

Derecho internacional de los derechos humanos

Normativa, jurisprudencia
y doctrina de los sistemas
universal e interamericano



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

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

Primera edición: Bogotá, abril de 2004

ISBN

Autor
Daniel O'Donnell

Editor general
Alejandro Valencia Villa

Edición
María José Díaz-Granados M.

Diseño y diagramación
Gloria Díaz-Granados M.

Impresión
Servigrafic

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.

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

| | | |
|----|----------------------------|----|
| 7. | El derecho consuetudinario | 65 |
| 8. | El <i>jus cogens</i> | 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>i) Reseña de la normativa pertinente</i> | 96 |
| | <i>ii) Importancia y jerarquía del derecho a la vida</i> | 96 |
| | <i>iii) El sujeto del derecho a la vida</i> | 98 |
| | <i>iv) El alcance del derecho y la naturaleza de las obligaciones correspondientes</i> | 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>i) La abolición progresiva</i> | 136 |
| | <i>ii) Legalidad, no retroactividad y tribunal competente</i> | 138 |
| | <i>iii) Delitos más graves</i> | 140 |
| | <i>iv) Prohibición de la imposición de la pena de muerte por delitos políticos</i> | 143 |
| | <i>v) Menores, mujeres embarazadas y ancianos</i> | 144 |
| | <i>vi) Debido proceso</i> | 146 |
| | <i>vii) Arbitrariedad</i> | 153 |
| | <i>viii) El indulto, la conmutación de la pena y los recursos contra condenas firmes</i> | 157 |

| | |
|--|-----|
| 1.11 Extradición y <i>refoulement</i> 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>i) Reseña de la normativa pertinente</i> | 169 |
| <i>ii) La distinción entre tortura y trato cruel e inhumano</i> | 171 |
| <i>iii) El carácter jurídico del derecho a la integridad personal</i> | 174 |
| <i>iv) Alcance del presente capítulo</i> | 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>i) Consideraciones generales</i> | 200 |
| <i>ii) Incomunicación y aislamiento</i> | 203 |
| <i>iii) Violencia</i> | 208 |
| <i>iv) Atención médica</i> | 211 |
| <i>v) Hacinamiento, insalubridad y otras condiciones materiales</i> | 215 |
| <i>vi) Comunicación con la familia</i> | 220 |
| <i>vii) La separación de acusados y condenados</i> | 222 |
| <i>viii) La separación de otras categorías de reclusos</i> | 223 |
| <i>ix) La rehabilitación como finalidad del sistema penal</i> | 227 |
| <i>x) Los presos políticos</i> | 228 |
| <i>xi) La discriminación poscarcelaria</i> | 231 |

Capítulo 3. 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>i) Reseña histórica de la normativa pertinente</i> | 239 |
| | <i>ii) Alcance y fuentes del capítulo</i> | 241 |
| 3.4 | Esclavitud | 242 |
| 3.5 | Servidumbre | 245 |
| 3.6 | Trata y tráfico de personas | 248 |
| 3.7 | Trabajo forzoso | 255 |
| | <i>i) El concepto de trabajo forzoso</i> | 255 |
| | <i>ii) El trabajo penal</i> | 258 |
| | <i>iii) Servicio militar y servicios impuestos por autoridades militares</i> | 264 |
| | <i>iv) Obligaciones cívicas y trabajos comunitarios</i> | 265 |
| | <i>v) Servicios requeridos por motivo de calamidades</i> | 266 |
| | <i>vi) El trabajo de niños y adolescentes</i> | 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>i) Reseña de la normativa relativa a la libertad personal</i> | 277 |
| | <i>ii) La importancia del derecho a la libertad personal y su lugar en el derecho internacional de los derechos humanos</i> | 278 |
| | <i>iii) El concepto de libertad personal y de privación de libertad</i> | 280 |
| | <i>iv) Los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad</i> | 282 |
| | <i>v) Alcance del capítulo</i> | 286 |
| 4.4 | La detención preventiva y la pena de prisión | 287 |
| | <i>i) La jurisprudencia universal sobre la detención preventiva</i> | 287 |
| | <i>ii) La jurisprudencia interamericana sobre la detención preventiva</i> | 291 |
| | <i>iii) La aplicación retroactiva del derecho penal</i> | 301 |
| | <i>iv) La excarcelación de presos</i> | 303 |

