elementos siguientes: la personalidad del solicitante, sus opiniones políticas, la motivación

---

[107] ACNUR, Directriz No. 2, "Pertenencia a un determinado grupo social" dentro del contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y/o su Protocolo de 1967, 7 de mayo de 2002, párr. 6 (documento HCR/GIP/02/02). Las directrices complementen el *Manual de procedimientos y criterios* de 1992.

[108] Ibíd., párr. 1.

del acto, la naturaleza del acto realizado, la naturaleza del enjuiciamiento.[109]

La Convención de 1951 contiene tres cláusulas de exclusión que privan del derecho a la protección que corresponde a la condición de refugiado a las personas que reúnen una de las condiciones siguientes:

a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;

b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;

c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas (art. 1.F).

Las causales de exclusión contenidas en los incisos b) y c) son similares a las causales de exclusión del derecho al asilo reconocidas por el segundo párrafo del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y las causales contenidas en el inciso a) son iguales a las reconocidas por el segundo párrafo del artículo primero de la Declaración de 1967 sobre asilo territorial.[110]

Los delitos contra la paz incluyen "planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales", así como la conspiración para tales efectos.[111] Los crímenes de guerra consisten en las violaciones más gra-

---

[109] ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios*, ob. cit., párrs. 84-85.

[110] La principal diferencia es que, mientras que el inciso b) del artículo de la Convención de 1951 se refiere a un grave delito cometido antes de solicitar refugio, el segundo párrafo del artículo 14 de la Declaración se refiere a una solicitud de extradición por un delito común (sin mención de su gravedad).

[111] Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sen-

ves del DIH, cometidas durante un conflicto armado en perjuicio de una "persona protegida" por el derecho humanitario aplicable. Están enumerados en varios instrumentos internacionales, entre ellos el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 8). Los delitos contra la humanidad, o de lesa humanidad, incluyen una amplia gama de violaciones graves de los derechos humanos, entre ellas el asesinato, la tortura, la violación, la desaparición forzada, la detención ilegal o inhumana y el desplazamiento forzoso, cuando son "cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil".[112]

Los propósitos y principios de las Naciones Unidas están enumerados en los artículos 1 y 2 de su Carta. Siendo la preservación de la paz el objeto principal de la Organización, el supuesto de "actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas" coincide, en gran parte, con el de crímenes contra la paz. Los actos contrarios a la libre determinación de los pueblos y al "respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión", propósitos consagrados por el tercer párrafo del artículo primero de la Carta, eventualmente pueden considerarse motivos de exclusión de la condición de refugiado, al tenor del inciso c) del artículo 1.F de la Convención.

Con respecto al inciso b), el ***Manual*** contiene el siguiente comentario sobre el concepto de delito "común":

> Para determinar si un delito es "común" o, por el contrario, "político", debe tenerse en cuenta ante todo su naturaleza y su finalidad, es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro. Debe haber asimismo un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto políticos invocados. Además, el elemento político del delito

---

tencias del Tribunal de Nüremberg, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950.

[112] Estatuto de la Corte Penal Internacional, párr. 7.

> debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común. No será así cuando los actos cometidos no guarden proporción con el objetivo invocado.[113]

Son delitos "graves" los castigados por las penas más serias previstas por la legislación vigente.[114] En la aplicación de esta causal de exclusión es menester tomar en cuenta "todas las circunstancias pertinentes, incluidas todas las circunstancias atenuantes [y] agravantes."[115]

En 1984, varios países americanos suscribieron la Declaración de Cartagena, que amplía la definición clásica de refugiado. El párrafo pertinente es el siguiente:

> Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.[116]

---

113 ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios*, ob. cit., párr. 152.

114 Ibíd., párr. 155.

115 Ibíd., párr. 157.

116 En la Conferencia organizada por ACNUR participaron delegaciones gubernamentales de México, todos los países de Centroamérica, Belice, Panamá, Colombia y Venezuela.

iii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre los derechos de los refugiados

Habida cuenta de la ausencia de toda referencia al asilo o refugio en el PIDCP, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos se centra principalmente en la responsabilidad del Estado sobre las consecuencias de la devolución de un extranjero a un Estado donde su vida o integridad física corre peligro, así como sobre el derecho del extranjero a disfrutar de la libertad personal y el acceso a los tribunales en el territorio del país donde se encuentra. Si bien el PIDCP no consagra el derecho al asilo, y los Estados Partes por tanto no están obligados a reconocer el derecho de un refugiado a establecer residencia en su territorio, los Estados Partes sí tienen la obligación de no devolver a ningún extranjero a un país donde su vida o integridad corre riesgo. En el caso V.M.R B. el Comité consideró que la declaración de un Estado en el sentido de que no tenía la intención de devolver a un solicitante de asilo a su propio país, sino a cualquier otro país dispuesto a recibirlo, cumplía con su obligación en virtud del PIDCP.[117]

En 1997 el Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión importante sobre la detención de inmigrantes ilegales que habían solicitado la condición de refugiados. En 1992 Australia reformó su legislación sobre migración a fin de autorizar la detención de toda persona que llega al territorio nacional por mar e ingresa en forma ilegal. Los representantes de un inmigrante que había sido detenido durante más de tres años en espera de una decisión final sobre su solicitud de la condición de refugiado alegaron que éste había sido privado de libertad en forma arbitraria, en violación del artículo 9 del PIDCP. La arbitrariedad de la detención, argumentaron, debía determinarse a la luz del artículo 31 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y de las directrices adoptadas por el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, que evidenciaron una norma de derecho consuetudina-

---

[117] Comité de Derechos Humanos, caso V.M.R.B. c. Canadá, párr. 6.3 (1988).

rio que prohibía la detención de tales personas, salvo en circunstancias especiales.[118] El Comité no aceptó el argumento de que existiera una norma de derecho consuetudinario en tal sentido pero sí concluyó, por la vía más directa de interpretación del artículo 9 del PIDCP que la privación de libertad había vulnerado los derechos de la inmigrante.[119] Declaró que la detención de todos los miembros de una clase de personas –en este caso personas que llegaron al país por mar en forma irregular para solicitar la condición de refugiado no era compatible con la libertad personal– sin evaluar la necesidad de la privación de libertad en cada caso. Además, manifestó que si se determinara que la detención era necesaria, esta decisión debía ser revisada periódicamente. La decisión señala al respecto lo siguiente:

> (…) toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención. En cualquier caso, la detención no debe prolongarse más allá del periodo para el que el Estado pueda aportar una justificación adecuada. Por ejemplo, el hecho de que haya habido una entrada ilegal tal vez indique la necesidad de realizar una investigación, y puede haber otros factores privativos del individuo, como la probabilidad de huida y la falta de colaboración, que justifiquen la detención durante un periodo determinado. Si no concurren esos factores, puede considerarse arbitraria la detención, incluso si la entrada fue ilegal. En el presente caso, el Estado Parte no ha aducido motivos que se refieran concretamente al caso del autor y que justifiquen la prisión continuada del autor por un período de cuatro años, durante los cuales pasó por diferentes centros de detención. Por consiguiente, el Comité considera que la detención del autor durante un periodo de más de cuatro años fue arbitraria en el sentido del párrafo 1 del artículo 9.[120]

---

[118] Comité de Derechos Humanos, caso A c. Australia, párr. 3.1.

[119] Ibíd., párr. 9.3.

[120] Ibíd., párr. 9.4.

El Comité de Derechos Humanos también concluyó que la incompetencia de los tribunales para pronunciarse sobre el fondo del recurso que impugnaba la privación de libertad vulneraba el párrafo 4 del artículo 9[121] (véase el Capítulo 4).

iv) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas sobre asilo y sobre los derechos de los refugiados

La jurisprudencia más importante de la CIDH sobre estos temas ha sido elaborada en el marco de la Declaración Americana y no de la Convención, por tratarse de casos relativos a un Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) que todavía no ha ratificado la Convención. No obstante, la jurisprudencia se refiere principalmente a cláusulas del artículo XXVII de la Declaración que son idénticas a las del artículo 22.7 de la Convención.

En el caso conocido como Interdicción de los haitianos, la CIDH interpretó la última oración del artículo XXVII en el sentido de que "si el derecho [al asilo] se establece en la legislación internacional, pero no se constituye en la legislación nacional, no es un derecho reconocido por el artículo XXVII de la Declaración."[122] En el caso concreto, el derecho interno reconocía el derecho de asilo de las personas que reunían los requisitos de la definición de refugiado plasmada en la Convención de 1951, a condición de que estas personas hubieran llegado al territorio nacional.[123] La CIDH consideró vinculante el artículo XXVII de la Declaración porque la legislación reconocía la institución de asilo o refugio, a pesar de que las víctimas no habían llegado al territorio y por tanto no reunían las condiciones establecidas por el derecho interno para valerse de tal derecho.

La CIDH también concluyó que los convenios internacionales relevantes para efecto del artículo XXVII son la Convención de 1951

---

[121] Ibíd., párr. 9.5.

[122] CIDH, caso Interdicción de los haitianos, párr. 153 (1997).

[123] Ibíd., párr. 159.

sobre el Estatuto del Refugiado y su Protocolo de 1967.[124] Esta interpretación significa, según se desprende de la decisión, que el contenido del derecho de buscar y disfrutar del asilo se interpreta a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención de 1951. La CIDH concluye, por ejemplo, que "la legislación internacional ha evolucionado a un nivel en el que se reconoce el derecho de audiencia de una persona que busca refugio para determinar si" se reúnen los elementos de la definición establecida en la Convención de 1951.[125] Asimismo, su conclusión de que "los Estados Unidos interceptó a refugiados haitianos y los repatrió sumariamente a Haití sin hacer un examen adecuado de su estado ni concederles una entrevista para determinar si reúnen los requisitos de 'refugiados,'" vulnerando así el artículo XXVII de la Declaración, se basa en la previa conclusión de que el artículo 33 la Convención de 1951 sobre la no devolución se aplica en alta mar.[126]

La posición de que la última oración del artículo XXVII en efecto incorpora por lo menos una parte de la Convención de 1951 a la Declaración Americana se expresa más claramente en el Informe adoptado por la CIDH en el año 2000 sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en Canadá que dice:

> De conformidad con el artículo XXVII de la Declaración Americana, "toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales". En virtud del derecho internacional y de la legislación nacional, ese derecho está sujeto a ciertas limitaciones, más específicamente en el presente caso, a las cláusulas de exclusión de la Convención de 1951.[127]

---

[124] Ibíd., párr. 155.

[125] Ibíd.

[126] Ibíd., párrs. 162 y 157, respectivamente. También concluyó que la interdicción de embarcaciones provenientes de Haití y no las provenientes de otros países era discriminatoria, párr. 177. (Véase el Capítulo 16.)

[127] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitan-

"Puesto que esta determinación potencialmente implica cuestiones de vida y muerte", señala el Informe, "se la debe hacer necesariamente conforme a ciertas garantías mínimas."[128] La necesidad de celebrar una audiencia a fin de determinar si un individuo puede valerse del derecho al asilo hace aplicables otras disposiciones de la Declaración.

> Hablando en términos más específicos, si bien el derecho de asilo consagrado en el artículo XXVII no implica garantía alguna de que éste será otorgado, necesariamente exige que el peticionario sea oído al presentar la solicitud. El derecho a ser oído está vinculado al principio del respeto al debido proceso que subyace en varias disposiciones de la Declaración Americana, más pertinentemente en los artículos II (igual protección), XVII (reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles), XVIII (derecho de justicia) y XXVI (derecho a proceso regular). Aunque el derecho a ser oído en la presentación de un reclamo no necesariamente presupone la aplicación de la misma gama de garantías procesales que se aplicarían, por ejemplo, en un proceso penal, sí se requiere que la persona en cuestión reciba las garantías mínimas necesarias para presentar eficazmente su reclamo.[129]

En el sistema prevaleciente en el caso examinado por la CIDH, las decisiones sobre solicitudes de la condición de refugiado eran tomadas por instancias administrativas. En la gran mayoría de los casos la solicitud era examinada por un tribunal administrativo, que gozaba de ciertas garantías de independencia; el solicitante tenía derecho a un intérprete y a un representante letrado (aunque no

---

tes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párr. 58.

128 Ibíd., párr. 59.

129 Ibíd., párr. 60. En el párrafo 61 la CIDH reitera: "En tales casos, las determinaciones no son administrativas sino de naturaleza substantiva, debiendo existir las garantías procesales apropiadas. (...) Es axiomático que la protección efectiva de los derechos requiere de un marco procesal que ofrezca las garantías mínimas necesarias".

necesariamente de asistencia letrada gratuita) y, en caso de una decisión negativa, a una decisión razonada y escrita.[130] No obstante, tratándose de personas contra quienes pesan sospechas sobre la existencia de una causal de exclusión (por ejemplo, por tener antecedentes penales graves o ser consideradas terroristas o criminales de guerra), la decisión incumbe a un funcionario denominado "arbitro", que realizaba una investigación de carácter acusatorio.[131] En ningún caso había derecho a solicitar la reapertura del proceso una vez concluido.[132] El derecho de recurrir a los tribunales de justicia era muy restringido, y en caso de permitir el recurso, los tribunales sólo revisaban la interpretación del derecho y regularidad del proceso, y no los aspectos fácticos del caso.[133]

Las conclusiones más importantes de la CIDH se refieren al derecho de todo solicitante de asilo a la revisión de una decisión negativa en primera instancia, en particular sobre los aspectos fácticos de la decisión, y al derecho de acceso efectivo a los tribunales de justicia. El informe señala al respecto lo siguiente:

> En los casos en que los hechos de la situación de un individuo están en disputa, el marco procesal efectivo debe contemplar su revisión. En vista de que hasta la más idónea de las autoridades encargadas de la toma de decisiones puede errar al emitir un fallo y dado el riesgo potencial para la vida que podría derivarse de un error de esta índole, una apelación en méritos del caso de una determinación negativa constituye un elemento necesario de la protección internacional. El requisito de un marco procesal adecuado para la protección de los derechos funda-

---

130 Ibíd., párrs. 40, 50, 53.

131 Ibíd., párrs. 40 a 43.

132 No obstante, las personas cuyas solicitudes eran rechazadas tenían derecho a solicitar una visa por motivos humanitarios, párr. 90. También había un proceso de revisión administrativa, párrs. 87 a 89.

133 Ibíd., párrs. 83-86.

> mentales que están en juego en el contexto de la determinación de la condición de refugiado no se cumple a través de un sistema que no contempla la posibilidad de una revisión de la decisión original en méritos del caso y que, además, contempla la revisión judicial con sujeción a disposiciones sobre la admisión a trámite substantivamente limitadas.
>
> (…) La Comisión recomienda que se considere más detenidamente (…) garantizar que los peticionarios rechazados tengan acceso a una revisión de la decisión original en méritos del caso, ya sea por la vía administrativa o judicial. (…)
>
> (…) Estos peticionarios deberán, en todo caso, tener acceso efectivo a la protección judicial, cuyo alcance preciso dependería de la naturaleza de la revisión en méritos del caso que se establezca.[134]

En segundo lugar, la CIDH consideró que todas las decisiones deben ser examinadas en primera instancia por el tribunal administrativo que goza de mayores garantías de independencia y mayores conocimientos en la materia que los árbitros.[135] La CIDH también consideró que debe permitirse la reapertura del proceso administrativo en caso de hechos o pruebas nuevos.[136] Por último, consideró que no era compatible con la obligación del Estado en materia de protección de la familia, obligar a determinados refugiados a esperar cinco años antes de poder solicitar visas para sus cónyuges e hijos.[137]

---

134 Ibíd., párrs. 109, 110 y 112.

135 Ibíd., párr. 70.

136 Ibíd., párr. 73.

137 Ibíd., párrs. 77-79. La medida afectaba a refugiados sin documentos de identidad.

8.11 El principio de no devolución

i) Reseña de la normativa pertinente

El principio de no devolución es la piedra angular del derecho de los refugiados. Está consagrado en el artículo 33, párrafo 1, de la Convención de 1951 sobre el estatuto de refugiados de la forma siguiente:

> Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas

El artículo 22.8 de la Convención Americana reconoce este principio en términos similares pero más amplios, pues lo aplica a todo extranjero. El artículo 22.8 establece lo siguiente:

> En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

La Declaración de 1967 sobre asilo territorial, que tiene por objeto aclarar el contenido de las disposiciones de la Declaración Universal relativas al asilo, consagra el principio de no devolución en forma más general en su artículo tercero, cuyo primer párrafo reza:

> Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 [las que "tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos"] será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución.

La Convención contra la tortura de 1984 establece expresamente que la devolución esta prohibida no sólo cuando hay riesgo para el derecho a la vida y la libertad, sino también para la integridad física o personal. Su artículo 3 reza: "Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura". La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, de 1985, reafirma este principio en términos más amplios en su artículo 13:

> No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requiriente.

Cabe destacar que la formulación empleada por los instrumentos contra la tortura prescinde del requisito de persecución, de manera que la mera existencia de un riesgo de tortura, no obstante el motivo, es suficiente para la aplicación de la prohibición.

Tanto la Convención de 1951 como la Declaración sobre asilo territorial reconocen excepciones al principio de no devolución o condicionan su aplicación en ciertas circunstancias. El segundo párrafo del artículo 33 de la Convención establece lo siguiente:

> Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

La Declaración sobre asilo territorial establece que "Podrán hacerse excepciones al principio anterior sólo por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas", pero agrega que

cuando un excepción está justificada, el Estado "considerará la posibilidad de conceder (…) una oportunidad, en forma de asilo provisional o de otro modo" para permitir a las personas afectadas encontrar asilo en un tercer Estado (art. 3, párrs. 2 y 3 respectivamente).

Los tratados contra la tortura no reconocen excepción alguna a este principio.

ii) La doctrina y jurisprudencia universales

En 1977 el Comité Ejecutivo del ACNUR adoptó una resolución sobre el principio de no devolución, en la cual reconoce que el principio es "generalmente aceptado por los Estados" y "se observa ampliamente en la práctica", lo que implica que sea una norma de derecho internacional consuetudinario.[138] En cuanto a la importancia y el contenido del principio, la resolución "Reafirmó la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución –tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado– de las personas que, reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podían ser objeto de persecución si se les devolvía a su país de origen" (inc. c). El Comité Ejecutivo reafirmó la importancia de este principio en su conclusión sobre la salvaguardia de la institución del asilo adoptada en 1997, la cual dispone:

> d) Reitera, (…) la necesidad de que se acuerde un pleno respeto a la institución del asilo en general, y considera oportuno subrayar los siguientes aspectos especiales:
>
> i) El principio de no devolución, que prohíbe la expulsión o devolución en modo alguno de los refugiados para ponerlos en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza,

---

[138] ACNUR, Comité Ejecutivo, resolución N° 6 (XXVIII), incisos a) y b). El Comité Ejecutivo está compuesto por Estados Partes.

religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas, independientemente de que se les haya otorgado o no oficialmente la condición de refugiados, o de las personas respecto de las cuales haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura (…)

ii) El acceso de los solicitantes de asilo, en consonancia con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, procedimientos imparciales y efectivos para la determinación del estatuto y las necesidades de protección;

iii) La necesidad de admitir a los refugiados en el territorio de los Estados, lo que incluye el no rechazo en las fronteras sin que se hayan aplicado procedimientos imparciales y efectivos para la determinación del estatuto y las necesidades de protección; (…)[139]

El Comité contra la tortura ha adoptado una Observación General sobre el artículo 3 de la Convención Americana. Si bien la Observación fue elaborada principalmente para regir el examen de casos sometidos al Comité, algunas de las interpretaciones que contiene parecen igualmente válidas e idóneas para los procedimientos ante las autoridades nacionales. Con respecto a la carga de la prueba dicha Observación manifiesta:

(…) el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha. [Pero] De todos modos, no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable.

El [individuo] debe probar que se encuentra en peligro de ser sometido a tortura (…) y que el peligro es personal y presente. (…)[140]

La protección que se desprende del artículo 3 comprende no sólo el riesgo previsible de que el Estado al cual se devuelve un individuo lo

---

139 ACNUR, Comité Ejecutivo, resolución N° 82 (XLVIII).

140 Comité contra la tortura, Observación General No. 1, párrs. 6 y 7.

torture, sino también el riesgo de que este Estado entregue la persona a un tercer Estado que lo torture.[141]

La protección que se desprende del artículo 3 de la Convención contra la tortura está limitada en función de la definición de tortura establecida por el artículo 1.1, y en particular del requisito de que la tortura sea infligida por un funcionario público, o a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.[142] La jurisprudencia del Comité contra la Tortura confirma que este riesgo por parte de un movimiento guerrillero no está cubierto por el artículo 3 de la Convención contra la tortura.[143] No obstante, en situaciones excepcionales, cuando un grupo armado controla el territorio, "ha establecido instituciones cuasioficiales y administra varios servicios públicos" y "ejerce ciertas prerrogativas comparables a las que ejercen normalmente los gobiernos legítimos", puede considerarse que sus efectivos corresponden a la figura de "otra persona en el ejercicio de funciones públicas", a tenor del artículo 1 de la Convención.[144]

La jurisprudencia de este Comité confirma que la prohibición de devolución establecida por el artículo 3 de la Convención contra la tortura se aplica a los individuos que, en razón de las cláusulas de exclusión, no están protegidos por el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado.[145] En otra decisión, el Comité recalcó que la prohibición establecida por el artículo 3 de la Convención, "es absoluta", y por tanto "El carácter de las actividades en que la persona interesada hubiera participado no pueden ser una consideración material" en cuanto a la aplicación de este principio.[146]

---

141 Ibíd., párr. 2.

142 Ibíd., párr. 3.

143 Comité de Derechos Humanos, caso G.R.B c. Suecia, párr. 6.5 (1998); M.P.S. c. Australia, párr. 7.4 (1999).

144 Comité de Derechos Humanos, caso Elmi c. Australia, párrs. 6.5 y 6.7 (1999).

145 Comité de Derechos Humanos, caso M.B.B. c. Suecia, párr. 6.4 (1999).

146 Comité de Derechos Humanos, caso Tapia Páez c. Suecia, párr. 14.5 (1997). La interesada pertenecía a Sendero Luminoso. Véase también Núñez Chipana c. Venezuela párr. 5.4 (1998).

El Comité de Derechos Humanos también reconoce el principio de que todo Estado tiene la obligación de no devolver o entregar a ninguna persona a un país "en circunstancias tales que el resultado sea un riesgo efectivo de que sus derechos en virtud del Pacto sean violados en la otra jurisdicción."[147] La mayor parte de su jurisprudencia sobre este principio trata de casos relativos a la extradición de delincuentes comunes. En el caso Ng, el Comité declaró que la extradición de una persona sentenciada a la pena de muerte habría sido violatoria de la prohibición de tortura, debido al método de ejecución de la persona empleado por la jurisdicción que solicitaba la extradición.[148] Por lo general, los alegatos se refieren a violaciones del derecho a la vida o a la integridad física. No obstante, dos decisiones adoptadas en 1997 parecen indicar que la obligación de no extraditar en caso de un riesgo real de una violación del PIDCP se extiende al derecho a no ser privado de libertad en forma ilegal o arbitraria y al derecho a un proceso justo y con respeto de las garantías del debido proceso.[149] Cabe destacar que la doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre este principio tampoco requiere de la persecución, de manera que los motivos de la futura violación tienen poca relevancia.

iii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

La Declaración de Cartagena, adoptada en 1984 por una importante conferencia subregional, reconoce este principio como norma perentoria del derecho internacional consuetudinario. Su conclusión reza así:

---

147 Comité de Derechos Humanos, caso Kindler c. Canadá, párr. 13.2 (1993).

148 Véanse los casos Kindler y Ng, descritos en el Capítulo 1.

149 Comité de Derechos Humanos, caso G.T. c. Australia, párr. 8.7; A.R.T. c. Australia, párr. 6.15. En ambos casos el Comité concluyó que la probabilidad de tales violaciones no había sido comprobada.

> Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición de rechazo en las fronteras) como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de ***jus cogens***.[150]

La CIDH ha calificado la obligación de respetar el principio de no devolución como "la obligación suprema de los Estados" con respecto a los refugiados y solicitantes de asilo.[151] La importancia del principio se explica por su vínculo con otros derechos. La CIDH expresó que "el derecho de buscar asilo y las garantías correspondientes (…) constituyen, en sí mismas, un medio para salvaguardar los derechos fundamentales a la libertad, la integridad y la vida, consagradas en la Declaración Americana"[152] y, en consecuencia:

> En virtud de los términos de la Declaración y otras obligaciones aplicables de Canadá, los refugiados no pueden ser devueltos a un lugar en donde enfrenten el riesgo de persecución que implique la violación de sus derechos humanos fundamentales. De conformidad con la Declaración, en particular, la obligación del Estado de respetar los derechos fundamentales del individuo, como son el derecho a la vida, la libertad y la integridad personal, limita su capacidad de actuar en los casos en que esto pondría al individuo en riesgo. La observancia estricta del principio de no devolución ***(non-refoulement)*** es uno de los medios por los que se garantizan estos derechos fundamentales.[153]

El principio de no devolución fue aplicado por la CIDH en el caso Interdicción de los haitianos. La CIDH se adhirió a la opinión del

---

150 Declaración de Cartagena, Parte II, conclusión Quinta.

151 CIDH, Informe sobre la situación de los solicitantes de asilo en Canadá, párr. 24.

152 Ibíd., párr. 104.

153 Ibíd., párr. 32.

ACNUR en el sentido de que el principio era aplicable en alta mar, y concluyó que la devolución a Haití de haitianos presentes en embarcaciones interceptadas en alta mar, por ser incompatible con este principio, vulneraba el derecho de asilo consagrado por la Declaración Americana.[154]

[154] CIDH, caso Interdicción de los haitianos, supra, párrs. 157 y 163.

Capítulo 9
Libertad de pensamiento, conciencia y religión

9.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Artículo III. Derecho de libertad religiosa y de culto

Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.

Artículo IV. Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 12. Libertad de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean

necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

9.2 Normativa complementaria

Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, 1981

Artículo 6

De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:

a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;

b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;

c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;

d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;

e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;

f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;

g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;

h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;

i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

Convención sobre los derechos del niño, 1989

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (OIT)

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

(…)

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o

territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

(…)

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, 1992

Artículo 2

1. Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo.

(…)

Artículo 4 (…)

2. Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

9.3 Consideraciones generales

i) La importancia de la libertad de pensamiento, creencia y religión

La importancia de la libertad de pensamiento, creencia y religión se evidencia por una referencia en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo segundo párrafo reza así:

> Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la con-

> ciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias, (…)

El preámbulo de la Declaración de 1981 sobre la eliminación de todas Las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones contiene la siguiente reflexión sobre su importancia: "Considerando que la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida y que, por tanto, la libertad de religión o de convicciones debe ser íntegramente respetada y garantizada (…)

ii) Reseña de la normativa pertinente

La libertad de religión está consagrada por los cuatro instrumentos que forman el principal marco de referencia de este libro. Este derecho tiene dos dimensiones. La primera, que consiste en el derecho a profesar o adherirse a una religión y el derecho de cambiarla por otra, es uno de los pocos derechos fundamentales que es absoluto, es decir, que no admite restricción o injerencia alguna. La otra dimensión de esta libertad comprende el derecho a manifestar y practicar la religión tanto en público como en privado. El artículo 18.3 del PIDCP así como el artículo 12.3 de la Convención Americana disponen que el derecho de practicar una religión está sujeto a restricciones destinadas a proteger ciertos bienes jurídicos, siempre que se respeten los principios de legalidad y necesidad. Los bienes jurídicos que permiten restringir el ejercicio de la libertad de religión, según estos artículos, son la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, y los derechos y las libertades fundamentales de las demás personas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana extienden a la libertad de pensamiento y de conciencia la misma protección que otorgan a la libertad de religión.

El artículo III de la Declaración Americana tutela únicamente la libertad de religión pero consagra la libertad de opinión en su artículo IV, junto con las libertades de investigación, de expresión y de "difusión del pensamiento" (véase el Capítulo 10). El contenido específico de los conceptos de pensamiento, opinión y creencia no está claramente definido en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Cabe presumir que existe cierta duplicación entre estos conceptos, y que las respectivas garantías se complementan.[1]

El PIDCP y la Convención Americana reconocen expresamente en disposiciones similares el derecho de los padres –y tutores, según la Convención– a determinar la educación religiosa o moral recibida por sus hijos –y pupilos–. Este derecho está vinculado con la problemática sobre la incidencia de las creencias de los padres en la manera en que crían a sus hijos y los derechos del niño.

En 1981 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, cuyo Preámbulo la vincula con la Declaración Universal y el PIDCP. En 1987 la Comisión de Derechos Humanos estableció una relatoría con el mandato de velar por el cumplimiento de esta Declaración, y desde 1994 los informes del relator son sometidos a la Asamblea General para su consideración. El hecho de que desde hace una década los informes sobre el cumplimiento de la Declaración sean presentados a la Asamblea General puede considerarse como una indicación de que los Estados miembros la consideran vinculante.

iii) El concepto de religión y de creencia

La normativa internacional no contiene una definición del término "religión". El informe de la Relatora especial de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y

---

[1] El párrafo 3 de la Observación General No. 22 parece indicar que el Comité de Derechos Humanos suscribe esta interpretación.

discriminación fundadas en la religión o las convicciones publicado en 1989, si bien no propone una definición definitiva, señala lo siguiente: "(…) la 'religión' puede definirse como 'una explicación del sentido de la vida y un modo de vivir con arreglo a él.' Toda religión tiene por lo menos un credo, un código de conducta y un culto."[2]

El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado del tema ha indicado que el concepto de religión incluye, en primer lugar, el islam, el judaísmo, el budismo, el hinduismo y las distintas corrientes de la cristiandad.[3] Reconoce, asimismo, la necesidad de prestar "particular atención a las creencias de los pueblos autóctonos."[4] Recientemente, el Relator incluyó a los practicantes del Falun Gong –que es una forma de meditación china– entre un listado de minorías religiosas.[5] En cuanto a las "creencias" de carácter secular, se limita a mencionar el humanismo.[6]

El término "secta" se emplea a veces en contraposición a "religión". El Relator Especial, a pesar de reconocer que no siempre es fácil distinguir entre una secta y una religión o una creencia no tradicional, ha empleado el término secta para referirse a "grupos y movimientos que, bajo el pretexto de libertad de religión o creencia, se dedican a actividades criminales."[7] El Relator Especial hace una distinción entre dichas sectas y los movimientos religiosos extremistas, que se caracterizan por su promoción de la intolerancia y la violen-

---

2 Naciones Unidas, Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, serie de estudios 2, 1989.

3 Naciones Unidas, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, A/56/253, párr.100. El Relator utiliza la expresión "grandes religiones", concepto que la Relatora Especial da a entender, en el párrafo 221 ii) del Estudio publicado en 1989, puede contribuir a discriminación contra otras religiones.

4 Ibíd., párr. 101.

5 Naciones Unidas, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial para 2003, E/CN.4/2003/66, párr. 131.

6 Ibíd.

7 Naciones Unidas, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial para 2002, E/CN.4/2002/73, párr. 144 c).

cia, y que ha calificado como "un flagelo que atenta contra la libertad y la religión."[8]

La Observación General No. 22 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 18 del PIDCP se limita a indicar que estos conceptos deben interpretarse en forma amplia y a señalar que el concepto de creencia incluye "las creencias teístas, no teístas y ateas" (véase la sección 9.5). El Documento Final de la Conferencia Internacional Consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión, de convicciones, la tolerancia y la no discriminación hace eco de esta doctrina al afirmar que "la libertad de religión o de convicciones incluye las convicciones teístas, agnósticas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia."[9] Las raíces de este precepto doctrinal se encuentran en el primer informe sobre la materia elaborado en el seno de las Naciones Unidas y publicado en 1960, que incluye entre las creencias no religiosas protegidas por esta libertad, el racionalismo y el "libre pensamiento".[10]

iv) Alcance del capítulo

El tema de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión está estrechamente vinculado con el de la prohibición de la discriminación basada en la religión u opinión, abordado en el Capítulo 15. También está vinculado con el tema de la libertad de opinión y expresión, de reunión y de asociación, especialmente en cuanto se trata del derecho a manifestar creencias de tipo secular.[11]

---

8 Ibíd., párr. 151 (traducción propia).

9 Apéndice al Informe del Relator Especial para 2002. La Conferencia fue convocada para marcar el vigésimo aniversario de la adopción de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

10 Ibíd.

11 La importancia de estos vínculos es reconocida por el Informe de 1989 (supra), párr. 22.

Estos temas son tratados en los Capítulos 10 y 11. Además, la jurisprudencia sobre los principios de legalidad y necesidad desarrollada en el contexto de dichas libertades también guarda relevancia para la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

La jurisprudencia sobre esta libertad no es extensa en el sistema universal ni en el interamericano, por lo que la doctrina elaborada por el Comité de Derechos Humanos y los informes de las Relatorías establecidas en el marco del sistema universal ocupan un lugar central en el presente Capítulo.[12]

9.4 El derecho de profesar y cambiar de religión

La Observación General sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión, adoptada por el Comité de Derechos Humanos en 1993, hace hincapié en el carácter absoluto del derecho a profesar una religión o creencia. El párrafo pertinente reza:

> El artículo 18 distingue entre la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de creencias y la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias. No permite ningún tipo de limitación de la libertad de pensamiento y de conciencia o de la libertad de tener la religión o las creencias de la propia elección. Estas libertades están protegidas incondicionalmente, lo mismo que lo está, en virtud del párrafo 1 del

---

[12] Para efectos del presente capítulo las referencias a "la Relatora Especial" se refieren a la Relatora sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de la Subcomisión que elaboró el estudio sobre la materia publicado en 1989, mientras que las referencias al "Relator Especial" o al "Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos", sin más, se refieren al Relator sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones nombrado por la Comisión de Derechos Humanos en 1987 para preparar informes anuales sobre la aplicación de la Declaración de 1981 respecto a la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

> artículo 19, el derecho de cada uno a tener opiniones sin sufrir injerencia. De conformidad con el artículo 17 y el párrafo 2 del artículo 18, no se puede obligar a nadie a revelar sus pensamientos o su adhesión a una religión o a unas creencias.[13]

La importancia del derecho a cambiar de religión o de creencia es subrayada por la observación de que "la libertad de 'tener o adoptar' una religión o unas creencias comporta forzosamente la libertad de elegir la religión o las creencias, comprendido el derecho a cambiar las creencias actuales por otras o adoptar opiniones ateas, así como el derecho a mantener la religión o las creencias propias."[14] La Relatora sobre la eliminación de la intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, en el Informe publicado en 1989 concuerda en que "toda persona tiene el derecho de abandonar una religión o unas convicciones y adoptar otras, o de permanecer sin ninguna", derecho que es "implícito en el concepto de (…) la libertad de pensamiento, conciencia, religión y convicciones."[15] El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos también se ha sumado a esta interpretación.[16]

El Comité de Derechos Humanos ha enumerado una serie de prácticas que vulneran este derecho en el párrafo siguiente:

> El párrafo 2 del artículo 18 prohíbe las medidas coercitivas que puedan menoscabar el derecho a tener o a adoptar una religión o unas creencias, comprendidos el empleo o la amenaza de empleo de la fuerza o de sanciones penales para obligar a creyentes o no creyentes a aceptar las creencias religiosas de quienes aplican tales medidas o a incorporarse a sus congregaciones, a renunciar a sus propias creencias o a convertirse.

---

13 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 3.

14 Ibíd., párr. 5.

15 Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, informe de 1989, párr. 22.

16 Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe sobre una visita a Argelia, E/CN.4/2003/66/Add.1, párr. 150.

> Las políticas o prácticas que tengan los mismos propósitos o efectos, como por ejemplo, las que limitan el acceso a la educación, a la asistencia médica, al empleo o a los derechos garantizados por el artículo 25 y otras disposiciones del Pacto son igualmente incompatibles con el párrafo 2 del artículo 18. La misma protección se aplica a los que tienen cualquier clase de creencias de carácter no religioso.[17]

El Comité de Derechos Humanos ha subrayado la obligación del Estado de tomar medidas eficaces contra la intolerancia religiosa, y ha indicado que esta obligación incluye tanto medidas preventivas, tales como campañas de sensibilización, así como la investigación y sanción penal de casos de acoso a miembros de minorías religiosas.[18]

Algunos Relatores Especiales de la Comisión de Derechos Humanos encargados de investigar la situación de derechos humanos en determinados países han condenado las prácticas violatorias del derecho a profesar una religión o creencia. La tipificación del delito de apostasía por el Código Penal de un país fue calificada por un Relator Especial de "violación flagrante" de la libertad de pensamiento, conciencia y religión.[19]

9.5 La libertad de pensamiento y conciencia

La Observación General No. 22 del Comité de Derechos Humanos hace hincapié en la amplitud de la libertad consagrada por el artículo 18 del PIDCP. De particular relevancia son los dos primeros párrafos de dicha Observación General:

---

[17] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 5.

[18] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Georgia, A/57/40, párr. 17 (2000).

[19] Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial para Sudan, E/CN.4/1994/48, párr. 80.

> El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del artículo 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas. El Comité señala a la atención de los Estados Partes el hecho de que la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia se protegen de igual modo que la libertad de religión y de creencias.
>
> El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales.

El Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias ha mencionado el humanismo como ejemplo de una creencia protegida por esta libertad. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la objeción de conciencia (ver la sección 9.8) deja entender que el pacifismo constituye otro ejemplo.

Por amplios que sean los conceptos como "conciencia", "creencia" y "religión", éstos también tienen sus límites. En un caso, el Comité de Derechos Humanos dictaminó que "una creencia que consiste de forma principal o exclusiva en el cultivo y distribución de estupefacientes no puede en modo alguno incluirse en el ámbito del artículo 18 del Pacto."[20] Asimismo, la jurisprudencia señala que "Aunque en el artículo 18 del Pacto se protege indudablemente el derecho a tener, manifestar y difundir opiniones y convicciones, incluida la objeción de conciencia a las actividades y gastos militares, la negativa a pagar impuestos por motivos de objeción de concien-

---

[20] Comité de Derechos Humanos, caso M.A.B. y otros c. Canadá, párr. 4.2.

cia escapa claramente del ámbito de la protección que ofrece este artículo."[21]

9.6 Las religiones de Estado y las ideologías oficiales

Según la doctrina del Comité de Derechos Humanos, la existencia de una religión o ideología establecida no es forzosamente incompatible con la libertad de pensamiento y religión, siempre que no tenga consecuencias discriminatorias. La Observación General No. 22 señala al respecto:

> El hecho de que una religión se reconozca como religión de Estado o de que se establezca como religión oficial o tradicional, o de que sus adeptos representen la mayoría de la población[,] no tendrá como consecuencia ningún menoscabo del disfrute de cualquiera de los derechos consignados en el Pacto, comprendidos los artículos 18 y 27, ni ninguna discriminación contra los adeptos de otras religiones o los no creyentes. En particular, determinadas medidas que discriminan en contra de estos últimos, como las medidas que sólo permiten el acceso a la función pública de los miembros de la religión predominante o que les conceden privilegios económicos o imponen limitaciones especiales a la práctica de otras creencias, no están en consonancia con la prohibición de discriminación por motivos de religión o de creencias y con la garantía de igual protección en virtud del artículo 26. (…)
>
> Cuando un conjunto de creencias sea considerado como la ideología oficial en constituciones, leyes, programas de partidos gobernantes, etc. (…) esto no tendrá como consecuencia ningún menoscabo de las libertades consignadas en el artículo 18 ni de ningún otro de los derechos reconocidos en el Pacto, ni ningún tipo de discriminación contra las personas que no suscriban la ideología oficial o se opongan a ella.[22]

---

[21] Comité de Derechos Humanos, caso J.P. c. Canadá, párr. 4.2 (1991); J.V.K. c. Países Bajos, párr. 4.2 (1992).

No obstante, es menester reconocer, como hace la Relatora sobre la eliminación de la intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, que por regla general las "prácticas como el establecimiento de una religión o convicción por un Estado equivalen de hecho a la concesión de ciertas preferencias y privilegios a quienes observan esa religión o convicción, y son, por consiguiente, discriminatorias."[23] En sus observaciones sobre el informe de un Estado Parte al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos indicó que el trato preferencial a una religión y en particular las subvenciones otorgadas por el Estado, "constituye discriminación por razones religiosas" incompatible con el artículo 26 del PIDCP.[24]

En el caso Delgado Páez, el reconocimiento oficial de la religión parece haber influido en la decisión del Comité de Derechos Humanos. El caso trata de un maestro de religión de un colegio público quien fue asignado a otra materia por causa de la oposición de las autoridades episcopales a sus creencias religiosas. Luego de referirse a "las circunstancias particulares del caso, dada la relación especial entre Iglesia y Estado que existe en Colombia y que se refleja en el concordato establecido", el Comité concluyó que no se había producido una violación del artículo 18, pues "un Estado puede, sin violar esa disposición del Pacto, permitir que las autoridades eclesiásticas decidan quién puede enseñar religión (…) y de qué manera debe impartirse esa enseñaza."[25] No obstante, algunos pronuncia-

---

[22] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párrs. 9 y 10. Véanse también las Observaciones finales sobre el informe de Irán, A/48/40, párr. 269 (1993).

[23] Comisión de Derechos Humanos, Relatora Especial, Informe de 1989 (supra), párr. 89.

[24] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Argentina, A/56/40, párr. 16. La posición del gobierno está resumida en el párr. 56 del informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos encargado del tema, sobre su visita a Argentina, E/CN.4/2002/73, Add.1.

[25] Comité de Derechos Humanos, caso Delgado Páez c. Colombia, párr. 5.8 (1990). Luego el maestro abandonó el país debido a amenazas y a una agresión presuntamente motivadas por sus creencias religiosas y su conflicto con

mientos más recientes del Comité arrojan dudas sobre el valor de este antecedente. Por ejemplo, en sus observaciones finales sobre el Informe de otro Estado el Comité manifestó en 1994 su preocupación con respecto a una legislación que otorgaba a la Conferencia Episcopal "la facultad de impedir efectivamente la enseñaza de religiones distintas del catolicismo en las escuelas públicas y de prohibir que personas no católicas enseñen religión en esas escuelas."[26]

9.7 El derecho de las personas a practicar su religión o creencia

i) La Declaración de 1981

La Declaración de 1981 sobre la intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones enumera los elementos siguientes del derecho a practicar una religión o creencia:

a) (…) practicar el culto o celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y fundar y mantener lugares para esos fines;
b) (…) fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
c) (…) confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
d) (…) escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
e) (…) enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;

---

las autoridades episcopales, y perdió su empleo por "abandono" de sus funciones, hechos que el Comité de Derechos Humanos consideró violatorios de los artículo 25.c y 26 del PIDCP (véase el Capítulo 12).

[26] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Costa Rica, A/49/40, párr. 158.

f) (…) solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y otro tipo de particulares e instituciones;
g) (…) capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
h) (…) observar días de descanso y celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
i) (…) establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional (art. 6).

Cabe destacar que el listado anterior no es taxativo y que las actividades mencionadas pueden estar vinculadas tanto a las creencias y convicciones no deístas como a las religiones. La Relatora sobre la intolerancia y discriminación considera que la Declaración establece obligaciones vinculantes y ha señalado que "Un aporte particularmente importante de la Declaración al ordenamiento jurídico internacional lo constituye, sin lugar a dudas, la enumeración que hace en su artículo 6 de las libertades que especifican la libertad genérica de pensamiento, de conciencia, de religión y de convicciones."[27]

ii) La doctrina y la jurisprudencia universales sobre el contenido del derecho

El Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 22, también enumera una serie de actividades que forman parte de este derecho, cuyo párrafo pertinente establece:

> La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias puede ejercerse "individual o colectivamente, tanto en público como en

---

[27] Comisión de Derechos Humanos, Relatora Especial, Informe de 1989 (supra), párrs. 200 y 211.

privado". La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto. La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo. Además, la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosos.[28]

En un caso sobre los derechos de un preso musulmán, el Comité de Derechos Humanos concluyó que en ausencia de toda justificación, la confiscación de sus libros de plegarias y el haberle afeitado la barba por la fuerza había vulnerado su derecho a practicar su religión. La decisión del Comité subrayó "que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actos y que el concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales que dan expresión a las creencias, así como a diversas prácticas que son parte integrante de esos actos."[29]

---

[28] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 4.

[29] Comité de Derechos Humanos, caso Boodoo c. Trinidad y Tobago, párr. 6.5 (2002).

El Comité de Derechos Humanos también ha indicado que las disposiciones legales que establecen la obligación de las organizaciones y asociaciones religiosas de registrarse, así como las penas para sus dirigentes en caso de incumplimiento, vulneran el artículo 18 del PIDCP.[30] Algunos de los Relatores encargados de la investigación de la situación de derechos humanos en determinados países también han hecho observaciones valiosas sobre la libertad de religión y de creencias. El Relator Especial para Irak se ha preocupado del tema desde hace más de una década. En un informe presentado en 1993, este Relator calificó los esfuerzos del gobierno para influir en la selección del dirigente de la comunidad chi'ita como una "injerencia que atenta contra la esencia misma de la libertad de religión, pues niega el derecho de la comunidad a organizar y administrar sus propios asuntos y, en particular, el de escoger las personas idóneas para ejercer la autoridad espiritual."[31]

Los atentados contra bienes religiosos constituyen una de las violaciones más frecuentemente registradas por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa. Además de la confiscación y no devolución de bienes, se citan como ejemplos "la negativa de acceso a los lugares de culto o a los lugares con significación religiosa o espiritual, por ejemplo, los lugares sagrados de las poblaciones autóctonas; de cierres, ataques y destrucciones dirigidos contra tales bienes, así como contra cementerios, sepulturas y escuelas religiosas."[32]

En el caso de los indígenas, este Relator Especial ha calificado la tierra de "madre de la identidad indígena" y "condición indispensable (…) para la práctica religiosa o espiritual legítima."[33] Asimismo,

---

30 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Uzbekistán, A/56/40, párr. 24.

31 Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe E/CN.4/1993/45, párr. 135 (traducción propia).

32 Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe A/56/253, párr. 98 e).

33 Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe sobre una visita a Argentina, E/CN.4/2002/73, Add.1, párr. 147.

ha reconocido el carácter sagrado para tales comunidades de los restos de los ancestros y su derecho a recuperarlos.[34]

iii) La doctrina y la jurisprudencia interamericana sobre el contenido del derecho

La relación entre religión y acción social fue abordada por la CIDH en un informe elaborado hace más de dos décadas. La parte pertinente de su análisis incluye lo siguiente:

> En lo referente a esta delimitación de las diversas categorías de actividades y a su eventual impacto político y social, una correcta evaluación de la vigencia del derecho a la libertad religiosa implica asumir una posición respecto al marco en que las acciones concretas se ubican. Resulta indudable que las actividades religiosas poseen una dimensión social; el contenido ético de las concepciones religiosas puede traducirse en postulado de carácter general que sirvan tanto para evaluar fenómenos concretos en el ámbito económico, social y político, como para guiar las conductas prácticas de los creyentes en determinados momentos de la vida política de un país.
>
> Además, estos postulados generales aplicados al quehacer social concreto, pueden convertirse en la base ideológica que sustenta una acción política. En esta calidad, ellos son, por una parte, elementos legítimos de un orden político democrático y, por otra parte, se independizan relativamente de las concepciones originales en que se basan para ser sometidos a las mismas condiciones que otros postulados políticos; son por tanto, susceptibles de la crítica teórica y práctica, así como de eventual modificación. Este último aspecto es el que los distingue de la base confesional en que se sustentan y, en ese sentido, se convierten en pautas de conducta deseable pero no obligatoria. Prueba de ello es que

---

[34] Ibíd., párr. 163.

> pueden adherir a estos postulados sociales personas que no pertenecen a la religión de la que ellos se derivan y, a la inversa, fieles de la creencia religiosa en cuestión pueden, legítimamente, sustentar concepciones políticas diferentes.
>
> Lo apuntado hasta aquí permite considerar que existe un núcleo de creencias religiosas que se trasuntan en actividades concretas incluyendo la práctica del culto; éste es el contenido fundamental del derecho a la libertad religiosa. De estas creencias básicas pueden deducirse postulados doctrinarios que sirvan de sustento a modelos de organización económica, social y política; en tal carácter, ellos y las acciones en ellos inspiradas escapan al ámbito de la religión e ingresan al campo de la política; su protección, por tanto, es materia derivada de la vigencia de los derechos políticos.[35]

El informe citado reconoce como elementos de la libertad de religión la divulgación de información e ideas religiosas mediante la educación y el acceso a los medios de comunicación social.[36]

Durante la última década, la CIDH ha consolidado una importante jurisprudencia sobre las represalias contra religiosos motivadas por su actividades pastorales, así como sobre las medidas que obstaculizan o impiden la continuación de actividades de esta naturaleza. En el caso Ortiz, su conclusión fue la siguiente:

> Es probable que los ataques contra la Hermana Ortiz hayan tenido como objetivo castigarla y truncar sus actividades religiosas como misionera de la Iglesia y su labor con los grupos indígenas de Huehuetenango, así como su asociación con miembros del GAM. Además, debido a la vigilancia, amenazas, secuestro, tortura y violación de que fue objeto, regresó a los Estados Unidos para escapar de sus secuestradores y la

---

[35] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, 1983, párrs. 10-12. Cabe señalar que esta doctrina fue elaborada en el marco de la Declaración Americana.

[36] Ibíd., párr. 42.

violencia contra ella y no ha podido regresar a Guatemala por temor. Como resultado, se la ha privado del derecho de ejercer su derecho a la libertad de conciencia y de religión desempeñándose como misionera extranjera de la Iglesia Católica en Guatemala. (…)[37]

En el caso Riebe Star, manifestó lo siguiente:

Debe resaltarse un hecho no controvertido por el Estado mexicano: los tres sacerdotes fueron interrogados por las autoridades migratorias en el aeropuerto de la Ciudad de México acerca de la doctrina social de la Iglesia Católica. (…) La Comisión entiende que la conducta de las propias autoridades que interrogaron a los sacerdotes extranjeros acerca de su opción religiosa, revela el vínculo entre dicha opción y el trato que recibieron de tales autoridades: el arresto y la expulsión sumaria de México, con el agravante de no permitirles regresar bajo ningún tipo de categoría migratoria.

Con fundamento en tales hechos, la Comisión establece que los sacerdotes Riebe Star, Barón Guttlein e Izal Elorz fueron castigados a causa de su actividad religiosa. Por lo tanto, la CIDH concluye que el Estado mexicano violó el derecho a la libertad de conciencia y religión, que estaba obligado a garantizar a los mencionados sacerdotes católicos extranjeros.
(…)

Teniendo en cuenta lo establecido más arriba sobre la opción religiosa de los sacerdotes, la Comisión considera que la decisión de expulsarlos de manera arbitraria constituye igualmente una violación al derecho a asociarse libremente con fines religiosos, ya que les impidió de manera definitiva reunirse con sus feligreses en Chiapas.[38]

---

[37] CIDH, caso Ortiz c. Guatemala, párr. 119 (1996).

[38] CIDH, caso Riebe Star y otros c. México, párrs. 102, 103 y 105 (1999). Véase también el Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, 1978, pp. 119 y 152-153 (citado en el caso de los Jesuitas, párr. 168,

Por último, cabe recordar que la CIDH ha insistido en que el Estado y sus agentes deben asumir una postura de "absoluta neutralidad" frente a rivalidades o controversias entre una religión y otra, o una corriente y otra dentro de la misma religión.[39]

iv) La doctrina y jurisprudencia universales sobre las restricciones al derecho de practicar su religión o creencia

La Observación General No. 22 contiene también la siguiente exégesis del párrafo 3, relativo a los principios que rigen las restricciones al derecho de practicar una religión o creencia:

> El párrafo 3 del artículo 18 permite restringir la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás, a condición de que tales limitaciones estén prescritas por la ley y sean estrictamente necesarias. No se puede restringir la libertad de no ser obligado a tener o adoptar una religión o unas creencias y la libertad de los padres y los tutores a garantizar la educación religiosa y moral. Al interpretar el alcance de las cláusulas de limitación permisibles, los Estados Partes deberían partir de la necesidad de proteger los derechos garantizados por el Pacto, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación en todos los terrenos especificados en los artículos 2, 3 y 26. Las limitaciones impuestas deben estar prescritas por la ley y no deben aplicarse de manera que vicie los derechos garantizados en el artículo 18. El Comité señala que el párrafo 3 del artículo 18 ha de interpretarse de manera estricta: no se permiten limitaciones por moti-

---

1999); Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, 1978, p. 74; Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia, 1981, p. 114; Informe Anual 1982-1983, p. 20 (Guatemala); y el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 1983, párr. 6.

[39] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 1983, párr. 5. Véase también Informe Anual 1982-1983, pp. 20-21 ("irreprochable neutralidad").

> vos que no estén especificados en él, aun cuando se permitan como limitaciones de otros derechos protegidos por el Pacto, tales como la seguridad nacional. Las limitaciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de la que dependen. No se podrán imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se podrán aplicar de manera discriminatoria. El Comité señala que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición. Las personas que están sometidas a algunas limitaciones legítimas, tales como los presos, siguen disfrutando de sus derechos a manifestar su religión o creencias en la mayor medida que sea compatible con el carácter específico de la limitación. (…)[40]

La observancia de prácticas que atentan contra la vida o la integridad física no está protegida por la libertad de religión. En sus observaciones sobre el informe de un Estado Parte en el PIDCP, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos recomendó que se extremasen los esfuerzos para eliminar la práctica de la inmolación de viudas o la explotación sexual de niñas so pretexto de tradiciones religiosas.[41]

El derecho a observar los preceptos de carácter religioso está supeditado al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación, por lo menos en la medida en que cuenta con algún tipo de respaldo de parte del Estado. El Comité de Derechos Humanos ha señalado, por ejemplo, que el Estado no puede permitir la aplicación del derecho religioso en el ámbito del derecho civil y de familia, cuando las normas religiosas discriminan a la mujer.[42] El Relator

---

[40] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 8.

[41] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de India, A.52/40, párrs. 431 y 447.

[42] Ibíd., párr. 432.

de la Comisión de Derechos Humanos considera que las prácticas supuestamente religiosas que discriminan a la mujer, e incluso las agresiones a ésta vinculadas con el extremismo religioso constituyen uno de los problemas más urgentes que enfrenta.[43] Las prácticas discriminatorias mencionadas en este contexto incluyen la poligamia, el matrimonio sin consentimiento de la mujer y las ventajas otorgadas al marido con respecto al divorcio.[44]

Con cierta frecuencia, lamentablemente, señala el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, las interpretaciones extremistas de una religión llevan a la intolerancia hacia otras religiones o creencias. En su estudio de 1989 la Relatora Especial ha observado al respecto que "las manifestaciones de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (…) no sólo son serias en sí, sino que revisten especial gravedad porque tienden a evolucionar hasta convertirse en violaciones patentes de los derechos humanos o incluso en crímenes de lesa humanidad, como el crimen de genocidio, por lo que constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacional."[45]

El Comité de Derechos Humanos volvió a examinar la problemática de un maestro transferido por motivos vinculados con sus creencias en el caso Ross, pero a diferencia del caso Delgado Páez analizado arriba, en el caso Ross lo importante era la notoriedad del maestro como portavoz de ideas que no tenían vínculo con la materia que enseñaba y que no habían sido divulgadas en el aula.[46] Su traslado a un puesto administrativo fue motivado por el hecho de que su presencia en la escuela, junto con su reputación como portavoz de ideas presuntamente cristianas que denigraban la fe judía, había contribuido a la existencia de un ambiente hostil hacia los

---

43 Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, A/56/253, párr. 98 g). Informe sobre una visita a Argelia, párrs. 108-120 y 149.

44 Ibíd., párr. 149.

45 Comisión de Derechos Humanos, Relatora Especial, Informe de 1989, supra, párr. 41.

46 Comité de Derechos Humanos, caso Ross c. Canadá, párrs. 4.2 a 4.4 (2001).

alumnos judíos.[47] El Comité observó que "las medidas adoptadas no estaban dirigidas contra sus creencias o pensamientos, sino más bien [contra] la manifestación de estas creencias dentro de un contexto determinado."[48] Las medidas fueron tomadas luego de una investigación por una comisión gubernamental de derechos humanos que mostraban un nexo causal entre las declaraciones públicas del maestro y el ambiente "envenenado" percibido por los alumnos judíos. Asimismo, la administración escolar había tomado medidas para minimizar las consecuencias negativas del traslado para el maestro.[49] En tales circunstancias, el Comité consideró su traslado como necesario para la protección del "derecho y libertad de los niños judíos a disfrutar de un sistema escolar libre de sesgos, prejuicios e intolerancia", y compatible con el PIDCP.[50]

9.8 La objeción de conciencia

Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni la Declaración Americana, ni el PIDCP ni la Convención Americana, hacen referencia expresa a la objeción de conciencia. No obstante, el Comité de Derechos Humanos considera este derecho inherente a la libertad de conciencia tutelada por el artículo 18 del PIDCP. La Observación General No. 22 establece al respecto lo siguiente:

> En el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias.[51]

---

47 Ibíd., párr. 4.3.

48 Ibíd., párr. 11.7.

49 Ibíd., párr. 11.6.

50 Ibíd., párr. 117.

51 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 11.

Esta interpretación fue confirmada por la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Westerman, así como en sus observaciones sobre los informes de varios Estados Partes en el PIDCP.[52] La mayor parte de la amplia jurisprudencia del Comité sobre este tema se basa en otras disposiciones del PIDCP, en particular al artículo 26. La Observación General No. 22 resume esta jurisprudencia al señalar que dicho artículo no permite "diferenciación entre los objetores de conciencia sobre la base del carácter de sus creencias particulares; [ni] discriminación contra los objetores de conciencia porque no hayan realizado el servicio militar."[53]

9.9 La religión o las creencias, la educación y la familia

i) El derecho de los padres a escoger la enseñaza religiosa o moral de sus hijos

El PIDCP y la Convención Americana reconocen expresamente el derecho de los padres a decidir la educación religiosa o moral de sus hijos. La Convención reconoce a los tutores y a sus pupilos como sujetos del mismo derecho. La referencia a la "enseñanza" en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también puede considerarse como una alusión a este derecho, reafirmado por otros instrumentos, entre ellos la Declaración de 1981 sobre la intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (arts. 5.2 y 5.4), y la Convención de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (art. 5.2). Además, está respaldado por las disposiciones de algunos instrumentos normativos que reconocen el derecho de particulares a

---

[52] Comité de Derechos Humanos, caso Westerman c. Países Bajos, párrs. 9.3 y 9.5 (1999); Observaciones finales sobre los informes de Azerbaiyán y Vietnam, A/57/40, párr. 21 (2001) y párr. 17, respectivamente.

[53] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 11 (véase también el Capítulo 15 sobre la igualdad y no discriminación).

establecer escuelas privadas [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 13.3; Convención sobre los derechos del niño, art. 29.2].

La Observación General No. 22 señala lo siguiente al respecto:

> El Comité opina que el párrafo 4 del artículo 18 permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores.[54]

En sus observaciones sobre los informes de un Estado Parte al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha calificado de "clara contradicción con el artículo 18 del Pacto" la obligación legal de los padres que profesan la religión del Estado de educar a sus hijos en la misma fe.[55]

---

[54] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 6. Véase también Comité de Derechos Humanos, caso Hartikainen c. Finlandia, párrs. 10.4-10.5 (1981).

[55] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre los informes de Noruega, A/49/40, párr. 93 (1994) y A/55/40, párr. 78 (1999).

ii) Los derechos de los padres y los niños en materia de religión y conciencia

Algunos de estos instrumentos contienen disposiciones que parecen indicar que, tratándose de un niño, la libertad de pensamiento, conciencia y religión está sujeta a otras restricciones que las permitidas por el PIDCP y la Convención Americana. La Declaración sobre la intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981, por ejemplo, contiene la siguiente disposición: "Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño (art. 5.1).

El artículo 14 de la Convención sobre los derechos del niño dedicado a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión guarda silencio sobre el derecho del niño a cambiar de religión.

En cuanto a la citada disposición de la Declaración de 1981, cabe recordar que, si bien un instrumento de esta naturaleza puede arrojar luz sobre el contenido de derechos y conceptos que figuran en otros instrumentos, no puede modificar –y sobre todo nunca disminuir– el contenido de una obligación consagrada por un instrumento vinculante. La mejor directriz con respecto a la manera en que las convicciones religiosas de los padres inciden en la vida de los niños y niñas dentro del ámbito familiar es la consagrada por el artículo 5 de la Convención sobre los derechos del niño, instrumento más actual y de mayor jerarquía como fuente de derecho. Dicho artículo –que es válido no sólo para la libertad de religión y conciencia sino para todos los derechos del niño y adolescente– establece lo siguiente:

> Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orienta-

> ción apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.[56]

La omisión en el artículo 14 de la Convención sobre los derechos del niño probablemente no tiene consecuencias, si se tiene en cuenta que la doctrina que indica que el derecho a cambiar de religión o creencia es parte integral e inherente de la libertad de religión y creencia (véase la sección 9.4). Cabe recordar, asimismo, el artículo 41 de la Convención sobre los derechos del niño, que reafirma el principio general del derecho internacional de los derechos humanos en el sentido de que:

> Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en
>
> a) El derecho de un Estado Parte; o
> b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

Por tanto, aún en la hipótesis de que el derecho a cambiar su religión o creencias no estuviera protegido por la Convención sobre los Derechos del Niño, dicha laguna no afectaría las obligación de los Estados en virtud de la Declaración Universal, el PIDCP y la Convención Americana.

Por último, es importante recalcar que las creencias de los padres nunca pueden servir de pretexto para vulnerar los derechos de sus hijos menores. Como señala el artículo 5.5 de la Declaración de 1981: "La práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral (…)".

---

[56] Sobre la importancia y el significado de este artículo, véase el Capítulo 13.

Capítulo 10
La libertad de expresión y de reunión

10.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Artículo IV. Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

Artículo XXI. Derecho de reunión

Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 15. Derecho de reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

10.2 Normativa complementaria

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho inclui-

rá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 13[1]

1. El derecho de opinión de los trabajadores migratorios y sus familiares no será objeto de injerencia alguna.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin limitaciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 del presente artículo entraña obligaciones y responsabilidades especiales. Por lo tanto, podrá ser sometido a ciertas restricciones, a condición de que éstas hayan sido establecidas por ley y sean necesarias para:

a) Respetar los derechos o el buen nombre ajenos;

b) Proteger la seguridad nacional de los Estados de que se trate, el orden público o la salud o la moral públicas;

c) Prevenir toda la propaganda en favor de la guerra;

d) Prevenir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

---

[1] Plasmado en la Parte III de la Convención, relativa a los derechos humanos de los trabajadores migratorios.

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos

Artículo 5

A fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional:

a) A reunirse o manifestarse pacíficamente;

b) A formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos;

c) A comunicarse con las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales.

Artículo 6

Toda persona tiene derecho, individualmente y con otras:

a) A conocer, recabar, obtener, recibir y poseer información sobre todos los derechos humanos y libertades fundamentales, con inclusión del acceso a la información sobre los medios por los que se da efecto a tales derechos y libertades en los sistemas legislativo, judicial y administrativo internos;

b) Conforme a lo dispuesto en los instrumentos de derechos humanos y otros instrumentos internacionales aplicables, a publicar, impartir o difundir libremente a terceros opiniones, informaciones y conocimientos relativos a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales;

c) A estudiar y debatir si esos derechos y libertades fundamentales se observan, tanto en la ley como en la práctica, y a formarse y mantener una opinión al respecto, así como a señalar a la atención del público esas cuestiones por conducto de esos medios y de otros medios adecuados.

Declaración de principios para la libertad de expresión

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática. (…)

7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales (OIT)

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas

Artículo 2

(…)

5. Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a establecer y mantener, sin discriminación de ninguno tipo, contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo y con personas pertenecientes a otras minorías, así como contactos transfronterizos con ciudadanos de otros Estados con los que estén relacionados por vínculos nacionales o étnicos, religiosos o lingüísticos.

10.3 Consideraciones generales

La importancia especial de la libertad de expresión se confirma en una conocida frase del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reza así:

> Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias (…)

El Comité de Derechos Humanos considera que "las libertades de información y de expresión son piedras angulares de toda sociedad libre y democrática."[2] La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) ha señalado lo mismo al manifestar que: "La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada."[3]

La libertad de expresión está consagrada en los cuatro grandes instrumentos universales e interamericanos sobre derechos humanos que forman el principal marco de referencia de este libro. La libertad de reunión también es reconocida por cada uno de estos instrumentos. Con frecuencia, la libertad de expresión está asociada con la libertad de pensamiento, mientras que la libertad de reunión está vinculada con la libertad de asociación.[4] No obstante, se ha

---

2 Comité de Derechos Humanos, caso Aduayom y otros c. Togo, párr. 7.4 (1997).

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), caso "La última tentación de Cristo" (Fondo), párr. 68.

4 Los artículos 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del PIDCP reconocen el "derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión", mientras que los artículos 19 de estos instrumentos reconocen el "derecho a la libertad de opinión y de expresión". La Declaración Americana hace una distinción más nítida entre la libertad de religión y culto, plasmada

considerado más conveniente incluir la libertad de reunión en el mismo capítulo que la libertad de expresión. Si bien el derecho de los miembros de una asociación a celebrar reuniones está vinculado con la libertad de asociación, el derecho de toda persona a convocar y participar en manifestaciones –objeto de una doctrina y jurisprudencia más importante– tiene una relación muy estrecha con la libertad de expresión.

La libertad de expresión comprende no sólo el derecho a difundir informaciones e ideas, sino también la libertad de investigación y el derecho a "recibir" información y opiniones.[5] La doctrina reconoce otro derecho que surge de la interacción entre el derecho de investigar y el de participar en la gestión de los asuntos públicos, que es el derecho a tener acceso a la información que obra en los archivos del Estado y de las instituciones públicas. La doctrina y jurisprudencia sobre la libertad de investigación y el derecho a recibir información e ideas se analizan en la sección 10.5 del presente capítulo, y el derecho de acceso a información en la sección 10.6.

El derecho de los familiares de personas desaparecidas a obtener información sobre la suerte y el paradero de éstas o de sus restos, así como el derecho a conocer la verdad sobre los sucesos relacionados con la violaciones sistemáticas de los derechos humanos que han marcado la historia de distintos países, surgen de la interrelación entre el derecho a la información y el derecho a un recurso y a la reparación. Este tema se abordó en el Capítulo 6, dedicado al derecho a un recurso.

El derecho del individuo a tener acceso a la información contenida en archivos y bancos de datos tiene dos aspectos: el derecho de acceso a información de interés público que se encuentra en archivos públicos, mencionado arriba, y el derecho del individuo a obtener la información que sobre sí mismo se encuentra en bancos de

---

en el artículo III, y la libertad de opinión, consagrada junto con la libertad de investigación, expresión y "difusión del pensamiento", por el artículo IV. La Convención Americana se acerca más a la normativa universal al consagrar el derecho a libertad de conciencia y creencia junto con la libertad de religión, en su artículo 12.

datos públicos y privados. Este último sirve esencialmente para tutelar la vida privada del individuo y se analizó en el Capítulo 7 dedicado al derecho a la intimidad, honra y personalidad jurídica.

La normativa sobre los derechos de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, y de las poblaciones indígenas, hace hincapié en el derecho que tienen éstas de comunicarse con los miembros de la misma etnia, religión o comunidad que viven en otro Estado. Este aspecto especial del derecho a la comunicación se analiza en el Capítulo 14 en la parte dedicada a los derechos de esas minorías y pueblos indígenas.

En la práctica, la prohibición de discriminación basada en la opinión está vinculada con la libertad de expresión.[6] El tema de la discriminación se analiza en el Capítulo 15.

10.4 El derecho a difundir información e ideas

i) Reseña de la normativa universal e interamericana

La libertad de expresión es un derecho muy amplio. Los instrumentos internacionales concuerdan en que esta libertad comprende el derecho de manifestar por cualquier medio de expresión, y sin limitación de fronteras, ideas e informaciones (art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 19.2 del PIDCP).[7] Tanto el PIDCP como la Convención Americana reconocen la amplitud de

---

[5] Los artículos 19 de la Declaración Universal, 19.2 del PIDCP y 13.1 de la Convención Americana reconocen todos estos elementos textualmente, y la Declaración Americana consagra la libertad de investigación como parte de la libertad de expresión.

[6] En el caso Bwala por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos consideró que la pérdida de empleo en el sector privado debido a presiones por parte de las autoridades motivadas por las declaraciones políticas de un individuo vulneró el artículo 26 del PIDCP. Caso Bwala c. Zambia, párr. 6.7 (1993).

[7] La Declaración Americana reconoce el derecho a expresarse por cualquier medio, sin precisar expresamente qué comprende información e ideas, ni

este derecho con la frase "informaciones e ideas de toda índole". No obstante, estos instrumentos también reconocen que este derecho admite limitaciones. El párrafo tercero del artículo 19 del PIDCP regula las restricciones admitidas de la manera siguiente:

> El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
>
> a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
>
> b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Otras restricciones se desprenden del artículo 20 del PIDCP, que obliga a los Estados a prohibir "Toda propaganda en favor de la guerra" y "Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia". Esta misma obligación está consagrada por el párrafo 5 del artículo 13 de la Convención Americana. La Convención sobre la Eliminación de la discriminación racial consagra una obligación más amplia, la de prohibir "toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial" aún cuando no constituya incitación a la discriminación racial o a la violencia (art. 4 a).

La Convención Americana, al igual que el PIDCP, permiten restricciones a este derecho que son destinadas a proteger los bienes jurídicos antes mencionados y que cumplen con los principios de legalidad y necesidad (art. 13.2). La Convención establece, además, un requisito muy importante que no figura en el PIDCP, que es la prohibición de la censura previa (art. 13.2); únicamente se exime de este requisito la censura previa de espectáculos debido a la necesidad de proteger la moral de la infancia y adolescencia (art. 13.4). La protección establecida por el artículo 13 de la Convención es más completa gracias a su párrafo 3, que precisa que el derecho de expresión no puede ser restringido por vías o medios indirectos.

ii) La doctrina y la jurisprudencia universales

La relación entre la libertad de expresión y el derecho de los pueblos a gobernarse por sí mismos fue subrayada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General sobre el artículo 25 del PIDCP:

> La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable para garantizar el pleno ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25. Ello comporta la existencia de una prensa y unos medios de comunicación libres capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública.[8]

El Comité de Derechos Humanos también abordó este tema en su decisión sobre el caso Aduayom, así:

> El Comité observa que las libertades de información y de expresión son piedras angulares de toda sociedad libre y democrática. Es inherente a la esencia de esas sociedades que sus ciudadanos puedan informarse sobre sistemas y partidos políticos distintos a los que están en el poder y criticar o evaluar abiertamente y en público a sus gobiernos sin temor a ser objeto de interferencia o de castigos, dentro de los límites establecidos en el párrafo 3 del artículo 19.[9]

En consecuencia, la libertad de expresión en materia política está amparada por los artículos 19 y 25 del PIDCP. Esta decisión dice al respecto: "Deberá considerarse que los derechos consagrados en el artículo 25 incluyen la libertad de participar en actividades políticas,

---

qué trasciende fronteras, pero el artículo 13.1 de la Convención Americana contiene los tres elementos.

8 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 25.

9 Comité de Derechos Humanos, caso Aduayom y otros c. Togo, párr. 7.4.

bien a título personal o como miembro de un partido político, la libertad de debatir asuntos públicos, de criticar al Gobierno y de publicar material de contenido político."[10] El caso Aduayom se refiere a dos profesores de la universidad nacional y a un funcionario público detenidos varios meses bajo cargos de lesa majestad[11] y quienes a raíz de la detención fueron destituidos so pretexto de abandono de sus funciones.[12] El Comité consideró que las críticas al sistema político vigente difundidas por las víctimas no representaron peligro alguno a la seguridad u orden público, ni a los derechos de terceros, de manera que las medidas tomadas por las autoridades eran violatorias de la libertad de expresión y del derecho de acceso a la función pública.[13]

En decisiones adoptadas anteriormente el Comité de Derechos Humanos consideró violatoria del PIDCP la detención de personas acusadas de actividades políticas que atentan contra el orden público cuando el sistema político mismo es incompatible con el PIDCP. En el caso Mukong, declaró que "(…) el legítimo objetivo de salvaguardar, e incluso fortalecer, la unidad nacional no puede alcanzarse tratando de silenciar a los defensores de la democracia pluripartidista, los principios democráticos y los derechos humanos."[14] Por tanto concluyó, al igual que en el caso Aduayom, que como los objetivos de la restricción eran de por sí incompatibles con el PIDCP, no se planteaba la cuestión de determinar la necesidad de las medidas.

En los casos Aduayom y Mukong las víctimas, si bien habían sido detenidas, fueron finalmente excarceladas sin haber sido enjuiciadas. En un caso reciente relativo al enjuiciamiento penal de una persona acusada de haber llamado "dictador" al presidente de la república, el Comité de Derechos Humanos concluyó que no se había

---

10 Ibíd., párr. 7.5.

11 Ibíd., párrs. 2.1-2.3.

12 Ibíd., párr. 2.4.

13 Ibíd., párrs. 7.4 y 7.6.

14 Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, párr. 9.7 (1994). Véanse también Kalenga c. Zambia y Bwala c. Zambia, párrs. 6.2-6.3 respectivamente (1993).

producido una violación de la libertad de expresión porque el acusado había sido sobreseído definitivamente.[15] Cabe destacar que en este caso, a diferencia de los casos Aduayom y Mukong, la acusación penal no estuvo acompañada de detención arbitraria ni de otras violaciones al PIDCP, a excepción de una violación del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.[16] Estas diferencias permiten concluir que la jurisprudencia sobre los casos Aduayom y Mukong sigue teniendo validez para situaciones en las cuales las víctimas sufren detención en razón del uso de la palabra y, aún más, cuando la detención arbitraria forma parte de un cuadro más amplio de represalias como había ocurrido en estos casos.[17]

El Comité de Derechos Humanos también ha examinado la compatibilidad del artículo 19 con otro tipo de restricciones a la diseminación de información. El caso Laptsevich versa sobre la aplicación a un folleto con una edición de 200 ejemplares, de una disposición legal que requería que toda publicación contuviera ciertos datos relativos a su registro con las autoridades competentes. El folleto contenía una llamada a la lucha en pro de la independencia del país, a la sazón parte de la Unión Soviética. La decisión reitera la jurisprudencia del Comité en el sentido de que "El derecho a la libertad de expresión tiene importancia fundamental en todas las sociedades democráticas y toda restricción del ejercicio de ese derecho debe reunir requisitos estrictos para ser justificable."[18] La cuestión decisiva no era la razonabilidad del requisito mencionado, sino la necesidad de su aplicación en las circunstancias concretas del caso.[19] El Comité consideró que el acervo probatorio carecía de cualquier elemento que permitiera concluir que la aplicación de dicho requisito a

---

15 Comité de Derechos Humanos, caso Paraga c. Croacia, párr. 9.6 (2001).

16 Ibíd., párrs. 9.7-9.9.

17 Las víctimas en estos casos habían perdido su empleo y habían sido sujetas a restricciones a la libertad de movimiento posterior a la excarcelación y algunas de ellas habían sido víctimas de maltrato y detención en condiciones inhumanas.

18 Comité de Derechos Humanos, caso Laptsevich c. Belarus, párr. 8.2 (2000).

19 Ibíd., párr. 8.5.

una publicación con estas características era necesaria para la protección del orden público, de manera que tanto la multa impuesta al editor como, ***a fortiori***, el decomiso de los folletos, habían vulnerado la libertad de expresión.[20]

En una serie de casos relativos a la diseminación de ideas que supuestamente representaban una amenaza a la seguridad nacional, el Comité de Derechos Humanos ha insistido en la aplicación estricta del requisito de necesidad. En el caso Park, sobre una persona condenada penalmente por la expresión de ideas que presuntamente correspondían a las posiciones de un país enemigo, el Comité reiteró que "El derecho a la libertad de expresión es de suma importancia en una sociedad democrática y toda restricción impuesta al ejercicio de este derecho deberá responder a una rigurosa justificación."[21] El Estado invocó la situación general del país y, en particular, el peligro que para la seguridad nacional representaban las políticas del poderoso país vecino, pero el Comité, tras un examen de la sentencia, concluyó que no había elementos de convicción que permitieran concluir que las opiniones expresadas por la víctima representaban una amenaza seria a la seguridad nacional.[22] En sus observaciones sobre el informe de este país, el Comité confirmó que "El Pacto no permite que se impongan restricciones a la libertad de expresión de ideas simplemente porque puede considerarse que esas ideas coinciden con las de una entidad enemiga, o porque puede considerarse que crean simpatía por esa entidad."[23]

Asimismo, en otro caso sobre el mismo país, el Comité de Derechos Humanos observó que las posiciones ideológicas y políticas del país vecino –con el cual existía técnicamente un estado de guerra– eran bien conocidas por la opinión pública, de manera que no

---

20 Ibíd.

21 Comité de Derechos Humanos, caso Park c. República de Corea, párr. 10.3 (1996).

22 Ibíd.

23 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de la República de Corea, A/55/40, párr. 133.

era evidente que la divulgación por un individuo de ideas similares o coincidentes podría "beneficiar" al país enemigo, ni poner en peligro la seguridad nacional.[24] En otro caso, el Comité consideró que las supuestas exigencias de seguridad nacional no eran justificación suficiente para la prohibición de declaraciones a favor de una huelga y contra la amenaza del gobierno de enviar tropas para dispersar la huelga.[25] Una vez más recalcó que el requisito de necesidad requiere que se sopese el impacto real de las opiniones expresadas en la seguridad nacional.

