

Capítulo 5

El principio de legalidad y el debido proceso legal (garantías judiciales)

5.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

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

Artículo XVIII. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo

y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 8. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable, (...)

5.2 Instrumentos normativos complementarios

Los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura, aprobados en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, constituyen un aporte valioso para la interpretación del concepto del derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial.¹ De particular importancia son los cuatro primeros principios, que merecen transcribirse integralmente:

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las ins-

¹ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y aprobados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

tituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

3. La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.

4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.

Los principios también reconocen el principio de inamovilidad de los jueces, y establecen salvaguardias relativas a medidas y procedimientos disciplinarios.² Se han adoptado posteriormente dos instrumentos complementarios, los Principios Básicos sobre la función de los abogados y las directrices sobre la función de los fiscales.³

² Al respecto ver los Principios 11 a 12 y 17 a 20.

³ Ambos fueron aprobados en 1990 por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 40

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

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Las Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores, también conocidas como Reglas de Beijing y adoptadas en 1985, contienen normas de suma importancia relativas al derecho del adolescente acusado de una infracción a ser tratado de acuerdo con su edad y condición de menor.⁴

⁴ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

Principio 17

1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

5.3 Consideraciones generales

i) Reseña de la normativa

La esencia del derecho al debido proceso legal es, al tenor de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho de toda persona a “ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.” Es un derecho de especial importancia porque, junto con el derecho a un recurso, tutela todos los demás derechos de la persona. En lo que concierne a las acciones judiciales emprendidas por un individuo a fin de hacer valer sus derechos, el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso son dos caras de la misma moneda.⁵ El primero obliga al legislador a establecer recursos para este efecto, mientras que el segundo establece las características de los foros que tendrán competencia para conocer los recursos y la manera en que han de ser resueltos. El derecho al debido proceso es, sin embargo, más amplio que el derecho a un recurso. Aquél tiene una dimensión adicional, pues ampara a la persona en todo asunto

agosto al 6 de septiembre de 1985, y aprobados por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985.

⁵ Este vínculo se destaca en la estructura de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que reconoce el derecho al debido proceso legal y el derecho a un recurso en las dos frases que contiene su artículo XVIII.

jurídico que le concierne, incluso en procesos en su contra iniciados por el Estado o por terceros.

La Declaración Americana, en su artículo XXVI, reconoce el derecho al debido proceso únicamente como derecho de la persona acusada de un delito. Los artículos XVII y XXV de la Declaración, que reconocen el derecho a un recurso para la tutela de los derechos constitucionales y la libertad, respectivamente, precisan apenas que los recursos deben ser rápidos.

Las disposiciones del PIDCP y de la Convención Americana dedicadas al debido proceso son similares y extensas. Una parte de la normativa más pertinente, la contenida en el artículo 14.1 del PIDCP y artículo 8.1 de la Convención Americana, es aplicable a la administración de justicia en general. Esta parte medular de la normativa consagra la independencia del tribunal, la imparcialidad del mismo, el carácter público del proceso, la igualdad de las partes y la equidad de los procedimientos. La otra parte de la normativa pertinente, contenida en los demás párrafos del artículo 14 del PIDCP y del artículo 8 de la Convención, es aplicable principalmente a la justicia penal.⁶

A pesar de la complejidad de las normas sobre el debido proceso, las diferencias entre la normativa universal e interamericana son básicamente de forma y no de fondo. El derecho a hallarse presente en el proceso, reconocido por el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP, y el derecho de comunicarse con su defensor, plasmado en el apartado d) del párrafo 2 del artículo 8 de la Convención Americana, son las únicas garantías consagradas por uno de estos instrumentos y no por el otro.

⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana consagran estas garantías en cuanto derechos propios de personas acusadas de un delito, pero la doctrina y jurisprudencia consideran que varios de ellos son elementos intrínsecos del debido proceso, por tanto aplicables a procedimientos de toda índole. Véase la sección 5.4.

ii) Consideraciones semánticas

Aunque la expresión “garantías judiciales” se emplea frecuentemente para denominar este complejo de derechos, la expresión “debido proceso legal” es más exacta, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana):

Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención “Garantías Judiciales”, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.

Este artículo 8 reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. (...) ⁷

La Corte observa que la expresión “garantías judiciales”, *strictu sensu*, se refiere a los medios procesales que “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho (...) vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.”⁸ No obstante, el uso de la expresión “garantías judiciales” como título del artículo 8 de la Convención Americana ha favorecido el uso de este término para referirse genéricamente a los distintos requisitos enumerados en dicho artículo. En la presente obra, el término “garantía” se utiliza para referirse a cada uno de los requisitos específicos que sirven para ha-

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-9/87, párrs. 27-28.

⁸ *Ibíd.*, párr. 25.

cer efectivo el derecho al debido proceso legal y los cuales en su conjunto conforman el debido proceso legal.⁹

iii) Algunas consideraciones relativas a la relación entre el derecho al debido proceso y el derecho a un recurso en la normativa, la doctrina y la jurisprudencia internacionales

Se ha señalado que el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso legal pueden considerarse dos caras de la misma moneda, en el sentido de que el primero consagra la obligación del legislador de establecer recursos, mientras que el segundo rige las características de los fueros competentes y los principios procesales que deben respetarse. La estructura de los instrumentos internacionales, en especial el PIDCP y la Convención Americana, es tal que contienen reiteradas referencias al derecho a un recurso. También hay diferencias entre la forma como este derecho está plasmado en los instrumentos universales y los interamericanos. Estas diferencias afectan el contenido de la doctrina y jurisprudencia sobre el artículo 14 del PIDCP y artículo 8 de la Convención Americana, que constituyen el principal marco de referencia para el presente Capítulo.

El PIDCP reconoce la obligación del Estado de proporcionar un recurso en el artículo 2.3 a) pero en su artículo 2 no reconoce el derecho a un recurso en cuanto derecho subjetivo del individuo. El PIDCP consagra el derecho del individuo a un recurso en la segunda frase del artículo 14.1, que establece: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.” El primer párrafo del artículo 8 de la Convención

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 92 (1999).

Americana es casi idéntico a la citada frase del artículo 14.1 del PIDCP, pero el artículo 25 de la Convención se dedica específicamente al derecho a un recurso. El primer párrafo del artículo 25 consagra el derecho a un recurso en cuanto derecho subjetivo de la persona, y el segundo párrafo, similar en su contenido al artículo 2.3 del PIDCP, establece las obligaciones correspondientes del Estado.

El hecho de que el PIDCP no contenga una disposición equivalente al artículo 25.2 de la Convención Americana, hace que la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a un recurso haya sido elaborada con referencia al artículo 14, cuya finalidad principal es el reconocimiento del derecho al debido proceso. La doctrina procesal del Comité, en el sentido de que carece de competencia para examinar denuncias del artículo 2, salvo en la medida que una violación de dicho artículo sea consecuencia de una violación de uno de los derechos reconocidos en la Parte III del PIDCP, refuerza esta tendencia en la jurisprudencia del Comité. En contraste, la jurisprudencia de los órganos competentes del sistema interamericano tiende a calificar las violaciones del derecho a un recurso como violaciones de los artículos 8.1 y 25.

No obstante la estrecha relación entre el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso, y el hecho de que la jurisprudencia universal del derecho a un recurso se base en forma preponderante en un artículo del PIDCP analizado en el presente Capítulo, no cabe duda que el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso son conceptos distintos que conviene analizar separadamente. Por tanto, el Capítulo 6 es dedicado al tema del derecho a un recurso.

Cabe señalar en este contexto otra diferencia importante entre la jurisprudencia universal e interamericana relativa al alcance del derecho al debido proceso. Como se verá en el Capítulo 6, la doctrina universal considera la investigación y persecución penal de graves violaciones de los derechos humanos una obligación del Estado, pero no un derecho subjetivo de la víctima. La doctrina interamericana sí considera la investigación y el castigo de graves violaciones de los derechos humanos un derecho de la víctima y sus allegados. Con

base en esta posición doctrinal, se ha elaborado una jurisprudencia que considera que el artículo 8 es aplicable a las investigaciones que las autoridades nacionales hayan emprendido o hayan tenido la obligación de emprender, aún en ausencia de toda acción legal iniciada por los particulares interesados.¹⁰ En una sentencia reciente, después de comentar que “el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”, la Corte Interamericana declara lo siguiente:

Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales (...) En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares.¹¹

iv) El alcance del derecho al debido proceso en lo penal

El primer párrafo del artículo 14 del PIDCP reconoce el derecho de la persona “a ser oída públicamente y con las debidas garantías (...) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal (...)”, mientras que el párrafo 3 enumera las garantías que han de

¹⁰ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Paniagua Morales (Fondo), párr. 155 (1998).

¹¹ Corte Interamericana, caso Blake (Fondo), párrs. 96-97 (1998).

respetarse “Durante el proceso [de] toda persona acusada de un delito (...)”. Las disposiciones de la Convención Americana son sustancialmente idénticas.

El Comité de Derechos Humanos consideró que la palabra “delito” no se debe interpretar como indicación de que esta garantía se limita “a las infracciones más graves.”¹² Si bien este comentario se hizo con respecto al derecho de apelación, plasmado en el párrafo 5 del artículo 14, cabe presumir que es igualmente válido para el párrafo 3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su decisión en el caso Hernández Lima, llegó a una conclusión similar al establecer que las garantías enumeradas en el párrafo 2 del artículo 8 se aplican no sólo a personas acusadas de un delito *strictu sensu*, sino también a personas acusadas de “faltas, contravenciones o infracciones”, al menos cuando el acusado está detenido o corre el riesgo de ser sentenciado a una pena privativa de libertad.¹³

Si bien el artículo 14.3 del PIDCP y 8.2 de la Convención Americana se refieren a garantías que deben respetarse “durante el proceso”, la jurisprudencia aclara que ciertas garantías son aplicables no sólo durante el plenario sino también en el sumario, e incluso durante la investigación previa. La CIDH adoptó una decisión importante sobre este tema en el caso de un diputado y antiguo ministro condenado por los delitos de malversación y peculado. Previo al sumario en este caso, la Contraloría General de la República realizó una investigación de carácter administrativo y la Corte Suprema de Justicia celebró un antejuicio de méritos.¹⁴ La CIDH concluyó que el artículo 8 de la Convención era aplicable a ambos procedimientos. En cuanto a la investigación realizada por la Contraloría, en la cual no se oyó a la víctima, la CIDH consideró el derecho al debido pro-

¹² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 17.

¹³ CIDH, caso Hernández Lima c. Guatemala, párrs. 63-64 (1996).

¹⁴ CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párrs. 33-34 (1999). El Estado arguyó que el antejuicio era privilegio otorgado por ley a altos funcionarios no con objeto de “determinar responsabilidades” sino para determinar la “viabilidad” de un juicio.

ceso aplicable porque el informe producido sirvió de base para la acusación y condena.¹⁵ En cuanto al “antejuicio”, la CIDH hizo hincapié en que todo procedimiento en el cual un sospechoso es oído debe desarrollarse de conformidad con las garantías del debido proceso. Sus observaciones al respecto merecen citarse en extenso:

La Comisión Interamericana no puede considerar estas comparecencias como el derecho efectivo del inculpado a ser escuchado por un tribunal, por cuanto las garantías del derecho a la defensa consagradas en el artículo 8(2)(d) de la Convención fueron violadas sistemáticamente por los tribunales. Estos actos en los cuales el sujeto investigado comparece sin asistencia de abogado a un interrogatorio basado en un expediente que él desconoce, sin saber qué hechos criminales se le imputan, no constituyen a juicio de la Comisión el ejercicio del derecho a ser oído por un tribunal, consagrado en el artículo 8(1) de la Convención. Oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con propiedad, asistida por abogado, con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente; oírle es permitir su presencia en los interrogatorios de testigos que puedan declarar en su contra, permitirle tacharlos, contrainterrogarlos con el fin de desvirtuar sus declaraciones incriminatorias por contradictorias o por falsas; oír a un procesado es darle la oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretenden utilizar en su contra. Está probado que el inculpado no tuvo acceso a estos derechos en todas las etapas previas al auto de detención, el cual en la práctica no le permitía defenderse en libertad. Dicho en otras palabras, a Reinaldo Figueredo Planchart se le dictó auto de detención sin haber sido oído con todas las garantías del debido proceso en la sustanciación de la acusación penal en su contra.¹⁶

¹⁵ La CIDH también considera que ciertas garantías de debido proceso son aplicables a procedimientos de carácter administrativo relativos al indulto y conmutación de una pena (véase la sección 5.4).

¹⁶ CIDH, caso Figueredo Planchart, *supra*, párr. 112.

Si bien la decisión pone énfasis en la pérdida de libertad, el razonamiento de la CIDH es válido para todo procedimiento preliminar que pueda tener consecuencias importantes en el desenlace del proceso. El siguiente extracto de la decisión sirve para resumir el aporte de ésta a la jurisprudencia interamericana: “Dicho en otras palabras, los antejuicios y los sumarios secretos están tan estrechamente vinculados al proceso penal que tratarlos separadamente restringiría y debilitaría considerablemente la protección del debido proceso legal a que tienen derecho los acusados.”¹⁷

v) La responsabilidad del Estado y del defensor

En el ámbito universal, una amplia jurisprudencia indica que por lo general el Estado no tiene responsabilidad por la actuación del abogado defensor, pues éste no es agente del Estado. En el caso *Henry c. Jamaica*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos señaló que “una vez que el autor optó por ser representado por un abogado de su elección toda decisión de este abogado relativa a la marcha de la apelación (...) no puede atribuirse al Estado parte sino que es de responsabilidad del autor.”¹⁸ Algunas decisiones indican que la presunción de ausencia de responsabilidad del Estado es más fuerte cuando el abogado es contratado por el acusado.¹⁹

Se reconoce una excepción a esta regla para situaciones en las cuales el incumplimiento de los deberes profesionales del defensor es tan manifiesto que entraña la responsabilidad del Estado. Diferentes fórmulas han sido empleadas para definir esta excepción. En el caso *Collins*, el Comité de Derechos Humanos indicó que “en ausencia de una prueba clara de negligencia profesional por parte

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 114.

¹⁸ Comité de Derechos Humanos, caso *Henry c. Jamaica*, párr. 8.3 (1991). Véase también *Robinson (M.) c. Jamaica*, párr. 10.6 (2000).

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Berry c. Jamaica*, párr. 11.3 (1994); *Henry y Douglas c. Jamaica*, párr. 6.5 (1996); *Griffith c. España*, párr. 9.8.

del abogado, no corresponde al Comité cuestionar el juicio profesional de este último.”²⁰ En el caso Tomlin se señala que “El Comité considera que no se puede hacer a los Estados responsables de las decisiones que hayan podido adoptar los abogados en el ejercicio de su criterio profesional, (...) a menos que sea evidente que han actuado en contra de los intereses de su cliente.”²¹ En el caso Brown y Parish, expresó que “el Estado no puede ser considerado responsable de la falta de preparación o de presuntos errores cometidos por los abogados defensores, a menos que haya negado a los [acusados] y a su abogado tiempo para preparar la defensa o que haya resultado manifiesto al tribunal que la manera en que los abogados llevaron el caso fue incompatible con el interés de la justicia.”²² En el caso Ricketts manifestó que “si bien incumbe al Estado Parte facilitar una representación jurídica efectiva, no corresponde al Comité determinar la forma en que ésta se ha debido garantizar, a menos que sea evidente que se ha cometido una injusticia”.²³

La CIDH llegó a la misma conclusión en una decisión adoptada en 1999, relativa a la asistencia proporcionada a un acusado por un defensor de oficio. La CIDH declaró lo siguiente:

El Estado en este caso cumplió con el extremo de dar al peticionario asistencia jurídica. Si el peticionario no pone en conocimiento del Estado que considera que la asistencia jurídica es de alguna manera insuficiente, durante el juicio o durante la apelación, esta Comisión no puede responsabilizar al Estado por actos que desconoce, dado que el peticionario no los señaló a su atención.²⁴

²⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Collins (Willard) c. Jamaica, párr. 8.3 (1991).

²¹ Comité de Derechos Humanos, caso Tomlin c. Jamaica, párr. 8.1 (1996).

²² Comité de Derechos Humanos, caso Brown y Parish, párr. 9.2 (1999).

²³ Comité de Derechos Humanos, caso Ricketts c. Jamaica, párr. 7.3 (2002).

²⁴ CIDH, caso Briggs c. Trinidad y Tobago, párr. 58 (1999).

La jurisprudencia interamericana sobre este tema es todavía incipiente.

vi) Alcance del capítulo

El derecho al debido proceso está estrechamente vinculado con otros derechos, en particular tratándose de la justicia penal. Dos de las garantías plasmadas en el artículo 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana –el derecho a ser informado de los cargos en contra y de ser juzgado sin demora– también figuran en el articulado sobre la libertad personal, analizado en el Capítulo 4.²⁵ El derecho al debido proceso es aplicable al derecho a impugnar la legalidad de toda privación de libertad, tema también tratado en el Capítulo 4. El derecho de un acusado a no ser obligado a confesarse culpable, consagrado por el artículo 14.3 del PIDCP y 8.2 de la Convención Americana –y el tema de la admisibilidad de pruebas en general– está vinculado con la prohibición de tortura y trato cruel e inhumano, analizado en el Capítulo 2. El tema de la admisibilidad de pruebas también está vinculado con el derecho a no ser objeto a injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, hogar y correspondencia, que se analiza en el Capítulo 7. Los artículos 6 del PIDCP y 4 de la Convención, sobre el derecho a la vida, establecen requisitos sustantivos y procesales sobre la pena de muerte, que son abordados en el Capítulo 1. El derecho de los extranjeros a no ser expulsados de un país sin un mínimo de debido proceso, consagrado por el artículo 13 del PIDCP y artículo 22 de la Convención Americana, se aborda en el Capítulo 8.

²⁵ Cfr, los incisos a) y c) del párrafo 3 del artículo 14 del PIDCP con los párrafos 2 y 3 de su artículo 9, y los párrafos 1 y 2 b) del artículo 8 de la Convención Americana con los párrafos 4 y 5 de su artículo 7.

5.4 El debido proceso en procedimientos civiles y administrativos

i) La jurisprudencia universal

La estructura de los artículos 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana es parecida en tanto ambos contienen un primer párrafo que establece los requisitos aplicables a todo proceso judicial, seguido por varios párrafos aplicables a los procesos penales. Los requisitos aplicables a todo proceso se refieren principalmente a las características del tribunal y no al procedimiento como tal. El tribunal debe ser competente, independiente e imparcial. La publicidad del proceso también está prevista por los artículos 14.1 y 8.1. El PIDCP refirma el principio de igualdad en el primer párrafo del artículo 14, mientras que la Convención lo reafirma en el segundo párrafo del artículo 8 relativo a los procesos penales.²⁶ El derecho a ser oído dentro de un plazo razonable está plasmado en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención, aplicable en todo proceso legal, y en el artículo 14.3 del PIDCP relativo a los procesos penales.