| | | |
|------|---|-----|
| 4.5. | La detención administrativa por razones de seguridad nacional | 304 |
| 4.6 | La privación de libertad por razones no penales | 307 |
| | <i>i) La jurisprudencia universal</i> | 307 |
| | <i>ii) La jurisprudencia interamericana</i> | 312 |
| 4.7 | Las garantías procesales | 317 |
| | <i>i) El derecho a ser informado de las razones de la privación de libertad</i> | 317 |
| | <i>ii) El derecho a ser informado de los cargos en su contra</i> | 319 |
| | <i>iii) El derecho a ser llevado sin demora ante un juez</i> | 320 |
| | <i>iv) El derecho a ser procesado sin demora o puesto en libertad</i> | 324 |
| 4.8 | El derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad (hábeas corpus) | 331 |
| | <i>i) La jurisprudencia universal</i> | 331 |
| | <i>ii) La jurisprudencia interamericana</i> | 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>i) Reseña de la normativa</i> | 349 |
| | <i>ii) Consideraciones semánticas</i> | 351 |
| | <i>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</i> | 352 |
| | <i>iv) El alcance del derecho al debido proceso en lo penal</i> | 354 |
| | <i>v) La responsabilidad del Estado y del defensor</i> | 357 |
| | <i>vi) Alcance del capítulo</i> | 359 |