La libertad de expresión no se limita al ámbito político, social y cultural, sino que incluye la publicidad comercial.[26] Es más, el Comité de Derechos Humanos considera que los criterios para sopesar la licitud de las restricciones a la libertad de expresión no dependen de la naturaleza de las ideas e información en cuestión.[27] Con respecto a una disposición legislativa que prohibía el uso del idioma inglés en carteles publicitarios expuestos en sitios públicos, el Comité hizo las observaciones siguientes:

> En todo caso, habría que demostrar que las restricciones eran necesarias con arreglo a lo dispuesto en los incisos a) y b) del párrafo 3 del artículo 19. El Comité cree que para proteger la vulnerable posición del grupo de habla francesa en el Canadá no es necesario prohibir los anuncios comerciales en inglés. Esa protección puede lograrse por otros medios que no impidan la libertad de expresión, en el idioma que elijan, de los que se dedican a actividades como el comercio. Por ejemplo, la ley podría haber exigido que los anuncios fueran en francés y en inglés. Todo Estado puede optar por tener uno o más idiomas oficiales, pero, fuera del ámbito público, no puede negar a nadie el derecho a

---

24 Comité de Derechos Humanos, caso Kim c. República de Corea, párrs. 12.4 - 12.5.

25 Comité de Derechos Humanos, caso Sohn c. República de Corea, párr. 10.4.

26 Comité de Derechos Humanos, caso Ballantyne y otros c. Canadá, párr. 11.3 (1993).

27 Ibíd.

> expresarse en un determinado idioma. Por consiguiente, el Comité considera que ha habido una violación del párrafo 2 del artículo 19.[28]

La idea esbozada por el Comité de Derechos Humanos en el caso Ballantyne en el sentido de que la referencia a "los derechos o a la reputación de los demás" contenida en el artículo 19.3 incluye los derechos de comunidades o grupos étnicos, lingüísticos o religiosos, fue desarrollada en dos decisiones posteriores. En el caso Faurisson se impugnó la aplicación de una ley que tipificaba penalmente "el atacar las conclusiones y el veredicto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg."[29] De antemano, el Comité recordó que su mandato en el examen de casos individuales no consiste en examinar la compatibilidad de leyes en abstracto con el PIDCP, sino la compatibilidad con éste de la manera en que las leyes han sido aplicadas a hechos concretos por las autoridades y por los tribunales competentes.[30] Tras un examen de la sentencia y las declaraciones que sustentaron la condena, el Comité llegó a la conclusión de que la condena "no menoscababa su derecho [del condenado] a mantener y expresar una opinión general [sino que] el tribunal condenó al Sr. Faurisson más bien por haber violado los derechos y la reputación de terceros (…)". Los terceros cuyos derechos eran protegidos por la condena eran los miembros de la comunidad judía. Al respecto el Comité precisó lo siguiente:

> (…) el párrafo 3 del artículo 19 permite ciertas restricciones a la libertad de expresión [que] pueden relacionarse con los intereses de terceros o los de la comunidad en conjunto. Dado que, leídas en su contexto completo, las declaraciones hechas por el autor podían suscitar o reforzar sentimientos antisemitas, las restricciones favorecían el derecho de la comunidad judía a vivir sin temor de una atmósfera de antisemitismo.[31]

---

[28] Ibíd., párr. 11.4. Véase también Comité de Derechos Humanos, caso Singer c. Canadá, párr. 12.2 (1994).

[29] Comité de Derechos Humanos, caso Faurisson c. Francia, párr. 9.3 (1996).

[30] Ibíd.

[31] Ibíd., párr. 9.6.

El Comité de Derechos Humanos no examinó la necesidad de la medida so pretexto de que nadie la había cuestionado.[32] La no aplicación de este importante requisito quizás puede explicarse por la incidencia –aunque no mencionada por el Comité– de la obligación de prohibir "Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (…)" consagrada por el artículo 22.2 del PIDCP.

El Comité de Derechos Humanos hizo alusión al artículo 20.2 en una decisión más reciente, a pesar de que ésta no trataba de sanciones penales sino de medidas administrativas, por considerar que la existencia de la obligación plasmada en el artículo 20.2 demuestra que toda medida que guarda relación con este objetivo tutela un bien jurídico compatible con el PIDCP. La decisión en el caso Ross reconoce, en primer lugar, que el traslado de un educador a desarrollar funciones administrativas en razón de las ideas expresadas en un libro escrito por él, constituyó una restricción a su libertad de expresión aún cuando no se le había impedido expresar sus ideas públicamente y cuando el traslado no tenía mayores consecuencias para sus derechos laborales. El Comité manifestó al respecto que "La pérdida de un puesto docente constituía un perjuicio importante, incluso si el perjuicio pecuniario fuera insignificante o inexistente."[33] Luego de establecer que la medida guardaba relación con uno de los bienes jurídicos pertinentes –la protección de los derechos y la reputación de "las personas de confesión judía"– el Comité abordó la cuestión de la necesidad de la medida. Su análisis y conclusión aparecen en el párrafo siguiente:

> En este caso, el Comité recuerda que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades especiales. Estos deberes y responsabilidades especiales son particularmente importantes en el sistema de enseñanza, sobre todo en lo que respecta a la enseñanza de jóvenes alumnos. A juicio del Comité, la influencia que ejercen los maestros puede justificar las limitaciones para garantizar que el sistema de enseñan-

---

[32] Ibíd., párr. 9.7.

[33] Comité de Derechos Humanos, caso Ross c. Canadá, párr. 11.1 (2000).

> za no legitime la expresión de opiniones discriminatorias. En este caso concreto el Comité toma nota de que el Tribunal Supremo estimó que era razonable prever que había una relación causal entre las expresiones del autor y el "ambiente escolar envenenado" que percibieron los niños judíos en el distrito escolar. En este contexto, el hecho de apartar al autor de un puesto docente puede considerarse una restricción necesaria para proteger el derecho y la libertad de los niños judíos a disfrutar de un sistema escolar libre de sesgo, prejuicios e intolerancia. Además, el Comité observa que el autor fue transferido a un puesto no docente solamente después de un periodo mínimo de licencia sin sueldo, y que la restricción, por consiguiente, no fue más allá de lo necesario para cumplir su función protectora. Por tanto, el Comité de Derechos Humanos llega a la conclusión de que los hechos no revelan una violación del artículo 19.[34]

En sus observaciones finales sobre los informes de los Estados Partes al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre otros aspectos de la libertad de expresión. En una oportunidad indicó que la tipificación del delito de desacato es incompatible con la libertad de expresión.[35] En otra, señaló que "la falta de criterios en la concesión o denegación de licencias a los medios de comunicación (…) repercute negativamente en el ejercicio de la libertad de expresión y prensa (…)".[36] Las disposiciones legislativas que prohíben la difusión de información sobre cuestiones bancarias, comerciales y científicas, o "información inexacta", son excesivamente restrictivas de la libertad de expresión.[37] Asimismo, las dispo-

---

[34] Ibíd., párr. 11.7.

[35] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de República Dominicana, párr. 22, A/56/40, p. 52. Véanse también las Observaciones finales sobre el Informe de Marruecos, A/56/40, párr. 119, relativas al delito de injuria a los miembros de la familia real.

[36] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Ucrania, párr. 22, A/57/40. La misma observación señala que "el sistema de subvenciones a la prensa puede servir para suprimir la libertad de expresión."

[37] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre los Informes de Uzbekistán, párr. 18, A/56/40, y de Marruecos, A/55/40, párr. 119.

siciones que tipifican como delito la "oposición a los fines de la revolución" y condicionan el ejercicio de la libertad de expresión a la "crítica constructiva" vulneran el artículo 19 y deben derogarse.[38] Las disposiciones penales que prohíben la blasfemia o el menoscabo de valores religiosos, son igualmente incompatibles con el artículo 19.[39]

La doctrina del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) contiene elementos relativos a la libertad de expresión, algunos de los cuales pueden tener relevancia fuera del ámbito sindical. El derecho de publicar opiniones sin censura previa es considerado como "uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales", y la facultad discrecional de retirar la autorización de publicación de un periódico sin recurso judicial se considera un atentado contra la libertad sindical.[40]

iii) La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana

En su Opinión Consultiva OC-5/85, la Corte Interamericana hizo un aporte importante a la doctrina sobre el contenido de la libertad de expresión, así como al principio de necesidad. La Opinión trata sobre la compatibilidad con el artículo 13 de la Convención Americana de una disposición legislativa que imponía la colegiatura obligatoria de periodistas como requisito para ejercer dicha profesión. La Opinión, como se verá en la sección siguiente, hace hincapié en la importancia y complementariedad de ambas dimensiones de esta libertad, a saber: la de difundir información e ideas y la de recibirlas. Esta óptica influye en la amplia interpretación del contenido de la

---

[38] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Siria, párr. 24, A/56/40.

[39] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre los Informes del Reino Unido, A/55/40, párr. 310, y de Marruecos, A/55/40, párr. 119.

[40] La Libertad Sindical, Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1996, párrs. 154 y 162. (Sobre el Comité de Libertad Sindical y su doctrina, véase el Capítulo 11 dedicado a la libertad de asociación y la libertad sindical.)

libertad de expresión desarrollada por la Corte en los párrafos siguientes:

> En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier (...) procedimiento", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al ***status*** de quienes se dediquen profesionalmente a ella.
> (…)
>
> Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, ***a priori***, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, ***inter alia***, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.[41]

---

[41] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas", párrs. 31 y 34.

En suma, recalca la Corte Interamericana, "la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles."[42]

Con respecto al principio de necesidad, la Corte Interamericana suscribe la jurisprudencia de la Corte Europea en el párrafo siguiente:

> Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la existencia de una "necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.[43]

Con respeto a los bienes jurídicos que pueden eventualmente justificar restricciones a ésta y a otras libertades, la Corte Interamericana invocó otro principio importante en el párrafo siguiente:

---

[42] Ibíd., párr. 36.

[43] Ibíd., párr. 46. Se omiten las notas a las sentencias de la Corte Europea en los casos The Sunday Times y Barthold.

> No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.[44]

Respecto al objetivo concreto de la consulta, la Corte Interamericana concluyó que, si bien los objetivos de la medida eran legítimos y correspondían a los contemplados por el artículo 13.2 de la Convención Americana, la medida no podía considerarse necesaria "porque es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad."[45]

La Corte Interamericana reafirmó la doctrina sentada en la Opinión antes citada en su sentencia sobre el caso conocido como "La última tentación de Cristo", relativo a la censura de una película del mismo nombre. El análisis de la Corte parte de las siguientes observaciones de orden general:

> Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo [13], la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para

[44] Ibíd., párr. 67.

[45] Ibíd., párr. 79.

> difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.
>
> Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.
>
> La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.[46]

A renglón seguido la Corte Interamericana declara a la libertad de expresión como "piedra angular de una sociedad democrática", y ratifica la doctrina de la Corte Europea en el sentido de que la libertad de expresión:

> (…) es válid[a] no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una "sociedad democrática" (…)[47]

---

[46] Corte Interamericana, caso "La última tentación de Cristo" (Fondo), párrs. 65-67 (2001).

[47] Ibíd., párr. 69.

La censura previa de la película en este caso no respondía a la única excepción admitida por el artículo 13 de la Convención Americana, de manera que la Corte Interamericana no tuvo dificultades en concluir que se había vulnerado dicho artículo.[48]

En el caso Ivcher Bronstein, la Corte Interamericana examinó medidas que afectan a la libertad de expresión en forma indirecta, debido a sus consecuencias para personas vinculadas a los medios de comunicación. El análisis de la libertad de expresión se inicia con la reafirmación, en términos casi idénticos, de las observaciones contenidas en los párrafos 64 a 67 de la sentencia en el caso "La última tentación de Cristo".[49] Se reafirma, asimismo, la doctrina de que la libertad de expresión "constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática" que "no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población."[50] Su jurisprudencia se desarrolla sobre la relación entre la democracia y la libertad de expresión mediante otra referencia a la jurisprudencia Europea, a saber:

> (…) los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública.[51]

Este caso concreto trató de la privación de nacionalidad del accionista mayoritario, director y presidente de una compañía operadora de un canal de televisión. Como la legislación reservaba a los nacio-

---

48 Ibíd., párrs. 70-71.

49 Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein (Fondo), párrs. 146-149 (2001).

50 Ibíd., párr. 152 (se omite una nota con citas a la jurisprudencia europea).

51 Ibíd., párr. 155 (se omite una nota con una cita al caso Sürek y Özdmer).

nales el derecho a ser propietarios de los medios de comunicación, la privación de la nacionalidad resultó en la pérdida del control de las acciones por el peticionario así como la pérdida del manejo de la compañía.[52] Estas medidas se produjeron después de la emisión por el canal de televisión en cuestión de reportajes relativos a corrupción y a graves violaciones de derechos humanos por parte de personas vinculadas al servicio de inteligencia de ese país, y fueron seguidas por cambios en el personal que había participado en la preparación y presentación de tales reportajes.[53] La Corte Interamericana, tras señalar que una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión no debe ser evaluada en abstracto sino "a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron", concluyó que la privación de la nacionalidad al accionista mayoritario, director y presidente del canal de televisión "constituyó un medio indirecto de restringir la libertad de expresión", que "no sólo restringió [su] derecho (…) a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática."[54]

En el caso Blake, relativo a un periodista extranjero que realizaba una investigación sobre un movimiento guerrillero, la Corte Interamericana no examinó la supuesta violación de la libertad de expresión por considerarla una mera "consecuencia accesoria de la comprobada desaparición y muerte" de la víctima.[55] No está claro la razón por la que la Corte procedió a examinar en un caso y no en el otro las consecuencias indirectas para la libertad de expresión de la violación de otro derecho. La naturaleza del derecho violado en forma más directa –la nacionalidad en el caso Ivcher Bronstein y la vida en el caso Blake– puede ser un factor, y la coherencia de elementos de

---

52 Ibíd., párrs. 125-126.

53 Ibíd., párrs. 156-161.

54 Ibíd., párrs. 154, 162 y 163, respectivamente.

55 Corte Interamericana, caso Blake (Fondo), párr. 105 (1998).

prueba que permiten inferir los motivos de los hechos podría ser otro. De todos modos, la jurisprudencia de la CIDH parece indicar que la idea de que las consecuencias indirectas de una violación de otro derecho humano en la libertad de expresión no merecen ser examinadas tiene un alcance limitado, como se verá enseguida.

iv) La doctrina y la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), incluyendo algunas decisiones adoptadas con posterioridad a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Blake, no deja de analizar las consecuencias para la libertad de expresión e información de la violencia contra periodistas y otros comunicadores sociales. Una decisión adoptada en 1996, por ejemplo, llega a la siguiente conclusión:

> Los agentes del Gobierno que cometieron el ataque del 25 de febrero de 1993 evidenciaron un objetivo táctico preciso: obtener las muestras fílmicas que el Sr. Gómez López había recogido durante su visita a las CPRs, y neutralizar su difusión a través de producirle la muerte. Consiguieron sustraerle los materiales, y aunque fallaron en lo segundo, produjeron en su contra una agresión física que se equiparó, en su ilegitimidad, a la intencionalidad desplegada. Las acciones desarrolladas por Carlos Ranferí Gómez López durante su visita en las CPRs constituyen el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. En consecuencia, el atentado del 25 de febrero de 1993 constituye una violación a esos derechos protegidos en el artículo 13 de la Convención.[56]

---

[56] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Gómez López c. Guatemala, párr. 92. Las CPR fueron las Comunidades de Población en Resistencia (véase el Informe sobre la situación de los derechos humanos publicado por la CIDH en 1984).

Un informe publicado por la CIDH en 1998 contiene un capítulo sobre la libertad de expresión, parte del cual se dedica al tema de la violencia contra periodistas. La conclusión de la CIDH es la siguiente:

> Las agresiones cometidas en contra de los periodistas tienen precisamente el objetivo de silenciarlos, por lo que constituyen igualmente violaciones al derecho que tiene una sociedad a acceder libremente a la información. Una prensa independiente y crítica constituye un elemento fundamental para la vigencia de las demás libertades que integran el sistema democrático y el Estado de Derecho.[57]

En dos decisiones adoptadas en 1999, el año siguiente de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Blake, la CIDH concluyó que:

> (…) la falta de investigación y sanción penal de los autores materiales e intelectuales del asesinato de[l periodista] conforme a la legislación y los procedimientos internos mexicanos, implica la violación del derecho a informar y expresarse pública y libremente. Igualmente, la CIDH concluye que el homicidio del periodista constituye una agresión contra todo ciudadano con vocación de denunciar arbitrariedades y abusos en la sociedad, agravada por la impunidad de sus autores. Por lo tanto, la falta de investigación seria y completa de los hechos del presente caso genera la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación del derecho a la libertad de expresión de[l periodista] y de los ciudadanos en general a recibir información libremente y a conocer la verdad de lo acontecido.[58]

En uno de estos casos la víctima era codirector de un semanario y autor de una columna de chismes sobre el ámbito político y comentarios sarcásticos sobre figuras políticas; la víctima en el otro

---

[57] CIDH, Situación de los derechos humanos en México, p. 143 (1998).

[58] CIDH, caso Miranda c. México, párr. 56 y Oropeza c. México, párr. 61 (1999).

caso publicaba una columna en la que denunciaba vínculos entre los políticos y los narcotraficantes.[59]

La importancia prestada por la CIDH a los atentados o represalias contra personas en razón de su ejercicio de la libertad de expresión refleja la importancia de los hechos en la dimensión social de esta libertad. No tomar en cuenta esta dimensión sería ignorar que, como bien señala la Corte Interamericana, "en un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública."

La jurisprudencia de la CIDH establece que la difusión de información sobre ciertos temas no sólo es un derecho de la persona, sino un deber. En el caso Robles Espinoza, relativo a un oficial acusado de "Ultraje a las Fuerzas Armadas" a raíz de su denuncia de la participación de las mismas en ciertos hechos violatorios de los derechos humanos, la CIDH declaró lo siguiente:

> En todo caso, en una sociedad democrática la denuncia sobre hechos delictivos, sobre todo cuando se refieren a violaciones de derechos humanos cometidas por funcionarios del Estado, no puede dar lugar a persecución penal. El criminalizar las denuncias sobre violaciones de los derechos humanos es una forma de represión contra las víctimas y personas que defienden los derechos humanos y pretenden contener los abusos de las fuerzas estatales de seguridad. (…)
>
> El General Robles, al denunciar la participación de las fuerzas de seguridad del Estado en diversos actos delictivos, se encontraba cumpliendo sus obligaciones como ciudadano, como oficial del Ejército y como funcionario público. Las autoridades del Estado, en una sociedad democrática, tienen la obligación de proteger y velar por el respeto de los derechos humanos. El Estado democrático de derecho al que propende el sistema interamericano tiene sus pilares fundamentales en el con-

---

[59] CIDH, caso Miranda c. México, párr. 2 y Oropeza c. México, párr. 2.

cepto de dignidad humana, control del poder público y respeto absoluto a los derechos humanos. Todo funcionario público está obligado a defender estos valores.[60]

Durante la última década la CIDH ha puesto particular énfasis en la necesidad de que la legislación sobre este tipo de delitos sea derogada. En 1994 publicó un informe sobre la materia que, por sus implicaciones para la libertad de expresión en general, merecen reproducirse ***in extenso*** y que son las siguientes:

> Los artículos 13(2) y (3) reconocen que la zona de intervención legítima del Estado comienza cuando la expresión de una opinión o una idea interfiere directamente con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad. Sin embargo, en la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más aún cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad de expresión. En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibidor que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica. (...)
>
> La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso

---

[60] CIDH, caso Robles Espinoza e hijos c. Perú, párrs. 102-103 (1999).

abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla.

En conclusión, la Comisión entiende que el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.[61]

La Declaración de Principios sobre la libertad de expresión adoptada por la CIDH confirma esta postura. El Principio undécimo, en su parte pertinente establece que "Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como 'leyes de desacato' atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información."[62]

10.5 La libertad de investigación y el derecho de buscar y recibir información

La sección anterior enfoca dos aspectos de la libertad de expresión que la Corte Interamericana identifica como la dimensión individual y la social. La dimensión individual corresponde al derecho a expresar ideas e información, mientras que la dimensión social corresponde al derecho de difundir información e ideas por los me-

---

[61] CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana, Informe Anual 1994, Cap. V, Parte V (se omite una cita al texto del párrafo 5 de artículo 13).

[62] CIDH, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2001, vol. III, p. 136.

dios de comunicación social. El derecho a recibir información también tiene una dimensión individual –el derecho de toda persona a buscar y obtener la información que le interesa–, y una dimensión social –el derecho del público a recibir información e ideas de las fuentes más diversas–. La Opinión Consultiva OC-5/85 hace hincapié en la importancia de la dimensión social del derecho a recibir informaciones e ideas:

> El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...)" Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.[63]

Esta doctrina fue reafirmada en la sentencia sobre el caso "La última tentación de Cristo", la cual después de referirse al párrafo antes citado de la Opinión Consultiva OC-5/85, agrega lo siguiente:

> Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informa-

---

[63] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 30.

> ciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.[64]

El uso de la palabra "ciudadano" en vez de "persona" o "individuo" quizás hace alusión a la importancia de la dimensión social del derecho de acceso a información para el sano desarrollo de la democracia y, en particular, al control que la opinión pública debe ejercer sobre el poder público.[65]

La dimensión social de la libertad de comunicación fue reconocida por la CIDH hace dos décadas en un resumen doctrinal que señala, entre otras cosas, lo siguiente:

> La libertad de expresión es universal y encierra en concepto la facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente considerada, para expresar, transmitir y difundir su pensamiento; paralela y correlativamente, la libertad de informarse también es universal y entraña el derecho colectivo de las personas a recibir la información que los demás les comunican sin interferencias que la distorsionen.[66]

Las distintas facetas de la libertad de buscar y diseminar información e ideas se complementan y se sobreponen, como ilustra el caso Medina Charry, que trata de un individuo detenido porque en un operativo de la policía encontraron en su mochila varios ejemplares del diario de un partido político.[67] La conclusión de la CIDH fue la siguiente:

---

64 Corte Interamericana, caso "La última tentación de Cristo" (fondo), párr. 66.

65 Véase el párrafo 155 de la sentencia en el caso Ivcher Bronstein y la decisión de la CIDH en el caso Robles Espinoza, supra.

66 CIDH, Limitaciones a la libertad de expresión e información, Informe Anual 1980-1981, pp. 121-123, citado en el caso Oropeza, supra, párr. 51.

67 CIDH, caso Medina Charry c. Colombia, párrs. 73-74 (1997).

> La Comisión presume, por lo tanto, que los oficiales de la policía que lo detuvieron y desaparecieron creían que el hecho de que el Sr. Medina tenía en su posesión periódicos comunistas era evidencia de que él constituía un peligro importante. Estos oficiales consideraron que la desaparición del Sr. Medina fue justificada, basándose solamente en su decisión de ejercer su derecho a la libertad de expresión, llevando consigo los periódicos.
>
> Sin embargo, la Comisión ha dejado en claro que "el ejercicio de los derechos protegidos en la Convención Americana nunca puede justificar ataques o represalias por parte de agentes del Estado". Las represalias son consideradas necesariamente como un intento de desalentar o impedir el ejercicio de derechos protegidos. Cuando agentes del Estado, no obstante este principio, llevan a cabo represalias por el ejercicio de un derecho, se viola el derecho en cuestión.
>
> Al tener consigo un periódico comunista, para su distribución o uso personal, el Sr. Medina ejercía su derecho de buscar, recibir o difundir informaciones e ideas. Cuando los agentes del Estado se desquitaron con él como consecuencia de su ejercicio de ese derecho violaron el párrafo 1 del artículo 13.[68]

La jurisprudencia de la CIDH pone particular énfasis en la obligación de respetar y proteger a los periodistas que ejercen su derecho a buscar información y recopilar ideas para su eventual difusión en los medios de comunicación. En el caso Bustíos Saavedra, por ejemplo, la CIDH consideró que "El hecho de que existiera un conflicto armado y que las autoridades de la zona de Ayacucho supieran que Bustíos y Rojas eran periodistas, requería por parte de aquellas que otorgaran la mayor protección posibles a ambos periodistas a fin de que éstos pudieran desarrollar su función de buscar, cubrir y difundir informaciones sobre los hechos que acaecían en la zona, con el

---

[68] Ibíd., párrs. 75-77 (notas omitidas).

máximo de garantías posibles, hecho que no fue garantizado por el Estado peruano."[69] La Declaración sobre los principios para la libertad de expresión adoptada por la CIDH en el año 2000 reconoce un corolario importante de la libertad de investigación, a saber: "Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales."[70]

Las observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre los informes de Estados Partes en el PIDCP arroja luz sobre otros aspectos del derecho a recibir información e ideas de toda índole. En una oportunidad, por ejemplo, el Comité expresó preocupación por el hecho de que "los periódicos y las publicaciones extranjeras no estén fácilmente disponibles para el público en general."[71]

Con respecto al derecho de la persona a expresar y recibir información e ideas "sin limitación de fronteras", el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado de la libertad de expresión considera a la internet como un medio de comunicación "esencialmente democrático [pues] proporcion[a] al público y a las personas un acceso a las fuentes de información y permite a todos participar activamente en los procesos de comunicación." Dada la importancia de este medio la Comisión se ha mostrado preocupada "por la información recibida respecto de los esfuerzos que realizan algunos gobiernos para controlar o para suprimir el acceso a Internet", y recuerda que toda restricción de acceso a este medio debe cumplir estrictamente con los requisitos del párrafo 3 del artículo 19.[72]

---

[69] CIDH, caso Bustios Saavedra c. Perú, párr. 75 (1997). Véase también el caso Gómez López, supra.

[70] CIDH, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2001, supra, p. 136.

[71] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de la RPD Corea, A/56/40, párr. 23.

[72] Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe E/CN.4/2002/75, párrs. 102 y 110.

10.6 El derecho de acceso a información pública

i) La jurisprudencia universal

Las obligaciones del Estado con respecto al derecho de la persona a buscar y recibir información incluyen no sólo la obligación negativa de no restringir ni obstaculizar el ejercicio de este derecho, sino también una obligación positiva de facilitar el acceso a la información que obre en poder de las distintas autoridades e instituciones públicas. El Comité de Derechos Humanos abordó este tema en el caso Gauthier en el cual, después de citar su doctrina relativa a la relación entre los derechos políticos y la libertad de expresión, comentó que "los ciudadanos, en particular por conducto de los medios de información, deberían tener amplio acceso a la información y la oportunidad de difundir información y opiniones acerca de las actividades de los órganos [del Estado] constituidos por elección y de sus miembros."[73] La práctica impugnada en este caso era la de reservar el acceso a las instalaciones del Parlamento Federal a los miembros de una asociación profesional de periodistas. Si bien la denegación del uso de tales facilidades a periodistas no afiliados a la asociación no les privaba de acceso a información sobre las labores del parlamento, cuyas sesiones eran televisadas, el Comité consideró que la negación del derecho a presenciar las sesiones del parlamento colocaba a los periodistas no afiliados en desventaja frente a los miembros de la asociación y, por tanto, debía considerarse una restricción a su derecho de acceso a la información.[74] Habiendo concluido que la medida constituía una restricción al derecho de acceso a la información, el Comité pasó a considerar si "su gestión y aplicación es necesaria y proporcionada en relación con el objetivo en

---

[73] Comité de Derechos Humanos, caso Gauthier c. Canadá, párr. 13.4 (1995). La cita corresponde a la frase del párrafo 25 de la Observación General No. 25 citada en la sección 10.5 del presente capítulo.

[74] Ibíd., párr. 13.5.

cuestión, y (…) no es arbitraria (…)".[75] En otras palabras, "Los requisitos de acreditación deberían ser concretos, objetivos y razonables, y su aplicación transparente."[76] Su conclusión aparece en el párrafo siguiente:

> En este caso, el Estado Parte ha permitido a una organización privada controlar el acceso a las instalaciones de la prensa en el Parlamento, sin intervención. El sistema no permite asegurar que no ocurran exclusiones arbitrarias de las instalaciones de la prensa en el Parlamento. En esas circunstancias, el Comité opina que no ha quedado demostrado que el sistema de acreditación sea una restricción necesaria y proporcionada de los derechos en el sentido del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, encaminada a garantizar el funcionamiento eficaz del Parlamento y la seguridad de sus miembros. Por consiguiente, el impedir el acceso del autor a las instalaciones de la prensa del Parlamento por no ser miembro de la Asociación (…) constituye una violación del párrafo 2 del artículo 19 del Pacto.

En sus observaciones sobre el informe de un Estado Parte al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos indicó que la obligación de "garantizar el acceso a la información" guarda relación con el derecho de los periodistas extranjeros y delegaciones de organizaciones de derechos humanos radicados en el exterior a obtener acceso al territorio nacional del Estado. Sus observaciones al respecto son las siguientes:

> El Comité está también preocupado por el (…) limitado acceso al territorio del Estado Parte que se concede a las organizaciones de derechos humanos, como lo indica el pequeño número de organizaciones no gubernamentales internacionales de derechos humanos a las que se ha concedido permiso para visitar el país en el último decenio.

---

[75] Ibíd., párr. 13.6.

[76] Ibíd.

> El Estado Parte debería conceder acceso a su territorio a las organizaciones internacionales de derechos humanos y a otros órganos internacionales de forma ordinaria, cuando lo soliciten, y garantizar el acceso a la información indispensable sobre la promoción y protección de los derechos humanos.

Al Comité le preocupa también que la presencia permanente en la República Popular Democrática de Corea de representantes de los medios de comunicación extranjeros se limita a tres países (…)[77]

ii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

El Relator para la libertad de expresión de la CIDH considera al derecho de obtener información que está en poder del Estado –denominada "información pública"– un componente importante de la libertad de información. En su primer informe expresó lo siguiente al respecto:

> El derecho de acceso a la información en poder del Estado es uno de los fundamentos de la democracia representativa. En un sistema representativo los funcionarios son responsables frente a la ciudadanía que confió en ellos su representación política y la facultad de decidir sobre los asuntos públicos. El titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos. Asimismo, la información que el Estado utiliza y produce se logra con fondos que provienen de los impuestos que pagan los ciudadanos.[78]

---

[77] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de la RPD Corea, párrs. 11 y 23, supra, pp. 96 y 99.

[78] CIDH, Informe Anual 1999, vol. III, p. 25. El Relator también considera el derecho del individuo a acceso a información sobre sí contenida en bancos de datos públicos y privados parte de la libertad de información. En la presente obra, este tema está considerado en el Capítulo 7 sobre el derecho a la intimidad, honra y personalidad jurídica. La CIDH decidió establecer una

La Comisión ratificó la existencia de este derecho en la Declaración de Principios sobre la libertad de expresión adoptada en el año 2000, cuyo Principio cuarto reza así:

> El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.[79]

Llama la atención el hecho de que de los distintos bienes jurídicos que, en principio, según el artículo 13.2 de la Convención Americana pueden justificar restricciones a la libertad de expresión e información, la Comisión considera que únicamente la seguridad nacional guarda relevancia con esta dimensión específica de la libertad de información.

Recientemente, el Relator abundó sobre el alcance de la libertad de acceso a información:

> (…) Este derecho habilita a la ciudadanía a un conocimiento amplio sobre las gestiones de los diversos órganos del Estado, dándole acceso a información relacionada con aspectos presupuestarios, el grado de avance en el cumplimiento de objetivos planteados y los planes del Estado para mejorar las condiciones de vida de la sociedad en su conjunto, entre otros. El control efectivo de los ciudadanos sobre las acciones públicas requiere no sólo una abstención por parte del Estado de censurar información sino que requiere la acción positiva de proporcionar información a los ciudadanos. Es evidente que sin esta información, a la que todas las personas tienen derecho, no puede ejercerse la

---

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en 1997; ésta se estableció en 1998, y publicó su primer informe como parte del Informe Anual de la CIDH, en 1999.

79 CIDH, Informe Anual vol. III, p. 135.

libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental.[80]

10.7 La libertad de reunión

i) Consideraciones generales

La libertad de reunión está consagrada en los cuatro instrumentos que constituyen el principal marco de referencia del presente libro. La Declaración Universal de Derechos Humanos la rige en forma sencilla, precisando únicamente que el alcance de este derecho se limita a reuniones de naturaleza pacífica. La Declaración Americana reafirma esta condición o limitación y reconoce que la libertad de reunión comprende el derecho a realizar dos tipos de reuniones: asambleas transitorias y manifestaciones públicas, y que se puede ejercer en defensa de "intereses de cualquier índole".

El PIDCP y la Convención Americana contienen disposiciones relativas a la licitud de las restricciones a esta libertad que son similares entre sí y semejantes a las disposiciones de ambos instrumentos sobre las restricciones a las demás libertades, como la de expresión, de asociación y de circulación. Concretamente, los artículos 21 del PIDCP y 15 de la Convención Americana reconocen la licitud de las restricciones que tutelan la seguridad nacional, la seguridad y el orden público, la salud y moral públicas, los derechos y las libertades de los demás, y que respetan los principios de legalidad y necesidad. La Convención Americana precisa que esta libertad se refiere al derecho de efectuar reuniones "sin armas", y que el requisito de necesidad requiere que la restricción sea "necesaria en una sociedad democrática". A pesar de estas diferencias de forma, el artículo 21 del PIDCP y el artículo 15 de la Convención son, en el

---

[80] CIDH, Informe Anual 2001, vol. III, párr. 16 (se omite una nota que refiere a la Opinión Consultiva OC-5/85).

fondo, sustancialmente idénticos. También son muy similares a las disposiciones sobre restricciones a la libertad de expresión contenidas en los artículos 19.3 del PIDCP y 13.2 de la Convención. Estas similitudes hacen que, en términos generales, la jurisprudencia arriba descrita relativa a la necesidad de las medidas que afectan la libertad de expresión también guarde relevancia con la necesidad de las restricciones a la libertad de reunión.

Ni el Comité de Derechos Humanos ni los órganos del sistema interamericano han adoptado ninguna doctrina sobre la libertad de reunión, y su jurisprudencia sobre el tema no es extensa. En contraste, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha desarrollado una doctrina importante. Esta doctrina ha sido elaborada en un marco normativo distinto, el derecho internacional de trabajo o derecho internacional social, que tiene características propias. En particular, los instrumentos internacionales sobre libertad sindical no consagran expresamente la libertad de reunión, sino que ésta es considerada por la doctrina como un elemento intrínseco de la libertad sindical. Cabe considerar que la mayor parte de esta doctrina, como se refiere a la libertad de reunión en cuanto derecho consuetudinario, puede servir de referencia en la interpretación del alcance de la libertad de reunión en el marco de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos.[81] Ello es así porque, en primer lugar, como derecho consuetudinario su contenido, su alcance y sus límites no dependen de los términos precisos de ningún instrumento, y en segundo lugar, porque el contenido de la libertad de reunión en cuanto elemento de la libertad sindical no puede ser menor que su contenido como derecho de toda persona consagrado por el derecho internacional de los derechos humanos.

---

[81] La única parte de la doctrina del derecho internacional del trabajo que no tiene aplicabilidad es la que dispone que, en cuanto elemento de la libertad sindical, la libertad de reunión sólo puede ejercerse con relación a demandas de índole socioeconómica y no con fines políticos.

ii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos

La decisión más significativa del Comité de Derechos Humanos en la materia trata sobre una persona condenada por haber convocado una "reunión pública" sin notificarlo previamente a las autoridades. La condena se basó en el hecho de que 25 miembros de una organización dirigida por la acusada se presentaron ante el palacio presidencial al momento de la llegada del jefe de Estado de otro país para protestar contra la actuación de éste en el campo de los derechos humanos, después de distribuir volantes y de exhibir una pancarta.[82] La legislación vigente tipificaba penalmente la convocatoria a una reunión pública sin haberse notificiado a la policía al menos seis horas antes de su celebración.[83] En opinión del Estado estas veinticinco personas habían participado en una manifestación ya que su comportamiento había sido diferente del de los demás miembros del público presente.[84] Según el Estado, el requisito de notificación previa no debía considerarse como una restricción a la libertad de reunión, sino como una medida destinada a asegurar que la reunión fuera pacífica y los manifestantes pudieran ejercer este derecho sin perjudicar el orden y la seguridad públicas.[85] La peticionaria consideró que ella y sus compañeros habían ejercido solamente la libertad de expresión y no la libertad de reunión.[86]

El Comité de Derechos Humanos opinó que el requisito de seis horas para la notificación previa a la policía sobre la intención de realizar una manifestación en un lugar público no era en sí incompatible con el artículo 21 del PIDCP. No obstante, el Comité también estimó que no debía considerarse como una manifestación "la reunión de varias personas en el lugar donde se llevaron a cabo las ceremonias de bienvenida de un Jefe de Estado extranjero en visita

---

82 Comité de Derechos Humanos, caso Kivenmaa c. Finlandia, párr. 2.1 (1994).

83 Ibíd., párr. 2.2.

84 Ibíd., párrs. 2.3-2.4.

85 Ibíd., párr. 7.6-7.8.

86 Ibíd., párr. 3.

oficial y que las autoridades del Estado parte habían anunciado públicamente con antelación".[87] Adicionalmente, el Comité manifestó que aun en la hipotesis de que pudiera considerarse que el comportamiento del grupo –como por ejemplo la exhibición de una pancarta– hubiera convertido la presencia de esas personas en una manifestación, la aplicación de la legislación sobre manifestaciones a una reunión con estas características no estaría en concordancia con los requisitos establecidos por el artículo 21 del PIDCP.[88] Por tanto, la condena y las demás injerencias en las actividades del grupo fueron consideradas violatorias de los artículos 19 y 21 del PIDCP.

El Comité de Derechos Humanos también ha abordado el tema de la libertad de reunión en sus observaciones finales de los informes presentados por algunos Estados Partes en el PIDCP. En una de estas observaciones comentó que "Aunque ciertas restricciones de las reuniones en las principales calles en interés del orden público son admisibles (…) las restricciones absolutas del derecho a celebrar reuniones en las principales calles" no cumplen con el principio de necesidad y, por tanto, son incompatibles con el artículo 21 del PIDCP.[89] En otra ocasión el Comité señaló la necesidad de un procedimiento que permitiera apelar la denegación de autorización para celebrar una manifestación o reunión pública.[90]

iii) La jurisprudencia de la OIT

La jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical hace una distinción entre reuniones privadas y manifestaciones públicas. El derecho a celebrar reuniones en locales privados sin autorización previa ni injerencia de parte de las autoridades "constituye un elemento

---

87 Ibíd., párr. 9.2.

88 Ibíd.

89 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de la República de Corea, A/55/40, párr. 150 (1999).

90 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Kirguistán, A/55/40, párr. 417 (2000).

fundamental de la libertad de asociación."[91] El requisito de "autorización administrativa para celebrar reuniones y manifestaciones públicas no es en sí objetable", pero dicha autorización "no debería ser negada arbitrariamente."[92] La obligación de seguir un itinerario previamente fijado para un desfile en la vía pública tampoco menoscaba la libertad de reunión, pues las autoridades están en el derecho de requerir el respeto de los "límites razonables" establecidos para todo ciudadano con el fin de evitar desórdenes en la vía pública.[93] Nadie debe ser detenido por el mero hecho de haber participado en una manifestación, a menos que el orden público sea seriamente amenazado.[94]

iv) La jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia de la CIDH sobre la libertad de reunión y manifestación no es voluminosa.[95] En un informe publicado hace más de dos décadas, la CIDH calificó de "completamente desproporcionada" y "una extrema restricción" a la libertad de reunión, una legislación que requería un permiso de la policía que debía solicitarse con diez días de anticipación para cualquier acto público, asamblea, elección, conferencia, desfile, congreso o evento deportivo, cultural, artístico o familiar.[96] Asimismo, la CIDH ha señalado que la detención de

---

91 Comité de Libertad Sindical, La Libertad Sindical, párr. 130 (1996).

92 Ibíd., párrs. 138-139.

93 Ibíd., párrs.145, 141.

94 Ibíd., párr. 147.

95 La escasez de jurisprudencia reciente no significa que las violaciones de esta libertad no se produzcan ni que la CIDH no las registre sino que, en este caso al menos, la naturaleza de las violaciones registradas es tal que su reconocimiento no hace un aporte significativo a la comprensión del contenido, alcance y límites de dicha libertad. Véanse, por ejemplo, los capítulos sobre esta libertad que figuran en los informes sobre la situación de los derechos humanos en Haití en 1993, 1994 y 1995.

96 CIDH, Informe Anual 1979-1980, pp. 128-130 (Uruguay).

participantes en manifestaciones que se desarrollan en forma pacífica atenta contra la libertad de reunión, aun cuando la privación de libertad no dure más que algunas horas y no resulte en una acusación penal.[97] En otro análisis publicado en esta época, la CIDH hizo el comentario siguiente:

> El derecho a la libertad de reunión también ha sufrido serias limitaciones en el periodo cubierto por este informe. Las manifestaciones públicas en general no han sido permitidas, especialmente las jornadas de protesta. La voluntad de adoptar medidas drásticas para impedir las reuniones públicas ha sido puesta de manifiesto con la promulgación de la ley 18.256 del 27 de octubre de 1983, mediante la cual se amplía la ley 12.927 sobre Seguridad del Estado a través de la creación de una nueva figura delictiva. En efecto, esta ley (…) hace pasibles de sanciones a quienes, sin autorización, fomenten o convoquen a actos públicos colectivos y a los que promuevan o inciten a manifestaciones que puedan traducirse en alteraciones del orden público. (…)
>
> A lo expresado respecto al derecho de reunión debe sumarse la violencia desproporcionada empleada por las fuerzas de seguridad en la represión de manifestaciones, lo cual ha actuado también como disuasivo de participar en ellas. La situación mencionada se agrava por recientes declaraciones de las más altas autoridades gubernamentales que han manifestado su voluntad de actuar con la mayor energía ante futuras manifestaciones.[98]

Estas observaciones evidencian las convergencias entre la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical y la del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo que confirma el valor del primero en la interpretación de la libertad de reunión como derecho humano.

---

97 Ibíd., pp. 105-107 (Chile).

98 CIDH, Informe Anual 1983-1984, párr. 20 (Chile).

Si bien la presente sección se dedica al examen del contenido y los límites de la libertad de reunión, cabe hacer una referencia al tema conexo de los medios empleados por las autoridades para controlar manifestaciones y reuniones que desbordan los límites de la legalidad. Los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por las Naciones Unidas en 1990, contienen una sección entera dedicada a este tema, a saber:

> Actuación en caso de reuniones ilícitas
>
> 12. Dado que todas las personas están autorizadas a participar en reuniones lícitas y pacíficas, de conformidad con los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los gobiernos y los organismos y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley reconocerán que la fuerza y las armas de fuego pueden utilizarse solamente de conformidad con los principios 13 y 14.
>
> 13. Al dispersar reuniones ilícitas pero no violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o, si no es posible, lo limitarán al mínimo necesario.
>
> 14. Al dispersar reuniones violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se abstendrán de emplear las armas de fuego en esos casos, salvo en las circunstancias previstas en el principio 9.

El Principio 9 establece que las armas de fuego no deben emplearse sino en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito, efectuar la detención de una persona o evitar la fuga cuando la situación entraña una seria amenaza para la vida.

Capítulo 11
Libertad de asociación y libertad sindical

11.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Artículo XXII. Derecho de asociación

Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 16. Libertad de asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

11.2 Normativa complementaria

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación

Artículo 2

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Artículo 3

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Artículo 4

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

Artículo 5

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 26[1]

1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a:

a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;

b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;

c) Solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas.

2. El ejercicio de tales derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.

Artículo 40[2]

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomen-

---

[1] Está incluido en la Parte III, relativa a los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios.

[2] Está incluido en la Parte IV, aplicable a los trabajadores migratorios que estén documentados o se encuentren en situación regular.

to y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole.

2. No podrán imponerse restricciones al ejercicio de ese derecho, salvo las que prescriba la ley y resulten necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos

Artículo 5

A fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional:

a) A reunirse o manifestarse pacíficamente;

b) A formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos;

Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)

Artículo 45

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

(…)

c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga

por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva;

(…)

g) El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo;

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales

Artículo 26. Los trabajadores y empleadores sin distinción de sexo, raza, credo o ideas políticas, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, que, a su vez, puedan federarse entre sí. Estas organizaciones tienen derecho a gozar de personería jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus derechos. Su suspensión o disolución no puede imponerse sino en virtud de procedimiento judicial adecuado.

Las condiciones de fondo y de forma que se exijan para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales no deben coartar la libertad de asociación.

La formación, funcionamiento y disolución de federaciones y confederaciones estarán sujetos a las mismas formalidades prescritas para los sindicatos.

Los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el periodo de su elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa, calificada previamente por la autoridad competente.

Artículo 27. Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La Ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio.

Carta Democrática Americana

Preámbulo

Reconociendo que el derecho de los trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos;

Protocolo de San Salvador

Artículo 8. Derechos Sindicales

1. Los Estados partes garantizarán:

a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b. el derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

11.3 Consideraciones generales

La normativa internacional sobre la libertad de asociación ocupa un lugar especial en el derecho internacional de los derechos huma-

nos (DIDH), como evidencia su consagración como norma constitucional de la Organización de Estados Americanos (OEA) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),[3] así como su incorporación en la Carta Americana anterior a las Declaraciones Americana y Universal. Esto se debe, en parte, a la antigüedad del derecho internacional de trabajo, que tiene raíces en el siglo XIX, y puede considerarse como uno de los precursores del DIDH.[4] La libertad de asociación es piedra angular del derecho internacional de trabajo. El primer Convenio Internacional de Trabajo dedicado a la libertad de asociación fue el 11, adoptado en 1921; el Convenio más relevante hoy en día es el 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptado en 1948.[5]

Los instrumentos sobre derechos humanos reconocen la libertad de asociación en forma más amplia, extendiéndola a asociaciones de cualquier índole. La importancia de la libertad de asociación guarda relación con el carácter social del ser humano quien, como señala la Declaración Universal de Derechos Humanos, "sólo en ella [la comunidad] puede desarrollar libre y plenamente su personalidad" (art. 29 a). Inversamente, la asociación de un individuo con otros fortalece la sociedad y potencia su desarrollo. Como lo expresa la Carta de la OEA, "El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo" (art. 45 g).

---

3 Artículo 427 del Tratado de Versalles, que establece la Sociedad de Naciones y la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Citado en OIT, *Libertad de asociación y negociación colectiva*, 1994, párr. 5.

4 El primer convenio en la materia, relativo a la edad mínima para trabajo en minas, fue adoptado por la conferencia internacional de Berlín en 1890.

5 Otros convenios complementarios y más recientes incluyen el Convenio 98, sobre el derecho de sindicación, el 110 sobre las condiciones de trabajo de trabajadores en plantaciones, el 141 sobre Organizaciones de Trabajadores Rurales, y el 151 sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública.

Ni el Comité de Derechos Humanos ni el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han adoptado una observación general sobre la libertad de asociación. El Comité de Derechos Humanos y los órganos del sistema interamericano han elaborado una jurisprudencia sobre la libertad de asociación. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia de los órganos competentes de la OIT, en particular el Comité de Libertad Sindical, es mucho más completa.[6] Este último es un órgano especializado cuya competencia se extiende a todos los Estados miembros de la OIT, establecido en 1951 para conocer denuncias de violaciones de la libertad sindical, como principio reconocido por la constitución de la OIT. Si bien esta jurisprudencia se refiere a la libertad sindical en concreto, en ausencia de un motivo preciso para darle una aplicación limitada, cabe presumir que es aplicable a la libertad de asociación en general. Como señala una recopilación doctrinal publicada por la OIT, esta jurisprudencia bien puede considerarse un derecho consuetudinario en la materia, que trasciende los límites de los instrumentos pertinentes.[7] Al seleccionar la doctrina presentada en este capítulo se ha puesto énfasis en la parte que parece aplicable a la libertad de asociación en general, más que a la que se refiere a problemas propios de la libertad sindical.

Un aspecto de la libertad de asociación, el derecho a formar partidos y organizaciones políticas, es abordado en el Capítulo 12 dedicado a los derechos políticos. Los derechos colectivos de las comunidades indígenas y minorías étnicas, religiosas y lingüísticas se presentan en el Capítulo 14.

---

6 El Comité de Expertos sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, establecido en 1927, tiene competencia para supervisar la puesta en práctica de todos los convenios, entre ellos, los relativos a la libertad sindical. Los informes de las comisiones de investigación y conciliación establecidas por el Consejo de la OIT para situaciones de especial gravedad son otra fuente. En 1975 se publicó un informe sobre Chile.

7 OIT, *Libertad de asociación y negociación colectiva*, 1994, párr. 19, citando una declaración hecha por el presidente del Comité de Libertad Sindical en 1953.

11.4 El derecho a formar asociaciones y sindicatos

i) Consideraciones generales

El artículo 22.1 del PIDCP reconoce el derecho de toda persona a "asociarse libremente con otros", y agrega que este derecho incluye "(…) el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos (…)". Parece útil analizar en forma independiente estas dos dimensiones del derecho a asociarse, a saber: el derecho colectivo a formar asociaciones y el derecho individual a afiliarse a las ya existentes. El primer tema, objeto de la presente sección, trata de los requisitos y trámites relativos a la formación de una asociación; el tema de la afiliación del individuo, presentado en la sección 11.5, se refiere a las represalias dirigidas contra las personas en razón de sus afiliaciones.

El PIDCP y la Convención Americana contienen disposiciones relativas a las restricciones a la libertad de asociación similares a las que se aplican a otras libertades públicas. Esas normas, plasmadas en el artículo 22.2 del PIDCP y 16.2 de la Convención, enumeran taxativamente los bienes jurídicos que pueden eventualmente justificar la restricción de este derecho, en tanto se cumpla con los principios de legalidad y necesidad. Los bienes jurídicos protegidos son idénticos en ambos instrumentos: la seguridad nacional, la seguridad y el orden público, la salud y la moral públicas, y los derechos y libertades de los demás. Tanto el PIDCP como la Convención Americana vinculan expresamente el requisito de necesidad a las exigencias de una sociedad democrática. El derecho a establecer sindicatos está sujeto a una restricción adicional: no se consideran sujetos de este derecho los miembros de las fuerzas armadas y la policía.

Las disposiciones del Convenio 87 sobre el derecho a formar asociaciones y las eventuales restricciones al mismo son distintas a las contenidas en el artículo 22 del PIDCP y en el artículo 16 de la Convención Americana. El artículo 2 del Convenio reconoce este derecho en términos muy amplios al disponer que "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen conve-

nientes (…)". Las restricciones son reguladas por el artículo 9 que dispone que el Convenio no es aplicable a miembros de las fuerzas armadas y de la policía, y por el artículo 7 según el cual "La adquisición de la personalidad jurídica (…) no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio."

El derecho de los trabajadores y los empleadores a constituir organizaciones sin autorización previa de las autoridades se considera como norma consuetudinaria vinculante para todos los Estados miembros de la OIT, incluso para los Estados que no han ratificado el Convenio 87.[8] No obstante, en ausencia de jurisprudencia de otros sistemas de protección sobre la aplicabilidad de esta garantía a organizaciones de otra índole, cabría presumir que se limita al tipo de organizaciones protegidas por el Convenio, o sea, a los sindicatos y asociaciones patronales. No obstante, con la excepción de la doctrina sobre el derecho a formar organizaciones sin autorización expresa de las autoridades, la demás doctrina de la OIT al respeto está tan vinculada a la esencia misma de este derecho, que se puede considerar aplicable al derecho de asociación en general.

ii) La doctrina de la OIT aplicable a la libertad de asociación

Según la doctrina del Comité de Libertad Sindical, los Estados pueden "fijar en su legislación las formalidades que les parezcan propias para asegurar el funcionamiento normal de las organizaciones profesionales."[9] Por tanto, "las formalidades prescritas en las reglamentaciones nacionales acerca de la constitución y del funcionamiento de las organizaciones (…) no son, de por sí, incompatibles con la libertad de asociación".[10] No obstante, "estas formalidades no deben, por su naturaleza, poner trabas a la libre creación de las

---

8 OIT, Convenio 87 sobre la libertad sindical, párrs. 1, 5, 10.

9 Ibíd., párr. 247.

10 Ibíd.

organizaciones."[11] El requisito de un número mínimo de miembros para el reconocimiento de una asociación constituye un ejemplo de una norma que puede vulnerar la libertad de asociación, dependiendo de la naturaleza de la asociación y del número de miembros requerido.[12]

El requisito de registro para las asociaciones no es forzosamente incompatible con la libertad de asociación, siempre que éste sea una formalidad y los requisitos pertinentes "no s[ea]n de tal naturaleza que pongan en peligro" el ejercicio de la libertad de formar asociaciones.[13] Los procedimientos largos y complicados, y la discrecionalidad excesiva de las autoridades administrativas competentes debido a la ausencia de criterios legislativos claros y precisos, son factores que pueden convertir el requisito de registro en un obstáculo al libre ejercicio de la libertad de asociación.[14] La legislación debe reconocer el derecho de recurrir a los tribunales de justicia contra una decisión administrativa que deniega la inscripción de una asociación, con suspensión de los efectos de la decisión administrativa hasta la decisión del foro judicial.[15]

iii) La jurisprudencia universal sobre el derecho a formar asociaciones

La libertad de asociación protege el derecho a formar asociaciones y organizaciones sin fines de lucro, pero no el derecho a formar sociedades con fines de lucro, según se desprende de una decisión del Comité de Derechos Humanos. En el caso de M.G.B. y otro contra Trinidad y Tobago, las autoridades se negaron a registrar a una sociedad dedicada a la defensa de los derechos humanos y a la pres-

---

11 Ibíd., párr. 248.

12 Ibíd., párrs. 254-258.

13 Ibíd., párr. 259.

14 Ibíd., párrs. 260 y 266.

15 Ibíd., párrs. 264-265.

tación de asistencia jurídica, aduciendo que sus miembros no reunían los requisitos profesionales necesarios.[16] El Comité, tras confirmar que la sociedad pretendía obrar con fines de lucro, concluyó que los presuntos hechos no constituían violación alguna del PIDCP.[17]

En sus observaciones finales sobre los informes de algunos Estados Partes en el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha manifestado preocupación por los requisitos establecidos por algunas legislaciones que obstaculizan la creación y el funcionamiento de organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, en el año 2001 el Comité comentó que "El requisito legal de registro, previo cumplimiento de ciertas condiciones, establecido por el artículo 26 de la Constitución (…) constituye en la práctica una restricción de las actividades de las organizaciones no gubernamentales", y recomendó a las autoridades "adoptar las medidas necesarias para permitir a las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos funcionar de manera eficaz."[18]

iv) La jurisprudencia interamericana sobre el derecho a formar asociaciones

La jurisprudencia del sistema interamericano sobre el derecho a formar asociaciones es escueta. No obstante, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) declaró en un informe que la libertad de asociación "ha sido seriamente limitada por el artículo 236 bis del Código Penal (…) que exige autorización del gobierno para formar un grupo de más de 20 personas que pretenda reunirse

---

[16] Comité de Derechos Humanos, caso M.G.B. y otro contra Trinidad y Tobago, párr. 2.1 (1989).

[17] Ibíd., párrs. 4.2 y 6.2.

[18] Comité de Derechos Humanos, Informe A/56/40 vol. I, párr. 22 (Uzbekistán). Véanse también A/52/40, párr. 357 (Líbano, sobre las asociaciones en general) y A/57/40, párrs. 13 y 16 (Moldova, sobre organizaciones religiosas y políticas, haciendo referencia a los artículos 18 y 25).

regularmente para fines religiosos, literarios, políticos o de otra índole."[19] En otro Informe la CIDH critica el no reconocimiento de la personalidad jurídica a una asociación.[20] Ambos pronunciamientos sugieren una interpretación de este derecho similar a la consagrada por la doctrina de la OIT. Una decisión reciente de la CIDH expresa que al emplear fuerza excesiva para poner fin a la ocupación de una finca "las fuerzas policiales no actuaron con objetividad como agentes de seguridad pública (…) sino que actuaron de modo de alcanzar el objetivo de los propietarios de la finca de tomar represalias contra la expresión del movimiento de trabajadores rurales que surgió en la finca La Exacta, y suprimirla."[21] Por tanto, la actuación de las autoridades vulneró la libertad de asociación, además del derecho a la vida y a la integridad personal.[22]

v) El derecho a formar sindicatos

El PIDCP, la Convención Americana y el Convenio 87 de la OIT excluyen del derecho a formar sindicatos a dos categorías de sujetos, a saber: los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.[23] La doctrina del Comité de Libertad Sindical interpreta esta exclusión en forma restrictiva, no la aplica por ejemplo a personal civil empleado

---

19 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití,1979, p. 60, párr. 4.

20 CIDH, Informe Anual 1979-1980, p. 109 (Paraguay).

21 CIDH, caso finca La Exacta (Guatemala), párr. 79 (2002).

22 Ibíd., párr. 80.

23 El artículo 8.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) no los priva de la condición de sujetos de dicho derecho, pero dispone en forma algo ambigua que "El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado". La extensión de esta norma a los funcionarios de la administración del Estado no tendrá consecuencias reales para los Estados miembros de la OIT o la Organización de Estados Americanos (OEA).

por las fuerzas armadas, como los empleados de fábricas de municiones o de bancos.[24] La doctrina no admite la exclusión de otros sectores del goce de este derecho. El Comité de Derechos Humanos ha indicado que la denegación del derecho de sindicalización a los funcionarios públicos es violatoria del artículo 22 el PIDCP.[25] La doctrina de la OIT reconoce como sujetos del derecho a formar sindicatos a los funcionarios públicos, funcionarios de sectores críticos como puertos y hospitales, personas que laboran en el sector informal o que trabajan tiempo parcial o en forma temporal, así como a los empleados de zonas francas.[26] La doctrina del Comité de Libertad Sindica también apunta que "los derechos sindicales, al igual que los demás derechos humanos fundamentales, deben respetarse cualquiera sea el nivel de desarrollo del país concernido."[27]

11.5 El derecho a afiliarse

i) La doctrina de la OIT

La doctrina del Comité de Libertad Sindical sobre el derecho de las personas a afiliarse a sindicatos y organizaciones empresariales trata de la represión y de las represalias motivadas por la afiliación a una determinada asociación, generalmente un sindicato. En consecuencia, la mayor parte de las medidas consideradas como violatorias de la libertad de asociación también vulneran otros derechos fundamentales de la persona. El Comité de Libertad Sindical ha señalado que "Un movimiento sindical realmente independiente y libre sólo puede desarrollarse dentro del respeto de los derechos humanos

---

[24] Comité de Libertad Sindical, La libertad sindical, párrs. 219 y 223-224.

[25] Comité de Derechos Humanos, Informe A/52/40, párr. 357, Observaciones finales sobre el informe de Líbano. Véase también A/55/40, párrs. 151-152, Observaciones finales sobre el informe de Corea.

[26] Comité de Libertad Sindical, párrs. 213, 218, 229, 235, 236, 240.

[27] Ibíd., párr. 17.

fundamentales" y "dentro de un clima desprovisto de violencia, presiones, temores y amenazas de toda índole."[28]

Con respecto a la privación de libertad, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que "La detención de dirigentes sindicales y sindicalistas por actividades sindicales legítimas, aunque sólo sea por corto espacio de tiempo, constituye una violación de los principios de la libertad sindical."[29] Asimismo, "El arresto y la detención de sindicalistas sin que se les impute delito alguno, y sin orden judicial, constituyen una grave violación de los derechos sindicales."[30] La doctrina de este Comité también reconoce como elementos de la libertad sindical el derecho de la persona a ser informada de las razones de su detención, a ser presentada sin demora ante un juez competente y a no ser detenida por un tiempo excesivo sin condena.[31] En lo que concierne a la justicia penal, el respeto de la presunción de inocencia, del derecho a un proceso regular, y de la prohibición de la aplicación retroactiva de la legislación están estrechamente vinculados a la libertad de asociación.[32]

La doctrina del Comité de Libertad Sindical relativa a las responsabilidades del Estado con respecto al derecho a la vida y la integridad personal es similar a la de los órganos universales e interamericanos de derechos humanos. Se reconoce que "Un clima de violencia que da lugar al asesinato o a la desaparición de dirigentes sindicales (…) constituye un grave obstáculo para el ejercicio de los derechos sindicales."[33] El Estado tiene responsabilidad por "Los hechos imputables a los particulares (…) a causa de la obligación de diligencia de los Estados para prevenir las violaciones de los derechos humanos."[34] Las obligaciones del Estado sobre la investigación y sanción de violaciones son descritas así:

---

28 Ibíd., párrs. 35-36 y 47.

29 Ibíd., párr. 670.

30 Ibíd., párr. 79.

31 Ibíd., párrs. 95, 97, 91 y 96, respectivamente.

32 Ibíd., párrs. 117, 106 y 108, respectivamente.

33 Ibíd., párr. 49.

34 Ibíd., párr. 50.

> El asesinato, la desaparición o las lesiones graves de dirigentes sindicales y sindicalistas exigen la realización de investigaciones judiciales independientes, con el fin de esclarecer plenamente en el más breve plazo los hechos y las circunstancias en las que se produjeron, y así, dentro de los posible, determinar las responsabilidades, sancionar a los culpables y prevenir la repetición de los mismos.[35]

No determinar las responsabilidades ni sancionar a los responsables de tales hechos "da lugar a un clima de impunidad (…), agravando el clima de violencia y de inseguridad, lo cual es extremadamente perjudicial para el ejercicio de las actividades sindicales."[36]

No cabe duda de que la doctrina del Comité de Libertad Sindical es válida no sólo para la libertad sindical sino para la libertad de asociación en general.

ii) La jurisprudencia universal

El derecho a afiliarse a una organización es abordado en forma indirecta en la decisión del Comité de Derechos Humanos sobre el caso Park. En este caso la víctima fue condenada por infracción a la ley de seguridad nacional, en razón de su previa afiliación a una organización estudiantil radicada en el exterior. La organización era legal en el país en donde estaba constituida y desarrollaba sus actividades, pero el Estado de nacionalidad de la víctima consideró que dentro de las finalidades de la organización estaban la de apoyar los objetivos de un país enemigo.[37] La víctima fue condenada por violación de dos disposiciones de la ley de seguridad nacional, una que tipificaba la formación de una organización con objetivos antiestatales y la afiliación a tal organización, y otra que tipificaba como delito el

---

35 Ibíd., párr. 51.

36 Ibíd., párr. 54.

37 Comité de Derechos Humanos, caso Park c. República de Corea, párrs. 2.2 y 2.3.

apoyo a una organización antiestatal mediante el elogio, aliento o alineación con dicha organización, con uno de sus miembros o con una persona que actúa bajo su dirección.[38] La decisión se limitó a considerar la compatibilidad de la legislación y de la condena con la libertad de pensamiento y expresión, porque el Estado había formulado una reserva relativa a la libertad de asociación.[39] En su parte pertinente la decisión expresa:

> El Comité observa que el artículo 19 garantiza la libertad de opinión y de expresión y permite ciertas restricciones que deberán estar fijadas por la ley y ser necesarias para (…) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. El derecho a la libertad de expresión es de suma importancia en una sociedad democrática y toda restricción impuesta al ejercicio de este derecho deberá responder a una rigurosa justificación. Con todo y que el Estado Parte ha declarado que las restricciones eran necesarias para proteger la seguridad nacional, y que estaban fijadas por la ley con arreglo al artículo 7 de la Ley de seguridad nacional, el Comité todavía tiene el deber de determinar si las medidas tomadas contra el autor fueron necesarias para el propósito indicado (…).[40]

El Comité de Derechos Humanos consideró que la necesidad de las restricciones en el caso concreto –o sea, la necesidad de la condena del individuo en cuestión– no quedó demostrada porque el Estado se limitó a presentar información sobre la situación general en el país y no sobre el peligro concreto que el comportamiento de la víctima podría representar para la seguridad nacional.[41] A pesar de que el Comité no pudo pronunciarse sobre la presunta violación del artículo 22, no cabe duda de que el análisis citado puede ser aplicado también a una condena por afiliación a la organización, sobre

---

38 Ibíd., párr. 2.1 y la nota correspondiente.

39 Ibíd., párr. 10.2.

40 Ibíd., párr. 10.3.

41 Ibíd.

todo porque la cláusula análoga del artículo que consagra la libertad de asociación recalca que toda restricción ha de ser "necesari[a] en una sociedad democrática…". En sus observaciones finales sobre el informe del mismo Estado, el Comité consideró que la Ley de Seguridad Nacional era incompatible con el PIDCP.[42]

iii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

La jurisprudencia interamericana sobre las injerencias en el derecho de la persona a afiliarse a una organización se refiere, esencialmente, a diversas formas de persecución motivadas por las afiliaciones de las víctimas. En el caso Comadres, la CIDH concluyó que "una práctica sistemática y reiterada de atentados contra la vida, la integridad física y la libertad" de los miembros de la organización no gubernamental compuesta de familiares de víctimas de la represión política conformó una violación de la libertad de asociación.[43] En el caso Gómez López, concluyó que las amenazas contra un dirigente sindical que tenían como propósito alejarle de su actividad sindical, así como el posterior atentado contra su vida, vulneraron la libertad de asociación, además de su derecho a la vida e integridad física.[44] En el caso Ortiz, la CIDH consideró que era "probable que los ataques contra la Hermana Ortiz hayan tenido como objetivo castigarla y truncar sus actividades como misionera y su labor con los grupos indígenas de Huehuetenango, así como su asociación con miembros de GAM", una organización de familiares de víctimas de la represión.[45] Por medio de esos atentados que obligaron a la víctima a huir del país, "se la ha privado del derecho a asociarse con

---

[42] Comité de Derechos Humanos, Informe A/55/40, párr. 145. La observación no precisa cuáles disposiciones considera incompatibles con el PIDCP.

[43] CIDH, caso Comadres c. El Salvador, párr. 25 (1996).

[44] CIDH, caso Gómez López c. Guatemala, párrs. 94-95 (1996).

[45] CIDH, caso Ortiz c. Guatemala, párr. 119.

los habitantes de Huehuetenango, la Iglesia de Guatemala y el GAM."[46] Esta conclusión implica que la libertad de asociación es más amplia que el derecho a afiliarse a una organización formalmente constituida. La jurisprudencia sobre el caso Ortiz es confirmada por la decisión de la CIDH en el caso Riebe Star, sobre tres religiosos expulsados de un país en forma sumaria, sin respetarse las garantías del caso. Habida cuenta de los "fuertes vínculos" de las víctimas con una serie de hogares infantiles, clínicas y cooperativas, la CIDH consideró que "la decisión de expulsarlos de manera arbitraria constituye igualmente una violación al derecho a asociarse con fines religiosos, ya que les impidió de manera definitiva reunirse con sus feligreses (…)".[47]

11.6 La afiliación obligatoria

i) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

En el sistema interamericano sólo el Protocolo de San Salvador consagra expresamente el derecho a no ser obligado a afiliarse a organizaciones sindicales, profesionales o de otra índole. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) parece indicar que este derecho está implícito en la libertad de asociación. En el caso Baena Ricardo, la Corte Interamericana comentó: "Por otra parte, esta libertad [de asociación] supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación".[48] Asimismo, recalcó lo siguiente:

---

[46] Ibíd.

[47] CIDH, caso Riebe Star y otros c. México, párr. 105 (1999).

[48] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Baena Ricardo y otros (Fondo), párr. 156. Véase también el párr. 159.

> La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones (…) y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, "[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato".[49]

En su Opinión Consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, la Corte Interamericana parece reconocer que la afiliación obligatoria puede ser compatible con la libertad de asociación en el caso de ciertas profesiones. La decisión señala al respecto:

> La Corte observa que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no ***es per se*** contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.[50]

No obstante, en el caso concreto del periodismo, la Corte Interamericana rechaza la colegiación obligatoria en razón del estrecho vínculo entre el ejercicio de esta profesión y la libertad de expresión (véase el Capítulo 10).

En 1988, citando la Opinión Consultiva OC-5/85, la CIDH hizo hincapié en la diferencia entre los colegios profesionales y otras aso-

---

[49] Ibíd., párr. 159. La Corte hace esta observación a pesar de reconocer en el párr. 99 que el Protocolo de San Salvador no estaba vigente cuando los hechos se produjeron y no es aplicable al caso.

[50] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas, párr. 68.

ciaciones. Con respecto a los colegios de abogados, en particular, señala lo siguiente:

> La Comisión entiende que la matriculación en el Colegio Público es una función pública y que, por razón de esta condición dicha función debe y tiene que ser de carácter obligatorio (…) Se trata, pues, de la actividad propia de un ente público con carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público que actúa en nombre y representación del Estado.[51]

La CIDH concluyó que la colegiación obligatoria de abogados es "compatible con las existencias del bien común en una sociedad democrática" y, por tanto, con el artículo 16 de la Convención.[52]

ii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la colegiación de abogados

En 1990 se adoptaron los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, los cuales reconocen el derecho de éstos a constituir e incorporarse a asociaciones profesionales autónomas. Los Principios incluso establecen que las asociaciones de abogados "tienen que desempeñar la función esencial de velar por las normas y la ética profesionales, proteger a sus miembros contra persecuciones y restricciones o injerencias indebidas, facilitar servicios jurídicos a todos los que los necesitan, y cooperar con las instituciones gubernamentales y otras instituciones para impulsar las fines de la justicia y el interés público (considerando del Preámbulo)." No obstante, estos Principios no contienen referencia alguna a la colegiación obligatoria.

---

51 CIDH, caso Bomchil c. Argentina, párr. 8 (1988).

52 Ibíd., párrs. 13 y 18.

El Comité de Derechos Humanos ha aludido al tema de la colegiación obligatoria de profesionales sobre todo respecto a la abogacía. En un caso sin pronunciarse sobre la afiliación obligatoria como tal señaló que: "En principio, los Estados tienen la facultad de reglamentar o aprobar las actividades de los órganos profesionales", y declaró que la obligación de pagar una cuota anual a un colegio de abogados como condición para gozar del derecho a ejercer la profesión no es violatoria de disposición alguna del PIDCP.[53] No obstante, advirtió que la reglamentación de las actividades de los colegios profesionales y la aplicación de sus reglamentos por los tribunales de justicia "pueden plantear cuestiones diversas, especialmente en relación con el artículo 14 del Pacto."[54]

11.7 La autonomía de las asociaciones

i) Consideraciones generales

El párrafo primero del artículo tercero del Convenio 87 de la OIT establece que: "Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción".

El PIDCP consagra este derecho en términos más generales al establecer: "El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos" (art. 8.1.c). Una característica del sistema interamericano es la forma como la libertad sindical quedó consagrada en los instrumentos básicos, en particular en la Carta de la OEA y en la Carta

---

[53] Comité de Derechos Humanos, caso J.L. c. Australia, párr. 4.2 (1992).

[54] Ibíd., párr. 4.3.

Americana. Estos instrumentos, a diferencia del PIDCP y de la Convención Americana, reconocen no sólo el derecho de los individuos a fundar y afiliarse a asociaciones, sino también el derecho de estas entidades a obrar con independencia. La Carta de la OEA consagra el derecho de las asociaciones de trabajadores al "reconocimiento de [su] personería jurídica (…) y [a] la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva" (art. 45 c). La Carta Americana contiene una serie de disposiciones pormenorizadas sobre la autonomía de asociaciones de esta índole, que reproducen en forma sintética muchos de los derechos plasmados en el Convenio 87, adoptado el mismo año. En particular, la Carta reconoce el derecho de los sindicatos –y asociaciones empresariales– a la personería jurídica, a no ser disueltos por vía administrativa y a formar federaciones y confederaciones, y garantiza la protección de los representantes sindicalistas contra represalias.

A pesar del silencio de los grandes instrumentos de derechos humanos sobre esta dimensión colectiva de la libertad de asociación, cabe presumir que el derecho a asociarse lleva implícito el derecho a establecer y formar parte de organizaciones autónomas que operan, según el PIDCP "sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática". De lo contrario, el contenido del derecho a asociarse sería muy limitado. La Corte Interamericana ha suscrito esta interpretación en su sentencia en el caso Baena Ricardo en la cual, al aplicar el artículo 16 de la Convención Americana, señala que "La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho."[55] Cabe recordar, también, que la mayor parte de

---

[55] CIDH, caso Baena Ricardo c. Panamá, párr. 156. La CIDH llegó a la misma conclusión en aplicación del artículo XXII la Declaración Americana. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, publicado en 1979, p. 60, párr. 5.

los instrumentos que consagran este derecho colectivo reconocen como sujetos del mismo tanto a los sindicatos como a las asociaciones patronales, organizaciones con características muy distintas. Lo anterior sugiere que este derecho tiene relevancia y validez para asociaciones de toda índole siempre que sus fines sean lícitos.

ii) La doctrina de la OIT

La doctrina del Comité de Libertad Sindical sobre la autonomía de las asociaciones comprende dos corrientes, una que se refiere a medidas que afectan a la asociación como tal, y otra que trata del impacto de medidas que afectan a la asociación en forma indirecta, mediante su repercusión en los dirigentes. Naturalmente, toda medida represiva dirigida contra los miembros de una asociación afecta a la asociación misma. La doctrina sobre medidas dirigidas contra los individuos en función de su afiliación a una asociación se describe en la sección 11.5. Resulta evidente que el asesinato, la desaparición y detención arbitraria de dirigentes de asociaciones constituye, además de graves violaciones de sus derechos como individuos, serios atentados contra la autonomía de las organizaciones respectivas. Otros tipos de restricciones de los derechos humanos también tienen especial relevancia cuando las víctimas son cuadros de una organización. Por ejemplo, la doctrina considera que el exilio forzado de dirigentes sindicales "debilita las organizaciones sindicales, al privarlos de sus dirigentes."[56] Esta conclusión es válida también para la excarcelación de dirigentes detenidos a condición de que abandonen el país.[57] Las restricciones a la libertad de circulación dentro del territorio nacional de los cuadros de una asociación también vulneran la libertad de asociación, en particular cuando restringen el acceso a las zonas en las cuales la organización tiene presencia.[58]

---

[56] Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, párrs. 122, 125.

[57] Ibíd., párr. 126.

[58] Ibíd., párr. 128.

En cuanto a la asociación como tal, la doctrina del Comité de Libertad Sindical dispone que, de considerarse indispensable la adopción de disposiciones legislativas relativas a los estatutos y el funcionamiento interno de las asociaciones, "éstas deberían limitarse a establecer un marco general, dejando a las organizaciones la mayor autonomía posible para regir su funcionamiento y administración."[59] El derecho de los miembros "a elegir libremente a sus dirigentes constituye una condición indispensable" de la libertad de asociación.[60] Las leyes que imponen condiciones para el acceso a puestos de responsabilidad en un sindicato, que no corresponden a los requerimientos necesarios para el ejercicio de las funciones en cuestión, como por ejemplo la opinión política o los antecedentes penales, son incompatibles con la libertad de asociación.[61] La expresión de opiniones por las autoridades públicas sobre los candidatos a funciones dentro de las asociaciones representa una injerencia en la libertad de asociación.[62]

La doctrina del Comité de Libertad Sindical también reconoce la inviolabilidad de los bienes y locales de las asociaciones.[63] El ingreso de las autoridades a los locales de una asociación sin el permiso de las personas autorizadas o sin mandato judicial "constituye una gravísima violación de la libertad sindical."[64] Los registros o allanamientos requieren un "mandato de la autoridad judicial ordinaria" basado en "razones fundadas para suponer que se encuentran en esos locales las pruebas" de un delito.[65]

El control de la legalidad de las actividades de una organización debe efectuarse a posteriori por la justicia, con el debido respeto de los principios de legalidad, debido proceso y prontitud.[66]

---

59 Ibíd., párr. 331. Véase también párr. 333.

60 Ibíd., párr. 353.

61 Ibíd., párrs. 377, 383.

62 Ibíd., párr. 397.

63 Ibíd., párrs.175 y 178.

64 Ibíd., párr. 177. Véase también el párr. 176.

65 Ibíd., párr. 180.

66 Ibíd., párrs. 268 y 199.

El derecho de los sindicatos a "organizar (…) sus actividades" incluye el derecho de diseminar sus puntos de vista ante la opinión pública, celebrar reuniones y convocar manifestaciones públicas. El Comité de Libertad Sindical considera como un elemento esencial de la libertad sindical el derecho de las asociaciones, sus dirigentes y representantes a expresar opiniones –incluso críticas a la política económica y social del gobierno– sin censura por medio de la prensa.[67] En cuanto a la libertad de reunión, el Comité ha señalado lo siguiente:

> El derecho de las organizaciones profesionales a celebrar reuniones en sus locales para examinar cuestiones profesionales, sin autorización previa y sin injerencia de las autoridades constituye un elemento fundamental de la libertad de asociación y las autoridades deben abstenerse a toda intervención que pueda limitar a este derecho u obstaculizar su ejercicio legal, salvo que tal ejercicio altere el orden público o ponga en peligro grave e inminente el mantenimiento del mismo.[68]

Asimismo, "el derecho a celebrar reuniones y manifestaciones públicas (…) es un derecho sindical importante" que no debe ser negado arbitrariamente."[69] La exigencia de autorización previa para celebrar reuniones y manifestaciones públicas no es violatoria de la libertad sindical y las organizaciones deben "observar los límites razonables que pudieran fijar las autoridades para evitar desórdenes en la vía pública."[70] Las autoridades no deben recurrir a la fuerza pública para controlar una manifestación, a menos que dicha medida sea necesaria para superar una amenaza real al orden público, y nadie debe ser detenido "por el simple hecho de haber organizado o participado en una manifestación."[71]

---

67 Ibíd., párrs. 153-156.

68 Ibíd., párr. 130.

69 Ibíd., párr. 133.

70 Ibíd., párrs. 138 y 141.

71 Ibíd., párrs. 137, 146 y 147.

iii) La jurisprudencia universal

El Comité de Derechos Humanos no ha desarrollado una jurisprudencia sobre este aspecto de la libertad de asociación, pero una Observación sobre el informe de un Estado Parte en el PIDCP parece indicar que el Comité considera, al igual que el Comité de Libertad Sindical, que la represión contra dirigentes de organizaciones es violatoria de la libertad de asociación. Dicha Observación también hace alusión al derecho de la organización a funcionar libremente, al señalar lo siguiente: "El Comité está preocupado ante la detención de destacados dirigentes de las organizaciones de derechos humanos, lo cual entraña violación del artículo 9 y 22 del Pacto e interfiere con el libre ejercicio de la importante función que desempeñan dichas organizaciones en la protección de los derechos humanos".[72]

iv) La jurisprudencia interamericana

La doctrina y jurisprudencia interamericanas, a pesar de no ser extensas, abordan ambos aspectos de la problemática, tales como las medidas que afectan a las asociaciones en forma directa y las que las afectan en forma indirecta.