Tanto el artículo 14.1 como el artículo 8.1 reconocen el derecho genérico a ser oído con las debidas garantías. Esta cláusula abre una puerta para la aplicación a procesos civiles o administrativos de ciertas de las garantías plasmadas en los párrafos relativos a procesos penales.²⁷ La presente sección se dedica al tema de la extensión a la justicia no penal de otras garantías del debido proceso.

La piedra angular de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el debido proceso en lo civil se encuentra en el caso *Moraël*, relativo a un juicio ventilado ante un tribunal comercial. Refiriéndose al primer párrafo del artículo 14 del PIDCP, la decisión señala lo siguiente:

²⁶ Cfr. el párrafo 1 del artículo 14 con el párrafo 2 del artículo 8.

²⁷ Esta cláusula también tiene un significado que trasciende tales garantías específicas, como se verá en la sección 5.

El Comité observa, a este respecto, que el párrafo mencionado no sólo se aplica en materia penal, sino también en los litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil. Si bien en el artículo 14 no se precisa cómo debe entenderse el concepto de juicio “con las debidas garantías” en materia civil (a diferencia de lo que se hace en el párrafo 3 del mismo artículo cuando se trata de determinar el mérito de las acusaciones en materia penal), corresponde interpretar que el concepto de juicio “con las debidas garantías”, en el contexto del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, exige cierto número de condiciones, tales como el requisito de la igualdad de las armas, el respeto del juicio contradictorio, la exclusión de la agravación de oficio de las condenas y procedimientos judiciales ágiles. En consecuencia, deben examinarse las circunstancias del presente caso teniendo en cuenta esos criterios.²⁸

La decisión también señala que la presunción de inocencia no se aplica a los procesos civiles o administrativos, ni siquiera cuando éstos culminen en la imposición de sanciones civiles.²⁹

La jurisprudencia posterior no es extensa y las decisiones en las cuales el Comité de Derechos Humanos reconoce una violación del debido proceso son escasas. En un caso sobre la custodia de una niña, el Comité concluyó que la manera como se desarrolló el proceso había sido violatoria del principio de igualdad de las partes, debido a la resolución más expedita de las actuaciones emprendidas por el padre, el incumplimiento de ciertas órdenes a favor de la madre e, incluso, la celebración de una audiencia antes de la fecha prevista en presencia del padre y en ausencia de la madre.³⁰ Una decisión reciente relativa al derecho a una pensión también destaca la importancia del principio del procedimiento contradictorio y la igualdad de las partes. El Comité concluyó que el rechazo de una prueba ofrecida dos días antes de una audiencia era incompatible con el artículo 14. La prueba era de primera importancia, pues contradecía

²⁸ Comité de Derechos Humanos, caso *Moraël c. Francia*, párr. 9.3 (1989).

²⁹ *Ibíd.*, párr. 9.5

³⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Fei c. Colombia*, párrs. 8.4-8.6 (1995).

la pieza principal ofrecida por la parte opuesta, y la ley no establecía un plazo preciso para tal efecto. En tales circunstancias, el Comité llegó a la siguiente conclusión:

(...) era obligación del Tribunal de Apelación, que no estaba vinculado por ningún plazo predeterminado, asegurar que cada parte pudiese impugnar las pruebas documentales que la otra parte hubiese presentado o desearse presentar y, de ser necesario, suspender las actuaciones. Al no existir la igualdad de condiciones entre las partes respecto de la presentación de pruebas para los fines de la vista del caso, el Comité determina que se ha cometido una violación del párrafo 1 del Pacto.³¹

Esta jurisprudencia fue confirmada en la reciente decisión en el caso *Äärelä*, en la cual el Comité de Derechos Humanos concluyó que “el Tribunal de Apelación no dio una plena oportunidad a cada parte de impugnar las comunicaciones de la otra y violó así el principio de la igualdad ante los tribunales y el principio de un proceso equitativo enunciados en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.”³²

El contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas depende de las circunstancias del caso, en particular de la complejidad del asunto y de la naturaleza de los derechos en juego. En el caso *Moraël*, un asunto complejo referente a la quiebra de una empresa, el Comité de Derechos Humanos indicó que una demora de cinco años no era violatoria de esta garantía.³³ En el caso *Fei*, relativo a la custodia de niñas, el Comité concluyó que la demora de aproximadamente dos años era incompatible con esta garantía.³⁴ En el caso *Muñoz Hermosa*, una demora de siete años en un proceso administrativo encaminado a obtener la reintegración a un cargo

³¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Jansen-Gielen c. Países Bajos*, párr. 8.2.

³² Comité de Derechos Humanos, caso *Äärelä c. Finlandia*, párr. 7.4 (2002).

³³ Comité de Derechos Humanos, caso *Moraël c. Francia*, párr. 9.4.

³⁴ Comité de Derechos Humanos, caso *Fei c. Colombia*, párrs. 2.7-2.15 y 8.4. El Comité llegó a la misma conclusión en *Balaguer c. España*, otro caso sobre la tutela de un niño, relativa a una demora de 5 años, párrs. 6.3 y 9.2 (1994).

público fue considerado como “una demora irrazonable” violatoria del derecho a un proceso expedito, mientras que en el caso Casanovas, una demora de más de dos años ante tribunales administrativos en un asunto de la misma índole no fue considerada violatoria de dicha garantía.³⁵ Esta jurisprudencia es demasiado escasa y dispersa para identificar patrones generales.

ii) La jurisprudencia interamericana

En tres sentencias adoptadas en 1991 la Corte Interamericana dejó sentada una jurisprudencia importante sobre la relación de los párrafos 1 y 2 del artículo 8 de la Convención Americana, o sea, sobre las garantías del debido proceso que deben respetarse durante procesos civiles y administrativos.³⁶ El caso Tribunal Constitucional concierne un juicio político de tres magistrados destituidos de sus cargos por una comisión del Congreso. En este caso, la Corte manifestó lo siguiente con respecto al primer párrafo del artículo 8:

(...) que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que

³⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Muñoz Hermosa c. Perú, párr. 11.3 (1988); Casanovas c. Francia, párr. 7.3 (1994). Cabe agregar que la decisión en el caso Muñoz se basa también en el incumplimiento de dos decisiones judiciales a su favor, mientras en el caso Casanovas el Comité no comenta el hecho de que la víctima fue despedida una segunda vez inmediatamente después de haber sido reintegrada a su función por orden judicial. Véase Casanovas, párr. 6.1.

³⁶ Esta jurisprudencia fue anticipada por una observación que figura en el párrafo 28 de la Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (1990).

ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.³⁷

Con respecto al segundo párrafo del artículo 8, la Corte Interamericana declaró lo siguiente:

(...) a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.³⁸

En el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte Interamericana aplicó esta jurisprudencia a las actuaciones de la dirección general de migraciones y naturalizaciones, reafirmando que:

(...) las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto [artículo 8] se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo.

Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.³⁹

³⁷ *Ibíd.*, párr. 71 (en párr. 63 la Corte Interamericana concluye que la institución del juicio político en sí no vulnera la Convención).

³⁸ Corte Interamericana, caso del Tribunal Constitucional (Perú) (Fondo), párr. 70 (2001), citando el caso *Paniagua Morales y otros* (Fondo), párr. 149.

³⁹ Corte Interamericana, caso *Ivcher Bronstein* (Fondo), párrs. 103-104 (2001).

Cabe señalar que las observaciones citadas se refieren a una decisión tomada por una dirección administrativa, no por un tribunal administrativo, sin audiencia alguna. La Corte Interamericana concluyó que las “actuaciones administrativas” se habían desarrollado en forma incompatible con el derecho de la víctima a conocer los cargos en su contra, así como con el derecho de presentar pruebas documentales y testigos que acreditaran su posición.⁴⁰ La autoridad administrativa también carecía, en el derecho interno, de competencia para tomar la decisión que privaba a la víctima de su nacionalidad, lo que constituyó una violación del párrafo 1 del artículo 8 de la Convención.⁴¹

La expresión más completa de la doctrina de la Corte Interamericana sobre esta materia se encuentra en los siguientes extractos de su sentencia en el caso Baena Ricardo, relativa a una acción administrativa que resultó en el despido de funcionarios de una empresa estatal:

(...) Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

En cualquier materia la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos

⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 106.

⁴¹ *Ibíd.*, párrs. 109-110.

humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada. Por ejemplo, no puede la administración invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.⁴²

Con respecto al alcance de esta jurisprudencia, la Corte Interamericana hizo las aclaraciones siguientes:

(...) este Tribunal considera que en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal. Al respecto es importante distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público, y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso.⁴³

⁴² Corte Interamericana, caso Baena Ricardo (Fondo), párrs. 124-126 y 128.

⁴³ *Ibíd.*, párr. 131.

La CIDH, en dos decisiones adoptadas en 1999 reconoció la aplicabilidad de ciertas garantías plasmadas en el párrafo 2 del artículo 8 a procesos administrativos sancionatorios. En una de las decisiones, relativa al retiro de un oficial de las Fuerzas Armadas, la CIDH declaró lo siguiente:

El General Robles no fue citado ni oído dentro de dicho proceso disciplinario, y por tanto no tuvo oportunidad de defenderse antes de ser sancionado. De esta manera, se le privó de cualquier posibilidad de defenderse de los cargos presentados en su contra en violación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, la Comisión interpreta que el derecho a la defensa comprende las garantías fundamentales al debido proceso enumeradas en el artículo 8(2), tales como el derecho a ser presumido inocente mientras no se establezca culpabilidad, el derecho a recibir comunicación previa de la acusación, el derecho a tener el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa, el derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor escogido por el inculpado, etc.⁴⁴

En una decisión relativa a la expulsión de tres misioneros de un país después de un procedimiento sumario –fueron interrogados en el aeropuerto internacional, donde habían sido llevados a la fuerza y sin advertencia previa, horas antes de su expulsión–,⁴⁵ la CIDH concluyó que se les había privado del derecho a ser asistidos por un defensor, del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formulaban y, en consecuencia, para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.⁴⁶

⁴⁴ CIDH, caso Robles Espinoza e hijos c. Perú, párr. 97.

⁴⁵ CIDH, caso Riebe Starr c. México, párrs. 59-60 (1999).

⁴⁶ *Ibíd.*

5.5 El derecho a un proceso justo

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 10, consagra el derecho de toda persona a “ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (...)”. Este derecho está descrito en la parte medular del artículo 14 del PIDCP y del artículo 8 de la Convención Americana, como el derecho de la persona “a ser oída con las debidas garantías.”

Como se indicó, esta cláusula ha servido para incorporar al primer párrafo del artículo 14 y al primer párrafo del artículo 8 algunos de los elementos del debido proceso penal o el derecho a la defensa enumerados en los párrafos 3 y 2 de los mismos artículos, haciéndolos así aplicables a procesos de otra índole. Pero el contenido del concepto de “ser oída con las debidas garantías” no se limita a eso. Tiene, además, un sentido que trasciende la suma de las garantías específicas, el cual requiere que el proceso en su totalidad sea, como indica con más claridad la versión en español de la Declaración Universal, justo y equitativo.⁴⁷ Con cierta frecuencia la jurisprudencia en lengua española utiliza el término “imparcial” como sinónimo de “justo” o “con las debidas garantías”. Tal uso se presta a confusión, dado que la imparcialidad del tribunal es un requisito distinto establecido expresamente por la normativa internacional. La expresión “denegación de justicia”, utilizada en algunas decisiones, capta mejor la esencia de este concepto.

En su Observación General sobre el artículo 14, refiriéndose específicamente al derecho de la persona a ser oída con las debidas garantías, el Comité de Derechos Humanos comentó que “las exigencias formuladas en el párrafo 3 son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que

⁴⁷ Los textos de las versiones en inglés y francés de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del PIDCP apoyan esta interpretación. Las primeras emplean el término “fair hearing” y las últimas la expresión “droit à ce que sa cause soit entendue équitablement.” En cuanto a la Convención Americana, la versión en inglés del primer párrafo del artículo 8 consagra el derecho a ser oída, “with due guarantees”, pero el título del artículo es “Fair trial”.

llene los requisitos previstos en el párrafo 1.”⁴⁸ Existe una jurisprudencia que identifica ciertas irregularidades como violatorias del derecho a un proceso justo, a pesar de que no concuerdan con la tipología de violaciones de las garantías procesales específicas establecidas por los artículos 14 del PIDCP y 8 de la Convención Americana.⁴⁹ Una de las primeras decisiones del Comité de Derechos Humanos sobre este particular trata de un juicio sobre homicidio ante un jurado. La autopsia del difunto indicaba que su muerte se había producido cuando el acusado se hallaba en detención. Aunque las funciones del juez en un juicio con jurado son limitadas, el Comité concluyó que, habida cuenta de la importancia de la prueba, el juez tenía la obligación de asegurar que el jurado la tenía presente, a pesar de que el defensor no la presentó. Al no hacerlo, concluyó el Comité, “esta omisión [del juez] debe considerarse (...) como denegación de justicia y, en tal calidad, constituye una violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.”⁵⁰ Otro caso trata de un individuo condenado por la muerte de su esposa, con base en el testimonio del hijo menor de la pareja, quien era el único testigo. El hijo sólo aceptó declarar después de ser amenazado por la policía y encarcelado durante una noche, y posteriormente se retractó de su testimonio. Después de recordar que “un aspecto esencial del principio del juicio equitativo es el de la igualdad de medios entre la acusación y la defensa” y que “la detención de testigos para obtener su testimonio es una medida excepcional”, el Comité observó que “se suscitan graves cuestiones sobre la posible intimidación y la fia-

⁴⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13 (1984), párr. 5.

⁴⁹ En esta sección no se analizan algunas decisiones del Comité que consideran violaciones del derecho a un proceso justo a hechos que fácilmente podrían encuadrarse como violaciones de garantías procesales específicas. Véase por ejemplo *Thomas (A.) c. Jamaica*, párr. 6.4 (1992) (derecho a consultar con su defensor antes de una audiencia en segunda instancia); *Wolf c. Panamá*, párr. 6.6 (1992) (derecho a conocer los cargos y hallarse presente durante las audiencias).

⁵⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Wright (Clifton) c. Jamaica*, párr. 8.3 (1992).

bilidad del testimonio obtenido en estas circunstancias”, y concluyó que se había privado al acusado de su derecho a un juicio justo.⁵¹

Otra decisión trata del caso de una persona condenada por la muerte de una joven, hecho que conmovió a la opinión pública. Al inicio del proceso el acusado se declaró culpable y las audiencias fueron suspendidas para permitir a la defensa obtener la comparecencia de testigos sobre posibles circunstancias mitigantes. Luego, el fiscal retira la acusación y la sustituye por un cargo más grave. El acusado se declara inocente de este cargo y es procesado y condenado. El Comité de Derechos Humanos concluyó que la suspensión del proceso y la sustitución del cargo inicial por uno más serio, después de que el acusado había reconocido su participación en los hechos, “fueron incompatibles con los requisitos de un juicio justo en términos del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.”⁵² En una de las decisiones más recientes sobre el derecho a un proceso justo, el Comité concluyó que el hecho de haberse tolerado en las audiencias un ambiente de desorden e intimidación de tal magnitud que obstaculizó seriamente el trabajo de la defensa “conculcó el derecho del [acusado] a las garantías judiciales con arreglo al párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.”⁵³

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos indica que el derecho a ser oído con justicia comprende el derecho de la persona sin recursos a asistencia letrada de oficio para efectos de la pre-

⁵¹ Comité de Derechos Humanos, caso Campbell (J) c. Jamaica, párr. 6.4 (1993). Cfr. Piandiong c. Filipinas, párr. 7.2 (2000) (presiones contra testigos adultos no detenidos durante la investigación no invalidan su testimonio cuando lo reafirmaron durante las audiencias del sumario). En otra decisión, el Comité calificó la intimidación de testigos a fin de que no prestaran declaración de violación de los párrafos 1 y 2 del artículo 14, a pesar de que la disposición más directamente aplicable parecería ser el inciso e) del párrafo 3 del artículo 14. Collins c. Jamaica, párr. 8.4 (1991).

⁵² Comité de Derechos Humanos, caso Richards c. Jamaica, párr. 7.2 (1995).

⁵³ Comité de Derechos Humanos, caso Gridin c. Rusia, párrs. 3.5 y 8.2 (2000) (las víctimas y sus allegados reclamaban a gritos la muerte del acusado y proferían amenazas contra el defensor y los testigos).

sentación de un recurso de inconstitucionalidad en contra de una sentencia.⁵⁴ En un caso relativo a la guarda de un niño cuyos padres eran de nacionalidades distintas, el Comité comentó que el derecho a ser oído puede comprender la obligación de tomar medidas para facilitar a un extranjero participar personalmente en un juicio.⁵⁵

Por regla general, los órganos internacionales carecen de competencia para revisar la manera en que las autoridades nacionales han sopesado las pruebas presentadas en un caso bajo consideración. Con frecuencia esta doctrina se manifiesta en la observación de que el órgano internacional no es competente para actuar como una cuarta instancia. En el caso *Van Meurs*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos manifestó lo siguiente:

Con respecto a la alegación del autor de que su caso no fue conocido con las debidas garantías, el Comité se remite a su reiterada jurisprudencia de que no es una “cuarta instancia” competente para reevaluar conclusiones de hecho o examinar la aplicación de la legislación interna. En general, corresponde a los tribunales de apelación de los Estados Partes en el Pacto evaluar los hechos y las pruebas de un caso determinado, salvo que pueda establecerse que la tramitación ante los tribunales internos fue claramente arbitraria o constituyó una denegación de justicia.⁵⁶

El derecho a un juicio justo parece ser la norma y obligación internacional que justifica, como señala el Comité de Derechos Humanos en el caso *Van Meurs*, una excepción a esta regla. La Corte Interamericana alude a esta excepción en una sentencia reciente, mediante la siguiente referencia a la jurisprudencia europea:

⁵⁴ Comité de Derechos Humanos, caso *Curie c. Jamaica*, párr. 13.4 (1994); *Kelly (P.) c. Jamaica*, párr. 9.7 (1996).

⁵⁵ Comité de Derechos Humanos, caso *Ben Said c. Noruega*, párr. 11.3 (2000). En el caso concreto el Comité consideró que no hubo violación porque el abogado del extranjero no solicitó la toma de tales medidas.

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, caso *Van Meurs c. Países Bajos*, párr. 7.1 (1990).