| | | |
|------|--|-----|
| 5.4 | El debido proceso en procedimientos civiles y administrativos | 360 |
| | <i>i) La jurisprudencia universal</i> | 360 |
| | <i>ii) La jurisprudencia interamericana</i> | 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>i) La competencia del tribunal</i> | 374 |
| | <i>ii) La independencia del tribunal</i> | 375 |
| | <i>iii) La imparcialidad del tribunal</i> | 378 |
| | <i>iv) La publicidad del proceso</i> | 383 |
| | <i>v) La independencia e imparcialidad del Ministerio Público</i> | 385 |
| 5.7 | Los tribunales especiales y militares | 386 |
| | <i>i) La jurisprudencia universal</i> | 386 |
| | <i>ii) La jurisprudencia interamericana</i> | 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>i) El derecho a tener acceso a asistencia letrada durante el interrogatorio</i> | 407 |
| | <i>ii) El derecho al defensor de su elección</i> | 408 |
| | <i>iii) El derecho a un defensor de oficio</i> | 410 |
| | <i>iv) El derecho a comunicarse con su defensor</i> | 411 |
| | <i>v) El derecho a representación eficaz</i> | 413 |
| | <i>vi) El derecho a defenderse personalmente</i> | 415 |
| 5.11 | El derecho al tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa | 416 |
| | <i>i) El derecho a ser informado de los cargos</i> | 416 |
| | <i>ii) El derecho al tiempo adecuado para la preparación de la defensa</i> | 418 |
| | <i>iii) El derecho a los medios adecuados para la preparación de la defensa</i> | 420 |
| 5.12 | El derecho a presentar testigos y conainterrogar 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>i) Alcance y contenido de la garantía</i> | 433 |
| | <i>ii) La asistencia letrada y la representación eficaz</i> | 439 |
| 5.17 | El derecho de la persona a ser oída sin demora | 441 |
| | <i>i) La jurisprudencia universal</i> | 441 |
| | <i>ii) La jurisprudencia interamericana</i> | 444 |
| 5.18 | El principio de legalidad (<i>Nullum crimen sine lege</i>) | 448 |
| 5.19 | <i>Non bis in idem</i> | 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>i) Reseña de la normativa básica pertinente</i> | 469 |
| | <i>ii) La especificidad y complementariedad de los artículos 2.3 y 14.1 del PIDCP</i> | 471 |
| | <i>iii) Observaciones generales sobre la normativa y jurisprudencia interamericanas</i> | 474 |
| | <i>iv) Alcance del capítulo</i> | 475 |
| 6.4 | El derecho a un recurso ante la justicia civil o administrativa | 476 |
| | <i>i) La jurisprudencia universal</i> | 476 |
| | <i>ii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas</i> | 478 |
| 6.5 | La investigación y sanción de las violaciones de los derechos humanos | 486 |
| | <i>i) La jurisprudencia universal</i> | 486 |
| | <i>ii) La jurisprudencia interamericana</i> | 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) <i>La jurisprudencia universal</i> | 507 |
| | ii) <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 509 |
| | iii) <i>La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</i> | 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) <i>La doctrina del Comité de Derechos Humanos</i> | 524 |
| | ii) <i>La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos</i> | 528 |
| | iii) <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 535 |
| 7.5 | Derecho a la honra y reputación | 538 |
| 7.6 | Derecho de rectificación y bancos de datos | 541 |
| | i) <i>El derecho de rectificación de informaciones inexactas publicadas por los medios de comunicación</i> | 541 |
| | ii) <i>El derecho de acceso a información sobre sí mismo</i> | 543 |
| 7.7 | Personalidad jurídica | 546 |
| | i) <i>La doctrina y jurisprudencia universal</i> | 546 |
| | ii) <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 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>i) Alcance del capítulo</i> | 561 |
| 8.4 | Derecho a la nacionalidad | 563 |
| | <i>i) Las tres dimensiones del derecho a la nacionalidad</i> | 563 |
| | <i>ii) El derecho a adquirir una nacionalidad</i> | 564 |
| | <i>iii) La privación de nacionalidad</i> | 567 |
| | <i>iv) El derecho a cambiar de nacionalidad</i> | 570 |
| 8.5 | Derecho de residencia | 571 |
| | <i>i) Reseña de la normativa pertinente</i> | 571 |
| | <i>ii) La doctrina y la jurisprudencia universales sobre la libertad de residencia de nacionales</i> | 573 |
| | <i>iii) La doctrina y la jurisprudencia universal sobre el derecho de residencia de extranjeros</i> | 576 |
| | <i>iv) La jurisprudencia universal sobre el derecho a entrar a un país para participar en un juicio</i> | 580 |
| | <i>v) La jurisprudencia interamericana</i> | 581 |
| 8.6 | La libertad de circulación | 583 |
| | <i>i) Reseña de la normativa pertinente</i> | 583 |
| | <i>ii) La doctrina y jurisprudencia universal</i> | 584 |
| 8.7 | El derecho a salir de todo país y el derecho a un documento de viaje | 587 |
| | <i>i) El derecho a salir del país</i> | 587 |
| | <i>ii) El derecho a un documento de viaje</i> | 589 |
| 8.8 | La expulsión de extranjeros | 591 |
| | <i>i) Reseña de la normativa pertinente</i> | 591 |
| | <i>ii) La doctrina universal</i> | 591 |
| | <i>iii) La jurisprudencia universal sobre la legalidad de la presencia del extranjero en el país</i> | 593 |
| | <i>iv) La jurisprudencia universal sobre la legalidad de la decisión</i> | 593 |
| | <i>v) La jurisprudencia interamericana</i> | 595 |
| 8.9. | El desplazamiento interno | 596 |
| | <i>i) Los Principios rectores de los desplazamientos internos</i> | 596 |
| 8.10. | El derecho de asilo | 598 |
| | <i>i) Reseña de la normativa internacional y consideraciones</i> | 598 |

| | |
|---|-----|
| ii) <i>La definición de refugiado</i> | 601 |
| iii) <i>La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre los derechos de los refugiados</i> | 609 |
| iv) <i>La doctrina y la jurisprudencia interamericanas sobre asilo y sobre los derechos de los refugiados</i> | 611 |
| 8.11. El principio de no devolución | 616 |
| i) <i>Reseña de la normativa pertinente</i> | 616 |
| ii) <i>La doctrina y jurisprudencia universales</i> | 618 |
| iii) <i>La doctrina y la jurisprudencia interamericanas</i> | 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) <i>La importancia de la libertad de pensamiento, creencia y religión</i> | 629 |
| ii) <i>Reseña de la normativa pertinente</i> | 630 |
| iii) <i>El concepto de religión y de creencia</i> | 631 |
| iv) <i>Alcance del capítulo</i> | 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) <i>La Declaración de 1981</i> | 640 |
| ii) <i>La doctrina y la jurisprudencia universales sobre el contenido del derecho</i> | 641 |
| iii) <i>La doctrina y la jurisprudencia interamericana sobre el contenido del derecho</i> | 644 |
| iv) <i>La doctrina y jurisprudencia universales sobre las restricciones al derecho de practicar su religión o creencia</i> | 647 |
| 9.8. La objeción de conciencia | 650 |