En su sentencia en el caso Baena Ricardo, la Corte Interamericana concluyó que el despido de 270 empleados de diversas empresas estatales había vulnerado la libertad de asociación, así como los principios de legalidad y de irretroactividad, además de los derechos al debido proceso y a la protección judicial.[73] Los hechos se produjeron en los meses siguientes a la invasión de Panamá por las Fuerzas Armadas de Estados Unidos, y a la instalación de un gobierno civil.

---

[72] Comité de Derechos Humanos, Informe A/51/40, párr. 289 (Nigeria), 1996.

[73] Corte Interamericana, caso Baena Ricardo y otros (Fondo), puntos resolutivos 1, 2 y 4 (2001).

El rechazo que hizo el nuevo gobierno de un pliego de reivindicaciones presentado por el movimiento sindical produjo una manifestación de protesta de miles de trabajadores que se llevó a cabo en forma pacífica.[74] Pero el mismo día un oficial de las Fuerzas Armadas escapó de prisión y encabezó un movimiento armado que tomó un cuartel de la policía.[75] Al día siguiente, el 5 de diciembre, se inicia un paro nacional programado por la coordinación sindical que luego se suspende para evitar vincularse con el movimiento militar que realiza una marcha en la capital.[76] Al día siguiente el gobierno envió a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley proponiendo la destitución de todos los servidores públicos que habían participado en la organización o ejecución del paro del 5 de diciembre de 1990, por considerar que dicho movimiento buscaba subvertir el orden constitucional democrático y suplantarlo por un régimen militar.[77] El despido de la mayor parte de las víctimas es resultado de la aprobación de dicha ley.[78]

> (…) La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.[79]

---

74 Ibíd., párr. 88 a, b, c

75 Ibíd., párr. 88 d.

76 Ibíd., párr. 88 e.

77 Ibíd., párr. 88 i.

78 Ibíd., párr. 88 j.

79 Ibíd., párr. 156.

La Corte Interamericana consideró que las medidas tomadas contra los participantes en la huelga no "fueron necesarias para salvaguardar el orden público en el contexto de los acontecimientos, ni que guardaron relación con el principio de proporcionalidad; en suma (…) no cumplieron con el requisito de "necesidad en una sociedad democrática".[80] Asimismo, concluyó que "el despido de un amplio número de dirigentes sindicales (…) afectó gravemente la organización y la actividad de los sindicatos que agrupaban a los trabajadores, y se vulneró la libertad de asociación sindical."[81] Por tanto, habían sido violatorias del artículo 16.2 de la Convención.[82]

La jurisprudencia sobre las injerencias directas en las asociaciones no es extensa. En un análisis sobre la compatibilidad de la legislación de un Estado con la autonomía de los sindicatos, la CIDH remitió a los artículos 45 de la Carta de la OEA y 26 de la Carta Americana y concluyó que ciertos artículos de dicha legislación eran "excesivamente rigurosos en cuanto a los requisitos exigidos para la formación de sindicatos, la administración de los mismos, la admisión y exclusión de los asociados, la remoción de los miembros directivos y hasta el procedimiento para reformar los estatutos, todo lo cual parece una injerencia en la propia libertad de los sindicatos."[83] Tratándose de organizaciones de derechos humanos, la CIDH ha criticado los allanamientos de los locales, la incautación de sus archivos,

---

[80] Ibíd., párr. 172.

[81] Ibíd., párr. 166.

[82] Ibíd. En una decisión adoptada poco antes de esta sentencia, la CIDH concluyó que el despido de 142 empleados públicos, muchos de ellos sindicalistas, por participación en una huelga declarada ilegal no vulneró la libertad de asociación, porque no se comprobó que la medida constituyera "persecución por su afiliación a un sindicato". García Farjado y otros c. Nicaragua, párr. 108. La sentencia de la Corte Interamericana parece indicar que, aún cuando quepan dudas en cuanto al motivo de una medida, su impacto para el sindicato basta para concluir que vulnera la libertad de asociación.

[83] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (1987), p. 86, párr. c). Véase también el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba (1983), p. 159, párrs. 52-53.

la destrucción de sus instalaciones y, en un caso, la suspensión de actividades por orden de la policía, mientras se verificaba la legalidad de sus actividades.[84] Frente a acusaciones de un Estado en el sentido de que una determinada organización no gubernamental "carece de toda representatividad y se halla constituida exclusivamente por un grupo radicalizado de opositores cuyo objetivo patente es crear problemas al Gobierno," la CIDH recordó que "la propia naturaleza" de las organizaciones de defensa de los derechos humanos "lleva con frecuencia a confrontaciones con los gobiernos. Sin embargo, esto en sí no justifica los ataques gubernamentales, de hecho o de palabra, a tales grupos."[85] Los criterios citados parecen indicar, una vez más, que la CIDH reconoce y aplica los mismos principios que subyacen en la doctrina del Comité de Libertad Sindical.

11.8 El derecho a la huelga

i) Consideraciones generales

Los Convenios Internacionales de Trabajo no consagran el derecho a la huelga en forma expresa. En el derecho internacional del trabajo éste se considera parte integral del derecho de los sindicatos a defender los intereses de sus miembros, a formular su programa de acción y a organizar sus actividades. Este derecho tampoco está reconocido, al menos expresamente, por los cuatro instrumentos que forman el principal marco de referencia de este libro: las grandes Declaraciones de 1948, el PIDCP y la Convención Americana. El derecho a la huelga sí está consagrado expresamente por la Carta de la OEA y la Carta Americana, por el Protocolo de San Salvador y, en el ámbito universal, por el PIDESC. La Carta de la OEA (art. 45 c) y la Carta de Garantías Sociales (art. 26) lo reconoce en cuanto derecho

---

84 Ibíd.

85 CIDH, Informe Anual 1978, p. 162 (Paraguay).

de los trabajadores. El PIDESC (art. 8.1 d) y el Protocolo de San Salvador (art. 8.1 b) lo consagran en el contexto de disposiciones sobre la libertad sindical pero en términos generales, sin indicar que es privativo de los trabajadores y de los sindicatos. La cuestión de saber si el derecho a la huelga tiene vigencia fuera del ámbito sindical es importante, porque la doctrina de la OIT condiciona la licitud de la huelga a motivos de orden económico y social, y considera ilícitas las huelgas que obedecen a motivos políticos. No obstante, hasta la fecha ni los órganos universales ni los interamericanos han desarrollado una doctrina, ni han sentado jurisprudencia sobre el alcance del derecho a la huelga en los respectivos sistemas de derechos humanos.

ii) La doctrina de la OIT

El Comité de Libertad Sindical "ha reconocido siempre el derecho a la huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales."[86] La doctrina establece una interpretación amplia del concepto de los intereses económicos y sociales de los trabajadores, que comprende "la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida."[87] La libertad sindical no comprende el derecho a realizar "huelgas de carácter puramente político", pero sí "huelgas de protesta, en particular contra la política social y económica del gobierno."[88] Las huelgas no tienen que estar necesariamente vinculadas a un conflicto laboral determinado, pues

---

[86] Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, párr. 473. Véanse también los párrs. 473 y 475.

[87] Ibíd., párr. 480.

[88] Ibíd., párr. 482.

el derecho a la huelga incluye el derecho de "los trabajadores y sus organizaciones" a manifestar su "descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros."[89] La libertad sindical comprende, incluso, el derecho a realizar huelgas generales a nivel nacional, siempre que obedezcan a los motivos antes descritos y no a motivos "puramente políticos."[90] Las restricciones a las diferentes modalidades de huelga son permitidas únicamente en la medida en que la huelga "dejase de ser pacífica."[91] No obstante, las autoridades pueden vedar la participación en huelgas generales a los funcionarios públicos "que ejercen funciones de autoridad", así como a los trabajadores de servicios esenciales, es decir, servicios cuya interrupción es susceptible de poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población.[92] La doctrina permite asimismo el establecimiento de ciertas condiciones previas a la realización de la huelga, como el preaviso al empleador.[93]

Nadie puede ser objeto de sanción alguna, sea por parte de las autoridades, o por parte del empleador, por la participación en una huelga legítima.[94] Si bien los trabajadores y sindicatos tienen la obligación de respetar la ley, las fuerzas del orden no deben intervenir en situaciones de huelga a menos que el orden público esté realmente amenazado y, en caso de intervenir, deben limitarse estrictamente al mantenimiento del orden público.[95]

iii) La jurisprudencia universal

En una decisión adoptada en 1986, el Comité de Derechos Humanos declaró inadmisible una denuncia basada en la interpreta-

---

89 Ibíd., párr. 484.
90 Ibíd., párrs. 492-495.
91 Ibíd., párr. 496.
92 Ibíd., párr. 492.
93 Ibíd., párr. 502.
94 Ibíd., párrs. 590-591.
95 Ibíd., párrs. 579-582.

ción de que el artículo 22 del PIDCP garantizaba implícitamente el derecho a la huelga. La decisión descansa en gran parte en un análisis de los trabajos preparatorios que demuestran que la intención de los órganos que elaboraron el PIDCP fue consagrar el derecho a la huelga en el PIDESC y no en el PIDCP.[96] Esta jurisprudencia no ha sido reexaminada desde entonces, a pesar de haber provocado una opinión discrepante de cinco miembros del Comité. No obstante, en sus observaciones finales sobre el informe de un Estado Parte, el Comité comentó que "el derecho de los funcionarios públicos a (…) declararse en huelga se halla excesivamente restringido."[97] Esta Observación no hace referencia a ningún artículo del PIDCP en particular, pero el contexto sugiere que se basa en la prohibición de discriminación.[98]

iv) La jurisprudencia interamericana

En el sistema interamericano el derecho a la huelga está consagrado en la Carta de la OEA (art. 45 c), en la Carta Americana de Garantías Sociales (art. 27), y en el Protocolo de San Salvador (art. 8 b), pero no en la Convención Americana. En su sentencia en el caso Baena Ricardo, la Corte Interamericana se abstuvo de pronunciarse sobre la presunta violación del derecho a la huelga porque el Protocolo de San Salvador no había entrado en vigor para el país en cuestión.[99] La sentencia no analiza la relevancia de las disposiciones de la

---

96 Comité de Derechos Humanos, caso J.B. y otros c. Canadá, párrs. 6.3 y 6.4 (1986).

97 Comité de Derechos Humanos, Informe A/48/40, párr. 609 (Irlanda).

98 Cabe recordar la jurisprudencia bien sentada del Comité en el sentido de que cuando un Estado consagra en su legislación interna un derecho que no figura en el PIDCP, el Comité tiene competencia para revisar la compatibilidad de esa legislación con el principio de no discriminación en virtud del artículo 26 del PIDCP que consagra el principio de igual protección de la ley.

99 Corte Interamericana, caso Baena Ricardo (Fondo), párrs. 95-99.

Carta de la OEA y de la Carta Americana. La CIDH, en una decisión adoptada en el 2001, determinó que a pesar del vínculo que existe entre el derecho a la huelga y la libertad de asociación, "la negación de la posibilidad de ir a la huelga no restringió a los trabajadores para ejercer su derecho de asociación" para efectos del artículo 16 de la Convención Americana.[100] Cabe presumir que la Corte Interamericana y la CIDH se abstuvieron de examinar las presuntas violaciones de este derecho por razones de índole procesal, es decir, por carecer de competencia para examinar alegatos de violaciones de dichos instrumentos. En todo caso, no puede haber duda alguna sobre el carácter vinculante del artículo 45 de la Carta.

El artículo 45 de la Carta de la OEA y los artículos 26 y 27 de la Carta Americana han sido aplicados por la CIDH en el cumplimiento de otras de sus funciones, en particular en el análisis de la situación de los derechos humanos en Estados miembros de la OEA. Por ejemplo, en un examen sobre la compatibilidad de la legislación de un Estado, la CIDH concluyó que el uso de conceptos ambiguos o excesivamente restrictivos en el artículo constitucional que consagra el derecho a la huelga entrañaba el riesgo de una "severa limitación de este derecho laboral básico."[101] Esta conclusión pone de manifiesto las convergencias entre la normativa de la OIT y la normativa interamericana en la materia, en particular la contenida en las dos Cartas mencionadas.

---

[100] CIDH, caso García Farjado y otros c. Nicaragua, párr. 106.

[101] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, p. 87. La frase "exclusivamente para la defensa de intereses gremiales" es un ejemplo de una restricción considerada excesiva, según el Informe citado.

Capítulo 12
Los derechos políticos

12.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante 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.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

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;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Artículo XX. Derecho de sufragio y de participación en el gobierno

Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

Artículo XXIV. Derecho de petición

Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

Artículo XXXII. Deber de sufragio

Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello.

Artículo XXXIV. Deber de servir a la comunidad y a la nación

Toda persona (…) Asimismo tiene el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le correspondan en el Estado de que sea nacional.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 23. Derechos políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

12.2 Normativa complementaria

Carta Democrática Interamericana

I. La democracia y el sistema interamericano

Artículo 1

Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

Artículo 2

El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

Artículo 3

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 4

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

Artículo 5

El fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia. Se deberá prestar atención especial a la problemática derivada de los altos costos de las campañas electorales y al establecimiento de un régimen equilibrado y transparente de financiación de sus actividades.

Artículo 6

La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 7

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;

b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;

c) Participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Artículo 14

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

a) Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles; (…)

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial

Artículo 5

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas;

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 42

1. Los Estados Partes considerarán la posibilidad de establecer procedimientos o instituciones que permitan tener en cuenta, tanto en los Estados de origen como en los Estados de empleo, las necesidades, aspiraciones u obligaciones especiales de los trabajadores migratorios y sus familiares y considerarán también, según proceda, la posibilidad de que los trabajadores migratorios y sus familiares tengan en esas instituciones sus propios representantes libremente elegidos.

2. Los Estados de empleo facilitarán, de conformidad con su legislación nacional, la consulta o la participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales.

3. Los trabajadores migratorios podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos.

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos

Artículo 8

1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a tener la oportunidad efectiva, sobre una base no discriminatoria, de participar en el gobierno de su país y en la gestión de los asuntos públicos.

2. Ese derecho comprende, entre otras cosas, el que tiene toda persona, individual o colectivamente, a presentar a los órganos y organismos gubernamentales y organizaciones que se ocupan de los asuntos públicos, críticas y propuestas para mejorar su funcionamiento, y a llamar la atención sobre cualquier aspecto de su labor que pueda obstaculizar o impedir

la promoción, protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

12.3 Consideraciones generales

i) El concepto de derecho político

Pueden considerarse derechos políticos en sentido amplio todos aquéllos destinados a tutelar la participación o el protagonismo del individuo en la sociedad, en particular la libertad de expresión, de asociación y de reunión, es decir, aquella parte del contenido del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) conocida como las libertades públicas. Sin embargo, para efectos de la presente obra el término es empleado, en sentido estricto, para referirse al conjunto de derechos denominado derechos políticos por la normativa internacional, tales como el derecho a participar en elecciones, el derecho a participar en forma directa en la gestión de la *res* pública, y, por último, el derecho a acceder a funciones públicas.

ii) El sujeto de los derechos políticos

El individuo sujeto de los derechos políticos es concebido por la normativa internacional en términos más restrictivos que el sujeto de los otros derechos humanos, pues la nacionalidad es generalmente reconocida como requisito de su titularidad. Tanto el PIDCP como la Convención Americana identifican al ciudadano como sujeto de los tres aspectos de los derechos políticos, a saber: la participación en la gestión de los asuntos públicos, la participación en elecciones –voto y candidatura– y el acceso a las funciones públicas. La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce a toda persona como sujeto de estos derechos en relación con "su país," concepto que en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos tiene un contenido más amplio que el de "país de nacio-

nalidad". No obstante, hasta la fecha la jurisprudencia del Comité sobre el significado de la expresión "su país" se limita al contexto del derecho de residencia.[1] La Observación General del Comité sobre los derechos de los extranjeros menciona a los derechos políticos como los únicos reconocidos por el PIDCP que son privativos de los ciudadanos.[2] La Declaración Americana, incluso, establece la obligación del extranjero a no intervenir en las actividades políticas que, por ley, son privativas de los ciudadanos (art. XXXVIII). Una excepción a esta regla se encuentra en el reconocimiento por el artículo XXIV de la misma Declaración Americana del derecho de toda persona a "(…) presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución." La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) confirma que los extranjeros son sujetos del derecho a presentar peticiones.[3] La Convención Internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares reconoce a los migrantes legales un derecho a participar o a ser consultados en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales (art. 42.2).

El concepto de ciudadanía empleado por el PIDCP y por la Convención Americana para identificar al sujeto de los derechos políticos incluye no sólo el concepto de nacionalidad sino también la mayoría de edad. Esto ha sido reconocido implícitamente por el Comité de Derechos Humanos al señalar que "(…) el derecho de voto (…) deben poder ejercerlo todos los ciudadanos adultos."[4] Asimismo, el concepto de "capacidad legal", empleado por la Declaración Americana, también incluye la mayoría de edad. Esta interpretación es confirmada por el hecho de que los derechos políticos

---

1 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 20 (1994) (véase también el Capítulo 7).

2 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 2 (1986).

3 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Interdicción de haitianos c. Estados Unidos, párr. 181 (1997).

4 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 4 (1996).

strictu sensu no están contenidos en la Convención sobre los derechos del niño, salvo en su artículo 12.1 que dispone lo siguiente

> Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

La Convención Americana es el único de los grandes instrumentos sobre derechos humanos que constituyen el marco de referencia del presente capítulo que contiene una disposición sobre las restricciones a los derechos políticos. Según el párrafo 2 del artículo 23, "La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal" (art. 23.2). Es notable la diferencia entre los criterios incorporados a esta disposición y los contenidos en otros artículos que rigen las restricciones a las libertades públicas.[5] También llama la atención la inclusión del idioma en esas restricciones pues la discriminación basada en este criterio está prohibida por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2), la Declaración Americana (art. 11), el PIDCP (arts. 2 y 26), e incluso por el artículo primero de la Convención Americana. En el ámbito universal, el Comité de Derechos Humanos ha confirmado que el PIDCP no permite, en el goce de los derechos políticos, la discriminación basada en el idioma ni en la instrucción.[6]

---

[5] Véase el artículo 12.3 (Libertad de conciencia y de religión), artículo 13.3 (Libertad de pensamiento y de expresión), artículo 15 (Derecho de reunión), artículo 16.3 (Libertad de asociación) y artículo 23 (de toda referencia al criterio de razonabilidad o proporcionalidad).

[6] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 3. Véase también el caso Ignatane, infra.

La doctrina del Comité de Derechos Humanos, al igual que el artículo 23.2 de la Convención Americana, reconoce que "la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público."[7] No obstante, cabe recordar que los Principios para la protección de los enfermos mentales establecen que "Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, (…) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes (…)" (art. 5). De acuerdo con estos Principios, toda decisión sobre la falta de competencia mental de un individuo para ejercer sus derechos requiere una decisión judicial, adoptada de conformidad con los principios de legalidad y de debido proceso, y debe ser revisada periódicamente (art. 6). La Declaración de los derechos del retrasado mental no hace referencia a los derechos políticos, pero establece que cualquier decisión de privar al retrasado mental de su capacidad de ejercer sus derechos debe basarse en la opinión de expertos y, al efecto, se deben respetar las garantías judiciales (art. 7).

La jurisprudencia sobre otras restricciones a los derechos políticos se presenta en las secciones pertinentes de este capítulo.

iii) La democracia como valor superior

Los principales instrumentos universales e interamericanos sobre derechos humanos reconocen la importancia de la democracia como valor y bien jurídico que determina la licitud de las restricciones de los derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en su artículo 29 lo siguiente:

> En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la

---

[7] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 4.

> ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

La Declaración Americana aborda esta problemática desde la perspectiva inversa al establecer que "Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático" (art. XXVIII). El PIDCP no reafirma la importancia de la democracia como criterio para determinar la licitud de las restricciones a los derechos humanos en general, pero sí reconoce la importancia de la democracia para efectos de la licitud de las restricciones a la libertad de asociación (art. 20), a la libertad de reunión (art. 22.2) y al principio de la publicidad de la justicia (art. 14.1).

La Convención Americana concibe la democracia no sólo como un baluarte contra la restricción excesiva de los derechos humanos, sino también como un marco institucional para la realización de los mismos. En su Preámbulo los Estados Partes "Reafirma[n] su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". El artículo 29 también realza el lugar ocupado por la democracia en esta materia, al disponer que "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (…) c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (…)". En cuanto al criterio para la validez de las restricciones a los derechos políticos, el artículo 23 de la Convención hace eco del artículo XXVIII de la Declaración Americana.[8]

---

[8] Los artículos 15, 16 y 22 de la Convención Americana hacen hincapié en la relevancia de la democracia como criterio para determinar la validez de las restricciones a la libertad de reunión, asociación y circulación.

A diferencia de la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) reconoce "el ejercicio efectivo de la democracia representativa" como principio fundamental de la Organización (art. 3 d).[9] Este compromiso con la democracia representativa, que ocupa un lugar importante en la jurisprudencia y doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) y de la Comisión interamericana de Derechos Humanos (CIDH), fue reafirmado y ampliado por la Carta Democrática Interamericana aprobada en el año 2001. La estrecha relación entre la democracia y los derechos humanos está descrita en los párrafos siguientes de su Preámbulo:

> *Teniendo presente* que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia;
>
> *Reafirmando* que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia;

---

[9] En el sistema universal, el derecho a la libre determinación ocupa un lugar similar al de la democracia en el sistema interamericano. Durante casi medio siglo, el concepto de democracia era demasiado polémico para servir de eje de las actividades de las Naciones Unidas debido a la guerra fría. Durante la última década se ha convertido en una prioridad, sobre todo en el apoyo a la organización de sistemas electorales y celebración de elecciones en países en transición, y en los programas de apoyo al "buen gobierno". Véase el Informe del Departamento de Asuntos Políticos al seminario sobre Democracia y Derechos Humanos, Ginebra, noviembre de 2002. Sin embargo, las actividades de esta naturaleza, por valiosas que sean, no han dejado mayor traza en la normativa ni en la doctrina en materia de derechos humanos.

La Carta de la OEA reconoce la democracia como derecho de los pueblos americanos, y el ejercicio efectivo de la democracia representativa como la base del Estado de derecho (arts. 1 y 2). El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia representativa, y la transparencia, la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, así como el respeto por los derechos sociales, son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (arts. 3 y 4).

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) también "considera que la democracia es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales."[10]

iv) Alcance del capítulo

El libre ejercicio de los derechos políticos requiere el respeto de los demás derechos humanos, sobre todo de la libertad y seguridad personal. La eliminación e intimidación de dirigentes, militantes y hasta partidos y organizaciones políticas mediante la ejecución extrajudicial, la desaparición o la detención arbitraria es la forma más cruda de negar el derecho a participar en la vida política. La plena vigencia de las libertades públicas –la libertad de expresión, de asociación y de reunión– también es imprescindible tanto para el derecho a participar en elecciones libres como para la participación directa en la toma de decisiones que afectan a la nación y a la comunidad. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que "La libertad de expresión, la de reunión y la de asociación son condiciones esenciales para el ejercicio efectivo del derecho de voto y deben protegerse plenamente."[11] En el ámbito regional, la importancia de la

---

[10] Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, párr. 34.

[11] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 12 (1996). Véase también el párrafo 8 relativo a la importancia de estas libertades para la participación directa.

libertad de expresión es subrayada por la Declaración de Santiago que establece: "La libertad de prensa, de la radio y la televisión, y en general la libertad de información y expresión son condiciones esenciales para la existencia de un régimen democrático."[12]

La jurisprudencia sobre la ejecución y desaparición de dirigentes y militantes políticos se examinó en el Capítulo 1, dedicado al derecho a la vida, mientras que la jurisprudencia relativa a la privación arbitraria de la libertad y amenazas que afectan la seguridad personal, está contenida en el Capítulo 4. Asimismo, la jurisprudencia sobre restricciones a la libertad de expresión y de reunión se trató en los Capítulos 9 y 11, respectivamente. No obstante, habida cuenta del carácter especial del vínculo entre el derecho a formar partidos políticos y el derecho a participar en procesos electorales, esta dimensión de la libertad de asociación se incluye en el presente capítulo. La discriminación basada en la opinión política está prohibida expresamente por la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el PIDCP, por la Convención Americana y por otros instrumentos internacionales. La doctrina y jurisprudencia sobre la discriminación se tratan en el Capítulo 14.

La relación entre los derechos políticos y el derecho a la libre determinación es reconocida en términos amplios por el Comité de Derechos Humanos.[13] Los pueblos indígenas son sujetos de derechos políticos adicionales a los de la población en general, en particular con respecto a la autonomía interna y al derecho a participar, en cuanto pueblo o comunidad, en la toma de toda decisión que les afecte. Ambos temas se analizan en el Capítulo 13 de la presente obra.

---

[12] Organización de Estados Americanos (OEA), Declaración de Santiago, párr. 7 de la parte declarativa. La Declaración fue adoptada en 1959 por la Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores (citada en "Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa en el sistema interamericano", Informe de la CIDH 1990-1991, p. 553).

[13] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 2.

12.4 El derecho a votar y a postularse a cargos electivos

i) La doctrina y la jurisprudencia universales

El Comité de Derechos Humanos adoptó en 1996 su Observación General No. 25 sobre los derechos políticos. Según esta Observación, los criterios generales para determinar la licitud de las restricciones al derecho a votar son la legalidad y razonabilidad.[14] Ciertos tipos de restricciones son, a priori, irrazonables y violatorias del PIDCP, a saber: la discapacidad física, la capacidad para leer y escribir, el nivel de instrucción, la situación económica y la afiliación partidaria.[15] Los requisitos relativos a la residencia no se consideran irrazonables en sí, pero no deben ser formulados ni aplicados "de forma que impidan a las personas que carezcan de vivienda ejercer su derecho de voto."[16] La suspensión del derecho al voto en razón de una condena penal tampoco es irrazonable en sí, pero "el periodo de tal suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena."[17] El preso sin condena no puede ser privado del derecho a votar.[18]

Los criterios generales sobre el derecho a presentarse como candidato a cargos electivos son la legalidad y la razonabilidad. Nadie debe ser privado de este derecho por la imposición de "requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio, como el nivel de instrucción, el lugar de residencia o la descendencia, o a causa de su afiliación política."[19] La afiliación a un partido político –y menos aún a un partido determinado– no debe ser requisito para presentarse como candidato, ni obstáculo a la presentación de una candidatura.[20] Todo

---

14 Ibíd., párrs. 10 y 14.
15 Ibíd.
16 Ibíd., párr. 11.
17 Ibíd., párr. 14.
18 Ibíd.
19 Ibíd., párr. 15.
20 Ibíd., párr. 17.

requisito para la inscripción de un candidato, tal como un número mínimo de partidarios, una fecha límite para la inscripción de una candidatura o el pago de un depósito, debe ser razonable y no discriminatorio.[21] Nadie debe sufrir represalias, vejámenes, ni discriminación alguna por causa de su candidatura a un cargo electivo.[22]

Según el Comité de Derechos Humanos, la única restricción de carácter ideológico al derecho a presentarse como candidato autorizada por el PIDCP es la que se desprende de su artículo 5.1, que dispone que "Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un (…) grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él."[23] Como este principio es muy amplio, conviene aplicarlo en forma restrictiva. La escasa jurisprudencia del Comité sobre este tipo de restricción ha sido orientada por el artículo 20 del PIDCP, que obliga a los Estados a tipificar penalmente la apología del odio nacional, racial o religioso, y la propaganda en favor de la guerra.[24]

Las incompatibilidades entre ciertas funciones públicas y la candidatura para puestos electivos son en principio compatibles con el artículo 25 del PIDCP, según la Observación No. 25, siempre que tengan como finalidad evitar conflictos de interés, sean establecidas por ley y sean razonables. La Observación menciona tres ejemplos de incompatibilidades aceptables, a saber: jueces, militares de alta graduación y los funcionarios públicos. En el caso Debreczeny, el Comité de Derechos Humanos consideró que una norma que impedía la elección de oficiales de policía al consejo municipal no era violatoria del artículo 25 del PIDCP, por las razones siguientes:

---

21 Ibíd., párr. 16 y 17.

22 Ibíd., párr. 15.

23 Ibíd., párr. 17.

24 Véase la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso J. R. T y W. G. Party c. Canadá (1983), que declara inadmisible una denuncia de la supuesta violación de la libertad de expresión de un partido político dedicado a la diseminación de propaganda contra los judíos, párr. 8 b).

> (…) las restricciones del derecho a ser elegido en un concejo municipal están reglamentadas por ley y (…) se basan en criterios objetivos, a saber, que el [candidato no] haya sido nombrado para su cargo por la autoridad municipal o que esté subordinado a ella. Tomando nota de los motivos invocados por el Estado Parte para esas restricciones, en particular el de garantizar el proceso democrático de adopción de decisiones evitando que haya conflictos de intereses, el Comité considera que esas restricciones son razonables y compatibles con el propósito de la ley. (…) El Comité observa que cuando fue elegido como miembro del concejo [municipal] el autor prestaba servicios como oficial de policía en la fuerza de policía nacional, destinado en [dicho municipio] y, como tal, en los asuntos de orden público estaba subordinado al alcalde [municipal], quien a su vez respondía ante el concejo de las medidas adoptadas a ese respecto. Siendo así el Comité considera que podía efectivamente plantearse un conflicto de intereses y que la aplicación de las restricciones al autor no constituye una violación del artículo 25 del Pacto.[25]

En otra decisión, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el requerimiento del dominio del idioma nacional a una persona que pertenecía a una minoría lingüística y que pretendía presentarse a un puesto electivo había violado el PIDCP. La decisión en el caso Ignatane señala, en primer lugar, que el párrafo primero del artículo 25 del PIDCP reafirma la prohibición de discriminación consagrada en términos generales por el artículo 2, incluyendo la discriminación basada en el idioma.[26] Además, la aplicación de la norma y la consecuente descalificación de la candidata "no se basó en criterios objetivos", sino solamente en la opinión de un individuo que evaluó el conocimiento del idioma de la candidata.[27]

---

[25] Comité de Derechos Humanos, caso Debreczeny c. Países Bajos, párr. 9.3 (1995).

[26] Comité de Derechos Humanos, caso Ignatane c. Latvia, párr. 7.4 (2001).

[27] Ibíd.

El Comité de Derechos Humanos adoptó hace dos décadas una serie de decisiones en las cuales consideró violatoria del artículo 25 del PIDCP la aplicación de una ley que privaba a determinadas personas de sus derechos políticos durante un periodo de 15 años. Según estas decisiones, la privación de los derechos políticos a personas condenadas por un delito no es forzosamente violatoria del PIDCP.[28] No obstante, en el caso concreto la proscripción había vulnerado los derechos de las personas afectadas porque las condenas estaban viciadas por graves violaciones del debido proceso y en algunos casos parecían estar fundadas únicamente en la afiliación política del condenado.[29] Además, el Comité consideró que la duración de la proscripción –15 años– era excesiva, aunque sin precisar las razones para llegar a esta conclusión.[30] En el caso Landinelli Silva el Comité concluyó que la proscripción política de 15 años a personas que no habían sido condenadas por un delito, en razón de su afiliación o sus antecedentes políticos, y quienes no habían recurrido a la violencia ni hecho apología de ella, no podía considerarse "necesaria" para la protección del orden público y era, por tanto, violatoria del artículo 25 del PIDCP.[31] Esta conclusión se impondría, según la decisión, aún durante una verdadera amenaza a la vida de la nación.[32]

En los últimos años, la posición del Comité de Derechos Humanos parece haber evolucionado hacia el rechazo categórico de la pri-

---

[28] Comité de Derechos Humanos, caso Weinberger c. Uruguay, párr. 15 (1980); Tourón c. Uruguay, párr. 11 (1981); Pietraroia c. Uruguay, párr. 16 (1981).

[29] Comité de Derechos Humanos, caso Weinberger c. Uruguay, párr. 15. Véase también Tourón c. Uruguay, párr. 11.

[30] Ibíd., véase también Altesor c. Uruguay, párr. 14. En otra oportunidad, el Comité manifestó que la privación de derechos políticos por 10 años debido a condenas por ciertos delitos "pued[e] constituir una restricción desproporcionada de los derechos protegidos por el artículo 25", A/51/40, párr. 65.

[31] Comité de Derechos Humanos, caso Landinelli Silva c. Uruguay, párrs. 8.4, 9 y 10; véase también Altesor c. Uruguay, párr. 14.

[32] Ibíd.

vación del derecho al voto por este motivo. Su comentario sobre un Informe del Reino Unido publicado en el año 2002 contiene la observación siguiente:

> Al Comité le preocupa la vigencia de una antigua ley (…) por la que se niega a los reclusos convictos el ejercicio del derecho de voto. El Comité no ve justificación a semejante práctica en la actualidad, considerando que equivale a un castigo adicional, que no contribuye a la reforma y la readaptación social de los penados y es contraria al párrafo 3 del artículo 10 así como al artículo 25 del Pacto.[33]

Las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre los informes de los Estados Partes en el PIDCP también son una rica fuente de interpretación del derecho a votar y a presentarse como candidato. En sus observaciones sobre el Informe de Paraguay, el Comité calificó de "escasamente razonable" la denegación del voto a los cadetes militares.[34] En una observación sobre la legislación de Brasil comentó que "(…) la distinción entre las personas nacidas en el territorio [nacional] y los ciudadanos (…) naturalizados (…) como criterio para tener acceso a ciertos cargos de la vida pública, es incompatible con (…) los artículos 2 y 25 del Pacto (…)".[35] En otra oportunidad señaló que el requisito constitucional que obliga al presidente y a los magistrados a prestar juramento religioso excluye a ciertas personas de dichos cargos.[36]

---

[33] Comité de Derechos Humanos, Observación final (Irlanda del Norte), A/57/40, párr. 10, p. 29.

[34] Comité de Derechos Humanos, Observación final (Paraguay), A/50/40, párr. 214.

[35] Comité de Derechos Humanos, Observación final (Brasil), A/51/40, párr. 333.

[36] Comité de Derechos Humanos, Observación final (Irlanda), A/48/40.

ii) La jurisprudencia interamericana

En el caso Estiverne la CIDH reconoció una excepción a la regla de que los derechos políticos son privativos de los ciudadanos. Cuando la Constitución democrática adoptada por un país después de una larga dictadura reconoció el derecho de los exiliados a volver a su país y recuperar la nacionalidad, sin prever un procedimiento que permitiera valerse de este derecho, la expulsión del país de un opositor político que pretendió recuperar la nacionalidad y presentarse como candidato a la presidencia fue calificada por la CIDH como una violación del artículo 23 de la Convención, entre otros.[37]

La posición de la CIDH sobre el derecho de los candidatos independientes a presentarse a puestos electivos no es muy clara. En su decisión en el caso Ríos Brito, adoptada en 1988, la CIDH consideró como no violatoria del derecho de un candidato independiente a participar en los comicios una ley que disponía que sólo los partidos políticos podían postular candidatos al Congreso. Si bien la decisión tomó en cuenta que los partidos políticos pueden presentar candidatos que no son afiliados, y que hay antecedentes históricos que lo confirman, el raciocinio de la CIDH demuestra gran valoración del rol de los partidos políticos en los procesos electorales, y preocupación con la posibilidad de que la presentación indiscriminada de candidaturas independientes pueda llevar al caos.[38] No obstante, en un análisis de la legislación de otro país publicado en 1998, la CIDH expresó que "Hasta ahora no ha sido posible encontrar (…) una fórmula que garantice la estabilidad y consolidación del sistema de partidos, que resulte compatible con la garantía constitucional que tienen los ciudadanos para ser votados para cargos de elección popular, sin tener que hacerlo obligadamente bajo las siglas de algún partido político", y recomendó que se "(…) adopten las medidas necesarias para que la reglamentación del derecho de votar y ser votado contemple el acceso más y amplio y partici-

---

[37] CIDH, caso Estiverne c. Haití, Considerando 13 y párr. resolutivo 1 (1988).

[38] CIDH, caso Ríos Brito c. Argentina, párr. 10 (1988).

pativo posible de los candidatos al proceso electoral, como elemento para la consolidación de la democracia."[39] Este comentario parece anunciar una evolución hacia la posición del Comité de Derechos Humanos en la materia.

En el caso Ríos Montt se denunció ante la CIDH la aplicación de una disposición constitucional que prohibía a antiguos jefes de gobiernos de facto postularse a la presidencia. El interesado era un antiguo oficial militar y había asumido la presidencia del país después de un golpe militar. El párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana enumera taxativamente las restricciones a los derechos políticos al establecer que "La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal." El Código Penal vigente del país en cuestión tipificaba el delito de alteración del orden constitucional, pero el interesado –derrocado por otro golpe militar después de 16 meses en el poder– nunca fue acusado penalmente y se había beneficiado de un decreto de amnistía.

A pesar de lo dispuesto por el artículo 23.2 de la Convención Americana, la CIDH concluyó que el rechazo de la candidatura del interesado por las autoridades competentes no había vulnerado la Convención. Esta conclusión se sustenta en parte en el principio general establecido por el artículo 32 de la Convención según el cual "Los derechos de cada persona están limitados por (…) las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática".[40] La decisión también recuerda que el derecho constitucional de los países americanos establece distintas causales de inelegibilidad para puestos electivos que no son contempladas por el párrafo segundo del artículo 23 de la Convención –disposición que se aplica a todos los derechos políticos– pero que son consideradas necesarias para de-

---

[39] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, párrs. 446 y 502.

[40] CIDH, caso Ríos Montt c. Guatemala, párr. 22 (1993).

fender "la efectividad de los derechos políticos y de la autenticidad de las elecciones."[41] Por estas razones, la CIDH concluyó que los hechos no habían sido violatorios de la Convención.

Al año siguiente la CIDH se pronunció sobre el caso del candidato a la vicepresidencia que compartía la planilla electoral del señor Ríos Montt. La legislación del país no permitía el reemplazo de un candidato cuya inscripción había sido rechazada por las autoridades competentes, de manera que la descalificación del candidato a la presidencia conllevó forzosamente al rechazo del candidato a la vicepresidencia. La CIDH recomendó que la legislación fuera modificada a fin de evitar la violación de los derechos políticos de personas contra quienes no existe, a título personal, causal de descalificación.[42]

12.5 El derecho a formar partidos políticos y la militancia política

La libertad de asociación comprende el derecho a formar partidos y organizaciones con fines electorales o políticos. En su Observación General No. 25, el Comité de Derechos Humanos señala lo siguiente:

> Los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse. Esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación.[43]

El artículo 22 del PIDCP que consagra la libertad de asociación establece que "El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a

---

41 Ibíd., párr. 34.

42 CIDH, caso Whitbeck Piñol c. Guatemala, párr. 3 resolutivo (1994).

43 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 8.

las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás". La doctrina del Comité de Derechos Humanos no aborda el tema específico de las restricciones al derecho a establecer asociaciones de carácter político, y la jurisprudencia es escueta y concierne esencialmente a sistemas unipartidistas. En una decisión el Comité dijo que la proscripción de "actividades políticas fuera del único partido político reconocido constituye una restricción injustificada del derecho a participar en la vida pública".[44] En otra precisó que "(…) el legítimo objetivo de salvaguardar, e incluso fortelecer, la unidad nacional en condiciones políticas difíciles no puede alcanzarse tratando de silenciar a los defensores de la democracia multipartidista".[45] En el caso Ngalula y otros, el Comité dictaminó que la proscripción política de 8 parlamentarios acusados de conspiración para derrocar al régimen de turno y planear el establecimiento de un partido político había sido violatoria de artículo 25.[46]

En el caso Aduayom y otros, el Comité de Derechos Humanos señaló que el derecho a tener acceso a un empleo en la administración pública y el derecho a la militancia política son acumulativos, de manera que los funcionarios públicos no pueden ser obligados a abstenerse de participar en actividades políticas. El alcance del derecho a participar en actividades políticas fue definido en la frase siguiente:

---

[44] Comité de Derechos Humanos, caso Bwala c. Zambia, párr. 6.6 (1993).

[45] Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, párr. 9.7 (1994).

[46] Comité de Derechos Humanos, caso Ngalula y otros c. Zaire, párrs. 8.2 y 10 (1986). Véase también la decisión en el caso Mpaka-Nsusu c. Zaire, en la cual la detención y el exilio de un dirigente político acusado de atentado contra la seguridad del Estado por haber tratado de organizar un partido político fue calificado de "persecución por sus opiniones políticas", violatorio del artículo 19, párrs. 1.2, 1.3 y 10.

> Deberá considerarse que los derechos consagrados en el artículo 25 incluyen la libertad de participar en actividades políticas, bien a título personal o como miembro de un partido político, la libertad de debatir asuntos públicos, de criticar al gobierno y de publicar material de contenido político.[47]

i) La doctrina interamericana

En el resumen de su doctrina relativa a la democracia y a los derechos políticos publicado en 1991, la CIDH declaró lo siguiente:

> El derecho a la participación política permite el derecho a organizar partidos y asociaciones políticas, que a través del debate libre y de la lucha ideológica pueden elevar el nivel social y las condiciones económicas de la colectividad, y excluye el monopolio del poder por un solo grupo o persona.
> (…)
> En este contexto, los gobiernos tienen frente a los derechos políticos y al derecho a la participación política la obligación de permitir y garantizar la organización de todos los partidos políticos y otras asociaciones, a menos que éstas se constituyan para violar derechos humanos fundamentales; el debate libre de los principales temas del desarrollo socioeconómico; la realización de elecciones generales, libres y con las garantías necesarias para que sus resultados representen la voluntad popular.[48]

La jurisprudencia de la CIDH también hace hincapié en la importancia de los partidos políticos:

---

47 Comité de Derechos Humanos, caso Aduayom y otros c. Togo, párr. 7.5 (1996).

48 CIDH, "Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa", Informe 1990-1991, pp. 557-558 (cita al Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, 1978).

> La Comisión ha opinado ya sobre el valor que asigna al papel de los partidos políticos como órganos legítimos para representar en el proceso electoral las individualidades que unifican su personería en esas entidades. La Comisión sostuvo en un caso anterior referido al mismo tema que los partidos son institutos necesarios en la democracia (…)[49]

La importancia del pluralismo político en el sistema normativo regional fue confirmada por la Carta Democrática Interamericana adoptada en 1991, cuyo artículo 3 establece que "Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, (…) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas (…)". Su artículo 5 agrega: "El fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia (…)".

12.6 Los procesos electorales

i) La doctrina universal

La parte de la Observación General No. 25 que trata sobre los procesos electorales es de gran valor y tiene tres ejes. En primer lugar, el Comité recuerda que los procesos deben ser organizados de tal manera que se logre "asegurar que todas las personas que tengan derecho a votar puedan ejercerlo."[50] En segundo lugar, reconoce la obligación del Estado de facilitar la inscripción de los votantes y de organizar o facilitar campañas de educación e inscripción.[51] Esta parte de la Observación hace hincapié en la necesidad de tomar medidas que protejan eficazmente el derecho de todos a votar:

---

[49] CIDH, caso Whitbeck Piñol c. Guatemala, párr. 8 (1994), citando a Ríos Brito c. Argentina (supra).

[50] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 11.

[51] Ibíd.

> Deberán adoptarse medidas positivas para superar toda dificultad concreta, como el analfabetismo, las barreras lingüísticas, la pobreza o los obstáculos a la libertad de circulación, que impidan a las personas con derecho de voto ejercer sus derechos en forma efectiva. Se deberá disponer de información y material acerca de la votación de los idiomas de las distintas minorías. Deben adoptarse métodos concretos, como fotografías y símbolos, para que los electores analfabetos puedan votar contando con suficiente información.[52]

En tercer lugar, la Observación reconoce el deber del Estado de asegurar que no haya obstáculos en la inscripción de votantes, incluso de parte de grupos o sectores privados. Según la Observación, la interferencia con el registro de votantes debe ser tipificada penalmente.[53]

Con respecto al requisito de elecciones libres la Observación señala lo siguiente:

> De conformidad con el apartado b), las elecciones deben ser libres y equitativas, y celebrarse periódicamente en el marco de disposiciones jurídicas que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de voto. Las personas con derecho de voto deben ser libres de votar a favor de cualquier candidato y a favor o en contra de cualquier propuesta que se someta a referéndum o plebiscito, y de apoyar al gobierno u oponerse a él, sin influencia ni coacción indebida de ningún tipo que pueda desvirtuar o inhibir la libre expresión de la voluntad de los electores. Éstos deberán poder formarse una opinión de manera independiente, libres de toda violencia, amenaza de violencia, presión o manipulación de cualquier tipo. La limitación de los gastos en campañas electorales puede estar justificada cuando sea necesaria para asegurar que la libre elección de los votantes no se vea afectada o que el proceso democrático quede perturbado por gastos desproporcionados en favor de cualquier

---

52 Ibíd., párr. 12.

53 Ibíd., párr. 11.

candidato o partido. Los resultados de las elecciones auténticas deberán respetarse y ponerse en práctica.[54]

Con respecto a las modalidades del escrutinio, hace las observaciones siguientes:

Debe establecerse una junta electoral independiente para que supervise el proceso electoral y garantice que se desarrolla en forma justa e imparcial y de conformidad con disposiciones jurídicas compatibles con el Pacto. Los Estados deben tomar medidas para garantizar el carácter secreto del voto durante las elecciones, incluida la votación cuando se está ausente de la residencia habitual, si existe este sistema. Ello comporta la necesidad de que los votantes estén protegidos contra toda forma de coacción para revelar cómo van a votar o cómo han votado, y contra toda injerencia ilícita en el proceso electoral. La renuncia de estos derechos es incompatible con las disposiciones del artículo 25 del Pacto. Deberá garantizarse la seguridad de las urnas y los votos deben escrutarse en presencia de los candidatos o de sus agentes. Debe haber un escrutinio de los votos y un proceso de recuento independientes y con posibilidad de revisión judicial o de otro proceso equivalente a fin de que los electores tengan confianza en la seguridad de la votación y del recuento de los votos. La asistencia que se preste a los discapacitados, los ciegos o los analfabetos deberá tener carácter independiente. Deberá informarse plenamente a los electores acerca de estas garantías.

Aunque el Pacto no impone ningún sistema electoral concreto, todo sistema electoral vigente en un Estado Parte debe ser compatible con los derechos amparados por el artículo 25 y garantizar y dar efecto a la libre expresión de la voluntad de los electores. Debe aplicarse el principio de un voto por persona y, en el marco del sistema electoral de cada uno de los Estados, el voto de un elector debe tener igual valor que el de otro. La delimitación de los distritos electorales y el método de asig-

---

[54] Ibíd., párr. 19.

> nación de votos no deben desvirtuar la distribución de los votantes ni comportar discriminación alguna contra ningún grupo, ni tampoco excluir o restringir en forma irrazonable el derecho de los ciudadanos a elegir libremente a sus representantes.[55]

El examen de los informes de los Estados Partes al PIDCP ha llevado al Comité de Derechos Humanos a la conclusión de que determinadas características de los sistemas electorales de ciertos países no corresponden a los requisitos del artículo 25. Sus observaciones sobre el sistema electoral de Hong Kong, entonces colonia del Reino Unido, incluyen lo siguiente:

> El Comité estima que el sistema electoral de Hong Kong no cumple los requisitos del artículo 25 ni de los artículos 2, 3 y 26 del Pacto. El Comité subraya, en particular, que sólo 20 de los 60 escaños del Consejo Legislativo se cubren por elección popular directa y que el concepto de circunscripciones electorales funcionales, que confiere un peso injustificado a la opinión de la colectividad de los negocios, discrimina entre los electores por razones basadas en el patrimonio y las funciones. Esto es una clara violación del párrafo 1 del artículo 2, del apartado b) del artículo 25 y del artículo 26.[56]

ii) La doctrina interamericana

La CIDH adoptó en 1991 una extensa síntesis de su jurisprudencia sobre la democracia y los derechos políticos, que también contiene un amplio análisis de los procesos electorales.[57] Bajo el título "Autenticidad", la CIDH comenta lo siguiente:

---

55 Ibíd., párrs. 20 y 21.

56 Comité de Derechos Humanos, Informe A/51/40, párr. 65.

57 El documento se basa, en gran parte, en la decisión adoptada por la CIDH el año anterior en el caso conocido como "Procesos electorales" (México).

> El acto de elegir a esos representantes debe ser "auténtico", en el sentido que dispone la Convención Americana, lo cual significa que debe existir una correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección. En sentido negativo, esta característica implica la ausencia de interferencias que distorsionen la voluntad de los ciudadanos. (…)
>
> En lo que se refiere a las condiciones generales en que se desarrolla la competencia electoral, de las situaciones concretas consideradas por la Comisión se deduce que ellas deben conducir a que las diferentes agrupaciones políticas participen en el proceso electoral en condiciones equivalentes, es decir, que todas cuenten con condiciones básicas similares para el desarrollo de su campaña. Además, esta característica implica la ausencia de coerciones directas o de ventajas indebidas para uno de los participantes en la contienda electoral.[58]

Entre las prácticas que más frecuentemente interfieren en el desarrollo de los procesos electorales se citan la suspensión de garantías, en particular las garantías de la libertad personal y libertad de expresión, de asociación y de reunión; el hostigamiento, detención, persecución y exilio de dirigentes políticos, y el control de los medios de comunicación por el gobierno, partido oficial o sectores allegados a éstos. Inversamente, se señalan como condiciones necesarias para el desarrollo de los procesos electorales, las elecciones válidas, "el levantamiento de los estados de excepción, un número suficiente de electores inscritos, acceso equitativo de las distintas posiciones políticas a los medios de comunicación social y ausencia de cualquier forma de presión sobre los electores."[59]

---

[58] CIDH, Informe 1990-1991, p. 560. En la p. 566 la CIDH reitera que "puede considerarse que las condiciones generales en que se desarrolla el proceso electoral deben garantizar a todas las agrupaciones que participan en él una situación equivalente".

[59] Ibíd., p. 564 (cita un análisis de la situación en Chile contenido en el Informe Anual de 1987-1988).

Con respecto a las modalidades del escrutinio, la CIDH agrega lo siguiente:

> En lo que toca a los elementos específicos de la organización del proceso electoral la Comisión se ha referido a las leyes que lo regulan con el objeto de determinar si esas leyes garantizan tanto la adecuada emisión del voto como su recuento correcto, enfatizando las facultades concedidas a los organismos encargados de ejecutar las acciones propias del proceso electoral y de controlar tanto esa ejecución como sus resultados. El sistema institucional, por tanto, ha sido un objeto de observación atenta por parte de la Comisión.
>
> El objeto de esa observación ha sido detectar la eventual manipulación del proceso a favor de quienes controlan las instituciones (generalmente el gobierno, un partido político o las fuerzas militares), determinar quiénes deciden sobre la validez del voto (composición de los organismos electorales) y cómo se controlan sus decisiones (órganos de apelación).
>
> En este sentido, la Comisión ha realizado observaciones sobre aspectos de operación práctica como han sido los registros electorales y las condiciones para inscribirse en ellos; la conformación de las mesas electorales; la composición del tribunal electoral y sus facultades; y la existencia de boletas electorales comprensibles y carentes de influencia sobre el elector.[60]

La CIDH señala que la eficacia de los derechos electorales requiere la confianza del pueblo en el proceso del escrutinio y que el proceso del escrutinio, a su vez, requiere "una equitativa representación de los partidos políticos" en los órganos responsables para la organización y monitoreo de las elecciones.[61]

---

60 Ibíd., p. 567.

61 Ibíd., párr. 565 (cita el Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, 1978). Véase también los extractos de los informes sobre Cuba y Paraguay citados en las páginas 565-566.

Bajo el título "Universalidad", la CIDH comenta lo siguiente:

> Otra de las características que se desprende de los enunciados de los instrumentos internacionales en materia de derechos políticos es que las elecciones deben ser realizadas por sufragio universal. Este concepto de universalidad tiende a asegurar la participación en el proceso electoral de todas las personas capacitadas para hacerlo (…)[62]

La restricción más importante al goce "universal" de los derechos políticos, según se desprende de la actividad de la CIDH, ha sido la proscripción basada en criterios ideológicos. La doctrina de la CIDH considera legítima toda defensa de una ideología política, siempre que no incurra en una apología de la violencia. En su análisis de una disposición constitucional de un Estado que proscribía las organizaciones, movimientos y partidos políticos que promovieran "doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases (…)", la CIDH concluyó que dicha proscripción vulneraba la normativa interamericana por las razones siguientes:

> El artículo 8 (…) no proscribe, como hubiera sido legítimo hacerlo, los actos de violencia que tengan por fin abolir el sistema de democracia representativa. En efecto, los actos sancionados por él son aquellos "destinados" a propagar ciertas doctrinas, sin exigir que esa propagación se haya llevado a cabo. La declaración de inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos afecta a aquellos que "tiendan" a ese objetivo; tampoco es necesario que hayan existido acciones objetivas con tal propósito. Se trata, por tanto, de una formalización extremadamente amplia que permite un margen de discrecionalidad excesivo.[63]

---

62 Ibíd., III. 2.b.

63 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985, párr. 41 p. 290 (en aplicación de la Declaración Americana).

Otro informe citado en esta elaboración doctrinal recalca que "es necesario terminar con las proscripciones basadas en dogmas políticos (…)".[64]

iii) La jurisprudencia interamericana

En el caso conocido como "Estado Nuevo León", tres diputados de un partido de oposición alegaron que la ley electoral del Estado en cuestión les privaba del derecho a un recurso sencillo, rápido o eficaz ante un tribunal imparcial e independiente, por violaciones de sus derechos políticos. El alegato se sustentó tanto en la composición como en el procedimiento de los tribunales electorales; se alegó que el nombramiento de la mayoría de los integrantes del tribunal por el Congreso significaba su subordinación al partido en el poder y que dicho tribunal "carece de facultades para resolver eficazmente las cuestiones suscitadas ante él puesto que las únicas pruebas que puede considerar son las documentales (…)".[65] La conclusión de la CIDH fue la siguiente:

> La Comisión debe señalar al respecto que es facultad del Estado determinar la naturaleza y modalidades que deben asumir tanto los organismos electorales como aquéllos encargados de adoptar decisiones respecto a los reclamos que se presenten en materia electoral, siempre y cuando tales organismos, en sí mismos y en relación con el sistema en el que operan, garanticen el ejercicio de los derechos políticos a través de la independencia e imparcialidad con que desempeñen sus funciones. Estos son los elementos que, a juicio de la Comisión Interamericana, debe contener la legislación en materia de derechos políticos a fin de que se adecue a las obligaciones contraídas por México bajo la Con-

---

[64] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 1987, p. 119. Ambos informes son citados por "Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa", Informe 1990-1991, p. 568.

[65] CIDH, caso Estado de Nuevo Léon (México) párr. 11.i. (1991).

> vención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso bajo examen, la Comisión Interamericana encuentra atendibles las observaciones formuladas por los reclamantes al respecto.[66]

La CIDH volvió a examinar estos temas en el caso Bravo Mena.[67] Con respecto al argumento del Estado de que el recurso de amparo ante la justicia ordinaria era aplicable a la tutela de los derechos políticos, la CIDH comentó lo siguiente:

> Concretamente en relación con el juicio de amparo, la Comisión observa que éste podría ser un instrumento idóneo para la protección de los derechos políticos, pero ello requeriría de la clarificación expresa e inequívoca de su procedencia; y de la declaración de que los efectos de una sentencia producida como consecuencia de un juicio de esta naturaleza, tendría efectos ***erga omnes***, y no sólo en favor de quien inició el proceso.[68]

El punto, recalcó la CIDH, no es "el carácter de un recurso (…) frente a pretensiones individuales (…) sino la necesidad de que su ordenamiento provea de un recurso efectivo frente a la violación de los derechos políticos, de carácter colectivo, de la población."[69]

Con respecto a los órganos electorales, la CIDH hizo las observaciones siguientes:

> En cuanto a la conformación de los organismos electorales se refiere, la Comisión debe reiterar su planteamiento en el sentido de señalar que, la facultad del Estado de determinar la naturaleza y modalidades que deben asumir estos organismos, implica que éstos, en sí mismos y en relación con el sistema en el que operan, garanticen el ejercicio de los derechos políticos a través de la real independencia e imparcialidad con

---

66 Ibíd., párr. 51.

67 CIDH, caso Bravo Mena c. México (1993).

68 Ibíd., p. 282.

69 Ibíd., p. 290.

> que desempeñan sus funciones. Y ello sólo es posible mediante la participación equitativa de todos los sectores de la vida política mexicana, lo cual exige una representatividad real, en condiciones de igualdad y equilibrio frente a los representantes del Gobierno que integran tales entidades.
>
> La Comisión debe observar que, obviamente, el modo de integración de los organismos electorales, no constituye, en sí mismo, una violación a la Convención Americana, pero es claro que si en éstos no existe un equilibrio que garantice la independencia e imparcialidad de los órganos, mal puede hablarse de una correcta aplicación de las leyes o de una valoración objetiva de las diferentes circunstancias puestas a su consideración. Es en este sentido que se requiere ajustar los organismos, según las preferencias de forma que cada Estado tenga, o los modelos que desee utilizar, pero siempre manteniendo unos parámetros de equidad –inspirados en los principios de la democracia representativa–, que permitan la participación de todos los sectores involucrados en la vida política de las naciones.[70]

En términos más generales, la CIDH también hizo un aporte valioso a la jurisprudencia al señalar lo siguiente:

> Cabe recordar también lo señalado detalladamente por la Comisión en anteriores oportunidades, al analizar los alcances del artículo 23 de la Convención, en el sentido de que, para lograr su plena vigencia, las elecciones deben ser auténticas, universales, periódicas, y realizadas a través del voto secreto u otro método que preserve la libre expresión de voluntad del elector. No basta, pues, con una reglamentación legal sino que se requiere de una actitud positiva en su adecuada implementación, de acuerdo con los principios generalmente reconocidos, que deben regir en una democracia representativa.[71]

---

[70] Ibíd., p. 284.

[71] Ibíd., p. 267.

En un informe sobre la situación de los derechos humanos en México publicado en 1998, la CIDH reconoció logros importantes en la reforma del sistema electoral. No obstante, consideró que era urgente adoptar "(…) una definición clara y contundente de los delitos electorales, y de mecanismos que garanticen su sanción efectiva; deben establecerse mecanismos de sanción a toda forma de coerción o inducción del voto, derivada de la relación laboral, de la agremiación social o del disfrute de un bien o servicio público."[72] El Informe también subraya la importancia de "(…) la equidad y transparencia en el uso de los recursos económicos", y la equidad e imparcialidad del acceso a la información.[73]

Recientemente, en el caso Aylwin Azócar, la CIDH examinó un sistema legislativo en el cual el 20 por ciento de los escaños del Senado estaba reservado a senadores vitalicios designados en forma corporativa. La decisión hace las siguientes reflexiones sobre el rol de la legislatura en la democracia representativa y la importancia de la reelección:

---

[72] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, párrs. 463-464.

[73] Ibíd., párr. 470 y ss (relativo al financiamiento de las campañas electorales). Sobre el acceso a los medios de comunicación se señala lo siguiente: "Para que una elección se realice en un marco democrático, es necesario que los ciudadanos reciban de manera libre y oportuna la información sobre el proceso electoral y los distintos contendientes que participan en él. (…)
(…) Un contexto de desigualdad de los contendientes ante los medios no permite a la población contar con una visión completa y objetiva para discernir sobre su voto.
De esta manera, se pueden ver afectados los derechos políticos, porque se lesionan las condiciones de equidad en tiempo y calidad de la información. Si los diarios y noticieros no cumplen con su tarea de informar de manera equilibrada y objetiva sobre el proceso electoral y los distintos contendientes que participan en él, se violan igualmente el derecho a la información al impedir las condiciones necesarias para lograr una contienda confiable, competitiva, abierta, y en definitiva democrática", párrs, 484-486.

> La idea de la democracia representativa lleva a que las decisiones valorativas de trascendencia son realizadas por representantes democráticamente electos, con el contrapeso de que si esas decisiones no son aprobadas o refrendadas por el pueblo, éste puede sancionarlos con la no reelección. (…) De allí las elecciones democráticas, para que la gente, por su propia voluntad, elija los representantes con quienes se siente identificada y evite que traicionen su confianza con el castigo de la no reelección.
>
> Por tanto, un verdadero sistema de democracia representativa es aquel que se esfuerza en partir de la confianza del pueblo en la designación de sus gobernantes y también por mantenerla constantemente viva, como exige la estructura real de la confianza o fiducia, de modo que el pueblo se reconozca siempre como titular del poder y beneficiario único de sus actuaciones. Esta confianza se extiende, en los sistemas presidencialistas, a la designación directa de los miembros del poder legislativo y del Presidente de la República.[74]

La designación de una buena parte de los Senadores "(…) tiene por efecto una disminución del valor del voto popular igualitario [y] afecta el núcleo esencial de la democracia representativa, al privar al pueblo soberano (…) de la posibilidad de elegir un número importante de sus representantes al Senado chileno."[75] Constituye, además, "una odiosa e ilegítima discriminación" contra los ciudadanos excluidos del proceso de designación de los Senadores no electos por el sufragio universal e igual.[76]

---

74 CIDH, caso Aylwin Azócar y otros c. Chile, párrs. 62-63 (1999).

75 Ibíd., párrs.107 y 71, respectivamente.

76 Ibíd., párr. 108.

12.7 La separación de poderes y la integridad de los órganos representativos

El principio de la separación de los poderes del Estado no está consagrado, como tal, por la normativa internacional en derechos humanos. En el derecho comparado y en la ciencia política su alcance es variable. En el continente americano prevalece el modelo presidencialista según el cual tres poderes –el ejecutivo, el judicial y el legislativo– son independientes entre sí.[77] La normativa internacional, si bien no reconoce la separación de poderes como tal, sí consagra uno de sus componentes, a saber: la independencia del poder judicial. El tema de la independencia de los tribunales se analizó en el Capítulo 5.

En la presente sección, el tema de la separación de poderes se presenta desde la perspectiva del derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes electos. En las democracias representativas, los ciudadanos participan en la dirección de los asuntos públicos principalmente por medio de los titulares del poder ejecutivo y de los integrantes del poder legislativo. Los golpes de Estado contra presidentes electos vulneran, desde luego, los derechos políticos de los ciudadanos. En el sistema interamericano vulneran también los principios básicos del sistema internacional regional consagrado por la Carta de la OEA. Por tanto, estas situaciones han sido tratadas principalmente por los órganos políticos de esta Organización.[78] En consecuencia, la presente sección no se dedica a los golpes que derrocan los gobiernos electos, sino a las interferencias en la independencia del poder legislativo, un poder susceptible de injerencias que no necesariamente toman la forma de una ruptura total del orden constitucional.

---

[77] En algunos países, la más alta instancia electoral también es reconocida como cuarto poder, y hay una tendencia a reconocer la autonomía de las defensorías de los derechos humanos frente a los poderes del Estado.

[78] La Carta Democrática Interamericana de 1999 pretende pautar e institucionalizar esta práctica.

i) La doctrina universal

En la democracia representativa el derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos se materializa y se hace efectivo principalmente por medio de sus representantes electos. Por tanto, este derecho puede ser vulnerado mediante medidas que afectan a tales representantes, sea individual o colectivamente. El Comité de Derechos Humanos ha señalado al respecto lo siguiente:

> Cuando los ciudadanos participan en la dirección de los asuntos públicos por conducto de representantes libremente elegidos, se infiere del artículo 25 que esos representantes ejercen un auténtico poder de gobierno y que, en virtud del proceso electoral, son responsables ante los ciudadanos del ejercicio de tal poder. También se infiere que los representantes ejercen solamente las facultades que se les atribuyen de conformidad con las disposiciones de la constitución. (…)[79]

> Las razones para la destitución de los titulares de cargos electivos deberán preverse en disposiciones legales basadas en criterios objetivos y razonables y que comporten procedimientos justos y equitativos.[80]

En sus Observaciones finales sobre un informe de Perú, el Comité de Derechos Humanos se refirió a la situación de un grupo de parlamentarios, habiendo expresado que "Deben cesar de inmediato las intimidaciones de los parlamentarios que les impiden representar a sus electores y ejercer sus funciones de manera libre e independiente (…)".[81]

---

79 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 7.

80 Ibíd., párr. 16.

81 Comité de Derechos Humanos, Informe A/56/40, párr. 18, p. 40.

ii) La doctrina interamericana

Como se señaló, la Carta de la OEA reconoce "el ejercicio efectivo de la democracia representativa" como principio fundamental de la Organización (art. 3 d). La Carta Democrática Interamericana establece que "Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, (…) la separación e independencia de los poderes públicos" (art. 3). El lugar que ocupan los órganos legislativos electos en la democracia representativa fue reconocido por la Corte Interamericana en el párrafo siguiente:

> La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. (…) Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquél en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, ***inter alia***, en la elección popular de los órganos de creación jurídica (…)[82]

En otra Opinión, la Corte Interamericana resumió esta observación en la frase "el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables."[83]

---

[82] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 32. El párr. 36 reconoce una excepción para las delegaciones legislativas autorizadas por la Constitución.

[83] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías, párr. 24. Véase también la Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia, párr. 35.

12.8 La participación directa

Los instrumentos de derechos humanos universales y los interamericanos que constituyen el principal marco de referencia del presente libro reconocen dos modalidades de participación en la dirección de los asuntos públicos: la participación por medio de los representantes electos y la participación en forma directa. Esta última a su vez reviste dos formas: el voto en referéndums o plebiscitos sobre grandes cuestiones de la vida de la nación, y el diálogo directo entre la comunidad y las autoridades.

i) El referéndum y el plebiscito

La doctrina y jurisprudencia sobre consultas nacionales realizadas mediante escrutinio es, en su parte técnica, similar a la relativa a los procesos electorales.[84] No obstante, cuando la cuestión consiste en pronunciarse sobre aspectos fundamentales del sistema político, se reconoce que se trata no sólo del ejercicio de los derechos políticos, sino también del derecho a la libre determinación. La Observación General No. 25 comenta que "Los derechos consagrados en el artículo 25 están relacionados con el derecho de los pueblos a la libre determinación", pues este derecho colectivo comprende entre, otras cosas, el "(…) derecho a elegir la forma de su constitución o gobierno."[85] En el ámbito interamericano, el golpe de Estado ocurrido en Haití de 1991 fue calificado de violación del derecho a la libre determinación por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores.[86] Con respecto a la misma situación, la CIDH indicó que la legitimidad del gobierno debe medirse por la constitución más reciente

---

[84] Véase, por ejemplo, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985, pp. 297 y 308, citado en "Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa", Informe de la CIDH, 1990-1991, p. 562.

[85] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 2.

[86] MRE/RES.1/91, citado en el Informe Anual de la CIDH, 1991, p. 235.

aprobada por el pueblo de Haití, a la que calificó de "única expresión de la voluntad soberana del pueblo (…) durante el periodo en cuestión."[87]

ii) La participación directa permanente

Hay un creciente reconocimiento de la importancia de la participación directa y, en particular, del diálogo a nivel local, no como alternativa a la democracia representativa sino como forma complementaria de participación. El derecho de la persona a participar en la toma de decisiones que le afectan constituye el eje fundamental de la nueva normativa sobre los derechos de las comunidades indígenas, que se analiza en el Capítulo.14. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer consagra expresamente una dimensión importante de este derecho, cual es el derecho de la mujer rural a "Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles", y la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios prevé "(…) la consulta o la participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales" (art. 14.2 a).

Al respecto el Comité de Derechos Humanos señala lo siguiente:

> Los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse. Esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación.[88]

---

87 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití de 1988, párr. 8, p. 200 e Informe de 1994, párr. 316.

88 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 8.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos reconoce que el derecho de las comunidades indígenas a desarrollar "actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley (…) puede requerir (…) medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan."[89] No obstante, el Comité ha advertido que "no se puede interpretar que el apartado a) del artículo 25 del Pacto significa que cualquier grupo directamente afectado, grande o pequeño, tiene derecho incondicional a elegir las modalidades de su participación en la dirección de los asuntos públicos."[90] En un caso concreto, cuando el gobierno invitó a tres grandes confederaciones de comunidades indígenas a participar en consultas nacionales sobre enmiendas constitucionales relativas a los derechos de los indígenas, el Comité consideró que "la participación y representación en esas conferencias no fue objeto de restricciones indebidas", y el hecho de que una comunidad no haya querido estar representada por ninguna de las confederaciones invitadas y haya preferido participar en forma directa, no podía considerarse una violación del artículo 25 del PIDCP.[91]

La doctrina de otras instancias del sistema universal también insiste sobre la importancia de la participación directa en la formulación y puesta en práctica de las políticas públicas. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que los Estados deben tener una estrategia nacional de vivienda y que ésta "deberá reflejar una consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación, incluidas las personas que no tienen hogar, las que están alojadas inadecuadamente (…)".[92] Su Observación General No.

---

89 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23 , párr. 7.

90 Comité de Derechos Humanos, La población mikmaq c. Canadá, párr. 5.5 (1991).

91 Ibíd., párr. 6.

92 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, párr. 12.

12 sobre el derecho a la alimentación señala la importancia de la "participación popular" en la "formulación y aplicación de estrategias nacionales para el derecho a la alimentación", y la "participación activa de organizaciones de la sociedad civil" en la elaboración de un marco normativo sobre este derecho.[93] En cuanto al derecho a la salud, la Observación General No. 14 señala lo siguiente:

> Para promover la salud, la comunidad debe participar efectivamente en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud. Sólo podrá asegurarse la prestación efectiva de servicios de salud si los Estados garantizan la participación del pueblo.[94]

La doctrina universal hace especial énfasis en el derecho de participación de los grupos marginados, como las personas con discapacidad, personas mayores y los romaníes (gitanos).[95] La participación de estos sectores refleja el reconocimiento de que "La organización justa y eficaz de la sociedad exige la inclusión y participación de todos sus miembros."[96]

La Carta Democrática Interamericana hace alusión a la participación directa en las referencias a la "participación permanente" y a "diversas formas de participación" contenidas en los artículos 2 y 6, que disponen textualmente lo siguiente:

---

93 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12, párrs. 23 y 29.

94 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, párr. 54. Véanse también los párrs. 11, 17 y 34.

95 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 14 (1994); Observación General No. 6, párr. 5 (1995). Véase también la Recomendación General No. 27 del Comité para la eliminación de la discriminación racial, párr. 43 (2000).

96 Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 23, párr. 13 (1997).

> El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.
>
> La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.

La CIDH ha reconocido en algunos informes adoptados durante la última década la importancia de la participación directa. El informe sobre Perú, adoptado en 1993, señala que "los derechos políticos (…) no deben ser reducidos a la sola dimensión de un esporádico proceso electoral (…)".[97] En 1997 la CIDH formuló una recomendación en el sentido de que el Estado "(…)adopte medidas para fomentar la participación de la población afroecuatoriana y demás grupos minoritarios en la adopción de decisiones a nivel local y nacional."[98]

12.9 El derecho de acceso a la función pública

i) La doctrina y la jurisprudencia universales

La Observación General No. 25 contiene las observaciones siguientes:

---

97 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, párr. 103.

98 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, p. 127.

> El apartado c) del artículo 25 se refiere al derecho y a la posibilidad de los ciudadanos de acceder, en condiciones generales de igualdad, a cargos públicos. Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos. Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso. Si el acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política. Reviste especial importancia garantizar que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de los derechos que les corresponden conforme al apartado c) del artículo 25 por cualquiera de los motivos especificados en el párrafo 1 del artículo 2.[99]

El Comité de Derechos Humanos ha adoptado también durante los últimos años varias decisiones con respecto a este derecho, todas relativas a funcionarios retirados de sus funciones.[100] En el caso Delgado Páez concluyó que "la persecución constante y las amenazas personales" sufridas por un maestro en razón de la orientación que había dado a la materia que enseñaba, y que lo obligaron a dejar su puesto y exiliarse, habían configurado una violación del artículo 25 c) del PIDCP.[101] En el caso Gedumbe, el salario del director de una escuela pública que funcionaba en el exterior fue retenido indebidamente por el embajador. El Ministerio de Educación ordenó que la víctima fuera reintegrada a su puesto y que se le pagaran los salarios retenidos, pero dicha orden no fue acatada y los tribunales rehusa-

---

[99] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 24.

[100] También hay una jurisprudencia que aborda la situación de funcionarios públicos despedidos desde la perspectiva de la discriminación política y/o denegación del derecho a un recurso y al debido proceso, sin pronunciarse sobre el artículo 25 c. Véanse los Capítulos 5 y 14.

[101] Comité de Derechos Humanos, caso Delgado Páez c. Colombia, párr. 5.9 (1990).

ron oír la causa so pretexto de que el embajador gozaba de inmunidad. El Comité consideró los hechos violatorios del artículo 25 c) y del artículo 2 por la ausencia de un recurso eficaz.[102] En el caso Chira, un oficial de policía retirado de su cargo como medida disciplinaria después de 26 años de servicio obtuvo dos decisiones judiciales que ordenaron su reintegración al servicio. El incumplimiento de dichas decisiones, dictaminó el Comité, configuró una violación del artículo 25 c) junto con el derecho a un recurso.[103] En el caso Mazou, un juez retirado arbitrariamente fue reintegrado a su puesto con pago de los salarios atrasados diez años después de haber entablado un recurso ante el tribunal competente. El Comité consideró que la demora de diez años en reintegrarlo a su función, y el hecho de que no se le había reconocido la categoría que le correspondía, habían sido violatorios de los artículos 25 c) y 2 del PIDCP.[104]

El Comité de Derechos Humanos llegó a una conclusión distinta en el caso Kall, sobre un miembro de las fuerzas de seguridad despedido al haberse eliminado la policía de seguridad como "parte de un proceso de reorganización general del Ministerio del Interior, con vistas a restablecer la democracia y el imperio de la ley en el país."[105] La presunta víctima había sido miembro de la milicia estatal, y había sido trasladado a la policía de seguridad poco antes de la fecha efectiva de la abolición de ésta, y su subsecuente solicitud de empleo en la policía ordinaria no prosperó, supuestamente debido a sus opiniones y afiliación políticas. Los dos hechos fueron considerados en forma independiente. El Comité consideró que el despido como tal no había vulnerado el derecho reconocido por el artículo 25 c), porque había sido resultado de la disolución de la policía de seguridad, medida que afectó a "todos los miembros de la Policía de Seguridad

---

[102] Comité de Derechos Humanos, caso Gedumbe c. R.D. Congo, párrs. 5.2, 5.3 y 6 (2002).

[103] Comité de Derechos Humanos, caso Chira c. Perú, párrs. 7.4 y 8 (2002).

[104] Comité de Derechos Humanos, caso Mazou c. Camerún, párrs. 8.3, 8.4 y 9 (2002).

[105] Comité de Derechos Humanos, caso Kall c. Polonia, párr. 13.3 (1995).

sin distinción ni diferencia."[106] En cuanto a la solicitud de empleo a la policía ordinaria, el Comité consideró que no se había comprobado que hubiera sido rechazado por motivos políticos, es decir, que los hechos permitían presumir que la solicitud había sido considerada en "condiciones generales de igualdad".[107]

En sus observaciones finales sobre el informe del Líbano, el Comité de Derechos Humanos indicó que el requisito de pertenecer a una de las religiones oficialmente reconocidas para postularse a un cargo público "no se ajusta" al artículo 25 del PIDCP.[108]

ii) La jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia interamericana sobre el tema es escasa. En el caso conocido como Jueces de Chiriquí, la CIDH determinó que el despido de cinco jueces había sido violatorio de los artículos 8 y 23 c) de la Convención Americana.[109] Los fundamentos de la conclusión sobre el artículo 23 c) no aparecen explícitamente, porque el Estado reconoció que los jueces habían sido destituidos injustamente. En otros casos similares, se nota una tendencia a pronunciarse sobre los aspectos procesales del caso –violaciones del derecho a un recurso y al debido proceso– sin abordar el tema del derecho de acceso a la función pública.[110]

---

[106] Ibíd., párr. 13.4. La decisión descansa en el hecho de que otros funcionarios también fueron reclasificados como miembros de la Policia de Seguridad.

[107] Ibíd., párr. 13.6.

[108] Comité de Derechos Humanos, Informe A/52/40 (Líbano), párr. 353.

[109] CIDH, caso Jueces de Chiriquí, párr. 28 (1994).

[110] Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Baena Ricardo (2001), párr. 214.

Capítulo 13
Los derechos de la niñez y de la familia

13.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 25

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Derecho a la constitución y a la protección de la familia

Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 19. Derechos del niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposicio-

nes que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 19. Derechos del niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

13.2 Normativa complementaria

Declaración de los derechos del niño de 1959

Preámbulo

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,[1] (…)

Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 6

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al ampa-

---

[1] El Preámbulo de la Convención Americana cita textualmente este párrafo.

ro y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; (…)[2]

Principio 8

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Convención sobre los derechos del niño de 1989

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

---

[2] Reiterado en forma sintética por el sexto párrafo del Preámbulo de la Convención Americana de 1989.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)

Artículo 16

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 5

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y

al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) El mismo derecho para contraer matrimonio;

b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

El tema de los derechos de la niñez ha sido terreno fértil para la actividad normativa. Recientemente han entrado en vigor dos protocolos facultativos a la Convención sobre los derechos del niño, el primero relativo a la participación de niños en conflictos armados, y el segundo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Existen tres instrumentos importantes sobre la problemática del adolescente frente al sistema penal que son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985 (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990 (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas sobre la protección de menores privados de libertad, también de 1990. Hay dos instrumentos complementarios relativos al tema de la atención al niño privado de su entorno familiar, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1986, y el Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993. También existen varios convenios internacionales del trabajo sobre la edad mínima para las distintas formas de empleo, de los cuales los más relevantes en la materia son el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la edad mínima, de 1973, y el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999. Por último, cabe mencionar la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974.