En igual sentido la Corte Europea ha señalado que se deben considerar los procedimientos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación, y que la función del tribunal internacional es determinar si la integridad de los procedimientos, así como la forma en que fue producida la prueba, fueron justos.⁵⁷

La CIDH confirmó esta idea en una decisión reciente relativa a la pena de muerte, observando que los alegatos relativos a presuntas irregularidades en el juicio de una persona condenada a pena de muerte deben evaluarse con el “máximo nivel de escrutinio”, lo que “impide que la Comisión aplique la fórmula de cuarta instancia.”⁵⁸ La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos parece indicar que esta conclusión es válida para procesos de toda índole, y que la doctrina de la cuarta instancia es inaplicable cada vez que hay un alegato de irregularidades relativas a la prueba que es *prima facie* fundada y suficientemente grave para finalmente sustentar la conclusión de que la sentencia es arbitraria o representa una denegación de justicia.

La Corte Interamericana reconoció una violación del derecho a un proceso justo en el caso Loayza Tamayo. La decisión sobre este caso parece conceptualizar la violación del derecho a un “juicio justo” como el efecto global de las múltiples violaciones a las garantías procesales específicas, pero también toma en cuenta otros aspectos del juicio, en particular la forma como los tribunales manejaron las pruebas. La parte pertinente de la sentencia es la siguiente:

En segundo término, la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obvia-

⁵⁷ Corte Interamericana, caso *Bámaca Velásquez* (Fondo), párr. 189 (2000). En el caso *Sequiera Mangas c. Nicaragua* (1997) la CIDH también cita la jurisprudencia de la Corte Europea como fuente de la regla de que “La determinación de si un proceso judicial satisface los requisitos de los artículos 8 y 25 debe hacerse sobre la base de las circunstancias de cada caso en particular y examinando el proceso en su totalidad”, párr. 104.

⁵⁸ CIDH, caso *Thomas c. Trinidad y Tobago*, párrs. 90 y 142 (2001).

mente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso. El hecho de que la señora María Elena Loayza Tamayo haya sido condenada en el fuero ordinario con fundamento en pruebas supuestamente obtenidas en el procedimiento militar, no obstante ser éste incompetente, tuvo consecuencias negativas en su contra en el fuero común.⁵⁹

La CIDH describió este concepto en el caso *Martín de Mejía*, al señalar lo siguiente:

El artículo 8 de la Convención Americana establece los requisitos que deben observarse en las diversas etapas procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales. (...) Este artículo comprende distintos derechos y garantías que provienen de un valor o bien jurídico común y que considerados en su conjunto conforman un derecho único no definido específicamente pero cuyo inequívoco propósito es en definitiva asegurar el derecho de toda persona a un proceso justo.⁶⁰

Esta jurisprudencia ha sido reiterada en una serie de casos recientes.⁶¹ En uno de ellos, la CIDH agregó que “Este derecho es una garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención, debido a que representa un límite al abuso del poder por parte del Estado.”⁶²

⁵⁹ Corte Interamericana, caso *Loayza Tamayo* c. Perú, párr. 62.

⁶⁰ CIDH, caso *Martín de Mejía* c. Perú, pp. 208-209 (1996).

⁶¹ CIDH, caso *Mavares* c. Venezuela, párr. 118 (1997); *Sequiera Mangas* c. Nicaragua, párr. 102 (1997); y *Figueredo Planchart* c. Venezuela, párr. 92 (2000).

⁶² CIDH, caso *Mavares* c. Venezuela, *ibíd.*

En el caso *García*, la CIDH consideró que una condena basada en pruebas materiales obtenidas en forma ilegal era violatoria del primer párrafo del artículo 8 de la Convención.⁶³ También consideró que el derecho al debido proceso requiere que una sentencia sea fundamentada con mención de los elementos esenciales de hecho y de derecho, conforme al derecho interno, pero si una sentencia en alzada se limita a reproducir la motivación incluida en la sentencia del tribunal inferior, esto no constituye, en sí, una denegación de justicia.⁶⁴

5.6 El derecho a ser oído públicamente por un tribunal competente, independiente e imparcial (tribunales ordinarios)

i) La competencia del tribunal

El requisito de que los tribunales que conocen un caso sean competentes es una de las normas internacionales cuyo contenido se define esencialmente por referencia al derecho interno. La decisión de la CIDH en el caso *Figueredo Planchart*, por ejemplo, descansa claramente sobre su interpretación de una disposición constitucional. La CIDH concluye que la decisión de la Corte Suprema de enjuiciar al acusado –un congresista y exministro de gobierno– era incompatible con dicha disposición y, por tanto, vulneraba el derecho a ser juzgado por el tribunal competente.⁶⁵

Mientras que el PIDCP consagra el derecho de la persona “a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”, la Convención Americana precisa que el tribunal debe ser “establecido con anterioridad por la ley.” En el caso

⁶³ CIDH, caso *Alan García c. Perú* (pp. 102-103 de la versión en inglés).

⁶⁴ CIDH, caso *Marín Ramírez c. Colombia*, párrs. 41 y 42 (1998).

⁶⁵ CIDH, caso *Figueredo Planchart c. Venezuela*, párrs. 97-101 (2000).

Ivcher Bronstein, la Corte Interamericana declaró que la creación de salas transitorias especializadas de la Corte Suprema “en el momento en que ocurrían los hechos del caso” examinado por una de dichas salas, incumplió esta garantía.⁶⁶ La CIDH, en el caso Oviedo, consideró que la creación de un tribunal especial para juzgar al líder de una tentativa de golpe no fue violatoria de esta garantía porque el tribunal fue creado de conformidad con una disposición constitucional anterior a los hechos, la cual establecía el proceso para la creación e integración de un tribunal de esta naturaleza, así como el procedimiento aplicable.⁶⁷

El vocablo “juez natural” es empleado como sinónimo de “tribunal competente”.⁶⁸ La modificación de la competencia de los tribunales en materia civil puede ser violatoria del derecho a un recurso, según jurisprudencia que se presenta en el Capítulo 6.

ii) La independencia del tribunal

Los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, son de gran valor en la interpretación del contenido de este precepto. Cualquier definición del concepto tendría necesariamente que incorporar los siguientes elementos de los Principios 2 y 1:

Los jueces resolverán los asuntos que conozcan (...) sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

⁶⁶ Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein (Fondo) párr. 114.

⁶⁷ CIDH, caso Oviedo c. Paraguay, párr. 29 (1999).

⁶⁸ Véase por ejemplo CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 94.

El Comité de Derechos Humanos ratificó esta interpretación en el caso Bahamonde, al señalar que “una situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no son claramente distinguibles o en la que este último puede controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente e imparcial, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.”⁶⁹ La decisión del Comité en el caso González del Río resalta la importancia de la dimensión subjetiva de la independencia. El Comité, en su decisión, “recuerda que el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna.”⁷⁰ En el caso concreto, “algunos de los jueces involucrados en su caso habían hecho mención de las implicaciones políticas que entrañaba (...) y habían justificado sobre esta base la falta de acción de los tribunales. (...)”⁷¹ Esta actitud –cabe destacar que no hubo referencia alguna a presiones o injerencias– fue declarada incompatible con el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial.⁷²

Para la Corte Interamericana “Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos.”⁷³ Los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura son citados como fuente de esta conclusión.

En el caso del Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana hizo hincapié en lo siguiente:

Esta Corte considera que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia

⁶⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, párr. 9.4 (1994).

⁷⁰ Comité de Derechos Humanos, caso González del Río c. Perú, párr. 5.2 (1992).

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² *Ibíd.* Asimismo, se concluye que hubo violación del derecho a un proceso justo.

⁷³ Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein (Fondo), párr. 112 (2001).

de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución.⁷⁴

Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.⁷⁵

En su análisis de las violaciones del debido proceso en la destitución de los magistrados, la Corte Interamericana cita el principio 17 de los Principios Básicos.⁷⁶ Las reiteradas referencias a este instrumento por la Corte confirman su valor e importancia en la interpretación del concepto del derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial.⁷⁷

La CIDH ha señalado que “la independencia del Poder Judicial es un requisito imprescindible para la vigencia práctica de los derechos humanos en general”.⁷⁸ En el caso Carranza, la CIDH reafirmó el principio de la inamovilidad de los jueces, observando al respecto lo siguiente:

⁷⁴ Corte Interamericana, caso del Tribunal Constitucional (Perú) (Fondo), párr. 73 (se cita el Principio 1 de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura).

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 75 (se omiten las notas de pie de página). La jurisprudencia de la Corte Europea sobre las garantías de la independencia de los tribunales también está citada en la decisión de la CIDH en el caso Alan García c. Perú (1994) (pp. 94-95 de la versión en inglés).

⁷⁶ *Ibíd.*, párrs. 74 y 80-84.

⁷⁷ La CIDH, por su parte, considera que “El artículo 8. 1 de la Convención Americana puede ser interpretado a la luz de estos principios”. Véase CIDH, caso Lizardo Cabrera c. República Dominicana, párr. 96 (1997).

⁷⁸ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, p. 67 (1983).

Este sistema crea estabilidad en la magistratura; si el juez ha de ser removido, dicha remoción debe llevarse a cabo en estricta conformidad con los procedimientos establecidos en la Constitución, como salvaguarda del sistema democrático de gobierno y el Estado de Derecho. El principio se basa en la propia naturaleza especial de la función de los tribunales y garantiza la independencia de los jueces frente a las demás ramas del gobierno y ante los cambios político-electorales.⁷⁹

En el caso Lizardo, la CIDH hace hincapié en que “el desacato a órdenes judiciales y la impunidad de los autores del mismo es una interferencia indebida en la independencia de los tribunales de justicia”.⁸⁰

iii) La imparcialidad del tribunal

Los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura disponen, como se indicó, que “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho (...)”⁸¹ En el caso Karttunen, el Comité de Derechos Humanos define la imparcialidad como sigue:

La imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del párrafo 1 del artículo 14. La “imparcialidad” del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes.⁸²

⁷⁹ CIDH, caso Carranza c. Argentina, párr. 41 (1997).

⁸⁰ CIDH, caso Lizardo Cabrera c. República Dominicana, párr. 95.

⁸¹ Al respecto ver el Principio 2.

⁸² Comité de Derechos Humanos, caso Karttunen c. Finlandia, párr. 7.2 (el tribunal estaba integrado por un juez profesional y cinco jueces legos, entre ellos el que debe haber sido recusado).

Cuando existen motivos para pensar que un juez debe recusarse, el juez o el tribunal que integra, debe actuar ex officio. El Comité de Derechos humanos señaló en este caso que “Normalmente un juicio viciado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado [no puede considerarse] un juicio justo o imparcial en el sentido del artículo 14.”⁸³ El Comité aplicó dicha presunción y declaró el proceso violatorio del artículo 14.1, porque el proceso de apelación también comportaba violaciones del debido proceso y, por tanto, no podía corregir el problema que se presentó en primera instancia.⁸⁴

En los países que tienen la institución del jurado, éste tiene que reunir los requisitos de independencia y, sobre todo, imparcialidad. En el caso *Collins*, el Comité de Derechos Humanos hizo el comentario siguiente:

En un juicio con jurado, la necesidad de evaluar los hechos y las pruebas con independencia e imparcialidad se aplica también a éste: es esencial que todos los jurados estén en situación de evaluar equilibrada y objetivamente los hechos y las pruebas que se presenten, a fin de pronunciar un veredicto justo. La posibilidad del jurado de actuar con arreglo a estas premisas se ve comprometida cuando, como en este caso, se ve sometido a influencias extrañas, y con mayor motivo cuando la policía o un agente investigador tratan de influenciar en el veredicto del jurado antes de que el juez resuma las pruebas.⁸⁵

Este tipo de conducta configuró una violación del primer párrafo del artículo 14.⁸⁶

En el caso Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana concluyó que la decisión del tribunal que rechazó el recurso de las víctimas “se debe a apreciaciones no estrictamente jurídicas.”⁸⁷ Además,

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*, párr. 7.3.

⁸⁵ Comité de Derechos Humanos, caso *Collins c. Jamaica*, párr. 8.4 (1991).

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Corte Interamericana, caso Tribunal Constitucional (Perú) (Fondo), párr. 96.

los magistrados que conocían el recurso de amparo habían participado en una fase anterior del proceso. Por estas razones, concluye la Corte, los requisitos de imparcialidad no se reunieron y “los recursos intentados por las supuestas víctimas no eran capaces de producir el resultado para el que habían sido concebidos y estaban condenados al fracaso.”⁸⁸ La Corte calificó esta situación como violación del derecho a la protección judicial, consagrado por el artículo 25 del PIDCP, aunque es evidente que también representaba una violación del derecho a ser oído por un tribunal imparcial.⁸⁹

La jurisprudencia de la CIDH señala que “La imparcialidad supone que el juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso *sub judice* y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado.”⁹⁰ En otra oportunidad, la CIDH precisó: “Lo decisivo no es el temor subjetivo de la persona interesada con respecto a la imparcialidad que debe tener el tribunal que se ocupa del juicio, sino el hecho de que en las circunstancias pueda sostenerse que sus temores se justifican objetivamente.”⁹¹ Asimismo, se señala que “La imparcialidad subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario.”⁹²

En casos penales la imparcialidad del juez esta íntimamente vinculada a la presunción de inocencia. La CIDH ha manifestado al respecto: “La presunción de inocencia se relaciona, en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable.”⁹³

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ La Corte Interamericana también consideró que la comisión del Congreso que destituyó a los magistrados era parcial, párr. 84.

⁹⁰ CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, p. 209 (1996).

⁹¹ CIDH, caso Gómez López c. Venezuela, párr. 22 (1997); Vila-Masot c. Venezuela, párr. 19 (1997).

⁹² CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, p. 209 (1996). Véase también Malary c. Haití, párr. 75 (2002).

⁹³ CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, p. 209 (1996).

En el caso Figueredo Planchart, la CIDH identificó algunas indicaciones de parcialidad, señalando al respecto:

A juicio de la Comisión, las filtraciones a la prensa por parte de los órganos encargados de administrar justicia en Venezuela antes de que el imputado pueda ejercer su derecho a la defensa vician el proceso gravemente y ponen en serias dudas la imparcialidad de las autoridades judiciales. Estos hechos, sumados a las declaraciones de algunos magistrados prejuzgando o adelantando juicio y calificando al imputado como reo antes de la sentencia condenatoria, demuestran la parcialización de dicha autoridad judicial con una de las partes en el proceso, que en este caso es el Estado, y la descalifica como juez independiente e imparcial de acuerdo con los principios establecidos por la Convención Americana.⁹⁴

Recientemente, la CIDH adoptó una jurisprudencia sobre la imparcialidad de los jurados. En el caso Thomas, la CIDH consideró que una persona acusada de homicidio había sido privada de su derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial cuando el juez dijo al jurado “no preveo que tengan algún problema en tal sentido de que fue el acusado quien lo mató.”⁹⁵ El caso Garza trata de un proceso con jurado que comprendía dos fases, una sobre la responsabilidad penal y otra sobre la pena. En la primera, el acusado fue condenado por tres homicidios y en la segunda, el fiscal presentó al jurado indicios de su participación en cuatro homicidios más, por los cuales nunca había sido condenado. La CIDH consideró que el jurado no era capaz de sopesar con imparcialidad la información sobre los homicidios adicionales, puesto que lo acababa de condenar por tres cargos del mismo delito.⁹⁶ La decisión en el caso Andrews reconoce la obligación del Estado de investigar cualquier indicio de

⁹⁴ CIDH, caso Figueredo Planchart, párr. 140 (2000) (énfasis en el original).

⁹⁵ CIDH, caso Thomas c. Jamaica, párrs. 140-141 (2001).

⁹⁶ CIDH, caso Garza c. Estados Unidos, párr. 107 (2001).

que el jurado no reúne los requisitos de imparcialidad. Durante el transcurso del juicio hubo una indicación sobre un posible prejuicio racial de parte de un miembro del jurado. En vez de investigar esto el juez se limitó a advertir al jurado que ninguna manifestación de prejuicio racial debía influir en sus deliberaciones. La CIDH aplicó la jurisprudencia del Comité contra la discriminación racial de las Naciones Unidas en el sentido de que “una sospecha razonable de que existe predisposición es suficiente para descalificar a un miembro del jurado y que ‘corresponde a las autoridades judiciales nacionales investigar la cuestión y descalificar el miembro del jurado si existe la sospecha de que está predispuesto’.”⁹⁷

En el caso Malary la CIDH concluyó que las relaciones personales entre algunos miembros del jurado y los inculpados, las conexiones entre aquéllos y el gobierno anterior, así como indicios de soborno de algunos miembros del jurado y sus abiertas manifestaciones de simpatía con uno de los acusados durante las audiencias permitían concluir que el jurado había sido parcial y que se había producido una violación del artículo 8.1 del PIDCP.⁹⁸

La jurisprudencia interamericana establece que los requisitos de independencia, imparcialidad y eficacia se aplican no sólo a los juicios penales y a acciones civiles emprendidas por individuos, sino también a investigaciones que el Estado está obligado a emprender en su capacidad de garante de los derechos humanos. En el caso Bolaños, la CIDH hizo hincapié en la importancia de que las investigaciones de violaciones graves de los derechos humanos estén a cargo de órganos imparciales. La decisión establece:

Es obligación del Gobierno [sic] llevar a cabo una investigación completa, independiente e imparcial sobre cualquier supuesta violación del derecho a la vida. Cuando el Estado permite que las investigaciones las

⁹⁷ CIDH, caso Andrews c. Estados Unidos, párr. 159 (1996) (citando Narrainen c. Noruega, CERD, caso 3/1991, 1994).

⁹⁸ CIDH, caso Malary c. Haití, párrs. 76-80 (2002).

dirijan los órganos potencialmente implicados [en los hechos], la independencia y la imparcialidad se ven claramente comprometidas (...)»⁹⁹

iv) La publicidad del proceso

El principio de la publicidad del proceso está consagrado tanto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por el PIDCP, como por la Declaración y la Convención Americanas. Los dos primeros instrumentos reconocen este principio como aplicable, a todo proceso judicial, mientras que los instrumentos regionales lo limitan a procesos penales. Las excepciones a este principio también están definidas en términos distintos por la normativa universal y la regional. La Convención Americana reconoce el derecho a un proceso público “salvo, en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” –excepción bastante amplia y nebulosa–, mientras que el PIDCP reconoce la legitimidad de las restricciones destinadas a proteger los bienes jurídicos enumerados taxativamente en el primer párrafo del artículo 14, entre ellos la moral, el orden público y la seguridad nacional. El PIDCP también contiene algunas precisiones que no figuran en la Convención Americana, tal como la regla según la cual la sentencia normalmente debe ser pública, aún cuando las audiencias no lo sean.