| | |
|--|------------|
| 9.9. La religión o las creencias, la educación y la familia | 651 |
| i) <i>El derecho de los padres a escoger la enseñanza religiosa o moral de sus hijos</i> | 651 |
| ii) <i>Los derechos de los padres y los niños en materia de religión y conciencia</i> | 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) <i>Reseña de la normativa universal e interamericana</i> | 663 |
| ii) <i>La doctrina y la jurisprudencia universales</i> | 665 |
| iii) <i>La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana</i> | 673 |
| iv) <i>La doctrina y la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i> | 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) <i>La jurisprudencia universal</i> | 689 |
| ii) <i>La doctrina y la jurisprudencia interamericanas</i> | 691 |
| 10.7 La libertad de reunión | 693 |
| i) <i>Consideraciones generales</i> | 693 |
| ii) <i>La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos</i> | 695 |
| iii) <i>La jurisprudencia de la OIT</i> | 696 |
| iv) <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 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) <i>Consideraciones generales</i> | 711 |
| | ii) <i>La doctrina de la OIT aplicable a la libertad de asociación</i> | 712 |
| | iii) <i>La jurisprudencia universal sobre el derecho a formar asociaciones</i> | 713 |
| | iv) <i>La jurisprudencia interamericana sobre el derecho a formar asociaciones</i> | 714 |
| | v) <i>El derecho a formar sindicatos</i> | 715 |
| 11.5 | El derecho a afiliarse | 716 |
| | i) <i>La doctrina de la OIT</i> | 716 |
| | ii) <i>La jurisprudencia universal</i> | 718 |
| | iii) <i>La doctrina y la jurisprudencia interamericanas</i> | 720 |
| 11.6 | La afiliación obligatoria | 721 |
| | i) <i>La doctrina y la jurisprudencia interamericanas</i> | 721 |
| | ii) <i>La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la colegiación de abogados</i> | 723 |
| 11.7 | La autonomía de las asociaciones | 724 |
| | i) <i>Consideraciones generales</i> | 724 |
| | ii) <i>La doctrina de la OIT</i> | 726 |
| | iii) <i>La jurisprudencia universal</i> | 729 |
| | iv) <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 729 |
| 11.8 | El derecho a la huelga | 732 |
| | i) <i>Consideraciones generales</i> | 732 |
| | ii) <i>La doctrina de la OIT</i> | 733 |
| | iii) <i>La jurisprudencia universal</i> | 734 |
| | iv) <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 755 |

Capítulo 12. Los derechos políticos 737

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

| | | |
|------|--|-----|
| i) | <i>El concepto de derecho político</i> | 743 |
| ii) | <i>El sujeto de los derechos políticos</i> | 743 |
| iii) | <i>La democracia como valor superior</i> | 746 |
| iv) | <i>Alcance del capítulo</i> | 749 |
| 12.4 | El derecho a votar y a postularse a cargos electivos | 751 |
| i) | <i>La doctrina y la jurisprudencia universales</i> | 751 |
| ii) | <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 756 |
| 12.5 | El derecho a formar partidos políticos y la militancia política | 758 |
| i) | <i>La doctrina interamericana</i> | 760 |
| 12.6 | Los procesos electorales | 761 |
| i) | <i>La doctrina universal</i> | 761 |
| ii) | <i>La doctrina interamericana</i> | 764 |
| iii) | <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 768 |
| 12.7 | La separación de poderes y la integridad de los órganos representativos | 773 |
| i) | <i>La doctrina universal</i> | 774 |
| ii) | <i>La doctrina interamericana</i> | 775 |
| 12.8 | La participación directa | 776 |
| i) | <i>El referéndum y el plebiscito</i> | 776 |
| ii) | <i>La participación directa permanente</i> | 777 |
| 12.9 | El derecho de acceso a la función pública | 780 |
| i) | <i>La doctrina y la jurisprudencia universales</i> | 780 |
| ii) | <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 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) | <i>Reseña histórica de la normativa sobre los derechos del niño</i> | 795 |
| ii) | <i>Reseña de la normativa relativa a la familia</i> | 898 |
| iii) | <i>Las responsabilidades del Estado y de otros actores</i> | 801 |
| iv) | <i>Alcance del capítulo</i> | 803 |