13.3 Consideraciones generales

Como sujetos de derechos el niño y la familia tienen características comunes. Según los instrumentos universales e interamericanos

que forman el principal marco de referencia, ambos son titulares del derecho a protección (arts. 16.3 y 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23.1 y 24.1 del PIDCP, VI y VII de la Declaración Americana y 17.1 y 19 de la Convención Americana).[3] De acuerdo con el PIDCP y con la Convención Americana, el deber de proteger a la familia incumbe al Estado y a la sociedad y el deber de proteger los derechos del niño, a su vez, corresponde al Estado, la sociedad y la familia. Como señala el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959: "El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres (…)".

El reconocimiento de la sociedad y la familia como sujetos de obligaciones de esta índole es excepcional, habida cuenta de la doctrina clásica que considera que la función y el propósito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) son definir los derechos del individuo frente al Estado. El concepto del derecho a la protección es, además, uno de lo más ambiguos consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos. De todos modos, la relación entre los derechos del niño y los de la familia reconocida por las citadas disposiciones del PIDCP y de la Convención Americana –en el sentido de que son el Estado y la sociedad los que deben garantizar la protección de la familia y, a su vez, la sociedad, el Estado y la familia comparten la obligación de proteger los derechos del niño– es razón suficiente para que se aborden en esta obra los temas de los derecho del niño y los derechos de la familia en un solo capítulo.

Adicionalmente, si bien el concepto de familia como sujeto de derechos no se limita a la familia tradicional, la existencia de un niño en un hogar generalmente basta para constituir una familia como sujeto del derecho a protección, y el niño invariablemente es sujeto

---

[3] Cabe agregar que el concepto del derecho a la protección es uno de lo más ambiguos consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

no sólo de los derechos como tal sino que es beneficiario de los derechos de la familia. Por tanto, los derechos del niño están tan entrelazados con los de la familia que es menester analizarlos en forma conjunta.

i) Reseña histórica de la normativa sobre los derechos del niño

El derecho de la niñez a una protección especial fue reconocido por la normativa internacional social a inicios del siglo XX. De los seis convenios adoptados durante la Primera Conferencia Internacional del Trabajo, en 1919, dos establecían una edad mínima para distintos tipos de empleo y otro se dedicó a la protección de la maternidad. En 1924 la Sociedad de las Naciones adoptó la primera declaración sobre los derechos del niño, conocida como la Declaración de Ginebra.[4] No obstante, no fue sino a finales del siglo XX cuando se reconoció plenamente al niño como sujeto de derechos.

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Declaración Americana, el PIDCP y la Convención Americana reconocen el derecho del niño a una protección especial. La Declaración Universal emplea la fórmula "cuidados y asistencia especiales". Esta terminología y su ubicación en el párrafo segundo de un artículo dedicado al derecho del niño a un nivel de vida adecuado, sugiere un concepto asistencialista de los derechos del niño. La Declaración Americana emplea la fórmula "protección, cuidados y ayuda especiales", reconocidos como derecho de todo niño y toda mujer "en estado de gravidez o en época de lactancia".

El PIDCP y la Convención Americana reconocen el derecho del niño a "las medidas de protección que su condición de menor requiere", concepto vago pero abierto. El artículo pertinente del PIDCP también consagra, en cuanto derechos del niño, el derecho a un nombre y a una nacionalidad. Algunos otros aspectos del derecho del niño a una protección especial son reconocidos expresamente

---

[4] Resolución adoptada el 26 de septiembre de 1924.

por otras disposiciones de estos grandes tratados de derechos humanos, en particular el derecho a no ser condenado a la pena de muerte, a no ser encarcelado junto con adultos y a ser procesado "con la mayor celeridad" (arts. 6.5 y 10.2 b) y 10.3 del PIDCP; arts. 4.5 y 5.5 de la Convención Americana). La Convención Americana también reconoce el derecho del niño acusado de una infracción penal a ser llevado ante un tribunal especializado (art. 5.5).

La segunda Declaración de los Derechos del Niño, adoptada en 1959, consagra algunos principios de fundamental importancia en esta materia. En primer lugar, el derecho del niño a una protección especial se vincula con el concepto del desarrollo integral del niño y de su libertad y dignidad (Principio 2). En una disposición se reconocen las necesidades psicoafectivas del niño y sus implicaciones en la unidad de la familia y en el cuidado del niño privado de ésta (Principio 6). Asimismo, se reafirma el principio conocido hoy día por el lema "el niño primero" (Principio 8).[5] Se reconoce la importancia de medidas legislativas para el reconocimiento y protección de los derechos del niño, así como la importancia del "interés superior" del niño como norte que debe orientar toda legislación en la materia (Principio 2). No obstante estos avances, la Declaración se caracteriza por un énfasis en los derechos sociales y un concepto del niño como objeto de protección, sin protagonismo propio.

Este esquema se rompe con la elaboración y adopción en 1989 de la Convención sobre los derechos del niño. La Convención contiene 40 artículos sustantivos, bastante más que la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana, el PIDCP o la Convención Americana. El análisis del contenido de un instrumento de esta naturaleza escapa a los límites y objetivos de una obra como la presente, sobre todo tomando en cuenta que muchas de las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño establecen o regulan derechos sociales y culturales. Además, no existe una jurisprudencia sobre esta Convención porque el Comité de los

---

[5] Este principio fue consagrado por el artículo III de la Declaración de Ginebra de 1924.

Derechos del Niño, establecido por ella, carece de competencia para conocer casos.[6]

Una característica importante de la Convención sobre los derechos del niño son las numerosas referencias a otros instrumentos internacionales. Su Preámbulo hace referencia no sólo a las Declaraciones de los Derechos del Niño de 1924 y de 1959, a la Carta de las Naciones Unidas, a la Declaración Universal y a los dos Pactos Internacionales (PIDCP y PIDESC) sino también a las Reglas de Beijing para la administración de justicia de menores, a la Declaración de 1986 sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, y a la Declaración de 1974 sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado. La parte sustantiva de la Convención también contiene referencias importantes a otros instrumentos internacionales. El artículo 11.2 establece el deber de los Estados de concertar o ratificar acuerdos internacionales que tengan como propósito prevenir y reducir el traslado y la retención ilícita de niños, y el artículo 21 e) establece una obligación similar para los Estados donde la adopción internacional es permitida. El Comité de los Derechos del Niño ha indicado que una manera idónea de cumplir con esta obligación es mediante la ratificación de los Convenios de La Haya sobre efectos civiles de la sustracción de menores de 1980 y sobre la cooperación en materia de adopción Internacional de 1993.[7] El artículo 22.1

---

[6] El Comité de los Derechos del Niño, al igual que el Comité de Derechos Humanos y otros comités de expertos del sistema universal, tiene competencia para adoptar observaciones generales, pero hasta el 2003 sólo había adoptado cuatro. No obstante, las observaciones finales sobre los informes de los Estados Partes en la Convención sobre los derechos del niño son una fuente de información útil sobre los criterios del Comité en cuanto al contenido de los derechos plasmados en la Convención sobre los derechos del niño y las prácticas que los contravienen.

[7] Véase, por ejemplo, las Conclusiones finales del Comité de los Derechos del Niño relativas a los informes sobre Belice, Honduras, Nicaragua, Venezuela, México, Costa Rica y Perú, contenidas en el Informe del año 2000, A/55/41, párrs. 482, 677, 795, 814, 947, 1227 y 1375, respectivamente.

reafirma el derecho del niño refugiado y del niño solicitante de refugio a disfrutar de los derechos reconocidos por "otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario" aplicables, en una clara referencia a la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y su Protocolo de 1967 (véase el Capítulo 8). Asimismo, el artículo 38 incorpora al sistema de protección establecido por la Convención las normas del derecho internacional humanitario (DIH) que tienen relevancia para la niñez. Los artículos 37 y 40 contienen disposiciones inspiradas por las Reglas de Beijing, y el Comité de los Derechos del Niño considera que estas Reglas y sus dos instrumentos complementarios –las Directrices de Riad y las Reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad– sirven para la interpretación de dichos artículos.[8] De esta manera, la Convención sobre los derechos del niño sirve para articular la normativa de origen diverso en un solo *corpus juris*.

ii) Reseña de la normativa relativa a la familia

La normativa internacional en materia de derechos humanos sobre la familia tiene varias facetas. En primer lugar, reconoce el derecho del individuo a "casarse y fundar una familia". En segundo lugar, reconoce que la familia como entidad colectiva –"elemento fundamental de la sociedad" según la expresión consagrada– tiene derecho a protección. Y en tercer lugar, la normativa sobre la familia consagra el principio de la igualdad de los cónyuges, una manifestación del principio general de la igualdad del hombre y la mujer. La Declaración Universal de Derechos Humanos recoge estos tres derechos y principios en su artículo 16. El artículo VI de la Declaración Americana es más escueto al disponer que "Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella".

---

[8] Recomendación adoptada por el Comité de los Derechos del Niño en 1999, A/55/41, p. 6.

El artículo 23 del PIDCP y 17 de la Convención Americana contienen los mismos elementos, aunque con diferencias significativas en su redacción. El párrafo segundo del artículo 23, por ejemplo, precisa que son el hombre y la mujer quienes tienen derecho a casarse y fundar una familia. El PIDCP consagra "la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos", mientras que el artículo 17 de la Convención se refiere a "la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades".

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana reconocen dos condiciones que afectan el derecho a casarse, a saber: el libre consentimiento de los futuros cónyuges y una edad mínima. Estas condiciones están vinculadas a la lucha contra la trata de personas y a otras prácticas asimiladas a la esclavitud. La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1953 definen como práctica análoga a la esclavitud:

> Toda institución o práctica en virtud de la cual:
>
> i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
> ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
> iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; (art. 1 c).
>
> Seguidamente dispone lo siguiente:
>
> Con objeto de poner fin a las instituciones y prácticas a que se refiere el inciso c) del artículo 1 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prescribir, allí donde proceda, edades mínimas apropiadas para el matrimonio, a fomentar la adopción de un procedimien-

to que permita a cualquiera de los contrayentes expresar libremente su consentimiento al matrimonio ante una autoridad civil o religiosa competente, y a fomentar la inscripción de los matrimonios en un registro (art. 2).

La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana, al igual que el PIDCP y la Convención Americana, reconocen la intimidad de la familia como parte del derecho a la intimidad.[9]

Al no existir un instrumento internacional dedicado específicamente a los derechos de la familia, el instrumento que contiene más normas sobre la materia es la Convención sobre los derechos del niño. El artículo 7.1 consagra el derecho de todo niño a "conocer a sus padres y ser cuidado por ellos", y el artículo 8.1 reconoce "las relaciones familiares" como parte del derecho a la identidad. El artículo 9 establece una serie de garantías sustantivas y procesales relativas a la separación del niño de su familia por las autoridades. El artículo 11 se refiere al traslado y retención ilícita de un niño en un país extranjero, práctica normalmente asociada a la obstaculización por parte de un padre del derecho de guarda del otro (el párrafo 3 del artículo 9 indica que en caso de separación de los padres el niño tiene derecho a "mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, salvo si ello es contrario al interés superior del niño"). El artículo 18 reconoce que los padres tienen "la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo" de sus hijos, y el artículo 24 que los padres tienen "la responsabilidad primordial" de asegurar a sus hijos un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En ambos casos, el Estado tiene el deber de apoyar a los padres, en la medida en que éstos no estén en condiciones de cumplir estas responsabilidades sin ayuda. El equilibrio entre las responsabilidades del Estado y las de la familia con respecto al niño está definido en el artículo 5.

---

[9] El artículo 16 de la Convención sobre los derechos del niño reafirma este derecho.

En 1990 se adoptó la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias. La Convención señala que los familiares tienen los mismos derechos que el trabajador migratorio. El artículo 44 de esta Convención reconoce el principio de la unidad de la familia y su segundo párrafo dispone lo siguiente:

> Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

Los artículos 45 y 53 establecen ciertos derechos de los hijos de los trabajadores migratorios y de otros familiares sobre la educación, la capacitación, los servicios de salud, la vida cultural y el empleo. El artículo 5.4 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven también contiene una disposición relativa a la unidad de la familia que dispone: "Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él".

iii) Las responsabilidades del Estado y de otros actores

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana reconocen a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad", que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. El niño, según el PIDCP (art. 24.1) y la Convención (art. 19), tiene derecho a protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

Hasta la fecha, el contenido de las obligaciones de la sociedad hacia la familia no ha sido claramente definido, ni por la doctrina y la jurisprudencia sobre los instrumentos antes mencionados, ni por la elaboración de instrumentos complementarios. En contraste, la Convención sobre los derechos del niño contiene varias disposiciones que aclaran las obligaciones de la familia hacia el niño, como se verá en la sección 13.4. Muy esquemáticamente se puede resumir que los padres tienen la "responsabilidad primordial" en la tutela de los derechos de los niños, y el Estado la responsabilidad de asegurar que la familia esté en condiciones de cumplir con esta responsabilidad.[10] El incumplimiento por parte de los padres de sus deberes en esta materia legitima una intervención en la familia de parte del Estado, a fin de proteger a los niños.

La Convención sobre los derechos del niño reconoce "el interés superior del niño" como principio trascendental que ha de orientar literalmente toda medida que lo afecte. El artículo 18 establece que este principio debe orientar a los padres en la crianza de sus hijos, y el párrafo primero del artículo 3 establece que este principio debe constituir "una consideración primordial" en toda medida tomada por "instituciones privadas de bienestar social" que afecte a un niño, lo que puede considerarse una alusión al rol de la sociedad. Las obligaciones del Estado con respecto a la regulación y control de las instituciones que atienden a la niñez están definidas en el párrafo tercero del artículo 3, que establece:

> Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

---

[10] Cabe recordar el artículo XXX de la Declaración Americana que establece que "Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad (…)" .

Asimismo, el artículo 5 reconoce la obligación del Estado de respetar "las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, ***en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad***, según establezca la costumbre local (…)" en la orientación de la niñez (énfasis agregado).

iv) Alcance del capítulo

Los derechos de los adolescentes infractores son abordados en la sección 1.10 del Capítulo 1 relativa a la pena de muerte, en la sección 2.10 del Capítulo 2 relativa a los derechos de los presos, y en la sección 5.20 del Capítulo 5 sobre el derecho de los adolescentes infractores a un trato especial. El derecho de los presos a tener contacto con su familia también se examina en la sección 2.10 del Capítulo 2 sobre los derechos de los presos. En lo que respecta a la familia, el derecho a la intimidad se analiza en la sección 7.4 del Capítulo 7 dedicada a este último derecho. El principio de la unidad de la familia se examina en el Capítulo 8 sobre el derecho a la nacionalidad, residencia, circulación y asilo.

13.4 El derecho del niño a una protección especial

i) La definición de "niño"

En la normativa internacional sobre derechos humanos el término "niño" incluye tanto al niño como al adolescente. Pero la definición del término para efectos de los derechos del niño requiere respuesta a dos interrogantes: cuándo se convierte el feto en persona y cuándo una persona se considera adulta.

El Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño reitera una frase contenida en el Preámbulo de la Declaración de 1959, que reza: "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal,

tanto antes como después del nacimiento". No obstante, la definición de "niño" plasmada en el primer artículo de la Convención no contiene referencia alguna al feto o al niño por nacer. Los trabajos preparatorios de la Convención indican que la decisión de no incluir en el artículo 1 una disposición sobre esta cuestión fue adoptada precisamente a fin de dejar a los Estados Partes discreción para adoptar una interpretación en conformidad con sus valores y tradiciones.[11]

De todas formas es menester reconocer que, si bien la frase contenida en el Preámbulo implica que el niño adquiere algunos derechos antes de nacer, no resuelve la pregunta de saber en qué momento se adquiere la condición de persona y el estatus de sujeto de derechos. En el sistema universal existe una incipiente doctrina que reconoce el derecho al aborto, aunque los alcances y límites de este derecho también son muy ambiguos. El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en una alusión al aborto ha señalado que: "La negativa de (…) la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria."[12] El Comité de Derechos Humanos manifiesta interés en las medidas adoptadas por los Estados Partes "para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida".[13] Las

---

[11] El primer anteproyecto de convención no contenía ninguna definición del término "niño". Un segundo proyecto proponía que el término "niño" se entendiera como "(…) todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de dieciocho (…)", lo que provocó una contrapropuesta para que ese término se entendiera como toda persona desde la concepción hasta los dieciocho años. Véanse los documentos E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48, párrs. 76-77. La única solución posible a esta diferencia conceptual era soslayarla.

[12] Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 24, párr. 11.

[13] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, párr. 11 (2000). El Comité ha reiterado esta preocupación en sus observaciones finales sobre los informes de algunos Estados Partes durante los últimos años. Véanse, por ejemplo, sus Observaciones sobre los informes de Argentina y Perú, A/56/

observaciones finales del Comité sobre los informes de algunos Estados Partes confirman su doble preocupación con las consecuencias de la prohibición absoluta del aborto para la salud de la mujer, por un lado, y con el uso indiscriminado del aborto, por otro.[14]

La normativa interamericana no contiene una definición de niño, pero el artículo 4.1 de la Convención Americana precisa que el derecho a la vida "estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Según la jurisprudencia de la CIDH esta obligación es vinculante únicamente para los Estados Partes en la Convención, es decir, no está implícita en la Declaración Americana (véase el Capítulo 1).

La cuestión de saber cuándo un adolescente se convierte en adulto y pierde el derecho a la protección que corresponde a la condición de "niño" es compleja. Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni la Declaración Americana, ni el PIDCP ni la Convención Americana contienen una disposición al respecto. La Convención sobre los derechos del niño dispone que "niño" significa toda persona menor de 18 años de edad, pero agrega "salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad." Algunas normas establecen límites de edad fijos para efectos de ciertos derechos. El artículo 38 de la Convención sobre los derechos del niño prohíbe el reclutamiento por las fuerzas armadas y la participación en conflictos armados de niños menores de 15 años de edad, y el primer protocolo a la Convención establece la edad mínima de 18 años para la participación en hostilidades y para el servicio militar obligatorio (arts. 1 y 2). Varios instrumentos prohíben categóricamente la imposición de la pena de muerte a personas menores de 18 años de edad (véase el Capítulo 1). Las Reglas para la protección de menores privados de libertad se aplican a toda

---

40, párrs. 14 y 20, pp. 32 y 40, respectivamente. También ha manifestado preocupación por las consecuencias del uso del aborto como método de control de natalidad. Véanse las Observaciones finales sobre el informe de Moldova, A/57/40, párr. 18, p. 72.

[14] Véanse las observaciones citadas en el Capítulo 1 sobre el derecho a la vida.

persona menor de 18 (véase el Capítulo 2). La Recomendación sobre la edad mínima para el matrimonio adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1965 establece que dicha edad "en ningún caso podrá ser inferior a los quince años (…)". Según el Convenio 138 de la OIT, en general la edad mínima para empleo de tiempo completo no debe ser inferior a los 15 años, y la edad mínima para trabajo peligroso no debe ser inferior a los 18 años de edad (arts. 2.3 y 3.1). La legislación puede autorizar el empleo de personas de 13 y 14 años de edad siempre que el trabajo no sea peligroso ni interfiera con la educación del niño empleado (art. 7). El Comité de los Derechos del Niño considera al Convenio 138 coherente con el artículo 32 de la Convención y con frecuencia insta a los Estados a ratificarlo.[15]

En su Opinión Consultiva OC-17/2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) declaró que el derecho del niño acusado de conducta delictiva a ser juzgado por un tribunal especializado beneficia a toda persona menor de 18 años de edad (véase el Capítulo 5).

ii) Reseña del contenido de la Convención sobre los derechos del niño

Uno de los objetivos principales de la Convención sobre los derechos del niño fue confirmar al niño como sujeto de derechos. Este instrumento consagra el derecho del niño a la vida (arts. 6 y 37 a), la integridad, seguridad y libertad personal (art. 37 a, b y d), a un nombre y nacionalidad (art. 7), al debido proceso y al trato humano cuando es privado de libertad (arts. 40 y 37 c), a la intimidad (art. 16), a la libertad de expresión (art. 13), de información (art. 17), de asociación y de reunión (art. 15), y a la igualdad (art. 2), o sea, casi todos los derechos consagrados por el PIDCP y por la Convención Ameri-

---

[15] Véanse sus Observaciones finales sobre los informes de Ecuador y Belice, A/55/41, párrs. 298 y 489 (1998 y 1999).

cana.[16] La Convención también confirma la mayor parte de los derechos consagrados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), tales como el derecho a atención médica (art. 24), seguridad social (art. 26), a un nivel de vida adecuado (art. 27), a educación (arts. 28 y 29), al descanso, actividades recreativas y a la cultura (art. 31). Sin embargo, la Convención no reconoce al niño como sujeto de todos los derechos humanos. Entre los derechos que no son consagrados por la Convención están el derecho a recurrir a la justicia, la libertad de residencia y circulación, a casarse y establecer una familia, al trabajo y derechos conexos. En lugar del derecho del niño a recurrir a la justicia, el artículo 12.2 le reconoce el derecho a "ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".[17] La libertad de residencia y circulación son sustituidas por una serie de disposiciones relativas al derecho del niño a vivir con su familia (arts. 7 a 11). No hay referencia alguna al derecho a casarse y establecer una familia porque el matrimonio prematuro se considera como una forma disfrazada de explotación. Tampoco se consagra el derecho al trabajo; el artículo 32 reconoce más bien el derecho del niño a protección contra la explotación económica y contra cualquier trabajo que interfiera con su educación o que sea peligroso o nocivo para su desarrollo.

Otro objetivo importante de la Convención sobre los derechos del niño fue definir el contenido del derecho del niño a la protección. El artículo 11 reconoce el derecho a la protección contra "tras-

---

[16] El artículo 14 de la Convención Americana consagra la libertad de religión y conciencia aunque en forma más limitada que en otros instrumentos (véase el Capítulo 9).

[17] El inciso d) del artículo 37 sí reconoce el derecho del niño a impugnar la legalidad de una privación de libertad. Véase también el artículo 9.2 que reconoce el derecho de "todas las partes interesadas" a ser oídas en audiencias relativas a la separación de un niño de su familia.

lados y retención ilícitas". El artículo 19 obliga al Estado a proteger al niño contra "toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres (…)". Como se señaló, la Convención reconoce el derecho a protección contra la explotación económica y laboral (art. 32); contra el abuso de las drogas (art. 33); contra la explotación y abuso sexual (art. 34); contra el secuestro, la venta y trata (art. 35), y contra "todas las demás formas de explotación" (art. 36). El derecho de los niños víctimas de cualquier forma de abandono, abuso o explotación a medidas de recuperación física y psicosocial es reconocido por el artículo 39.

A fin de articular un esquema normativo lo más completo posible la Convención contiene artículos que incorporan las normas pertinentes del derecho internacional de los refugiados (art. 22) y del derecho internacional humanitario (art. 37). Asimismo, se incorporan por primera vez a un tratado normas sobre los derechos de personas con deficiencias físicas (art. 23).

De particular importancia son los principios que rigen la relación entre el niño y sus padres, y entre la familia y el Estado. Según la Convención sobre los derechos del niño son los padres quienes tienen la "responsabilidad primordial" tanto de la crianza de sus hijos como de la satisfacción de las necesidades materiales que permitan su sano desarrollo (arts. 18.1 y 27.2). En la medida en que los padres no estén en condiciones de cumplir con estas responsabilidades por sus propios medios, el Estado tiene el deber de apoyarlos (arts. 18.2 y 27.3). Esta relación de cogarantes es reafirmada por el artículo 3.2, que establece: "Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables (…)". Al reconocer la responsabilidad de los padres en la crianza de sus hijos, el artículo 18 agrega: "Su preocupación fundamental será el interés superior del niño."

El artículo 5 de la Convención sobre los derechos del niño desarrolla el concepto de la responsabilidad de los padres con respecto a

la crianza de sus hijos, al señalar que aquéllos tienen la responsabilidad, el derecho y el deber de "impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos" reconocidos por la Convención. O sea, los padres no deben ni impedir a sus hijos el disfrute de sus derechos fundamentales, ni dejarles sin dirección y orientación en el uso de la libertad.

La primera obligación del Estado es respetar a los padres en el cumplimiento de estas responsabilidades. En la medida en que los padres no las cumplen a cabalidad, las autoridades tienen el derecho y el deber de intervenir para proteger los derechos del niño. En lo posible, la intervención consistirá en dar a los padres la orientación y el apoyo necesarios para superar los problemas que afectan la forma como cumplen estos deberes (art. 18.2). En casos extremos, las autoridades pueden separar a los niños del hogar familiar; esta medida es permitida únicamente en caso de ser "necesario en el interés superior del niño", según el artículo 9, y debe respetar los principios de legalidad y de contradicción, con derecho a revisión judicial. La situación del niño privado de su medio familiar –sea por decisión de las autoridades, por abandono o por fuerza mayor– se rige por los artículos 20 y 21. Los niños en esta situación tienen derecho a "protección y asistencia especial", que pueden consistir en la entrega a una familia sustituta, la adopción o, en última instancia, la colocación en una institución de protección (arts. 20.1 y 20.2). La adopción está regida por el artículo 21, que dispone que "el interés superior del niño" debe ser "la consideración primordial" que oriente dicha institución jurídico-social. Este artículo también contiene una serie de garantías para prevenir el abuso de la adopción, en particular en la adopción internacional.

iii) La doctrina y la jurisprudencia universales

La jurisprudencia sobre los derechos del niño del Comité de Derechos Humanos no es extensa. En el caso Mónaco, una abuela hizo

una denuncia en nombre suyo y de una nieta cuya madre había desaparecido después de su detención. La nieta tenía siete años de edad cuando fue identificada por su abuela, gracias al análisis de su histocompatibilidad, y tenía 14 años de edad en el momento de la presentación del caso ante el Comité. Dos años después de recuperar a su nieta la abuela consiguió la guarda, pero la justicia reconoció el derecho de visita a la señora que la había criado durante los primeros años de su vida. Los recursos interpuestos para poner fin a estas visitas y obtener el reconocimiento del derecho de la nieta a utilizar su apellido original no tuvieron éxito. Estos hechos fueron denunciados ante el Comité como tortura psicológica, violación del derecho a la intimidad y a la protección de la familia, y violación del derecho a debido proceso, entre otros. El Comité concluyó que los hechos no corroboraban la mayoría de las presuntas violaciones, pero que la denegación del derecho de la abuela a representar a la nieta ante las instancias nacionales competentes cuando tenía la tutela de ella, "dejó efectivamente a [la nieta] sin la debida representación y, en consecuencia, sin la protección a la que tenía derecho en su condición de menor", lo que vulneró el artículo 24 del PIDCP.[18]

En el caso Thomas (D.), el Comité de Derechos Humanos concluyó que la detención de un adolescente en una cárcel de adultos había sido violatoria de los artículos 10.2 y 10.3 del PIDCP que prohíben la detención de menores con adultos, así como del artículo 24 que reconoce el derecho del niño a protección.[19] La víctima tenía 15 años cuando fue detenida y 17 cuando el Comité pronunció su dictamen. El PIDCP no contiene una definición de los términos "menor" ni "niño", y la decisión del Comité no precisa los criterios aplicados en este caso para determinar que las disposiciones citadas eran aplicables.[20] No obstante, en su Observación General No. 21 sobre el artículo 10, el Comité había comentado lo siguiente:

---

[18] Comité de Derechos Humanos, caso Mónaco y otra c. Argentina, párr. 10.3 (1995).

[19] Comité de Derechos Humanos, caso Thomas (D.) c. Jamaica, párrs. 6.5 y 6.6 (1999).

[20] La decisión señala que el derecho de la víctima a una reparación comprendía

> El artículo 10 no indica ningún límite de edad para los menores delincuentes. Aunque cada Estado Parte deberá decidir sobre este particular a la luz de las condiciones sociales y culturales pertinentes, el Comité opina que el párrafo 5 del artículo 6 [que prohíbe la imposición de la pena de muerte a toda persona menor de 18 años] sugiere que todos los menores de 18 años deberían ser tratados como menores, al menos en las cuestiones relativas a la justicia penal.[21]

El caso Celis Laureano trata sobre la desaparición de una persona de 16 años de edad en circunstancias que permitieron presumir la responsabilidad de las fuerzas de seguridad. En el examen de este caso el Comité de Derechos Humanos concluyó que, además de las violaciones de los derechos a la vida, la libertad y seguridad de la víctima, habida cuenta de su edad, la falta de una investigación sobre su desaparición constituyó una violación de su derecho a la protección en virtud del artículo 24.1 del PIDCP.[22] Asimismo, concluyó que la falta de contacto entre la joven y su familia, producto de la desaparición, formó parte de un cuadro de trato cruel e inhumano violatorio del artículo 7 del PIDCP[23] (véase el Capítulo 2).

Las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño también arrojan luz sobre el contenido del derecho de los niños a protección. Un tema que recurre con frecuencia es la necesidad de prohibir y eliminar el uso de castigos corporales, tanto en el hogar y

---

el derecho a ser trasladada a una institución para menores a pesar de que a los 17 años de edad ya era mayor, según la legislación interna. Ibíd., párr. 8; Informe inicial de Jamaica al Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/8/Add.12, párr. 19.

21 Observación General No. 21, 1992, párr. 13. La Observación General No. 17 sobre el artículo 24, adoptada en 1989, indica apenas que incumbe a cada Estado establecer una edad de mayoría "a la luz de las condiciones sociales y culturales pertinentes", agregando que dicha edad no debe ser "irracionalmente corta", párr. 4.

22 Comité de Derechos Humanos, caso Celis Laureano y otra c. Perú, párr. 8.4 (1996).

23 Ibíd., párr. 8.5.

en la escuela, como en la administración de justicia y en instituciones residenciales.[24] Las observaciones del Comité señalan que la legislación sobre el abuso sexual no debe limitarse a abusos contra las niñas, sino que debe proteger también a los niños.[25] El Comité también ha señalado que los servicios de rehabilitación de víctimas de éste y otros tipos de abusos contra los niños deben evitar criminalizar y estigmatizar a las víctimas.[26] La eficaz protección de los adolescentes contra los graves problemas del embarazo prematuro, las enfermedades de transmisión sexual, el aborto clandestino y el suicidio requiere el acceso efectivo del adolescente a servicios de salud idóneos, según el Comité, así como el reconocimiento de su derecho a consultar tales servicios por decisión propia "cuando ello responde al interés superior del niño".[27]

iv) La doctrina interamericana

En el año 2002 la Corte Interamericana adoptó una Opinión Consultiva de suma importancia sobre los derechos del niño; esta Opinión, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), versa sobre la interpretación de los artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana, relativos al debido proceso, derecho a la protección judicial y a los derechos del niño.[28] Según la Comisión la solicitud se originó en la situación siguiente:

---

[24] Véanse, por ejemplo, sus Observaciones finales sobre los informes de Bolivia y Belice, A/55/41, párr. 354 y 480 (1998 y 1999).

[25] Ibíd.

[26] Véase, por ejemplo, su Observación final sobre el informe de Belice, A/55/41, párr. 483, (1999).

[27] Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes de Belice, Ecuador y Honduras, A/55/41, párrs. 292, 475, 680 (1998 y 1999) respectivamente.

[28] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-17/2002, párr. 1.

> (…) [e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.[29]

La CIDH solicitó a la Corte Interamericana pronunciarse sobre la compatibilidad de cinco prácticas con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, a saber:

a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse (…)que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento;
b) (…) la internación de menores (…) por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad (…)
c) la aceptación (…) de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor [; y]
e) [l]a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente (…).[30]

---

29 Ibíd., párr. 2.
30 Ibíd., párr. 4.

La Opinión es notable por la importancia que otorga a la Convención sobre los derechos del niño en la interpretación del contenido del artículo 19 de la Convención Americana. La primera conclusión de la Corte Interamericana es que: "En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por 'niño' a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad".[31] La Corte también reconoce la importancia del principio de la primacía del interés superior del niño, al manifestar lo siguiente:

> Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.[32]

Asimismo, la Corte Interamericana manifestó "Que la expresión 'interés superior del niño' (…) implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño."[33]

Haciendo eco del Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño y del Preámbulo de la Declaración de 1959, la Corte Interamericana declaró que "El niño tiene derecho a vivir con su fa-

---

[31] Ibíd., párr. 42. Véase también el párr. 101: "(…) el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años." No obstante, una de las conclusiones formales de la Corte Interamericana enunciadas en el párr. 137 declara "Que para los efectos de esta opinión consultiva, 'niño' o 'menor de edad' es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42". El significado de esta conclusión no es claro, pues ni el párrafo 42 ni ningún otro hace referencia a la cláusula contenida en el artículo 1 de la Convención sobre los derechos del niño que remite a la legislación interna.

[32] Ibíd., párr. 56.

[33] Ibíd., párr. 137.2.

milia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas".[34] Con respecto a las circunstancias que pueden justificar la separación de un niño de su familia, la Corte opinó lo siguiente: "Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal".[35]

En particular, "La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención".[36]

Con respecto a la segunda práctica objeto de la consulta –la internación del niño por motivos no penales– la Corte Interamericana opinó lo siguiente:

> (…) La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica.
>
> Es inadmisible que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquéllos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de las patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencio-

---

[34] Ibíd., párr. 71.

[35] Ibíd., párr. 137.5. Véase también el párr. 77.

[36] Ibíd., párr. 76.

> nado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos.[37]

Al mismo tiempo, la Corte Interamericana reconoció que hay niños que necesitan "intervención oportuna y esmerada en instituciones" especializadas, sea por carencia absoluta de un medio familiar idóneo, sea por razones de salud, educación o comportamiento. Respecto a esta problemática, la Opinión manifiestó lo siguiente:

> Obviamente, estos niños no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al "dominio" de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.[38]

La Opinión recalca que el derecho al debido proceso debe respetarse en todo proceso que afecte la libertad del individuo, sea de carácter judicial u otro.[39] El contenido de este derecho debe interpretarse a la luz de la Convención sobre los derechos del niño y otros instrumentos universales.[40] El segmento de la Opinión dedicado al debido proceso (sus párrafos 115 a 134), si bien se sustenta principalmente en un análisis de la normativa relativa a los derechos de

---

37 Ibíd., párrs. 108 y 110.

38 Ibíd., párr. 113.

39 Ibíd., párrs. 115 y 117.

40 Ibíd., párr. 116. Se mencionan específicamente las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y las Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokio.

las personas acusadas de una infracción penal, se refiere a todo proceso que pueda afectar la libertad del niño.[41] Por tanto, es válido tanto para procesos contra adolescentes acusados de una "conducta penalmente típica" como para procesos que examinan la necesidad de internar a un niño por motivos de salud, educación o comportamiento en una institución de protección o tratamiento especializado.[42] Esta interpretación constituye un aporte valioso a un tema cuya relevancia desborda los límites de los derechos del niño, a saber: el contenido del derecho al debido proceso en procedimientos no penales (véase el Capítulo 5). Todo proceso que pueda resultar en la privación de la libertad de una persona menor de 18 años de edad debe caracterizarse por el respeto no sólo del derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, sino por la presunción de inocencia, la igualdad de las partes, el derecho del niño a guardar silencio y a no ser interrogado sin presencia de un asesor, y el derecho a recurrir contra la decisión del tribunal de primera instancia.[43] Las conclusiones más relevantes de la Corte Interamericana se plasman en los párrafos siguiente:

> Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble ins-

---

41 Se traen a colación los artículos 38 y 40 de la Convención sobre los derechos del niño, por ejemplo, pero no el artículo 9, relativo al debido proceso en procedimientos sobre la separación de un niño de su familia, ni el artículo 25 que reconoce el derecho del niño internado por razones de salud física o mental a una revisión periódica de la medida. Asimismo, se citan las Reglas y Directrices de las Naciones Unidas sobre la problemática de la conducta penalmente típica de adolescentes, pero no las Reglas para la protección de menores privados de libertad, que se aplican a la privación de libertad por cualquier motivo.

42 O sea, los procesos del tipo contemplado en los párrs. 109 y 113.

43 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/2002, párrs. 120, 124-127, 132, 129-130, 121 y 137.10.

> tancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.[44]
>
> Que la conducta que motive la intervención del Estado en (…) casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas [penalmente] típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.[45]

v) La jurisprudencia interamericana

La importancia de la Convención sobre los derechos del niño en la interpretación del derecho del niño a la protección fue reconocida por primera vez por la Corte Interamericana en su sentencia en el caso conocido como Los niños de la calle.[46] La sentencia declara al respecto que "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un comprensivo [sic] ***corpus juris*** internacional de la protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido de los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana".[47] Concretamente, la Corte concluyó que el derecho a la

---

44 Ibíd., párr. 137.10.

45 Ibíd., párr. 137.12.

46 Corte Interamericana, caso Villagrán Morales y otros (Guatemala).

47 Ibíd. (Fondo), párr. 194 (1999).

supervivencia y al desarrollo, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho del niño privado de su medio familiar y el derecho a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación forman parte intrínseca del derecho del niño a protección.[48] Con respecto a los menores de la calle, en particular, la Corte declaró que:

> (…) si los Estados tienen elementos para creer que los "niños de la calle" están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a "permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad".[49]

La Corte Interamericana toma en cuenta el interés superior del niño para efectos de determinar las reparaciones a las cuales tienen derecho los hijos de víctimas de violaciones de derechos humanos.[50]

En la década de los noventa la CIDH comienza a desarrollar su jurisprudencia sobre los derechos del niño.[51] En el caso Alan García,

---

[48] Ibíd., párr. 196.

[49] Ibíd., párr. 197. Se citan la Directriz No. 9 de las Directrices de Riad y la Regla No. 26 de las Reglas de Beijing.

[50] Corte Interamericana, caso Suaréz Rosero, interpretación de la sentencia sobre reparaciones, párr. 31 (1991).

[51] En 1987, en el caso Roach y Pinkerton, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoció la existencia de una norma consuetudinaria perentoria (*jus cogens*) que prohíbe la imposición de la pena capital a niños, pero no de una norma consuetudinaria que definiera como "niño" toda persona menor de 18 años de edad (párrs. 56-57). La decisión establece al respecto: "La Comisión acepta el argumento de los Estados Unidos de que no existe en estos momentos una norma consuetudinaria en derecho internacional que establezca la edad de 18 años como edad mínima para la imposición

los hijos (y la esposa) del exmandatario peruano fueron privados de libertad en su residencia por elementos de las Fuerzas Armadas, quienes pretendían arrestar al señor García. La CIDH consideró que la privación de libertad de los niños no sólo constituía una privación arbitraria de la libertad personal, sino también una violación del artículo 19 de la Convención Americana. La decisión comenta al respecto:

> Los instrumentos internacionales de salvaguarda de los derechos del niño han interpretado el derecho "a las medidas de protección que su condición de menor requiere" como una obligación afirmativa de los Estados de considerar en todas sus acciones el interés superior del niño. La primacía de tal concepto ha sido entendida como el deber de los Estados, y de la sociedad en general, de proteger especialmente los derechos de los menores.[52]

El caso conocido como X y Y c. Argentina trata sobre la esposa e hija de un preso que fueron obligadas a someterse a una inspección vaginal para poder visitar a su cónyuge y padre. La decisión concluye que dicha medida representa una injerencia muy grave en la integridad personal, que sólo podría justificarse en circunstancias excepcionales.[53] La CIDH decidió examinar los alegatos a la luz del artículo 19 de la Convención Americana, además de los artículos relativos a la integridad personal, la intimidad, la honra y dignidad, y el derecho de la familia a protección.[54] En el caso de la hija, conclu-

---

de la pena de muerte. Sin embargo, la Comisión hace notar que dicha norma está emergiendo, en vista del número creciente de países que han ratificado la Convención Americana y el Pacto Internacional (…)" (párr. 60). Hoy día, con la ratificación de la Convención sobre los derechos del niño por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas salvo dos, cabe preguntarse si todavía puede negarse la existencia de una norma consuetudinaria sobre este particular.

52 CIDH, caso García c. Perú, p. 101 (versión en inglés) (1994).

53 CIDH, caso X y Y c. Argentina, párr. 72 (1996). Véase el Capítulo 2.

54 Ibíd., párr. 49.

yó que "por el evidente motivo de la edad de la niña, el método de revisión vaginal empleado resultaba absolutamente inadecuado e irrazonable", y que la aplicación de procedimientos de esta naturaleza a una niña de 13 años "(…) puede resultar en grave daño psicológico (…)".[55] La CIDH rechazó el argumento de que las víctimas habían estado de acuerdo con la medida, haciendo notar que "en el caso de Y no era posible contar con un consentimiento real dado que, en ese momento, era una niña de 13 años totalmente dependiente de la decisión tomada por su madre, la Sra. X, y de la protección que le ofreciera el Estado".[56] El caso conocido como González Pérez se refiere a tres hermanas indígenas retenidas, violadas y amenazadas por una unidad militar por sospechar que tenían vínculos con un movimiento guerrillero.[57] Tratándose de la hermana menor de 16 años de edad, la CIDH consideró que ese trato había vulnerado el artículo 19 de la Convención, además del derecho a la integridad personal, la honra y la dignidad y el derecho a la protección judicial.[58]

Reviste especial interés la decisión de la CIDH en el caso De Oliveira relativo al asesinato de un niño de la calle, porque la violación de su derecho a protección no se fundamenta en el asesinato como tal, sino en su situación de desamparo que culmina en la muerte. La decisión dice en su parte pertinente:

> (…) mientras la legislación interna y la Convención ratificada por el Brasil reconocen la obligación primordial del Estado de brindar al niño cuidados y atenciones especiales por su condición vulnerable, en el caso actual las instituciones estatales no ofrecieron las condiciones básicas para cumplir su obligación de proteger al menor Marcos Aurelio de la violencia, y quebrantaron el artículo 19 de la Convención.[59]

---

55 Ibíd., párrs. 93 y 104.

56 Ibíd., párr. 79.

57 CIDH, caso Ana, Beatriz y Celia González Pérez c. México, párrs. 13-15 (2000) (los nombres son ficticios).

58 Ibíd., párrs. 60-61.

59 CIDH, caso De Oliveira c. Brasil, párr. 38 (2000).

> (…) la Comisión comprueba que la aparente libertad de estos niños y jóvenes para circular, buscar formas de supervivencia y pernoctar en las calles no es tal libertad. No sólo las circunstancias sociales de sus familias, sino también la falta de medidas adecuadas del Estado para proveerles el marco de educación, salud, hogar y apoyo los obligan a estar allí. Esos niños y jóvenes (…) viven en la calle contra su voluntad, por falta de las opciones y salvaguardas mínimas que le den oportunidad y cauce a una vida con los mínimos estándares que le garantiza las Constitución nacional y los compromisos internacionales de Brasil.[60]

La ausencia de instituciones, políticas sociales y medidas necesarias para poner en práctica el artículo 19 de la Convención Americana y los instrumentos universales, agrega la CIDH, genera un "círculo vicioso de marginalidad, falta de oportunidades, persecución y convivencia con la ilegalidad de los menores como Marcos Aurelio, que se completa con la desconfianza que genera en sectores de la sociedad, facilita la corrupción de las fuerzas de seguridad en su trato hacia ellos y, a su vez, genera mayor marginalidad y violencia."[61]

En su decisión reciente en el caso de la finca La Exacta, la CIDH consideró que la elaboración de un plan de las fuerzas de seguridad para poner fin a una ocupación de tierras que "no contempló medida alguna de protección para los niños que estarían presentes", violó el artículo 19 de la Convención Americana.[62]

13.5 La protección de la familia

El derecho de la familia a tener protección proviene de dos fuentes en la normativa internacional que son las normas dedicadas a la familia como tal, y las relativas al derecho a la intimidad. Las primeras reconocen el derecho de la familia como entidad colectiva a pro-

---

60 Ibíd., párr. 40.

61 Ibíd., párr. 42.

62 CIDH, caso finca La Exacta (Guatemala), párr. 81 (2002).

tección, sin más precisiones sobre el contenido de dicha protección. Las normas relativas a la intimidad son más concretas y reconocen el derecho del individuo a protección contra injerencias ilegales, arbitrarias o abusivas en su familia o su vida familiar (art. 12 de la Declaración Universal, art. V de la Declaración Americana, art. 17 del PIDCP, arts. 11.2 y 3 de la Convención Americana y art. 16 de la Convención sobre los derechos del niño).

i) El concepto de familia

Las grandes declaraciones y tratados sobre derechos humanos que forman el marco de referencia principal de este libro reconocen a la familia como el "elemento natural y fundamental de la sociedad", pero no establecen una definición del concepto de familia. El reconocimiento por dichos instrumentos del derecho del hombre y la mujer a casarse y fundar una familia hace alusión a la familia tradicional compuesta de una pareja unida por matrimonio y sus hijos. Sin embargo, la normativa internacional reconoce que el concepto es más amplio. El artículo 5 de la Convención sobre los derechos del niño obliga al Estado a reconocer y respetar los derechos y deberes de la familia ampliada. La única definición consagrada por el derecho positivo internacional en materia de derechos humanos parece ser la contenida en el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que reza así:

> A los efectos de la presente Convención, el término "familiares" se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

La razón de la ausencia de definiciones de "familia" en la mayor parte de los instrumentos que reconocen sus derechos parece ser la apuntada por el Comité de Derechos Humanos, a saber: la necesidad de preservar la inherente flexibilidad del concepto que varía en función del contexto sociocultural. La Observación General No.19 comenta al respecto lo siguiente:

> El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23.[63]

Asimismo, la Observación General No. 16 relativa al artículo 17 del PIDCP establece que el término familia debe interpretarse con "un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate".[64] La Observación General No. 19 menciona expresamente cuatro tipos de familia: la nuclear, la extendida, la monoparental y la compuesta de una pareja no casada y sus hijos.[65]

En el caso Hendricks, el Comité de Derechos Humanos confirmó que "La noción de familia engloba necesariamente las relaciones entre padres e hijos. Si es cierto que el divorcio pone legalmente término al matrimonio, no es menos cierto que no disuelve el vínculo que une al padre o a la madre con el hijo".[66] En el caso Balaguer, el Comité estableció que, si bien la definición de familia es flexible y el reconocimiento de una relación de familia entre un padre y un hijo no depende forzosamente del carácter de la relación entre el padre y

---

63 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párr. 2 (1990).

64 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 5 (1988).

65 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párr. 2.

66 Comité de Derechos Humanos, caso Hendricks c. Países Bajos, párr. 10.3 (1989).

la madre, se requiere más que la paternidad biológica. En concreto, dictaminó el Comité, "es necesario que existan ciertos requisitos mínimos para la existencia de una familia, como la vida en común, lazos económicos, una relación regular e intensa, etc".[67] En el caso Mónaco, el Comité reconoció que la relación entre abuela y nieta merecía la protección en tanto relación de familia.[68] En el caso Canepa el Comité reconoció el derecho de un adulto a protección contra injerencias arbitrarias en sus relaciones con sus padres y hermano –también mayor de edad–.[69]

El Comité de Derechos Humanos suscribió una interpretación amplia de la familia en el caso Hopu, relativo a un proyecto de desarrollo que afectaba un lugar donde se hallaban restos humanos de la época precolonial. La decisión reza en la parte pertinente:

> El Comité observa que los objetivos del Pacto exigen que el término "familia" se interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad de que se trate. De ello se desprende que al definir el término "familia" en una situación concreta se deben tener en cuenta las tradiciones culturales. Las reclamaciones de los autores revelan que éstos consideran que la relación con sus antepasados constituye un elemento esencial de su identidad y cumple una función importante en su vida familiar. Esto no ha sido rebatido por el Estado Parte; tampoco ha objetado el Estado Parte el argumento de que el cementerio en cuestión desempeña un papel importante en la historia, cultura y vida de los autores. El Estado Parte ha impugnado la reclamación de los autores sólo por el hecho de que no han establecido un vínculo de parentesco entre los restos descubiertos en el cementerio y ellos mismos. El Comité considera que el hecho de que los autores no hayan establecido un vínculo de parentesco directo no puede invocarse en contra de ellos en

---

67 Comité de Derechos Humanos, caso Balaguer c. España, párr. 10.2 (1994).

68 Comité de Derechos Humanos, caso Mónaco c. Argentina, párr. 10.4 (1995).

69 Comité de Derechos Humanos, caso Canepa c. Canadá, párr. 11.4 (1997). (Véase el Capítulo 8.)

> las circunstancias de la comunicación, en que el cementerio en cuestión es anterior a la llegada de los colonos europeos y se reconoce como lugar que contiene restos de los antepasados de los actuales habitantes polinesios de Tahití. Por consiguiente, el Comité concluye que la construcción de un complejo hotelero en el terreno de un cementerio ancestral de los autores sí interfirió en el derecho de éstos a la protección de la familia y la vida privada.[70]

La doctrina interamericana suscribe la idea de que el concepto de familia debe interpretarse en forma amplia. En su Opinión Consultiva OC-17/02 la Corte Interamericana señala que "el término 'familiares' debe entenderse en el sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano".[71]

ii) La doctrina y la jurisprudencia universales

Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 17 del PIDCP, que reconoce el derecho a protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en la familia, contiene una doctrina importante sobre los conceptos fundamentales de ilegalidad y arbitrariedad. Con respecto al concepto de legalidad, hace la siguiente observación: "El término 'ilegales' significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto".[72]

El concepto de arbitrariedad es más amplio, de manera que una medida que es legal, en el sentido de autorizada por una ley, puede

---

[70] Comité de Derechos Humanos, caso Hopu y Bessert c. Francia, párr. 10.3 (1997). Cuatro miembros del Comité (de los 14 que participaron en las deliberaciones) discreparon con esa conclusión.

[71] Comité de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 70.

[72] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 3.

ser arbitraria. El Comité de Derechos Humanos señala al respecto que "Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso".[73]

En su Observación General sobre los derechos de la familia, el Comité de Derechos Humanos comentó que "El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de (…) vivir juntos", agregando seguidamente que "la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares." La Observación también indica que el concepto de protección no se limita a medidas de protección legal, sino que incluye también medidas de carácter socioeconómico.[74]

El derecho a cohabitar no es absoluto. Este derecho admite excepciones cuando la separación de un niño de su familia es necesaria para la protección de sus propios intereses, cuando los padres están separados y es necesario determinar quién tiene la guarda del niño y, eventualmente, cuando no todos los miembros de una familia tienen la misma nacionalidad. Este último supuesto se analiza en la sección 8.5 del Capítulo 8 sobre el derecho de residencia. La discrecionalidad de los Estados con respecto a la admisión de extranjeros en su territorio es muy amplia, aun en el caso de un extranjero que es pariente de un nacional, la expulsión o la negación de una visa no se considera violatoria de los derechos de la familia a menos que la medida sea discriminatoria o arbitraria.[75] La cuestión de saber si la exclusión o no admisión de un extranjero del territorio y la resultante separación de su familia debe considerarse como una

---

[73] Ibíd., párr. 4.

[74] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párr. 3.

[75] Véase el Capítulo 15.

medida arbitraria o como medida razonable depende principalmente de la proporcionalidad entre las razones de la medida, por un lado, y la naturaleza de los vínculos familiares, por otro.[76] Hasta la fecha, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha considerado arbitraria la expulsión de extranjeros en un solo caso: la inminente separación de un adolescente nacional de sus padres extranjeros en razón de la situación irregular de éstos.[77]

No existe ninguna jurisprudencia sobre la separación de niños de su familia por motivos de protección. La jurisprudencia sobre la situación de los niños cuyos padres están separados o divorciados se resume en los apartes que siguen. En el caso Mónaco, el Comité de Derechos Humanos consideró que la separación de una niña de su familia en forma totalmente ilegal –desde la desaparición de sus padres hasta la falsificación de la partida de nacimiento y su "adopción" irregular por un tercero– constituyó una injerencia arbitraria e ilegal en la vida familiar, violatoria de los artículos 17, 23 y 24 del PIDCP.[78]

Otro elemento ampliamente reconocido del derecho de la familia a protección es el derecho de los familiares que por algún motivo no cohabitan, a mantener contacto entre ellos. (La amplia jurisprudencia sobre el derecho de los familiares de presos a mantener contacto por escrito y mediante visitas se analiza en la sección 2.10 del Capítulo 2 relativa a los derechos de los presos.)

Una característica del artículo 23.1 del PIDCP compartida por el artículo 17.1 de la Convención Americana es que ambos artículos reconocen a la familia como sujeto del derecho a protección. El Comité de Derechos Humanos reconoció por primera vez en una decisión reciente a la familia como víctima de una violación del PIDCP.

---

[76] En cuanto a la arbitrariedad, véanse los casos Stewart y Canepa del Comité de Derechos Humanos, Capítulo 8.

[77] Véase Comité de Derechos Humanos, caso Winata, Capítulo 8.

[78] Comité de Derechos Humanos, caso Mónaco c. Argentina, párr. 10.4 (1995). Este criterio no figura entre las conclusiones formales de la decisión, porque los hechos sucedieron antes de la entrada en vigor del PIDCP.

En el caso Rojas García, la denuncia fue presentada por el señor Rojas en nombre de su madre anciana, un hermano, dos hermanas, dos hijos y tres sobrinas, todos presentes en el domicilio familiar en el momento de un allanamiento nocturno llevado a cabo en forma violenta.[79] El Comité concluyó que el allanamiento había sido una injerencia arbitraria en el domicilio de la familia, y que éste y la forma como se ejecutó vulneraron los artículos 7 y 17 del PIDCP.[80]

iii) La jurisprudencia interamericana

La mayor parte de la jurisprudencia interamericana sobre el derecho de la familia a protección trata sobre los derechos de los familiares de personas víctimas de desapariciones o de tortura y de asesinatos. La jurisprudencia reconoce el derecho de los familiares a la verdad sobre lo acontecido a sus parientes, así como su derecho a recuperar los restos y darles el trato que corresponde conforme a sus creencias religiosas y tradiciones culturales.[81] No obstante, por lo general esta problemática no se aborda en el marco del derecho de la familia a protección, sino más bien con respecto a la perspectiva de la integridad moral de los parientes –o sea, como una tortura psicológica–, o desde la perspectiva del derecho a una reparación (véase la sección 2.5 del Capítulo 2 sobre la tortura psicológica, y la sección 6.6 del Capítulo 6 relativa al derecho a la verdad).

La jurisprudencia sobre otros aspectos del derecho de la familia a protección es menos extensa. No obstante, la importancia de este derecho fue subrayada por la CIDH en en el caso X y Y c. Argentina, en el cual se señala lo siguiente: "El artículo 17 reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona

---

79 Comité de Derechos Humanos, caso Rojas García c. Colombia, párr. 1 (2001).

80 Ibíd., párrs. 10.3 y 12.

81 Véanse las sentencias de la Corte Interamericana en los casos Blake (Fondo), párrs. 115-116 (1998), y Niños de la Calle (Fondo), párrs. 173-174 (1999), y la decisión de la CIDH en Bolaños Quinoñes c. Ecuador, Conclusión 2 (1995).

y en la sociedad en general. Es un derecho tan básico de la Convención que se considera que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas".[82]

Este caso se refiere al derecho de la esposa e hija de un preso a mantener contacto con él por medio de visitas. La CIDH hizo hincapié en que la obligación del Estado no se limita a permitir tales visitas, sino que también tiene la obligación positiva de facilitarlas. La decisión señala al respecto lo siguiente:

> El derecho a la vida de familia puede sufrir ciertas limitaciones inherentes al mismo. Hay circunstancias especiales, como el encarcelamiento o el servicio militar que, aunque no suspenden el derecho, inevitablemente afectan su ejercicio y no permiten que se disfrute plenamente de él. Si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce plenamente de la familia al separar forzosamente a uno de sus miembros, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos.[83]

13.6 El derecho a establecer una familia

i) La edad mínima

Como se señaló, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana condicionan el derecho a casarse por medio de dos requisitos: el libre consentimiento de los interesados y la edad mínima. No obstante, ninguno de estos instrumentos precisa qué edad se considera como edad mínima para el

---

[82] CIDH, caso X y Y c. Argentina, párr. 96.

[83] Ibíd., párr. 97. Se cita el artículo 37 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

matrimonio. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1965 una recomendación sobre la materia que dispone que:

> Los Estados Miembros adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, la cual en ningún caso podrá ser inferior a los quince años; no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad.[84]

Existe una tendencia a proponer que la edad mínima no sea menor de 18 años de edad. El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer ha declarado lo siguiente:

> (…) el Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas.[85]

Este Comité también considera los 18 años como la edad más idónea porque el embarazo de un adolescente entraña riesgos adicionales para la salud de la madre y el hijo y porque, para la mujer, el matrimonio durante la adolescencia suele coincidir con el fin de la educación, pudiendo el embarazo tener consecuencias negativas y de largo plazo para su preparación profesional.[86]

---

84 Naciones Unidas, Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, Principio II, resolución 2018 (XX).

85 Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, párr. 36 (1994).

86 Ibíd., párr. 37.

ii) El requisito del libre consentimiento

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana reconocen expresamente el principio fundamental del libre y pleno consentimiento de ambas partes al contraer matrimonio. El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer ha subrayado la importancia de este principio con estas palabras: "El derecho a elegir su cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano".[87]

Como se mencionó, el reconocimiento de este requisito ha estado históricamente vinculado con la lucha contra prácticas asimiladas a la esclavitud. La Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, de 1953, contiene una norma programática que contempla como garantías del libre consentimiento, el registro de matrimonios y la celebración del matrimonio ante una autoridad de reconocida competencia, mediante procedimientos que incluyan la expresión de consentimiento de los interesados (art. 2). El requisito del registro obligatorio del matrimonio está consagrado por el artículo 16.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El Comité de Derechos Humanos considera que la libertad de religión entraña la obligación de reconocer el matrimonio religioso, pero que el Estado está en derecho de exigir que "un matrimonio celebrado de acuerdo con los ritos religiosos se celebre, confirme o registre también según el derecho civil (…)".[88]

iii) Otras restricciones al derecho a casarse

La normativa internacional admite que la legislación interna reglamente el derecho a casarse, siempre que la legislación respectiva

---

[87] Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, párr. 16.

[88] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párr. 4.

no infrinja principios fundamentales y, en particular, que no discrimine. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que el derecho a casarse no puede estar sujeto a "restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión", y la Convención Americana contempla que las personas pueden casarse si reúnen "las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención". La consanguinidad es un ejemplo de una restricción razonable, según el Comité sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.[89]

Si bien la discriminación contra homosexuales es violatoria del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos considera que no permitir el matrimonio de personas del mismo sexo no puede considerarse una violación del derecho a casarse, puesto que el mismo artículo 23.1 lo reconoce expresamente como derecho del hombre y la mujer.[90] El Comité de los Derechos del Niño considera como discriminatoria toda legislación que establezca una edad mínima para el matrimonio del varón y otra distinta para la mujer.[91] Asimismo, considera discriminatoria la legislación que define la edad mínima para el matrimonio en función del criterio de "pubertad".[92]

---

89 Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, párr. 16.

90 Comité de Derechos Humanos, caso Joslin y otras c. Nueva Zelandia, párrs. 8.2-8.3 (2002).

91 Véanse por ejemplo sus Observaciones finales sobre los informes de Bolivia (A/55/41, parr. 349), respecto a la edad de 14 años para mujeres y 16 para varones, y Trinidad y Tobago (A/53/41, párr. 1136). La edad mínima varía no sólo según el sexo de la persona, sino también la religión. Una hindú puede casarse a los 14 años de edad, y un hindú a los 18; una musulmana a los 12 años y un musulmán a los 16; otras mujeres a los 12 y otros varones a los 14 (CRC/C/11/Add/10, párr. 23).

92 Véanse por ejemplo sus Observaciones finales sobre los informes de Irán (CRC/C/15/Add.123, párr. 19), Bolivia (CRC/C/15/Add.95, párr. 16) y Ecuador (CRC/C/15/Add.93, párr. 17).

iv) La poligamia

El Comité sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, haciendo eco de la Observación General No.19 del Comité de Derechos Humanos, reconoce que "La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado".[93] No obstante, agrega, la manera en que se define o configura la familia no puede vulnerar el principio de la igualdad de la mujer. En particular, el Comité considera que la poligamia viola el artículo 5 a) de la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Explica el Comité que "La poligamia infringe el derecho de la mujer a la igualdad con el hombre y puede tener consecuencias emocionales y económicas, tan graves para ella, al igual que para sus familiares a cargo, que debe desalentarse y prohibirse".[94]

13.7 La igualdad de los cónyuges

En el párrafo primero del artículo 16 la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que los cónyuges "disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio". La Declaración Americana, si bien reconoce el principio de la igualdad del hombre y la mujer, no contiene ninguna disposición específica sobre la igualdad del hombre y la mujer con respecto al matrimonio.[95] El PIDCP, en su artículo

---

93 Comité para la eliminaión de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, párr. 13.

94 Ibíd., párr. 14.

95 Es evidente que la ausencia de una disposición expresa sobre la igualdad en este contexto significa una excepción al principio general. En el caso Ato de Avellanal, el Comité de Derechos Humanos concluyó que la aplicación de una disposición del Código Civil que disponía que "El marido es representante de la sociedad conyugal" era violatoria de los artículos 3, 14.1 y 26 del PIDCP, sin mención del artículo 16, el más pertinente. Ato de Avellanal c. Perú, párr. 11 (1989).

23.1, amplía el principio al reconocer "la igualdad de derechos y de responsabilidades" de ambos esposos. La Convención Americana reconoce este principio, pero en forma menos categórica en su artículo 17.4 que consagra "la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges." Ambos tratados hacen extensivo este principio a la relación entre los exesposos en caso de disolución del matrimonio.

El artículo 16.1 de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer también consagra el principio de la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio y enumera los siguientes corolarios:

a) El mismo derecho para contraer matrimonio.
b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y pleno consentimiento.
c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.
d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.
e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos, y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.
f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.
g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación.
h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

El Comité de Derechos Humanos ha confirmado que la mayor parte de estos corolarios están intrínsecos en el principio de igualdad de los cónyuges.

> En cuanto a la igualdad en el matrimonio, el Comité desea destacar, en particular, que no debe haber discriminación alguna basada en el sexo en cuanto a la adquisición o pérdida de la nacionalidad por razón del matrimonio. Asimismo, debería salvaguardarse el derecho de cada cónyuge a seguir utilizando su propio apellido o a participar en condiciones de igualdad en la elección de un nuevo apellido.
>
> Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes (…)[96]

La CIDH también considera que el artículo 16.1 de la Convención antes citada sirve para la interpretación del artículo pertinente de la Convención Americana, como se verá en seguida.

La mayor parte de la jurisprudencia examina este principio en el contexto de la disolución del matrimonio, que se analiza en la sección 13.8. Cabe mencionar la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Balaguer, en la cual consideró que el principio de igualdad de los esposos se aplica únicamente cuando la pareja es o estaba unida en matrimonio.[97]

La CIDH hizo un análisis importante del concepto de "la adecuada equivalencia de responsabilidades" en el caso Morales de Sierra. La decisión señala al respecto:

---

[96] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párrs. 7-8 (1990).

[97] Comité de Derechos Humanos, caso Balaguer c. España, párr. 10.4 (1994).

(…) los artículos impugnados del Código Civil establecen distintas funciones para cada cónyuge. El marido es responsable del sustento financiero del hogar y la mujer es responsable del cuidado del hogar y de los hijos (artículo 110). La esposa puede trabajar fuera del hogar sólo en la medida en que ello no perjudique sus funciones legalmente definidas en él (artículo 113), en cuyo caso, su marido tiene derecho a oponerse a dichas actividades (artículo 114). El marido representa a la unión conyugal (artículo 109), controla el patrimonio conyugal (artículo 131), representa a los hijos menores y administra sus bienes (artículo 255). La Corte de Constitucionalidad caracterizó la reglamentación del matrimonio por el Estado como fuente de certeza y seguridad jurídica para cada cónyuge y defendió la distinción de funciones sobre la base de que las normas establecen preferencias que no son discriminatorias, sino protectoras.

La Comisión halla que, lejos de asegurar la "igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades" dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges. Si bien el artículo 110 sugiere una división de tareas entre las responsabilidades financieras del marido y las responsabilidades domésticas de la esposa, corresponde señalar que, de acuerdo con el artículo 111, la esposa con una fuente separada de ingreso tiene que contribuir al mantenimiento del hogar o sustentarlo en su totalidad, si su marido no puede hacerlo. El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia ***de jure*** para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación ***de facto*** contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de am-

bos padres. "Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes".[98]

Por tanto, concluye la CIDH, "el régimen conyugal vigente es incompatible con las disposiciones del artículo 17(4) de la Convención Americana, leído con referencia a los requisitos del artículo 16(1) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer."[99]

13.8 La familia desintegrada

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el PIDCP, la Convención Americana y la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer reconocen expresamente la igualdad de los exesposos en caso de disolución del matrimonio. En su Observación General N.19 el Comité de Derechos Humanos confirma que "Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio".[100] La Observación General agrega: "Así, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto".[101]

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el principio de igualdad en el contexto de la separación o disolución del matrimonio trata sobre el derecho de visita, además del derecho al

---

98 CIDH, caso Morales de Sierra c. Guatamala, párrs. 43-44 (2001). La cita a final del párr. 44 es a la Recomendación General No. 21 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, párr. 24 adoptada en 1994.

99 Ibíd., párr. 45 (2001).

100 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párr. 8.

101 Ibíd., párr. 9.

debido proceso.[102] Hasta la fecha no hay jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano sobre la materia. En el caso Hendricks, el Comité señaló que el derecho de la familia a protección comprende el contacto entre hijos y padres en caso de disolución del matrimonio. La decisión establece que "el mantenimiento de relaciones personales y de contactos directos regulares del hijo con ambos padres parece esencial, salvo circunstancias excepcionales".[103] En el caso concreto, los tribunales habían denegado al padre el derecho de visita, a pesar de su conducta irreprochable, por considerar que la oposición de la madre a todo contacto entre el niño y su padre podría ocasionar traumas psicológicos para el niño. El Comité declaró que "la voluntad unilateral contraria de uno de los padres no puede considerarse una circunstancia excepcional" que justifique la denegación del derecho de visita. No obstante, el Comité llegó a la conclusión de que, como los principios aplicados por los tribunales nacionales estaban en armonía con las disposiciones pertinentes del PIDCP, no le competía cuestionar la forma en que los tribunales habían valorado los hechos y no podía concluir que se habían violado los derechos del padre e hijo.[104]

En el caso Fei, el Comité de Derechos Humanos mantuvo la misma posición con respecto a los principios aplicables, pero manifestó menos renuencia a examinar las decisiones de los tribunales nacionales. La decisión señala al respecto lo siguiente:

> En el caso que se examina fue el exmarido de la autora quien trató de impedir a ésta que mantuviese contacto regular con sus hijas, a pesar de las decisiones judiciales que concedían a la autora tal acceso. Según los documentos presentados al Comité, parece que la negativa del padre se justificó en nombre del "mejor interés" de las niñas. El Comité no puede compartir esa valoración. No se han aducido circunstancias es-

---

[102] El derecho al debido proceso en casos de esta naturaleza se examina en el Capítulo 5.

[103] Comité de Derechos Humanos, caso Hendricks c. Países Bajos, párr. 10.4.

[104] Ibíd., párrs. 10.5-11.

peciales de ningún tipo que justificasen la imposición de limitaciones a los contactos de la autora con sus hijas. Por el contrario, parecería que el exmarido de la autora trató de impedir, por todos los medios a su alcance, el acceso de la autora a las niñas, o bien de indisponerlas con ella. (…) En opinión del Comité, salvo en circunstancias especiales, ninguna de las cuales se detecta en el caso objeto de examen, no puede considerarse que vaya en el "mejor interés" de las hijas suprimir prácticamente el acceso de uno de los progenitores a ellas. (…) Habida cuenta de todas estas circunstancias del caso, el Comité llega a la conclusión de que ha habido violación del párrafo 4 del artículo 23. Además, el hecho de que la Procuraduría General no garantizase el derecho a un contacto permanente entre la autora y sus hijas también ha tenido por consecuencia una violación del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto.[105]

Esta jurisprudencia es confirmada por la decisión adoptada en el año 2002 en el caso Patera, que dispone lo siguiente:

El Comité considera que el artículo 17 garantiza en general una protección efectiva del derecho de todo progenitor a relacionarse regularmente con sus hijos menores de edad. Aunque pueden darse circunstancias excepcionales en que no pueda considerarse arbitrario o ilegal no permitir esa relación cuando lo exige el interés superior del niño, en el presente caso los tribunales nacionales del Estado Parte han resuelto que dichas relaciones deben mantenerse. (…) la cuestión que tiene ante sí el Comité es determinar si el Estado Parte ha amparado de manera efectiva el derecho del autor a ver a su hijo con arreglo a las decisiones de los tribunales del Estado Parte.

Aunque los tribunales multaron en repetidas ocasiones a la esposa del autor por incumplir las resoluciones preliminares que habían dictado para regular el acceso del autor a su hijo, esas multas ni fueron pagadas íntegramente ni sustituidas por otras medidas encaminadas a hacer efectivos los derechos del autor. En esas circunstancias y habida cuenta de

---

[105] Comité de Derechos Humanos, caso Fei c. Colombia, párr. 8.10 (1995).

> los considerables retrasos en las distintas fases de las actuaciones, el Comité considera que no se protegieron de manera efectiva los derechos del autor a tenor del artículo 17 del Pacto, tomado conjuntamente con los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Pacto. Por consiguiente, el Comité opina que los hechos expuestos ponen de manifiesto una violación del artículo 17, tomado conjuntamente con el artículo 2 del Pacto.[106]

Existe también una jurisprudencia, aunque no muy amplia, sobre las circunstancias que justifican la suspensión del derecho de visita o de guarda. En el caso Balaguer, el Comité de Derechos Humanos concluyó que la privación del derecho de visita a un padre no vulneró ni el derecho de la niña ni el derecho de la familia a protección porque esta medida se basó en reiteradas violaciones de las condiciones y modalidades de visita de parte del padre, y las decisiones de los tribunales competentes "tuvieron siempre en cuenta el interés superior de la niña".[107] El caso Buckle trata sobre una mujer privada de la guarda de seis hijos en razón de una decisión judicial que establecía que no tenía capacidad de atenderlos debidamente. El Comité reconoció "la gravedad de la decisión de separar a la madre de sus hijos", pero concluyó que no había habido violación alguna ni del artículo 17, ni del artículo 23, ni del artículo 24. La decisión hace hincapié en que "los tribunales del Estado Parte examinaron detenidamente las pruebas que les fueron presentadas y actuaron teniendo en cuenta el interés superior de los niños", así como en el hecho de que la madre tenía derecho a mantener contacto con sus hijos y en que la necesidad de la medida era revisada periódicamente.[108]

---

[106] Comité de Derechos Humanos, caso Patera c. República Checa, párrs. 7.3-7.4 (2002). Véase también L. P. c. la República Checa, una decisión que subraya que los tribunales habían determinado que las visitas eran compatibles con "los mejores intereses" del niño.

[107] Comité de Derechos Humanos, caso Balaguer c. España, párrs. 10.3-10.4 (1994).

[108] Comité de Derechos Humanos, caso Buckle c. Nueva Zelandia, párrs. 9.1-9.2 (2000).

13.9 La unidad de la familia según la Convención sobre los derechos del niño

i) La separación involuntaria

Dos de los principios fundamentales que subyacen en la Convención sobre los derechos del niño son el de la unidad de la familia y el del interés superior del niño. La relación entre ambos está definida por el párrafo primero del artículo 9 que dispone que el Estado debe respetar y proteger la unidad de la familia salvo cuando el interés del niño requiera lo contrario. El maltrato y el abandono –literalmente "descuido"– son citados como ejemplos de situaciones que pueden permitir la conclusión de que la separación de un niño de sus padres es "necesari[a] para la protección de los derechos, o del interés superior" de aquél. El artículo 9 también establece una serie de garantías de carácter procesal que incluyen que la decisión debe ser tomada por las autoridades competentes, de conformidad con el principio de legalidad (párr. 1). Además, es menester respetar el principio de contradicción y, si la decisión es tomada en primera instancia por una autoridad administrativa, el derecho a revisión ante los tribunales (art. 9, párrs. 2 y 1, respectivamente).

ii) El derecho a tener contacto e información

El artículo 9 contiene dos disposiciones relativas a los derechos de los niños separados de sus padres. Estas disposiciones no se limitan a la situación de la separación involuntaria contemplada en el artículo 19.1, sino que se aplican a toda separación sea cual fuere la causa. La primera de ellas incorpora expresamente al *corpus juris* de los derechos del niño el derecho reconocido por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos antes citada, o sea, el derecho a mantener contacto con ambos padres. El párrafo tres establece lo siguiente al respecto: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener rela-

ciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

El cuarto y último párrafo del artículo 9 consagra expresamente un derecho que, como se ha visto, ocupa un lugar importante en la jurisprudencia interamericana, a saber: el derecho a la verdad. Este párrafo establece:

> Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. (…)

En el contexto de la Convención sobre los derechos del niño, el derecho a dicha información puede considerarse una manifestación específica del derecho a la identidad, uno de los aportes más innovadores de este instrumento al derecho internacional de los derechos humanos. El derecho del niño a la identidad, según el artículo 8.1 de la Convención, comprende el derecho a preservar su nombre y relaciones familiares: "Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad", según el párrafo segundo del artículo.

iii) La reunificación

El artículo 10 contempla la situación de un niño separado de uno o ambos padres quien(es) se encuentra(n) en el extranjero. Como se ha visto en el Capítulo 8, la discreción que el derecho internacional público reconoce a los Estados para la admisión de extranjeros a su

territorio nacional es muy amplia; la normativa internacional en materia de derechos humanos limita esta discreción, pero esos límites no son claros ni categóricos sino que dependen del peso relativo de los intereses y motivos presentes en el caso concreto. El artículo 10 de la Convención sobre los derechos del niño no altera sustancialmente las reglas básicas relativas a la admisión o residencia de extranjeros al territorio de un país, pero establece algunos principios que obligatoriamente deben tomarse en cuenta y cuyo peso será decisivo en algunos casos. El primero de esos principios consiste en el reconocimiento de que "El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres", y el segundo es el principio según el cual "(…) toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva."

iv) La familia sustituta

El niño que pierde a su familia, o que es separado de ésta por las razones y conforme a los procedimientos contemplados por el artículo 9, tiene derecho a recibir "protección y asistencia especiales" (art. 20.1). Ahí se mencionan expresamente cuatro formas de atención, entre ellas "la colocación en hogares de guarda", la adopción y "la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores" (art. 20.3).[109] La institucionalización debe ser el último recurso, lo que significa que el niño privado o separado de su familia tiene derecho a encontrar una familia sustituta –temporal o permanente, según las circunstancias– si es posible.[110] Al escoger la alternativa

---

[109] La cuarta es una figura del derecho islámico conocida como *kafala*.

[110] El artículo 20.3 dispone que se puede recurrir a la institucionalización únicamente en caso de necesidad, lo que implica agotamiento de las alternativas.

más adecuada, "se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico."

La Convención sobre los derechos del niño no obliga a reconocer la adopción como forma de satisfacer el derecho del niño a una familia sustituta, y establece una serie de requisitos y garantías destinadas a asegurar que la adopción, donde exista, esté orientada a la protección de los derechos del niño y no a la satisfacción de los deseos de adultos que quieren tener hijos. En primer lugar, se establece el principio básico de que "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial" (art. 21). La adopción informal, común en distintas partes del mundo, debe ser erradicada a fin de reducir la desarticulación innecesaria de familias y la entrega de niños a personas no idóneas. La adopción debe ser reglamentada y aprobada por las autoridades competentes sobre todo con el fin de asegurar que "la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales" justifica la adopción. Cuando la madre o los padres han consentido sobre la adopción del niño, tal consentimiento debe haber sido dado con conocimiento de causa (art. 21).

La adopción por personas provenientes de un país extranjero no debe ser autorizada a menos que el niño "no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen" (art. 21 b). En caso de no haber alternativa a la adopción del niño por un extranjero o por una familia extranjera, es menester asegurar la vigencia de salvaguardias y normas equivalentes a las del país de origen del niño, y evitar que se lucre con la adopción (art. 21 c y d).

Capítulo 14
La libre determinación, los derechos de las minorías y los derechos de las poblaciones indígenas

14.1 Marco normativo básico

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 27

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho

que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

14.2 Normativa complementaria

Carta de las Naciones Unidas

Artículo 1

Los Propósitos de las Naciones Unidas son: (…)

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otros medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; (…)

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales

Artículo 39

En los países en donde exista el problema de la población aborigen se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación.

El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales extractivas o cualesquiera otras fuentes de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con éste, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna, la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas.

Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños.

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas

Artículo 1

1. Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad.
(…)

Artículo 2

1. Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo.

(…)

3. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con la legislación nacional.

Artículo 4

(…) 2. Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar

sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

3. Los Estados deberán adoptar medidas apropiadas de modo que, siempre que sea posible, las personas pertenecientes a minorías puedan tener oportunidades adecuadas de aprender su idioma materno o de recibir instrucción en su idioma materno.

4. Los Estados deberán adoptar, cuando sea apropiado, medidas en la esfera de la educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio. (…)

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (…)

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

14.3 Consideraciones generales

Este capítulo trata sobre tres temas relativos a tres sujetos de derecho: los pueblos, los pueblos o poblaciones indígenas y las minorías étnicas, lingüísticas o religiosas. Sólo uno de estos sujetos –pueblo indígena– está definido por la normativa internacional. La ausencia de definiciones consagradas sobre el concepto de minoría étnica, lingüística o religiosa, y sobre todo de "pueblo" conduce a incertidumbres y confusiones en cuanto al contenido de estos conceptos, sus similitudes y distinciones.[1] Para efectos de explicar el alcance de este capítulo, y sin perjuicio del análisis presentado en las secciones siguientes, se puede adelantar que un pueblo debe poseer una de las características de una minoría étnica –una identidad cultural– pero que no toda minoría puede considerarse un pueblo. Las poblacio-

---

[1] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, párr. 2, sobre el artículo 27 del PIDCP.

nes indígenas invariablemente son minorías étnicas –por poseer una cultura propia– y constituyen minorías lingüísticas o religiosas en la medida en que conservan su idioma y sus creencias espirituales tradicionales.[2] No obstante, los conceptos son distintos: hay muchas minorías que no son indígenas y las poblaciones indígenas tienen características que no tienen las minorías no indígenas así como, en consecuencia, derechos que no tienen otras minorías. Una población indígena puede reunir los elementos para considerarse un pueblo –un pueblo indígena– pero no toda comunidad indígena reúne estos requisitos.