La Observación General No. 13 del Comité de Derechos Humanos contiene el siguiente comentario sobre la publicidad de los procesos:

La publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general. Al mismo tiempo, el párrafo 1 del artículo 14 reconoce que los tribunales tienen la facultad de excluir la totalidad o parte del público por las razones

⁹⁹ CIDH, caso Bolaños c. Ecuador, párr. 48 (1995); Hermanas González c. México, párr. 81 (2001). Véase también Malary c. Haití, párr. 53.

que se enumeran en dicho párrafo. Debe observarse que, con independencia de esas circunstancias excepcionales, el Comité considera que las audiencias deben estar abiertas al público en general, incluidos los miembros de la prensa, sin estar limitadas, por ejemplo, a una determinada categoría de personas. Debe observarse que, aun en los casos en que el público quede excluido del proceso, la sentencia, con algunas excepciones estrictamente definidas, debe hacerse pública.¹⁰⁰

El derecho de toda persona a ser oída públicamente conlleva la obligación positiva de “facilitar al público información sobre la fecha y lugar de la vista oral y disponer de medios adecuados para la asistencia de miembros del público, dentro de límites razonables”, según la jurisprudencia del Comité.¹⁰¹ La razonabilidad de las medidas tomadas para permitir la asistencia del público a las audiencias debe tomar en cuenta consideraciones como “el posible interés público por el caso y la duración de la vista oral”.¹⁰²

La jurisprudencia sobre la aplicabilidad de este requisito de publicidad al sumario o a la apelación es ambigua. En el caso *Kavanagh*, el Comité de Derechos Humanos consideró obligatoria la publicidad únicamente durante el enjuiciamiento, y no para “las decisiones anteriores de éste que adopten fiscales o autoridades públicas.”¹⁰³ La decisión del Comité se refiere a la decisión del fiscal a llevar el caso ante un tribunal especial en vez de la justicia ordinaria, lo que deja dudas sobre el alcance de este antecedente. En el caso *Karttunen*, el Comité señaló que “La imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del párrafo 1 del artículo 14.”¹⁰⁴ El Comité concluyó que el proceso en segunda instancia había vulnerado este de-

¹⁰⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 6.

¹⁰¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Van Meurs c. Países Bajos*, párr. 6.2 (1990).

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Comité de Derechos Humanos, caso *Kavanagh c. Irlanda*, párr. 10.4.

¹⁰⁴ Comité de Derechos Humanos, caso *Karttunen c. Finlandia*, párr. 7.2 (1993).

recho por ser escrito y no oral, lo que imposibilitó una cabal evaluación de las pruebas y los argumentos de la defensa.¹⁰⁵ No queda claro si la celebración de una audiencia contradictoria cerrada al público hubiera llevado a la misma conclusión.

v) La independencia e imparcialidad del Ministerio Público

Si bien la doctrina internacional no prescribe la independencia orgánica o estructural de la fiscalía, sí establece que ésta debe actuar con imparcialidad y sin injerencias. Las Directrices sobre la función de los fiscales aprobadas por las Naciones Unidas en 1990 establecen lo siguiente al respecto:

12. Los fiscales, de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal.

4. Los Estados garantizarán que los fiscales puedan ejercer sus funciones profesionales sin intimidación, trabas, hostigamiento, injerencias indebidas o riesgo injustificado de incurrir en responsabilidad civil, penal o de otra índole.

La jurisprudencia interamericana considera estos principios como parte integral del derecho a ser oído con independencia e imparcialidad, así como resguardo de la presunción de inocencia. En el caso *Martín de Mejía*, la CIDH declaró que una ley que obligaba al fiscal a formular acusación penal contra toda persona denunciada por participación en terrorismo vulneraba la Convención Americana por dos motivos. Primero, porque “invierte la carga de la prueba y crea en la práctica una presunción de culpabilidad” y, segundo, porque al

¹⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 7.3.

obligar al fiscal a “acusar al imputado aún cuando no existen elementos de prueba suficientes que funden la acusación (...) no garantiza la imparcialidad del órgano juzgador.”¹⁰⁶ La Corte Interamericana ha confirmado la aplicabilidad de los requisitos plasmados en el artículo 8.1 de la Convención a las etapas preliminares del procedimiento penal en el caso Loayza Tamayo (véase la sección 5.8).

5.7 Los tribunales especiales y militares

i) La jurisprudencia universal

El Comité de Derechos Humanos considera que la sustanciación de juicios penales o civiles ante tribunales militares o especiales si bien conlleva riesgos importantes en lo referente a los derechos de la defensa, no es en sí violatoria del derecho a ser juzgado por tribunal competente, independiente e imparcial. Su Observación General No. 13 señala al respecto lo siguiente:

Las disposiciones del artículo 14 se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de este artículo, ya sean ordinarios o especiales. El Comité observa la existencia, en muchos países, de tribunales militares o especiales que juzgan a personas civiles. Esto podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia. Muy a menudo la razón para establecer tales tribunales es permitir la aplicación de procedimientos excepcionales que no se ajustan a las normas habituales de justicia. Si bien el Pacto no prohíbe estas categorías de tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14. (...) En algunos países, esos tribunales militares y especiales no proporcionan las garantías es-

¹⁰⁶ CIDH, caso Martín de Mejía, pp. 211-212 (1996).

trictas para la adecuada administración de la justicia, de conformidad con las exigencias del artículo 14, que son fundamentales para la eficaz protección de los derechos humanos. Si los Estados Partes deciden, en situaciones excepcionales, como prevé el artículo 4, dejar en suspenso los procedimientos normales requeridos en virtud del artículo 14, deben garantizar que tal suspensión no rebase lo que estrictamente exija la situación en el momento y que se respeten las demás condiciones estipuladas en el párrafo 1 del artículo 14.¹⁰⁷

En una decisión adoptada en 1991 el Comité de Derechos Humanos concluyó que un tribunal militar que ostentaba las siguientes garantías podía considerarse independiente e imparcial:¹⁰⁸

- El tribunal militar es presidido por un juez miembro de un tribunal civil superior.
- Los miembros militares del tribunal son nombrados por la Corona [Jefe de Estado] y son inamovibles.
- Los jueces militares no desempeñan ninguna función en la jerarquía militar y sus sueldos son sufragados por el Ministerio de Justicia.
- Los jueces prestan juramento sobre el cumplimiento de sus funciones con justicia e imparcialidad.
- Los jueces no deben obediencia ni tienen que responder a nadie por sus decisiones.
- Las sesiones del tribunal son públicas.

En otra decisión, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el tribunal especial instalado en Perú era manifiestamente incompatible con el primer párrafo del artículo 14. Los fundamentos de la decisión son los siguientes:

¹⁰⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 4 (1984).

¹⁰⁸ Comité de Derechos Humanos, caso J.P.K. c. Países Bajos, párr. 4.2 (el acusado no se presentó para cumplir con su servicio militar).

Los juicios ante tribunales especiales integrados por jueces anónimos son incompatibles con el artículo 14 del Pacto. (...) En esta situación, los acusados desconocen quiénes son los jueces que les juzgan, y la posibilidad de que los acusados preparen su defensa y se comuniquen con sus abogados tropieza con obstáculos inaceptables. Además, este sistema no garantiza un aspecto fundamental de un juicio justo de conformidad con el significado del artículo 14 del Pacto: el de que el Tribunal deba tanto ser, como parecer ser independiente e imparcial. En el sistema de juicios con “jueces sin rostro”, ni la independencia ni la imparcialidad de los jueces están garantizadas, ya que el tribunal, establecido *ad hoc*, puede estar compuesto por militares en servicio activo. En opinión del Comité, ese sistema tampoco asegura el respeto a la presunción de inocencia, garantizado en el párrafo 2 del artículo 14.¹⁰⁹

Cabe subrayar que la contradicción entre las características de estos tribunales y los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 14 es de carácter estructural, de modo que la víctima no está obligada a demostrar que los jueces que lo integran son parciales o carecen de independencia.

Otra decisión reciente trata de un juicio ante tribunal especial que privaba al acusado del derecho a ser juzgado por un jurado, derecho considerado fundamental en la legislación interna pero no reconocido por la normativa internacional. No se puso en tela de juicio la independencia ni la imparcialidad del tribunal, ni tampoco la eficacia de las garantías del debido proceso reconocidas por el PIDCP.¹¹⁰ En cambio, se alegó que la decisión de llevar al acusado ante un tribunal especial en vez de un tribunal ordinario, con la consecuente privación de ciertas garantías reconocidas por la legisla-

¹⁰⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Polay c. Perú, párr. 8.8 (1997).

¹¹⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Kavanagh c. Irlanda, párrs. 10.1 y 10.4 (2001). El Comité consideró infundados los alegatos relativos a la presunción de inocencia y publicidad del proceso, y un alegato relativo al derecho a interrogar a los testigos a cargo antes del plenario no fue examinado a la luz del párrafo 3 del artículo 14.

ción nacional, violaba el principio de la igualdad de las personas ante la justicia. El Comité de Derechos Humanos consideró que este alegato debía evaluarse a la luz del principio de igualdad ante la ley e igual protección de la ley, consagrado por el artículo 26 del PIDCP, de manera que debía determinarse si la decisión de dar un trato diferente obedecía a “motivos razonables y objetivos.”¹¹¹ En el caso concreto, la legislación otorgaba al fiscal una discreción amplísima, el acusado no tenía derecho a conocer los motivos de esta decisión y la posibilidad de una revisión judicial efectiva era muy remota.¹¹² El Comité concluyó, por tanto, que se había producido una violación del artículo 26 del PIDCP.¹¹³

En los últimos años, algunas de las instancias especializadas de la Comisión de Derechos Humanos han sugerido que la citada Observación del Comité de Derechos Humanos, adoptada en 1984, puede estar algo desactualizada. En 1998 el Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados comentó lo siguiente:

En lo que respecta a la utilización de tribunales militares para juzgar a civiles, en el derecho internacional está apareciendo un consenso sobre la necesidad de restringir radicalmente, o incluso prohibir, esa práctica. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No.13 sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dijo que, si bien el Pacto no prohíbe los tribunales militares, el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14. El Relator Especial tiene ciertas reservas respecto de esta Observación General, habida cuenta de la evolución actual del derecho internacional, que se orienta hacia la prohibición de la utilización de tribunales militares para el procesamiento de civiles.

¹¹¹ *Ibíd.*, párr. 10.2.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ *Ibíd.*, párr. 10.3.

Los principios 3 y 5 de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura prevén el derecho de toda persona a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios o por tribunales legalmente establecidos. En forma más categórica, el principio 5 f) de los principios de Singhvi dispone que la competencia de los tribunales militares estará limitada a los delitos militares y que existirá siempre un derecho de apelación contra las decisiones de esos tribunales ante una corte o tribunal de apelaciones legalmente calificados o de interponer un recurso para solicitar una anulación. Además, el principio 22 b) de los Principios de Johannesburgo prevé que un civil no podrá en ningún caso ser juzgado por un tribunal o corte militar por un delito contra la seguridad. El párrafo 4 del artículo 16 de las Normas de París también prevé que las cortes civiles tendrán y mantendrán su competencia para todos los juicios de civiles acusados de delitos contra la seguridad u otros delitos conexos; se prohibirá la iniciación de tales actuaciones ante un tribunal o corte militar o su remisión a esas instancias. La creación de cortes o tribunales especiales con competencia para juzgar delitos que son básicamente de carácter político es contraria al régimen de derecho en un estado de excepción.¹¹⁴

Al año siguiente, el Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria hizo suyas estas observaciones del Relator Especial, y propuso lo siguiente:

El Grupo estima que de subsistir alguna forma de justicia militar, debería en todo caso respetar cuatro límites:

- a) debería declararse incompetente para juzgar a civiles;
- b) debería declararse incompetente para juzgar a militares, si entre las víctimas hay civiles;

¹¹⁴ Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados, E/CN.4/1998/39/Add.1 (informe de una misión al Perú), párrs. 78-79 (se omiten las citas).

- c) debería declararse incompetente para juzgar a civiles y a militares en los casos de rebelión, sedición o cualquier delito que ponga o pueda poner en peligro un régimen democrático;
- d) no estaría en ningún caso autorizado a imponer la pena de muerte.¹¹⁵

ii) La jurisprudencia interamericana

Los órganos del sistema interamericano han desarrollado una jurisprudencia importante sobre los tribunales militares y especiales. Uno de los principios consagrados en los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura ocupa un lugar clave en esta jurisprudencia, como demuestra el siguiente extracto de la sentencia en el caso Castillo Petruzzi:

Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”.¹¹⁶

El caso Castillo Petruzzi trató de cuatro civiles condenados por el delito de traición en procesos sustanciados ante tribunales militares integrados por jueces “sin rostro”. Con respecto a la independencia e imparcialidad de los tribunales militares, la Corte Interamericana manifestó lo siguiente:

¹¹⁵ Comisión de Derechos Humanos, Grupo de trabajo sobre detención arbitraria, E/CN.4/1999/63, párr. 79.

¹¹⁶ Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi y otros (Fondo), párr. 129 (citando el Principio 5). La primera frase del extracto hace eco del Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile del año 1985, pp. 199-200. Véase también el caso Ivcher Bronstein (Fondo), párr. 112 (supra).

El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares.¹¹⁷

Además, la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean “sin rostro”, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces.¹¹⁸

En relación con el presente caso, la Corte entiende que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal.¹¹⁹

En cuanto a la publicidad de los procesos, la Corte Interamericana manifestó que los juicios:

¹¹⁷ *Ibíd.*, párr. 131. Véase también el caso Cantoral Benavides (Fondo), párr. 114.

¹¹⁸ *Ibíd.*, párr. 133.

¹¹⁹ *Ibíd.*, párr. 132.

En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención.¹²⁰

En el caso Durand y Ugarte la Corte Interamericana declaró categóricamente que los civiles no deben ser juzgados por tribunales militares:

En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles (...) ¹²¹

La problemática del protagonismo de las autoridades militares en las etapas iniciales de un proceso penal fue abordada por la Corte Interamericana en el caso Loayza Tamayo. En este caso, la justicia militar absolvió a la acusada del delito de traición y ordenó que el caso fuera remitido al fuero civil para ser juzgada por el delito de terrorismo. La justicia militar tenía las mismas características que las señaladas en el caso Castillo Petruzzi (supra). Luego, la acusada fue condenada por terrorismo por un tribunal especial del tipo considerado en el caso Polay (supra). La Corte declaró que la remisión del caso era incompatible con el artículo 8.1 de la Convención Americana porque la investigación y acusación no estuvieron a cargo de las autoridades civiles (la Policía Nacional y el Ministerio Público), las únicas con competencia para investigar delitos cometidos por civiles, según el derecho interno, y las únicas investidas con independencia e imparcialidad.¹²²

¹²⁰ *Ibíd.*, párr. 172.

¹²¹ Corte Interamericana, caso Durand y Ugarte (Fondo), párr. 117 (2000).

¹²² Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo (Fondo), párr. 61 (1997). La Corte también consideró que la remisión violó la presunción de inocencia y el principio de *no bis in idem*, párrs. 63 y 77.

Los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad también se aplican a procesos contra presuntos autores de violaciones de derechos humanos. En el caso *Genie Lacayo*, relativo a un juicio contra militares por asesinato, la Corte Interamericana declaró que “la circunstancia de que se trate de una jurisdicción militar no significa *per se* que se violen los derechos humanos que la Convención garantiza a la parte acusadora”.¹²³ En el caso concreto, el padre del difunto “pudo intervenir en el procedimiento militar, ofrecer pruebas, ejercitar los recursos respectivos y finalmente acudir en casación ante la Corte Suprema de Justicia (...)”, de manera que se habían respetado sus derechos procesales.¹²⁴ El análisis de la independencia e imparcialidad del tribunal se limita en esta decisión al marco legislativo y a la naturaleza de los principios aplicados por el tribunal militar. Como el raciocinio de las decisiones judiciales se limitaba a consideraciones estrictamente jurídicas –a pesar de un cuadro normativo que incorporaba preceptos de carácter político–, la Corte consideró que no era posible tachar las actuaciones del tribunal de parciales ni carentes de independencia.¹²⁵

En su sentencia más reciente, en el caso *Durand y Ugarte*, la Corte Interamericana aplicó criterios de otro orden. La sentencia reza en parte:

En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, (...) sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.¹²⁶

¹²³ Corte Interamericana, caso *Genie Lacayo* (Fondo), párr. 84 (1997).

¹²⁴ *Ibíd.*, párr. 85.

¹²⁵ *Ibíd.*, párrs. 86-87.

¹²⁶ Corte Interamericana, caso *Durand y Ugarte* (Fondo), párr. 117 (2000).

El caso Durand y Ugarte concierne a una masacre de presos amotinados que la Corte Interamericana calificó de “uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función.”¹²⁷ Hechos de esta índole, opinó la Corte, “no pueden considerarse delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no.”¹²⁸ Los tribunales militares que conocieron los hechos “constituyen un alto Organismo de los Institutos Armados” y los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, dichos oficiales estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial.¹²⁹

En el caso Salinas y otros, la CIDH declaró que el enjuiciamiento de más de 20 oficiales de las Fuerzas Armadas por un tribunal militar por cargos de rebelión militar y delitos conexos vulneraba el artículo 8.1 de la Convención Americana, entre otras razones porque “el Fuero Privativo Militar no es ‘un tribunal competente, independiente e imparcial’ puesto que forma parte, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Justicia Militar peruana, del Ministerio de Defensa, es decir se trata de un fuero especial subordinado a un órgano del Poder Ejecutivo.”¹³⁰ Este tipo de análisis estructural no parece suficiente para sustentar la conclusión, a la luz de la jurisprudencia sentada posteriormente en el caso Durand y Ugarte, que pone énfasis en la naturaleza de los hechos. No obstante, la decisión también anota una serie de irregularidades manifiestas que afectaron el desarrollo de los procesos (por ejemplo, el sistemático rechazo de testigos propuestos por la defensa así como los recursos interpuestos por la misma) que, en su conjunto y en el contexto político-institu-

¹²⁷ *Ibíd.*, párr. 118.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*, párr. 126.