| | |
|--|-----|
| 13.4. El derecho del niño a una protección especial | 803 |
| i) <i>La definición de “niño”</i> | 803 |
| ii) <i>Reseña del contenido de la Convención sobre los derechos del niño</i> | 806 |
| iii) <i>La doctrina y la jurisprudencia universales</i> | 809 |
| iv) <i>La doctrina interamericana</i> | 812 |
| v) <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 818 |
| 13.5 La protección de la familia | 822 |
| i) <i>El concepto de familia</i> | 823 |
| ii) <i>La doctrina y la jurisprudencia universales</i> | 826 |
| iii) <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 829 |
| 13.6 El derecho a establecer una familia | 830 |
| i) <i>La edad mínima</i> | 830 |
| ii) <i>El requisito del libre consentimiento</i> | 832 |
| iii) <i>Otras restricciones al derecho a casarse</i> | 832 |
| iv) <i>La poligamia</i> | 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) <i>La separación involuntaria</i> | 842 |
| ii) <i>El derecho a tener contacto e información</i> | 842 |
| iii) <i>La reunificación</i> | 843 |
| iv) <i>La familia sustituta</i> | 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) <i>Consideraciones generales</i> | 855 |
| ii) <i>La jurisprudencia universal</i> | 859 |

| | |
|---|-----|
| iii) <i>La doctrina universal</i> | 862 |
| iv) <i>La jurisprudencia interamericana</i> | 866 |
| v) <i>El Convenio 169 y los proyectos de declaración</i> | 868 |
| 14.5 Los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas | 871 |
| i) <i>La Declaración de 1994 sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas</i> | 871 |
| ii) <i>La doctrina universal</i> | 873 |
| iii) <i>La jurisprudencia universal</i> | 875 |
| 14.6 Los derechos de los pueblos y las poblaciones indígenas | 884 |
| i) <i>El Convenio 169</i> | 884 |
| ii) <i>Los proyectos de declaración sobre los derechos de los indígenas</i> | 890 |
| iii) <i>La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana)</i> | 898 |
| iv) <i>La jurisprudencia de la CIDH</i> | 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) <i>Igualdad y no discriminación</i> | 915 |
| ii) <i>Reseña de la normativa internacional sobre discriminación</i> | 919 |
| iii) <i>El derecho a protección contra la discriminación</i> | 923 |
| iv) <i>Alcance del capítulo</i> | 924 |
| 15.4 Las formas de discriminación prohibidas | 925 |
| 15.5 La doctrina y la jurisprudencia universal sobre la discriminación | 931 |
| i) <i>La doctrina del Comité de Derechos Humanos</i> | 931 |
| ii) <i>La relevancia del propósito de una medida en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos</i> | 932 |

| | | |
|-------|---|-----|
| iii) | <i>La discriminación de jure basada en el sexo</i> | 934 |
| iv) | <i>Discriminación basada en la nacionalidad</i> | 939 |
| v) | <i>La discriminación de facto</i> | 941 |
| vi) | <i>Normas que establecen distinciones basadas en criterios no enumerados en los artículos 2 y 26 del PIDCP</i> | 942 |
| vii) | <i>La discriminación en la administración de justicia</i> | 951 |
| viii) | <i>Trato preferencial o acción afirmativa</i> | 953 |
| 15.6 | La doctrina y la jurisprudencia interamericana | 955 |
| i) | <i>La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana)</i> | 955 |
| ii) | <i>La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)</i> | 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) | <i>Naturaleza de esta norma y reseña de la normativa pertinente</i> | 979 |
| ii) | <i>La finalidad e importancia de los estados de excepción</i> | 982 |
| iii) | <i>Consideraciones semánticas</i> | 984 |
| iv) | <i>La suspensión de obligaciones y el derecho consuetudinario</i> | 985 |
| 16.4 | Las causales y la necesidad de los estados de excepción | 993 |
| i) | <i>La doctrina y la jurisprudencia universales</i> | 993 |
| ii) | <i>La doctrina y la jurisprudencia interamericanas</i> | 997 |
| 16.5 | Las obligaciones no susceptibles de suspensión o “derechos intangibles” | 999 |
| i) | <i>La doctrina universal</i> | 999 |
| ii) | <i>La doctrina y la jurisprudencia interamericanas</i> | 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) <i>La doctrina universal</i> | 1010 |
| | ii) <i>La doctrina y jurisprudencia interamericanas</i> | 1011 |
| 16.8 | La declaratoria | 1014 |
| | i) <i>La doctrina y jurisprudencia universales</i> | 1014 |
| | ii) <i>La doctrina interamericana</i> | 1017 |
| 16.9 | La desnaturalización de la suspensión | 1018 |
| | i) <i>La doctrina universal</i> | 1019 |
| | ii) <i>La doctrina interamericana</i> | 1020 |
| 16.10 | La prohibición de medidas discriminatorias | 1021 |
| 16.11 | La notificación de las medidas | 1023 |
| | Fuentes bibliográficas | 1025 |