La superposición de estos conceptos se pone de manifiesto en la jurisprudencia. Algunas agrupaciones indígenas han recurrido al Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, para denunciar presuntas violaciones del derecho a la libre determinación. Por razones de competencia el Comité no examina supuestas violaciones del artículo 1 del PIDCP, sino que aplica a denuncias de esta naturaleza el artículo 27 que consagra los derechos de las minorías. Además, a pesar de que la palabra "indígena" no figura en el PIDCP, la doctrina y jurisprudencia del Comité reconocen que los derechos de las minorías indígenas tienen una dimensión adicional, comparados con los derechos de otras minorías.[3] (Toda la jurisprudencia del Comité sobre el artículo 25 se presenta en la sección 14.5, relativa a los derechos de las minorías, aún cuando la minoría en cuestión sea indígena.)

Si bien el principal objetivo de este libro es analizar la doctrina y jurisprudencia sobre los derechos civiles y políticos consagrados por la normativa internacional aplicable en las Américas –y en particular las Declaraciones de San Francisco y de Bogotá, el PIDCP y el Pacto de San José– la orientación del presente capítulo es distinta, por dos

---

[2] Teóricamente una nación indígena podría constituir la mayoría de la población de un Estado, pero en la práctica no se presenta el caso ni siquiera en los pocos países en los cuales las distintas comunidades indígenas en su conjunto son mayoría.

[3] Véanse los casos Ominayak y Diergaardt, y la Observación General No. 23, párr. 3.2 infra.

razones. En primer lugar, porque de los cuatro instrumentos que conforman el marco de referencia básico del libro, sólo el PIDCP contiene disposiciones que reconocen dos de los temas analizados en este capítulo, a saber: el derecho a la libre determinación y los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas. En segundo lugar porque, si bien la jurisprudencia sobre estas cuestiones no es extensa, ha habido avances importantes en la elaboración de una normativa dedicada específicamente a los derechos de estos sujetos, en particular los derechos de las poblaciones indígenas. En consecuencia, el análisis de instrumentos complementarios ocupa un lugar importante en este capítulo.

Esa normativa incluye la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1994, y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes adoptado por la Conferencia Internacional de Trabajo en 1989 y vigente desde 1991. Este capítulo también analiza, excepcionalmente, dos proyectos de declaraciones que todavía no han sido adoptadas por los órganos políticos competentes: el proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas presentado para examen a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1994, y el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1997. La demora en lograr la adopción de estos instrumentos impone cautela con respecto a su valor normativo actual, salvo en la medida en que los órganos del sistema interamericano ya comienzan a citar el proyecto de declaración americana sobre el tema.

El objetivo de este capítulo no es analizar el fenómeno de la discriminación contra las personas que pertenecen a una de estas minorías o contra los indígenas, sino los derechos propios de las minorías y de los indígenas, cuyo contenido es distinto del de los demás

derechos fundamentales patrimonio de toda persona humana.[4] El tema de la discriminación se presenta en el Capítulo 15.

Los derechos propios de las minorías y de las poblaciones indígenas son, en gran parte, derechos de índole cultural, social y económica, tema que por su naturaleza escapa a los propósitos de la presente obra. El análisis de la nueva normativa sobre los derechos de las minorías y de los indígenas presentado en estas páginas pone énfasis en los derechos civiles y políticos.

La normativa interamericana no contiene ninguna disposición sobre los derechos de las minorías, ni consagra el derecho a la libre determinación como tal.[5] No obstante, la aplicación de normas universales ocupa un lugar importante en la doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano.[6] En el año 2001 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) reconoció la importancia de esta temática mediante la incorporación a la Carta Democrática Interamericana de una disposición que declara: "la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana" (art. 9).

---

4 La Observación General No. 23 señala que los derechos de las personas que pertenecen a tales minorías "se suma[n] a los demás derechos de que puedan disfrutar esas personas al igual que todas las demás", párr. 1. Véase también el párrafo 9.

5 El artículo 39 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, transcrita en la sección 14.2 del presente capítulo podría considerarse una excepción.

6 En el año 2000 la CIDH publicó una síntesis de su jurisprudencia en la materia, en un informe denominado "La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas".

14.4 El derecho a la libre determinación

i) Consideraciones generales

El derecho de los pueblos a la libre determinación ocupa un lugar especial en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Es uno de los pocos derechos humanos consagrado específicamente por la Carta de las Naciones Unidas. Su reconocimiento en el primer artículo del PIDCP y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) también pone de manifiesto el lugar especial que ocupa en el DIDH. La importancia que se le otorga se debe a que "su ejercicio es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos", según el Comité de Derechos Humanos.[7]

La primera frase del artículo 1 común de los Pactos Internacionales[*] declara categóricamente: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación". La segunda oración describe el contenido de este derecho: "En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural". El segundo párrafo reconoce un corolario de suma importancia, a saber: "Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, (…) En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia".

No obstante la importancia de este derecho, su interpretación y puesta en práctica ha sido uno de los temas más polémicos en la historia del DIDH. Por este motivo en 1974 la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre la prevención de discriminación y protección de minorías nombró dos Relatores para elaborar estudios sobre la materia, uno sobre "El derecho a la libre determinación en su

---

[7] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 12, párr. 1.

[*] Cuando se mencionan los Pactos Internacionales o los Pactos, se hace referencia al PIDCP y al PIDESC (nota del editor).

desarrollo histórico y actual", y otro sobre "La implementación de las resoluciones de las Naciones Unidas relativas al derecho a la libre determinación".[8] Dos Declaraciones de la Asamblea General han sido el centro del debate sobre el alcance y los límites de este derecho: la Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales de 1960, y la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de 1970.[9]

La Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 es un documento sucinto. Su párrafo segundo es sustancialmente idéntico al artículo 1.1 común de los Pactos Internacionales. El párrafo más citado por quienes sostienen que esta Declaración establece un límite al derecho a la libre determinación el es sexto y penúltimo, que dispone: "Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas".

La parte del segundo instrumento mencionado, la Declaración de 1970 –que se refiere al derecho a la libre determinación–, también reitera la fórmula consagrada por el artículo 1.1 común de los Pactos Internacionales relativo al derecho a la libre determinación y precisa que "El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de condición política libremente decidida por un pueblo, constituyen formas de ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo." El sexto párrafo explicativo del segundo de los principios enunciados por la Declaración, que se interpreta como una posible limitación a este derecho, establece:

---

[8] Naciones Unidas, Subcomisión sobre la prevención de discriminación y protección de las minorías, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, publicado en 1981 y E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1, publicado en 1980, respectivamente. Actualmente, dicha Subcomisión es denominada Subcomisión de Derechos Humanos.

[9] Resoluciones 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960 y 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970.

> Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color.

No es fácil armonizar los principios contenidos en estas Declaraciones con el derecho enunciado en el artículo 1 común de los Pactos Internacionales. La Declaración de 1960 tiene un objetivo claro, que no es definir los derechos de los pueblos en general sino "poner fin al colonialismo". Si bien algunas de sus disposiciones se refieren a los derechos de todos los pueblos, otras hacen mención a los derechos de los "pueblos dependientes" y a la población de "territorios dependientes". Esta Declaración ubica los principios que han de orientar la tarea urgente de la abolición del colonialismo en el contexto de otros principios del derecho internacional, pero sin un verdadero análisis de la relación lógica entre los derechos y principios traídos a colación. Adoptada varios años antes de los Pactos Internacionales de 1966, una posible interpretación de la relación entre la Declaración y el artículo 1 común de los Pactos sería que la Declaración desarrolla el principio de libre determinación en un contexto específico, en cuanto derecho de una determinada categoría de pueblos, mientras que los Pactos lo consagran plenamente, en cuanto derecho de todo pueblo. También es menester constatar que las distintas finalidades de las dos Declaraciones –de 1960 y de 1970– han producido diferencias de énfasis e incluso hasta contradicciones entre la forma como ellas presentan el derecho de libre determinación. Por ejemplo, mientras la Declaración de 1960 hace hincapié en la adquisición inmediata de la "independencia absoluta", la Declaración de 1970 reconoce opciones como la libre asociación, como legítimas "formas de ejercicio del derecho de libre determinación".

Dado que la Declaración de 1970 es un instrumento dedicado a "las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados", quizás no sea la fuente más idónea de interpretación del alcance y contenido de un derecho humano. Sin embargo, es un principio general del derecho internacional de los derechos humanos que éstos no pueden ser invocados para justificar acciones que atenten contra los propósitos y principios de las Naciones Unidas (art. 29.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).[10] Por tanto, es legítimo y necesario buscar una fórmula que permita conciliar la plena vigencia del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado por el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas como finalidad de esta Organización, con la integridad territorial o la independencia política de los Estados, establecida por el artículo 2.4 de la Carta como principio de las Naciones Unidas. Si bien la lucha de un pueblo por su independencia puede considerarse como el ejercicio del derecho a la libre determinación, desde la perspectiva de las relaciones entre Estados el apoyo de un Estado a un movimiento político que busca la independencia de otro puede fácilmente constituir una injerencia en los asuntos internos de este último, y hasta una agresión, ambos actos contrarios a los propósitos y principios de la Organización. De allí la importancia de aclarar la relación entre estos imperativos.[11]

La Declaración de 1970 hace un aporte en este sentido mediante el párrafo antes citado que dispone que si un Estado se conduce "(…) de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos (…) y est[á] por tanto,

---

[10] Véase también el artículo 1.F.c) de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

[11] Véase el informe publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1984 sobre "los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito", y la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en 1986 en el caso "Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua" (Nicaragua c. Estados Unidos de América).

dotad[o] de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio", será ilícita toda "acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, [su] integridad territorial (…)". De esta disposición se desprende que si, al contrario, un Estado está constituido desconociendo el derecho de libre determinación y, por tanto, tiene un gobierno que no representa la totalidad de la población, la lucha por la libre determinación será lícita. Por otra parte, el párrafo citado de la Declaración de 1970 parece significar que, cuando un Estado está construido sobre el respeto del derecho a la libre determinación, y está dotado de un gobierno que represente sin discriminación a todos los componentes de la población, la lucha a favor de la libre determinación es lícita siempre que se limite a las modalidades compatibles con la integridad territorial de dicho Estado. En 1981, uno de los relatores de la Comisión de Derechos Humanos señaló que el derecho de los pueblos a "establecer su condición política" tiene un aspecto internacional y otro interno, y definió el aspecto interno como el derecho de "elegir y llevar adelante libremente el sistema político interno que corresponda a sus aspiraciones y objetivos políticos."[12] Gran parte de la doctrina y jurisprudencia desarrolladas en la última década, así como el Convenio 169 de la OIT y el proyecto de declaración americana, desarrolla la dimensión interna del derecho de libre determinación en lo político así como en lo cultural y económico.

ii) La jurisprudencia universal

En el caso Ominayak –también conocido como el caso Agrupación del Lago Lubicon–, el jefe de una comunidad indígena compuesta de unas quinientas personas alegó una violación del derecho a la libre determinación y en particular del derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y proveer al desarrollo

---

[12] Comisión de Derechos Humanos, El derecho a la libre determinación en su desarrollo histórico y actual, párr. 303 (traducción propia).

económico, social y cultural.[13] El fondo del caso se refería a los esfuerzos de la comunidad indígena para obtener el reconocimiento de los reclamos relativos al dominio de su territorio ancestral y a la indemnización por la usurpación de sus tierras y recursos naturales. El Comité concluyó que, en interpretación del Protocolo Facultativo, carece de competencia para conocer presuntas violaciones del derecho a la libre determinación por la razón siguiente:

> (…) el Comité reafirma que (…) el Pacto (…) reconoce y protege en los términos más enérgicos el derecho de un pueblo a la libre determinación y su derecho a disponer de sus recursos naturales, como condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos. No obstante, el Comité observa que el autor, como persona individual, no puede afirmar con arreglo al Protocolo Facultativo que es víctima de una violación del derecho a la libre determinación consagrado en el artículo 1 del Pacto, que trata de los derechos reconocidos a los pueblos como tales.[14]

No obstante, el Comité de Derechos Humanos adoptó una interpretación muy amplia del artículo 27 del PIDCP al considerar que "los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen el derecho de las personas a emprender, en forma mancomunada, actividades económicas y sociales que forman parte de la cultura de la comunidad (…)".[15] Las circunstancias en las que la comunidad estaba obligada a vivir mientras se tramitaban sus reclamos sobre el territorio y la indemnización por las "injusticias históricas" sufridas, según la conclusión del Comité, "amenazan el modo de vida y la cultura" de la comunidad y por tanto constituyeron una violación continua del artículo 27.[16] En efecto, esta decisión establece que "En ningún caso

---

[13] Comité de Derechos Humanos, caso Ominiyak c. Canadá, párrs. 1, 2.1 y 2.3 (1990).

[14] Ibíd., párr. 13.3 Véase también el artículo 32.1.

[15] Ibíd., párr. 32.2.

[16] Ibíd., párr. 33.

podrá privarse [a una comunidad indígena] de sus propios medios de subsistencia."

En una decisión reciente, el Comité de Derechos Humanos señaló que si bien carece de competencia para conocer alegatos de violaciones del artículo 1 del PIDCP, en ciertas circunstancias este artículo puede tener relevancia para el análisis de presuntas violaciones de los derechos políticos.[17] El caso Gillot trata sobre el derecho a votar en dos referendos celebrados en Nueva Caledonia, un grupo de islas colonizadas por Francia en el siglo XIX, con el propósito de decidir sobre el futuro del territorio. El derecho a votar en los referendos se limitaba en función de la ascendencia del individuo, el número de años de residencia en el territorio y otros vínculos ("intereses materiales y morales") con el territorio.[18] La legislación sobre las modalidades del escrutinio había sido elaborada después de una lucha violenta entre los partidarios y oponentes de la independencia, en consulta con los representantes de las distintas comunidades. La finalidad de los requisitos para votar era excluir de la participación a personas recién llegadas y limitar la participación de aquéllas "interesadas" en el futuro del territorio.[19] La población del territorio era aproximadamente 44% de origen indígena, 33% de origen europeo y 23% de otro origen, y la legislación reconocía el derecho del 92% de la población a participar en los referendos.[20] Los autores de la denuncia, ciudadanos franceses que no reunían los requisitos para votar, se consideraron discriminados en el ejercicio de sus derechos políticos.[21]

En aplicación de su jurisprudencia sobre la discriminación, el Comité de Derechos Humanos consideró que las restricciones destinadas a permitir sólo la participación a personas "interesadas" en el

---

[17] Comité de Derechos Humanos, caso Gillot c. Francia, párrs. 13.4 y 13.16 (2002) (es de notar que la versión española del art. 13.4 es errónea, habría que suprimir la palabra "no" en la última frase).

[18] Ibíd., párr. 2.6 y nota 2.

[19] Ibíd., párrs. 8.3 y 14.3.

[20] Ibíd., notas 7 y 20; párr. 9.14.

[21] Ibíd., párrs. 3.2 a 3.11.

futuro del territorio no eran discriminatorias, porque "se basan en motivos objetivos de diferenciación, razonables y compatibles con las disposiciones del Pacto".[22] Concretamente, el Comité consideró que las restricciones al derecho de votar eran legítimas, y aptas y proporcionadas a la finalidad de tutelar el derecho a la libre determinación. Para llegar a esta conclusión, el Comité consideró innecesario "pronunciarse (…) sobre el contenido del concepto de 'pueblos' planteado por el artículo 1 (…)".[23] En otras palabras, el Comité evaluó la razonabilidad de las medidas destinadas a favorecer la realización de un derecho cuyo sujeto es un pueblo, sin analizar la coherencia de las restricciones con la identidad del sujeto de este derecho. Quizás esta paradoja se debe a las circunstancias procesales del caso, es decir, la identidad de las personas que impugnaban la legislación, y la naturaleza de los alegatos que formularon, relativa a la discriminación en el ejercicio de los derechos políticos. No obstante, la decisión también señala que los requisitos relativos a la duración de residencia "(…) no resultan desproporcionados con relación a un proceso de descolonización que implique la participación de los residentes que, por encima de su filiación étnica o política, hayan contribuido y contribuyan a la edificación de Nueva Caledonia a través de sus vínculos suficientes con este territorio". Esta afirmación parece aludir a un concepto de pueblo algo distinto del que parece implícito en las observaciones del Comité sobre otras situaciones.

iii) La doctrina universal

En 1984 el Comité de Derechos Humanos adoptó una Observación General relativa a este derecho. Siendo una de las primeras adoptadas, su alcance es limitado. La Observación no contiene referencia

---

[22] Ibíd., párr. 13.18.

[23] Ibíd., párr. 13.16.

alguna al contenido del concepto de "pueblo". No obstante, afirma que todos los Estados Partes deben presentar información sobre los "procesos constitucionales y políticos que permiten en la práctica el ejercicio de este derecho". El hecho de que esta recomendación se dirija a todos los Estados evidencia una interpretación amplia del alcance de este derecho, y confirma que no es privativo de pueblos que viven bajo determinados tipos de regímenes. La frase "El artículo 1 consagra un derecho inalienable de todos los pueblos (…)" es significativa tanto por la reafirmación de que éste es derecho de todo pueblo, como por la confirmación de su carácter inalienable.[24] El Comité apenas se remite a la Declaración de 1970 sobre los Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, y a otros instrumentos que se refieren al derecho de libre determinación, en su penúltimo párrafo, sin mención alguna a la idea de que estos instrumentos podrían restringir el alcance o condicionar el ejercicio del derecho a la libre determinación.[25] El párrafo siguiente comenta que "El Comité considera que la historia ha demostrado que el ejercicio y el respeto del derecho de libre determinación de los pueblos contribuyen al establecimiento de relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados y al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacionales". Esta alusión a la Declaración de 1970 parece rechazar tácitamente la idea de que el ejercicio del derecho de libre determinación está supeditado a principios generales del derecho internacional público.

La amplia interpretación de las obligaciones de los Estados en el plano internacional, adoptada por el Comité en esta Observación, no ha perdido actualidad, como se observa en el siguiente párrafo:

> El párrafo 3 [del artículo 1] reviste, a juicio del Comité, especial importancia por cuanto impone obligaciones concretas a los Estados Partes, no sólo en relación con sus propios pueblos sino con todos los pueblos que no han podido ejercer su derecho a la libre determinación o se han

---

[24] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 12, párr. 2.

[25] Ibíd., párr. 7.

> visto privados de la posibilidad de ejercer tal derecho (…) Se desprende de ello que todos los Estados Partes en el Pacto deben adoptar medidas positivas para facilitar el ejercicio y el respeto del derecho de los pueblos a la libre determinación. Esas medidas positivas deben ser compatibles con las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional; en especial, los Estados no deben injerirse en los asuntos internos de otros Estados, afectando así desfavorablemente el ejercicio del derecho a la libre determinación. (…)[26]

En definitiva, los párrafos 6 y 7 de la Observación General del Comité de Derechos Humanos apoyan la interpretación de que el párrafo de la Declaración de 1970 citado debe entenderse como principio que rige las acciones de un Estado hacia otro, y no como una limitación al derecho inalienable de todo pueblo a la libre determinación.

Las observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre los informes presentados por los Estados Partes relativos a la puesta en práctica del PIDCP han incluido referencias al derecho a libre determinación que arrojan alguna luz sobre la definición de pueblo y reconocen el derecho de algunos pueblos indígenas a la libre determinación. En el caso de México, el Comité comentó en 1999 lo siguiente:

> Pese al reconocimiento que la Constitución hace en su artículo 4 de la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas y la voluntad del Estado Parte de dirimir la cuestión de la autodeterminación de las comunidades indígenas, el artículo 27 de la Constitución parece proteger únicamente ciertas categorías de derechos respecto de las tierras indígenas y continúa dejando expuestas a las poblaciones indígenas a amplias violaciones de derechos humanos.

---

[26] Ibíd., párr. 6.

> El Estado Parte debería tomar las medidas necesarias para garantizar a las comunidades indígenas el respeto a los derechos y libertades que les corresponde individualmente y como grupo, erradicar los abusos a que se les somete, respetar sus costumbres y cultura, así como sus formas tradicionales de vida permitiéndoles el disfrute de sus tierras y recursos naturales. Asimismo, se debe tomar medidas adecuadas para incrementar su participación en las instituciones del país, así como el ejercicio del derecho a la autodeterminación.[27]

En sus observaciones sobre el informe de Canadá adoptadas el mismo año, señaló lo siguiente:

> El Comité toma nota de que, como ha reconocido el Estado Parte, la situación de las poblaciones indígenas sigue siendo "el problema más apremiante de derechos humanos con que se enfrentan los canadienses". A este respecto, al Comité le preocupa también que el Estado parte no haya aplicado todavía la recomendación de la Comisión Real sobre las Poblaciones Autóctonas. En cuanto a la conclusión de la Comisión Real, de que sin una mayor proporción de tierras y recursos las instituciones autóctonas de autogobierno fracasarán, el Comité hace hincapié en que el derecho a la autodeterminación requiere, entre otras cosas, que todas las poblaciones puedan disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y que no se les prive de sus medios de subsistencia (art. 1 párr. 2). El Comité recomienda que se tomen medidas decisivas y urgentes con miras a la plena aplicación de las recomendaciones de la Comisión Real acerca de la asignación de tierras y recursos. El Comité recomienda también que se abandone la práctica de abrogar los derechos inherentes a las poblaciones autóctonas por ser incompatible con el artículo 1 del Pacto.[28]

---

[27] Comité de Derechos Humanos, Informe CCPR/C/79/Add.109 (México), párr. 19 (1999).

[28] Comité de Derechos Humanos, Informe CCPR/C/79/Add.105 (Canadá), párr. 8 (1999).

El Comité de Derechos Humanos también ha reconocido como sujetos del derecho a la libre determinación a los sami de Noruega y Suecia, a los aborígenes de Australia y a las poblaciones de las islas Feroe y Tokelau, que se encuentran bajo la jurisdicción de Dinamarca y de Nueva Zelandia, respectivamente.[29]

iv) La jurisprudencia interamericana

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) analizó hace dos décadas los alegatos de una comunidad indígena sobre la presunta violación del derecho a la libre determinación en el "Informe sobre los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito."[30] Con base en las Declaraciones de 1960 y 1970 antes citadas, la CIDH consideró que "el principio de libre determinación quedó identificado por las Naciones Unidas con las luchas de libre determinación de los pueblos coloniales", y que "(…) el derecho de la libre determinación de los pueblos nunca podría entenderse '(…) en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes (…)'."[31] Sin analizar si los miskitos reunían o no los requisitos para ser considerados como un pueblo, la CIDH concluyó que eran sujetos de los derechos reconocidos por el artículo 27 del PIDCP y no del artículo 1. La explicación fue formulada en los términos siguientes:

> Si bien el estado actual del Derecho Internacional no permite considerar que los grupos étnicos de la zona atlántica de Nicaragua posean un derecho a su autonomía política y libre determinación, sí está reconocida, en cambio, una protección legal especial para el uso de su idioma,

---

[29] Comité de Derechos Humanos, Informe CCPR/C/79/Add. 112, párrs. 10 y 17; A/55/40, párr. 75; CCPR/CO/74/SWE, párr. 15; A/55/40, párrs. 506-507; CCPR/CO/70/DNK, párr. 10; A/50/40, párr. 175.

[30] El informe fue adoptado en 1983 y publicado en 1984.

[31] Ibíd., p. 83.

> el ejercicio de su religión y, en general, de aquellos aspectos vinculados a la preservación de su identidad cultural. A ello deben agregarse los aspectos vinculados con la organización productiva, lo cual incluye, entre otros, el problema de las tierras ancestrales y comunales. No respetar esos derechos y valores culturales conduce a una asimilación forzosa con resultados que pueden ser desastrosos. (…) A juicio de la CIDH, la necesidad de preservar y garantizar la vigencia de estos principios en la práctica impone la necesidad de establecer un adecuado ordenamiento institucional como parte de la estructura del Estado nicaragüense. Dicho ordenamiento institucional sólo podrá cumplir eficientemente los fines asignados, en la medida en que el mismo sea diseñado por medio de una amplia consulta y ejecutado con la directa participación de las minorías étnicas de Nicaragua, a través de sus representantes libremente designados.[32]

La CIDH no aplicó integralmente los criterios establecidos por el párrafo citado de la Declaración de 1970, y su propia descripción de la situación de los miskitos sugiere más bien que el Estado no reunía el requisito de "[conducirse] de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y est[ar], por tanto, dotad[o] de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color". Sin duda la referencia a la Declaración de 1970 sobre los Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, que se refiere principalmente al principio de no injerencia y sólo tangencialmente al tema de la libre determinación, se explica por el hecho de que en ese momento Nicaragua era víctima de una agresión organizada por otro Estado, como quedó comprobado posteriormente por la Corte Internacional de Justicia.[33]

---

[32] Ibíd., pp. 84-85, párr. 15.

[33] Corte Internacional de Justicia, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), sentencia del 27 de junio de 1986.

El derecho internacional relativo a los derechos de los pueblos indígenas ha conocido un desarrollo muy importante en las últimas dos décadas, y el análisis desarrollado en este Informe está hoy día desactualizado. No obstante, el progreso hacia el reconocimiento de una definición objetiva de "pueblo" como sujeto del derecho a la libre determinación ha sido lento. Tanto así que veinte años después sería arriesgado tachar de errónea la conclusión de la CIDH de que "el estado actual del Derecho Internacional no permite considerar que los [miskitos] posean un derecho a [la] libre determinación."

Aparte de su análisis sobre la libre determinación, la aplicación del artículo 27 del PIDCP en este informe de la CIDH fue un avance importante, e incluso anticipó por varios años la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre este artículo. La jurisprudencia interamericana reciente no aborda la problemática de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas desde la óptica del derecho a la libre determinación como tal, sino más bien desde el derecho a la participación según el espíritu del Convenio 169, del proyecto de declaración americana mencionado y del artículo 27 del PIDCP.

v) El Convenio 169 y los proyectos de declaración

El artículo 1.1 del Convenio 169, que se aplica a "pueblos indígenas y tribales", define el significado de "indígena" y "tribal", sin definir el concepto "pueblo". El tercer párrafo del mismo artículo advierte que "La utilización del término 'pueblos' en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional", vale decir, que no tiene relevancia para la determinación del sujeto del derecho a la libre determinación.

Si bien el Convenio 169 no emplea nunca la expresión "libre determinación", contiene una serie de disposiciones que, en efecto, parecen corresponder a lo que el Relator de las Naciones Unidas

antes citado denominó la "dimensión interna" del derecho a determinar la condición política y a lo que el proyecto americano de declaración llama "derecho a la autonomía o autogobierno" (art. XV.1). En primer lugar, el Convenio reconoce el derecho del pueblo a mantener sus instituciones (arts. 4.1 y 5 b, véase también el art. 8.2). Se dispone que "Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, (…) y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural", una versión matizada de la segunda oración del artículo 1.1 común de los Pactos (art. 7.1). Se prohíbe el empleo de toda "(…) forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados", norma que recuerda la prohibición de agresión en el derecho internacional público (art. 3.2). Se reconoce también en forma programática, el derecho de los pueblos indígenas a mantener un sistema de derecho penal interno, así como sus "modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra" (arts. 9.1 y 17.1). Cierto es que muchas disposiciones del Convenio 169 reconocen límites a las facultades de los pueblos indígenas y a la autoridad suprema del Estado. No obstante, las disposiciones antes citadas, sumadas a los preceptos sobre el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones sobre temas que les afecten, suponen una verdadera redefinición de la relación entre el Estado y estos pueblos, y el reconocimiento de una nueva categoría de sujeto del derecho.

El proyecto de declaración americana, al igual que el Convenio 169, evitan el uso de la expresión "libre determinación", y hacen una advertencia en el sentido de que la utilización del término "pueblo" no tiene "implicación alguna en lo que atañe a otros derechos que puedan atribuirse a dicho término en el derecho internacional" (art. 1.3).[34] A diferencia del Convenio, el proyecto de declaración reco-

[34] Otra salvaguardia de la soberanía del Estado está consagrada por el artículo XXV, que reza: "Nada en esta Declaración implica otorgar derecho alguno a ignorar las fronteras de los Estados."

noce abierta y expresamente la dimensión interna de la libre determinación en el artículo XV sobre el "Derecho al autogobierno". El primer párrafo de dicho artículo reza así:

> Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar libremente su ***status*** político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a, inter alia, cultura, religión, educación, información, medios de comunicación, salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente e ingreso de no-miembros; así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas.

Este proyecto de declaración también hace hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus propios sistemas legales (art. XVI, art. XI.1 relativo a la familia y art. XVII sobre la tierra y la propiedad.

El proyecto de declaración elaborado en el seno de las Naciones Unidas tiene una orientación distinta. A pesar de su nombre, que se refiere a poblaciones y no a pueblos indígenas, el proyecto declara: "Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural" (art. 3).

El artículo siguiente desarrolla este concepto al afirmar lo siguiente:

> Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (art. 4).

El artículo 21 de este proyecto de declaración afirma que: "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas políticos, económicos y sociales (…)". Esta disposición, al igual

que otras sobre la participación de los pueblos indígenas en la vida nacional y en la toma de decisiones sobre temas que les afectan, son calificadas por la frase "si lo desean". El significado de esta frase es ambiguo, pero parece indicar que el deseo de un pueblo indígena de permanecer aislado de la sociedad nacional –o eventualmente de separarse de ésta– debe respetarse. La controversia sobre las disposiciones del proyecto referentes al derecho a libre determinación han sido un obstáculo para su adopción, según el primer informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos humanos y cuestiones indígenas.[35]

14.5 Los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas

i) La Declaración de 1994 sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1994 la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas inspirada, según consta en su Preámbulo, en el artículo 27 del PIDCP. El contenido de esta Declaración no es muy novedoso y muchas de sus disposiciones se limitan a reafirmar el derecho de las personas pertenecientes a dichas minorías a disfrutar y a ejercer sin discriminación los derechos ampliamente reconocidos en la Carta Internacional de los Derechos Humanos.[36]

No obstante, este instrumento contiene avances en la materia. Su artículo primero subraya que las obligaciones del Estado hacia tales minorías no son exclusivamente de carácter negativo, sino que

---

[35] Comisión de Derechos Humanos, Informe E/CN.4/2002/97, párr. 89.

[36] Por ejemplo, los artículos 2.4 sobre la libertad de asociación y 2.5 sobre libertad de información.

incluyen la obligación de "proteger la existencia y la identidad" de dichas minorías en cuanto colectividades (véase también la Observación General No. 23 sobre el artículo 27 del PIDCP, infra). Los párrafos 3 y 4 del artículo 4 precisan que esas obligaciones positivas comprenden la enseñaza de los idiomas minoritarios y el uso de esos idiomas como medio de instrucción, así como la "promoción del conocimiento de la historia, las tradiciones (…) y la cultura de las minorías (…)". Otras obligaciones genéricas están reconocidas en los artículos 5, 6 y 7.

El artículo 2.1 de la Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías reitera los derechos plasmados en el artículo 27 del PIDCP: disfrutar de su propia cultura, profesar y practicar su propia religión y utilizar su propio idioma, agregando que el sujeto tiene derecho a realizar estas actividades "libremente'"y "en privado y en público". El párrafo tercero del artículo 2 reconoce, aunque en forma programática y condicionada, el derecho de las minorías a participar en la toma de decisiones que les afectan o afectan las regiones donde viven.

La cuestión de las prácticas y los valores tradicionales contrarios a los valores y principios consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos es sensible. El artículo 4.2 de esta Declaración toma una posición sobre esta cuestión al precisar que los Estados deben promover el desarrollo de la cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres de dichas comunidades, "(…) salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales."[37]

---

[37] La cláusula citada establece dos condiciones acumulativas al referirse a prácticas que violan la legislación nacional y que son contrarias a la normativa internacional. En realidad, la más relevante de las dos condiciones es la segunda, relativa a la normativa internacional, pues cuando una práctica es contraria a dicha normativa, los Estados están obligados a adoptar legislación destinada a erradicarla. En caso contrario –si una práctica es prohibida por el derecho interno pero constituye una parte integral de la cultura de una minoría– el Estado está en la obligación de derogar las disposiciones legislativas contrarias al derecho reconocido por la normativa internacional.

El valor principal de la Declaración consiste en el reconocimiento de los derechos consagrados por el artículo 27 del PIDCP –que no son consagrados ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en la normativa interamericana– como parte del derecho internacional consuetudinario aplicable a la comunidad internacional en general.

ii) La doctrina universal

El Comité de Derechos Humanos adoptó en 1994 la Observación General No. 23 sobre el artículo 27 del PIDCP. "La protección de esos derechos", declaró el Comité, "tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto."[38]

El concepto de "minorías étnicas, religiosas o lingüísticas" se refiere a un grupo de personas que comparten una cultura, una religión y/o un idioma.[39] El Comité de Derechos Humanos considera que la "existencia" de tal grupo no implica necesariamente que forme parte permanente de la sociedad ni que se trate de nacionales. A efectos del artículo 27, los trabajadores extranjeros y los refugiados pueden conformar una minoría[s] en el país en donde se han instalado en búsqueda de trabajo o refugio.[40]

En cuando al requisito de que la minoría tenga existencia dentro del territorio del Estado en cuestión, la Observación manifiesta lo siguiente:

---

[38] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, párr. 9.

[39] Ibíd., párr. 5.1 (la versión española de la Observación presenta un error de traducción al referirse a personas que "comparten en común una cultura, una religión y un idioma", mientras que las versiones inglesa y francesa rezan "and/or" y "et/ou". El texto del artículo emplea el disyuntivo "o", si bien es obvio que hay grupos que son minorías de acuerdo con dos de estos criterios e incluso de acuerdo con los tres criterios).

[40] Ibíd., párrs. 5.1 y 5.2 (la observación se refiere expresamente a trabajadores migratorios).

> El artículo 27 reconoce derechos a las personas pertenecientes a las minorías que "existan" en un determinado Estado Parte. Habida cuenta de la naturaleza y el alcance de los derechos reconocidos en virtud de este artículo, no procede determinar el grado de permanencia que supone la expresión "que existan". (…) Así como no necesitan ser nacionales ni ciudadanos, tampoco necesitan ser residentes permanentes.[41]

El reconocimiento oficial de la minoría es irrelevante, a efectos de la aplicación del artículo 27, pues la existencia de un grupo que comparte una cultura, una religión o un idioma es una cuestión fáctica que no depende de una "decisión unilateral" del Estado.[42]

Si bien el artículo 27 reconoce al individuo que pertenece a una minoría como titular del derecho, y no a la minoría como tal, es evidente que el disfrute de estos derechos por el individuo requiere la existencia de la comunidad minoritaria y la conservación de su identidad cultural, religiosa y/o linguística. Por tanto, el Estado puede tener, además de la obligación negativa de no tomar medidas que debiliten al grupo u obstaculicen la participación de sus miembros en las actividades tradicionales, la obligación de "adopt[ar] medidas positivas para proteger la identidad de una minoría."[43] Medidas de esta índole pueden considerarse como discriminación positiva "en la medida en que estén destinadas a corregir una situación que impide o dificulte el goce de los derechos garantizados por el artículo 27 [y] que estén basadas en criterios razonables y objetivos."[44] No obstante, en la elaboración y ejecución de políticas de protección de minorías, el Estado debe evitar toda discriminación entre las distintas minorías con derecho a protección.[45] Asimismo, la obligación del Estado de proteger las minorías se extiende a la protección con-

---

41 Ibíd., párr. 5.2.

42 Ibíd.

43 Ibíd., párr. 6.2.

44 Ibíd.

45 Ibíd.

tra actividades de particulares susceptibles de perjudicar los derechos de aquéllas.[46]

Con respecto a las minorías indígenas en particular, el Comité de Derechos Humanos manifestó lo siguiente:

> Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley[1]. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.[47]

iii) La jurisprudencia universal

Las primeras decisiones del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 27 se refieren al derecho de las personas de origen indígena a vivir en el territorio y a participar en las actividades de sus respectivas comunidades. El caso Lovelace trata sobre una mujer indígena que había perdido el derecho a residir en el territorio de su comunidad debido a su matrimonio con un no indígena.[48] La medida era consecuencia de la legislación nacional, pero contó con el respaldo del Consejo de la comunidad indígena en cuestión.[49] El Estado informó que el objetivo de la legislación era proteger a las comunidades indígenas y, en particular, la integridad de sus tierras. Tradicionalmente los derechos de una persona dependían de su lí-

---

[46] Ibíd., párr. 6.1.

[47] Ibíd., párr. 7.

[48] Comité de Derechos Humanos, caso Lovelace c. Canadá, párr. 1 (1981).

[49] Ibíd., párr. 9.7.

nea paterna, según el Estado, y el matrimonio de una indígena con un hombre no indígena representaba un peligro mayor al patrimonio colectivo, comparado con el matrimonio de un varón indígena con una mujer no indígena.[50]

El Comité de Derechos Humanos determinó, en primer lugar, que "Normalmente debe considerarse que las personas nacidas y criadas en una reserva, que han mantenido vínculos con su comunidad y que desean conservar estos vínculos pertenecen a esta minoría (…)".[51] Por tanto, la víctima "es étnicamente una india Maliseet" a efectos de los derechos reconocidos por el PIDCP, a pesar de que la legislación nacional le había privado de la condición jurídica de india y de los derechos correspondientes.[52] Su derecho "(…) a participar en la vida cultural y emplear el idioma de su comunidad de origen 'en común con los demás miembros' de su grupo de hecho ha sido y sigue siendo objeto de interferencias, porque esta comunidad existe únicamente en la Reserva (…)".[53] El Comité consideró que los objetivos de la legislación –la protección de la identidad y recursos de la comunidad indígena– eran coherentes con el PIDCP, pero recalcó que las medidas empleadas para estos fines debían "tener una justificación razonable y objetiva y ser compatibles con las demás disposiciones del Pacto."[54] El Comité no se pronunció sobre la compatibilidad de la legislación como tal con el PIDCP, pero dictaminó que en el caso concreto, habida cuenta del divorcio de la víctima, no había "justificación razonable para la interferencia en" su derecho de residir en la reserva.[55]

---

[50] Ibíd., párr. 5 (1981). Una indígena que se casaba con un indígena de otra etnia también perdía el derecho de vivir en las tierras de su comunidad de origen, pero adquiría el derecho de residir en el territorio de la comunidad de su esposo, párr. 9.3.

[51] Ibíd., párr. 14.

[52] Ibíd.

[53] Ibíd., párr. 15.

[54] Ibíd., párr. 16.

[55] Ibíd., párr. 18.

El caso Kitok trata sobre una persona que perdió su derecho a considerarse miembro de una comunidad Sami. La legislación reconocía el derecho de los miembros de la comunidad a dedicarse a actividades tradicionales, en especial la cría de renos, y autorizaba a las autoridades de la comunidad a excluir a los miembros que dejaban de dedicarse a los mismos.[56] El Estado informó que el objetivo de la ley era "el mejoramiento de las condiciones de vida de los sami para quienes la cría de renos es la fuente principal de ingresos, así como la seguridad futura de la cría de renos."[57] El Comité de Derechos Humanos consideró que los objetivos de la ley eran coherentes con el PIDCP, pero que la privación de la condición de miembro de la comunidad a una persona de origen sami, que siempre había mantenido vínculos con la comunidad y residido en tierra sami, y quien además pretendía volver a dedicarse al modo de vida tradicional tan pronto como le fuera posible, parecía no guardar proporción con dichos fines. A pesar de las circunstancias concretas –la presencia del interesado en la comunidad y su participación en las actividades tradicionales habían sido toleradas– el Comité concluyó que no se había sustanciado una violación. No obstante, no fue esa la parte de la decisión que más impacto ha tenido en el desarrollo de la jurisprudencia del Comité sobre los derechos de minorías indígenas, sino el reconocimiento de la dimensión económica de la cultura. La decisión señala al respecto lo siguiente:

> Por lo general, la reglamentación de una actividad económica corresponde exclusivamente al Estado. No obstante, cuando la actividad es un elemento indispensable en la cultura de una comunidad étnica, la aplicación de las normas reglamentarias [de actividades económicas] puede estar comprendida en el artículo 27 del Pacto (…)[58]

---

[56] Comité de Derechos Humanos, caso Kitok c. Suecia, párr. 4.2 (1988).

[57] Ibíd. Véase también el párr. 9.5.

[58] Ibíd., párr. 9.2.

Este razonamiento fue desarrollado en el caso presentado por el jefe Ominayak, representante de una comunidad conocida como la Agrupación del Lago Lubicon, que desde tiempos inmemoriales ha habitado una zona en el norte de Canadá, dedicándose a la caza y a la pesca. La comunidad, compuesta de unas 500 personas, conservaba su cultura, religión, estructura política y economía de subsistencia tradicionales.[59] Según la denuncia, las autoridades canadienses habían permitido la expropiación del territorio de la Agrupación en beneficio de los intereses de las empresas privadas en desconocimiento del derecho de la Agrupación a disponer de sus recursos naturales, privándola de los medios de subsistencia.[60] Durante varios años la comunidad había luchado tanto a nivel judicial como mediante negociaciones para lograr el reconocimiento de su territorio, así como para obtener una reparación por los daños causados por la explotación de sus recursos por empresas.[61] El Estado informó que había ofrecido reconocer el derecho de la comunidad a determinado territorio y señaló que los reclamos territoriales de la Agrupación se traslapaban con los de otras comunidades indígenas.[62] El jefe de la Agrupación, por su parte, alegó que las actividades de las empresas estaban provocando graves daños a la fauna silvestre, al medio ambiente, a la economía y a la forma tradicional de vida de la Agrupación, a sus "lazos espirituales y culturales con la tierra" y, por ende, a la salud física de la comunidad.[63] Sobre la base de una apreciación global de los hechos, el Comité de Derechos Humanos concluyó que "Las injusticias históricas a que se refiere el Estado Parte, y determinados acontecimientos más recientes, amenazan el modo de vida y la cultura de la Agrupación del Lago Lubicon y constituyen una violación del artículo 27 mientras persiste la situación."[64]

---

59 Comité de Derechos Humanos, caso Ominayak c. Canadá, párrs. 2.2 y 24.1 (1990).

60 Ibíd., párr. 2.1.

61 Ibíd., párrs. 3.2-3.9, 5.1-5.4, 9.2-10.2.

62 Ibíd., párrs. 5.2 y 17.1.

63 Ibíd., párrs. 11.2 y 23.2.

64 Ibíd., párr. 33.

En dos decisiones adoptadas en 1995 y 1997, ambas relativas a casos de pastores sami, el Comité de Derechos Humanos concluyó, después de un análisis pormenorizado de los hechos, que las medidas impugnadas no eran violatorias del artículo 27. En el primer caso, se alegó que la extracción de piedra para la construcción de una carretera perjudicaría la cría de renos, "componente esencial de la cultura sami."[65] El Comité señaló que:

> Según este artículo [27], los miembros de las minorías étnicas no serán privados del derecho a tener su propia vida cultural. Por consiguiente, toda medida cuyo efecto equivalga a negar este derecho será incompatible con las obligaciones que impone el artículo 27. Sin embargo, las medidas que tengan un efecto limitado en la forma de vida de las personas pertenecientes a una minoría no equivalen necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos en el artículo 27.[66]

En concreto, el Comité de Derechos Humanos consideró que "(…) a juzgar por la información de que disponen las autoridades del Estado Parte han tomado la precaución de sólo permitir una extracción que suponga una repercusión mínima sobre las actividades de pastoreo de renos (…) y sobre el medio ambiente; la intención de reducir a un mínimo los efectos de la extracción de roca de la zona sobre la cría de renos está reflejada en las condiciones establecidas en el permiso de extracción."[67] No había evidencia alguna de un impacto negativo sobre la cría de renos y las autoridades habían realizado consultas previas con la comunidad interesada antes de conceder el permiso.[68] Por estas razones, el Comité concluyó que no se había denegado el derecho de los sami a practicar la cría de renos de acuerdo con sus derechos, a tenor del artículo 27 del PIDCP.[69]

---

65 Comité de Derechos Humanos, caso Länsman (Ilmari) y otros c. Finlandia, párrs. 3.1 y 7.3 (1995).

66 Ibíd., párr. 9.4.

67 Ibíd., párr. 9.7.

68 Ibíd., párr. 9.6.

69 Ibíd., párr. 10.

En el segundo caso, relativo al impacto de la tala de árboles en la cría de renos, el Comité de Derechos Humanos aplicó la interpretación adoptada en la decisión antes mencionada en el sentido de que las "(…) medidas que tengan un efecto limitado en la forma de vida de las personas pertenecientes a una minoría no equivalen necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos en el artículo 27".[70] Asimismo, el Comité subrayó de nuevo la necesidad de celebrar consultas previas relativas a la autorización de actividades que tengan un impacto sobre la forma de vida tradicional de una minoría.[71] La información presentada al Comité indicaba que, si bien la tala podría implicar gastos adicionales para los pastores, no pondría en peligro la supervivencia de esta actividad tradicional, de manera que no vulneraba el artículo 27.[72] No obstante, el Comité advirtió que esa conclusión habría de revisarse si en el futuro las consecuencias de la tala fuesen más serias que las previstas.[73]

La decisión más reciente del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 27 pone especial énfasis en su doctrina relativa a la participación de los representantes de estas minorías en la toma de decisiones que afectan su forma tradicional de vida. El caso se refiere al derecho de pesca de los maori. En el siglo XIX, un tratado reconoció a los maori plenos derechos sobre sus pesquerías, pero hacia finales del siglo XX el impacto de las técnicas modernas de la pesca comercial llevó al gobierno a introducir un sistema de cuotas.[74] Después de una década de controversia, procesos y modificaciones de la legislación, se negoció un acuerdo global que reconocía ciertos derechos a los maori a cambio de la renuncia a todos los litigios pendientes. La denuncia fue presentada por representantes de la tribu maori que no aceptaron el acuerdo.

---

70 Comité de Derechos Humanos, Länsman (Jouni) y otros c. Finlandia, párr. 10.3 (1997).

71 Ibíd., párrs. 10.4 y 10.5.

72 Ibíd., párr. 10.6.

73 Ibíd., párr. 10.7.

74 Comité de Derechos Humanos, caso Mahuika y otros c. Nueva Zelanda, párrs. 5.1 y 5.3 (2000).

Con respecto al principio de participación, la decisión señala lo siguiente:

> En la jurisprudencia que ha ido sentando con respecto al Protocolo Facultativo, el Comité ha insistido en que la admisibilidad de las medidas que afecten a las actividades económicas de valor cultural de una minoría, o se interfieran en ellas, dependerá de que los miembros de esa minoría hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional (…)
>
> El Comité observa que el Estado Parte emprendió un complejo proceso de consulta para lograr un amplio apoyo maorí a la solución y a la reglamentación de las actividades pesqueras a nivel nacional. Se consultó a las comunidades y a las organizaciones nacionales maoríes y sus propuestas quedaron reflejadas en la solución adoptada. La solución no se promulgó en forma de ley hasta disponer del informe de los representantes de los maoríes según el cual había un sustancial apoyo a la solución. Para muchos maoríes, la ley era una solución aceptable de sus reivindicaciones.[75]

En cuanto a la cuestión más difícil de la situación de los miembros de la población maori que no estaban de acuerdo con la solución aceptada por la mayoría, el Comité de Derechos Humanos consideró que debía examinarla desde dos perspectivas. La primera cuestión a resolver era hasta qué punto la medida impugnada respondía a los intereses de la población maori en su totalidad. La otra era determinar si la aplicación de la medida a los maoris dicidentes era razonablemente justificada. Con respecto a la primera interrogante el Comité expresó lo siguiente:

> En el proceso de consulta se prestó especial atención al significado cultural y religioso de la pesca para los maoríes, entre otras cosas garanti-

---

[75] Ibíd., párrs. 9.5 y 9.6.

> zando la posibilidad de que particulares y comunidades maoríes pudieran dedicarse a actividades pesqueras no comerciales. Aunque le preocupa que la solución alcanzada haya contribuido a dividir a los maoríes, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte, al participar en amplias consultas antes de promulgar la nueva legislación y al atender específicamente a la sostenibilidad de las actividades pesqueras maoríes, ha adoptado las medidas necesarias para que la solución sobre las pesquerías y su promulgación como ley, incluido el sistema de gestión de cuotas, sean compatibles con el artículo 27.[76]

Con respecto al segundo interrogante, el Comité de Derechos Humanos consideró que la respuesta dependía de la manera en que el acuerdo se pondría en práctica. La decisión advierte al respecto:

> El Comité subraya que (…) las medidas que afecten a las actividades económicas de los maoríes deberán llevarse a cabo de forma que los autores [de la denuncia, o sea, los maoris que rechazaban el acuerdo] sigan gozando de su cultura y profesando y practicando su religión junto con otros miembros de su grupo. El Estado Parte está obligado a tener esto en cuenta cuando aplique en el futuro la Ley para resolver las reclamaciones (…) en materia de pesquerías.[77]

En el 2000 el Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión sobre un caso relativo a los derechos de la comunidad Baster, mestizos descendientes de colonos afrikaans e indígenas khoi que residen en Namibia.[78] La comunidad está integrada por unas 35 mil personas y ocupa su territorio actual desde 1872, habla el idioma afrikaans y tiene instituciones políticas propias. Los representantes de la comunidad alegaron que la confiscación y privatización de

---

[76] Ibíd., párr. 9.8.

[77] Ibíd., párr. 9.9.

[78] Comité de Derechos Humanos, caso Diergaardt y otros c. Namibia, párrs. 2.1 y 2.3 (2000).

tierras comunales "ha privado a [la comunidad] de los fundamentos de su subsistencia económica, que a su vez lo era de su identidad cultural, social y étnica", y "pone en peligro la existencia tradicional de la comunidad, como empresa colectiva de explotación agropecuaria integrada fundamentalmente por ganaderos", en violación del artículo 27.[79] El Comité consideró el alegato como infundado por las razones siguientes:

> Como lo demuestra la jurisprudencia anterior del Comité, el derecho de los miembros de una minoría a disfrutar de su cultura conforme al artículo 27 comprende la protección de un modo particular de vida relacionada con el uso de los recursos de tierras mediante actividades económicas, tales como la caza y la pesca, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Sin embargo, en el presente caso el Comité no ha comprobado que los autores puedan acogerse al artículo 27 para sustentar su reclamación a favor del uso exclusivo de las tierras de pastoreo en cuestión. Esta conclusión está basada en la evaluación hecha por el Comité de la relación entre el modo de vida de los autores y las tierras a que se refieren sus denuncias. Aunque el vínculo de la Comunidad Rehoboth con las tierras en cuestión data de unos 125 años, no es el resultado de una relación que puede haber sido el origen de una cultura propia. Además, aunque la Comunidad Rehoboth tiene características propias en cuanto a sus formas históricas de autogobierno, los autores no han demostrado cómo esos factores pueden estar basados en sus prácticas de ganadería. Por consiguiente, el Comité concluye que no se ha violado el artículo 27 del Pacto en el presente caso.[80]

El Comité de Derechos Humanos también concluyó que la prohibición del uso del idioma afrikaans en toda comunicación escrita y oral entre la administración pública y el público representaba un

---

79 Ibíd., párr. 3.1.

80 Ibíd., párr. 10.6. Se omite una cita a los casos Kitok, Ominayak, Länsman (I), Länsman (J) y al párr. 7 de la Observación General No. 23.

trato discriminatorio incompatible con el artículo 26 del PIDCP.[81] Seis miembros del Comité discreparon con la conclusión de que los hechos habían sido violatorios del artículo 26.

14.6 Los derechos de los pueblos y las poblaciones indígenas

i) El Convenio 169

El Convenio 169 de la OIT consagra los derechos de dos grupos: los pueblos indígenas y los pueblos tribales. El artículo primero del Convenio define como pueblo indígena:

> A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (art. 1.1 b).

La definición de pueblo tribal es: "pueblos (…) cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial" (art. 1.1. a). La presente sección se dedica al análisis de la problemática de los derechos de los pueblos y las poblaciones indígenas, de gran envergadura en el continente americano. En algunos países americanos existen pueblos tribales no indígenas, en particu-

---

[81] Ibíd., párr. 10.10. Aparentemente el Comité de Derechos Humanos examinó este alegato a la luz del artículo 26 y no del artículo 27 por querer respetar los términos de los alegatos y argumentos formulados por los representantes de la comunidad Baster.

lar los descendientes de esclavos africanos que escaparon de la esclavitud durante la época colonial y se refugiaron en zonas aisladas donde preservan elementos significativos de su cultura tradicional.[82] Por tanto, cabe advertir que las referencias a los pueblos indígenas en los párrafos siguientes, cuando se refieren a disposiciones del Convenio 169, son aplicables igualmente a los pueblos tribales.

El segundo párrafo del artículo primero agrega un corolario importante: "La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio" (art. 1.2).

Como se señaló, el artículo 27 del PIDCP reconoce expresamente los derechos de los individuos pertenecientes a una minoría y sólo implícitamente el derecho de la colectividad a una protección. El Convenio 169 contiene tanto disposiciones relativas a los derechos individuales de las personas pertenecientes a pueblos indígenas, como disposiciones sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas. No obstante, es menester reconocer que muchas de las disposiciones relativas a dichos pueblos no consagran derechos ***per se***, sino que establecen obligaciones del Estado de carácter programático. De hecho, el Convenio entero está formulado en términos programáticos y no contiene ni una sola disposición que use la fórmula "tiene derecho" o su equivalente. En términos generales, la mayor parte del contenido del Convenio se refiere a los derechos normalmente clasificados como de carácter social, cultural y económico y pone cierto énfasis en el tema de la no discriminación.[83]

Dos avances importantes logrados por el Convenio 169 se refieren al derecho a la participación y al derecho a la tierra. El derecho

---

[82] Los cimarrones o maroons de Surinam son un ejemplo. Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en Surinam (1985), pp. 64-65; caso de la Aldea Moiwana (admisibilidad) (2000).

[83] La Parte III (art. 20) se dedica al derecho al empleo; la Parte IV (artículos 21 a 23) a la formación profesional, artesanía e industriales rurales; la Parte V (artículos 24 y 25) a la seguridad social y salud; la Parte VI (artículos 26 a 31) a la educación y medios de comunicación. El derecho a no ser discriminado es reafirmado en los artículos 2.2, 3.1, 4.3.

de los pueblos a ser consultados en la toma de decisiones que les afectan está reconocido por los artículos 5, 6 y 7, que disponen al respecto:

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituale propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
(…)

La tierra tiene un significado especial para los pueblos indígenas y el derecho a la tierra es el derecho que más los distingue de otros sujetos de derecho. La Parte II del Convenio, que contiene los artículos 13 a 19, está dedicada a este derecho. El principio general, consagrado por el párrafo primero del artículo 13, establece que "los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación". El término "tierras", advierte el párrafo 2, incluye "el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del

hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera." La parte medular de este derecho está consagrada en el artículo 14.1, que reza así:

> Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

El artículo 16 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ocupar sus tierras y a no ser obligados a abandonarlas. Los tres primeros párrafos establecen lo siguiente:

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.
3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.[84]

---

[84] Los párrafos 4 y 5 rigen la obligación del Estado de compensar a los pueblos obligados a abandonar sus tierras.

El artículo 18 reconoce la obligación del Estado de "prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y (…) tomar medidas para impedir tales infracciones."

El Convenio 169 también establece una cierta obligación a reconocer el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas; éste, al igual que el derecho a la tierra, es un derecho propio de los pueblos indígenas y tribales, que las demás minorías culturales, religiosas y lingüísticas no poseen. Los principios básicos están enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 8, que rezan así:

> Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
>
> Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. (…)

Dos artículos se refieren a la aplicación del derecho penal y a las sanciones penales a los miembros de las comunidades indígenas. El artículo 9 establece que "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros", y agrega: "Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia." El artículo 10 dispone: "Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales", además, "Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento."

ii) Los proyectos de declaración sobre los derechos de los indígenas

En el sistema universal, la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó en 1994 un proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas que se encuentra desde entonces bajo consideración por la Comisión de Derechos Humanos, paso previo a su examen por el Consejo Económico y Social y la Asamblea General. Al igual que el Convenio 169, este proyecto de declaración reconoce tanto derechos individuales como colectivos, con más énfasis en los derechos colectivos de las poblaciones indígenas. A diferencia del Convenio 169, gran parte de su contenido consiste en el reconocimiento de derechos subjetivos de aplicación inmediata mediante la fórmula "tienen derecho" o su equivalente. Pero –también a diferencia del Convenio 169– el proyecto carece de una definición de "población indígena", sujeto de los derechos en él consagrados.

El derecho a la identidad está reconocido por el artículo 4 del proyecto que consagra el derecho de los pueblos indígenas a "conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos (…)", y por el artículo 8 que establece el "derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, comprendido el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales". Los actos o atentados contra este derecho están contemplados en el artículo 7 que dispone en su parte pertinente lo siguiente:

> Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a no ser objeto de etnocidio y genocidio cultural, en particular a la prevención y la reparación de:
>
> a) todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;

b) todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;
c) toda forma de traslado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
d) toda forma de asimilación e integración a otras culturas o modos de vida que les sean impuestos por medidas legislativas, administrativas o de otro tipo; (…)[85]

Al igual que el Convenio 169, este proyecto de declaración contiene reiteradas referencias al derecho de los pueblos a ser consultados en la toma de decisiones que les afectan, aunque la forma como este instrumento reconoce tal derecho toma en cuenta el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos del derecho a la libre determinación. Varias disposiciones del proyecto sobre la participación de los indígenas en la vida nacional están condicionadas por la frase "si lo desean". Además, las modalidades de participación contempladas no ponen énfasis en la participación directa de la comunidad indígena en la toma de decisiones, sino en el diálogo o la consulta entre las instancias estatales y las del pueblo indígena. El artículo 19, por ejemplo, dispone lo siguiente:

> Los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente, si lo desean, en todos los niveles de adopción de decisiones, en las cuestiones que afecten a sus derechos, vidas y destinos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Asimismo, el artículo 20 dispone lo siguiente:

> Los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente, si lo desean, mediante procedimientos determinados por ellos, en la elaboración de las medidas legislativas y administrativas que les afecten.

---

[85] Compárese con el artículo V del proyecto de declaración americana.

> Los Estados obtendrán el consentimiento, expresado libremente y con pleno conocimiento, de los pueblos interesados antes de adoptar y aplicar esas medidas.

El derecho a la tierra está definido en términos amplios. El artículo 26 establece lo siguiente:

> Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medio ambiente total de las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Ello incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y la gestión de los recursos, y el derecho a que los Estados adopten medidas eficaces para prevenir toda injerencia, usurpación o invasión en relación con estos derechos.

El derecho a la restitución de "las tierras, los territorios y los recursos" indígenas "que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento", está plasmado en el artículo 27 del proyecto, junto con el derecho a indemnización en caso de que la restitución sea imposible. El artículo 30 del proyecto establece un vínculo entre el derecho a la tierra y el derecho a la participación (o autonomía) en la forma siguiente:

> Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos, en particular el derecho a exigir a los Estados que obtengan su consentimiento, expresado con libertad y pleno conocimiento, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Tras acuerdo con los pueblos indígenas interesados, se

> otorgará una indemnización justa y equitativa por esas actividades y se adoptarán medidas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual. [86]

El derecho colectivo de los pueblos indígenas a lo que tradicionalmente se conoce como la propiedad intelectual está reconocido por el artículo 29, con respecto a " (…) sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y los recursos genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños y las artes visuales y dramáticas".[87] Un aspecto novedoso del proyecto es el hacer positivo el derecho de los pueblos a recuperar los restos humanos de sus antepasados (art. 13), así como los "bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que han sido privados sin que hubieran consentido libremente y con pleno conocimiento o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres" (art. 12).[88] El reconocimiento de una exención al servicio militar obligatorio es otra innovación digna de mención (art. 11.a).

En cuanto a la problemática de los eventuales conflictos entre las tradiciones indígenas y el derecho nacional, por una parte, y entre esas tradiciones y los derechos reconocidos por la normativa internacional como derechos humanos de toda persona por otra, el artículo 33 dispone que "Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas características, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas". El artículo 43 agrega que "Todos los derechos y libertades reconocidos en la presente Declaración

---

[86] Los artículos 25 y 28 consagran otros aspectos del derecho a la tierra y a los recursos naturales.

[87] Véase también el artículo XX del proyecto de declaración americana.

[88] El artículo VII del proyecto de declaración americana reconoce este derecho con respecto al "patrimonio histórico y arqueológico". Véase también el párrafo 3 del artículo X del proyecto americano.

se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas". No es evidente que estas disposiciones, en particular el artículo 33, limiten o condicionen la interpretación y aplicación de las demás disposiciones del proyecto de declaración. No está claro, por ejemplo, cómo los conflictos relativos al derecho de una persona nacida y criada en el seno de una determinada comunidad indígena a mantener su derecho a participar activamente en la comunidad y sus actividades, del tipo analizado por el Comité de Derechos Humanos en los casos Lovelace y Kitok (supra), serían resueltos a la luz de los principios establecidos en los artículos 33 y 43, y el derecho de la comunidad a "determinar su propia ciudadanía conforme a sus costumbres y tradiciones," reconocido por el artículo 31. Si se contrasta el enfoque de estas disposiciones con el del artículo 24.3 de la Convención sobre los derechos del niño, por ejemplo, que consagra enfáticamente la obligación de "abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños", se nota que los artículos 33 y 43 establecen la obligación de desarrollar las normas propias de la comunidad en armonía con la normativa internacional, pero no contienen una prohibición de la aplicación de normas que infringen la normativa internacional.

En 1997 la CIDH adoptó un proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. El primer artículo del proyecto, denominado "Ámbito de aplicación y definiciones", es similar al primer artículo del Convenio 169. No obstante, este proyecto de declaración no contiene una definición objetiva del término pueblo indígena, lo que parece significar que la "autoidentificación", calificada por el párrafo 2 de "criterio fundamental" sería, en la práctica, criterio único. El proyecto de declaración americana, al igual que el Convenio y el proyecto de declaración universal, consagra tanto los derechos colectivos de los pueblos indígenas como los derechos individuales de personas indígenas. Entre los derechos colectivos están el derecho a la personalidad jurídica y el derecho a "preservar, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos (…)" (arts. IV y V). A diferencia del Convenio y al igual que el proyecto universal, muchos artículos de este proyec-

to de declaración americana reconocen derechos subjetivos de aplicación inmediata.

En cuanto al derecho a la tierra, los elementos esenciales están consagrados en los tres primeros párrafos del artículo XVIII, que disponen lo siguiente:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio, y disfrute de territorios y propiedad.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquéllos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento.
3. i) Sujeto a lo prescripto en 3.ii, cuando los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas surgen de derechos preexistentes a la existencia de los Estados, éstos deberán reconocer dichos títulos como permanentes, exclusivos, inalienables, imprescriptibles e inembargables.[89]

El párrafo 4 reconoce el derecho de los pueblos indígenas "a un marco legal efectivo de protección de sus derechos sobre recursos naturales en sus tierras", y el 5 establece que cuando los recursos del subsuelo pertenecen al Estado, éste debe establecer procedimientos de consulta previa con los pueblos indígenas afectados para la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de dichos recursos, así como acuerdos justos relativos a la indemnización y la participación en los beneficios de tales actividades. El párrafo 6 prohíbe el traslado o reubicación de pueblos indígenas "sin el consentimiento libre, genuino, público e informado (…)", y el párrafo 7 reconoce su derecho a la restitución de las tierras, territorios y recur-

---

[89] El inciso ii) admite la modificación de tales títulos "de común acuerdo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo con pleno conocimiento y comprensión por éstos de la naturaleza y atributos de dicha propiedad".

sos que hayan sido confiscados, ocupados, usados o dañados.[90] El párrafo 8 reconoce la obligación del Estado de dar "máxima prioridad a la demarcación y reconocimiento de las propiedades y áreas de uso indígena", y de "impedir y sancionar (…) toda intrusión o uso de dichas tierras por personas ajenas no autorizadas (…)". El derecho a la protección del medio ambiente también está reconocido en forma pormenorizada en el artículo XIII.

El proyecto contempla el reconocimiento por el Estado del derecho de los pueblos indígenas. El segundo párrafo del artículo XVI dispone al respecto lo siguiente:

> Los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos, y de aplicarlos en los asuntos internos en sus comunidades, incluyendo los sistemas relacionados con asuntos como la resolución de conflictos, en la prevención del crimen y en el mantenimiento de la paz y armonía.

El tercer párrafo agrega que: " (…) los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses, serán conducidos (…) [con] observancia del derecho y costumbre indígena y, de ser necesario, el uso de su lengua".

El principio de participación de los indígenas en las decisiones que les afecten está consagrado en varias disposiciones del proyecto. Este principio está reconocido en términos generales en el segundo párrafo del artículo XV dedicado al "Derecho a autogobierno", que establece:

> Los pueblos indígenas tienen el derecho de participar sin discriminación, si así lo deciden, en la toma de decisiones, a todos los niveles, con relación a asuntos que puedan afectar sus derechos, vidas y destino. Ello podrán hacerlo directamente o a través de representantes elegidos por ellos de acuerdo a sus propios procedimientos. Tendrán también el

---

[90] Los párrafos 6 y 7 admiten ciertas excepciones a estas reglas generales y establecen el derecho correspondiente de indemnización.

> derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión; y a igualdad de oportunidades para acceder y participar en todas las instituciones y foros nacionales.

El artículo XXI, relativo al derecho al desarrollo, establece el requisito del consentimiento de los pueblos indígenas sobre los planes y proyectos que les afectan. Su artículo segundo establece al respecto lo siguiente:

> Salvo que circunstancias excepcionales así lo justifiquen en el interés público, los Estados tomarán las medidas necesarias para que las decisiones referidas a todo plan, programa o proyecto que afecte derechos o condiciones de vida de los pueblos indígenas, no sean hechas sin el consentimiento y participación libre e informada de dichos pueblos, a que se reconozcan sus preferencias al respecto y a que no se incluya provisión alguna que pueda tener como resultado efectos negativos para dichos pueblos.

Con respecto a la protección del medio ambiente, el párrafo 4 del artículo XIII establece que "Los pueblos indígenas tienen derecho de participar plenamente en la formulación, planeamiento, ordenación y aplicación de programas gubernamentales para la conservación de sus tierras, territorios y recursos".[91] El artículo XVII dispone que "Las instituciones relevantes de cada Estado que sirvan a los pueblos indígenas, serán diseñadas en consulta y con la participación de los pueblos interesados para reforzar y promover la identidad, cultura, tradiciones, organización y valores de esos pueblos".

Otros artículos reconocen el contenido específico, para los pueblos indígenas, de los derechos humanos ampliamente reconocidos con anterioridad, tales como la libertad religiosa (artículo X), los derechos de la familia y del niño (XI), los derechos de asociación,

---

[91] El derecho a participar en la toma de decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales del territorio indígena (párr. 5 del art. XVIII) se menciona arriba.

reunión, libertad de expresión y pensamiento (XIV), el derecho a la educación (IX), los derechos laborales (XIX), el derecho a la salud y al bienestar (XII), a la cultura, incluyendo su patrimonio histórico y arqueológico (VII) y su lengua (VIII).

En cuanto al tema de los eventuales conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos humanos del individuo, el párrafo segundo del artículo II dispone claramente que:

> (…) nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna esos derechos [los consagrados por la Declaración y la Convención Interamericana y "otros instrumentos internacionales de derechos humanos"] o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con los principios del derecho internacional, incluyendo el de los derechos humanos.

iii) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana)

La primera sentencia de un tribunal internacional de derechos humanos sobre los derechos de un pueblo indígena fue la adoptada en el año 2001 por la Corte Interamericana en el caso de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni. La controversia que dio lugar al caso versa sobre uno de los reclamos más frecuentemente formulados por las comunidades indígenas: la falta de demarcación de sus tierras y territorio.[92] Al no existir en el sistema interamericano norma alguna sobre los derechos de los indígenas, el caso fue dirimido en el marco del derecho a la propiedad, a la protección judicial y al debido proceso.[93] A diferencia de la práctica seguida en otros casos,

---

[92] Véase el caso Ominayak, por ejemplo.

[93] El 11 de septiembre de 2001, días después de la sentencia, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó la Declaración sobre la Democracia, cuyo artículo 9 reza: "La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y

en éste la Corte Interamericana no recurrió a otros instrumentos dedicados al tema específico de los derechos de los indígenas para interpretar el contenido de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana).[94] No obstante, reconoció que el contenido de algunos de estos derechos, como el de propiedad, debe interpretarse a la luz de las características especiales de los pueblos indígenas. La parte más pertinente de la sentencia incluye los párrafos siguientes:

> Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.
>
> Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas,

---

de las diversas formas de intolerancia, *así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas* y los migrantes, y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana" (énfasis agregado).

94 Véase, por ejemplo, el caso Niños de la Calle y la Opinión Consultiva No. 17 (Capítulo 13).

> su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.
>
> El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.[95]

La violación del derecho de la comunidad a la propiedad consistió no sólo en la no delimitación de sus tierras, sino también en haber permitido la explotación de tierras que formaban parte de los territorios reclamados por la comunidad. Al respecto la Corte manifestó lo siguiente:

> La Corte considera que, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación ha creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes. En este entendido, la Corte

---

[95] Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), caso Mayagna (sumo) Awas Tingni (Fondo), párrs. 148, 149 y 151.

estima que los miembros de la Comunidad Awas Tigni tienen derecho a que el Estado,

1. delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad; y
2. se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad.

En atención a lo anterior, y teniendo presente el criterio adoptado por la Corte en aplicación del artículo 29.b de la Convención (supra párr. 148), la Corte estima que, a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.[96]

La parte de la decisión relativa al derecho de la comunidad a la protección judicial de sus derechos también reconoce la obligación del Estado de tomar en cuenta el derecho consuetudinario de la comunidad indígena:

La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrati-

---

96 Ibíd., párrs. 153-154.

> vas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.[97]

iv) La jurisprudencia de la CIDH

Hace algunas décadas la jurisprudencia y la doctrina de la CIDH sobre los pueblos indígenas tenían un enfoque cuyos ejes eran la discriminación contra los indígenas y el derecho a una protección especial, sin reconocerlos como sujetos de derechos colectivos distintos de los derechos de las demás personas.[98] Con el informe sobre la población miskita de 1984, la CIDH comienza a reconocer a los indígenas como sujetos de derechos propios. Con respecto al derecho a la tierra, este organismo señala:

> En el complejo esquema de valores de la población indígena, lo que da sentido a la vida es su intrínseca vinculación con su tierra, con su ganado, sus plantaciones, sus camposantos, su religión y un complejo nexo de otros elementos que se combinan para infundir al territorio un profundo contenido espiritual. En dicha cultura, el sentido de valor está profundamente vinculado al lugar de origen.[99]

El informe reconoce el derecho de los miskitos "a elegir a sus autoridades",[100] y anticipa el reconocimiento del derecho a la participación y un amplio derecho a preservar su cultura en el párrafo siguiente:

---

97 Ibíd., párr. 138.

98 Véase, por ejemplo, doctrina de la CIDH, *Poblaciones Indígenas, Diez años de actividades 1971-1981*, pp. 329-330, OEA, Washington, 1982; caso 1802 (tribu Aché c. Paraguay), ibíd., pp. 152-153.

99 Ibíd., p. 128, párr. 30.

100 Ibíd., p. 85, párr. 14.

> Si bien el estado actual del Derecho Internacional no permite considerar que los grupos étnicos de la zona atlántica de Nicaragua posean un derecho a su autonomía política y libre determinación, sí está reconocida, en cambio, una protección legal especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de aquellos aspectos vinculados a la preservación de su identidad cultural. A ello deben agregarse los aspectos vinculados con la organización productiva, lo cual incluye, entre otros, el problema de las tierras ancestrales y comunales. No respetar esos derechos y valores culturales conduce a una asimilación forzosa con resultados que pueden ser desastrosos. Por ello, la Comisión considera que es fundamental lograr nuevas condiciones de coexistencia entre las minorías étnicas y el Gobierno (…). A juicio de la CIDH, la necesidad de preservar y garantizar la vigencia de estos principios en la práctica impone la necesidad de establecer un adecuado ordenamiento institucional como parte de la estructura del Estado nicaragüense. Dicho ordenamiento institucional sólo podrá cumplir eficientemente los fines asignados, en la medida en que el mismo sea diseñado por medio de una amplia consulta y ejecutado con la directa participación de las minorías étnicas de Nicaragua, a través de sus representantes libremente designados.[101]

La CIDH adoptó una decisión en 1985 que reconoció que la construcción de una autopista y la invasión de tierras tradicionales de los indígenas yanomami de la amazonia brasileña habían conllevado a graves violaciones del derecho a la vida y seguridad, residencia, salud y bienestar de dicho pueblo.[102] Tomando en cuenta el artículo 27 del PIDCP y, sobre todo, los derechos reconocidos por la legislación del país en cuestión, la CIDH recomendó que se procediera a la delimitación del territorio de la población yanomami.[103]

En años recientes, la CIDH ha adoptado dos decisiones importantes sobre los derechos de los indígenas. En el año 2000 adoptó

---

[101] Ibíd., párr. 15 otros informes.

[102] CIDH, caso Yanomami, párr. 10.

[103] Ibíd., párrs. 3 a 7 y párrafo resolutivo 3 b).

una decisión en el caso conocido como Masacre Caloto relativo al asesinato de 20 miembros de una comunidad indígena. Las ejecuciones, aparentemente vinculadas a un conflicto de tierras, afectaban en forma especial a los dirigentes de la comunidad, y después de la masacre se procedió a la destrucción de los ranchos, enseres y animales domésticos de la comunidad.[104] El Estado reconoció su responsabilidad sobre los hechos, de manera que la naturaleza de las reparaciones fue el tema central de la decisión. En estas circunstancias, y habida cuenta de que el Estado era parte en el Convenio 169, la CIDH consideró necesario tomar en cuenta normas relativas a los derechos de los indígenas. Las razones citadas fueron las siguientes:

> En el presente caso, el Comité de Impulso reconoció que los sucesos de la masacre de Caloto afectaron al conjunto de la comunidad indígena Paez del norte del Cauca, y que las medidas a adoptarse para reparar el daño deben revestir un carácter preventivo y atender las pretensiones y reivindicaciones de esta comunidad. Por lo tanto, en el presente caso, la Comisión considera necesario interpretar las obligaciones establecidas en la Convención Americana a la luz de las obligaciones especiales de protección de la vida, la integridad física, la propiedad, la cultura, el medio ambiente y el trabajo de los pueblos indígenas o tribales previstas en el Convenio 169, la Carta Americana de Garantías Sociales y la resolución sobre la "Protección Especial de los Pueblos Indígenas."[105]

El Comité de Impulso concluyó que las violaciones del derecho a la vida, la integridad física y la libertad de las víctimas constituyeron también incumplimiento de "la obligación de brindar especial protección a la comunidad indígena", y ratificó la conclusión del proce-

---

[104] CIDH, caso Masacre Caloto (Colombia), párr. 14.

[105] Ibíd., párr. 41. El Comité de Impulso estaba compuesto por representantes de las víctimas y del Estado y encargado de buscar una solución amistosa del asunto; la resolución mencionada fue adoptada por la CIDH en 1972.

so de solución amistosa que contempla la compra de tierras como medida de reparación social a favor de la comunidad.[106]

En el año 2002, la CIDH adoptó una decisión sobre un caso presentado por dos hermanas indígenas relativo a su derecho a la tierra. En este caso, siendo el Estado aludido un miembro de la OEA que no era parte ni en la Convención Americana ni en el Convenio 169 de la OIT, el principal marco legal del examen del caso fue la Declaración Americana de 1948. No obstante, la CIDH señaló lo siguiente:

> Al considerar las alegaciones planteadas por los peticionarios en este caso, la Comisión también desea aclarar que, al interpretar y aplicar la Declaración, es necesario considerar sus disposiciones en el contexto de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos en términos más amplios, a la luz de la evolución en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que la Declaración fue redactada y con debida consideración de las demás normas pertinentes del derecho internacional aplicable a los Estados miembros contra los cuales se interponen debidamente denuncias de violación de la Declaración. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha respaldado análogamente una interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tenga en cuenta la evolución del corpus *juris gentium* del derecho internacional en materia de derechos humanos a lo largo del tiempo y en las condiciones del momento.[107]

Con respecto a los indígenas como sujetos de derecho con características especiales, y el correspondiente derecho a una protección especial, la CIDH manifestó lo siguiente:

---

[106] Ibíd., párrs. 64-65, 66 y 77.

[107] CIDH, Dann c. Estados Unidos de América, párr. 96. Se citan, entre otras fuentes, las Opiniones Consultivas OC-10/89 y OC-16/99 de la Corte Interamericana.

En particular, un examen de los tratados pertinentes, de la legislación y la jurisprudencia relevante, revela la evolución a lo largo de más de 80 años de normas y principios de derechos humanos particulares aplicables a las circunstancias y al tratamiento de los pueblos indígenas. Elemento central de estas normas y principios es el reconocimiento de que la garantía del pleno y efectivo goce de los derechos humanos por los pueblos indígenas exigen considerar su situación y experiencia históricas, culturales, sociales y económicas. En la mayoría de los casos, esto ha incluido la identificación de la necesidad de que los Estados apliquen medidas especiales para indemnizar la explotación y discriminación a que estas sociedades han sido sujetas a manos de los no indígenas.[108]

Por su parte, la Comisión desde su creación en 1959, ha reconocido y fomentado el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en este continente. En la resolución de la Comisión de 1972 sobre el problema de la "Protección especial de las poblaciones indígenas. Medidas para combatir el racismo y la discriminación racial", la Comisión proclamó que "por razones históricas y por principios morales y humanitarios, la protección especial de las poblaciones indígenas constituye un compromiso sagrado de los Estados". Este concepto de protección especial ha sido desde entonces considerado en numerosos países y en informes individuales aprobados por la Comisión y, como se indicará más adelante, ha sido reconocido y aplicado en el contexto de numerosos derechos y libertades enmarcados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluidos el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la protección judicial y a un juicio imparcial y el derecho a la propiedad.[109]

---

[108] Ibíd., párr. 125. Se cita el Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas del año 2000, pp. 21 a 25.