¹³⁰ CIDH, caso Salinas y otros, p. 125 (1994) (versión en inglés).

cional, apoyan la conclusión de que el tribunal debe haber actuado bajo la influencia del gobierno de facto.¹³¹

La jurisprudencia del caso Durand y Ugarte, basada en la distinción entre delitos militares y comunes, y el criterio de que “la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales”, establece una regla algo abstracta cuyo contenido preciso queda por aclarar mediante su aplicación a otras situaciones concretas. En los últimos años la CIDH ha aplicado una regla bastante clara y sencilla que establece que los tribunales militares no deben tener competencia para conocer casos de violaciones de los derechos humanos.¹³² La CIDH considera esta regla coherente con la jurisprudencia de Durand y Ugarte y ha continuado aplicándola en algunos casos.¹³³ No obstante, en un caso reciente aplicó un criterio más preciso, señalando que la ejecución extrajudicial de personas que no opusieron resistencia a su captura no puede considerarse como una actividad militar legítima y, por tanto, no debe competir a la jurisdicción militar.¹³⁴ En casos relativos a la investigación de violaciones de los derechos humanos, la CIDH sigue aplicando otra vertiente de su jurisprudencia centrada en la relación entre los presuntos autores de los hechos investigados y la autoridad responsable de la investigación. Según dicha jurisprudencia “Cuando el Estado permite que las investigaciones las dirijan los órganos potencialmente implicados, la independencia y la imparcialidad se ven claramente afectadas.”¹³⁵

¹³¹ *Ibíd.*, pp.121-122. La decisión observa –pero no cita como sustento de sus conclusiones– que los oficiales se habían reunido para considerar posibles acciones destinadas a defender la Constitución y derrocar el gobierno del presidente Fujimori.

¹³² CIDH, caso Fuentes Guerrero c. Colombia, párr. 47 (1999); Tordecilla c. Colombia, párr. 53 (2000).

¹³³ CIDH, caso Masacre de Riofrío (Colombia), párr. 28 (2001); Isaza Echeverri y otro c. Colombia, párr. 54 (2001).

¹³⁴ CIDH, caso Prada González y otro c. Colombia, párr. 43 (2001).

¹³⁵ CIDH, caso Bolaños c. Ecuador, párr. 48 (1995), Hermanas González c. México, párr. 81 (2001).

Los tribunales revolucionarios pueden presentar algunos de los mismo defectos que los tribunales militares, según la CIDH. En uno de sus informes, la CIDH comentó:

Además, no puede dejar de tomarse en consideración que lejos de ser tribunales judiciales, constituyen tribunales administrativos dependientes del Ministerio de Justicia integrado por milicianos, reservistas y o adeptos del Frente Sandinista de Liberación, es decir, enemigos políticos de los reos, por lo cual su imparcialidad, ecuanimidad e independencia de criterio se encuentran seriamente comprometidas.¹³⁶

5.8 La presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia tiene tres dimensiones distintas. Una se refiere a la manera en que se determina la responsabilidad penal, y en particular la carga de la prueba. Otra concierne a la imputación de responsabilidad penal o participación en hechos delictivos a un individuo que no ha sido juzgado. La tercera consiste en algunos corolarios relativos al trato de personas bajo investigación por un delito y a presos sin condena.

El Comité de Derechos Humanos se refiere a los dos primeros aspectos en su Observación General No. 13, en un párrafo que señala lo siguiente:

En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso.¹³⁷

¹³⁶ CIDH, Informe Anual 1982-1983, pp. 18-19.

¹³⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 7.

Con respecto a la tercera dimensión, la jurisprudencia universal y la interamericana hacen hincapié en el vínculo entre la presunción de inocencia y el carácter excepcional de la prisión preventiva.¹³⁸ Asimismo, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos contienen varias reglas sobre el trato preferencial que merecen los presos sin condena, en razón de la presunción de inocencia.¹³⁹ (Véanse los Capítulos 4 y 2, respectivamente.)

La sentencia de la Corte Interamericana en el caso Cantoral Benavides aborda dos dimensiones de la presunción. En primer lugar, la Corte concluyó que se había producido una violación del segundo párrafo del artículo 8 cuando el reo fue condenado sin “prueba plena de su responsabilidad.”¹⁴⁰ Además, se vulneró la misma disposición cuando el preso “fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido de traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado (...)”¹⁴¹

En el caso Martín de Mejía, la CIDH hizo un análisis extenso de la presunción de inocencia, que comienza con algunas observaciones de orden general, entre ellas las siguientes:

El principio de inocencia construye una presunción en favor del acusado de un delito, según la cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. De este modo, para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable.

¹³⁸ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero (Fondo), párrs. 77-78 (1997); CIDH, caso Giménez c. Argentina, párrs. 80 y 114 (1996).

¹³⁹ Ver al respecto las Reglas 84-93.

¹⁴⁰ Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides (Fondo), párr. 121 (2000). El concepto de prueba plena también figura en Presunción de inocencia, CIDH, *Diez años de actividades*, p. 332.

¹⁴¹ *Ibíd.*, párr. 119. En el caso Polay, el Comité de Derechos Humanos consideró dicha práctica un trato degradante, violatorio de los artículos 7 y 10.1 del PIDCP.

La presunción de inocencia se relaciona, en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable. Por el contrario, su responsabilidad reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta.

En este contexto, otro concepto elemental del derecho procesal penal, cuyo objeto es preservar el principio de inocencia, es la carga de la prueba. En el procedimiento penal, el *onus probandi* de la inocencia no le corresponde al imputado; por el contrario, es el Estado quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del procesado. (...) ¹⁴²

En el caso más reciente, Figueredo Planchart, la CIDH recalcó lo siguiente:

De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal, la más elemental es, quizás, la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos tales como la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana y la Convención Americana.

Esta disposición atribuye a favor del acusado la presunción de que éste debe ser considerado inocente, y tratado como tal, mientras no se determine su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige “que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, sólo pueden ser fundadas en la certeza del tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado”. El juez a quien le corresponde conocer de la acusación penal tiene la obligación de abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer a priori que el acusado es culpable.

¹⁴² CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, pp. 209-210 (1996).

Por el contrario, la Convención Americana requiere que, en aplicación del debido proceso legal, y de los principios de derecho penal universalmente aceptados, el juez debe circunscribirse a determinar la responsabilidad penal y aplicar la pena a un imputado a partir de la valoración de los elementos de convicción con que cuenta.¹⁴³

En un informe adoptado hace más de dos décadas, la CIDH hizo un análisis detenido del valor de las pruebas circunstanciales, el cual dice en su parte pertinente lo siguiente:

En algunas ocasiones los tribunales especiales utilizaron las llamadas evidencias circunstanciales para presumir la culpabilidad del inculpa-do. Tal método, en sí, no es contrario a la presunción de inocencia del acusado.

En diversos sistemas judiciales se admite que, bajo determinadas circunstancias, el beneficio de la presunción de la inocencia desaparece y, consecuentemente, la carga de la prueba se invierte y recae sobre la persona del procesado, si surgen ciertas evidencias circunstanciales.

La figura de la “evidencia circunstancial” hace desaparecer la presunción de inocencia y produce la inversión de la prueba por la abundante y coincidente presencia de indicios contra una persona sindicada de una acción. Según este criterio, cuando existen esas evidencias circunstanciales, el sindicado se reputa presuntamente culpable.¹⁴⁴

No obstante, la inversión de la carga de la prueba sólo es lícita cuando las pruebas indirectas son “abundantes” y, desde luego, no

¹⁴³ CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párrs. 118-119 (la cita en el párr. 119 es a Julio Maier, *El derecho procesal argentino*, Buenos Aires, 1989, p. 257).

¹⁴⁴ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, p. 88 (1981).

exime al juez de valorar las pruebas de descargo presentadas por la defensa.¹⁴⁵ La inversión de la carga de la prueba con base en meras presunciones no es coherente con esta garantía.

En el caso *Martín de Mejía*, la CIDH concluyó que el juez de instrucción ordenó la detención del imputado, formuló una acusación y dio inicio a un proceso penal con base en la mera existencia de una denuncia, sin analizar si existían elementos de prueba suficientes para sustentar la acusación. Esta situación, así como la ley que “invierte la carga de la prueba y crea, en la práctica, una presunción de culpabilidad que pone sobre el inculpado el *onus probandi* de su inocencia” fueron consideradas violatorias del artículo 8 de la Convención y, en particular, de la presunción de inocencia, del derecho a ser oído por una instancia imparcial y del derecho a un juicio justo.¹⁴⁶ La importante decisión de la CIDH en el caso *Gallardo* también enfoca la decisión de abrir investigaciones y procesos penales. En esta decisión la CIDH señala:

(...) que no es razonable el que se abran de manera continuada y sucesiva en el periodo de 7 años el número de averiguaciones previas [15] y causas penales [9] mencionadas, más aún, cuando como ha quedado evidenciado, el General Gallardo ha sido absuelto de todo cargo en las causas hasta el momento decididas. En este sentido, la Comisión reitera que el hecho de que hayan ocurrido los hechos narrados, sin duda que viola el derecho a la presunción de inocencia de que todo individuo debe gozar, ya que no solamente se viola este derecho en forma expresa cuando se declara culpable a una persona antes de haber terminado el juicio, sino que también se puede violar en forma tácita cuando del contexto de las acciones se desprende una actitud de indudables acosos y hostigamientos que prejuzgan sobre la responsabilidad del individuo.¹⁴⁷

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 87.

¹⁴⁶ CIDH, caso *Martín de Mejía c. Perú*.

¹⁴⁷ CIDH, caso *Gallardo c. México*, párr. 110 (1996). Véase también *Robles c. Perú*, párrs. 113-114 (1999).

Si bien el tema de la detención preventiva es analizado en el Capítulo 4, caben aquí algunas breves referencias a la jurisprudencia que aborda este tema desde el ángulo de la presunción de inocencia. En el caso *Figueredo Planchart*, la CIDH consideró que las autoridades habían violado la presunción de inocencia al ordenar la privación de libertad del imputado sin haberle dado la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa.¹⁴⁸ En el caso *Lizardo*, la CIDH concluyó que la excesiva prolongación de la detención preventiva sin sentencia firme puede llegar a considerarse una violación de la presunción de inocencia.¹⁴⁹ La detención prolongada también puede afectar la presunción de inocencia en forma indirecta. En el caso *Bronstein*, la CIDH observó que puede generar “una especie de presión sobre el magistrado (...) en el sentido de adecuar la sentencia condenatoria a la situación de hecho que está sufriendo el procesado privado de su libertad. Es decir, que aumenta para el acusado la posibilidad de obtener una pena que justifique la prolongada duración de la prisión preventiva, aunque los elementos de convicción no sean contundentes.”¹⁵⁰ Las leyes que excluyen la libertad provisional para personas inculpadas de ciertos delitos o excluyen a tales personas de los beneficios de la legislación que limita la duración de la detención preventiva, en efecto implican una presunción de culpabilidad. En el caso *Levoyer* la CIDH comentó que “La restricción de esos derechos [la libertad personal] más allá de los parámetros establecidos por la ley y los márgenes de razonabilidad con la excusa de preservar la presunta eficacia de la investigación, implican favorecer la presunción de que las personas que se encuentran detenidas como resultado de esa investigación son culpables.”¹⁵¹

¹⁴⁸ CIDH, caso *Figueredo Planchart c. Venezuela*, párr. 120 (2000).

¹⁴⁹ CIDH, caso *Lizardo c. República Dominicana*, párr. 104 (1997) (detención preventiva durante siete años).

¹⁵⁰ CIDH, caso *Bronstein*, párr. 48. Véase también *Giménez c. Argentina*, párr. 88 (1996).

¹⁵¹ CIDH, caso *Levoyer Jiménez c. Ecuador*, párr. 46 (2001). Véase también *Bronstein y otros c. Argentina*, párrs. 51-52.

Las declaraciones de autoridades públicas relativas a la culpabilidad de personas que no han sido condenadas por los tribunales competentes también son incompatibles con la presunción de inocencia. En el caso Gridin, el Comité de Derechos Humanos consideró que las declaraciones televisadas de parte de la jefe de policía relativas a la culpabilidad de un acusado constituyeron una violación de la presunción de inocencia.¹⁵² El Comité llegó a esta conclusión sin detenerse en el análisis del impacto de sus declaraciones sobre el proceso.

Si bien el principio de la presunción de inocencia tiene incidencia más allá del juicio, su alcance se limita al ámbito penal. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos indica claramente que no tiene aplicación a procedimientos judiciales o administrativos de otra índole.¹⁵³

5.9 La exclusión de confesiones y declaraciones involuntarias

El artículo 14.3 g) del PIDCP consagra el derecho de toda persona acusada de un delito “a no ser obligada a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.” La Convención Americana reconoce este derecho en su artículo 8.2 g) y agrega el siguiente corolario importante: “La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.”

Este corolario está consagrado en la normativa internacional por la Declaración contra la tortura y la Convención contra la tortura. La Declaración establece en su artículo 12 lo siguiente: “Ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes podrá ser invocada como prueba contra la persona involucrada ni contra

¹⁵² Comité de Derechos Humanos, caso Gridin c. Rusia, párrs. 3.4 y 8.3.

¹⁵³ Comité de Derechos Humanos, caso Moraël c. Francia, párr. 9.5 (1989); W.B.E. c. Países Bajos, párr. 6.6 (1992); Singh c. Canadá, párr. 4.3 (1997).

ninguna otra persona en ningún procedimiento.” La Convención, en su artículo 15, establece: “Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.”¹⁵⁴

La inadmisibilidad de las declaraciones obtenidas de tal manera ha sido reconocida también por la doctrina y jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos. En su Observación General No.13, el Comité establece: “Debe establecer por ley que las pruebas obtenidas por estos métodos o cualquier otra forma de coerción son enteramente inaceptables.”¹⁵⁵ La jurisprudencia del Comité establece al respecto lo siguiente:

(...) el Comité observa que la redacción del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 –es decir, que nadie será “obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable”– debe interpretarse en el sentido de falta de toda presión física o psicológica directa o indirecta sobre el acusado de parte de las autoridades investigadoras con miras a que se confiese culpable.¹⁵⁶

La jurisprudencia de la CIDH interpreta de la misma manera el tercer párrafo del artículo 8 de la Convención Americana. Su decisión en el caso San Agustín establece lo siguiente:

Que de acuerdo con los artículos 5.2 y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, existe una prohibición de emplear la tortura, y los elementos provenientes de dicho método deben ser privados

¹⁵⁴ La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura contiene una norma semejante en su artículo 10.

¹⁵⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 14.

¹⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Kelly (Paul) c. Jamaica, párr. 5.5. (1989). Véase también Berry c. Jamaica, párr. 11.7 (1994).

de todo valor probatorio, abarcando no sólo la tortura sino cualquier medio que constituya una coacción (...)¹⁵⁷

La jurisprudencia de la Corte Interamericana confirma esta interpretación, y reconoce el derecho del imputado a guardar silencio. La sentencia en el caso Castillo Petruzzi establece lo siguiente:

La Corte consideró probado que durante la declaración instructiva ante el Juez Instructor Militar Especial se exhortó a los inculpados a decir la verdad. Sin embargo, no hay constancia de que esa exhortación implicara la amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad. Tampoco hay prueba de que se hubiese requerido a los inculpados rendir juramento o formular promesa de decir la verdad, lo cual contrariaría el principio de libertad de aquéllas para declarar o abstenerse de hacerlo.¹⁵⁸

En una decisión adoptada en 1989 la CIDH consideró inválidas las declaraciones autoinculpatorias de un acusado obtenidas mientras estaba detenido e incomunicado.¹⁵⁹ Hasta ahora no existe ninguna otra jurisprudencia que confirme que la incomunicación en sí es motivo suficiente para considerar declaraciones inadmisibles.

En un caso relativo a la obligación del propietario de un vehículo de identificar a la persona responsable de manejarlo con exceso de velocidad, el Comité de Derechos Humanos manifestó que la multa impuesta a aquél por incumplir la obligación de proporcionar dicha información no era violatoria del artículo 14.3 g), a pesar de que la información requerida habría identificado al propietario como autor de la infracción.¹⁶⁰ Cabe presumir que las implicaciones de esta de-

¹⁵⁷ CIDH, caso San Agustín c. México, párr. 20 (1997).

¹⁵⁸ Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo), párr. 167 (1999).

¹⁵⁹ CIDH, caso Aguado Montealegre c. Nicaragua, Informe Anual 1989-1990, p. 99.

¹⁶⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Sánchez López c. España, párr. 6.4 (1999).

cisión deben ser circunscritas a casos con características similares, y en especial a infracciones no sancionadas por penas privativas de libertad.

5.10 La asistencia letrada

El derecho internacional de los derechos humanos (CIDH) reconoce el derecho del individuo a beneficiarse de asistencia letrada en dos circunstancias. Tanto el PIDCP como la Convención Americana consagran este derecho expresamente como derecho de toda persona acusada de un delito.¹⁶¹ Además, la jurisprudencia lo reconoce como corolario del derecho de las personas privadas de libertad a impugnar la legalidad de la privación de libertad. La jurisprudencia sobre la segunda dimensión se analiza en el Capítulo 2, sobre la libertad.

Según una decisión reciente de la CIDH esta garantía figura entre los elementos esenciales del debido proceso que están comprendidos en el derecho a ser oído “con las debidas garantías” a tenor del primer párrafo del artículo 8. La decisión, en el caso *Riebe Star*, señala que “Dicha garantía [a una audiencia para la determinación de sus derechos] debió incluir el derecho a ser asistido durante el procedimiento administrativo sancionatorio (...)”¹⁶²

El derecho del acusado a asistencia letrada es, en principio, aplicable a todas las etapas del proceso.¹⁶³ El derecho a tener contacto

¹⁶¹ Cfr. Incisos b) y d) del tercer párrafo del artículo 14 del PIDCP y d) e inciso e) del segundo párrafo del artículo 8 de la Convención Americana.

¹⁶² CIDH, caso *Riebe Star* y otros c. México, párr. 71 (1999). En la Opinión Consultiva OC-11/90, la Corte Interamericana ha observado en términos generales que “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”, párr. 28.

¹⁶³ Comité de Derechos Humanos, caso *Brown c. Jamaica*, párr. 6.6 (1999); CIDH, caso *Figueredo Planchart c. Venezuela*, párr. 112.

con su defensor para efectos de la preparación de la defensa se analiza en la próxima sección, dedicada al derecho al tiempo y a los medios necesarios para la preparación de la defensa.

La presencia de observadores que no tienen la función de defender al acusado, tales como oficiales consulares o representantes de una comisión de derechos humanos, no sustituye la asistencia de un abogado.¹⁶⁴ La representación (ante un tribunal militar) por un oficial militar que no es abogado no cumple con esta garantía.¹⁶⁵

i) El derecho a tener acceso a asistencia letrada durante el interrogatorio

El Comité de Derechos Humanos dejó sentado en una serie de casos que un acusado tiene derecho a asistencia letrada a partir de las audiencias preliminares, sobre todo en causas que pueden resultar en la pena de muerte.¹⁶⁶ Según esta jurisprudencia, el acusado no sólo tiene derecho de representación, sino que tiene el derecho a ser informado de su derecho a asistencia letrada.¹⁶⁷ En un caso reciente el Comité amplió esta jurisprudencia al reconocer el derecho de un detenido a la asistencia de un abogado durante su interrogatorio. En el caso Gridin, el Comité dictaminó que negarle a un detenido “asis-

¹⁶⁴ CIDH, caso Rieba Star y otros c. México, párrs. 75-76. Si bien la presencia de un oficial consular no sustituye al defensor, el derecho de un detenido extranjero a ser informado de su derecho a asistencia consular, cuando es reconocido por un tratado relativo a relaciones consulares, forma parte del derecho al debido proceso, según la Opinión Consultiva OC-16/99, de la Corte Interamericana, párr. 141 apartados 6 y 7.