Presentación

LA OFICINA EN COLOMBIA del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos tiene el gusto de ofrecer a la comunidad de derechos humanos de Latinoamérica el libro del profesor Daniel O'Donnell. Esta obra, que es una nueva edición actualizada de su libro *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.

La puesta al día del libro del profesor O'Donnell será de muchísima utilidad para quienes deseen conocer con mayor profundidad el contenido de algunos derechos humanos. Defensores de derechos humanos, operadores de justicia, funcionarios públicos, miembros de organizaciones no gubernamentales, abogados, periodistas, estudiantes y la comunidad en general se beneficiarán de esta publicación.

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 quiere agradecer a su consultor nacional Alejandro Valencia Villa por su paciente trabajo en la edición general de esta publicación.

*Oficina en Colombia 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'Donnell, 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 presente 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 expuestos. 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 forzadas 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 especializada¹² 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 de 1998.

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 materiae*, 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 personas²⁶ 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 Zelanda– 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 inadmisibles 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 Naciones 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 *Ibid.*, 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 Pacto³⁹.” 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 Zelanda, 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 conexas 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 consuetudinario⁵⁰

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. Ciertamente es que las disposiciones de dichos tratados guardan esta calidad [de derecho contractual], 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-Yugoslavia, 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 *Ibid.*, 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 *Compiación 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 Furundzija 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, Judgment, 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 esfuerzos 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 1° de mayo de 2001.

⁸³ El Estatuto de la Corte entró en vigor el 1° 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), en 1989.

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 informo 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 reclusos, 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 *Dermitt 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 Dermitt 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 *Dermitt 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 mencionados [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 Palmas 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 *Ibid.*, párr. 110.

⁵⁷ *Ibid.*, 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 contra 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 superiores⁶⁹ 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 forzadas. 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 conexas 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 desearse.”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 *Ibid.*, 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 *Ibid.*, 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 Granadinas, 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 secuestro¹⁰⁴ y desertión 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 *Ibid.*

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 Kirguistán, 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 derecho¹²⁵ (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 resolutive 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 *Tyrrer 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 señaló 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 7¹⁵¹ (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 sancionado cuando 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 Unido⁵– 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 manifestó: “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 habersele 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, aji 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 amenazas, 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 Method of Torture*, 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 initio* 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 introducirse 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 física, 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 física 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 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 género (...)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 m² 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 iv). 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 Suárez Rosero, señaló una serie 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 trasladados 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 reclusos, 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 reclusos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales. 2) Los reclusos que sufran otras enfermedades o anomalías 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-presos y, en particular, del ex-presos 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 presos 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 recluso.

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 Núremberg 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 estas 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, psicológica 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, psicológica 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 recluso.” 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 reclusa 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 una 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, respectivamente). 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 forzados 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 normal” (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 informe de Argentina, CRC/C/15/Add.187, párr. 59 c), y de Chile CRC/C/15 add.173, párr. 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 reclusos 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 disfrutaban 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 respecto¹¹ (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 Musi-cue 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: “El 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 Pietroiroia 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 Bronstein, 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 acallarlas.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); Petrarroira 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 1º 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 inadmisibles los alegatos relativos 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 (“excluíbles”) 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 razonables⁹⁰.

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 demora¹⁰⁶ 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 inculpativos 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 respecto 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 *Dermitt 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).