[109] Ibíd., párr. 126. Se citan la decisión de la CIDH en el caso de los Yanomami, de 1985; el Informe de la CIDH sobre "la situación de derechos humanos de

Seguidamente reconoce el significado particular que tiene la tierra para los pueblos y las comunidades indígenas:

> Quizás sea más fundamental aún el hecho de que la Comisión y otras autoridades internacionales hayan reconocido el aspecto colectivo de los derechos de los indígenas en el sentido de ser derechos que se realizan en parte o en todo a través de su garantía a grupos u organizaciones de personas. Y este reconocimiento se ha extendido al reconocimiento de la existencia de una conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección. La Comisión ha observado, por ejemplo, que la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas, y que ese control de la tierra refiere a la vez a su capacidad de brindarle recursos para el sustento y al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido del mismo modo que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.[110]

---

un segmento de la población nicaragüense de origen miskito", 1983; el segundo y tercer informe de la CIDH sobre la situación de derechos humanos en Colombia, de 1993 y 1999, y el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

110 Ibíd., párr. 128. Se citan el caso Yanomami; el Informe sobre la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas; el art. 13 del Convenio 169; el Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador de 1997, y el párr. 149 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Awas Tingni.

A pesar de no haber sido todavía aprobado por la Asamblea General de la OEA, el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, y en particular su artículo XVIII sobre el derecho a la tierra, refleja el desarrollo de principios jurídicos internacionales, los que "en esta medida son debidamente considerados en la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Declaración Americana [de 1948] en el contexto de los pueblos indígenas."[111] En vista de lo anterior, la CIDH llegó a la siguiente conclusión sobre el derecho a la tierra:

> Con particular relevancia para el caso presente, la Comisión considera que los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen:
>
> - el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;
> - el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y
> - en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso

---

[111] Ibíd., párr. 129. Se citan el art. 27 del PIDCP, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en el caso Ominayak, y el párr. 7 de la Observación General No. 23; la Recomendación General XXIII del Comité para la eliminación de la discriminación racial; los arts. 14 y 15 del Convenio 169, y la sentencia en el caso Awas Tingni.

> de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente.[112]

En el caso bajo consideración, las víctimas formaban parte de un pueblo indígena cuyo derecho a la tierra había sido extinguido, según decisiones de los tribunales competentes, habiendo recibido la compensación correspondiente. Las víctimas alegaron que su comunidad no estaba representada en los procesos judiciales y cuando solicitaron permiso para participar, éste les fue denegado. Asimismo, afirmaban que nunca habían renunciado a su derecho a la tierra.[113] En tales circunstancias, era menester analizar los hechos a la luz del derecho a la propiedad y del derecho a la protección judicial de la propiedad. Al respecto, la CIDH manifestó lo siguiente:

> La Comisión considera, primero, que los Artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana [Protección judicial y propiedad, respectivamente] obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente.[114]

---

[112] Ibíd., párr. 130. En el párr. 131 se recalca: "(…) este criterio incluye la adopción de medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de este interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de equidad y previa justa compensación (…)."

[113] Ibíd., párrs. 100-104, 115-119 y 122.

[114] Ibíd., párr. 140.

Con base en lo anterior, la CIDH consideró comprobado que las víctimas habían sido privadas de sus tierras ancestrales sin una oportunidad de participar plenamente en los procesos pertinentes, y que estos hechos, sumados a la ausencia de una justificación adecuada de la exclusión de las víctimas en los procesos, habían vulnerado el derecho a la propiedad, protección judicial e igualdad.[115]

[115] Ibíd., párr. 172.

Capítulo 15
La igualdad de las personas y la prohibición de discriminación

15.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Preámbulo

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 2

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

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno

ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

15.2 Normativa complementaria

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial

Artículo 1

1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos

humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Convención de los derechos del niño

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:

1. Discapacidad

El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

2. Discriminación contra las personas con discapacidad

a. El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad,

antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

b. No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.

El derecho internacional de trabajo incluye un número importante de tratados relativos a la igualdad y la discriminación. Entre ellos, los más relevantes incluyen el Convenio Internacional del Trabajo 100 relativo a la igualdad de remuneración, de 1953, y el Convenio Internacional del Trabajo 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1958. Algunos instrumentos normativos también han sido adoptados en el seno de la Unesco, entre ellos la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, de 1962.

15.3 Consideraciones generales

i) Igualdad y no discriminación

La igualdad de las personas, consagrada con elocuencia en el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Preámbulo de la Declaración Americana, es uno de los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). La importancia del principio de no discriminación

es tal que la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) aluden reiteradamente a éste.[1]

Los conceptos de igualdad y de no discriminación están estrechamente vinculados, pero no son idénticos. La forma en que los principios de igualdad y de no discriminación han sido incorporados a los distintos instrumentos internacionales parece confirmar que son complementarios. La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra estos principios en artículos distintos. El primer artículo de la Declaración, con un enfoque jus naturalista, declara que las personas "nacen" iguales en derechos y deberes. El segundo proclama que toda persona "tiene" los derechos y libertades consagradas por la Declaración, sin distinción. La relación entre los dos artículos sugiere que la idea de que la ley no debe establecer ni permitir distinciones entre los derechos de las personas con base en las características mencionadas es una consecuencia de la idea reconocida en el primer artículo, en el cual todas las personas son iguales. Además, es posible concluir que el artículo 2 de la Declaración alude a dos corolarios legales del precepto filosófico reconocido en el artículo 1, a saber: como las personas son libres por naturaleza, deben ser iguales ante la ley, y ésta no debe permitir discriminación alguna.

La Declaración Americana emplea un vocabulario similar a la Declaración Universal de Derechos humanos, pero consagra ambos principios en un sólo artículo cuya redacción destaca la relación entre ellos. Su artículo II establece textualmente: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna". La redacción del artículo 24 de la Convención Americana es similar a la del artículo II la Declaración Americana, pero la transformación de una frase en dos frases separadas por las palabras "En consecuencia" es más coherente con la idea de que la no discriminación es un corolario del principio de la igualdad de las perso-

---

[1] Carta de las Naciones Unidas artículos 1(3), 13 (b) 55 (4); Carta de la Organización de Estados Americanaos (OEA), artículos 3 j) y 43 a).

nas. Se nota, también, que la palabra "discriminación" viene a sustituir la de "diferenciación".

El artículo 26 del PIDCP reconoce la interrelación entre igualdad y no discriminación con una redacción equilibrada que da la debida importancia a ambos. El artículo reza: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación (…)"

A la hora de aplicar la normativa internacional, la relación entre los principios de igualdad y no discriminación reviste cierta importancia. En términos prácticos, la cuestión es si la normativa internacional prohíbe tan sólo el trato diferenciado de personas en razón de los criterios enumerados en las disposiciones sobre discriminación, o si las distinciones con respecto al ejercicio o disfrute de un derecho humano, basadas en otros criterios, vulneran el derecho internacional, en caso de ser arbitrarias o malintencionadas. Es verdad que la normativa internacional al respecto prohíbe la discriminación basada en la condición o condición social de la persona, criterio amplio que permite la evolución progresiva de un consenso social y legal sobre prácticas consideradas discriminatorias.[2] No obstante, esto último no resta relevancia a la cuestión de saber si el criterio de igual protección puede aplicarse directamente, sin necesidad de identificar el motivo del trato diferenciado, y de determinar si éste corresponde al concepto de condición social.

La jurisprudencia universal sobre esta cuestión se encuentra en proceso de evolución. Las decisiones adoptadas hace algunos años tendían a utilizar el singular al referirse a "El principio de la no discriminación y la igualdad ante la ley" o " El derecho a la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley sin discriminación".[3] No

---

[2] No obstante, hasta la fecha la jurisprudencia sobre el contenido del concepto de otra condición social es escasa.

[3] Comité de Derechos Humanos, caso Oulajin c. Países Bajos, párr. 7.3; Vos (H.S.) c. Países Bajos, párr. 11.3.

obstante, algunas decisiones recientes revelan una tendencia a diferenciar entre el concepto de discriminación y el de igualdad ante la ley e igual protección de la ley.[4]

En una decisión adoptada en 1989 el Comité de Derechos Humanos manifestó que "las diferencias que pueden resultar de la aplicación uniforme de la legislación no constituyen por sí mismas discriminación prohibida".[5] En otra decisión adoptada en 1993 hizo una observación similar: "El Comité considera que en el ámbito del artículo 26 del Pacto no entran las diferencias resultantes de la aplicación equitativa de unas reglas comunes para el otorgamiento de prestaciones".[6] Este tipo de observación podría interpretarse en el sentido de que, sin una diferenciación basada en un criterio biológico –sexo o raza– o social, no hay violación del artículo 26. Pero en realidad ambas decisiones descansan sobre la conclusión de que las normas aplicadas eran objetivas y razonables, es decir, el mismo criterio utilizado para determinar si un trato diferenciado es discriminatorio o no.[7] En su decisión reciente sobre el caso Müller y Engelhard, el Comité hizo una distinción entre la diferenciación basada en uno de los motivos enumerados en la segunda frase del artículo 26 del PIDCP y otras diferenciaciones que deben respetar el principio de igualdad, plasmado en la primera frase del mismo artículo. En ambos casos, según esta decisión, un trato diferenciado no viola el PIDCP si está basado en criterios razonables y objetivos, pero cuando ese trato diferenciado se basa en uno de los motivos mencionados expresamente en la prohibición de discriminación, la carga de la justificación es más onerosa. La decisión del Comité en el caso Fábryová, adoptada el mismo año, confirma que un trato

---

4 Comité de Derechos Humanos, caso Toala c. Nueva Zelandia, párr. 11.6 (2001); Schmitz-de-Jong, párr. 7.2 (2001); Kavanaugh c. Irlanda, párr. 10.3 (2001).

5 Comité de Derechos Humanos, caso Vos (H.S.) c. Países Bajos, párr. 11.3.

6 Comité de Derechos Humanos, caso Oulajin c. Países Bajos, párr. 7.5.

7 Comité de Derechos Humanos, caso Vos (H.S.) párr. 12; Oulajin, párr. 7.4. Cabe agregar que el alegato rechazado en el caso Vos era de discriminación sexual, y en el caso Oulajin el Comité rechazó por falta de pruebas un alegato sobre efectos discriminatorios, es decir, discriminación *de facto*.

diferenciado que obedece a circunstancias netamente personales si fuere arbitrario puede vulnerar el artículo 26 del PIDCP (véase la sección 15.5).

La doctrina interamericana pone más énfasis en el principio de igualdad, retóricamente,[8] y la jurisprudencia interamericana tiende a evaluar de la misma manera la objetividad y razonabilidad de las diferenciaciones de cualquier índole, incluso las que no corresponden a la nómina de criterios discriminatorios contenida en el artículo 1 de la Convención.[9] Aún más, en una decisión la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) consideró una medida como violatoria de la Declaración Americana por hacer una "(…) diferenciación irrazonable en lo que se refiere al tratamiento de personas de la misma clase o categoría".[10]

ii) Reseña de la normativa internacional sobre discriminación

La importancia trascendental del principio de no discriminación explica las reiteradas referencias a este principio en los instrumentos internacionales más relevantes sobre derechos humanos. El párrafo 2.1 del PIDCP prohíbe la discriminación basada en "(…) raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" con respecto a los derechos y las libertades consagrados por el PIDCP, y el artículo 26 extiende esa prohibición a los derechos reconocidos por el derecho interno. El artículo 3 del PIDCP, técnicamente superfluo pero políticamente importante, reitera la obligación del Estado de garantizar la igualdad del hombre y la mujer con respecto a los derechos y las libertades reconocidos por el

---

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-4/84, párrs. 55 y 56, infra.

9 Véanse, por ejemplo, los casos Marzioni, Marín Ramírez y La Tablada.

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Interdicción de haitianos, párr. 177, infra.

PIDCP, y el párrafo 4 del artículo 23 establece la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio. El párrafo primero del artículo 14 declara: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia", mientras que el párrafo tercero, relativo al debido proceso penal, establece que "(…) toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (…)". El artículo 24 reconoce el derecho de los niños y las niñas a protección sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento,[11] y el artículo 25, que reconoce los derechos políticos de los ciudadanos, incorpora una referencia a la prohibición de discriminación por cualquier de los criterios enumerados en el artículo 2. Aun el artículo 4, sobre los estados de excepción, recalca que las consecuencias de los estados de excepción para la vigencia de los derechos humanos no deben discriminar con base en raza, color, sexo, idioma u origen social. La Convención Americana también prohíbe la discriminación con respecto a los derechos y las libertades consagradas en este instrumento (artículo 1.1) y en el derecho interno (artículo 24), y reconoce la igualdad de los cónyuges respecto al matrimonio (artículo 17.4), y el derecho de los acusados a las garantías del debido proceso en plena igualdad (artículo 8.2). Su artículo 27, al igual que el artículo 4 del PIDCP, prohíbe ciertas formas de discriminación durante los estados de excepción.

En el ámbito universal, la importancia del tema se evidencia en la adopción de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.[12] El primer instrumento mencionado reconoce en lo esencial el derecho a disfrutar y ejercer sin discriminación los mismos derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos consagrados por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y

---

[11] Se omite la referencia a la "opinión política u otra" y a la "condición social".

[12] La primera entró en vigor en 1969 y la segunda en 1981.

posteriormente por los respectivos Pactos Internacionales.* Este instrumento pone cierto énfasis en el derecho a la propiedad y en el reconocimiento del derecho de acceso a todo lugar y servicio destinado al uso público (arts. 5.d, v y vi). La Convención sobre la discriminación contra la mujer reconoce su derecho a disfrutar y ejercer sin discriminación los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados por la Declaración Universal y por los dos Pactos Internacionales. Si bien no reconoce derechos nuevos, aclara el contenido de algunos de los ya consagrados por la normativa internacional. Reconoce expresamente, por ejemplo, la igualdad de la mujer con respecto a la libertad de domicilio y residencia (art. 15.2); el derecho de la mujer casada a mantener su nacionalidad (art. 9.1) y a escoger su apellido, profesión y ocupación (art. 16.1 g), y el derecho a firmar contratos y administrar bienes (art. 15.2). Algunas disposiciones que tienen un contenido más novedoso incluyen la obligación de prohibir el proxenetismo (art. 6), el reconocimiento de los derechos de la mujer rural (art. 14), y el derecho de la mujer a participar en la representación de su país a nivel internacional, así como su derecho a participar en las actividades de las organizaciones internacionales (art. 8). Ambas Convenciones describen en forma pormenorizada las obligaciones programáticas de los Estados con respecto a la eliminación de las raíces socioculturales de la discriminación.

En el ámbito interamericano, la igualdad de la mujer ha recibido una atención especial, primero con la adopción durante la primera mitad del siglo XX de una serie de instrumentos sobre sus derechos civiles y políticos,[13] y recientemente con la adopción en 1994 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la

---

* Hace referencia al PIDCP y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). (Nota del editor.)

13 Por ejemplo, la Convención sobre la nacionalidad de la mujer, de Montevideo (1933), la Convención Interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer, y la Convención Interamericana sobre la concesión de los derechos civiles a la mujer, ambas de Bogotá (1945).

violencia contra la mujer. La adopción y entrada en vigor de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad también representa un avance en esta área.

Además de los instrumentos dedicados específicamente al tema de la discriminación, los instrumentos sobre otros temas vinculados a los derechos humanos invariablemente incluyen una disposición relativa a la discriminación. Se pueden citar, a título de ejemplo, los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención sobre el estatuto del refugiado de 1951 o la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, de 1990. El Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra dispone que, en los conflictos armados sin carácter internacional,

> Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo (numeral 1.)

Instrumentos como la Convención sobre el estatuto del refugiado y la Convención Internacional sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familiares (Convención sobre los trabajadores migratorios), que tienen por objeto el reconocimiento de los derechos de ciertas categorías de personas que no tienen la nacionalidad del Estado en cuyo territorio radican, poseen dos tipos de disposiciones sobre la igualdad y la no discriminación. En primer lugar, contienen normas similares a las contenidas en otros instrumentos, que prohíben la discriminación entre las personas protegidas (refugiados o trabajadores migratorios, según el caso) con base en los criterios usuales. La Convención de 1951 prohíbe la discriminación entre refugiados con base en su raza, religión o país de origen (art. 3), mientras que la Convención sobre los derechos de los trabajado-

res migratorios, que es un instrumento mucho más reciente, contiene una nómina de criterios más amplia que incluye, entre otros, el estatus civil (art. 7). En segundo lugar, estos dos instrumentos establecen una serie de regímenes de igualdad en función de la naturaleza del derecho en cuestión, y eventualmente, del estatus legal de la persona protegida. La Convención de 1951 establece que los derechos del refugiado son los mismos que los del nacional en cuanto a religión, acceso a los tribunales, educación primaria y seguridad social, y no inferior a los derechos otorgados a otros extranjeros en cuanto a libertad de circulación y asociación, vivienda, propiedad y empleo (arts. 4, 16 y 22; arts. 26, 15, 13,17 y 21). La Convención sobre los trabajadores migratorios es muy extensa y compleja. Además de los numerosos derechos reconocidos como patrimonio de todo trabajador migratorio, establece un régimen de igualdad entre el nacional y todo trabajador migratorio con respecto a ciertos derechos, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y a condiciones de trabajo adecuadas, la seguridad social y la educación para sus hijos (arts. 18, 25, 27 y 30). Otro régimen de paridad con los nacionales se establece a favor de los trabajadores migratorios documentados o en situación regular, con respecto a la libertad de movimiento y de asociación, el derecho a la vivienda y a la protección de la unidad de la familia, entre otros (arts. 39, 40, 43.1 d y 44).

iii) El derecho a protección contra la discriminación

El Estado no sólo tiene el deber negativo de no incurrir en la discriminación, sino también una obligación positiva de proteger a las personas contra la misma. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos dice:

> En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discri-

> minación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.[14]

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos confirma el derecho a la protección contra la discriminación. Su decisión en el caso Nahlik contiene la siguiente observación:

> El Comité ha tomado nota de la alegación del Estado Parte de que la comunicación es inadmisible (…) por referirse a una supuesta discriminación en el marco de un acuerdo privado respecto al cual el Estado Parte no tiene influencia alguna. El Comité observa que, en virtud de los artículos 2 y 26 del Pacto, el Estado Parte está obligado a velar porque ninguna de las personas que residan en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción sea objeto de discriminación alguna y que, por consiguiente, los tribunales de los Estados Partes tienen la obligación de proteger a las personas contra la discriminación, tanto si se produce en la esfera pública como entre partes privadas en el sector paraestatal de, por ejemplo, el empleo. (…)[15]

No obstante, en la práctica la jurisprudencia desarrollada hasta la fecha se limita a alegatos de discriminación de parte de un órgano del Estado y a alegatos de discriminación de parte de entidades autónomas establecidas por la ley.[16]

iv) Alcance del capítulo

El tema de la igualdad de los cónyuges se trató en el Capítulo 12, relativo a la familia, y la problemática de las medidas de excepción

---

[14] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, párr. 1.

[15] Comité de Derechos Humanos, caso Nahlik c. Austria, párr. 8.2 (1996).

[16] Comité de Derechos Humanos, caso B. de B. y otros c. Países Bajos, párr. 6.5 (1989).

discriminatorias será abordada en el Capítulo 16, sobre los estados de excepción. El Capítulo 5, relativo al debido proceso, contiene algunas referencias a la discriminación en la administración de justicia. Las partes del Capítulo 14 sobre los derechos de los pueblos indígenas y de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas también contiene algunas referencias a la discriminación. Algunas referencias a la discriminación religiosa y política se encuentran en los Capítulos 8 y 11, sobre la libertad de religión y los derechos políticos, respectivamente.

Tanto la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial como la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer establecen un comité integrado por expertos independientes para velar por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes. El Comité sobre la eliminación de la discriminación racial tiene competencia para conocer casos, pero su jurisprudencia no es muy extensa. El Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer recién adquirió esta competencia con la entrada en vigor de un Protocolo en el año 2000, pero todavía no ha tenido oportunidad de desarrollar una jurisprudencia importante. En consecuencia, la jurisprudencia universal examinada en este capítulo es esencialmente la del Comité de Derechos Humanos.

15.4 Las formas de discriminación prohibidas

El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prohíbe la discriminación basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social. Los artículos 2 y 26 del PIDCP y el artículo 2 de la Convención Americana, prohíben la discriminación basada en los mismos criterios. La Convención sobre los derechos del niño agrega dos más, el origen étnico y el impedimento físico. Este instrumento también prohíbe la discriminación contra el niño con base en la raza,

el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica o el lugar de nacimiento de sus padres o uno de ellos.

Por fundamentales que sean los principios de igualdad y no discriminación, no son absolutos. La normativa internacional permite limitar el acceso a ciertos derechos en función del estatus de la persona. Los Estados no están obligados a extender los derechos políticos a los extranjeros. El derecho a entrar al territorio de un país es reservado a nacionales, o por lo menos a las personas que pueden considerar un país como "suyo" (véase el Capítulo 7). Ciertos derechos humanos, como el derecho a casarse, el derecho al trabajo, a votar y a presentarse a puestos electivos, son definidos como derechos privativos del adulto o la persona que haya alcanzado una cierta edad.

La Observación General No.15 del Comité de Derechos Humanos trata el tema de los derechos de los extranjeros. Esta Observación hace hincapié en la obligación que todos los Estados Partes asumen en virtud del párrafo primero del artículo 2, de garantizar los derechos consagrados por el PIDCP a toda persona bajo su jurisdicción. Si bien la discriminación con base en la nacionalidad no está prohibida expresamente, sólo el artículo 25, relativo a los derechos políticos, y hasta cierto punto el artículo 12.4 que reconoce del derecho a entrar a "su propio país", la autoriza.[17] Por tanto, concluye el Comité, los demás derechos deben estar garantizados "sin discriminación entre nacionales y extranjeros".[18] En el caso Gueye, el Comité concluyó que "(…) la nacionalidad adquirida mediante la independencia [de su país de origen] entra en el ámbito de la expresión 'otra condición social' que figura en la segunda oración del artículo 26".[19] Con respecto a los derechos de otro orden, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

---

[17] El derecho a ingresar a un país es analizado en el Capítulo 8.

[18] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 2. Véanse también los párrs. 4 y 7.

[19] Comité de Derechos Humanos, caso Gueye y otros c. Francia, párr. 9.4 (1989).

(PIDESC) admite la posibilidad de discriminar contra extranjeros, pero únicamente por parte de países en desarrollo y con respecto a los derechos económicos (art. 2.3). En el sistema interamericano, la discriminación basada en la nacionalidad está proscrita por la Carta de la OEA (arts. 3 j y 43 a).

Si bien los principales instrumentos sobre derechos humanos hacen caso omiso de la discriminación contra personas con discapacidad, otros instrumentos llenan este vacío. En el sistema universal, la Declaración de los derechos de los impedidos de 1975 establece que "El impedido tiene los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos (…)" (art. 4).[20] En términos más generales, su artículo 3 reconoce lo siguiente:

> El impedido tiene esencialmente derecho a que se respete su dignidad humana. El impedido, cualesquiera sean el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias, tiene los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos de la misma edad, lo que supone, en primer lugar, el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible.

Asimismo, el Principio 1 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental adoptados en 1991 establece lo siguiente:

> 4. No habrá discriminación por motivo de enfermedad mental. Por "discriminación" se entenderá cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad. Las medidas especiales adoptadas con la única finalidad de proteger los derechos de las personas que padezcan una enfermedad mental o de garantizar su mejoría no serán consideradas

[20] Este artículo contiene una referencia al párrafo 7 de la Declaración de 1971 de los derechos del retrasado mental, que establece un procedimiento especial para la protección de las personas que debido a la gravedad de su impedimento carecen de competencia para ejercer efectiva y plenamente todos sus derechos.

> discriminación. La discriminación no incluye ninguna distinción, exclusión o preferencia adoptada de conformidad con las disposiciones de los presentes Principios que sea necesaria para proteger los derechos humanos de una persona que padezca una enfermedad mental o de otras personas.
>
> 5. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, tales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concluye que el artículo 2 del PIDCP prohíbe la discriminación basada en la discapacidad. La Observación establece al respecto:

> Además, el requisito que se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto que garantiza "el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna" basada en determinados motivos especificados "o cualquier otra condición social" se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad.[21]

En una decisión adoptada en el año 2001 el Comité de Derechos Humanos declaró inadmisible un alegato de discriminación basado en discapacidad, pero por motivos que parecen indicar que el Comité tiene competencia para examinar alegatos de esta forma de discriminación.[22]

---

[21] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 5 (1994).

[22] Comité de Derechos Humanos, caso Walrevens c. Australia, párr. 6.2.

A diferencia de estos instrumentos universales, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad no contiene una prohibición de discriminación propiamente dicha, ni garantiza un derecho a la protección contra la discriminación basada en la discapacidad, sino más bien establece una serie de obligaciones programáticas.

Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni la Declaración Americana, ni el PIDCP, ni la Convención Americana, consagran expresamente una prohibición de discriminación basada en el origen étnico. No obstante, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial dispone que el término "discriminación racial" incluye la discriminación basada en el origen nacional (art. 1). Cabe presumir que esta definición es válida también para otros instrumentos que contienen una prohibición de discriminación racial.

La discriminación con base en la orientación sexual ha sido un tema controvertido. En el caso Thoonen, el Estado Parte pidió al Comité de Derechos Humanos orientación a fin de saber si la orientación sexual puede considerarse "otra condición social", a efectos de los artículos 2 y 26 del PIDCP.[23] El Comité no dirimió esta pregunta como tal, pero concluyó que "(…) la referencia al 'sexo' que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual".[24]

Hasta la fecha existe poca jurisprudencia sobre la discriminación basada en la edad. La normativa internacional reserva algunos derechos a los adultos y considera a las personas de la tercera edad como titulares de ciertos derechos especiales. Estas distinciones basadas en la edad se ubican dentro de la lógica de la "protección especial".[25]

---

[23] Comité de Derechos Humanos, caso Thoonen c. Australia, párrs. 6.9 y 6.10 (1994).

[24] Ibíd., párr. 8.7. Véase el Capítulo 7 para otros aspectos de la decisión.

[25] El derecho a trabajar y el derecho a casarse y a fundar una familia son reservados para adultos o personas que se aproximan a la mayoría de edad (véase el Capítulo 13). En el sistema interamericano el artículo 17 del Protocolo de

El Comité de Derechos Humanos reconoció la licitud de las medidas que establecen ciertas preferencias a favor de personas mayores, en particular los precios especiales para el transporte público.[26]

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha elaborado una Observación General sobre la materia; basado en el artículo 2.2 del PIDESC, prohíbe la discriminación en términos idénticos a los del artículo 2.2 del PIDCP. La Observación General mencionada hace el análisis siguiente sobre la cuestión de saber si el PIDESC prohíbe la discriminación con base en la edad:

> Otra cuestión importante es determinar si la discriminación por razones de edad está prohibida por el Pacto. Ni en el Pacto ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace explícitamente referencia a la edad como uno de los factores prohibidos. (…)
>
> Ahora bien, este hecho no es decisivo puesto que la discriminación basada en "cualquier otra condición social" podría interpretarse en el sentido que se aplica a la edad. El Comité observa que, si bien todavía no es posible llegar a la conclusión de que la discriminación por motivos de edad está en general prohibida por el Pacto, las situaciones en que se podría aceptar esta discriminación son muy limitadas. (…) En algunas de las pocas situaciones en que todavía se tolera esta discriminación, por ejemplo en relación con la edad obligatoria de jubilación o de acceso a la educación terciaria, existe una clara tendencia [en el derecho comparado] hacia la eliminación estos obstáculos.[27]

San Salvador dispone que "Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad". La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los Principios a favor de las personas de edad en su resolución 46/91 de 1991.

[26] Comité de Derechos Humanos, caso Schmitz-de-Jong c. Países Bajos, párr. 7.2 (2001).

[27] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 6, párrs. 11-12 (1995).

15.5 La doctrina y la jurisprudencia universal sobre la discriminación

i) La doctrina del Comité de Derechos Humanos

En una Observación General adoptada en 1989, el Comité de Derechos Humanos tomó nota de que el PIDCP no contiene una definición de discriminación. Para llenar este vacío consideró útil tomar en cuenta las definiciones, sustancialmente idénticas, contenidas en las convenciones sobre la eliminación de la discriminación racial y la discriminación contra la mujer. Así, llegó a la conclusión siguiente:

> (…) el Comité considera que el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.[28]

La Observación General No.18 incorporó también a la doctrina del Comité de Derechos Humanos el concepto de que no toda diferenciación de trato constituye discriminación, así como los criterios que permiten distinguir entre discriminación y mero trato diferenciado. El último párrafo de la Observación General establece: "Por último, el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del PIDCP".[29] Esta doctrina, derivada de la juris-

---

[28] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, parr. 7.

[29] Comité de Derechos Humanos, caso Järvinen c. Finlandia, párr. 6.4 (1990).

prudencia del Comité en el caso Broeks, y presuntamente inspirada por la del sistema europeo, es la clave de la jurisprudencia desarrollada por el Comité.[30]

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación consagrados por el artículo 26 del PIDCP se aplican no sólo a los derechos de las personas, sino también a las obligaciones que la ley impone a los miembros de la sociedad.[31] En el caso Snijders el Comité de Derechos Humanos comentó que "(…) las contribuciones personales previstas en el seguro deben calcularse objetivamente y sin arbitrariedad."[32]

ii) La relevancia del propósito de una medida en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos

La Observación General No.18 del Comité de Derechos Humanos, antes citada, dispone que un trato diferenciado no es discriminatorio si su propósito es "legítimo en virtud del Pacto", y si los criterios de diferenciación son objetivos y razonables. De los tres supuestos mencionados, el de razonabilidad es el que más lugar ocupa en la jurisprudencia del Comité. La importancia del supuesto relativo a la licitud del propósito varía de un caso a otro, mientras que el supuesto de objetividad raras veces influye en sus decisiones.

En el caso Järvinen, el Comité de Derechos Humanos manifestó:

---

[30] Comité de Derechos Humanos, caso Broeks c. Países Bajos, párr. 13 (1984). Véanse también Danning c. Países Bajos, párr. 13. (1984), y Zwann de Vries c. Países Bajos, párr. 13 (1984). La Corte Europea adoptó el criterio de "justificación objetiva y razonable" en su sentencia de 1968 sobre ciertos aspectos de la legislación relativa al uso de idiomas en la educación en Bélgica, citado en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC-4/84, párr. 56.

[31] Comité de Derechos Humanos, caso B. de B. c. Países Bajos, párr. 6.5 (1989).

[32] Comité de Derechos Humanos, caso Snijders c. Países Bajos, parr. 8.4 (1998).

> Para determinar si la [práctica impugnada] estaba basada en criterios razonables y objetivos, el Comité consideró en especial la exposición de motivos de la Ley (…) y estimó que las nuevas disposiciones se concibieron para facilitar la administración del servicio sustitutivo. La Ley se basó en consideraciones prácticas y no tuvo ningún propósito discriminatorio.[33]

Esta decisión parece equiparar el concepto de "propósito discriminatorio" con el de "propósito represivo", en el sentido de ser conceptuados y diseñados con el objetivo de imponer una especie de sanción disfrazada a los miembros de un grupo determinado.[34]

En el caso Adam, el Comité de Derechos Humanos recalcó que para considerar una medida compatible con el PIDCP, la licitud de su propósito es un requisito necesario pero no suficiente. La decisión establece al respecto lo siguiente:

> El Estado parte afirma que no se ha infringido el Pacto porque al aprobar la Ley (…) los legisladores (…) no tenían el propósito de discriminar. Sin embargo, el Comité opina que el propósito de la asamblea legislativa no es el elemento que determina la infracción del artículo 26 del Pacto, sino más bien que ésta viene determinada por las consecuencias de la legislación promulgada. Sea cual fuere el motivo o la intención de la asamblea legislativa, una ley puede violar el artículo 26 del Pacto si sus efectos son discriminatorios.[35]

El análisis de la jurisprudencia sugiere que el propósito de una medida puede considerarse un requisito de carácter liminar, que no siempre se analiza explícitamente. Si la medida no tiene un propósito manifiestamente contrario al PIDCP, hay que determinar si las distinciones establecidas son objetivas y razonables. Caso contrario

---

[33] Comité de Derechos Humanos, caso Järvinen c. Finlandia, párr. 6.4 (1990).

[34] Ibíd., párr. 6.6.

[35] Comité de Derechos Humanos, caso Adam c. República Checa, párr. 12.7 (1996).

–si el propósito de una medida es manifiestamente contrario al PIDCP– no hace falta proseguir con la aplicación de los criterios de objetividad y razonabilidad. Si esta interpretación es cierta, significa que la definición operativa aplicada por el Comité de Derechos Humanos es, en el fondo, la misma aplicada en el sistema interamericano.[36]

iii) La discriminación de jure *basada en el sexo*

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos relativa a la discriminación ***de jure*** basada en uno de los supuestos enumerados en los artículos 2 y 26 del PIDCP se limita a casos de discriminación sexual. Una de las primeras decisiones del Comité sobre discriminación se refiere al derecho de residencia. El caso Aumeeruddy-Cziffra versa sobre una ley que reconocía el derecho de toda extranjera casada con un nacional a establecer residencia en el país, pero obligaba a los extranjeros casados con una nacional a solicitar un permiso de residencia, cuyo otorgamiento era discrecional. Haciendo caso omiso de la posibilidad de que la legislación pudiera interpretarse como medida a favor de una determinada clase de mujeres (las extranjeras casadas con nacionales) y descartando el argumento del Estado de que no tenía obligación alguna de admitir el ingreso de extranjeros al territorio nacional, el Comité concluyó que cuando un Estado decide reconocer el derecho de residencia a ciertos extranjeros, los criterios aplicables no pueden discriminar contra ninguno de los grupos mencionados por el artículo 26 del PIDCP.[37] La razonabilidad de esta diferenciación entre hombres y mujeres –o sea, las eventuales diferencias objetivas entre las circunstancias de los hombres y mujeres afectadas por la medida– no se analizó.

---

[36] Véase Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 7.

[37] Comité de Derechos Humanos, caso Aumeeruddy-Cziffra c. Mauricio, párrs. 9.2 b)9.2.i), 6 a 9.2 b)9.2.i), 8 (1981).

En 1984 el Comité de Derechos Humanos adoptó las primeras de muchas decisiones relativas a la discriminación sexual en materia de seguridad social. Los casos Broeks y Zwann de Vries se refieren a disposiciones legislativas que privaban a la mujer casada del derecho a una pensión de desempleo, a menos que pudiera comprobar que era "sostén de la familia". El Estado hizo hincapié en que la intención de esa ley no era discriminar, sino que sencillamente respondía a la situación económica y social imperante en la época de su promulgación, a saber: que la gran mayoría de hombres casados con empleo constituían la principal fuente de ingresos de la familia, lo que hacía innecesario proceder a una determinación caso por caso sobre si cada hombre casado era efectivamente el "sostén de la familia".[38] El Comité aplicó por primera vez en este contexto la piedra angular de la jurisprudencia sobre discriminación, que establece lo siguiente:

> El derecho de la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley sin discriminación alguna no hace discriminatorias todas las diferencias de trato. Una diferenciación basada en unos criterios razonables y objetivos no constituye la discriminación prohibida en el sentido del artículo 26.[39]

Con respecto a la disposición impugnada, el Comité de Derechos Humanos observó que "Esta diferenciación, que parece basarse en el estado civil, constituye de hecho una diferenciación por razón de sexo, ya que coloca en situación de desventaja a la mujer casada en relación con el hombre casado".[40] Así que, si bien el Comité invoca el criterio de razonabilidad para determinar si la medida debe considerarse discriminatoria, no procedió a un análisis de la relación

---

[38] Comité de Derechos Humanos, casos Broeks, supra, párr. 8.4; Zwann de Vries, supra, párr. 13 (1984).

[39] Comité de Derechos Humanos, caso Broeks c. Países Bajos, supra, párr. 13; Zwann de Vries c. Países Bajos, supra, párr. 13 (1984).

[40] Comité de Derechos Humanos, caso Broeks c. Países Bajos, supra, párr. 14; Zwann de Vries c. Países Bajos, supra, párr. 13 (1984).

entre la diferenciación y los objetivos de la ley. Más bien, la conclusión parece sustentarse en la presunción de que toda diferenciación basada en el sexo es, de por sí, irrazonable.[41]

En 1993, en el caso Cavalcanti Araújo-Jongen, el Comité de Derechos Humanos adoptó otra decisión sobre la misma legislación impugnada en los casos Broeks y Zwann de Vries, que limitaba el auxilio de desempleo a la mujer casada por no considerarla jefe de familia.[42] Si bien una reforma legislativa había eliminado esta desigualdad, la demanda de la víctima por compensación durante el periodo en que no percibió la misma prestación no tuvo éxito porque en el momento de presentar la demanda tenía un nuevo empleo y el recurso sólo estaba disponible para personas desempleadas. El Comité consideró que el requisito de que una persona debe estar desempleada en el momento de solicitar esta prestación era razonable, en vista de los objetivos de la legislación, de manera que la denegación de la solicitud no había sido violatoria del artículo 26.[43] En 1989 el Comité adoptó una decisión sobre otra anomalía en el sistema de seguridad social del mismo país, producto de las reglas diseñadas a fin de reducir la superposición de dos pensiones de naturaleza distinta. El caso Vos (H.S.) trata sobre una mujer que había recibido una pensión de invalidez durante varios años. Cuando enviudó, la cuantía de su pensión se redujo en función de su nueva pensión de viudez, esta última otorgada únicamente a mujeres.[44] La situación era similar a la de los casos Broeks y Zwann de Vries, en la medida en que una viuda se encontraba en una situación de desventaja en relación con los viudos, en razón de su sexo.[45] No obstante, el Co-

---

41 Comité de Derechos Humanos, caso Broeks c. Países Bajos, supra, párr. 14; Zwann de Vries c. Países Bajos, supra, párr. 13 (1984).

42 Comité de Derechos Humanos, caso Cavalcanti Araujo-Jongen c. Países Bajos, párr. 2.3 (1993).

43 Ibíd., párr. 7.4.

44 Comité de Derechos Humanos, caso Vos (H.S.) c. Países Bajos, párrs. 2.1 y 9.1 (1989).

45 Con el agravante de que la viuda se había divorciado del cónyuge en cuestión 22 años antes.

mité concluyó que no había habido violación del PIDCP porque la legislación "se basa en criterios y objetivos razonables", y que "el resultado desfavorable del cual se queja (…) se debe a la aplicación de una norma uniforme".[46] El sustento de esta conclusión no está indicado expresamente, pero parece ser el hecho de que la desventaja de la mujer viuda fue el resultado de la interacción de dos normas (una de apoyo a las viudas y otra que limitaba la superposición de pensiones) las cuales, en forma separada, tenían objetivos aceptables y eran razonables.[47]

En los últimos años el Comité de Derechos Humanos ha adoptado decisiones basadas en un análisis que, de nuevo, otorga más importancia al impacto de las normas que a sus motivos. En el caso Pauger, las mujeres viudas tenían automáticamente derecho a una pensión completa, mientras que la cuantía de la pensión otorgada a los viudos se calculaba en función de sus ingresos.[48] El Estado había adoptado un plan para introducir paulatinamente beneficios iguales para viudos y viudas.[49] No obstante, el Comité consideró que la diferenciación no podía considerarse razonable por estar basada en el sexo de los beneficiados.[50] El raciocinio del Comité es muy sencillo: "Ello significa en efecto que los hombres y mujeres, cuyas circunstancias sociales son similares, son tratados de forma diferente simplemente por motivos de sexo. Esta diferenciación no es razonable (…)."[51] El Comité llegó a la misma conclusión en el caso Vos (A.P.J.), sobre una reforma a un complejo sistema de pensiones vi-

---

46 Comité de Derechos Humanos, caso Vos (H. S.) c. Países Bajos, párr. 12.

47 Véase también Comité de Derechos Humanos, caso Byrne y Lazarescu c. Canadá, párrs. 6.2-6.4 (1999).

48 Comité de Derechos Humanos, caso Pauger c. Austria (No.415/1990), párr. 2.1 (1992).

49 Ibíd., párrs. 5.1-5.2.

50 Ibíd., párr. 7.4. Véase también Pauger c. Austria (No. 716/1996), párr. 10.2 (1999).

51 Comité de Derechos Humanos, caso Pauger c. Austria, párr. 7.4 (1992). Una comunicación sobre el incumplimiento de este dictamen fue presentada al Comité y objeto de una decisión adoptada en 1998. Véase también el caso Vos (A.P.J.) c. Países Bajos, párr. 7.6 (1999).

gente en un país, la cual dividió la pensión que recibía el hombre casado para las necesidades de la pareja, otorgando una mitad al esposo y la otra a la esposa.[52] Sin embargo, esto tuvo una repercusión negativa para los hombres que tenían derecho a una segunda pensión, pues la reforma no hizo el ajuste correspondiente en los criterios utilizados para calcular la cuantía de la prestación total de un hombre casado que recibía dos pensiones. En consecuencia, los hombres pasaron a percibir menos que la mujer que recibía dos pensiones.[53] El Comité concluyó que, si bien el motivo de la reforma era compatible con el PIDCP, hubiera sido perfectamente posible modificar la forma de calcular la prestación global del hombre casado para evitar esta desigualdad de trato, por lo que consideró esta consecuencia de la reforma violatoria del artículo 26 del PIDCP.[54] El raciocinio de las decisiones sobre los casos Pauger y Vos (A.P.J.) es tan difícil de armonizar con el de las decisiones en los casos Vos (H.S) y Cavalcanti Araujo-Jongen, que llevan a presumir que éstas pertenecen a una etapa ya superada en el desarrollo de la jurisprudencia del Comité sobre la materia.[55]

En su reciente decisión en el caso Müller y Engelhard, relativa a legislación que dificultaba la adopción por un hombre del apellido de su esposa, el Comité de Derechos Humanos declaró que "Dada la importancia del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, no se puede invocar el argumento de una tradición arraigada como la justificación general de un trato diferente entre hombre y mujer contrario al Pacto".[56]

---

52 Comité de Derechos Humanos, caso Vos (A.P.J.) c. Países Bajos, párr. 2.3 (1999).

53 Ibíd., párr. 2.4.

54 Ibíd., párrs. 7.4, 7.6.

55 Paradójicamente en ambos casos las víctimas eran hombres, mientras que los peticionarios en Vos (H.S) y Cavalcanti Araujo-Jongen eran mujeres.

56 Comité de Derechos Humanos, caso Müller y Engelhard C. Namibia, párr. 6.8 (2002).

iv) Discriminación basada en la nacionalidad

La doctrina del Comité de Derechos Humanos considera que la discriminación basada en la nacionalidad merece el mismo análisis que la discriminación basada en los criterios enumerados en el artículo 2, salvo cuando se trata del ejercicio de los derechos políticos y del derecho a entrar y residir en su propio país.[57] Es menester reconocer que esta doctrina se basa en una exégesis del artículo 2 del PIDCP –o sea, la discriminación relativa al ejercicio de los derechos consagrados en él– y no en el artículo 26 y los demás derechos reconocidos por la legislación interna. En la práctica, la jurisprudencia adoptada hasta la fecha concierne sobre todo a derechos que no figuran entre los consagrados por el PIDCP, tales como el derecho a la seguridad social y a la propiedad. No obstante, no existe ninguna decisión que reconozca como razonable y coherente con el PIDCP un trato diferenciado con base en la nacionalidad.

El caso Gueye se refiere a una diferencia en la cuantía de la pensión recibida por excombatientes en razón de su nacionalidad. El Comité de Derechos Humanos concluyó que dicha diferenciación era discriminatoria ya que "(…) la base para la concesión de la pensión fueron los (…) servicios prestados" al país, que eran idénticos en el caso de personas que retuvieron la nacionalidad y las que posteriormente la perdieron o la cambiaron.[58] El caso Simunek se refiere a una ley cuyo objetivo era compensar a las víctimas de confiscaciones discriminatorias realizadas en otra época. La legislación reconocía el derecho a una compensación, pero sujeto a restricciones basadas en la nacionalidad y residencia de las víctimas. La conclusión de que dichas restricciones no eran razonables también se sustenta en una comparación de los requisitos, las condiciones y las

---

[57] Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, citada arriba; con respecto al derecho de residencia véase el Capítulo 8.

[58] Comité de Derechos Humanos, caso Gueye y otros c. Francia, párr. 9.5 (1989).

limitaciones que afectan el goce del derecho reclamado en la actualidad y los supuestos que dieron origen al derecho subyacente. La decisión establece lo siguiente al respecto:

> Al examinar si las condiciones para una restitución o indemnización son compatibles con el Pacto, el Comité debe considerar todos los factores pertinentes, inclusive el primitivo derecho del autor a la propiedad en cuestión y la naturaleza de las confiscaciones. El propio Estado Parte reconoce que las confiscaciones fueron discriminatorias, y ésta es la razón por la que se promulgó una legislación específica para prever una forma de restitución. El Comité observa que esa legislación no debe establecer una discriminación entre las víctimas de las confiscaciones iniciales, ya que todas las víctimas tienen derecho a una reparación sin distinciones arbitrarias. Teniendo en cuenta que el primitivo derecho de los autores a sus respectivas propiedades no implicaba la condición de ciudadano ni de residencia, el Comité estima que esas condiciones de ciudadano y residencia que figuran en la Ley Nº 87/1991 no están justificadas. A este respecto el Comité señala que el Estado Parte no ha expuesto ninguna razón que justifique esas restricciones. Es más, se ha considerado que los autores y otras muchas personas que se hallan en su misma situación se marcharon de Checoslovaquia a causa de sus opiniones políticas, y que sus propiedades fueron confiscadas bien a causa de sus opiniones políticas, bien por haber emigrado del país. Esas víctimas de la persecución política buscaron una residencia y nacionalidad en otros países. Si se tiene en cuenta que el Estado Parte es el responsable de la partida de los autores, sería incompatible con el Pacto exigirles que regresen definitivamente al país como requisito previo para la restitución de sus propiedades o para el pago de una indemnización apropiada.[59]

---

[59] Comité de Derechos Humanos, caso Simunek c. República Checa, párr. 11.6 (1995). Véanse también Adam c. República Checa, párr. 12.6 (1996) y Des Fours Walderode c. República Checa, párr. 8.4 (2002).

En el caso Karakurt, el Comité de Derechos Humanos consideró que si bien los acuerdos internacionales que conferían un trato preferencial a los nacionales de los Estados Partes no eran forzosamente incompatibles con el PIDCP, las distinciones que establecían debían ser objetivas y razonables.[60] En el caso concreto, el Comité consideró que la nacionalidad de un trabajador extranjero no tenía ninguna implicación en su capacidad de representar los intereses de los trabajadores o funcionarios de una empresa, de manera que la legislación que sólo concedía el derecho a ocupar dichos puestos a los nacionales no era razonable y, por tanto, era discriminatoria.[61] Cabe señalar que esta decisión trata sobre un extranjero que gozaba del derecho a residir y trabajar en el país en cuestión.

v) La discriminación de facto

El concepto de discriminación ***de facto*** se refiere a medidas que eventualmente pueden considerarse discriminatorias debido a sus efectos, a pesar de que la medida en sí sea "(…) neutral, en el sentido de aplicabl[e] a todos sin distinción".[62] En su Recomendación General No. XIV, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial indicó que "Cualquier distinción es contraria a la Convención si tiene el propósito ***o el efecto*** de menoscabar determinados derechos y libertades (…)".[63] El efecto discriminatorio, según la Recomendación, consiste en "consecuencias injustificables distintas sobre un grupo caracterizado por la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico".[64] La Observación General No. 18 del Comité de Derechos Humanos también establece, como se ha indicado, que la discrimi-

---

60 Comité de Derechos Humanos, caso Karakurt c. Austria, párr. 8.4 (2002).

61 Ibíd.

62 Comité de Derechos Humanos, caso Bhinder c. Canadá, párr. 6.1 (1990).

63 Comité para la eliminación de la discriminación racial, Recomendación General No. XIV, párr.1 (énfasis agregado).

64 Ibíd., párr. 2.

nación comprende medidas "(…) que tengan por objeto ***o por resultado*** anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas".[65]

En algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos, la conclusión de que una discriminación no se ha sustanciado se explica con la fórmula "(…) las diferencias resultantes de la aplicación equitativa o uniforme de una regla común o neutral no son discriminatorias".[66] No obstante, resulta difícil creer que ésta sea la verdadera razón para decidir, habida cuenta de la jurisprudencia que indica que el criterio de razonabilidad se aplica tanto a casos de posible discriminación ***de facto*** como a los de posible discriminación ***de jure***. La decisión que mejor ilustra la posición del Comité sobre la discriminación ***de facto*** es la del caso Bhinder, que se refiere a un empleado público cuya religión le obligaba a usar turbante y quien perdió su empleo cuando rehusó usar un casco de seguridad.[67] Aplicando los criterios de la finalidad y razonabilidad, el Comité concluyó que "la legislación que requiere que los trabajadores empleados por el Estado federal estén protegidos de lesiones y descargas eléctricas mediante cascos de seguridad debe considerarse razonable y encaminada a fines objetivos [sic] que son compatibles con el Pacto".[68]

vi) Normas que establecen distinciones basadas en criterios no enumerados en los artículos 2 y 26 del PIDCP

La mayor parte de la jurisprudencia que no trata sobre la discriminación sexual se refiere a normas que establecen diferenciaciones

---

[65] Comité para la eliminación de la discriminación racial, Recomendación General No. XIV, parr. 7 (énfasis agregado).

[66] Comité de Derechos Humanos, caso Vos (H.S.) c. Países Bajos, párr. 11.3 (1989); Oulajin c. Países Bajos, párr. 7.5 (1997).

[67] Comité de Derechos Humanos, caso Bhinder c. Canadá, párrs. 1 a 2.3 (1990).

[68] Ibíd., párrs. 6.1-6.2.

basadas en criterios distintos a los mencionados en los artículos 2 y 26 del PIDCP, como el estatus civil o el parentesco. La mayoría de estos casos se refiere a restricciones al disfrute o ejercicio de derechos no consagrados por el PIDCP, tales como la seguridad social y la propiedad, o eventualmente el acceso a un recurso con respecto a derechos de esta índole. Por tanto, la norma aplicada generalmente es el artículo 26. La regla básica aplicada por el Comité de Derechos Humanos a este tipo de casos es la misma enunciada en el caso Broeks y reafirmada por la Observación General No.18, a saber: "no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto". El raciocinio de algunas decisiones permite identificar algunas reglas o criterios auxiliares que ayudan a diferenciar entre las medidas razonables y las arbitrarias, concepto este último que el Comité parece emplear como contrario de razonable.[69]

Un elemento que se toma en cuenta en algunas decisiones es que el disfrute de un derecho o beneficio no debe estar sujeto a condiciones que no guardan relación con las que determinaron el reconocimiento y la existencia del derecho o beneficio en cuestión. Los casos Gueye y Simunek, citados arriba, ilustran este análisis.

El Comité de Derechos Humanos también manifestó, en el caso Gueye, que "(…) no cabe invocar una simple inconveniencia de tipo administrativo, ni la posibilidad de (…) algún abuso respecto a los derechos a las pensiones, para justificar un trato desigual".[70] El tema de consideraciones de orden administrativo como justificación de una diferenciación entre grupos distintos surge en otros casos, a veces de manera expresa y otras veces tácitamente. En el caso Järvinen la legislación establecía un servicio militar obligatorio de ocho meses de duración. Los objetores de conciencia tenían las opciones de 11

---

69 Comité de Derechos Humanos, casos Balaguer c. España, párr. 10.6 (1994); Somers c. Hungría, párr. 9.8 (1996); Nahlik c. Austria, párr. 8.4 (1996); Snijders c. Países Bajos, párr. 8.4 (1998).

70 Gueye, supra, párr. 9.5.

meses de servicio militar sin portar armas o 12 meses de servicio alternativo de carácter civil. La exposición de motivos de la ley indicaba que el objetivo principal de la distinción era facilitar la administración del sistema de servicio alternativo.[71] No obstante, el Comité consideró que la desventaja de algunos meses adicionales de servicio para objetores de conciencia era compensada por la eliminación de la evaluación de las creencias del objetor. Con base en esta consideración, concluyó que la legislación no tenía propósitos represivos y era razonable.[72] La implicación de esta conclusión es que las consideraciones administrativas, en sí, no hubieran sido razón suficiente para justificar el trato diferenciado.

Otro factor que influye en la determinación de la razonabilidad de una diferenciación legislativa es su relación con otras disposiciones legislativas relativas a los derechos y las obligaciones de las mismas categorías de personas. En una decisión adoptada en 1994, el Comité de Derechos Humanos concluyó que una distinción basada en el parentesco de personas que comparten una vivienda, para efectos del cálculo de la cuantía de una pensión, era razonable porque obedecía a la existencia o no de una obligación legal de apoyo entre parientes.[73] En otra decisión adoptada el mismo año, el Comité decidió que para determinar la cuantía de la pensión de personas que viven en el exterior no era irrazonable tomar en cuenta los efectos de los tratados bilaterales en la materia.[74]

Otra regla que se desprende de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos es que las desventajas que resultan de una decisión tomada libremente por los interesados, en general no se consideran discriminatorias. El caso Danning trata de un programa de

---

71 Comité de Derechos Humanos, caso Järvinen c. Finlandia, párrs. 6.3-6.4 (1990).

72 Ibíd., párrs. 6.5-6.6.

73 Comité de Derechos Humanos, caso Doesburg Lanooij Neefs c. Países Bajos, párr. 7.4. El Código Civil reconocía una obligación de apoyo mutuo entre padres e hijos, pero no entre hermanos.

74 Comité de Derechos Humanos, caso Van Oord y otro c. Países Bajos, párr. 8.5 (1997).

pensiones de invalidez cuya cuantía varía en función del estatus civil del beneficiario. El peticionario, que vivía en una relación conyugal sin contrato de matrimonio, alegó que negar la pensión que se otorgaba a una persona casada constituía discriminación. El Comité concluyó que dicha diferenciación era razonable, porque "la decisión de adquirir una condición jurídica por el matrimonio, que en el derecho holandés establece determinados beneficios y también determinados deberes y responsabilidades, corresponde enteramente a las personas que cohabiten".[75] Asimismo, el Comité consideró que el apoyo del Estado a escuelas públicas y la negación de subsidios para los gastos educativos para niños que asisten a escuelas privadas era razonable, subrayando que "la decisión de [estas familias] de escoger la educación privada no les fue impuesta por el Estado (…) sino que fue el resultado de una libre elección reconocida y respetada por el Estado (…)".[76] La aplicación de esta regla parece estar limitada por el principio de que el ejercicio de un derecho fundamental no puede estar condicionado por la renuncia al ejercicio de otro. En el caso Aumeeruddy-Cziffra, antes mencionado, la legislación reconocía el derecho de las mujeres extranjeras casadas con nacionales a residir en el territorio nacional, pero no así a los hombres extranjeros casados con nacionales. En efecto, la legislación había obligado a las mujeres casadas con extranjeros a escoger entre su derecho a residir en su propio país y el ejercicio de sus derechos políticos, o su derecho a convivir con su familia.[77] El Comité no se pronunció sobre la cuestión de saber si la legislación sería compatible con el PIDCP si fuera aplicable a todos y todas, sin distinción, pero concluyó que, siendo aplicable únicamente a ciudadanas casadas con extranjeros,

---

[75] Comité de Derechos Humanos, caso Danning, c. Países Bajos, párr. 14. Véase también Hoofdman c. Países Bajos, párr. 11.4 (1998) (relativo a la negación de una pensión de viudez).

[76] Comité de Derechos Humanos, caso Lindgren y otros c. Suecia, párr. 10.3 (1990).

[77] Comité de Derechos Humanos, caso Aumeeruddy-Cziffra c. Mauricio, párr. 5.5-5.6 y 6.2 (1984).

era discriminatoria y, además, violatoria del derecho de la familia a protección.[78]

Las inconsistencias accidentales en la aplicación de una norma, que no obedecen a una política establecida, generalmente no se consideran discriminación.[79] En el caso Debreczeny, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el hecho de que algunos individuos aparentemente habían logrado esquivar la aplicación de una norma que les impedía acceder a ciertas funciones, sin más, no permitía concluir que la aplicación de la regla al peticionario era discriminatoria.[80] En los casos De Groot y Hoelen, el Comité llegó a una conclusión semejante con respecto a la aplicación del derecho penal.[81]

En muchos otros casos, el Comité de Derechos Humanos parece basar su conclusión sobre la razonabilidad o arbitrariedad de la diferenciación en la aplicación global de las circunstancias, sin aplicación de ningún otro criterio o esquema de análisis. En materia de seguridad social, por ejemplo, el Comité concluyó que la decisión de establecer un sistema de pensiones para excombatientes que habían sido prisioneros de guerra y no para civiles internados durante la misma guerra no era irrazonable.[82] En el caso Oulajin, concluyó que era razonable una la ley que extendía beneficios a los menores a cargo de un contribuyente a condición de que éste participara per-

---

78 Ibíd., párrs. 9.2 (b) 2 (i) 3 y 8, y 9.2 (b) (ii) 3 y 4.

79 Comité de Derechos Humanos, caso B. de B. y otros c. Países Bajos, párr. 6.6.

80 Comité de Derechos Humanos, caso Debreczeny c. Países Bajos, párr. 9.4 (1995).

81 Comité de Derechos Humanos, casos De Groot c. Países Bajos, párr. 6.5 (1995); Hoelen c. Países Bajos, párr. 4.2 (1999). La decisión en el caso Byrne también ilustra la renuencia del Comité a considerar discriminatorias las decisiones de tribunales cuyas consecuencias para las partes eran distorsionadas por el impacto de la legislación impositiva. Byrne y Lazarescu c. Canadá, párrs. 6.2-6.4 (1999).

82 Comité de Derechos Humanos, caso Drake y otro c. Nueva Zelandia, párr. 8.5 (1997).

sonalmente del sostenimiento y la educación de los menores.[83] En materia de remuneración en el caso Nahlik, el Comité consideró que el pago de una prima a los empleados de una agencia y no a los pensionados, no era necesariamente arbitrario o irrazonable.[84] En el caso Lestourneaud, concluyó que un sistema de asistencia jurídica que pagaba honorarios mayores por la defensa de casos penales que por demandas civiles era razonable porque las responsabilidades profesionales eran de otro orden.[85]

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la compensación por propiedades confiscadas descansa en gran parte sobre la idea de que el disfrute de un derecho o beneficio no debe estar sujeto a condiciones ajenas a las que determinaron su reconocimiento y existencia, como se ha señalado con respecto al caso Simunek.[86] En el caso Somers, el Comité determinó, en primer lugar, que no había sido discriminatorio reconocer el derecho a una compensación parcial, habida cuenta de la carencia de recursos, del número importante de víctimas y, sobre todo, del hecho de que la decisión se aplicaba a todos los interesados.[87] La decisión también examinó otro aspecto de la ley que establecía una distinción en cuanto a la modalidad de compensación favorable a los beneficiarios que eran inquilinos de propiedad pública y deseaban comprarla. El Comité consideró esta disposición razonable porque el derecho interno reconocía a los inquilinos como titulares de ciertos derechos y obligaciones con respecto a la propiedad arrendada y, además, porque las consecuencias económicas para los demás beneficiados eran limitadas.[88] En el caso Drobek, el Comité concluyó que no había sido discriminatorio reconocer el derecho de compensación a las víctimas de un determinado régimen represivo, y no a las víctimas

---

83 Comité de Derechos Humanos, caso Oulajin c. Países Bajos, párr. 7.4 (1997).

84 Comité de Derechos Humanos, caso Nahlik c. Austria, párr. 8.4 (1996).

85 Comité de Derechos Humanos, caso Lestourneaud c. Francia, párr. 4.2 (1999).

86 Véase también Adam c. República Checa, párrs. 12.5-12.8.

87 Comité de Derechos Humanos, caso Somers c. Hungría, párr. 9.4 (1996).

88 Ibíd., párrs. 9.6 y 9.8.

de otro régimen.[89] No obstante, la decisión posterior del Comité sobre el caso Brok estableció que cuando la legislación reconoce el derecho a indemnización de las víctimas de confiscaciones practicadas por ambos regímenes represivos anteriores, una laguna en el alcance de esa legislación que privó a algunas víctimas del derecho a compensación había sido arbitraria y discriminatoria.[90]

En cuanto al derecho a la educación, en los casos Blom y Lindgren el Comité determinó que la negación de subvenciones a escuelas privadas no constituía discriminación en contra de las familias que habían decidido inscribir a sus hijos en dichas escuelas.[91] No obstante, en el caso Waldman, el Comité concluyó que sí era discriminatorio prestar apoyo a las escuelas establecidas por una iglesia y negarlo a las escuelas de otras religiones.[92] El hecho del apoyo al sistema escolar de una minoría religiosa consagrado constitucionalmente era irrelevante para efectos de su compatibilidad con la normativa internacional,[93] el Estado no tiene obligación alguna de prestar asistencia a escuelas religiosas, pero al optar por hacerlo, cualquier decisión de apoyar a algunos y no a otros "debe basarse en criterios razonables y objetivos".[94]

El Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión importante sobre el derecho a la nacionalidad en el caso Toala, que trata sobre el derecho de algunos originarios de Samoa a la nacionalidad neozelandesa. Samoa fue administrada por Nueva Zelandia de 1920

---

89 Comité de Derechos Humanos, caso Drobek c. Eslovaquia, párrs. 6.4-6.5 (1997).

90 Comité de Derechos Humanos, caso Brok c. República Checa, párr. 7.4 (2002).

91 El raciocinio de las decisiones es distinto: en el caso Lindgren la conclusión se basa en el hecho de que los padres decidieron libremente no aprovechar la educación pública; en el caso Blom se basa en la idea de que era razonable no otorgar subsidios para programas no supervisados por las autoridades competentes. Véase Comité de Derechos Humanos, caso Blom c. Suecia, párrs. 10.2 y 10.3 (1988).

92 Comité de Derechos Humanos, caso Waldman c. Canadá, párr. 10.7 (2000).

93 Ibíd., párr. 10.4.

94 Ibíd., párr. 10.6.

a 1961, bajo el mandato de la Sociedad de Naciones. En 1982, el Comité Jurídico del Consejo Privado (máxima instancia judicial para los Estados miembros del Commonwealth) falló que todos los samoanos nacidos entre 1924 y 1949 –o sea, casi dos tercios de la población– tenían derecho a la nacionalidad neozelandesa. En cuestión de meses los dos países ratificaron un acuerdo bilateral sobre la materia, a fin de reducir el número de originarios de Samoa con derecho a dicha nacionalidad.[95] Los peticionarios, citando los debates legislativos relativos al entonces proyecto de ley, argumentaron que dicha legislación obedecía a propósitos racistas. El Comité concluyó que la ley no discriminaba con base en la raza, porque sólo afectaba la nacionalidad de los samoanos que no tenían lazos personales con Nueva Zelandia, mientras que reconocía la nacionalidad neozelandesa de los demás samoanos.[96] Asimismo, el Comité consideró que la medida no era arbitraria, porque sólo privaba de la nacionalidad neozelandesa a los samoanos que, en el momento de la promulgación de la ley, no vivían en Nueva Zelandia ni tenían otros lazos personales con ese país.

El derecho de los objetores de conciencia a estar exentos del servicio militar tampoco es reconocido por el PIDCP que ha dado lugar a una jurisprudencia relativamente importante sobre la discriminación. En el caso Järvinen, el Comité de Derechos Humanos concluyó que las diferencias de 3 a 4 meses entre la duración del servicio militar y la del servicio alternativo no eran discriminatorias. Como esta desventaja era compensada por una ventaja para los objetores, concluyó que el propósito no era contrario al PIDCP. En el caso Foin, el Comité llegó a la conclusión de que la imposición de un servicio alternativo de 24 meses, dos veces más largo que el servicio militar obligatorio, era violatoria del artículo 26 del PIDCP. Su razonamiento fue el siguiente:

---

[95] Comité de Derechos Humanos, caso Toala y otros c. Nueva Zelandia, párrs. 11.5 y 11.6

[96] Ibíd., párr. 11.5.

> A este respecto, el Comité reconoce que la ley y la práctica pueden establecer diferencias entre el servicio militar y el servicio nacional sustitutorio, y que esas diferencias pueden, en casos particulares, justificar un periodo de servicio más largo, si la diferenciación se basa en criterios razonables y objetivos, como la naturaleza del servicio en cuestión o la necesidad de una formación especial para prestarlo. En el presente caso, sin embargo, las razones aducidas por el Estado Parte no mencionan ningún criterio de ese tipo, (…) sino que se basan en el argumento de que la duplicación de la duración del servicio es la única forma de poner a prueba la sinceridad de las convicciones del individuo. En opinión del Comité, este argumento no satisface el requisito de que, en el presente caso, la diferencia de trato se basa en criterios razonables y objetivos. En estas circunstancias, el Comité considera que se ha violado el artículo 26, ya que el autor ha sido objeto de discriminación en razón de su convicción de conciencia.[97]

En el caso Brinkof, el Comité de Derechos Humanos abordó la exención a miembros de una iglesia de la obligación de realizar cualquier servicio alternativo. El Estado sostuvo que la distinción entre los miembros de dicha religión y otros objetores de conciencia se justificaba por razones de conveniencia administrativa, es decir, porque los primeros "constituyen un grupo social muy compacto con normas estrictas de comportamiento, y la pertenencia a dicho grupo constituye una prueba sólida de que las objeciones al servicio militar y servicio civil sustitutivo se basan en convicciones religiosas auténticas".[98] El Comité rechazó este argumento y concluyó que "conceder la exención a un solo grupo de objetores de conciencia y aplicarla a todos los demás no se puede considerar razonable".[99] No

---

97 Comité de Derechos Humanos, caso Foin c. Francia, párr. 10.3 (2000). Véase también Maille c. Francia y Vernier y Nicolas c. Francia (2000).

98 Comité de Derechos Humanos, caso Brinkof c. Países Bajos, párr. 9.2 (1993). Véanse también las decisiones del Comité contra la eliminación de la discriminación racial en los casos Yilmaz-Dogan c. los Países Bajos, párr. 9.4 (1987) y L.K. c. Dinamarca, párr. 6.5 (1993).

99 Ibíd., párr. 9.3.

obstante, consideró que el peticionario no había sido víctima de dicha discriminación, porque "no ha demostrado que (…) el trato privilegiado concedido a los Testigos de Jehová afectó negativamente sus derechos como objetor de conciencia al servicio militar".[100]

En el caso Wackenheim el Comité de Derechos Humanos determinó que la prohibición de la práctica de "lanzamiento de enanos" no podía considerarse una discriminación contra las personas afectadas por dicha condición, porque era necesaria para la protección del orden público. La parte del raciocinio del Comité que merece destacarse es el reconocimiento de que el concepto de orden público incluye la protección de la dignidad humana.[101]

vii) La discriminación en la administración de justicia

La aplicación de la ley penal a un individuo no es discriminatoria, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, a menos que se demuestren "circunstancias concretas que ponen de manifiesto una política deliberada de trato desigual".[102] No obstante, en el caso Kavanagh el Comité estableció que la amplísima discreción del fiscal invirtió la presunción sobre la razonabilidad de sus decisiones. Este caso no se refiere a la decisión de acusar o no a un individuo, sino a la de llevar a un acusado ante un tribunal ordinario o ante un tribual especial. La decisión de llevar al peticionario ante un tribunal especial había sido discriminatoria, según la decisión, porque el Estado no presentó elementos que demostraran que tal decisión se fundaba en consideraciones objetivas y razonables.[103] La tipificación del delito también puede ser discriminatoria. El caso Thoonen se refiere a una legislación penal que tipificaba ciertos ac-

---

[100] Ibíd.

[101] Comité de Derechos Humanos, caso Wackenheim c. Francia, parr. 7.4 (200).

[102] Comité de Derechos Humanos, caso De Groot c. Países Bajos, párr. 4.6 (1995).

[103] Comité de Derechos Humanos, caso Kavanagh c. Irlanda, párrs. 10.2 y 10.3 (2001).

tos sexuales como delictivos cuando eran cometidos entre dos varones, pero no cuando eran cometidos por una pareja heterosexual o entre dos mujeres.[104] Los argumentos a favor de la legislación fueron examinados detenidamente y rechazados por las razones descritas en el Capítulo 7, relativo al derecho a la intimidad. El Comité también concluyó que la discriminación basada en la orientación sexual está prohibida por los artículos 2 y 26 del PIDCP y que el Estado tenía la obligación, en consecuencia, de derogar la legislación en cuestión.[105]

En algunos casos el Comité de Derechos Humanos ha considerado discriminatoria la manera en que los tribunales han tramitado o resuelto demandas de carácter civil o laboral. En el caso Ato del Avellanal, la discriminación era patente porque el Código Civil no reconocía la competencia de una mujer casada de emprender acciones legales sobre la propiedad del matrimonio. El Comité consideró la aplicación del artículo pertinente del Código como violatoria de los artículos 3, 14.1 y 26 del PIDCP.[106] En el caso Fábryová, el Comité estimó que la pérdida del derecho a un recurso por agotamiento del plazo había vulnerado el derecho a igual protección de la ley, cuando dicho agotamiento del plazo para la presentación del recurso resultó de un error de parte de las autoridades que debían notificar a la víctima de una decisión administrativa.[107] En el caso Orijuela, el Comité concluyó que las demoras en la resolución de recursos entablados por la víctima y la falta de ejecución de una decisión a su favor obedecía a motivos políticos y, por tanto, constituía discriminación en violación del artículo 26 del PIDCP.[108] Su conclusión se fundamentó en elementos de convicción de carácter circunstancial no refutados por el Estado.[109] En otros casos el Comité ha determi-

---

[104] Comité de Derechos Humanos, caso Thoonen c. Australia (1994).

[105] Ibíd., párrs. 8.7, 9 y 10.

[106] Comité de Derechos Humanos, caso Ato del Avellanal c. Perú, párr. 11 (1989).

[107] Comité de Derechos Humanos, caso Fábryová c. República Checa, párr. 9.2 (2002).

[108] Comité de Derechos Humanos, Orijuela Valenzuela c. Perú, párr. 6.4 (1993)

[109] Ibíd.

nado que el trato de una parte por los tribunales ha sido violatorio de las disposiciones del artículo 14 que consagran el principio de igualdad, en particular la primera oración del primer párrafo y el acápite e) del tercer párrafo[110] (véase el Capítulo 5).

viii) Trato preferencial o acción afirmativa

Tanto la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 4), como la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer reconocen la licitud de la discriminación positiva en ciertas condiciones (art. 4.1). El Comité de Derechos Humanos adoptó esta posición en su Observación General No. 18, al establecer lo siguiente:

> El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.[111]

---

[110] Véase Fei c. Colombia, párrs. 8.4 y 9 (1995); Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, párrs. 9.4, 9.5 y 10 (1993) y otras decisiones mencionadas en el Capítulo 5.

[111] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, párr. 10.

En América Latina las políticas que favorecen grupos marginalizados se conoce tambien como la "discriminación positiva." No obstante, hay quienes consideren este termino inadecuado. Un Relator Especial ha comentado lo siguiente:

> "Acción afirmativa" es un término de uso frecuente, pero desgraciadamente no siempre con el mismo significado. Si bien para algunos el concepto también encierra la "discriminación positiva", es de suma importancia recalcar que ésta no tiene sentido. De acuerdo con la práctica general hoy en día de utilizar la palabra "discriminación" exclusivamente para designar "distinciones arbitrarias", la "discriminación positiva" es un *contradictio in terminis*: la distinción en cuestión se justifica y es legítima pues no es arbitraria y no puede llamarse "discriminación", o es injustificada e ilegítima por ser arbitraria y no debe llamarse "positiva". En cambio el término "acción afirmativa", de uso más frecuente en el Reino Unido, es equivalente a "acción afirmativa". En muchos otros países se conoce con el nombre de "políticas de preferencia", "reservas", "justicia compensatoria o distributiva", "trato de favor", etc.[112]

No hay jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos que aplique esta doctrina, aunque existen algunas decisiones que parecen aludir implícitamente a los límites del concepto de trato preferencial. En el caso Waldman, por ejemplo, el Comité descartó la explicación de que una medida que favorecía una cierta religión había sido adoptada en el siglo XIX a fin de proteger los derechos de una minoría religiosa. La decisión, como se señaló, consideró que el trato preferencial de esta minoría discriminaba contra personas pertenecientes a otras minorías religiosas que no se beneficiaban del mismo trato.[113]

---

[112] Naciones Unidas, El concepto y la práctica de la acción afirmativa, Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU, E/CN.4/Sub.2/2001.15, párr. 6.

[113] Comité de Derechos Humanos, caso Waldman c. Canadá, párr. 10.6 (2000).

15.6 La doctrina y la jurisprudencia interamericana

i) La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana)

La Corte Interamericana analizó la problemática de la igualdad y la discriminación en su Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. El análisis de la Corte Interamericana parte de la consideración general que sigue:

> La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.[114]

> Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.(…)[115]

Adicionalmente, la Corte Interamericana suscribe los criterios para distinguir entre discriminación y trato diferenciado consagrados mucho antes por la Corte Europea. "Sólo es discriminatoria una distinción cuando 'carece de justificación objetiva y razonable'", señala

---

[114] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 55 (1984).

[115] Ibíd., párr. 56.

la Opinión Consultiva.[116] A modo de síntesis, la Corte concluye lo siguiente:

> No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.[117]

Este párrafo contiene observaciones importantes sobre cada uno de los tres elementos de la definición operativa de discriminación. Primero, en cuanto al objetivo de la medida se observa que una "(…) distinción (…) está orientada legítimamente (…) si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas (…) vale decir, no puede perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana". Segundo, se indica que una diferenciación puede considerarse objetiva cuando "parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes". Y, por último, se establece que una medida es razonable cuando "expres[e] de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma".

Los proyectos de reforma constitucional incorporaban tres tipos de criterios que fueron analizados por la Corte Interamericana a la luz del artículo 24 de la Convención Americana. Uno de ellos era

---

116 Ibíd.

117 Ibíd., párr. 57.

una disposición que otorgaba la nacionalidad a la mujer extranjera –o en un versión alternativa, la persona extranjera– quien, al casarse con un nacional, perdía su propia nacionalidad. Otro facilitaba la naturalización de centroamericanos, españoles e iberoamericanos por nacimiento mediante una reducción del periodo de residencia obligatoria.[118] Por último, el proyecto contenía un conjunto de requisitos relativos al conocimiento del idioma, la historia y los valores nacionales.

En cuanto a la diferenciación basada en el sexo, la Corte Interamericana consideró que el privilegio a favor de la mujer contenido en el proyecto era "consecuencia de la desigualdad" de la mujer en cuanto cónyuge y madre en la cultura jurídica anterior al siglo XX.[119] No obstante, en vez de sopesar la posible validez de la preferencia como medida de discriminación positiva destinada a compensar una discriminación contra la mujer, la consideró más bien como un vestigio de una época pasada y, por tanto, incompatible con la igualdad de la mujer. La Corte tampoco analizó esta disposición del proyecto desde la diferenciación entre hombres y mujeres costarricenses con cónyuges extranjeros, perspectiva determinante en la decisión del Comité en el caso Aumeeruddy-Cziffra. La Corte concluyó que esa diferenciación era incompatible con la Convención, fundamentando su conclusión en una interpretación literal de las disposiciones de la Convención que prohíben toda discriminación basada en el sexo, así como en las raíces históricas antes mencionadas.

Con respecto a la diferenciación basada en la nacionalidad, la Corte Interamericana no dudó en declarar que "no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Esta-

---

[118] Ibíd., párr. 7.

[119] Ibíd., párrs. 64, 65.

do tiene el derecho y el deber de preservar".[120] Sin embargo, consideró "menos evidente" la razonabilidad de la diferenciación entre naturales de Centroamérica, Iberoamérica o España y las personas que habían adquirido su nacionalidad de otro modo, es decir, sin tener en cuenta su origen. Por una parte, tomó nota de que esta diferenciación podría servir de resguardo contra la naturalización de personas que habían obtenido su nacionalidad con facilidad. Por otra, consideró que la trascendencia de la admisión de un extranjero a la vida nacional y la gran discrecionalidad que revestía el ejercicio de esta potestad tradicionalmente, hacía conveniente reconocer un margen de apreciación del Estado en esta materia. Frente a este margen de apreciación, la Corte declaró que "no puede concluirse que el proyecto contenga una orientación inequívocamente discriminatoria".[121]

La Corte Interamericana consideró los demás requisitos razonables, señalando al respecto lo siguiente:

> Estas exigencias se sitúan, ***prima facie***, dentro de la capacidad de apreciación reservada al Estado otorgante de la nacionalidad, respecto de cuáles han de ser y cómo deben valorarse las condiciones que garanticen la existencia de vínculos efectivos y reales que fundamenten la adquisición de la nueva nacionalidad. Desde esa perspectiva, no puede considerarse irrazonable e injustificado que se exija demostrar aptitud para la comunicación en la lengua del país, ni tan siquiera, aunque con menor claridad, que se llegue a exigir "hablar, escribir y leer" la misma. Lo mismo puede decirse del "examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores".[122]

Pero agregó una advertencia importante:

---

[120] Ibíd., párr. 60.

[121] Ibíd., párr. 61.

[122] Ibíd., párr. 63.