¹⁶⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Vasilskis c. Uruguay, párrs. 9.4 y 11 (1983).

¹⁶⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Reid c. Jamaica, párr. 14.2 (1994); Wright y Harvey c. Jamaica, párr. 10.2 (1995); Brown c. Jamaica, párr. 6.6 (1999); Marshall c. Jamaica, párr. 6.2 (1998).

¹⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Johnson (Clive) c. Jamaica, párr. 10.2 (1998) (se aclara que las dos últimas frases contienen un error de impresión).

tencia letrada después que la pidió e interrogarlo durante ese lapso de tiempo constituye una violación de sus derechos con arreglo al apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto.”¹⁶⁸ Es significativo que, aunque esta persona fue acusada de un delito sancionado con la pena de muerte, el Comité no menciona esta circunstancia en la parte de la decisión relativa a este derecho.

La CIDH también reconoce el derecho de una persona a estar acompañada por su defensor cuando rinde declaración de indagatoria durante el sumario.¹⁶⁹ En el caso Figueredo Planchart señaló al respecto:

A juicio de la Comisión, el hecho de que la etapa procesal sea un sumario secreto o un antejuicio de méritos es indiferente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos si es que la misma termina en un fallo que afecta en diversos grados la situación de una persona implicada: ésta pierde su condición de libertad (...) Dicho en otras palabras, los antejuicios y los sumarios secretos están tan estrechamente vinculados al proceso penal que tratarlos separadamente restringiría y debilitaría considerablemente la protección del debido proceso legal a que tienen derecho los acusados. De ahí que una decisión judicial que impida, prohíba o limite el derecho a la defensa de una persona en esta etapa del proceso implica una violación del artículo 8(1) y 8(2)(d) de la Convención.¹⁷⁰

ii) El derecho al defensor de su elección

En el caso Domukovsky, el Comité de Derechos Humanos señaló que:

¹⁶⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Gridin c. Rusia, párr. 8.5 (2000).

¹⁶⁹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, p. 100 (1983); Informe Miskito, pp. 32, 108 y 110 (1984).

¹⁷⁰ CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párr. 114 (2000).

(...) en un juicio en que pueda imponerse la pena de muerte (...) el derecho a la defensa es inalienable y debe observarse en todos los casos y sin excepción. Ello implica el derecho a estar presente en el juicio, a ser defendido por un abogado de su propia elección y no ser obligado a aceptar que se le designe un abogado de oficio.¹⁷¹

El Comité de Derechos Humanos concluyó que “Tampoco garantizó el Estado Parte que cada uno de los [acusados] estuviese defendido en todo momento por un abogado de su elección.”¹⁷² Las circunstancias del caso –el acusado no fue condenado a la pena de muerte sino a una pena de prisión y el juez ordenó la continuación del proceso sin presencia de un defensor sólo después de que el acusado había rechazado los servicios de dos abogados retenidos privadamente– subrayan el carácter perentorio de esta jurisprudencia.

En principio, el derecho a tener un defensor de oficio no comprende “el derecho a elegir el defensor que se le asigne.”¹⁷³ No obstante, puede producirse una violación de este derecho cuando el tribunal continúa acreditando a un defensor de oficio a pesar de que el acusado ha indicado que no lo acepta como su representante, ni le ha dado instrucciones y ha hecho lo necesario para obtener los servicios de otro defensor.¹⁷⁴

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos también establece que no es compatible con esta garantía obligar a un acusado a escoger a su defensor de un listado de oficiales militares.¹⁷⁵

¹⁷¹ Comité de Derechos Humanos, caso Domukovsky y otros c. Georgia, párr. 18.9 (1998).

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ Comité de Derechos Humanos, casos Kelly (Paul) c. Jamaica, párr. 5.10 (1991); Teesdale c. Trinidad y Tobago, párr. 9.6 (2002).

¹⁷⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Pinto c. Trinidad y Tobago, párr. 12.5 (1989).

¹⁷⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Drescher c. Uruguay, párrs. 5.2, 12.1 y 14 (1983).

La Corte Interamericana considera que la prohibición de que un defensor asista a más de un inculpado, si bien limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, no significa en sí una violación del artículo 8.2.d de la Convención. La suspensión de autorización a ejercer la profesión de un abogado puede privar a sus clientes del derecho a ser representado por un asesor de su confianza, según la jurisprudencia de la CIDH.¹⁷⁶ La jurisprudencia de la CIDH también considera que la formulación de acusaciones falsas contra el defensor de una causa “constituye una amenaza al libre ejercicio de la profesión de abogado y afecta, además, una de las garantías fundamentales de la administración de justicia y del debido proceso, como es el derecho a la defensa establecido en el artículo 8, párrafo 2 (d) de la Convención Americana.”¹⁷⁷

iii) El derecho a un defensor de oficio

Las disposiciones de los instrumentos internacionales relativas a este derecho presentan diferencias significativas. El PIDCP establece dos requisitos para el goce de este derecho, a saber: que el acusado carezca de medios para sufragar los honorarios de un defensor, y que “el interés de la justicia” exija el nombramiento de un defensor gratuito (inciso d) del párrafo 3 del art. 14). Ninguna de estas condiciones figura en la disposición correspondiente de la Convención Americana, que reconoce el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley” (inciso e) de párrafo 2 del art. 8).

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos arroja poca luz sobre los criterios que permiten determinar cuando la representación es necesaria en el interés de la justicia. Por una parte, la juris-

¹⁷⁶ CIDH, caso Robles Espinoza e hijos c. Perú, párr. 111 (1999).

¹⁷⁷ CIDH, caso Salinas Sedo, pág. 123 (de la versión en inglés) (1994).

prudencia establece claramente que la asistencia letrada es imprescindible en toda etapa de los procesos por delitos castigados con la pena de muerte.¹⁷⁸ Por otra parte, no se reconoce el derecho a un defensor de oficio para infracciones castigadas por una multa.¹⁷⁹ Cabe presumir que el imputado sin recursos también tendrá derecho a un defensor de oficio en caso de delitos castigados con penas privativas de libertad, pero no hay jurisprudencia al respecto.

Aunque un imputado no tiene derecho a “elegir” al defensor que se le asigna, es imprescindible que “el defensor, una vez asignado, lleve a cabo una representación eficaz en el interés de la justicia.”¹⁸⁰

iv) El derecho a comunicarse con su defensor

La Convención Americana reconoce expresamente el derecho del acusado a “comunicarse libre y privadamente con su defensor.” El PIDCP carece de una disposición sobre este particular, pero la doctrina del Comité de Derechos Humanos reconoce el derecho de la persona a comunicarse privadamente con el defensor como parte integral de los “medios adecuados para la preparación de la defensa”. La Observación General No. 13 establece al respecto:

¹⁷⁸ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, caso Thomas (M.) c. Jamaica, párr. 6.4 (1995); La Vende c. Trinidad y Tobago, párr. 5.8 (1995) (derecho a asistencia letrada para efectos de un recurso al Consejo Privado). Taylor (P.) c. Jamaica, párr. 8.2 (1997); Shaw c. Jamaica, párr. 7.5 (1998) (derecho a un defensor de oficio para entablar un recurso de inconstitucionalidad contra una sentencia, después de haber agotado las instancias de apelación).

¹⁷⁹ Comité de Derechos Humanos, casos Lindon c. Australia, párr. 6.5 (1998); O.F. c. Noruega, párrs. 1.3 y 5.6 (1984). La obligación del Estado de proporcionar asistencia letrada gratuita tampoco se extiende a la preparación de denuncias ante el Comité de Derechos Humanos. Toala y otros c. Nueva Zelandia, párr. 6.2 (2000).

¹⁸⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Pinto c. Trinidad y Tobago, párr. 12.5 (1989).

El apartado b) del párrafo 3 dispone que el acusado debe disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y poder comunicarse con un defensor de su elección. (...) los medios deben incluir (...) la oportunidad de contratar a un abogado y de comunicarse con éste. (...) Además, este apartado exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte.¹⁸¹

Los Principios básicos sobre la función de los abogados también reconocen el carácter confidencial del contacto entre un acusado y su defensor. El Principio 8 establece lo siguiente:

A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.

Este Principio es citado textualmente por la Corte Interamericana en su sentencia en el caso Castillo Petruzzi, en la cual concluye que la presencia de militares en entrevistas entre el acusado y su defensor de oficio violó el artículo 8.2.d de la Convención.¹⁸² La Corte llegó a la misma conclusión en el caso Suárez Rosero.¹⁸³

¹⁸¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 9.

¹⁸² Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi c. Perú (Fondo), párr. 148 (1999). “El numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos...”

¹⁸³ Corte Interamericana, caso Suárez Rosero c. Ecuador, párrs. 79 y 83.

La imposición de condiciones y obstáculos arbitrarios a las vistas del defensor a un acusado detenido o preso puede vulnerar el derecho de éste a comunicarse libremente con su defensor y el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa.¹⁸⁴ Una demora en comunicar al defensor la solicitud del detenido a reunirse también puede configurar una violación de esta garantía.¹⁸⁵ El derecho a comunicarse con su defensor complementa el derecho al tiempo necesario para preparar la defensa, en el sentido de que no es imprescindible, para establecer una violación, comprobar que la denegación de contacto perjudicó la preparación de la defensa.¹⁸⁶

v) El derecho a representación eficaz

La Observación General No.13 declara que “El acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas.” La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce el derecho del imputado a una “representación eficaz” conforme al interés de la justicia,¹⁸⁷ pero también reconoce la presunción de que la actuación de un defensor ha sido adecuada. El Comité ha declarado que “en ausencia de una prueba clara de negligencia profesional por parte del abogado, no corresponde al Comité cuestionar el juicio profesional de este último.”¹⁸⁸

¹⁸⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Manríquez c. México, párrs. 104-105 (obligar a una abogada a desnudarse para tener acceso a un penal).

¹⁸⁵ CIDH, caso Kelly (P.A.) c. Jamaica, párr. 9.2.

¹⁸⁶ *Ibíd.* Una demora de cinco días en atender la solicitud de un preso que pidió hablar con su defensora viola esta garantía.

¹⁸⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Little c. Jamaica, párr. 8.4 (1991).

¹⁸⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Collins (Willard) c. Jamaica, párr. 8.3 (1991).

La representación es “incompatible con los intereses de la justicia” cuando, en vez de defender una causa, un letrado informa al tribunal que la causa carece de meritos, privando al proceso de su carácter contradictorio.¹⁸⁹ La ausencia del defensor durante una parte de las audiencias también puede vulnerar el derecho del imputado a una defensa eficaz. En el caso Yaseen y Thomas, la ausencia del defensor durante los primeros cuatro días del juicio oral, cuando el fiscal expuso sus argumentos relativos a los hechos y a la responsabilidad de los acusados y cuando declararon dos testigos de cargo, se consideró incompatible con el derecho a una defensa eficaz.¹⁹⁰ La ausencia del letrado durante las audiencias preliminares también puede dejar al acusado indefenso. En los casos Brown y Simpson, el Comité de Derechos Humanos consideró que la ausencia del defensor durante las declaraciones de testigos en una audiencia preliminar conculcó el derecho del imputado a una defensa eficaz.¹⁹¹

Por lo general, el hecho de que el defensor no acepte las indicaciones del acusado sobre la forma como debe conducir la defensa no permite concluir que la representación haya sido deficiente. En muchos casos, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha descartado el alegato de que el defensor no presentó testigos cuyo testimonio el acusado consideraba importante. Sin embargo, en casos calificados, el Comité ha considerado la actuación del defensor manifiestamente contraria a los intereses del acusado y, por tanto, violatoria de su derecho a asistencia letrada. En el caso Campbell, el incumplimiento de una solicitud expresa del acusado de que se impugnara la admisibilidad de pruebas obtenidas gracias a una confesión extraída mediante maltratos fue considerado violatorio del inciso d) del párrafo 3 del artículo 14.¹⁹²

¹⁸⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Kelly (P.A.) c. Jamaica, párr. 9.5 (1996); Smith y Stewart c. Jamaica, párr. 7.3 (1999).

¹⁹⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Yaseen y Thomas c. Guyana, párr. 7.

¹⁹¹ Comité de Derechos Humanos, caso Brown c. Jamaica, párr. 6.8 (1999); Simpson c. Jamaica, párr. 7.3 (2002).

¹⁹² Comité de Derechos Humanos, caso Campbell c. Jamaica, párr. 6.6. (1992).

vi) El derecho a defenderse personalmente

La jurisprudencia sobre este derecho es escasa. En el caso Hill, se negó a uno de los imputados el derecho a defenderse personalmente porque la legislación vigente sólo permitía al acusado defenderse con el apoyo de un abogado. El Comité de Derechos Humanos consideró que ese requisito, establecido por la legislación, era incompatible con el “derecho a la autodefensa”.¹⁹³ Sin embargo, la mayor parte de la jurisprudencia sobre este derecho se refiere a casos en los cuales un defensor de oficio se niega a defender la causa del acusado. La jurisprudencia sobre casos de esta índole tiende a considerar el derecho a defenderse personalmente no tanto como un elemento importante del debido proceso, sino más bien como un mal menor. Un ejemplo de este enfoque es el caso de un reo a quien se le denegó el permiso para asistir a una audiencia ante un tribunal de alzada porque el defensor de oficio que lo representaría opinó que el recurso carecía de meritos y renunció a participar en la audiencia. El Comité concluyó que el Estado tenía el deber de designar a otro defensor de oficio “o haberle permitido al autor que se defendiera él mismo en la vista del recurso de apelación.”¹⁹⁴

¹⁹³ Comité de Derechos Humanos, caso Hill y Hill c. España, párr. 14.2 (1997). En el caso Torregrossa el Comité llegó a la conclusión contraria con respecto al derecho de un condenado a entablar un recurso de inconstitucionalidad sin representación letrada. Torregrossa y otros c. España, párr. 6.3, 1999. El alegato se examinó a la luz del párrafo 1 del artículo 14 y el derecho a igual protección de la ley.

¹⁹⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Reid (Carlton) c. Jamaica, párr. 11.4 (1990).

5.11 El derecho al tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa

i) El derecho a ser informado de los cargos

Esta garantía está consagrada por el PIDCP en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 y por la Convención Americana en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 8. La misma garantía está reconocida, en términos más escuetos, por los artículos 9 y 7 de dichos instrumentos, en cuanto derecho del detenido. La importancia de esta garantía, y su vínculo con otros principios del debido proceso, fue subrayada por el Comité de Derechos Humanos en el caso Wolf, de la manera siguiente:

El Comité recuerda que el concepto de “juicio imparcial”, en el sentido del párrafo 1 del artículo 14, exige que se cumplan una serie de requisitos, a saber, la igualdad de posibilidades y el respeto del principio del procedimiento contradictorio. Estos requisitos no se cumplen cuando, como en el presente caso, al acusado se le niega la oportunidad de hallarse presente en las actuaciones judiciales o cuando no puede instruir de forma adecuada a su representante. En particular, el principio de igualdad de posibilidades no se respeta cuando al procesado no se le notifica una acusación debidamente motivada.¹⁹⁵

Siendo el objetivo esencial de esta garantía facilitar la preparación de la defensa es conveniente analizarlo en la presente sección.

La Observación General No.13 del Comité de Derechos Humanos contiene el comentario siguiente con respecto a esta garantía:

Entre las garantías mínimas de un proceso penal previstas en el párrafo 3, la primera se refiere al derecho de toda persona a ser informada, en un idioma que comprenda, de la acusación formulada contra ella.

¹⁹⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Wolf c. Panamá, párr. 6.6 (1992).

(...) El apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de las personas no detenidas. El Comité observa también que el derecho a ser informado “sin demora” de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule la acusación. En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa.¹⁹⁶

En el caso Castillo Petruzzi, la Corte Interamericana concluyó que el acceso limitado a los autos que sustentan una acusación era incompatible con el derecho del acusado a tener “conocimiento oportuno y completo de los cargos que se le hacían.”¹⁹⁷ Los defensores sólo pudieron consultar los autos por espacio de doce horas el día antes de la sentencia.¹⁹⁸ Esta circunstancia, sumada a otras restricciones, llevó a la Corte a concluir que “la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.”¹⁹⁹ En el caso del Tribunal Constitucional, la Corte también concluyó que “los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos” porque se produjo un cambio en el objeto de la indagación durante el curso de la misma.²⁰⁰ En su sentencia en el caso Ivcher Bronstein, relativo a la privación de nacionalidad, la Corte declaró

¹⁹⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 8.

¹⁹⁷ Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo) párr. 141 (1999).

¹⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 138.

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ Corte Interamericana, Tribunal Constitucional (Fondo), párrs. 82-83 (2001).

que el derecho a conocer los cargos contra uno no se limita a procesos penales, sino que se extiende al ámbito administrativo.²⁰¹

ii) El derecho al tiempo adecuado para la preparación de la defensa

En teoría, el Comité de Derechos Humanos destaca la importancia del derecho a tener tiempo suficiente para la preparación de la defensa. En el caso Henry, manifestó lo siguiente:

(...) el Comité reitera su jurisprudencia que dice que el derecho de una persona acusada a disponer del tiempo y de los medios suficientes para la preparación de su defensa es un aspecto importante del principio de igualdad de armas. Cuando cabe la posibilidad de condena a la pena capital, hay que dar al acusado y su defensor tiempo suficiente para preparar la defensa. Para determinar lo que constituye “tiempo suficiente” hay que evaluar las circunstancias particulares de cada caso.²⁰²

No obstante, en la práctica la protección otorgada a este derecho por la jurisprudencia es limitada. En el caso Reid, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el plazo de diez minutos era manifiestamente insuficiente para preparar la defensa de un caso de homicidio y que el juez debió darse cuenta de eso.²⁰³ El Comité llegó a la misma conclusión en el caso Little, en el cual el defensor se reunió con el acusado por primera vez media hora antes del juicio, y en el caso Smith, en el que el defensor dispuso de cuatro horas para prepararse a fin de defender al acusado.²⁰⁴ En ambos casos el delito era sancio-

²⁰¹ Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein c. Perú (Fondo), párrs. 104, 106 y 110 (2001).