> No obstante, la Corte no puede menos que advertir que, en la práctica, y dado el amplio margen para la evaluación que inevitablemente rodea a pruebas o exámenes como los requeridos por la reforma, tales procedimientos pueden llegar a ser vehículo para juicios subjetivos y arbitrarios, y a constituir instrumentos de políticas discriminatorias que, aunque no se desprendan directamente de la ley, podrían producirse como consecuencia de su aplicación.[123]

En una Opinión Consultiva más reciente, la Corte Interamericana reconoce la obligación positiva del Estado de adoptar medidas destinadas a compensar desventajas reales, es decir, las que no se desprenden de la ley. La Opinión Consultiva OC-16/99, relativa al derecho a la asistencia consular de extranjeros acusados de un delito, comenta al respecto lo siguiente:

> Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[124]

---

[123] Ibíd. La advertencia recuerda la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Ignatane, analizada en el Capítulo 12.

[124] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-6/99, El derecho a información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párr. 119.

ii) La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

En el caso Hanríquez, la CIDH resumió la doctrina establecida por la Corte, así:

> De acuerdo con lo dicho, una distinción implica discriminación cuando:
> a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares;
> b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable;
> c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue.[125]

En este caso, los peticionarios alegaron que era discriminatoria la promulgación de una ley (Ley 24.043) que compensaba a las personas que habían sido detenidas sin cargo por el anterior régimen de facto ("por orden del PEN", es decir, el poder Ejecutivo Nacional), así como a los civiles que cumplieron penas impuestas por tribunales militares, pero no a las personas detenidas arbitrariamente por orden de un tribunal ordinario. El análisis de la CIDH parte del reconocimiento de que la indemnización contemplada por la ley impugnada "(…) no es un pago ***ex-gratia***" sino que "representa la reparación por la violación de una obligación internacional del Estado que, como tal, no es de facultativo sino de imperativo cumplimiento".[126] La CIDH también tomó nota de que "las personas que optan por seguir el procedimiento ***ex-ley*** 24.043 gozan de ciertas prerrogativas, pero a cambio de ceder ciertos derechos, entre ellos el derecho de iniciar o proseguir un juicio por daños y perjuicios, derecho que de otra manera conservarían".[127] En otras palabras, este procedimiento "(…) representa un ofrecimiento que el Estado hace a ciertas personas en

---

[125] Ibíd.

[126] CIDH, caso Hanríquez y otros c. Argentina, párr. 47 (2000).

[127] Ibíd., párr. 49.

los términos de un arreglo: pago de una reparación bajo condición de que la persona en cuestión acepte ciertas condiciones (…) [principalmente la] renuncia a toda otra acción indemnizatoria contra el Estado por los hechos contemplados en la ley".[128]

Con respecto a la finalidad de la ley y a la razonabilidad de la distinción entre diversas categorías de presos, la CIDH opinó lo siguiente:

> En este contexto la CIDH analiza el argumento del Estado de que en el caso de personas privadas de libertad a la orden del PEN la detención es ***prima facie*** ilegítima mientras que en el de personas privadas de libertad por orden de juez competente, la detención no está ***prima facie*** viciada, lo que justifica un tratamiento distinto. Aquí es donde adquiere relevancia la señalada relación que debe existir entre la justificación y los efectos de la ley. Si la ley tuviera por objeto excluir del derecho a indemnización a las personas no contempladas en la misma, la Comisión no podría concordar con el argumento del Estado. En efecto, está ampliamente documentada por esta misma Comisión, y los peticionarios así lo han señalado, la situación de ausencia generalizada de garantías imperante en el Poder Judicial argentino durante la época de la dictadura. Las víctimas de los abusos incurridos por actos de ese Poder tienen el mismo derecho sustantivo a una reparación que la víctima de cualquier violación de un derecho recogido por la Convención. [129]
>
> La Comisión considera que los peticionarios no han alcanzado a demostrar que sus situaciones sean similares o análogas a las de aquellas personas procesadas junto con ellos y a las que se les concedió la indemnización. Por ende, la Comisión concluye que la forma en que los tribunales internos han aplicado la ley en el caso de los hermanos Hanríquez no viola el artículo 24 de la Convención.[130]

En otro caso relativo a discriminación en la administración de

---

[128] Ibíd., párr. 50.

[129] Ibíd., párr. 51.

[130] Ibíd., párr. 60.

justicia, el peticionario alegó que la compensación por daños y perjuicios monetarios adjudicada a la supuesta víctima en un caso laboral era inferior a la asignada a otras personas en circunstancias similares.[131] La CIDH consideró que "El hecho de que no se le haya adjudicado la misma suma que a los otros demandantes no es en sí mismo discriminatorio. En efecto, el derecho a la igualdad ante la ley no puede asimilarse al derecho a un igual resultado de los procedimientos judiciales referentes a la misma materia (…)"[132] En el caso Marín Ramírez la CIDH consideró que una limitación al derecho a recurrir decisiones del Consejo de Estado no era discriminatoria porque los objetivos –garantizar los principios de intangibilidad de la cosa juzgada, la seguridad jurídica y de jerarquía dentro del poder judicial– eran legítimos y no era irrazonable permitir la revisión de sentencias de cierta instancia y, al mismo tiempo, negar la revisión de las emanadas de las máximas autoridades del poder judicial.[133] El caso de La Tablada surgió de un ataque protagonizado por un grupo de civiles armados contra un cuartel militar. Se alegó, entre otras cosas, que el enjuiciamiento de los sobrevivientes era discriminatorio, porque muchos militares autores de graves delitos durante el anterior gobierno de facto se habían beneficiado de una amnistía. La CIDH desestimó el alegato de discriminación porque "los supuestos alegados por los peticionarios como violatorios del derecho a la igualdad ante la ley describen situaciones de hecho no comparables".[134] Asimismo, en el caso Peredo, rechazó un alegato de discriminación con la observación de que "los peticionarios no han aportado siquiera los elementos mínimos para establecer un parámetro de comparación en el presente caso, por lo cual la Comisión carece de elementos que permitan concluir que en el presente caso se ha caracterizado una violación del derecho a la igualdad ante la ley".[135]

---

131 CIDH, caso Marzioni c. Argentina, párr. 5 (1996).

132 Ibíd., párr. 43. Véase también García Saccone c. Argentina, párr. 43 (1998).

133 CIDH, caso Marín Ramírez c. Colombia, párr. 52 (1998).

134 CIDH, caso La Tablada c. Argentina, párr. 285 (1997).

135 CIDH, caso Peredo c. México, párr. 52 (2000).

Las estadísticas que indican una tendencia a imponer sentencias más graves en función de la raza del condenado y de su víctima no bastan para concluir que un sentenciado hubiera sido víctima de discriminación racial, en ausencia de evidencias de que en su juicio y sentencia influyeron prejuicios raciales.[136] Pero la ausencia de una investigación adecuada de los indicios de una posible existencia de prejuicios raciales en contra del acusado de parte de un miembro de un jurado, vulnera el derecho del primero a protección contra la discriminación.[137]

La CIDH aplicó la Opinión Consultiva OC-4/84 a los derechos políticos en el caso Aylwin, resumiendo la doctrina con las palabras siguientes: "(…) los Estados pueden diferenciar situaciones y establecer categorías para determinados grupos de individuos, siempre que se persiga un fin legítimo y que la clasificación guarde una razonable y justa relación con la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico".[138]

Tratándose del ejercicio de los derechos políticos, la CIDH consideró que, habida cuenta de su vínculo con "la garantía básica de la democracia representativa" y la efectividad de los demás derechos fundamentales, toda diferenciación debe ser no sólo razonable, sino necesaria. La decisión establece al respecto:

> Toda diferenciación o restricción en esta materia requiere una justificación suficiente como necesaria, razonable y proporcionada para alcanzar la finalidad deseada por el Estado. Por tanto, al hablar de la posibilidad de diluir o reducir la capacidad efectiva del pueblo para elegir a sus representantes, mediante la designación de miembros de las cámaras legislativas sin legitimidad popular, se requiere un fin legítimo perseguido por el Estado (***rational test***) y que la medida asumida sea razonable y proporcional. En otras palabras, las restricciones o limi-

---

136 CIDH, caso Celestine c. Estados Unidos de América, párr. 41 (1989).

137 CIDH, caso Andrews c. Estados Unidos de América, párr. 185 (1996). Véase el Capítulo 5.

138 CIDH, caso Aylwin Azócar y otros c. Chile, párr. 10.

> taciones a los derechos humanos consagrados en la Convención deben justificarse por su "necesidad" en el marco de una sociedad democrática. Esta demarcación es, en definitiva (…) determinada por la justificación de las medidas, sus motivos, su razonabilidad y su proporcionalidad.[139]

La CIDH consideró, además, que sólo un sistema electoral que respeta "la igualdad de trato a todos los ciudadanos en el ejercicio de su derecho a votar y ser elegidos" garantiza la libre expresión de la voluntad del pueblo, a tenor del artículo 23.1 b) de la Convención Americana".[140] La participación en el gobierno de senadores vitalicios no electos por sufragio popular, según el Estado, era necesaria para facilitar la transición hacia la democracia. La CIDH consideró que el fin de la medida no era coherente con la Convención, observando que la explicación ofrecida por el Estado no podía considerarse "un verdadero fin estatal al servicio de los derechos humanos", de manera que no cabía sopesar la necesidad y razonabilidad de la medida.[141]

La CIDH también ha adoptado jurisprudencia sobre la discriminación contra los extranjeros. La extradición de un extranjero por un país cuya constitución veda la extradición de nacionales no constituye discriminación, según la CIDH. La conclusión de este organismo descansa en la diferenciación entre nacionales y extranjeros establecida por el párrafo 5 del artículo 22 de la Convención Americana, que prohíbe la expulsión de nacionales.[142] En el caso denominado Interdicción de haitianos, la CIDH concluyó que la política de Estados Unidos de interceptar en alta mar a barcos provenientes de Haití a fin de evitar la entrada a su territorio de haitianos en bús-

---

[139] Ibíd., párr. 102. La penúltima frase parece ser una alusión tácita al principio plasmado en el segundo párrafo del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

[140] Ibíd., párr. 103 (citando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos).

[141] Ibíd., párr. 105.

[142] CIDH, caso Tajudeen c. Costa Rica, párr. 18 (1992).

queda de asilo era discriminatoria, porque los solicitantes de asilo provenientes de otros países sí eran llevados al territorio estadounidense cuando eran interceptados.[143] La decisión recalca que la práctica impugnada hacía una "diferenciación irrazonable en lo que se refiere al tratamiento de personas de la misma clase o categoría" y, por tanto, era violatoria del derecho a igualdad ante la ley, aún cuando el trato diferenciado no consistiera en la denegación de otro derecho fundamental.[144] Se aplicó en este caso el artículo II de la Declaración Americana.

En el caso Ferrer-Mazorra, la CIDH concluyó que la política de detención con duración indefinida y denegación del debido proceso aplicada a cierta categoría de inmigrantes ilegales admitidos en el territorio de Estados Unidos también era violatoria del artículo II de la Declaración Americana. El caso se refiere a personas admitidas por motivos humanitarios, quienes no cumplen con los requisitos para legalizar su situación migratoria pero que no podían ser devueltas a su país de origen. La legislación vigente les priva de la protección de los derechos constitucionales bajo el pretexto de que no tienen derecho a estar presentes en el territorio nacional. La CIDH concluyó que esta condición jurídica –la diferenciación entre los extranjeros "excluibles" y cualquier otra persona presente en el país– no era razonable ni proporcionada.[145] La decisión establece, entre otras consideraciones, lo siguiente:

> (…) la Declaración Americana, al igual que otros instrumentos internacionales de derechos humanos, no prescribe un derecho absoluto a la libertad. Por el contrario, la Declaración permite las privaciones del derecho a la libertad, potencialmente sobre una base extendida, sujeto al requisito de que dichas privaciones no sean arbitrarias y estén sujetas

---

143 CIDH, caso Interdicción de haitianos c. Estados Unidos de América, párr. 177 (1996).

144 Ibíd., párr. 178. Véase también García Saccone c. Argentina, párr. 43 (1998).

145 CIDH, caso Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos de América, párrs. 241-242 (2000).

> a revisión inmediata y periódica de acuerdo con los requisitos consagrados en su artículo XXV. Además, el Estado no ha ofrecido un fundamento claro sobre por qué no se pueden adaptar las circunstancias de los peticionarios a este régimen, y por qué deben ser privados del derecho a su libertad en su totalidad y sujetos a una discrecionalidad casi ilimitada del Ejecutivo respecto a la duración de su detención. Por lo tanto, la Comisión considera que el tratamiento de los peticionarios como extranjeros excluibles de acuerdo con la legislación del Estado es desproporcionado y, también por ello, incongruente con el artículo II de la Declaración.[146]

La jurisprudencia más significativa de la CIDH relativa a la discriminación contra la mujer no se encuadra en el artículo 24 de la Convención Americana, sino más bien en el párrafo 4 del artículo 17, que consagra la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos. La decisión en el caso Morales de Sierra establece en parte lo siguiente:

> (…) los artículos impugnados del Código Civil establecen distintas funciones para cada cónyuge. El marido es responsable del sustento financiero del hogar y la mujer es responsable del cuidado del hogar y de los hijos (artículo 110). La esposa puede trabajar fuera del hogar sólo en la medida en que ello no perjudique sus funciones legalmente definidas en él (artículo 113), en cuyo caso, su marido tiene derecho a oponerse a dichas actividades (artículo 114). El marido representa a la unión conyugal (artículo 109), controla el patrimonio conyugal (artículo 131), representa a los hijos menores y administra sus bienes (artículo 255). La Corte de Constitucionalidad caracterizó la reglamentación del matrimonio por el Estado como fuente de certeza y seguridad jurídica para cada cónyuge y defendió la distinción de funciones sobre la base de que las normas establecen preferencias que no son discriminatorias, sino protectoras.

---

146 Ibíd., párr. 242.

> La Comisión halla que, lejos de asegurar la "igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades" dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges. Si bien el artículo 110 sugiere una división de tareas entre las responsabilidades financieras del marido y las responsabilidades domésticas de la esposa, corresponde señalar que, de acuerdo con el artículo 111, la esposa con una fuente separada de ingreso tiene que contribuir al mantenimiento del hogar o sustentarlo en su totalidad, si su marido no puede hacerlo. El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia ***de jure*** para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación ***de facto*** contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de ambos padres. "Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes".[147]

Por tanto, concluye la CIDH, "el régimen conyugal vigente es incompatible con las disposiciones del artículo 17(4) de la Convención Americana, leído con referencia a los requisitos del artículo 16(1) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer".[148]

---

147 CIDH, caso Morales de Sierra c. Guatemala, párrs. 43 y 44.

148 Ibíd., párr. 45.

15.7 Otra jurisprudencia sobre los derechos humanos de la mujer

Los derechos humanos propios de la mujer son muy pocos. Los que están consagrados expresamente en la normativa internacional consisten, básicamente, en algunos derechos de orden socioeconómico vinculados a la maternidad.[149] Algunos aspectos del derecho de la mujer a controlar su sexualidad y función reproductiva (más allá del derecho de acceso a la planificación familiar, reconocido por algunos instrumentos como parte del derecho a la salud)[150] son reconocidos por una Observación General adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el año 2000. La Observación No. 28 indica que los Estados, en sus informes al Comité, deben incluir información sobre "el acceso al aborto en condiciones de seguridad" para mujeres que queden embarazadas como consecuencia de violación, así como información sobre el aborto forzado y la esterilización involuntaria, lo que implica el reconocimiento de los derechos correspondientes.[151] La Observación también confirma que el derecho a la intimidad ampara a la mujer con respecto al control de su sexualidad y función reproductiva[152] (véase el Capítulo 7).

No obstante, es menester reconocer que, empíricamente, las pautas de violaciones de los derechos fundamentales de los hombres y de las mujeres reflejan la desigualdad que caracteriza la relación entre ambos en toda sociedad humana. En otras palabras, las diferencias en el acceso al poder hacen que ciertos tipos de violación de los derechos humanos, si bien no afectan a ningún sexo en forma exclu-

---

149 Véanse, por ejemplo, los artículos 4.2, 11.1 f), 11.2 a) y d), 12.1, 12.2 y 14.2 b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

150 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 12.1; Convención de los derechos del niño, artículo 22.2 f).

151 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, párr. 11.

152 Ibíd., párr. 20.

siva ni son monopolio de ninguno de ellos, se producen típicamente teniendo a la mujer en la posición de víctima y al varón en el papel de victimario. Además, el paradigma tradicional del derecho internacional de los derechos humanos como campo de derecho que rige las relaciones entre el individuo y el Estado, con el corolario de que la tipificación de un hecho como violación de un derecho humano requiere algún tipo de participación de parte de una institución o agente del Estado, ha determinado que gran parte de la violencia, represión y discriminación que afecta a la mujer dentro de la familia y la sociedad haya sido considerada ajena al campo de los derechos humanos. Lo anterior resultó en una falta de sensibilidad sobre la importancia del género en la respuesta de los órganos internacionales a los hechos puestos en su conocimiento. Por estas razones, la problemática de la protección de los derechos humanos de la mujer es más amplia que la de la discriminación.

Sin embargo, el cuadro de insensibilidad comienza a modificarse en la última década. En el sistema universal, en 1994 se nombra una Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer,[153] y en el año 2000 entra en vigor un Protocolo que permite al Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer conocer denuncias provenientes de víctimas de la Convención correspondiente.[154] En el sistema interamericano la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer es adoptada en 1994 y entra en vigor en 1995. En los campos conexos del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, adoptado en 1998 y vigente desde 2001, reconoce diversas formas de violencia sexual como delitos de guerra o delitos de lesa humanidad (arts. 7.1 h, 8.2 b xxi y 8.2 c ii y vi).

---

[153] Comisión de Derechos Humanos, resolución 1994/45. La Relatora presentó un informe preliminar en 1995 y su primer informe completo en 1996 (E/CN.4/1995/42 y E/CN.4/1996/53, respectivamente).

[154] Este instrumento todavía no ha producido jurisprudencia.

En el sistema interamericano se nota una mayor sensibilidad sobre las violaciones de los derechos humanos de la mujer en la actividad de la CIDH. En 1998 se publica el primer informe temático sobre la "Condición de la mujer en las Américas", y a partir de 1997 los informes sobre la situación de los derechos humanos en países específicos comienzan a incluir, por lo general, un capítulo sobre los derechos de la mujer.

Esta mayor sensibilidad hacia los derechos de la mujer se nota también en la jurisprudencia de la CIDH a partir de 1996, año en el cual se publican tres decisiones importantes. En el caso Martín de Mejía, la CIDH hace un análisis extensivo de la violencia sexual en cuanto tortura, que señala lo siguiente:

> En relación al primer elemento, la Comisión considera que la violación es un abuso físico y mental que se perpetra como resultado de un acto de violencia. El tipo penal de violación contenido en el artículo 170 del Código Penal peruano confirma esta afirmación al establecer que "[e]l que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual (...)". El Relator Especial contra la Tortura ha señalado que la violación es uno de varios métodos de tortura física. Asimismo, se considera que la violación es un método de tortura psicológica pues tiene por objeto, en muchos casos, no sólo humillar a la víctima sino también a su familia o comunidad. En este sentido, el mencionado Relator Especial ha manifestado que –particularmente en Perú– "(...) [l]a violación parecería (...) ser un arma utilizada para castigar, intimidar y humillar".
>
> La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aún quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de los que fueron objeto.

Raquel Mejía fue víctima de violación, y en consecuencia de un acto de violencia contra su integridad que le causó "penas y sufrimientos físicos y mentales". Como surge de su testimonio, luego de ser violada "estaba en un estado de shock, sentada sola en [su] habitación". No se animó a realizar la denuncia pertinente por miedo a sufrir el "ostracismo público". "Las víctimas de abusos sexuales no denuncian estos hechos porque [se] sienten humilladas. Además nadie quiere reconocer públicamente que ha sido violada. No se sabe cómo puede reaccionar el marido. [Por otro lado] la integridad de la familia está en juego, los hijos pueden sentirse humillados de saber que esto le ha ocurrido a su madre".

El segundo elemento establece que un acto para ser tortura debe haberse cometido intencionalmente, es decir con el fin de producir en la víctima un determinado resultado. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura incluye, entre otros fines, el castigo personal y la intimidación.

Raquel Mejía fue violada con el objeto de castigarla personalmente y de intimidarla. Según surge de su testimonio, el individuo que abusó sexualmente de su persona le manifestó que ella también había sido requerida como subversiva, al igual que su esposo. Le indicó que su nombre estaba en una lista de personas vinculadas al terrorismo y finalmente, le previno que su amistad con una ex-funcionaria del Gobierno anterior no le serviría de protección. En la segunda oportunidad, antes de marcharse la amenazó con volver y violarla nuevamente. Raquel Mejía se sintió aterrorizada no sólo por su seguridad sino también por la de su hija que dormía en la otra habitación y por la vida de su esposo.

El tercer requisito de la definición de tortura es que el acto debe haber sido perpetrado por un oficial público o por una persona privada a instigación del primero.

> Según se ha concluido supra, el responsable de las violaciones de Raquel Mejía es un miembro de las fuerzas de seguridad que se hacía acompañar por un número importante de soldados.
>
> Por lo tanto, la Comisión, habiendo establecido que en el presente caso se conjugan los tres elementos de la definición de tortura, concluye que el Estado peruano es responsable de la violación al artículo 5 de la Convención Americana.[155]

La CIDH también consideró que los hechos constituyeron una violación del derecho a la intimidad, dignidad y honra, tema analizado en el Capítulo 7.

En el caso Ortiz, la CIDH concluyó que no tenía elementos suficientes para determinar si el alegato de violación era fundado, pero que sí había elementos que comprobaban que la víctima había sido torturada, y que de todas formas la violación era una forma de tortura. La parte más innovadora de esta decisión es el reconocimiento tácito de que la manera como las autoridades respondieron a la denuncia de violación constituía otra privación de los derechos humanos. La CIDH comentó al respecto lo siguiente:

> El Fiscal Especial Linares mencionó reiteradamente en entrevistas de prensa que la Hermana Ortiz no se había sometido a un examen ginecológico. Las declaraciones de Linares se concentraron de manera limitativa en la alegación de que había sido violada, tema sensitivo y de alto contenido moral, y no en el caso general de secuestro y tortura que estaba bien documentado. Por otra parte, Linares continuó exigiendo que la Hermana Ortiz se sometiera a un examen ginecológico años después de las presuntas torturas y violaciones. En esa fecha tardía, el examen habría sido inútil y habría constituido más bien, de por sí, un acosamiento.[156]

---

155 CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, pp. 198-200 (1996). Una decisión más reciente sobre este tema, González c. México, se analizó en el Capítulo 2.

156 CIDH, caso Ortiz c. Guatemala, párr. 104 (1996).

El caso denominado X y Y –por respeto a los intereses morales de las víctimas– trata sobre la revisión vaginal de mujeres como condición necesaria para la visita con contacto físico a presos. En el caso concreto, se habían descubierto explosivos plásticos en la celda del preso que iba a ser visitado. Su esposa e hija rechazaron la oportunidad de visitarlo a través de un ventanilla, lo que habría eliminado el requisito de la revisión vaginal. El análisis de la CIDH incluye lo siguiente:

> La Comisión no cuestiona la necesidad de requisas generales antes de permitir el ingreso a una penitenciaría. Sin embargo, las revisiones o inspecciones vaginales son un tipo de requisa excepcional y muy intrusiva.
>
> (…) una inspección vaginal (…) implica una invasión del cuerpo de la mujer.
>
> La Comisión estima que para establecer la legitimidad excepcional de una revisión o inspección vaginal, en un caso particular, es necesario que se cumplan cuatro condiciones: 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; 2) no debe existir alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizado por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de salud.[157]

En el año 2001 la CIDH adoptó una decisión novedosa e importante sobre la violencia doméstica. La víctima había sufrido agresiones de parte de su entonces esposo durante varios años, que culminaron en 1983 en una tentativa de homicidio y en dos agresiones más en los meses siguientes que la dejaron parapléjica.[158] Después de ocho años, el exesposo fue condenado a quince años de prisión por tentativa de homicidio, pena que fue reducida a diez

---

[157] CIDH, caso X y Y c. Argentina, párrs. 68, 71 y 72 (1996).

[158] CIDH, caso Maia Fernández c. Brasil, párr. 2 (2001).

años por la ausencia de antecedentes penales. Posteriormente la sentencia fue anulada como resultado de un recurso presentado en forma extemporánea, procediéndose a un nuevo juicio que terminó, en primera instancia, con una condena de diez años y seis meses que también fue apelada. En el momento en que la CIDH adoptó su decisión, habían pasado más de 17 años sin condena firme y el acusado había estado en libertad. La falta de sentencia firme impidió a la víctima obtener reparación civil. Llamando el caso "emblemático de muchos otros", la CIDH observó "Que el Estado ha tomado algunas medidas destinadas a reducir el alcance de la violencia doméstica y la tolerancia estatal de la misma, aunque dichas medidas no han aún conseguido reducir significativamente el patrón de tolerancia estatal, en particular a raíz de la inefectividad de la acción policial y judicial en el Brasil, respecto a la violencia contra la mujer".[159] La "(…) dilación injustificada y tramitación negligente" del caso vulneró los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer también fue aplicada por primera vez en este caso, llevando a la conclusión de que los "actos omisivos y tolerantes de la violación infligida" vulneraban las obligaciones del Estado consagradas por el artículo 7 de la misma.

15.8 La prohibición de discriminación racial como norma perentoria y la palabra como hecho material de una violación

Hoy día la normativa y doctrina internacionales reconocen la obligación de los Estados de tipificar la violación de ciertos derechos humanos como delito y de investigar y sancionar penalmente las violaciones sujetas a su jurisdicción (véase el Capítulo 6). Este tipo de obligación fue reconocida por primera vez por la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, y

---

[159] Ibíd., párrs. 57 y 60.3.

con respecto a las graves infracciones del derecho humanitario, por los Convenios de Ginebra de 1949.[160] Los grandes tratados sobre derechos humanos adoptados en 1966 y 1969 consagran expresamente la obligación de prohibir conductas violatorias de los derechos humanos únicamente con respecto a la discriminación (art. 26 del PIDCP),[161] la incitación a la discriminación y la propaganda a favor de la guerra. El artículo 20 del PIDCP establece en su párrafo segundo lo siguiente: "Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley". Asimismo, el párrafo 5 del artículo 13 de la Convención Interamericana dispone: "Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

El hecho de que ambos instrumentos coincidan en reconocer la obligación de prohibir la apología del odio nacional, racial y religioso significa que la discriminación y la violencia basadas en la nacionalidad, raza o religión ocupan un lugar especial en el orden público internacional. No es mera coincidencia que la definición de genocidio aluda a ciertos actos motivados por la intención de "destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso" (art. II, Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, véase el Capítulo 1). Esa interpretación se confirma, en cuanto a la discriminación racial, con la conocida sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso denominado Barcelona Traction, que reconoce la discriminación racial como norma que vincula a la comunidad internacional en su conjunto.[162]

---

[160] Capítulo IX del I Convenio, VIII del II Convenio, artículos 129 y 130 del III Convenio y artículo 147 del IV Convenio.

[161] La Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece expresamente esta obligación.

[162] Corte Internacional de Justicia, Barcelona Traction, Judgement, Internacional Court of Justice, párrs. 33-34 (1970).

Estas consideraciones, que surgen de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y el holocausto, quizás explican el hecho de que la jurisprudencia universal considera a las injurias raciales como discriminación e incluso como trato inhumano o degradante. En el caso Pinkney, el Comité de Derechos Humanos consideró que los alegatos sobre insultos raciales podrían ser violatorios del derecho de un preso a un trato humano.[163] El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial considera las injurias raciales como una forma de discriminación racial.[164]

---

[163] Comité de Derechos Humanos, caso Pinkney c. Canadá, párrs. 23-27 (1981). El Comité también concluyó que los alegatos no eran sustanciados.

[164] Comité para la eliminación de la discriminación racial, caso Ahmad c. Dinamarca, párrs. 6.2-6.3 (2000). Véase también L. K. c. Países Bajos, párr. 6.3 (1993), incitación a la discriminación racial y a actos de violencia contra personas de otro color u origen étnico.

Capítulo 16
Los estados de excepción

16.1 El marco normativo básico

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 27. Suspensión de garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

16.2 Normativa complementaria

Principios rectores de los desplazamientos internos

Principio 7

1. Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas via-

bles para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos.

2. Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán en la mayor medida posible de que se facilita alojamiento adecuado a las personas desplazadas, de que el desplazamiento se realiza en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y de que no se separa a los miembros de la misma familia.

3. Si el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debidos a conflictos armados y catástrofes, se respetarán las garantías siguientes:

a) la autoridad estatal facultada por la ley para ordenar tales medidas adoptará una decisión específica.

b) se adoptarán medidas adecuadas para facilitar a los futuros desplazados información completa sobre las razones y procedimientos de su desplazamiento y, en su caso, sobre la indemnización y el reasentamiento;

c) se recabará el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados;

d) las autoridades competentes tratarán de involucrar a las personas afectadas, en particular las mujeres, en la planificación y gestión de su reasentamiento;

e) las autoridades legales competentes aplicarán medidas destinadas a asegurar el cumplimiento de la ley cuando sea necesario; y

f) se respetará el derecho a un recurso eficaz, incluida la revisión de las decisiones por las autoridades judiciales competentes.

16.3 Consideraciones preliminares

i) Naturaleza de esta norma y reseña de la normativa pertinente

A diferencia de los demás capítulos, éste no se refiere a un derecho o libertad, sino a la facultad de los Estados de suspender algunas de sus obligaciones en materia de derechos humanos o, si se

quiere, al principio de que las medidas tomadas por los Estados para hacer frente a graves crisis que pueden eventualmente surgir en la vida de una nación, por excepcionales que sean, son –o deben ser– herramientas para salvaguardar la vigencia de los derechos humanos y el Estado de derecho, y no instrumentos para suprimir, ni pretextos para sacrificar estos principios. La naturaleza de esta disposición es reconocida por las primeras líneas de la Observación General No. 29 del Comité de Derechos Humanos, que señalan lo siguiente:

> El artículo 4 del Pacto reviste la mayor importancia para el sistema de protección de los derechos humanos reconocidos en el Pacto. Por una parte, autoriza a los Estados Partes a suspender unilateralmente y temporalmente algunas de las obligaciones que les incumben en virtud del Pacto. Por otra, somete tanto la adopción misma de la medida de suspensión, así como sus consecuencias materiales, a un régimen específico de salvaguardias.[1]

Llama la atención el hecho de que este principio figura en sólo dos de los instrumentos que forman parte del principal marco de referencia de este libro, en el PIDCP y en la Convención Americana, y no aparecen ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana). La ausencia de referencias a este principio en estas dos grandes declaraciones de derechos humanos puede parecer lógica en la medida en que el principio está formulado como el reconocimiento de la facultad del Estado de "suspender unilateralmente y temporalmente algunas de las obligaciones" contraídas en virtud de la ratificación del tratado respectivo.[2] Las declaraciones no fueron redactadas con el objeto de definir obligaciones vinculantes, fue con el correr del tiempo y su creciente aceptación por la comunidad internacional que estas normas se fueron transformando de imperativo moral y objetivo político en norma legal. La ausencia

---

1 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 1.

2 Ibíd.

de una disposición relativa a la suspensión de estas obligaciones en esos dos instrumentos internacionales, por tanto, no es sorprendente. Llama la atención, sin embargo, el hecho de que con la notable excepción del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Convenio Europeo), son muy pocos los tratados sobre derechos humanos que consagran este principio.

El Convenio 29 sobre Trabajo Forzoso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1930 parece ser el primer instrumento internacional en reconocer este principio. Su artículo 2.2 enumera cinco prácticas que no son consideradas trabajo forzoso a efectos del Convenio, entre ellas los "trabajos o servicios que se exigen en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros (…) y, en general, todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población" (art. 2.2 d).[3] Si bien esta excepción toma la forma de una exclusión de la definición de trabajo forzoso y no una suspensión de obligaciones, habida cuenta de su carácter temporal puede considerarse el antecedente de la institución jurídica reconocida por los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana. El artículo 2.2 del Convenio 29 es una disposición sencilla, notándose la ausencia en ella de varias salvaguardias que fueron incorporadas posteriormente en el PIDCP y en la Convención Americana, tales como el principio de legalidad y la prohibición de discriminación. Se nota, asimismo, que el concepto de amenaza a "las condiciones o las condiciones normales de la existencia" establece un umbral para la suspensión de la obligación muy inferior al establecido por los tratados más modernos.

Aparte del Convenio Europeo, ningún otro tratado de derechos humanos contiene una disposición análoga a los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana.[4] La ausencia en otros instrumen-

---

[3] Para las demás excepciones véase el Capítulo 3 sobre trabajo forzoso.

[4] El artículo 32.2 del Convenio de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado establece una excepción al derecho a no ser expulsado sin debido proceso en caso de "razones imperiosas de seguridad nacional", pero esta disposición se

tos sobre derechos humanos de disposiciones que permitan la suspensión de obligaciones no sólo destaca el carácter excepcional de esta institución, sino que incide en la aplicación de los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana mediante la cláusula común a ambos instrumentos que establece que la suspensión no afecta "las demás obligaciones que les impone el derecho internacional" (arts. 4.1 y 27.1). Este tema se aborda más adelante.

ii) La finalidad e importancia de los estados de excepción

Las autoridades y los órganos universales e interamericanos de protección de los derechos humanos reconocen unánimemente que la finalidad de esta institución jurídica es la preservación del Estado de derecho y del principio de legalidad. En su último informe, el Relator Especial de las Naciones Unidas encargado de la materia manifiesta lo siguiente:

> Por lo expuesto, resulta decisivo ubicar a esta institución dentro del campo del derecho y desterrar así erróneas concepciones que emparentan al estado de excepción con la potestad discrecional de ejercer el poder en situaciones de crisis. Lejos de ello, por tratarse de una institu-

---

refiere a casos individuales y no a la imposición de un régimen de limitada vigencia de los derechos fundamentales de las personas protegidas por el Convenio. El artículo 3.2 de la Declaración de 1967 sobre el asilo territorial establece: "Podrán hacerse excepciones al principio anterior [no devolución] sólo por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas", pero en la actualidad la efectividad de esta disposición no contractual parecería reducida gracias a la normativa y la doctrina más modernas relativas a la responsabilidad del Estado sobre la devolución de personas cuya vida o integridad están en peligro (véanse los Capítulos 1, 2 y 8). El instrumento regional africano análogo a la Convención Americana y al Convenio Europeo, la Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos, no contempla la suspensión de obligaciones por motivo de estados de excepción.

> ción jurídica, su aplicación no sólo está condicionada a la existencia de una emergencia grave que afecte al conjunto de la población sino que, además, debe cumplir con determinados requisitos específicos, como son por ejemplo la declaración oficial del estado de excepción, la proporcionalidad de las medidas adoptadas, etc., elementos éstos que definen su legalidad. En definitiva, estos requisitos, además de imponer limitaciones concretas al ejercicio de las facultades extraordinarias o al ejercicio de los llamados "poderes de crisis", obran, en la práctica, a la manera de garantías jurídicas, explícitas o implícitas, para preservar la vigencia de los derechos humanos en dichas circunstancias.
>
> En síntesis, la preexistencia de normas que el propio Estado de derecho prevé (y de alguna manera mantiene en reserva en los periodos ordinarios) nos está definiendo la naturaleza jurídica de los estados de excepción. De allí que, cualquiera sea la significación política o de otra índole que se atribuya o reconozca a esta institución, en tanto recurso extremo del derecho, no puede estar ajena a sus reglas y principios.[5]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), en la primera opinión consultiva dedicada a este tema, ha señalado lo siguiente:

> La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse.[6]

---

5 Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre Estados de Excepción, E/CN.4/Sub.2/1997/19, párrs. 45 y 47.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 24.

iii) Consideraciones semánticas

El análisis del presente tema ha sido caracterizado por cierta confusión semántica. El artículo 27 de la Convención Americana utiliza el verbo "suspender" con relación a tres diferentes sustantivos: el título es "Suspensión de garantías"; el primer párrafo se refiere a la suspensión de obligaciones y el párrafo segundo se refiere a la suspensión de derechos. El tercer párrafo del artículo 27 usa la expresión "derecho de suspensión" para referirse a esta institución. La Corte Interamericana hace el comentario siguiente con respecto a esas tres locuciones:

> Cuando la palabra "garantías" se utiliza en el párrafo segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las "garantías judiciales indispensables". Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una "suspensión de garantías" en sentido absoluto, ni de la "suspensión de los derechos" ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio.[7]

No obstante, a pesar de su imprecisión la Corte Interamericana decide emplear la expresión "suspensión de garantías" consagrada por el título del artículo 27.[8]

El PIDCP también emplea el verbo "suspender", primero con referencia a las obligaciones consagradas por él y, en el segundo párrafo del artículo 4, con referencia a artículos del mismo Pacto. El tercer párrafo, al igual que el artículo 27.3 de la Convención, denomina "derecho de suspensión" a la facultad o institución jurídica reconocida por este artículo. El concepto de "suspensión de artículos" del

---

[7] Ibíd., párr. 18.

[8] La expresión "suspensión de garantías" es exacta en la medida en que por garantías se entienden las consagradas por la normativa internacional en cuanto normas de carácter internacional, y no las garantías correspondientes consagradas por el derecho interno.

instrumento internacional es sin duda más exacto que el concepto de "suspensión de derechos". Sin embargo, la cláusula que mejor capta la verdadera naturaleza de las consecuencias jurídicas de las medidas autorizadas por los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana es la que aparece en el tercer párrafo de ambos artículos y que se refiere a "las disposiciones [del instrumento internacional] cuya aplicación haya suspendido (…)".

La primera Observación General del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 4 empleaba reiteradamente la expresión "suspensión de derechos". La Observación General No. 29, adoptada 20 años más tarde, emplea varias expresiones más idóneas, tales como suspensión de obligaciones, suspensión de la vigencia de los derechos protegidos por el PIDCP, "adopción de medidas de suspensión" y "facultades excepcionales" autorizadas por el artículo 4 del PIDCP.[9]

iv) La suspensión de obligaciones y el derecho consuetudinario

Cabe preguntarse si la institución de suspensión de obligaciones o los principios que la conforman tienen alguna vigencia como principio general de derecho o norma de derecho consuetudinario. Los tres instrumentos que la reconocen establecen como condición expresa que las medidas de suspensión "no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional". Esta norma parece coherente con la idea de que el alcance y los efectos de esta institución estarían circunscritos al conjunto de obligaciones y derechos establecidos por cada uno de estos tratados. La doctrina relativa a esta cláusula establece que se aplica tanto a obligaciones de carácter contractual establecidas por otros tratados, como a las que forman parte del derecho internacional general.[10] Es ampliamente reconocido, por ejemplo, que estas cláusulas desautorizan toda suspensión de una norma sobre derechos humanos que

---

[9] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párrs. 1 y 3.

[10] Ibíd., párr. 9.

surtiría efectos incompatibles con las normas del derecho internacional humanitario, y no sólo el derecho positivo vinculante para los Estados Partes en los distintos convenios y protocolos sino también la parte del derecho internacional humanitario reconocida como derecho consuetudinario vinculante para todos los Estados.[11]

La cuestión de saber si esta cláusula se aplica a las grandes declaraciones sobre derechos humanos resulta más compleja. El carácter vinculante de la Declaración Americana para todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha sido reconocido por los órganos del sistema interamericano desde hace mucho tiempo, y la opinión más autorizada reconoce también la obligatoriedad de muchos –sino todos–, los derechos consagrados por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ahora bien, si las obligaciones consagradas por estas declaraciones forman parte del derecho consuetudinario o derecho internacional general, y si la vigencia de la institución de suspensión de obligaciones se limita a las obligaciones consagradas por los pactos que la establecen, la suspensión de artículos del PIDCP o de la Convención Americana tendría consecuencias muy limitadas porque, por lo general, los derechos consagrados por estos tratados también forman parte del derecho consuetudinario.

Esta conclusión parece un contrasentido, pues si esta institución fue incorporada al PIDCP y a la Convención Americana, fue para surtir un efecto jurídico determinado. Ahora bien, cabe recordar que la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana no era ampliamente reconocida en la época de la elaboración de los Pactos Internacionales[*] y de la Convención Americana. La conversión de las obligaciones plasmadas en estas declaraciones en obligaciones legalmente vinculantes

---

[11] Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, parr. 9, y la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso La Tablada, párr. 170 (1997).

[*] Se refiere al PIDCP y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). (Nota del editor.)

fue, justamente, el objetivo principal de la elaboración de estos tratados. Asimismo, la definición de los límites y las restricciones a los derechos consagrados por la normativa internacional –tema que la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana tratan en forma muy general– fue otro objetivo de la elaboración del PIDCP y de la Convención Americana. Si esta problemática es abordada desde una perspectiva histórica, no es posible descartar a priori la idea de que el desarrollo de la doctrina relativa a la obligatoriedad de la Declaración Universal y la Declaración Americana en las décadas posteriores a la adopción del PIDCP y la Convención Americana –así como la doctrina relativa al derecho consuetudinario en campos conexos como el derecho humanitario– haya tenido como consecuencia una ampliación del universo de los derechos y las obligaciones que no pueden suspenderse durante un estado de excepción.

La hipótesis contraria tampoco puede estar excluida a priori. Habida cuenta de los estrechos vínculos entre la Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDCP, y entre la Declaración Americana y la Convención Americana, sería lógico suponer que los principios establecidos en los artículos 4 y 27 tengan validez y puedan aplicarse a los derechos y las obligaciones plasmadas en las declaraciones Universal y Americana.

La doctrina universal, y en especial la interamericana, concuerdan en que los principios consagrados por los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana tienen una aplicación más amplia. El último informe del Relator Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado durante más de una década del tema de estados de excepción, señala que:

> En realidad, todos los sistemas jurídicos del mundo prevén la posibilidad de que se puedan adoptar medidas especiales para hacer frente a situaciones de crisis. Ello explica que, tanto el derecho interno de los Estados (cualquiera sea su fundamento teórico), como el derecho internacional admiten que, en tales circunstancias, las autoridades competentes puedan suspender el ejercicio de ciertos derechos con la sola y

> única finalidad de restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos más fundamentales.[12]

Asimismo, el Relator Especial señala que, a partir de las disposiciones de los artículos 4 del PIDCP, 27 de la Convención y 15 del Convenio Europeo, así como de la doctrina pertinente, se "ha consolidado una suerte de estándar internacional de reglas y principios aplicables a las situaciones de excepción, inspirado en los que ya fueron establecidos por la [primera Relatora] en su informe de 1982 y que fue aprobado por la Comisión de Derechos Humanos, y que ha constituido su marco jurídico de referencia, tanto en su actividad de supervisión internacional como en sus actividades de asesoramiento a los Estados(…)".[13] La Comisión de Derechos Humanos, como indica el Relator Especial, adoptó una resolución que considera que el artículo 4 del PIDCP representa un "principio general de derecho", al indicar que hay ciertos derechos que es menester respetar aun durante un estado de emergencia.[14]

En el ámbito regional, casi todos los Estados miembros de la OEA son hoy día partes en la Convención Americana. No obstante, en América Latina durante la época caracterizada por gobiernos de facto y estados de excepción, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tuvo muchas oportunidades para pronunciarse sobre los estados de excepción vigentes en países en los cuales la Convención Americana no era aplicable.[15] Un resumen de esta doctrina publicado en 1981 indica que la CIDH considera el estado de

---

[12] Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre estados de exepción, E/CN.4/Sub.2/1997/19, párr. 42.

[13] Ibíd., párr. 24.

[14] Comisión de Derechos Humanos, resolución 1983/18, quinto párrafo preambular.

[15] Haciendo alusión a esta época, el Relator Especial de las Naciones Unidas observó que "en muchos casos, los estados de excepción se habían transformado en el instrumento jurídico mediante el cual se pretendía 'legalizar' los peores abusos y las más perniciosas arbitrariedades", E/CN.4/Sub.2/1997/19, párr. 3.

excepción como una institución jurídica ampliamente reconocida por el derecho constitucional comparado y compatible, en principio, con el derecho internacional de los derechos humanos.[16] Un informe sobre la situación de derechos humanos en Paraguay señala lo siguiente:

> Es usual que las Constituciones, sobre todo en los países de la América Latina, establezcan o autoricen, para casos de grave peligro o de anormalidad política o económica, un régimen de legalidad extraordinaria, transitorio en esencia, como el que en algunas partes se denomina estado de sitio, y en otras estado de emergencia o de turbación del orden público, o de "medidas prontas de seguridad", régimen que obedece primordialmente a la necesidad de investir al Gobierno de todas aquellas facultades y poderes especiales que requiere para enfrentar y superar con eficacia y prontitud esas situaciones de peligro o anormalidad.
>
> La institución –sobra decirlo– es en sí perfectamente legítima (…)[17]

Asimismo, la CIDH ha considerado que los principios establecidos por el artículo 27 de la Convención Americana, 4 del PIDCP y 15 del Convenio Europeo representan una especie de codificación de las condiciones necesarias que permiten considerar las consecuencias de dichas medidas como lícitas. En 1974 la CIDH indicó al respecto lo siguiente:

> La Comisión no ignora las razones que militan en favor del reconocimiento de poderes extraordinarios al Ejecutivo en situaciones excepcionales, tales como las que se generan por una conmoción interna o un ataque exterior; pero toma en consideración que la doctrina más

---

[16] CIDH, Estados de emergencia, *Diez años de actividades 1971-1981*, pp. 323-325. Véase también un análisis con el mismo título publicado en el Informe Anual 1980-1981, p. 115.

[17] CIDH, Informe sobre los derechos humanos en Paraguay, párrs. 18-19, 1978, p. 18 (citado en *Diez años de actividades*, p. 324).

> admitida en materia internacional, por ser la que inspira la Convención Americana de San José de Costa Rica (art. 27), así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (art. 4), y la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos (art. 15) ponen límites precisos al ejercicio de esos poderes extraordinarios en defensa de los derechos humanos, y cree necesario armonizar las necesidades de la defensa del orden institucional regularmente establecido, con la protección de los atributos fundamentales de la personalidad.[18]

La CIDH confirmó esta posición en el Informe publicado en el año 2002, en el cual manifiesta: "Si bien la Declaración Americana no prevé explícitamente la posibilidad de restringir o suspender los derechos en ella protegidos, la Comisión ha considerado que los criterios de derogación derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran las deliberaciones continentales sobre la cuestión y son debidamente consideradas y aplicadas en el contexto de la Declaración."[19]

Si se admite que los principios plasmados en los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana pueden aplicarse a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana, cabe preguntarse si tendría una aplicabilidad más amplia extendiéndose a otros instrumentos internacionales. Esta hipótesis parece dudosa, porque la extensión de esta institución o conjunto de principios a otros instrumentos debilitaría la regla según la cual la suspensión de ciertos artículos del PIDCP o de la Convención Americana no debe afectar las obligaciones que emanan de otras fuentes de derecho. No obstante, existen principios generales de derecho que producen efectos que, hasta cierto punto, son similares a los principios incorporados en los artículos 4 y 27.

---

[18] CIDH, Informe Anual 1974, citado en Informe sobre los derechos humanos en Paraguay, párr. 21 (véase también el párr. 23). Esta posición fue reafirmada en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay publicado en 1987, pp. 18-19.

[19] CIDH, Informe sobre terrorismo y derechos humanos, 2002, párr. 50.

La existencia y naturaleza de estos principios está confirmada por la doctrina de los órganos competentes de la OIT con respecto al tema de la libertad sindical. Cabe recordar que ninguno de los Convenios en la materia contiene una disposición relativa a la suspensión de obligaciones (véase el Capítulo 11). Asimismo, cabe recordar que la libertad de asociación es reconocida como obligación de todo Estado miembro de la Organización, independientemente de su ratificación de los Convenios en la materia. La doctrina confirma, en primer lugar, un principio general de derecho que reconoce la imposibilidad material de cumplimiento de una norma como descargo de responsabilidad legal para su infracción.[20] El informe de la Comisión especial que investigó la situación de los derechos laborales bajo el gobierno de facto griego, contiene el siguiente análisis de esta cuestión:

> Puede afirmarse que los alegatos basados en un estado de excepción o de necesidad en el derecho consuetudinario internacional corresponden en lo esencial –en particular en el marco particular de la comunidad internacional– a los alegatos de fuerza mayor o legítima defensa en los sistemas jurídicos nacionales. Por lo general, al invocar la fuerza mayor hay que demostrar la fuerza irresistible de las circunstancias. La invocación de la legítima defensa requiere que se demuestren la inminencia de un peligro y la relación proporcional entre el peligro y las medidas de defensa adoptadas. Tanto el principio general del derecho derivado de la práctica nacional como el derivado de la costumbre internacionales [se] basan en el supuesto de que el incumplimiento de una obligación jurídica puede justificarse únicamente cuando existe

---

[20] El artículo 61 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados también reconoce la imposibilidad como motivo que permite suspender la aplicación de un tratado. Los demás motivos reconocidos por los artículos 57 y 62, respectivamente, son el consentimiento de todas las partes –supuesto inimaginable en caso de un tratado sobre derechos humanos– y el "cambio fundamental de circunstancias" no previsto por las partes en el momento de la celebración del tratado.

> imposibilidad de proceder de modo diferente al que resultó contrario de la ley. Hay que probar, además, que la acción que se trata de justificar mediante tales circunstancias se limita, tanto en el tiempo como en el espacio, a lo inmediatamente necesario.[21]

Adicionalmente, al determinar si ciertos hechos deben considerarse violatorios de las obligaciones de un Estado, el Comité de Libertad Sindical ha adoptado un enfoque algo flexible que le permite tomar en cuenta la existencia y naturaleza de un estado de excepción. En una oportunidad, este Comité señaló que: "En lo que concierne a los países que se encuentran en un periodo de crisis política o que acaban de pasar una época de perturbaciones graves (guerra civil, revolución, etc.) el Comité, al examinar las diversas medidas adoptadas por los gobiernos, inclusive contra organizaciones sindicales, ha considerado necesario tener presente tales circunstancias para pronunciarse sobre el fondo de las quejas".[22] Ciertos elementos de la libertad sindical, tales como el derecho de los sindicalistas al debido proceso, deben respetarse en toda circunstancia.[23]

A juzgar por la doctrina citada, la aplicación de estos principios generales a los instrumentos que no reconocen la institución de suspensión de obligaciones puede producir resultados que no son radicalmente diferentes a aquellos resultantes de la aplicación del artículo 4 del PIDCP o 27 de la Convención Americana.

---

[21] Organización Internacional del Trabajo (OIT), Boletín Oficial, vol. LIV, No. 2, 1971, anexo especial, párr. 110. Un memorándum sobre las consecuencias de un estado de guerra en las obligaciones de los Estados Partes en los distintos convenios preparados por la OIT en 1945 indica que la idea de que la fuerza mayor excusa el incumplimiento de las obligaciones consagradas en dichos instrumentos parecía ser un "principio general" de derecho. Reproducido y comentado en *El Código Internacional de Trabajo*, OIT, 1952, vol.1, p. XCVI.

[22] OIT, Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, párr. 197.

[23] Ibíd., párrs. 99 y 100. Véase el Capítulo 11 sobre libertad sindical.

16.4 Las causales y la necesidad de los estados de excepción

El PIDCP permite a los Estados Partes tomar medidas de excepción "En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (…)." La Convención Americana lo autoriza "En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado (…)".

i) La doctrina y la jurisprudencia universales

Un informe presentado en 1982 por la primera Relatora Especial de las Naciones Unidas encargada del tema señala que lo que ella llama "el principio de la amenaza excepcional", consiste esencialmente en una síntesis de la doctrina de la Corte Europea en los casos Lawless, Grecia e Irlanda c. el Reino Unido. Dicho principio contiene cuatro elementos, a saber:

1. La situación de crisis debe ser actual, o [al menos], inminente. (…)
2. Es preciso que la situación de peligro alcance un grado tal que las medidas y restricciones normales autorizadas por los instrumentos en época de normalidad no basten a todas luces para mantener el orden público.
3. La situación de peligro debe afectar, por una parte, a toda la población, (…)
4. Es preciso por último que haya una amenaza para la propia existencia de la nación, es decir, "para la existencia organizada para la comunidad que constituye la base del Estado, tanto si se trata de la integridad física de la población como de la integridad territorial o del funcionamiento de las instituciones" (fórmula mantenida por el Tribunal Europeo desde el asunto Lawless).[24]

---

[24] **Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1982/15, párr. 55.**

El informe final del Relator Especial nombrado en 1985 para hacer seguimiento del tema indica que distintos tipos de situaciones pueden poner en peligro la vida de una nación, en particular las catástrofes naturales o ambientales, los conflictos armados y "aquellas situaciones de tensiones o perturbaciones internas en las que pueden estar presentes actos de violencia o de confrontación que justifiquen la implantación de un estado de excepción, sin que la intensidad de las hostilidades permita encuadrar la crisis dentro del concepto de 'conflicto armado'".[25] No obstante, lo importante no es el carácter de la amenaza, sino su gravedad, actualidad o inminencia e impacto sobre la sociedad.[26] Haciendo eco de la primera Relatora, este Relator Especial considera que la suspensión es lícita únicamente en caso de "perturbaciones graves que pongan en peligro los intereses vitales de la población y representen una amenaza para la vida organizada de la comunidad, frente a las cuales las medidas restrictivas permitidas por la constitución y las leyes en circunstancias ordinarias resultan manifiestamente insuficientes; (…) o en caso de amenaza real o inminente de dichas perturbaciones (…)".[27]

La Observación General sobre el artículo 24 adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el año 2001 contiene el siguiente análisis de dicha cláusula:

> No todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación, como se exige en el párrafo 1 del artículo 4. (…) En virtud del Pacto, aun en un conflicto armado las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto se permitirán sólo en la medida en que la situación constituya un peligro para la vida de la

---

[25] Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre estados de excepción, E/CN.4/ Sub.2/1997/19, párrs. 35 y 39. Véase también el párr. 5 de la Observación General No. 29 del Comité de Derechos Humanos que se refiere a "una catástrofe natural, una manifestación en gran escala con incidentes de violencia o un accidente industrial de grandes proporciones".

[26] Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre estados de excepción, párr. 36.

[27] Ibíd., párr. 82.

> nación. Cuando los Estados Partes consideren la posibilidad de invocar el artículo 4 en situaciones distintas de un conflicto armado, deberán ponderar cuidadosamente el motivo por el cual esa medida es necesaria y legítima en las circunstancias del caso. En varias ocasiones, el Comité ha expresado su preocupación en relación con algunos Estados Partes que parecen haber suspendido la vigencia de los derechos protegidos por el Pacto, o cuyo derecho interno parece permitir esa suspensión en situaciones no contempladas en el artículo 4.[28]

Las observaciones del Comité de Derechos Humanos a los informes de los Estados Partes también arrojan luz sobre la forma en que este requisito debe ser interpretado y aplicado. En la conclusión del examen de un informe sobre Bolivia, por ejemplo, los miembros del Comité "observaron que (…) las autoridades bolivianas habían invocado como justificación los graves desórdenes de carácter político y social y señalaron que las manifestaciones de protesta o de huelga general no respondían a las condiciones necesarias para la proclamación de un estado de sitio, tal como se enuncian en el párrafo 1 del artículo 5 del Pacto".[29] El Comité volvió al tema en su examen del informe siguiente de Bolivia para indicar que "(…) la expresión 'conmoción interna' es demasiado amplia" para justificar la declaración de un estado de excepción.[30] Con respecto a Camerún, los miembros del Comité subrayaron que una tasa elevada de criminalidad "no podía justificar el mantenimiento del estado de emergencia, según el Pacto".[31] En términos generales, el Comité ha insistido en más de una oportunidad en que el PIDCP sólo permite la suspensión de obligaciones cuando las dificultades que el país en-

---

[28] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 3.

[29] Comité de Derechos Humanos, Infome sobre Bolivia, A/44/40, párr. 414 (1989).

[30] Comité de Derechos Humanos, Informe sobre Bolivia, A/52/40, párr. 204 (1997).

[31] Comité de Derechos Humanos, Informe sobre Camerún, A/44/40, párr. 461.

frenta son tan graves que pueden considerarse un peligro para "la vida" o "la existencia" de la nación.[32]

El principio de necesidad tiene una doble función respecto a los estados de excepción: en primer lugar, la imposición de un régimen de excepción debe ser necesario y, en segundo lugar, cada medida específica tomada en el marco del estado de excepción también debe ser necesaria. El efecto de la suspensión de obligaciones consagradas por el PIDCP o la Convención Americana es permitir al Estado evitar la responsabilidad internacional por medidas que, por naturaleza, son incompatibles con las obligaciones consagradas por dichos instrumentos. En otras palabras, el efecto de la declaración de un estado de excepción y la "suspensión" de obligaciones es permitir la toma de medidas que, en tiempos normales, serían violatorias de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Inversamente, la imposición de un régimen de excepción o de suspensión es justificada únicamente cuando las restricciones de los derechos humanos permitidos en tiempos normales no bastan para hacer frente a los peligros o las amenazas existentes. Es decir, un estado de excepción sólo puede considerarse necesario en la medida en que se puede concluir que las limitaciones y restricciones permitidas por los artículos 6 a 27 del PIDCP no serían adecuadas y eficaces para superar un determinado peligro para la vida de la nación. La Observación General señala al respecto lo siguiente:

> La cuestión de cuándo pueden suspenderse los derechos, y en qué medida, no puede separarse del texto del párrafo 1 del artículo 4 del Pacto, según el cual las disposiciones que suspendan obligaciones contraídas por los Estados Partes en virtud del Pacto deben adoptarse únicamente "en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación". Esta condición significa que los Estados Partes deben justificar escrupulosamente no sólo su decisión de proclamar el estado de

---

[32] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Colombia, A/52/40, párr. 288; Observaciones finales sobre el Informe de Croacia, A/56/40, párr. 9.

> excepción sino también las medidas concretas que adopten sobre la base de esa declaración. (…)[33]

Como señala el Relator Especial, el carácter temporal de la suspensión de obligaciones está "implícito en la naturaleza misma del estado de excepción". La Observación General No. 29 destaca que "las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal". El ejercicio de su competencia para vigilar la puesta en práctica del PIDCP ha brindado al Comité de Derechos Humanos oportunidades para insistir sobre el carácter temporal de los estados de excepción y sobre la necesidad de retornar a la plena vigencia de todos los derechos reconocidos por el PIDCP tan pronto como sea posible.[34] El Comité recomendó en una oportunidad que "(…) en el futuro, toda proclamación de un estado de excepción fije un plazo de vigencia estrictamente limitado (…)".[35] El Relator Especial recomienda que la duración de una declaración de estado de excepción no debe exceder de tres meses, a fin de garantizar que no se extienda más allá de lo que las circunstancias lo justifiquen.[36]

ii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

La jurisprudencia interamericana sobre la problemática de los estados de excepción no es extensa. En muchos casos, los hechos

---

33 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 5.

34 Véanse, por ejemplo, sus Observaciones finales sobre los informes de Irlanda, Egipto, el Reino Unido (con respecto a Irlanda del Norte) e Israel, A/48/40, párr. 603; A/48/40 párr. 704; A/49/40, párrs. 429-430; A/53/40 párr. 307, respectivamente.

35 Comité de Derechos Humanos, observaciones finales sobre el Informe de Líbano, A/52/40, párr. 341 (1997).

36 Naciones Unidas, Relator Especial sobre estados de excepción, E/CN.4.Sub.2/1997/19, párrs. 69 y 75.

que han sido denunciados ante el sistema interamericano han sido violaciones de derechos y obligaciones que no pueden suspenderse en circunstancia alguna, lo que ha hecho innecesario examinar la licitud del estado de excepción. En algunos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se señala que el estado de excepción ha sido utilizado para fines incompatibles con los valores básicos que subyacen en el sistema de protección de los derechos humanos (véase la sección 16.9), o se concluye que no se reunieron las condiciones necesarias para la proclamación de un estado de excepción, sin fundamentar esa conclusión en un análisis de los hechos pertinentes.

No obstante, un informe de la CIDH publicado en 1983 concluye que "la seguridad del Estado nicaragüense estaba realmente amenazada por las incursiones de grupos de exmiembros de la Guardia Nacional, lo que justificaba la declaración del estado de emergencia y su mantenimiento".[37] En un caso más reciente, la CIDH consideró la declaración de un estado de emergencia en Perú como *prima facie* legítima, en razón de que "Las continuas incursiones del grupo armado habían provocado un estado de permanente zozobra sobre la población (…)".[38] La CIDH ha concluido en más de una oportunidad que los estados de excepción declarados en ciertas épocas en el Paraguay no se ajustaban a las causales previstas por, en este caso, el derecho consuetudinario interamericano en la materia, por no haber existido ni guerra, ni invasión ni "incidentes sociales graves".[39]

---

37 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, párr. 12, p. 123 (1983).

38 CIDH, caso Alarcón y otros c. Perú, párr. 87 (1997). Véase también el caso sobre Ejecuciones extrajudiciales y desaparaciones forzadas de personas (Perú), párrs. 218-219 (2001).

39 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 1987, pp. 23-24. Véase también el Informe de 1978, p. 17.

16.5 Las obligaciones no susceptibles de suspensión o "derechos intangibles"

Tanto el PIDCP como la Convención Americana establecen que ciertos derechos deben ser respetados integralmente, aún durante un estado de excepción. Ambos instrumentos incluyen en esta categoría el derecho a la vida, a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y retroactividad, y la libertad de conciencia y de religión. El artículo 4.2 del PIDCP prohíbe, adicionalmente, la suspensión de los artículos que consagran el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y la prisión por deudas; el artículo 27.2 de la Convención Americana prohíbe la suspensión del derecho a un nombre y a la nacionalidad, los derechos del niño y de la familia, y los derechos políticos. El segundo párrafo del artículo 27 de la Convención Americana también contiene una cláusula de gran importancia, que excluye la suspensión de "las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos". Esta cláusula ha sido analizada en dos Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, y ocupa un lugar central en la jurisprudencia interamericana. Dichas Opiniones serán analizadas más abajo.

i) La doctrina universal

Desde hace muchos años los estudiosos de los estados de excepción se han empeñado en proponer argumentos e interpretaciones destinados a reducir el impacto de las medidas de excepción en los derechos no enumerados en los artículos 4.2 y 27.2.[40] En el año 2001, el Comité de Derechos Humanos se pronunció al respecto en términos que, por su trascendencia, conviene citar textualmente:

---

[40] Véanse, por ejemplo, los "Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos" reproducidos en el documento E/CN.4/1985/4; las Directrices para

En las disposiciones del Pacto que no figuran en el párrafo 2 del artículo 4, hay elementos que, a juicio del Comité, no pueden ser objeto de suspensión legítima con arreglo al artículo 4. A continuación figuran algunos casos ilustrativos.

a) Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Aunque este derecho, reconocido en el artículo 10 del Pacto, no se mencione separadamente en la lista de derechos que no pueden ser suspendidos en virtud del párrafo 2 del artículo 4, el Comité estima que el Pacto expresa una norma de derecho internacional general cuya aplicación no puede ser objeto de suspensión. Esto se sustenta en la referencia que se hace en el preámbulo del Pacto a la dignidad inherente a los seres humanos y en la estrecha relación existente entre los artículos 7 y 10.

b) Las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida son disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión. El carácter absoluto de estas prohibiciones, aun en situaciones excepcionales, se justifica por su condición de normas de derecho internacional general.

c) A juicio del Comité, la protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a minorías comprende elementos que deben respetarse en toda circunstancia. Esto se refleja en la prohibición del genocidio en el derecho internacional, en la inclusión de una cláusula de no discriminación en el propio artículo 4 (párr. 1) así como en el carácter de disposición cuya aplicación no puede suspenderse del artículo 18.

---

la elaboración de legislación sobre los estados de excepción, contenidas en el cuarto Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas encargado del tema, E/CN.4/Sub.2/1991/28, y el proyecto de Declaración de normas humanitarias mínimas, reproducido en E/CN.4/1996/80. Los tres documentos son mencionados expresamente por el Comité de Derechos Humanos en la nota 6 de la Observación General No. 29.

d) Como confirma el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la deportación o el traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el derecho internacional, en forma de desplazamiento forzado de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, constituye un crimen de lesa humanidad. El derecho legítimo a suspender la aplicación del artículo 12 del Pacto durante un estado de excepción no puede aceptarse jamás como justificación de esas medidas.

e) La proclamación de un estado de excepción de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 no podrá invocarse en caso alguno como justificación por un Estado Parte para incurrir, en violación del artículo 20, en propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.[41]

Con respecto al derecho a la vida, la Observación señala que "al ser imposible la suspensión de la totalidad de las disposiciones del artículo 6 del Pacto, cualquier imposición de la pena de muerte durante un estado de emergencia no debe contradecir las disposiciones del Pacto y, consecuentemente, ha de cumplir *inter alia* con todos los requisitos de los artículos 14 y 15".[42] El Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha indicado que un estado de excepción no puede justificar la imposición de la pena de muerte tras procesos caracterizados por violaciones flagrantes de las garantías procesales del acusado.[43]

---

[41] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 13. El apartado d) hace referencia al apartado d) del párrafo 1 y al apartado d) del párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma.

[42] Ibíd., párr. 15. En sus observaciones finales sobre Jordania, el Comité instó a las autoridades "para que no ejecutaran a las personas condenadas a la pena capital en aplicación de leyes de excepción", A/46/40, párr. 616 (1991).

[43] Naciones Unidas, Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, Informe sobre una misión a Perú, E/CN.4/1994/7/Add.2, párr. 126.

De otro lado, la Observación indica que ni el recurso de hábeas corpus, ni el derecho de todo acusado a un proceso con las debidas garantías, pueden suspenderse:

> Las garantías relacionadas con la institución de la suspensión, según se definen en el artículo 4 del Pacto, se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto. Como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. A juicio del Comité, dichos principios y la disposición sobre recursos efectivos exigen que los principios fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto.[44]

---

[44] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 16. Al final de párrafo aparece la nota siguiente: "Véanse las observaciones finales del Comité sobre el informe de Israel (1998) (CCPR/C/79/Add.93, párr. 21): 'El Comité considera que la aplicación actual de la detención administrativa es incompatible con los artículos 7 y 16 del Pacto, ninguno de los cuales se puede suspender en situaciones de emergencia pública (...) Sin embargo, el Comité subraya que un Estado Parte no puede apartarse del requisito de una revisión judicial efectiva de la detención'. Véase también la recomendación que el Comité formula a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías acerca de un proyecto de tercer protocolo facultativo del Pacto: 'El Comité tiene el convencimiento de que los Estados Partes entienden, por lo general, que no se debe restringir en situaciones de excepción el derecho al hábeas corpus y al amparo. Además, el Comité opina que los recursos a que se refieren los párrafos 3 y 4 del artículo 9, interpretados junto con el artículo 2, son inherentes al Pacto considerado en conjunto' (…) A/49/40 vol. I, anexo XI, párr. 2."

La normativa y la doctrina interamericanas hacen énfasis en la intangibilidad de los recursos judiciales necesarios para asegurar que el estado de excepción y las medidas de excepción respeten los requisitos establecidos por la Convención. La Observación General No. 29 ratifica esta importante interpretación en los párrafos siguientes:

> El párrafo 3 del artículo 2 del Pacto exige a los Estados Partes en el Pacto que proporcionen recursos para cualquier violación de las disposiciones del Pacto. Aunque esta cláusula no se mencione entre las disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión enumeradas en el párrafo 2 del artículo 4, constituye una obligación inherente del Pacto en su conjunto. Incluso si los Estados Partes pueden, durante un estado de excepción y en la estricta medida que la situación exige, introducir ajustes en el funcionamiento práctico de los procedimientos relativos a los recursos judiciales o de otra índole, deben conformarse a la obligación fundamental de garantizar un recurso efectivo, en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.
>
> Es inherente a la protección de los derechos expresamente reconocidos como no susceptibles de suspensión en el párrafo 2 del artículo 4, que han de ser garantizados mediante garantías procesales, generalmente de carácter judicial. Las disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión; la revocación o utilización del artículo 4 nunca podrá realizarse de forma que produzca la suspensión de alguno de los derechos cuya suspensión no está autorizada (…).[45]

iii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

El artículo 27.2 de la Convención, como se señaló, excluye no sólo la suspensión de ciertos derechos sino también "las garantías

---

[45] Ibíd., párrs. 14-15.

judiciales indispensables para la protección de tales derechos". La Corte Interamericana interpretó el contenido de esta cláusula en dos Opiniones Consultivas adoptadas en 1987. La consulta examinada en la primera Opinión era determinar si el recurso de hábeas corpus constituye, de acuerdo con dicha cláusula, una de las garantías que no pueden suspenderse durante un estado de emergencia. La Corte Interamericana consideró que, si bien el principal derecho tutelado por el hábeas corpus es la libertad personal, también garantiza la integridad personal de aquéllas privadas de libertad y, por ende, su derecho a la vida, ambos derechos protegidos expresamente por el artículo 27.2.[46]

La conclusión de la Corte Interamericana se basa en otra consideración que tiene implicaciones profundas, a saber: que es menester preservar este recurso no sólo porque tutela algunos derechos u obligaciones clasificados de no suspendibles, sino también porque sirve para preservar el principio de legalidad. Tras recordar que "el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables", la Corte Interamericana hace el siguiente análisis al respecto:

> Si la suspensión de garantías no debe exceder, como lo ha subrayado la Corte, la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente.
>
> La Corte debe destacar, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas en el párrafo anterior, tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites

---

[46] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87, párrs. 33 y 35.

> temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder.
>
> Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el hábeas corpus adquiere una nueva dimensión fundamental.[47]

La Opinión también indica que la referencia a garantías judiciales " (…) implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial (…)".[48]

La segunda consulta sobre la cláusula de "las garantías judiciales indispensables" se refería a su relación con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Esta Opinión descansa en la doctrina establecida en la Opinión Consultiva OC-8/87, sobre todo en cuanto a la necesidad de preservar el principio de legalidad durante todo estado de excepción, que la Corte Interamericana resume de la manera siguiente:

> Así entendidas, las "(…) garantías (...) que se derivan de la forma democrática de gobierno", a que se refiere el artículo 29.c), no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar (Ibíd., párr. 20), sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de Derecho (Ibíd., párr. 40).[49]

---

47 Ibíd., párrs. 38-40 (la cita inicial es a la Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 32).

48 Ibíd., párr. 30.

49 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 37 (las referencias entre paréntesis a la Opinión Consultativa OC-8/87 son del original).

La conclusión se enuncia en el párrafo siguiente:

> La Corte concluye que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.[50]

Seguidamente, la Corte Interamericana agrega que: "Naturalmente, cuando en un estado de emergencia el Gobierno no haya suspendido algunos derechos y libertades de aquéllos susceptibles de suspensión, deberán conservarse las garantías judiciales indispensables para la efectividad de tales derechos y libertades".[51]

La doctrina surgida de estas Opiniones ha sido aplicada en varias sentencias recientes de la Corte Interamericana.[52] En algunas de ellas, la Corte Interamericana ha declarado que impedir el acceso de funcionarios judiciales a recintos bajo jurisdicción militar produce una suspensión implícita del recurso de hábeas corpus, incompatible con el artículo 27.2 de la Convención.[53] La jurisprudencia de la CIDH subraya que la suspensión de ciertos derechos no afecta la obligación del Estado de investigar cabalmente las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el estado de excepción, ni de sancionar a los responsables.[54]

---

50 Ibíd., párr. 38.

51 Ibíd., párr. 39.

52 Veanse, por ejemplo, Corte Interamericana, sentencias Neira Alegría c. Perú (Fondo), párrs. 82-83 (1995); Castillo Petruzzi c. Perú (Fondo), párrs. 131 y 185-187 (1999); Durand y Ugarte c. Perú (Fondo), párrs. 99-106.

53 Corte Interamericana, casos Neira Alegría (supra), párrs. 77 y 84; Durand y Ugarte (supra), párr. 108.

54 CIDH, caso Mavares c. Venezuela, párr. 114. En este caso la CIDH también concluyó que, además de vulnerar el derecho a la vida, la muerte de un joven durante el estado de excepción constituyó una violación del artículo 27.2 de la Convención Americana, párr. 141.

16.6 La suspensión y las demás obligaciones impuestas por el derecho internacional

Tanto el artículo 4.1 del PIDCP como el artículo 27.1 de la Convención contienen una cláusula que limita la facultad del Estado de tomar medidas de excepción al imponer que éstas se tomen "(…) siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional". Esta disposición puede considerarse una manifestación del principio general de derecho internacional de los derechos humanos plasmada en el segundo párrafo del artículo 5 del PIDCP y 29 de la Convención Americana, según el cual ninguna disposición de un tratado sobre derechos humanos puede interpretarse ni aplicarse de tal modo que limite o restrinja la vigencia y el goce de derechos reconocidos por otras fuentes, sean nacionales o internacionales, positivas o consuetudinarias".[55] Este principio ha sido citado frecuentemente para sustentar la interpretación de que, además de los derechos y las obligaciones enumerados en los párrafos 2 de los artículos 4 y 27, hay otros derechos que no pueden nunca ser objeto de suspensión. Como se observa, el tema de esta sección está muy vinculado con el de la sección anterior.

Esta materia está relacionada también con la abordada en las observaciones preliminares del presente capítulo, a saber: determinar si el estado de excepción y suspensión de obligaciones es una institución jurídica que forma parte del derecho consuetudinario, o más bien una facultad del Estado cuyos efectos se limitan a los instrumentos que lo reconocen. Se volverá sobre ello después de considerar las observaciones del Comité de Derechos Humanos al respecto. Comenta el Comité:

---

[55] Este principio está consagrado en términos más amplios por la Convención Americana, cuyo artículo 29 c) lo aplica también a "otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".

Por otra parte, el párrafo 1 del artículo 4 establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario. El artículo 4 del Pacto no puede interpretarse como justificación para suspender la aplicación de disposiciones del Pacto si tal suspensión entrañase la infracción de otras obligaciones internacionales del Estado, contraídas ya sea en virtud de un tratado o del derecho internacional general. Esto también se refleja en el párrafo 2 del artículo 5 del Pacto, con arreglo al cual no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos en otros instrumentos so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado. Por otra parte, el párrafo 1 del artículo 4 establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario. El artículo 4 del Pacto no puede interpretarse como justificación para suspender la aplicación de disposiciones del Pacto si tal suspensión entrañase la infracción de otras obligaciones internacionales del Estado, contraídas ya sea en virtud de un tratado o del derecho internacional general. Esto también se refleja en el párrafo 2 del artículo 5 del Pacto, con arreglo al cual no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos en otros instrumentos so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.[56]

(…) Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria

---

[56] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 9.

de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.[57]

Los convenios internacionales del trabajo sobre la libertad sindical no contienen disposiciones que autoricen suspensión alguna de los derechos ahí contemplados.[58] La doctrina del Comité de Libertad Sindical indica que, aun durante una guerra civil o bajo un estado de sitio, los sindicalistas no deben ser detenidos sin un procedimiento judicial regular, incoado lo más rápidamente posible y celebrado con respeto de las garantías del debido proceso.[59] El derecho a recurrir a la justicia para impugnar la disolución de un sindicato, u otras injerencias en la independencia de los sindicatos, es otro elemento de la libertad sindical que el Comité considera debe respetarse aún durante una situación de emergencia.[60] Esta doctrina es válida tanto para los Estados partes en los convenios sobre la materia, como para los demás Estados miembros de la OIT.

La doctrina de la CIDH hace hincapié en que, en caso de conflicto armado, las medidas excepcionales que el Estado puede decretar nunca pueden justificar violaciones del derecho internacional humanitario.[61]

16.7 La necesidad de las medidas específicas

Uno de los baluartes más valiosos contra el abuso de los estados de excepción es el requisito de que cada medida de excepción debe ser necesaria. La expresión "principio de proporcionalidad" es

---

57 Ibíd., párr. 11.

58 OIT, Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, párr. 186.

59 Ibíd., párrs. 99 y 100.

60 Ibíd., párrs. 193 y 199.

61 CIDH, caso La Tablada c. Argentina, párr. 170 (1997).

empleado en este contexto como sinónimo del principio de necesidad.[62]

i) La doctrina universal

La Observación General No. 29 del Comité de Derechos Humanos contiene las siguientes observaciones sobre este requisito:

> Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia. La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto.* Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte. Al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité ha expresado su preocupación por el he-

---

62 Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 4, e Informe final del Relator Especial sobre estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1997/19.

* Véanse, por ejemplo, los artículos 12 y 19 del PIDCP (nota del texto citado).

cho de que no se presta suficiente atención al principio de proporcionalidad.
(…)

El hecho de que algunas de las disposiciones del Pacto se hayan enumerado en el párrafo 2 del artículo 4 como disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión no significa que otros artículos del Pacto puedan ser suspendidos discrecionalmente, aun cuando exista una amenaza a la vida de la nación. La obligación en derecho de restringir todas las medidas de suspensión a las estrictamente limitadas a las exigencias de la situación impone tanto a los Estados Partes como al Comité el deber de proceder a un análisis minucioso en relación con cada artículo del Pacto, sobre la base de una evaluación objetiva de la situación de hecho.[63]

ii) La doctrina y jurisprudencia interamericanas

En la primera de las Opiniones Consultivas que abordan el tema de los estados de excepción la Corte Interamericana hizo hincapié en la importancia de este requisito al señalar lo siguiente:

Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a "las exigencias de la situación", resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto

---

[63] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párrs. 4 y 6. El párr. 4 termina con una referencia a las observaciones finales sobre un informe de Israel, párr. 11, CCPR/C/79/Add.93 (1998).

de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.[64]

La jurisprudencia de la CIDH, en particular la referente a una serie de casos relativos al derecho a la libertad personal en Perú, considera que el impacto de las medidas de excepción debe ser controlado y limitado para evitar que afecte la esencia de los derechos suspendidos. En el caso Alarcón y otros, la CIDH consideró la declaración de un estado de emergencia ***prima facie*** como legítima,[65] pero no así las medidas adoptadas que afectaron la libertad personal. El análisis de la CIDH merece citarse en extenso:

No obstante la legitimidad ***prima facie*** de esta medida, la facultad de detener no constituye una facultad ilimitada para las fuerzas de seguridad, por medio de la cual pueden proceder a detener arbitrariamente a los ciudadanos. La suspensión de la orden judicial para detener a una persona no implica que los funcionarios públicos quedan desvinculados de los presupuestos legales necesarios para decretar legalmente tal medida, ni que se anulen los controles jurisdiccionales sobre la forma en que se llevan a cabo las detenciones.