²⁰² Corte Interamericana, caso Henry (N.) c. Jamaica, párr. 7.5 (1998).

²⁰³ Comité de Derechos Humanos, caso Reid (G.W.) c. Jamaica, párr. 13.1 (1994).

²⁰⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Little c. Jamaica, párrs. 8.3-8.4 (1991); Smith c. Jamaica, párr. 10.4 (1993).

nado con la pena de muerte, y en los dos casos el plazo inadecuado afectó la posibilidad de presentar testigos de descargo. El Comité llegó a la misma conclusión en su reciente decisión en el caso Teesdale con respecto al nombramiento del defensor el mismo día del proceso, sin analizar las consecuencias del escaso tiempo de preparación y sin mencionar si el defensor había pedido aplazamiento del proceso.²⁰⁵

En el caso Phillip, el defensor fue nombrado un viernes para representar al acusado en un juicio oral el lunes. La defensora carecía de experiencia y la acusación era sancionada con la pena de muerte; la defensora pidió al juez que aplazara el juicio o que se le permitiera retirarse del caso, porque no estaba preparada para defenderlo. En tales circunstancias, el Comité de Derechos Humanos concluyó que la negación del aplazamiento vulneraba los incisos b) y d) del párrafo 3 del artículo 14.²⁰⁶ La solicitud de un aplazamiento parece ser un elemento vital en la jurisprudencia del Comité sobre esta garantía. Hay muchos casos en los cuales el Comité ha concluido que los plazos muy exigüos de preparación no fueron incompatibles con el derecho a tiempo suficiente porque los defensores no solicitaron un aplazamiento al tribunal. En el mismo caso Henry, el Comité observó: “Lo expuesto ante el Comité no demuestra que ni el letrado ni el [acusado] se hayan quejado a la juez de que el tiempo para preparar la defensa no era suficiente. Si el letrado o el [acusado] no se sentían bien preparados, les incumbía pedir un aplazamiento.”²⁰⁷

La jurisprudencia interamericana sobre el tema, que no es extensa, aplica criterios muy distintos. En el caso del Tribunal Constitucional, por ejemplo, una comisión de investigación inicialmente dio a tres magistrados el plazo de 48 horas para preparar su defensa ante

²⁰⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Teesdale c. Jamaica, párr. 9.4 (2002).

²⁰⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Phillip c. Trinidad y Tobago, párr. 7.2 (1998). Véase también Reid (C.) c. Jamaica, párrs. 4 y 11.3 (1990) (aplazamiento denegado cuando el letrado encuentra al acusado por primera vez el primer día del juicio oral).

²⁰⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Henry (N.) c. Jamaica, párr. 7.5 (1998).

una acusación. A petición de los acusados, el plazo se amplió a una semana.²⁰⁸ No obstante, la Corte Interamericana expresó la opinión de que “El plazo otorgado para ejercer la defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cualquier imputado.”²⁰⁹

iii) El derecho a los medios adecuados para la preparación de la defensa

En su Observación General No. 13 el Comité de Derechos Humanos señala que el derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa incluye el derecho de “acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesita para preparar su defensa.” La jurisprudencia sobre el alcance de esta garantía no es extensa. En el caso *Yaseen y Thomas*, el Comité confirmó que la desaparición de los diarios, libretas de apuntes y registros de la policía relativos a la investigación de los hechos, que posiblemente contenían pruebas de utilidad para la defensa, representaba una violación de los incisos b) y e) del tercer párrafo del PIDCP.²¹⁰

Según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, no es necesario traducir al idioma del acusado, un extranjero, toda la documentación relativa al caso cuando su defensor tiene acceso a ésta y puede pedir la traducción de lo que considera necesario.²¹¹ Si el acusado tiene acceso a los documentos pertinentes que obran en los archivos de la policía, no tiene derecho a recibir copias gratis.²¹²

²⁰⁸ Corte Interamericana, caso Tribunal Constitucional (Fondo), párr. 80.

²⁰⁹ *Ibid.*, párr. 83.

²¹⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Yaseen y Thomas c. Guyana*, párr. 7.10.

²¹¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Harward c. Noruega*, párrs. 9.4-9.5 (1994).

²¹² Comité de Derechos Humanos, caso *O.F. c. Noruega*, párr. 5.5 (1984).

La CIDH ha señalado que la realización de procesos colectivos puede ser incompatible con el derecho de preparar y presentar una defensa adecuada.²¹³

5.12 El derecho a presentar testigos y contrainterrogar testigos de cargo

El derecho de un acusado a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo” está plasmado en el artículo 14.3 e) del PIDCP. El artículo 8.2 f) de la Convención consagra el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.”

La jurisprudencia universal sobre este derecho es condicionada por la doctrina que considera que el Estado normalmente no tiene responsabilidad por las decisiones del abogado. En el caso *Collins*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el Estado no era responsable por la decisión del defensor de no llamar a declarar a dos testigos que estaban presentes en la audiencia.²¹⁴ En el caso *Compass*, el Comité indicó que, si bien el artículo 14.3 e) consagra el derecho a contrainterrogar testigos, “no impide a la defensa renunciar a su derecho a efectuar el contrainterrogatorio de un testigo de la acusación durante el proceso.”²¹⁵ Cabe destacar que, en este caso, el testigo había sido contrainterrogado durante las audien-

²¹³ CIDH, informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, p. 181 (1981) (procesos que sindicaban 66 y 202 acusados).

²¹⁴ Comité de Derechos Humanos, caso *Collins (W.) c. Jamaica*, párr. 8.5 (1991). Véase también *Pratt y Morgan c. Jamaica*, párr. 13.2 (1989); *Prince c. Jamaica*, párr. 8.2 (1992); *Perera c. Australia*, párr. 6.3 (1995); *Kelly (P.A.) c. Jamaica*, párr. 9.3 (1996).

²¹⁵ Comité de Derechos Humanos, caso *Compass c. Jamaica*, párr. 10.3 (1993).

cias preliminares y fue ésta la declaración que se aceptó como prueba en el plenario, cuando el testigo estaba ausente del país. Asimismo, en un caso relativo al derecho a presentar testigos de descargo, el Comité concluyó que el Estado no había incumplido con esta garantía al permitir al plenario continuar en ausencia de un testigo que había sido citado a solicitud de la defensa, cuando el defensor indicó que no objetaba la continuación del proceso.²¹⁶ Al interpretar esta decisión conviene tener presente que quien no compareció no era testigo presencial de los hechos.

La jurisprudencia también está condicionada, en cierta forma, por la presunción de que la forma como un juez ejerce su discreción sobre la admisibilidad y relevancia de una prueba no es violatoria del debido proceso. Como bien ha señalado el Comité de Derechos Humanos, el artículo 14.3 e) no confiere un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo a petición del acusado o de su abogado.²¹⁷

En los últimos años el Comité de Derechos Humanos ha adoptado una serie de decisiones importantes indicando situaciones que sí llegan a constituir violaciones de esta garantía. El caso Grant trata de la ausencia de un testigo de coartada quien no pudo participar en el juicio por falta de transporte. El juez había pedido a la policía ponerse en contacto con el testigo a fin de asegurar su participación, lo que se hizo, pero sin facilitarle transporte. El Comité consideró que, en tales circunstancias, el Estado tenía la obligación de suspender el juicio y ordenar la comparecencia del testigo y proporcionarle transporte. El incumplimiento de estos deberes significaba que el Estado tenía responsabilidad en la ausencia del testigo y, por tanto, había incurrido en una violación del artículo 14.3 e).²¹⁸ En el caso Peart se

²¹⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Peart y Peart c. Jamaica, párr. 11.3 (1995).

²¹⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Gordon c. Jamaica, párr. 6.3 (1992); C.B.D. c. Países Bajos (decisión de un tribunal de segunda instancia de no citar a un testigo que había declarado en primera instancia); P.J.N. c. Países Bajos, párr. 4.3 (1993).

²¹⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Grant c. Jamaica, párr. 8.5 (1994).

negó al defensor copia de una declaración hecha por el principal testigo de cargo delante de la policía la noche de los hechos. La declaración culpó a otra persona del delito, hecho que la defensa descubrió después de que la condena había sido confirmada en segunda instancia. El Comité de Derechos Humanos consideró que la privación de la declaración “obstaculizó gravemente la defensa en su examen del testigo” produciéndose una violación del artículo 14.3 e).²¹⁹ La decisión en el caso *García Fuenzalida* es otro ejemplo. En un juicio por violación, el tribunal negó la solicitud de la defensa de realizar pruebas de semen y sangre del acusado. Siendo dichas pruebas “de crucial importancia”, la negativa del tribunal vulneró el artículo 14.3 e).²²⁰ En una decisión adoptada en 1998, el Comité parece adoptar una posición más flexible en cuanto a la relevancia de las pruebas denegadas a la defensa. En el caso *Yaseen y Thomas*, el Comité declaró que la pérdida de documentos por la policía en el transcurso de la investigación de un delito y que “podían contener elementos potencialmente exculpatórios” constituyó una violación de esta garantía, puesto que su pérdida “quizá haya entorpecido la preparación de la defensa (...)”.²²¹ El Estado no había ofrecido explicación alguna de la desaparición de los documentos solicitados por la defensa.

La cuestión de saber si la denegación de una solicitud o propuesta de la defensa en esta materia vulnera la garantía contenida en el apartado e) del párrafo 3 depende en primer lugar de la relevancia del testigo o la prueba. En el caso *Wright*, el Comité de Derechos Humanos consideró que el rechazo de la solicitud no era incompatible con esta garantía, porque “no era evidente” que la declaración del testigo, que no tenía conocimientos de los hechos materiales de la acusación, hubiese ayudado a la causa del acusado.²²² En otros

²¹⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Peart y Peart c. Jamaica*, párr. 11.5.

²²⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *García Fuenzalida c. Ecuador*, párr. 9.5 (1996).

²²¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Yaseen y Thomas c. Guyana*, párr. 7.10 (1998).

²²² Comité de Derechos Humanos, caso *Wright (C.) c. Jamaica*, párr. 8.5 (1992).

casos, la decisión del tribunal a no acceder a una solicitud de la defensa es sopesada a la luz del principio de igualdad. En el caso *Párkányi*, por ejemplo, se trató de la decisión del tribunal de no citar a un testigo cuya declaración la defensa consideraba importante, pero que el tribunal no consideró necesario. El Comité estimó que no se había sustanciado una violación del artículo 14.3 e) porque no se había demostrado que el tribunal hubiera tratado en forma diferente los testigos de cargo y de descargo.²²³

Por último, cabe recordar que las interferencias con las pruebas de parte de la policía también vulneran el derecho a debido proceso, aunque las irregularidades de esta índole no siempre se examinan desde la perspectiva de esta garantía específica. En el caso *Collins*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos calificó la intimidación de testigos de descargo como violaciones del derecho a un juicio justo y de la presunción de inocencia.²²⁴

El sistema interamericano también tiene una valiosa jurisprudencia sobre esta garantía. En el caso *Castillo Petruzzi*, la Corte Interamericana consideró violatoria de esta garantía la legislación que prohibía el interrogatorio a los agentes de la policía y del ejército, quienes habían participado en las diligencias de investigación y cuyas declaraciones fundamentaron la acusación.²²⁵ En la misma sentencia, la Corte declaró que una condena “en última instancia con base en una prueba nueva, que el abogado defensor no conocía ni pudo contradecir”, también violaba esta garantía.²²⁶ En el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte concluyó que no ofrecer a una persona la oportunidad de someter documentación ni testigos que acreditaran su posición en un asunto era violatorio de su derecho al debido proceso.²²⁷ Cabe destacar que esta conclusión se refiere a un asunto

²²³ Comité de Derechos Humanos, caso *Párkányi c. Hungría*, párr. 8.5 (1992).

²²⁴ Comité de Derechos Humanos, caso *Collins (W.) c. Jamaica*, párr. 8.4 (1992).

²²⁵ Corte Interamericana, caso *Castillo Petruzzi (Fondo)*, párrs. 153-156 (1999).

²²⁶ *Ibíd.*, párr. 140.

²²⁷ Corte Interamericana, caso *Ivcher Bronstein c. Perú (Fondo)*, párrs. 104, 106 y 110 (2001).

tramitado por una autoridad administrativa. En el caso del Tribunal Constitucional, la Corte consideró violatorio del artículo 8 de la Convención privar a los acusados de la oportunidad de “contrainterrogar a los testigos en cuyos testimonios se habían basado los congresistas para iniciar el procedimiento de acusación constitucional y concluir con la consecuente destitución.”²²⁸

En el caso Salinas, la CIDH concluyó que la denegación sistemática de pruebas testimoniales ofrecidas por la defensa así como de una solicitud de prueba de inspección ocular, bajo el pretexto de considerarlas “innecesarias”, configuró una violación del debido proceso.²²⁹ En el caso Figueredo Planchart, la CIDH hizo hincapié en que la garantía plasmada en el artículo 8.2 d) se aplica no sólo al plenario sino también al sumario, al menos cuando la libertad del acusado está en juego.²³⁰

Para recapitular, se puede afirmar que por lo general la jurisprudencia internacional reconoce violaciones del derecho de la defensa a presentar pruebas en tres situaciones, a saber: a) cuando la naturaleza de la prueba parece haber sido de crucial importancia para la resolución de las cuestiones bajo consideración; b) cuando existe un patrón de denegación sistemática de las ofertas y solicitudes de parte de la defensa, y c) cuando se pone de manifiesto un desequilibrio entre las partes violatorio del principio de igualdad en esta materia.²³¹

5.13 La igualdad de las partes

El principio contradictorio de la igualdad procesal es de fundamental importancia. Esto se destaca en la redacción del artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que comienza

²²⁸ Corte Interamericana, Tribunal Constitucional (Fondo), párr. 83 (2001).

²²⁹ CIDH, caso Salinas y otros c. Perú, pp. 121-122 (de la versión en inglés) (1994).

²³⁰ CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, párrs. 112 y 128 (2000).

²³¹ Comité de Derechos Humanos, caso Gordon c. Jamaica, párr. 6.3 (1992) (sobre la relevancia del principio de igualdad entre las partes).

con las palabras “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia (...)”. Asimismo, el primer párrafo del artículo 14 del PIDCP comienza con la frase “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.” Tan vital es este principio que se reafirma en la parte introductoria del párrafo 3, en la cual se enumeran las garantías del debido proceso penal: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.” Otra alusión se encuentra en el apartado de este mismo párrafo relativo a las pruebas, que insiste en el derecho de la defensa a “obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.” La Convención Americana reconoce la importancia de este principio para el debido proceso penal en el artículo 8.2 que reza: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.” Estas referencias son, desde luego, adicionales a las disposiciones que reconocen la igualdad de las personas como principio general del derecho internacional de los derechos humanos, entre ellos los artículos 2 y 26 del PIDCP y los artículos 1 y 24 de la Convención Americana. (Sobre el tema de la igualdad de las personas véase el Capítulo 15.)

No obstante el carácter fundamental de este principio, la jurisprudencia que reconoce violaciones al mismo no es voluminosa. En su decisión en el caso *Moraël*, relativo a un proceso civil, el Comité de Derechos Humanos hizo hincapié en que “el requisito de la igualdad de las armas [y] el respeto del juicio contradictorio” son elementos intrínsecos del debido proceso, aplicables a todo proceso judicial.²³² El principio de igualdad fue determinante en una decisión reciente relativa a un juicio sobre el derecho a una pensión de invalidez. Un tribunal había rechazado una prueba documental ofrecida por el reclamante –un informe psicológico– porque, aunque la

²³² Comité de Derechos Humanos, caso *Moraël c. Francia*, párr. 9.3 (1989) (los hechos comprobados no configuraron ninguna otra violación del debido proceso). Véase también *Wolf c. Panamá*, párr. 6.6 (1992).

ley no fijó un plazo para este efecto, consideraba que la aceptación de la prueba solamente dos días antes de la celebración de las audiencias perjudicaría a la parte demandada. El razonamiento del Comité fue el siguiente:

El Comité ha tomado nota del argumento presentado por el Estado Parte de que el tribunal consideró que de admitir el informe dos días antes de la vista la otra parte sería obstaculizada sin causa razonable en la sustanciación de los procedimientos. Sin embargo, el Comité toma nota de que el derecho procesal aplicable a la vista del caso no establecía un plazo determinado para la presentación de los documentos. En consecuencia, era obligación del Tribunal de Apelación, que no estaba vinculado por ningún plazo predeterminado, asegurar que cada parte pudiese impugnar las pruebas documentales que la otra parte hubiese presentado o desearse presentar y, de ser necesario, suspender las actuaciones. Al no existir la garantía de la igualdad de condiciones entre las partes respecto de la presentación de pruebas para los fines de la vista del caso, el Comité determina que se ha cometido una violación del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto.²³³

En otro caso de carácter civil, el Comité de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que el tribunal había resuelto las demandas y los recursos presentados por una parte en forma más ágil que los formulados por la otra, y que dicho trato preferencial configuró una violación del principio de igualdad.²³⁴

En una decisión relativa a un juicio penal, el Comité concluyó que proseguir con el plenario en ausencia de un abogado que defendiera al acusado había violado este principio. El Comité sustentó su decisión en las observaciones siguientes:

²³³ Comité de Derechos Humanos, caso Jansen-Gielen c. Países Bajos, párr. 8.2 (2001). Véase también *Äärelä c. Finlandia*, párr. 7.4 (2002).

²³⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Fei c. Colombia, párrs. 8.4-8.6.

La negativa del tribunal de la causa a ordenar un aplazamiento para que el autor pudiese procurarse representación judicial, en circunstancias que ya se habían concedido varios aplazamientos cuando no se había podido ubicar a los testigos de cargo o cuando no había sido posible prevenirlos, suscita dudas acerca de la imparcialidad y de la igualdad ante los tribunales. El Comité es de opinión de que ha habido violación del párrafo 1 del artículo 14 debido a la desigualdad de los medios de que dispusieron las partes.²³⁵

Excepcionalmente, la manipulación de las pruebas en un proceso penal puede producir un desequilibrio tan importante que se considera violatorio de este principio. El caso *Campbell*, en el cual la policía coaccionó a un niño a declarar contra su padre, es un ejemplo.²³⁶

El principio de igualdad de las partes debe respetarse en todas las fases del proceso. En el caso *Figueredo Planchart*, la CIDH concluyó que este principio se había vulnerado durante el sumario porque “Igualmente, dicho tribunal violó el derecho del inculpado a la igualdad procesal, por cuanto fue interrogado en presencia del fiscal mientras al mismo tiempo se excluyó a su abogado defensor.”²³⁷

El principio de igualdad se aplica no sólo al desarrollo de los procesos sino también al acceso a la justicia (véase el Capítulo 6).