La suspensión de la garantía a la libertad personal, autorizada por el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nunca puede llegar a ser total. Existen principios subyacentes a toda sociedad democrática que las fuerzas de seguridad deben observar para formalizar una detención, aún bajo un estado de emergencia. Los presupuestos legales de una detención son obligaciones que las autoridades estatales deben respetar, en cumplimiento del compromiso internacional de proteger y respetar los derechos humanos, adquirido bajo la Convención.

---

64 Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 22.

65 CIDH, caso Alarcón y otros c. Perú, párr. 87 (1997). Véase también el caso Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas c. Perú, párrs. 218-219 (2001).

> Tales presupuestos son, en primer lugar, que las autoridades estatales siguen vinculadas al principio de legalidad y razonabilidad: las personas sólo pueden ser detenidas si han participado, o se sospecha que han participado, en actos tipificados como delito. Esto implica que las fuerzas de seguridad deben encontrarse en posesión de indicios o evidencias que puedan sustentar racionalmente la posible participación de la persona en un hecho delictivo.
>
> En segundo lugar, con base en los principios anteriores, la detención policial o militar, como medida cautelar, debe tener como único propósito evitar la fuga de un sospechoso de un acto delictivo, y poder asegurar así su comparecencia ante un juez competente, para que sea juzgada dentro de un plazo razonable o, en su caso, puesto en libertad. Un Estado no puede imponer penas sin la garantía del juicio previo. En un Estado democrático de derecho, donde se respeta la separación de poderes, toda pena debe ser impuesta judicialmente, y únicamente tras haber establecido la culpabilidad de una persona dentro de un juicio llevado con todas las garantías. La existencia de una situación de emergencia no autoriza al Estado a desconocer la presunción de inocencia, ni tampoco confiere a las fuerzas de seguridad el ejercicio de un ***ius puniendi*** arbitrario y sin límites.[66]

En un informe adoptado hace dos décadas, la CIDH aplicó la regla derivada de la doctrina europea y luego incorporada a la doctrina universal, que establece que una medida específica puede considerarse necesaria únicamente si no hay alternativas que tendrían menos impacto en los derechos humanos. La CIDH manifestó al respecto que "La evacuación forzada de cerca de ocho mil quinientas personas, en algunos casos en medio de la noche y realizada por militares armados, para crear una zona militar" sólo es justifica-

---

66 Ibíd., párrs. 88-91. Véanse también Castillo Pezo y otros c. Perú, párrs. 106 y 146 (1999), y Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas, párrs. 220-222.

67 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, p. 125, párr. 20 (1984).

ble en ausencia de otra alternativa para resolver una grave emergencia".[67] Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, y en particular el Principio 7 reproducido en la sección 16.2, fueron elaborados precisamente para indicar las medidas que permiten limitar el impacto del desplazamiento en los derechos humanos de las personas afectadas, a fin de que no excedan lo estrictamente necesario.

16.8 La declaratoria

i) La doctrina y jurisprudencia universales

El artículo 4 del PIDCP limita la facultad de suspender obligaciones en estados de excepción "cuya existencia haya sido proclamada oficialmente". La importancia y función de este requisito es, como explica el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 29, la de preservar el Estado de derecho. Al respecto señala lo siguiente:

> Este último requisito es esencial para el mantenimiento de los principios de legalidad e imperio de la ley cuando son más necesarios. Al proclamar un estado de excepción cuyas consecuencias pueden entrañar la suspensión de cualquier disposición del Pacto, los Estados deben actuar dentro del marco constitucional y demás disposiciones de ley que rigen esa proclamación y el ejercicio de las facultades de excepción (…)[68]

Más adelante, la Observación recalca que "Las garantías relacionadas con la institución de la suspensión, según se definen en el artículo 4 del Pacto, se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto".[69] Es menes-

---

[68] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 2.

[69] Ibíd., párr. 16.

ter, por tanto, preservar la esencia del derecho a un recurso ante los tribunales.[70] En sus observaciones sobre el informe de un Estado, el Comité de Derechos Humanos manifestó preocupación por el hecho de que "(…) los tribunales no tengan facultades para examinar la legalidad de la declaración del estado de excepción de las diferentes medidas adoptadas durante el tiempo en que estuvo en vigor".[71] El vínculo entre la proclamación del estado de excepción y la preservación del Estado de derecho también es resaltado en la observación siguiente:

> El Comité insiste en que no se proclame el estado de excepción a menos que se puedan aplicar las condiciones previstas en el artículo 4 y se haga la proclamación obligatoria en virtud de dicho artículo. Disposiciones constitucionales y legislativas deben garantizar que los tribunales supervisen el cumplimiento del artículo 4 del Pacto.[72]

Ahora bien, el incumplimiento de este requisito no afecta la aplicabilidad de los demás requisitos del artículo 4, ni exime al Estado de la obligación de cumplirlos. Al analizar la situación en Chechenia en 1995, el Comité de Derechos Humanos afirmó que el artículo 4 del PIDCP era aplicable al conflicto "(…) independientemente del hecho de que no se haya declarado oficialmente el estado de emergencia (...)".[73] De alguna manera se puede considerar que el Estado, al poner en práctica ciertas medidas que afectan los derechos humanos, tiene la obligación de declarar un estado de excepción conforme con los requisitos del artículo 4. Al examinar el caso relativo a un país dividido en dos Estados que formalmente estaban en guerra el uno contra el otro, el Comité consideró que la mera

---

70 Ibíd., párrs. 15 y 16.

71 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Sri Lanka, A/50/40, párr. 447 (1995).

72 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Colombia, A/52/40, párr. 38 (1997).

73 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Rusia, A/50/40, párr. 388 (1995).

invocación de consideraciones de seguridad nacional no permite soslayar el principio ***pacta sunt servanda***, y que la única forma de obviar las cláusulas del PIDCP que rigen las restricciones a las libertades públicas –sin incurrir en la responsabilidad internacional– era mediante la declaración de estado de excepción conforme con el artículo 4.[74] Tras el examen del informe de un Estado Parte, el Comité recalcó que "los derechos garantizados por el Pacto sólo pueden ser suspendidos de conformidad con el artículo 4 del mismo".[75] Asimismo, el Comité rechazó los argumentos de un régimen militar en el sentido de que una serie de medidas de carácter excepcional se mantenían "(…) porque son anteriores a la entrada en vigor del Pacto y constituyen parte esencial del régimen", y recordó que "El Pacto excluye toda medida contraria a las obligaciones del Estado Parte salvo en las situaciones excepcionales previstas en el artículo 4 (…)".[76] En otra oportunidad, el Comité lamentó que "(…) algunas partes de la India hayan tenido que ser declaradas zonas de disturbios durante muchos años (…) y que en estas zonas, el Estado Parte esté aplicando de hecho el estado de excepción sin recurrir al párrafo 3 del artículo 4 del Pacto".[77]

El Relator Especial ha señalado que el principio de legalidad es "(…) Consustancial a la naturaleza de la institución del estado de derecho que tiene el estado de excepción", y que requiere "la necesaria preexistencia de normas que lo regulan" y "la existencia de mecanismos de control, tanto internos como internacionales, que verifican su conformidad a las mismas".[78] Para asegurar la efectividad de los

---

[74] Comité de Derechos Humanos, caso Park c. República de Corea, párr. 10.4 (1998).

[75] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Iraq, A/53/40, párr. 98 (1997).

[76] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Nigeria, A/51/40, párr. 278 (1996).

[77] Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de la India, A/52/40, párr. 434 (1997).

[78] Naciones Unidas, Relator Especial sobre estados de excepción, Informe final, E/CN.4/Sub.2/1997/19, párr. 50.

mecanismos de control nacional, el Relator considera que la legislación debe establecer que ninguna medida de excepción puede "restringir la jurisdicción de los tribunales":

> i) para examinar la compatibilidad de la declaración del estado de excepción con las leyes, la constitución y las obligaciones que impone el derecho internacional, y para determinar que dicha declaración es ilegal o inconstitucional, en caso de que haya incompatibilidad;
>
> ii) para examinar la compatibilidad de cualquier medida adoptada por una autoridad pública con la declaración del estado de excepción;
>
> iii) para iniciar actuaciones jurídicas destinadas a hacer respetar o proteger cualesquiera derechos reconocidos por la constitución o la ley fundamental y el derecho nacional e internacional, cuya efectividad no sea afectada por la declaración de excepción (…)[79]

ii) La doctrina interamericana

La Corte Interamericana ha considerado improcedentes los alegatos que pretenden justificar la imposición de medidas excepcionales basándose en la existencia de una situación de emergencia que amenazaba la seguridad nacional, cuando no hubo declaración de un estado de emergencia.[80]

La CIDH ha indicado que la declaratoria debe contener información concreta que permita apreciar la naturaleza y gravedad de la amenaza, tal como identidad, actividades y localización de los grupos u organizaciones cuya existencia es citada como justificación

---

[79] Ibíd., párr. 151.

[80] Corte Interamericana, caso Baena Ricadro c. Panamá (Fondo), párrs. 89 y 94. Véase también la decisión de la CIDH en el caso Parada Cea c. El Salvador, párr. 64 (1999).

para la proclamación de un estado de excepción.[81] En una oportunidad, la CIDH señaló que la puesta en práctica de medidas de emergencia –el traslado forzoso de la población de una zona de conflicto– antes de la proclamación de un estado de emergencia, había provocado "un clima de terror y confusión" entre la población afectada con evidentes consecuencias para sus derechos humanos.[82] No obstante, habida cuenta de que el estado de emergencia fue declarado diez semanas más tarde, y fue debidamente motivado, la CIDH no concluyó que la tardanza en efectuar la proclamación hubiera sido violatoria de la Convención.[83]

16.9 La desnaturalización de la suspensión

En su último informe el Relator Especial de las Naciones Unidas describe las circunstancias históricas por las cuales el sistema universal de protección de derechos humanos decidió considerar los estados de excepción como un tema de actualidad, de la siguiente manera:

> Además, esta verdadera proliferación de estados de excepción tenía lugar en el marco de la confrontación ideológica de la guerra fría y de la que muchísimos gobiernos se sirvieron para combatir su propia disidencia interna. Acontecía con muchísima frecuencia que quienes disentían con un gobierno no eran tratados como legítimos opositores sino como enemigos internos, agentes del enemigo internacional, y por lo tanto, factores de riesgo e inseguridad para la nación. (…)

---

81 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, p. 23 (1987).

82 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, párr. 33, p. 129 (1984).

83 Ibíd., párrs. 31-35.

> Lo que surge de estas experiencias es que, en todo los casos, la proclamación del estado de excepción, o la aplicación lisa y llana de medidas de esta naturaleza, fue el instrumento jurídico de que se sirvieron muchos dictadores para suprimir los derechos humanos de la mayoría de la población y aniquilar toda forma de oposición política.[84]

Frente a tales deformaciones de esta institución jurídica, cuyo objeto legítimo es la defensa de los derechos humanos y del Estado de derecho, es menester recordar que la facultad de suspender obligaciones está sujeta, no sólo a los requisitos y las condiciones establecidos por el artículo 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana, sino también al principio general establecido por el artículo 5 del PIDCP y 29 a) de la Convención, según el cual "Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él".[85]

i) La doctrina universal

Como bien señala el Relator Especial de las Naciones Unidas, tanto la normativa internacional como el derecho comparado permiten a las autoridades competentes "(…) suspender el ejercicio de ciertos derechos con la sola y única finalidad de restablecer la nor-

---

[84] Naciones Unidas, Relator Especial sobre estados de exepción, Informe E/CN.4/Sub.2/1997/19, párrs. 4-5. El primer estudio sobre el tema fue autorizado en 1979, ibíd., párr. 12.

[85] La disposición correspondiente de la Convención Americana se completa y reafirma por el artículo 30, que reza: "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas".

malidad y garantizar el goce de los derechos humanos más fundamentales".[86] La Observación General No. 29 afirma que "El restablecimiento de un estado de normalidad, en que se pueda asegurar de nuevo el pleno respeto del Pacto, debe ser el objeto primordial del Estado Parte que suspende la aplicación del Pacto", y señala expresamente que el artículo 5.1 del PIDCP sirve para "(…) impedir el abuso de las facultades excepcionales del Estado".[87]

ii) La doctrina interamericana

El artículo 29 a) de la Convención Americana reproduce el principio antes mencionado en términos sustancialmente idénticos, a saber: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella (…)." Este principio está complementado por otro contenido en el apartado c), que establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de "(…) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".

El posible impacto de los estados de excepción en la democracia es un tema de importancia trascendental en la doctrina interamericana. En la Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte Interamericana, después de recordar el artículo 29 de la Convención Americana, declaró que "La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona".[88]

---

[86] Naciones Unidas, Relator Especial sobre Estados de excepción, informe, E/CN.4/Sub.2/1997/19. párr. 42.

[87] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 3.

[88] Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 20.

En algunas oportunidades, la CIDH ha considerado ilegítimo un estado de excepción por atentar contra estos valores básicos. En el caso del Paraguay, la CIDH concluyó "(…) que la adopción de una medida tan grave como es la implantación del estado de sitio está dirigida a impedir el libre juego de las instituciones democráticas que la Constitución afirma establecer y defender".[89] Asimismo, manifestó que:

> La ausencia de causales que justifiquen la implantación del estado de sitio, la vigencia por casi treinta y tres años de tan grave medida, la afectación de derechos que la Constitución no autoriza a suspender o restringir y la ausencia de recursos judiciales de los individuos frente a los poderes del Presidente, son todos elementos que permiten a la Comisión concluir que el estado de sitio no ha sido en Paraguay un instrumento para afrontar situaciones excepcionales, sino una herramienta al servicio de una dictadura (…).[90]

La Asamblea General de la OEA también adoptó una resolución en este sentido, en la cual instó al gobierno de Chile a que dejara de emplear el estado de emergencia con el objeto de violar los derechos humanos.[91]

16.10 La prohibición de medidas discriminatorias

Tanto el artículo 4 del PIDCP como el artículo 27 de la Convención Americana estipulan que las medidas de excepción no pueden entrañar discriminación basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión y origen social. Esta nómina no comprende todas las

---

89 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, p. 24 (1987).

90 Ibíd., párr. 25.

91 Organización de Estados Americanos (OEA), resolución 31/124 del 15 de diciembre de 1976.

formas de discriminación prohibidas por los artículos de los mismos instrumentos sobre la igualdad de las personas y la prohibición de discriminación. Por ejemplo, no se menciona la discriminación basada en la opinión, ni en el origen nacional. La ausencia de una prohibición a priori de tales formas de discriminación durante los estados de excepción no implica, evidentemente, que la aplicación de medidas de excepción que discriminan con base en tales criterios pudiera considerarse legítima. Por el contrario, existe una presunción contra la licitud de toda forma de discriminación y sería sumamente difícil demostrar que no existen alternativas al empleo de medidas discriminatorias, o que las únicas alternativas comportarían consecuencias aún más graves para el goce de los derechos humanos.

La única jurisprudencia sobre este aspecto de la problemática de los estados de excepción parece ser la contenida en el informe elaborado por la CIDH hace dos décadas sobre la reubicación forzosa de varias comunidades de indígenas miskitos durante el conflicto armado que se desarrolló en Nicaragua. La CIDH concluyó que la medida no constituyó discriminación racial, porque era necesaria y no había sido tomada con ánimo de castigo ni retaliación.[92] No obstante, la CIDH advirtió que la prórroga de tales medidas más allá de las circunstancias que las justificaban, o la negativa de reparar sus consecuencias después del cese de la emergencia, permitiría concluir que se había incurrido en discriminación incompatible con la Convención Americana.[93]

---

92 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, p. 128, párrs. 30-31 (1984).

93 Ibíd., parr. 31.

16.11 La notificación de las medidas

La Observación General No. 29 insiste sobre la importancia de la obligación de los Estados Partes del PIDCP de notificar a los demás Estados Partes toda suspensión:

> En virtud del párrafo 3 del artículo 4, los Estados Partes se han comprometido a observar un régimen de notificación internacional cuando hagan uso de su derecho de suspensión con arreglo al artículo 4. Un Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Dicha notificación es esencial no solamente para que el Comité pueda desempeñar sus funciones, especialmente la de evaluar si las medidas tomadas por el Estado Parte eran las estrictamente requeridas por las exigencias de la situación, sino también para permitir que los Estados Partes cumplan con su obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto. (…) la notificación de los Estados Partes deberá incluir información detallada sobre las medidas adoptadas, una clara explicación de los motivos por los que se hayan adoptado, e ir acompañada de una documentación completa sobre las disposiciones jurídicas. Se necesitarán notificaciones adicionales si un Estado Parte posteriormente adopta medidas adicionales bajo el artículo 4, por ejemplo prolongando la duración de un estado de excepción. El requisito de la notificación inmediata también se aplica, en su caso, a la terminación de la suspensión. (…) El Comité hace hincapié en la obligación de la notificación internacional inmediata toda vez que un Estado haga uso del derecho de suspensión. (…)[94]

---

[94] Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 17 (se omite una nota).

Cabe destacar que el Secretariado de las Naciones Unidas no es más que un canal de comunicación para este efecto, y que los Estados Partes en el PIDCP forman una especie de comunidad en la cual cada uno tiene legítimo interés en la forma como los demás Estados cumplen las obligaciones consagradas por el PIDCP.

Fuentes bibliográficas

Instrumentos normativos

Instrumentos de las Naciones Unidas

Tratados

Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio 1945; entró en vigor el 24 de octubre de 1945

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, adoptada por la Asamblea General en su resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948; entró en vigor el 12 de enero de 1951

Convención sobre el Estatuto de Refugiado, adoptada el 28 de julio de 1951 por una Conferencia de Plenipotenciarios; entró en vigor el 22 de abril de 1954

Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios el 7 de septiembre de 1956; entró en vigor el 30 de abril de 1957

Convención sobre el derecho internacional de rectificación, abierta a la firma por la Asamblea General en su resolución 630 (VII) del 16 de diciembre de 1952; entró en vigor el 24 de agosto de 1962

Convención para reducir los casos de apatridia [sic], adoptada el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios; entró en vigor el 13 de diciembre de 1975

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX) del 21 de diciembre de 1965; entró en vigor el 4 de enero de 1969

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1956; entró en vigor el 23 de marzo de 1976

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966; entró en vigor el 3 de enero de 1976

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, la Asamblea General tomó nota con aprobación en su resolución 2198 (XXI) del 16 de diciembre de 1966; entró en vigor el 4 de octubre de 1967

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979; entró en vigor el 3 de septiembre de 1981

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984; entró en vigor el 26 de junio de 1987

Convención sobre los derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989; entró en vigor el 2 de septiembre de 1990

Segundo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/128 del 15 de diciembre de 1989; entró en vigor el 11 de julio de 1991

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990; entró en vigor el 1º de julio de 2003

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por la Asamblea General en su resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000; entró en vigor el 18 de enero de 2002

Convención contra la delincuencia organizada transnacional y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, adoptados por la Asamblea General en su resolución 55/25 del 15 de noviembre de 2000

Declaraciones

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948

Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959

Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales de 1960, aprobada por la Asamblea General en su resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960

Declaración sobre asilo territorial, aprobada por la Asamblea General en su resolución 2312 (XXII) del 14 de diciembre de 1967

Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, aprobada por la Asamblea General en su resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970

Declaración de los derechos del retrasado mental, proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI) del 20 de diciembre de 1971

Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974

Declaración de los derechos de los impedidos, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX) del 9 de diciembre de 1975

Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX) del 9 de diciembre de 1975

Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General en su resolución 36/55 del 25 de noviembre de 1981

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144 del 13 de diciembre de 1985

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General en su resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, aprobada por la Asamblea General en su resolución 53/144 del 8 de marzo de 1999

Otros instrumentos

Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg, Comisión de Derecho Internacional, 1950

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas en 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente y aprobadas por el Consejo Económico y Social en 1957 y 1977

Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimo-

nios, aprobada por la Asamblea General en su resolución 2018 (XX) del 1º de noviembre de 1965

Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169 del 17 diciembre de 1979

Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194 del 18 de diciembre de 1982

Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, adoptadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 1984/50 del 25 de mayo de 1984

Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

Las Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente y por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988

Principios sobre la eficaz prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, recomendados por el Consejo Económico y Social en su resolución 1989/65 del 24 de mayo de 1989

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados por la Asamblea General en su resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990

Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, 1990.

Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, 1990

Directrices sobre la función de los fiscales, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, 1990

Principios a favor de las personas de edad, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/91, 1991

Principios sobre la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991

Principios rectores de los desplazamientos internos, E/CN,4/1998/53/Add.2, 1998

Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 55/89 del 4 de diciembre de 2000

Proyectos normativos

Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Principios Joinet), E/CN.4/Sub.2/1997/20 Rev.1 Anexo II

Proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas, E/CN.4/SUB.2/1994/2/Add.1

Proyecto de declaración de normas humanitarias mínimas, E/CN.4/1996/80

Proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones, E/CN.4/2000/62

Instrumentos de la Organización de Estados Americanos (OEA)

Tratados

Carta de la OEA, suscrita en Bogotá, 1945

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada por la Novena Conferencia Internacional en su resolución XXIV, 1948

Convención Interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer y Convención Interamericana sobre la concesión de los derechos civiles a la mujer, ambas de Bogotá, 1945

Convención sobre asilo diplomático,1954

Convención sobre asilo territorial de Caracas, 1954

Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia Interamericana especializada en derechos humanos el 22 de noviembre de 1969; entró en vigor el 18 de julio de 1978

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 9 de diciembre de 1985; entró en vigor el 28 de febrero de 1987

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), suscrito el 17 de noviembre de 1988; entró en vigor el 16 de noviembre de 1999

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la pena de muerte, aprobado por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1990; entró en vigor el 28 de agosto de 1991

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994; entró en vigor el 28 de marzo de 1996

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada el 9 de junio de 1994; entró en vigor el 5 de marzo de 1995

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, adoptada el 7 de junio de 1999; entró en vigor el 14 de septiembre de 2001

Otros instrumentos y proyectos normativos interamericanos

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana en abril de 1948

Proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997

Declaración sobre la libertad de expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1998

Carta Democrática Americana, aprobada por la Asamblea General el 11 de septiembre de 2001

Instrumentos de la Organización Internacional de Trabajo

Convenio 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930

Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948

Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949

Convenio 110 sobre las condiciones de trabajo de trabajadores en plantaciones, 1958

Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973
Convenio 141 sobre organizaciones de trabajadores rurales, 1975
Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978
Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989
Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999
Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998

Otros instrumentos internacionales

Tratado de derecho penal internacional de Montevideo, firmado el 23 de enero de1889
Convenio relativo a la edad mínima para trabajo en minas de Berlín, 1890
Acuerdo sobre extradición, aprobado en Caracas por el Congreso Bolivariano,1911
Tratado de Versalles, aprobado el 28 de junio de 1919
Declaración sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Sociedad de Naciones, 1924
Convención sobre la esclavitud, adoptada por la Sociedad de Naciones el 25 de septiembre de 1926; entró en vigor el 9 de marzo de 1927
Convención de Montevideo sobre la nacionalidad de la mujer, 1933
Convenios de Ginebra, aprobados por la Conferencia Diplomática para elaborar convenios internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, del 12 de agosto de 1949; entraron en vigor el 21 de octubre de 1950
Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de víctimas de conflictos no internacionales (Protocolo II) de 1977
Declaración de Cartagena, adoptada por el Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá, 22 de noviembre de 1984

Declaración de Viena, adoptada por la Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993

Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, 29 mayo 1993; entró en vigor el 1° de mayo de 1995

Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) aprobado el 17 de julio de 1998; entró en vigor el 1° de julio de 2002

Doctrina

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-3/83, Restricciones a la pena de muerte

Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización

Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas

Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-7/86, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta

Opinión Consultiva OC-8/87, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías

Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia

Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos

Opinión Consultiva OC-16/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal

Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño

Corte Internacional de Justicia

Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares. ICJ, Reports 1996

Comité de Derechos Humanos

Observación General No. 6, art. 6, 1982
Observación General No. 7, art. 7, 1982
Observación General No. 12, art. 1, 1984
Observación General No. 13, art. 14, 1984
Observación General No. 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 1986
Observación General No. 16, art. 17, 1988
Observación General No. 19, art. 23, 1990
Observación General No. 20, art. 7, 1992
Observación General No. 22, art. 18, 1993
Observación General No. 23, art. 27, 1994
Observación General No. 25, art. 25, 1996
Observación General No. 27, art. 12, 1999
Observación General No. 28, art. 3, 2000
Observación General No. 29, art. 4, 2002

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del PIDESC),1990
Observación General No. 4, El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1º del art. 11 del PIDESC),1991

Observación General No. 5, Personas con discapacidad,1994
Observación General No. 6, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, 1995
Observación General No. 7, El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1 del art. 11 del PIDCP): los desalojos forzosos, 1997
Observación General No.12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 1999
Observación General No. 13, El derecho a la educación (art.13), 1999
Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12) 2000

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

Recomendación General XXIII, Relativa a los derechos de las poblaciones indígenas, 1997
Recomendación General XXVII Relativa a la discriminación de los romaníes, 2000

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Acusaciones fiscales, ***Diez años de actividades***, 1971-1981, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Washington, 1982
Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa en el sistema interamericano, Informe Anual CIDH, 1990-1991
Estados de emergencia, ***Diez años de actividades, 1971-1981***, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Washington, 1982
Estados de emergencia, Informe Anual 1980-1981
Limitaciones a la libertad de expresión e información, Informe Anual 1980-1981
Poblaciones indígenas, ***Diez años de actividades, 1971-1981***, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Washington, 1982

Presunción de inocencia, ***Diez años de actividades, 1971-1981***, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Washington, 1982

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Abolición del trabajo forzoso, Estudio general de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, 1979

Alto al trabajo forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 2001

El Código Internacional de Trabajo, OIT, 1952, vol. 1

Libertad de asociación y negociación colectiva, OIT, 1994

La libertad sindical, OIT, 1996

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, 1999

Directriz No. 2, Pertenencia a un determinado grupo social dentro del contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, HCR/GIP/02/02, 2002

Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, 1997

Resolución No. 6 (XXVIII) del Comité Ejecutivo sobre ***non-refoulement***, 1977

Resolución No. 44 (XXXVII) del Comité Ejecutivo sobre la detención de los refugiados y de las personas que buscan asilo,1986

Resolución No. 82 (XLVIII) del Comité Ejecutivo, conclusión sobre la salvaguardia de la institución de asilo, 1997

Otros

CICR, Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios, S. Junod, CICR y Plaza & Janés de Colombia, 1998
Declaración de Cartagena sobre los refugiados, 1984
Guatemala: memoria del silencio. Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, tomo V, Guatemala, 1999.
Informe final del Relator Especial sobre los derechos humanos y los estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1997/19

Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Corte Internacional de Justicia, sentencia del 27 de junio de 1986
Caso Barcelona Traction, segunda fase, sentencia del 5 de febrero de 1970

Comité de Derechos Humanos[1]

A. c. Australia, No. 560/1993, Informe A/52/40 (1997)
A.P. c. Italia, No. 204/1986, Selección de decisiones vol. II
A.R.J. c. Australia No. 692/1996, Informe A/52/40 (1997)

---

[1] Nota: los Informes A/50/40 y A/52/40, que normalmente deberían haber sido publicados en los años 1995 y 1997, respectivamente, fueron publicados en el año 1999. Para evitar confusiones, aquí se citan como si hubieran sido publicados a tiempo, así: A/50/40 (1995) y A/52/40 (1997). Asimismo, el In-

A.R.S. c. Canadá, No. 91/1981, Selección de decisiones, vol. I
Adam c. República Checa, No. 586/1994, Informe A/51/40 (1996)
Aduayom y otros c. Togo, Nos. 422, 423 y 424/1990, Informe A/52/40,1997
Agrupación del Lago Lubicon c. Canadá, No. 167/1984, Informe A/44/40 (1989)
Almeida de Quinteros y otra c. Uruguay – Véase Quinteros c. Uruguay
Altesor c. Uruguay, No. 10/1977, Selección de decisiones, vol. I
Arhuacos c. Colombia, No. 612/1995, Informe A/52/40 (1997)
Arredondo c. Perú, No. 688/1996, Informe A/55/40 (2000)
Ashby c. Trinidad y Tobago, No. 580/1994, A/57/40 (2002)
Ato de Avellanal c. Perú, No. 202/1986. Informe A/44/40 (1989)
Aumeeruddy-Cziffra y otras c. Mauricio, No. 35/1987, Selección de decisiones, vol. II

B. de B. y otros c. Países Bajos, No. 273/1988, Informe A/44/40 (1989)
Barnes y Barnes c. Nueva Zelandia, No. 601/1994, Informe A/52/40 (1997)
Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, No. 469/1991, Informe A/49/40 (1994)
Bailey, M. c. Jamaica, No. 334/1988, Informe A/48/40 (1993)
Balaguer Santana c. España, No. 417/1990, Informe A/49/40 (1994)
Ballantyne y otros c. Canadá, 359 y 385 /1989, Informe A/48/40 (1993)
Bazzano c. Uruguay, No. 5/1977, Selección de decisiones, vol. I
Bennett c. Jamaica, No. 590/1994, Informe A/54/40 (1999)

---

forme A/51/40, que debería haber sido publicado en 1996, fue publicado en el año 1997. Cabe señalar también que las decisiones contenidas en un informe no corresponden a todas las adoptadas en un año calendario, sino a las adoptadas durante el último periodo de sesiones de un año y los dos primeros del año siguiente. Por ejemplo, las decisiones contenidas en el Informe A/56/40 (2001) comprenden las adoptadas en el 70º periodo de sesiones, celebrado entre octubre y noviembre de 2000, y en el 71º y 72º periodos, en los meses de marzo y abril, y julio, del año 2001.

Ben Said c. Noruega, No. 767/1997, Informe A/55/40 (2000)
Berry c. Jamaica, No. 330/1988, A/49/40 (1994)
Bhinder c. Canadá, No. 208/1986, Informe A/45/40 (1990)
Birindwa y Tshishimbi c. Zaire, Nos. 241 y 242/1987, Informe A/45/40 (1990)
Blom c. Suecia, No.191/1985, Selección de decisiones vol. II
Bolaños c. Ecuador, No. 238/1987, Informe A/44/40 (1989)
Brinkof c. Países Bajos, No. 402/1990, Informe A/48/40 (1993)
Broeks c. Países Bajos, No.172/1984, Selección de decisiones, vol. II
Brok c. República Checa, No. 774/1997, A/57/40 (2002)
Brown c. Jamaica, No. 775/1997, Informe A/54/40 (1999)
Brown y Parish c. Jamaica, No. 665/1995, Informe A/54/40 (1999)
Buckle c. Nueva Zelandia, No. 858/1999, A/56/40 (2001)
Burrell c. Jamaica, No. 546/1993, Informe A/51/40 (1996)
Bwala c. Zambia, No. 314/1988, Informe A/48/40 (1993)
Byrne y Lazarescu c. Canadá, No. 742/1997, Informe A/53/40 (1998)

C.B.D. c. Países Bajos, No. 394/1990, Informe A/47/40 (1992)
C.E.A. c. Finlandia, No. 316/1988, Informe A/46/40 (1991)
Cadoret y otros c. Francia 2211/1987 y 323/1988, Informe A/46/40 (1991)
Campbell c. Jamaica, No. 248/1987, Informe A/47/40 (1992)
Campbell, c. Jamaica, No. 307/1988, Informe A/48/40 (1993)
Campora c. Uruguay, No. 66/1980, Selección de decisiones, vol. II
Canepa c. Canadá, No. 558/1993, Informe A/52/40 (1997)
Cañón García, c. Ecuador, No. 319/1988, Informe A/47/40 (1992)
Casanovas c. Francia, No. 441/1990, Informe A/49/40 (1994)
Cavalcanti Araujo-Jongen c. Países Bajos, No. 418/1990, Informe A/49/40 (1994)
Celeberti c. Uruguay, No. 56/1979, Selección de decisiones, vol. I
Celepli c. Suecia, No. 456/1991, Informe A/49/40 (1994)
Celis Laureano y otra c. Perú, No. 540/1993, Informe A/51/40 (1996)
Collins, T. c. Jamaica, No. 356/1989, Informe A/48/40 (1993)
Collins, W. c. Jamaica, No.240/1987, Informe A/47/40 (1992)
Compass c. Jamaica, No. 375/1989, Informe A/49/40 (1994)

Conteris c. Uruguay, No.139/1983, Selección de decisiones, vol. II
Coeriel c. Países Bajos, No. 453/1991, Informe A/50/40 (1995)
Comunidad Rehoboth Baster c. Namibia – ver Diergaardt y otros c. Namibia
Cubas c. Uruguay, No. 70/1980, Selección de decisiones, vol. I
Curie c. Jamaica, 377/1989, Informe A/49/40 (1994)
Chira Vargas c. Perú, No. 906/2000, Informe A/57/40 (2002)
Chongwe c. Zambia, No. 821/1998, Informe A/56/40 (2001)

Daley c. Jamaica, No. 750/1997, Informe A/53/40 (1998)
Danning c. Países Bajos, No.180/1984, Selección de decisiones, Vol. II
Debreczeny c. Países Bajos, 500/1992, Informe A/51/40 (1996)
Des Fours Walderode c. República Checa, No. 747/1997 (2002)
De Groot c. Países Bajos, No. 578/1994, Informe A/50/40 (1995)
Delgado Páez c. Colombia No. 195/1985, Informe A/45/40 (1990)
Dermit Barbero c. Uruguay, No. 84/1981, Selección de decisiones, vol. II
Dias c. Angola, No. 711/1996, Informe A/55/40 (2000)
Diergaardt y otros c. Namibia, No. 760/1997, Informe A/56/40 (2001)
Doesburg Lanooij Neefs c. Países Bajos, No. 425/1990, Informe A/49/40 (1994)
Drake y Drake c. Nueva Zelandia, No. 601/1994, A/52/40 (1997)
Drobek c. Eslovaquia, No. 643/1994, Informe A/52/40 (1997)
Drescher Caldas c. Uruguay, No. 43/1979, Selección de decisiones, vol. II
Domukovsky y otros c. Georgia, Nos. 623, 624, 626 y 627/1995, Informe A/53/40 (1998)

Estrella c. Uruguay, No.107/1986, Selección de decisiones, vol. II

Fábryová c. República Checa, No. 765/1997, Informe A/57/40 (2002)
Fals Borda y otros c. Colombia – Véase Guerrero c. Colombia
Faneli c. Italia, No. 75/1980, Selección de decisiones, vol. II
Faurisson c. Francia, No. 550/1993, Informe A/52/40 (1997)

Fei c. Colombia, No. 514/1992, Informe A/50/40 (1995)
Fillastre y otro c. Bolivia, No. 336/1988, Informe A/47/40 (1992)
Foin c. Francia, No. 666/1995, Informe A/55/40 (2000)
Forbes c. Jamaica, No. 649/1995, Informe A/54/40 (1999)
Francis y otros c. Trinidad y Tobago, No. 899/1999, A/57/40 (2002)
Freemantle c. Jamaica, No. 625/1995, Informe A/55/40 (2000)

G. T. c. Australia, No. 706/1996, Informe A/53/40 (1998)
Gallimore c. Jamaica, No. 680/1996, Informe A/54/40 (1999)
García Fuenzalida c. Ecuador, No. 480/1991, Informe A/51/40 (1996)
Gauthier c. Canadá, No. 633/1995, Informe A/53/40 (1998)
Gedumbe c. República Democrática del Congo, 1997/2002
Gillot c. Francia, No. 932/2000, A/57/40 (2002)
Giry c. República Dominicana, No. 193/1985, Informe A/45/40 (1990)
Gómez c. España, No. 701/1996, Informe A/55/40 (2000)
González del Río c. Perú, No. 263/1987, Informe A/48/40 (1993)
Gordon c. Jamaica, No. 237/1987, Informe A/48/40 (1993)
Grant c. Jamaica, No. 597/1994, Informe A/51/40 (1996)1994
Griffin c. España, No. 493/1992, Informe A/50/40 (1995)
Griffiths c. España, No. 274/1988, Informe A/48/40 (1993)
Guerrero c. Colombia, No. 46/1979, Selección de decisiones, vol. I
Guesdon c. Francia, No. 219/1986, A/45/40 (1990)
Gueye y otros c. Francia, No. 196/1985, Informe A/44/40 (1989)

H.C.M.A. c. Países Bajos, No. 213/1986 A/44/40 (1989)
Hamilton c. Jamaica, No. 616/1995, Informe A/54/40 (1999)
Hammel c. Madagascar, No. 155/1983, Selección de decisiones, vol. II
Hartikainen c. Finlandia, No. 40/1978, Selección de decisiones, vol. I
Harward c. Noruega, No. 451/1991, Informe A/49/40 (1994)
Hendricks c. Países Bajos, No. 201/1985, A/44/40 (1989)
Henry, R. c. Jamaica, No. 230/1987, Informe A/47/40 (1992)
Henry (N.) c. Jamaica, No. 610/1995, Informe A/54/40 (1999)

Henry y Douglas c. Jamaica, No. 571/1994, Informe A/51/40 (1996)
Hill y Hill c. España, No. 526/1993, Informe A/52/40 (1997)
Hoelen c. Países Bajos, No. 873/1999, Informe A/55/40 (2000)
Hoofdman c. Países Bajos, No. 602/1994, Informe A/53/40 (1998)
Hopu y Bessert c. Francia, No. 549/1993, Informe A/52/40 (1997)

I.P. c. Finlandia, No. 450/1991, Informe A/48/440 (1993)
Ignatane c. Latvia, No. 884/1999, Informe A/56/40 (2001)

J.B. y otros c. Canadá, No. 118/1982, Selección de decisiones, vol. II
J.L. c. Australia, No. 491/1992 Informe A/47/40 (1992)
J.P. c. Canadá, No. 446/1991, Informe A/47/40 (1992)
J.P.K. c. Países Bajos, No. 401/1990, Informe A/47/40 (1992)
J.R.T y W.G. Party c. Canadá, No.104/1981, Selección de decisiones, vol. II
J.v.K. y otros c. Países Bajos, No. 483/1991, A/ 47/40 1992
Jansen-Gielen c. Países Bajos No. 846/1999, Informe A/56/40 (2001)
Järvinen c. Finlandia, No. 295/1988, Informe A/45/40 (1990)
Jayawardena c. Sri Lanka, No. 916/2000, Informe A/57/40 (2002)
Jensen c. Australia, No. 762/1997, Informe A/56/40 (2001)
Jiménez Vaca c. Colombia, No. 859/1999 (A.57/40 (2002)
Johnson, Clive c. Jamaica, No. 592/1994, Informe A/54/40 (1999)
Johnson, Colin c. Jamaica, No. 653/1995, Informe A/54/40 (1999)
Johnson, E. c. Jamaica, No. 588/1994, Informe A/51/40 (1996)
Joslin y otras c. Nueva Zelandia, No. 902/1999, Informe A/57/40 (2002)
Judge c. Canadá No. 829/1998, Informe A/58/40 (2003)

K.L. c. Dinamarca, No. 59/1979 Selección de decisiones, vol. I
Kalenga c. Zambia, No. 326/1988, Informe A/48/40 (1993)
Kall c. Polonia, No. 552/1993, Informe A/52/40 (1997)
Karakurt c. Austria, No. 965/2000, A/57/40 (2002)
Karker c. Francia, No. 833/1998, Informe A/56/40 (2001)
Karttunen c. Finlandia, No. 387/1989, Informe A/48/40 (1993)
Kavanagh c. Irlanda, No. 819/1998, Informe A/56/40 (2001)

Kelly (P.) c. Jamaica, No. 253/1987, Informe A/46/40 (1991)
Kelly (P.A.) c. Jamaica, No. 537/1993, Informe A/51/40 (1996)
Kennedy c. Trinidad y Tobago, No. 845/1998, A/57/40 (2002)
Kim c. República de Corea, No. 574/1994, Informe A/53/40 (1998)
Kindler c. Canadá, No. 470/1991, Informe A/48/40 (1993)
Kitok c. Suecia, No. 197/1985, Selección de decisiones, vol. II
Kivenmaa c. Finlandia, No. 412/1990, Informe A/49/40 (1994)
Kulomin c. Hungría, No. 521/1992, Informe A/51/40 (1996)

L. P. c. República Checa, No. 946/2000, A/57/40 (2002)
Landinelli Silva c. Uruguay, No. 34/1987, Selección de decisiones, vol. I
Länsman, I. y otros c. Finlandia, No. 511/1992, Informe A/50/40 (1995)
Länsman, J. y otros c. Finlandia, No 671/1995 Informe A/52/40 (1997)
Lantsova c. Federación de Rusia, No. 763/1997, Informe A/57/40 (2002)
Laptsevich c. Belarus, No. 780/1997, Informe A/55/40 (2000)
La Vende c. Trinidad y Tobago, No. 554/1993, Informe A/53/40 (1998)
Leehong c. Jamaica, No. 613/1995, Informe A/54/40 (1999)
Lestourneaud c. Francia, No. 861/1999, Informe A/55/40 (2000)
Levy c. Jamaica, No. 719/1996
Lewis (N.) c. Jamaica, No. 708/1996, Informe A/52/40 (1997)
Lichtensztejn c. Uruguay, No. 77/1980, Selección de decisiones, vol. I
Lindgren y otros c. Suecia, No. 298 y 299/1998, Informe A/46/40 (1991)
Lindon c. Australia, No. 646/1995, Informe A/53/40 (1998)
Little c. Jamaica, No. 283/1988, Informe A/47/40 (1992)
López Burgos c. Uruguay, 1981, No. 52/1979, Selección de decisiones, vol.
Lovelace c. Canadá, No. 24/1977, Selección de decisiones, vol. I
Lubuto c. Zambia, No. 390/1990, Informe A/51/40 (1996)
Lumley c. Jamaica, No. 662/1995, Informe A/54/40 (1999)

M.A.B. y otros c. Canadá, No. 570/1993, A/49/40 (1994)
M.G.B. y otro c. Trinidad y Tobago, No. 268/1987, A/45/40 (1990)
Mahuika c. Nueva Zelandia No. 547/1993, Informe A/56/40 (2001)
Maille c. Francia, No. 689/1996, Informe A/55/40 (2000)
Maleki c. Italia, No. 699/1996, Informe A/53/40 (1998)
Magana c. Zaire, No. 90/1981, Selección de decisiones, 1983
Maroufidou c. Suecia, No. 58/1979, Selección de decisiones, vol. I
Marshall c. Jamaica, No. 730/1996, A/54/40 (1999)
Mazou c. Camerún, No. 630/1995 Informe A/57/40 (2002)
Mbenge c. Zaire, No. 16/1977, Selección de decisiones, vol. II
MacLawrence c. Jamaica, No. 702/1996, Informe A/52/40 (1997)
McLeod c. Jamaica, No. 734/1997, Informe A/53/40 (1998)
MacTaggart c. Jamaica, No. 749/1997, Informe A/53/40 (1998)
Mónaco y otra c. Argentina, No. 400/1990, Informe A/50/40 (1995)
Morael c. Francia, No. 207/1986, Informe A/44/40 (1989)
Morrison, E. c. Jamaica, No. 635/1995, Informe A/53/40 (1998)
Morrison, M. c. Jamaica, No. 663/1995, Informe A/54/40 (1999)
Mpaka-Nsusu c. Zaire, No. 157/1983, Selección de decisiones, vol. II
Mukong c. Camerún, No. 458/1991, Informe A/49/40 (1994)
Mukunto c. Zambia, No. 768/1997, Informe A/53/40 (1998)
Müller y Engelhard c. Namibia, No. 919/2000, Informe A/57/40 (2002)
Muñoz Hermosa c. Perú, No. 203/1986, Informe A/44/40 (1989)

Nahlik c. Austria, No. 608/1995, Informe A/51/40 (1996)
Neptune c. Trinidad y Tobago, No. 523/1992, Informe A/51/40 (1996)
Ng. c. Canadá, No. 469/1991, Informe A/49/40 (1994)
Ngalula y otros c. Zaire, No.138/1983, Selección de decisiones, vol. II

O.F. c. Noruega, No.158/1983, Selección de decisiones, vol. II
Ominiyak c. Canadá,1990 – Véase Agrupación del Lago Lubicon c. Canadá
Orijuela Valenzuela c. Perú, No. 309/1988, Informe A/48/40 (1993)
Osbourne c. Jamaica, No. 759/1997, Informe A/55/40 (2000)

Oulajin y otro c. Países Bajos, No. 406 y 426/1990, Informe A/48/40 (1993)

P.J.N. c. Países Bajos, No. 510/1992, Informe A/ 49/40 (1994)
Paraga c. Croacia, No. 727/1996, Informe A/56/40 (2001)
Párakányi c. Hungría, No. 410/1990, Informe A/47/40 (1992)
Park c. República de Corea, No. 628/1995, Informe A/53/40 (1998)
Patera c. República Checa, No. 946/2000, Informe Anual a/57/40 (2002)
Pauger c. Austria, No.415/1990, Informe A/47/40 (1992)
Pauger c. Austria, No. 716/1996, Informe A/53/40 (1998)
Peart y Peart c. Jamaica, No. 464/1991, Informe A/50/40 (1995)
Peltonen c. Finlandia, No. 492/1992, Informe A/49/40 (1994)
Pennent c. Jamaica, No. 647/1995, Informe A/54/40 (1999)
Perera c. Australia, No. 536/1993, Informe A/50/40 (1995)
Perkins c. Jamaica, No. 733/1997, Informe A/53/40 (1998)
Piandiong y otros c. Filipinas, No. 869/1999, Informe A/56/40 (2001)
Pietroroia c. Uruguay, No. 44/1979, Selección de decisiones, vol. I
Phillip c. Trinidad y Tobago, No. 594/1992, Informe A/54/40 (1999)
Pinkney c. Canadá, No. 7/1987, Selección de decisiones, vol. I
Pinto c. Trinidad y Tobago, No. 232/1987, Informe A/45/40 (1990)
Población mikmaq c. Canadá No. 205/1986, A/46/40 (1991)
Polay c. Perú, No. 577/1994, Informe A/53/40 (1998)
Potter c. Nueva Zelandia, No. 632/1995, Informe A/52/40 (1997)
Pratt y Morgan c. Jamaica, Nos. 210/1986 y 225/1987, Informe A/ 44/40 (1989)
Prince c. Jamaica, No. 269/1987, Informe A/47/40 (1992)

Quinteros Almeida c. Uruguay, No. 107/1981, Selección de decisiones, vol. II

R.L.A.W. c. Países Bajos, No. 372/1989, A/46/40 (1991)
Reid, Carlton c. Jamaica, No. 250/1987, Informe A/45/40 (1990)
Reid (G.W.) c. Jamaica, No. 355/1989, Informe A/49/40 (1994)
Richards c. Jamaica, No. 535/1993, Informe A/52/40 (1997)

Ricketts c. Jamaica, No. 667/1995, Informe A/57/40 (2002)
Robinson (F.) c. Jamaica, No. 223/1987, Informe A/44/40 (1989)
Robinson (M.) c. Jamaica, No. 731/1996, Informe A/55/40 (2000)
Rodríguez c. Uruguay, No. 322/1988, Informe A/49/40 (1994)
Rogerson c. Australia, No. 802/1998, Informe A/57/40 (2002)
Rojas García c. Colombia, No. 687/1996, Informe A/56/40 (2001)
Ross c. Canadá, No. 736/1997, Informe A/56/40 (2001)

Sahadath c. Trinidad y Tobago, No. 604/1996, Informe A/57/40 (2002)
Sahadeo c. Guyana, No. 728/1996, A/57/40 (2002)
Sala de Tourón c. Uruguay – Véase Tourón c. Uruguay
Saldías de López c. Uruguay - Véase López Burgos c. Uruguay
Salgar de Montejo c. Colombia – Véase Guerrero c. Colombia
Sánchez López c. España, No. 777/1997, A/55/40 (2000)
Schmitz-de-Jong, c. Países Bajos, No. 855/1999, A/56/40 (2001)
Sendic c. Uruguay, No. 63/1979, Selección de decisiones, vol. I
Setelich c. Uruguay – Véase Sendic c. Uruguay,
Sextus c. Trinidad y Tobago, No. 818/1998, Informe A/56/40 (2001)
Shalto c. Trinidad y Tobago, No. 447/1991, Informe A/50/40 (1995)
Shaw c. Jamaica, No. 704/1996, Informe A/53/40 (1998)
Simpson c. Jamaica, No. 695/1996, A/57/40 (2002)
Simunek c. República Checa, No. 516/1992, Informe A/50/40 (1995)
Singer c. Canadá, No. 455/1991, Informe A/49/40 (1994)
Singh c. Canadá, No. 761/1997, Informe A/52/40 (1997)
Smart c. Trinidad y Tobago, No. 672/1995, Informe A/53/40 (1998)
Smith c. Jamaica, No. 282/1988, Informe A/48/40 (1993)
Smith y Stewart c. Jamaica, No. 668/1995, Informe A/54/40 (1999)
Snijders c. Países Bajos, No. 651/1996, Informe A/53/40 (1998)
Sohn c. República de Corea, No. 518/1992, Informe A/50/40 (1995)
Solórzano c. Venezuela, No. 156/1983, Selección de decisiones, vol. II
Somers c. Hungría, No. 566/1993, Informe A/51/40 (1996)
Sooklal c. Trinidad y Tobago, No. 928/2000, A/57/40 (2002)

Soriano de Bouton c. Uruguay, No. 37/1978, Selección de decisiones vol. I
Spakmo c. Noruega, No. 666/1995 A/55/40 (2000)
Steadman c. Jamaica, No. 528/1993, Informe A/52/40 (1997)
Stephens c. Jamaica, No. 373/1989, A/51/40 (1997)
Stewart c. Canadá, No. 538/1993, Informe A/52/40 (1997)

Teesdale c. Trinidad y Tobago, No. 677/1996, Informe A/57/40 (2002)
Terán Jijón c. Ecuador, No. 277/1988, Informe A/47/40 1992
Taylor , D. c. Jamaica, No. 705/1996, Informe A/53/40 (1998)
Taylor, P. c. Jamaica, No. 707/1996, Informe A/52/40 (1997)
Thomas, A. c. Jamaica, No. 272/1989, Informe A/47/40 (1992)1992
Thomas, D. c. Jamaica, No. 800/1998, Informe A/54/40 (1999)
Thomas, M. c. Jamaica, No. 532/1993, Informe A/53/40 (1998)
Thompson c. S. Vincente y las Grenadinas, No. 806/1998, Informe A/56/40 (2000)
Toonen c. Australia, No. 488/1992, Informe A/49/40 (1994)
Toala y otros c. Nueva Zelanda, No. 675/1995, Informe A/56/40 (2001)
Tomlin c. Jamaica, No. 589/1994, Informe A/51/40 (1996)
Torregrossa y otros c. España, No. 866/1999, Informe A/56/40 (2001)
Torres c. Finlandia, No. 291/1988, Informe A/45/40 (1990)
Torres Ramírez c. Uruguay, No. 4/1977, Selección de decisiones, vol. I
Tourón c. Uruguay, No. 32/1978, Selección de decisiones, vol. I
Tshishimbi c. Zaire, No. 542/1993, Informe A/52/40 (1997)

V.M.R.B c. Canadá, No. 236/1987, A/44/40 (1989)
Valentini y otros c. Uruguay – Véase Bazzano c. Uruguay
Van Alphen c. Países Bajos, No. 305/1988, Informe A/45/40 (1990)
Van der Houwen c. Países Bajos, No. 583/1994, A/50/40 (1995)
Van Duzen c. Canadá, No. 50/1979, Selección de decisiones, vol. I
Van Meurs c. Países Bajos, No. 215/1986, Informe A/45/40 (1990)

Van Oord y otro c. Países Bajos, No. 658/1995, Informe A/52/40 (1997)
Vasilskis c. Uruguay, No. 80/1980, Selección de decisiones, vol. II
Vernier y Nicolas c. Francia, No. 694/1996, A/55/40 (2000)
Villacrés Ortega c. Ecuador, No. 481/1991, Informe A/52/40 (1997)
Vos, A.P.J. c. Países Bajos, Informe A/53/40 (1998)
Vos, H.S. c. Países Bajos, No. 218/1986, Informe A/44/40 (1989)
Voulanne c. Finlandia, No. 265/1987, Informe A/44/40 (1989)

W.B.E. c. Países Bajos, No. 432/1992, Informe A/48/40 (1993)
Wackenheim c. Francia, No. 854/1999, Informe A/57/40 (2002)
Waldman c. Canadá, No. 694/1996, Informe A/55/40 (2000)
Walker y Richards c. Jamaica, No. 639/1996, Informe A/52/40 (1997)
Walrevens c. Australia, No. 832/1998, Informe A/52/40 (1997)
Weinberger c. Uruguay, No. 28/1978, Selección de decisiones, vol. I
Werenbeck c. Australia, No. 579/1994, Informe A/52/40 (1997)
Westerman c. Países Bajos, No. 682/1996, Informe A/55/40 (2000)
Whyte c. Jamaica, No. 732/1997, Informe A/53/40 (1998)
Winata c. Australia, No. 930/2000, Informe A/56/40 (2001)
Wolf c. Panamá, No. 289/1988, Informe A/47/40 (1992)
Wright, C. c. Jamaica, No. 349/1989, Informe A/47/40 (1992)
Wright y Harvey c. Jamaica, No. 459/1991, A/51/40 (1996)

Yaseen y Thomas c. Guyana, No. 676/1996, Informe A/53/40 (1998)

Zwann de Vries c. Países Bajos, No.182/1984, Informe A/42/40(1987)

Comité contra la Discriminación Racial

Ahmad c. Dinamarca, No.16/1999 (2000)
L.K. c. Dinamarca, No. 4/1991 1993
Yilmaz-Dogan c. los Países Bajos, No.1/1984 (1987)

Comité contra la Tortura

Elmi c. Australia, No. 120/1998 A/54/44 (1999)
G.R.B c. Suecia, No. 83/1997, A/53/44 (1998)
M.B.B. c. Suecia, No. 104/1998 A/54/44 (1999)
M.P.S. c. Australia, No. 138/1999 A/57/44 (2002)
Núñez Chipana c. Venezuela, No. 110/1998 A/54/44 (1999)
Tapia Páez c. Suecia, No. 39/1996 A/53/44 (1998)

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Baena Ricardo (Fondo), sentencia del 2 de enero de 2001
Bámaca Velásquez (Fondo), sentencia del 25 de noviembre de 2000
Barrios Altos (Fondo), sentencia del 14 de marzo de 2001
Blake (Excepciones preliminares), sentencia del 2 de julio de 1996
Blake (Fondo), sentencia del 24 de enero de 1998
Cantoral Benavides (Fondo), sentencia del 18 de agosto de 2000
Castillo Páez (Fondo), sentencia del 3 de noviembre de 1997
Castillo Petruzzi y otros (Fondo), sentencia del 30 de mayo de 1999
Cesti Hurtado (Fondo), sentencia del 29 de septiembre de 1999
Cesti Hurtado (Reparaciones), sentencia del 31 de mayo de 2001
Comunidad Mayagna Awas Tingni (Fondo), sentencia del 31 de agosto de 2001
Durand y Ugarte (Fondo), sentencia del 16 de agosto de 2000
Gangaram Panday (Fondo), sentencia del 4 de diciembre de 1991
Genie Lacayo (Fondo), sentencia del 29 de enero de 1997
Ivcher Bronstein (Fondo), sentencia del 6 de febrero de 2001
Loayza Tamayo (Fondo), sentencia del 17 de septiembre de 1997
Neira Alegría y otros (Fondo), sentencia del 19 de enero de 1995
Niños de la Calle (Fondo), sentencia del 19 de noviembre de 1999
Las Palmeras (Excepciones preliminares), sentencia del 3 de febrero de 2000
Paniagua Morales (Fondo), sentencia del 8 de marzo de 1998
Suárez Rosero (Fondo), sentencia del 12 de noviembre de 1997

Suaréz Rosero (Interpretación de la sentencia sobre reparaciones), sentencia del 29 de mayo de 1999
Tribunal Constitucional (Perú) (Fondo), sentencia del 31 de enero de 2001
La última tentación de Cristo (Fondo), sentencia del 5 de febrero de 2001
Velásquez Rodríguez (Excepciones preliminares), sentencia del 26 de junio de 1987
Velásquez Rodríguez (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1988
Villagrán Morales y otros - Véase Caso Niños de la Calle

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Caso 1802 (Paraguay), ***Diez años de actividades***
Caso 2141 (Estados Unidos), Informe Anual 1980-1981
Caso 2711 (Uruguay), Informe Anual 1982-83

Abella c. Argentina – Véase caso La Tablada
Aguado Montealegre c. Nicaragua, caso 10.198, Informe 29/89
Alarcón y otros c. Perú, caso 10.942, Informe 40/97 (1997)
Aldea Moiwana, caso 11.821, Informe 26/00 (1999)
Alejandre y otros c. Cuba – Véase caso "Hermanos al rescate"
Aylwin Azócar y otros c. Chile, caso 11.863, Informe 137/99 (1999)
Andrews c. Estados Unidos, caso 11.139, Informe 57/96 (1997)

Baptiste c. Grenada, caso 11.743, Informe 38/00 (1999)
Bolaños Quinóñez c. Ecuador, caso 10.580, Informe 10/95 (1995)
Bomchil y otro c. Argentina, casos 9777 y 9718 (Informe Anual 1987-1988)
Bravo Mena c. México, caso 10.956, Informe 14/73 (1993)
Bronstein y otros c. Argentina, caso 11.205 y otros, Informe 2/97 (1997)
Briggs c. Trinidad y Tobago, caso 11.815, Informe 58/99 (1998)
Bustios Saavedra c. Perú, caso 10.548, Informe 38/97 (1997)

Cabrejos Bernuy c. Perú, caso 11.800, Informe 110/00 (2000)
Calvalcante y otros c. Brasil, casos 11.07 y otros, Informe 55/01 (2000)
Caso Carandirú c. Brasil, caso 11.291, Informe 34/00 (1999)
Carranza c. Argentina, caso 10.087, Informe 30/97 (1997)
Castillo Pezo y otros c. Perú, caso 10.471 y otros, Informe 51/99 (1998)
Cayard c. Haití, caso 2976, resolución 15/83 (1982-1983)
Celestine c. Estados Unidos, caso 10.031, resolución No. 23/89 (1989-1990)
Coard y otros c. Estados Unidos de América, caso 10.951, Informe 109/99 (1999)
Congo c. Ecuador, caso 11.427, Informe 63/99 (1998)
Comadres c. El Salvador, caso 10.948, Informe 13/96 (1995)

Chanfeau Orayce y otros c. Chile, caso 11.505 y otros, Informe 25.98 (1997)
Caso Chumbivilcas (Perú), caso 10.559, Informe 1/96 (1995)

Da Silva c. Brasil, caso 11.589, Informe 9/00 (1999)
Dann y Dann c. Estados Unidos de América, caso 11.140, Informe 75/02 (2002)
De Oliviera c. Brasil, caso 11.287, Informe 24/98 (1997)
De la Cruz Gómez c. Guatemala, caso 10.606, Informe 11.98 (1997)
De los Santos Mendoza y otros c. Uruguay, caso 10.029, Informe 29/92 (1992-1993)
Deeb c. Haití, caso 9040, resolución No. 43/83, Informe Anual 1983-1984
Desapariciones (Guatemala), caso 10.588 y otros, Informe 40/00 (1999)
Disabled Peoples' International c. Estados Unidos – Véase caso Richmond Hill
Domíngues c. Estados Unidos, caso 12.285, Informe No. 62/02 (2002)

Edwards y otros c. Bahamas, caso 12.067 y otros, Informe 48/01 (2000)
Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas (Perú), caso 10.245 y otros, Informe 101/01 (2001)
Ejido Morelia (México), caso 11.411, Informe 48/97 (1997)
Ellacuría y otros c. El Salvador - Véase caso de los Jesuitas
Estado de Nuevo Léon (México), caso 10.180, Informe 8/91 (1990-1991)
Estiverne c. Haití, caso 9855, resolución 20/88 (1987-1988)

Feldman y otros c. Colombia, caso 11.010, Informe 15/95 (1995)
Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos, caso 9903, Informe 51/01 (2000)
Figuredo Planchart c. Venezuela, caso 11.298, Informe 50/00 (1999)
Finca La Exacta (Guatemala), caso 11.382, Informe 57/02 (2002)
Firminech c. Argentina, caso 10.037, Informe 17/89 (1988-1989)
Fuentes Guerrero c. Colombia, caso 11.519, Informe 61/99 (1998)

Gallardo Rodríguez c. México, caso 11.430, Informe 43/96 (1996)
Garcés Valladares c. Ecuador, caso 11.778, Informe 64/99 (1998)
García Pérez y familia c. Perú, caso 11.006, Informe 27/94 (1994)
García Saccone c. Argentina, caso 11.671, Informe 8/98 (1997)
García Farjado y otros c. Nicaragua, caso 11.381, Informe 100/01 (2001)
García Franco c. Ecuador, caso 10.258, Informe 1/97 (1997)
Garza c. los Estados Unidos, caso 12.243, Informe 52/01 (2000)
Giménez c. Argentina, caso 11.245, Informe 12/96 (1995)
Gómez López c. Guatemala, caso 11.303, Informe 29/96 (1996)
Gómez López c. Venezuela, caso 11.703, Informe 82/98 (1998)
González c. México - Véase Hermanas González c. México
Guarcas Cipriano c. Guatemala, caso 11.275, Informe 140/99 (1999)
Guardado c. El Salvador, caso 10.915, Informe 8/94 (1993)

Hanríquez y otros c. Argentina, caso 11.784, Informe 73/00 (2000)
Hermanos al Rescate c. Cuba, caso 11.589, Informe 86/99 (1999)

Hermanas González c. México, caso 11.565, Informe 53/01 (2000)
Hernández Hernández c. México, caso 11.543, Informe 1/98 (1998)
Hernández Lima c. Guatemala, caso 11.297, Informe 28/96 (1996)
Herrera y otros c. Argentina, caso 10.147 y otros, Informe 28/92(1992-1993)

Interdicción de haitianos, caso 10.675, Informe 51/96 (1999)
Isaza Echeverri y otro c. Colombia, caso 11.712, Informe 64/01 (2000)

Jesuitas (El Salvador), caso 10.488, Informe 136/99 (1999)
Jueces de Chiriquí (Panamá), caso 10.026, Informe 28/94 (1994)

Knights y otros c. Grenada, caso 12.028, Informe 47/01 (2000)

Lallion c. Grenada, caso 11.765, Informe 55/02 (2002)
Lamey y otros c. Jamaica, casos 11.846 y otros, Informe 49/01 (2000)
Levoyer Jiménez c. Ecuador, caso 11.992, Informe 66/01 (2001)
Lizardo Cabrera c. República Dominicana, caso 10.832, Informe 35/96 (1997)
López González c. Perú, caso 11.031, Informe 111/00 (2000)
López Aurelli y otros c. Argentina, caso 9850, Informe 74/90 (1990-1991)
Lovato Rivera c. El Salvador, caso 10.574, Informe 5/94 (1993)

M-19, caso 11.142, Informe 26/97 (1997)
Malary c. Haití, caso 11.335, Informe 78/02 (2002)
Manríquez c. México, caso 11.509, Informe 2/99 (1998)
Masacre Caloto (Colombia), caso 11.101, Informe 36/00 (1999)
Masacre de Riofrío (Colombia), caso 11.654, Informe 62/01 (2000)
Marín Ramírez c. Colombia, caso 11.403, Informe 48/98 (1998)
Marzioni c. Argentina, caso 11.673, Informe 39/96 (1996)
Mavares c. Venezuela, caso 11.068, Informe 49/96 (1997)
Martín de Mejía c. Perú, caso 10.970, Informe 5/96 (1995)
Medina Charry c. Colombia, caso 11.221, Informe 3/98 (1997)

Menores Detenidos (Honduras), caso 11.491, Informe 41/99 (1998)
Mejía y otros c. Guatemala, caso 10.553, Informe 32/96 (1996)
Miranda c. México, caso 11.739, Informe 50/99 (1998)
Morales de Sierra c. Guatemala, caso 11.625, Informe 4/01 (2000)

Oropeza c. México, caso 11.740, Informe 130/99 (1999)
Ortiz c. Guatemala, caso 10.526, Informe 31/96 (1996)
Oviedo c. Paraguay, caso 12.013, Informe 88/99 (1999)

Palacios c. Argentina, caso 10.194, Informe 105/99 (1999)
Parada Cea c. El Salvador, caso 10.480, Informe 1/99 (1998)
Peredo Valderrama c. México, caso 11.103, Informe 42/00 (1999)
Piché Cuca c. Guatemala, caso 10.975, Informe 36/93 (1993)
Prada González y otro c. Colombia, caso 11.710, Informe 63/01 (2000)
Procesos electorales (México), caso 9768 y otros, Informe 1/90 (1989-1990)

Remolcadora 13 de marzo (Cuba), caso 11.436, Informe 47.96 (1996)
Ribón Ávila y otros c. Colombia – Véase caso M-19
Richmond Hill (Estados Unidos), caso 9213, Informe 3/96 (1995)
Riebe Star y otros c. México, caso 11.610, Informe 49/99 (1998)
Ríos Brito c. Argentina, caso 10.109, resolución No. 26/88 (1987-1988)
Ríos Montt c. Guatemala, caso 10.804, Informe 30/93 (1993)
Roach y Pinkerton, caso 9647, Informe 3/87 (1986-1987)
Robles Espinoza e hijos c. Perú, caso 11.317, Informe 20/99 (1998)
Romero c. El Salvador, caso 11.481, Informe 37/00 (1999)
Ruiz Dávila c. Perú, caso 10.491, Informe 41/97 (1997)

Salinas Sedo y otros c. Perú, caso 11.084, Informe 27/94 (1994)
San Augustín c. México, caso 11.509, Informe 9/97 (1996)
Sequieras Mangas c. Nicaragua, caso 11.218, Informe 52/97 (1997)
Soria Espinosa c. Chile, caso 11.725, Informe 133/99 (1999)

La Tablada, caso 11.137, Informe 55/97 (1997)
Tajudeen c. Costa Rica, caso 10.289, Informe 2/92 (1991)
Tames c. Brasil, caso 11.516, Informe 60/99 (1998)
Thomas c. Jamaica, caso 12.069, Informe 50/01 (2001)
Tordecilla c. Colombia, caso 10.337, Informe 7/00 (1999)

Ul Musicue y Coicue c. Colombia, caso 9853, Informe 4/98 (1997)
Unión Patriótica (Colombia), caso 11.227, Informe No. 5/97 (1996)

Velásquez y otros c. Guatemala – Véase caso Desapariciones (Guatemala)
Vila-Masot c. Venezuela, caso 11.216, Informe No.87/98 (1998)

Whitbeck Piñol c. Guatemala, caso 10.804 b, Informe 21/94 (1994)

X y Y c. Argentina, caso 10.506, Informe 38/96 (1996)

Yanomami (Paraguay), caso 7615, resolución 12/85 (1984-1985)

Corte Europea de Derechos Humanos

Irlanda c. Reino Unido, CEDH, sentencia del 18 de enero de 1978, Serie A

Organización Internacional de Trabajo (OIT)

Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, 2001
Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, 2003

Otras fuentes

Fuentes del sistema universal

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre informes de Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Observaciones finales sobre un informe de Argelia, A/53/40
Observaciones finales sobre un informe de Argentina, A/56/40
Observaciones finales sobre un informe de Australia, A/55/40
Observaciones finales sobre un informe de Azerbaiyán, A/57/40
Observaciones finales sobre un Informe de Belarús, A/53/40, 1997
Observaciones finales sobre un informe de Bélgica, A/54/40, vol. 1, 1998
Observaciones finales sobre un informe de Camerún, A/49/40, (1994)
Observaciones finales sobre un informe de Canadá, CCPR/C/79/Add.105, A/54/40
Observaciones finales sobre un informe de Colombia, A/52/40
Observaciones finales sobre un informe de Costa Rica, A/49/40
Observaciones finales sobre un informe de Croacia, A/56/40
Observaciones finales sobre los informes de Chile, A/54/40, 1999
Observaciones finales sobre un informe de China relativo a Hong Kong, A/55/40
Observaciones finales sobre un informe de Dinamarca, CCPR/CO/70/DNK, A/55/40
Observaciones finales sobre un informe de Egipto, A/48/40
Observaciones finales sobre un informe de Eslovaquia, A/52/40
Observaciones finales sobre un informe de Estados Unidos, A/50/40
Observaciones finales sobre un informes de Georgia, A/57/40
Observaciones finales sobre un informe de Guatemala, A/56/40
Observaciones finales sobre un informe de Guyana, CCPR/CO/70/ G
observaciones finales sobre un informe de India, A/52/40
Observaciones finales sobre informes de Israel, A/48/40 y A/53/40
Observaciones finales sobre un informe de Irán, A/48/40

Observaciones finales sobre un informe de Iraq, A/53/40
Observaciones finales sobre un informe de Irlanda, A/48/40
Observaciones finales sobre un informe de Jamaica, CCPR/CO/70/J
Observaciones finales sobre un informe de Japón, A/54/40 vol. I
Observaciones finales sobre un informe de Jordania, A/46/40, 1991
Observaciones finales sobre un informe de Kirguistán, A/55/40, vol. I
Observaciones finales sobre un informe de Lesotho, A/54/40, 1999
Observaciones finales sobre un informe del Líbano, A/52/40
Observaciones finales sobre un informe de Libia, A/54/40, 1998
Observaciones finales sobre un informe de Marruecos, A/56/40
Observaciones finales sobre un informe de México, CCPR/C/79/Add.109, A/54/40
Observaciones finales sobre un informe de Moldova, A/57/40
Observaciones finales sobre un informe de Nigeria, A/51/40, 1996
Observaciones finales sobre un informe de Noruega, CCPR/C/79/Add.112, A/49/40
Observaciones finales sobre un informes de Noruega, A/55/40, 1999
Observaciones finales sobre un informe de los Países Bajos, A/56/40 vol. 1
Observaciones finales sobre un informe del Reino Unido, A/57/40, vol. 1
Observaciones finales sobre un informe del Reino Unido sobre Hong Kong, A/57/40
Observaciónes finales sobre un informe del Reino Unido sobre Irlanda de Norte, A/57/40
Observaciones finales sobre un informe de la República Checa, A/56/40
Observaciones finales sobre un informe de la República de Corea, A/55/40
Observaciones finales sobre un informe de República Dominicana
Observaciones finales sobre un informe de la R.P.D. Corea, A/56/40
Observaciones finales sobre un informe de Rusia, A/50/40
Observaciones finales sobre un informe de Siria, A/56/40
Observaciones finales sobre un informe de Sri Lanka, A/50/40, 1995
Observaciones finales sobre un informe de Suecia, CCPR/CO/74/SWE

Observaciones finales sobre un informe de Tanzania A/53/40, 1998
Observaciones finales sobre un informe de Trinidad y Tobago, CCPR/CO/70/TTO
Observaciones finales sobre un informe de Ucrania, A/57/40
Observaciones finales sobre un informe de Uzbekistán, A/56/40
Observaciones finales sobre un informes de Venezuela, A/56/40
Observaciones finales sobre un informe de Vietnam, A/57/40, 2001
Observaciones finales sobre un informe de Zimbabwe, A/53/40, 1998

Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño sobre informes de Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño

Observaciones finales sobre el informe de Belice, A/55/41
Observaciones finales sobre los informes de Bolivia A/55/41
Observaciones finales sobre el informe de Costa Rica A/55/41
Observaciones finales sobre el informe de Chile, CRC/C/15/Add/173
Observaciones finales sobre el informe de Ecuador, CRC/C/15/Add. 93
Observaciones finales sobre el informe de Honduras, A/55/41
Observaciones finales sobre el informe de Irán, CRC/C/15/Add.123
Observaciones finales sobre el informe de México, A/55/41
Observaciones finales sobre el informe de Nicaragua A/55/41
Observaciones finales sobre el informe de Perú, A/55/41
Observaciones finales sobre el informe de Polonia, CRC/C/15/Add.194
Observaciones finales sobre el informe de la República de Corea, CRC/C/15/Add.197
Observaciones finales sobre el informe de Trinidad y Tobago, A/53/41
Observaciones finales sobre el informe de Venezuela, A/55/41

Otras fuentes del sistema universal

Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes, OIT/OIM, 2002

Comité de Derechos Humanos, recomendación a la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, A/49/40 vol. I, anexo XI

Comité de los Derechos del Niño, Recomendación sobre artículo 38 de la Convención, 1999, A/55/41, p. 6

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994)

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 23, Vida política y pública (1997)

Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General, No. 24, art. 12 - La mujer y la salud (1999)

Declaración de Viena, adoptada por la segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena (1993)

Directrices para la elaboración de legislación sobre los estados de excepción, elaboradas por el Relator Especial sobre derechos humanos y estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1991/28

Documento final de la Conferencia Internacional Consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión, de convicciones, la tolerancia y la no discriminación (2001)

Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, E. Odio Benito, Serie de Estudios No. 2 (1989)

Estudio sobre la igualdad en la administración de justicia, M. Abu Rannat (1972)

Estudio del derecho de todo individuo a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, H. Santa Cruz (1964)

Estudio sobre el derecho a la libre determinación en su desarrollo histórico y actual, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, publicado en 1981

Estudio sobre la implementación de las resoluciones de las Naciones Unidas relativas al derecho a la libre determinación, E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 (1980)

Estudio sobre la discriminación en materia de libertad de religión y de prácticas religiosas (1960)

Informe de la Comisión Especial sobre Grecia, Boletín Oficial de la OIT, vol. LIV, No. 2, 1971, anexo especial

Informe del Departamento de Asuntos Políticos de las Naciones Unidas, Seminario sobre democracia y derechos humanos, Ginebra, noviembre 2002

Relator Especial sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, Informes A/56/253, E/CN.4/2002/73, E/CN.4/2002/73 Add.1 (Informe sobre una visita a Argentina), E/CN.4/2003/66, E/CN.4/2003/66/Add.1 (Informe sobre una visita a Argelia)

Relator especial sobre ejecuciones sumarias o extrajudiciales, Informe para 1992, E/CN.4/1992/30, E/CN.4/1994/7/Add.2 (Informe sobre una misión a Perú)

Relator Especial sobre el concepto y práctica de la acción afirmativa, Informe E/CN.4/Sub.2/2001. 15

Relatora Especial sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones

Relator Especial de las Naciones Unidas sobre genocidio, Informe, E/CN.4/Sub.2/1985/6

Relator Especial sobre libertad de opinión y expresión, E/CN.4/2002/75

Representante Especial del Secretario General sobre personas desplazadas, E/CN.4/2003/86

Relatora Especial sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, E/CN.4/Sub.2/2000/3

Relator Especial para Irak, E/CN.4/1993/45

Relator Especial para Sudan, Informe E/CN.4/1994/48

Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y los estados de excepción (Informe Questiaux) E/CN.4/Sub.2/1982/15

Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y los estados de excepción, Informe E/CN.4/1985/4 (contiene los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación

y derogación del PIDCP elaborados por una reunión de expertos internacionales), y E/CN.4/Sub.2/1991/28 (contiene el proyecto de directrices para la elaboración de legislación sobre los estados de excepción realizado por el Relator Especial)

Trabajos preparatorios de la Convención sobre los derechos del niño, E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48

Fuentes del sistema interamericano

Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en distintos países

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia, 1981

Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil, 1997

Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, 2000

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia,1981

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, 1983

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 1997

Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, 1978

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 1983

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1979

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1988,

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1993

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1994

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1995

Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 1998

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, 1978

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, 1981
Informe sobre los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, 1984
Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 1978
Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 1987
Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, 2000
Informe sobre la situación de los derechos humanos en Surinam, 1985
Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 2001
Tercer Informe sobre los derechos humanos en Colombia, 1999

Informes especiales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe sobre la condición de la mujer en las Américas, 1998
Informe sobre la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas, 2000
Informe sobre terrorismo y derechos humanos, 2002

Otros documentos contenidos en los Informes Anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Estudio comparativo del proyecto de convención americana y el PIDCP Dunshee de Abranches, Relator de la CIDH, Anuario de la CIDH, 1968
Informe sobre Argentina, Diez años de actividades de la Comisión Interamericana
Informe sobre la evolución de la situación de los derechos humanos en Chile, Informe Anual 1979-1980

Informe sobre la evolución de la situación de los derechos humanos en Uruguay, Informe Anual 1979-1980
Informe sobre la evolución de la situación de los derechos humanos en Chile, Informe Anual 1983-1984
Informe sobre El Salvador, Informe Anual 1990-1991
Informe sobre El Salvador, Informe Anual 1991
Informe sobre Guatemala, Informe Anual 1982-1983
Informe sobre la situación de haitianos en República Dominicana, Informe Anual 1991
Informe sobre la evolución de la situación de los derechos humanos en Paraguay, Informe Anual 1979-1980
Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Informe Anual 1994, Cap. V, Parte V
Informe de la Relatoría para la libertad de expresión, Informe Anual CIDH, 1999, vol. III; Informe Anual CIDH, 2000, vol. III, e Informe Anual CIDH, 2001, vol. III

Otras fuentes interamericanas

Actas y documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969
Declaración de la quinta reunión de ministros de relaciones exteriores de la OEA (Declaración de Santiago), 1959, Informe Anual CIDH 1960-1961
Estudio sobre Delitos Políticos, OEA,1959
Resolución No. 31/124 de la Asamblea General de la OEA, 15 de diciembre de 1976
Resolución No. 666 (XIII/83) de la Asamblea General de la OEA, 1983
Resolución No. MRE/RES.1/91 de una reunión de los ministros de Relaciones Exteriores de la OEA