5.14 El derecho a hallarse presente

En su reciente decisión en el caso *Rodríguez Orejuela*, el Comité de Derechos Humanos confirmó que los procedimientos penales escritos no son compatibles con el artículo 14 del PIDCP. La decisión señala al respecto que “(...) para satisfacer los derechos de la defensa garantizados en el párrafo 3 del artículo 14 del Pacto, especial-

²³⁵ Comité de Derechos Humanos, caso *Robinson (E) c. Jamaica*, párr. 10.4 (1989). Véase también *Domukovsky y otros c. Georgia*, párr. 18.9 (1998).

²³⁶ Comité de Derechos Humanos, caso *Campbell c. Jamaica*, párr. 6.4 (1992).

²³⁷ CIDH, caso *Figueredo Planchart c. Venezuela*, párr. 128 (2000).

mente los enunciados en los apartados d) y e), todo proceso penal tiene que dar al acusado el derecho a una audiencia oral, en la cual se le permita comparecer en persona o ser representado por su abogado y donde pueda presentar pruebas e interrogar a los testigos.”²³⁸

El derecho del inculcado a hallarse presente durante un juicio penal no es absoluto, según la doctrina y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos. Los juicios de un acusado en rebeldía pueden estar justificados, excepcionalmente, como señala la Observación General No. 13, “Cuando excepcionalmente y por razones justificadas se celebren juicios *in absentia* es tanto más necesaria la estricta observancia de los derechos de la defensa.”²³⁹ En el caso Mbenge el Comité declaró que:

En realidad, las actuaciones *in absentia* son admisibles en algunas circunstancias (por ejemplo, cuando el acusado aunque informado de las actuaciones con suficiente anticipación, renuncia a ejercer su derecho a estar presente) en beneficio de una buena administración de justicia. Sin embargo, el ejercicio efectivo de los derechos que figuren en el artículo 14 presupone que se tomen las medidas necesarias para informarse con anticipación al acusado de las actuaciones iniciadas contra él (art. 14, párr. 3 a). Los procesos *in absentia* requieren que, pese a la comparencia del acusado, se hagan todas las notificaciones para informarle de la fecha y lugar de su juicio y para solicitar su asistencia. De otra forma, el acusado, en especial, no dispondrá del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 14, párr. 3 b), no podrá defenderse por medio de defensor de su elección (art. 14, párr. 3 d), ni tendrá oportunidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados (art. 14, párr. 3 e).²⁴⁰

²³⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Rodríguez Orejuela c. Colombia, párr. 7.3 (2002).

²³⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 11.

²⁴⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Mbenge c. Zaire, párr. 14.1 (1983).

²⁴¹ Comité de Derechos Humanos, caso Maleki c. Italia, párr. 9.4 (1999).

No se puede presumir que el abogado nombrado de oficio para representar al acusado en rebeldía le haya informado del proceso, según la jurisprudencia del Comité.²⁴¹ Una violación de este derecho puede ser remediada por el reconocimiento del derecho del condenado a regresar al país para un nuevo proceso.²⁴²

La escasa jurisprudencia sobre el derecho del acusado detenido a estar presente en el plenario en primera instancia indica que este derecho es casi absoluto. En un caso, el Comité de Derechos Humanos concluye que “el Estado Parte no ha demostrado que tomó todas las medidas razonables para que los autores estuviesen presentes en todo momento en el juicio, pese a su presunta conducta perturbadora.”²⁴³

La jurisprudencia relativa a las audiencias ante tribunales de alzada es distinta de aquélla sobre el derecho a estar presente en el plenario. Tradicionalmente, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos establece que el reo tiene derecho a no hallarse presente, siempre que esté adecuadamente representado en la audiencia.²⁴⁴ En este contexto, la jurisprudencia reconoce el derecho del acusado a recibir oportunamente notificación sobre la fecha de una audiencia en alzada, a fin de poder consultar con su representante.²⁴⁵ Asimismo, se reconoce su derecho a estar informado si un defensor de oficio considera que un recurso de apelación carece de méritos, a fin de poder obtener los servicios de otro letrado o, eventualmente, representarse personalmente en la audiencia de segunda instancia.²⁴⁶

²⁴² *Ibíd.*, párr. 9.5.

²⁴³ Comité de Derechos Humanos, caso Domukovskiy y otros c. Georgia, párr. 18.9 (1998) (la naturaleza de la conducta del acusado no está clara: él reconoció haber dado la espalda al tribunal; el Estado declaró también que se había apoderado del arma de fuego de un guardia durante una audiencia). Véase también *Wolf c. Panamá*, párr. 6.6 (1992).

²⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Gordon c. Jamaica, párr. 6.2 (1992); *Werenbeck c. Australia*, párrs. 3.7 y 9.10 (1997).

²⁴⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Thomas (A.) c. Jamaica, párr. 11.5 (1992).

²⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Campbell c. Jamaica, párr. 6.6 (1992).

No obstante, en 1994 el Comité reconoció el derecho a un juicio oral en segunda instancia, cuando se hacía necesario proceder a una nueva evaluación de las pruebas.²⁴⁷ Aunque no hay jurisprudencia al respecto, cabe presumir que cuando hay juicio oral con el examen de testigos en segunda instancia, el acusado tiene derecho a estar presente.

La CIDH ha declarado que la extradición de una persona condenada en rebeldía en otro país no configura en sí violación de ningún derecho consagrado por la Convención Americana. A diferencia de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos antes mencionada, la decisión de la CIDH no se refiere a la previa notificación del acusado como requisito para la validez de la condena en rebeldía, si no que toma en cuenta que la extradición se llevó a cabo de conformidad con un tratado de extradición y se refiere en términos generales a los recursos disponibles en el país solicitante.²⁴⁸ En el caso Oviedo, la CIDH consideró que la negativa de un acusado detenido a participar en un juicio no configura una violación del debido proceso, cuando fue representado por un defensor de oficio.²⁴⁹

5.15 El derecho a un intérprete

El derecho del acusado que no comprende o no habla el idioma del tribunal a ser asistido gratuitamente por un intérprete está reconocido por el PIDCP y por la Convención Americana. La disposición pertinente de la Convención es más amplia que la del PIDCP, al reconocer también el derecho a un traductor, si fuera necesario.

En su Comentario General sobre el artículo 14 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha expresado que “Este derecho (...) se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Tiene impor-

²⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Karttunen c. Finlandia, párr. 7.3 (1992).

²⁴⁸ CIDH, caso Tajudeen c. Costa Rica, párrs.17- 18 (1992).

²⁴⁹ CIDH, caso Oviedo c. Paraguay, párr. 31 (1999).

tancia básica cuando la ignorancia del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión pueden constituir un obstáculo principal al derecho de defensa.” En una serie de casos, el Comité ha insistido en los límites de este derecho. En uno de ellos, comentó lo siguiente:

El requisito de un juicio con las debidas garantías tampoco obliga a los Estados Partes a proporcionar servicios de interpretación a una persona cuya lengua materna no sea el idioma oficial del Tribunal si esa persona puede expresarse adecuadamente en el idioma oficial y comprender ese idioma. Sólo es obligatorio proporcionar servicios de interpretación si al acusado o a los testigos de descargo les resulta difícil comprender el idioma del Tribunal o expresarse en ese idioma.²⁵⁰

El Comité de Derechos Humanos ha mantenido esta interpretación aún cuando en un caso concreto al acusado se le negó el derecho de emplear uno de los idiomas oficiales del país.²⁵¹

Parece lógico deducir que el acusado que solicita la comparecencia de testigos de descargo que no comprenden o no hablan el idioma del tribunal también tiene derecho a que estas personas cuenten con un intérprete. La CIDH considera que toda declaración de una persona que no comprende o no habla adecuadamente el idioma en el cual ésta le es tomada, carece de valor.²⁵² La CIDH también ha subrayado que el derecho a un intérprete o a un traductor es tan fundamental que debe ser respetado desde el inicio del sumario.²⁵³

²⁵⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Cadoret y otros c. Francia, párr. 5.6 (1991). Véase también Guesdon c. Francia, párr. 10.2 (1990).

²⁵¹ Comité de Derechos Humanos, caso C.E.A. c. Finlandia, párr. 6.2 (1991).

²⁵² CIDH, Informe Miskito, pp. 110-111 (1981).

²⁵³ *Ibíd.*

5.16 El derecho de apelación

i) Alcance y contenido de la garantía

El párrafo 5 del artículo 14 del PIDCP dispone que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.” El artículo 8.2 h) de la Convención Americana dispone que toda persona acusada de un delito “tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.” En su Observación General No. 13, el Comité de Derechos Humanos aclara que, a pesar del uso de la palabra “delito” en la versión española del PIDCP, esta “garantía no se limita tan sólo a las infracciones más graves.”²⁵⁴ En el caso *Salgar de Montejo*, el Comité concluyó que esta garantía era aplicable a una condena de un año de prisión, no obstante su calificación de “contravención” en el derecho interno.²⁵⁵

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el contenido y alcance de esta garantía ha tenido un desarrollo importante durante la última década. En primer lugar, se adoptó una jurisprudencia que dispone que, aunque el artículo 14.5 sólo obliga al Estado a reconocer el derecho a una revisión en segunda instancia, si el ordenamiento interno establece instancias adicionales, una persona declarada culpable en primera instancia “debe tener acceso efectivo a cada una de ellas.”²⁵⁶ Luego, en el caso *Reid*, el Comité hace otro aporte importante sobre el contenido de esta garantía, en la observación siguiente:

²⁵⁴ Comité de Derechos Humanos, Información General No. 13, párr. 17.

²⁵⁵ Comité de Derechos Humanos, caso *Salgar de Montejo c. Colombia*, párr. 10.4 (1982).

²⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, caso *Henry c. Jamaica*, párr. 8.4 (1991); *Little c. Jamaica*, párr. 8.5 (1991); *Bailey c. Jamaica*, párr. 7.4 (1999).

(...) el Comité recuerda que en el párrafo 5 del artículo 14 se establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. El Comité considera que, si bien las modalidades de la apelación pueden diferir según el ordenamiento jurídico interno de cada Estado parte, con arreglo al párrafo 5 del artículo 14 todo Estado parte tiene la obligación de reexaminar en profundidad el fallo condenatorio y la pena impuesta. En el caso presente, el Comité considera que las condiciones de la desestimación de la solicitud de permiso para apelar del Sr. Reid, sin motivación y sin fallo escrito, constituyen una violación del derecho garantizado en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.²⁵⁷

En una decisión adoptada al año siguiente el Comité de Derechos Humanos recalcó que, si bien el artículo 14.5 no requiere un juicio *de novo*, es necesaria una evaluación de “las pruebas presentadas durante el juicio [en primera instancia] y de la forma en que se desarrolló ésta.”²⁵⁸ En el caso Lumley, el Comité determinó que una decisión en segunda instancia que otorga o deniega una audiencia no es incompatible con la garantía plasmada en el artículo 14.5, siempre que esta decisión se base en “una revisión completa de la condena y de la sentencia, es decir, tanto por lo que respecta a las pruebas como por lo que se refiere a los fundamentos de derecho (...)”.²⁵⁹ En el caso Gómez, otra decisión adoptada en 1999, el Comité profundizó su jurisprudencia sobre este particular:

No obstante el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados ínte-

²⁵⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Reid c. Jamaica, párr. 14.3 (1992).

²⁵⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Perera c. Australia, párr. 6.4 (1995).

²⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Lumley c. Jamaica, párr. 7.3 (1999).

gramente. El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente (...) limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto.²⁶⁰

No proporcionar al interesado las actas necesarias para la revisión de una sentencia vulnera en forma indirecta esta garantía.²⁶¹ En el caso *Robinson*, el Comité de Derechos Humanos expresó: “a fin de que se haga efectivo el derecho a revisar la condena, el Estado Parte debe (...) de preservar la suficiente cantidad de pruebas materiales que permitan efectuar dicha revisión (...)”.²⁶² No obstante, la pérdida de una prueba documental únicamente vulnera esta garantía “si redundando en detrimento del derecho del condenado a que se revise la condena, es decir, cuando la prueba sea indispensable para la revisión.”²⁶³ Según la decisión del Comité en el caso *Karttunen*, existe el derecho a un juicio oral ante el tribunal de apelación en dos circunstancias. Primero, cuando este procedimiento es necesario para permitir una nueva evaluación de todas las pruebas presentadas por las partes, y segundo, cuando es necesario para determinar si las irregularidades ocurridas en la primera instancia han afectado la sentencia.²⁶⁴

En el caso *Moraël*, el Comité de Derechos Humanos manifestó que el derecho al debido proceso no permite “la agravación de ofi-

²⁶⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Gómez c. España*, párr. 11.1 (2000). Véase también *Domukovsky y otros c. Georgia*, párr. 18.11 (1998).

²⁶¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Little c. Jamaica*, párr. 8.5 (1991); *Lumley c. Jamaica*, párr. 7.5; *Morrison c. Jamaica*, párr. 8.5 (1999). No obstante, en el caso *Bailey c. Jamaica* el Comité consideró que la entrega de “notas” de la sentencia era suficiente para preparar el recurso de apelación, párr. 7.5 (1999).

²⁶² Comité de Derechos Humanos, caso *Robinson (M.) c. Jamaica*, párr. 10.7 (2000).

²⁶³ *Ibíd.*

²⁶⁴ Comité de Derechos Humanos, caso *Karttunen c. Finlandia*, párr. 7.3 (1992).

cio de penas” por tribunales de apelación, pero la jurisprudencia sobre este planteamiento es escasa.²⁶⁵

En el sistema interamericano también existe una importante jurisprudencia sobre este derecho. En el caso Castillo Petruzzi, la Corte Interamericana hizo unas observaciones sobre el derecho a ser oído en segunda instancia y las características de las instancias de apelación. La sentencia establece lo siguiente:

Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él.²⁶⁶

En este sentido, la Corte Interamericana confirmó un pronunciamiento anterior de la CIDH que estableció lo siguiente:

Si bien es cierto que la garantía del debido proceso parece referirse fundamentalmente a la fase de sustanciación en primera instancia del juicio o de comprobación de la incriminación o exculpación del acusado, la cabal observancia del principio del debido proceso abarca todas las etapas subsiguientes de apelación o revisión ante los tribunales superiores, por cuanto es ante los mismos donde esos vicios se corrigen. Como celosos custodios de la majestad de la justicia, los tribunales que conocen una apelación o un pedido de revisión deben examinar no sólo el fundamento del recurso sino también constatar si se han observado las normas del debido proceso, incluso respeto a irregularidades no denunciadas.²⁶⁷

²⁶⁵ Comité de Derechos Humanos, caso *Moraël c. Francia*, párr. 9.3 (1989).

²⁶⁶ Corte Interamericana, caso *Castillo Petruzzi (Fondo)*, párr. 161 (1999).

²⁶⁷ CIDH, caso *López Aurelli y otros c. Argentina*, párr. 18 (1990).

En el caso de La Tablada, la CIDH calificó el derecho de apelación como “un aspecto esencial” del debido proceso, agregando que: “El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa.”²⁶⁸ El objetivo de la garantía se describe así:

La Comisión considera que este recurso, establecido en favor del inculgado, le permite proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía, y de la aplicación correcta de la ley penal.²⁶⁹

Con respecto al alcance de la garantía, la CIDH consideró lo siguiente:

La Comisión observa que el artículo 8.2.h se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formal. En este sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, de normas de Derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referen-

²⁶⁸ CIDH, caso La Tablada, párr. 252 (1997).

²⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 259.

tes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas.

De lo expuesto surge que el derecho previsto en el artículo 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal del fallo y de todos los autos procesales importantes por un tribunal superior. Dicha revisión resulta especialmente relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva, incluyendo la legalidad de la prueba. El recurso debería constituir igualmente un medio relativamente sencillo para que el tribunal de revisión pueda examinar la validez de la sentencia recurrida en general, e igualmente controlar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso.²⁷⁰

En el caso concreto, la CIDH concluyó que el único recurso disponible no cumplía con estos requisitos, por las razones siguientes:

De lo expuesto, se entiende que el recurso extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema. (...) [N]o abarca la revisión del procedimiento, y (...), en la práctica, (...) no permite la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluso de la idoneidad y legalidad de la prueba, ni permite examinar la validez de la sentencia recurrida con relativa sencillez. Es un recurso de extensión, limitado y extraordinario, de restringida procedencia, por lo que no satisface la garantía del inculpado a impugnar la sentencia.²⁷¹

En el caso Figueredo Planchart, la CIDH recalcó que “Este derecho no establece excepciones de ninguna naturaleza” ni siquiera para juicios políticos sustanciados ante el más alto tribunal del país.²⁷²

²⁷⁰ *Ibíd.*, párrs. 261-262.

²⁷¹ *Ibíd.*, párr. 269.

²⁷² CIDH, caso Figueredo Planchart, párrs. 129, 131 (2000).

ii) La asistencia letrada y la representación eficaz

El derecho a beneficiarse de representación eficaz mediante un defensor letrado se aplica a todas las etapas de los procesos penales.²⁷³ Tratándose de un defensor de oficio, la representación eficaz requiere que el acusado sea informado oportunamente de su identidad. En decisiones adoptadas hace una década, el Comité de Derechos Humanos indicó que el acusado debe tener una adecuada oportunidad de consultar con el defensor sobre la preparación del recurso de apelación, un aspecto que reviste particular importancia cuando el acusado es preso. En el caso *Collins*, el Comité de Derechos Humanos hizo el siguiente análisis de los hechos:

El Comité observa además con preocupación que no se notificó al autor con la suficiente antelación la fecha en que se vería su apelación y que ese retraso comprometió sus posibilidades de preparar su apelación y de consultar con el abogado designado por el tribunal, cuya identidad desconoció hasta el día mismo de la vista. Sus posibilidades de preparar la apelación se vieron frustradas además por el hecho de que la vista de la solicitud de autorización para apelar, a la cual no se le permitió asistir, se consideró como la propia apelación. En esas circunstancias, el Comité considera que ha habido violación de los apartados b) y d) del párrafo 3 del artículo 14.²⁷⁴

No obstante, algunas decisiones más recientes arrojan dudas sobre el alcance o la vigencia de dichos antecedentes. En una decisión adoptada en 1997, el Comité de Derechos Humanos concluyó que no se había vulnerado este derecho cuando las actas del proceso demostraron que el abogado defendió cabalmente la causa de su

²⁷³ Comité de Derechos Humanos, caso *Collins c. Jamaica*, párr. 8.2 (1993).

²⁷⁴ *Ibíd.* Véase también Comité de Derechos Humanos, caso *Thomas (A.) c. Jamaica*, párr. 11.5 (1992).

cliente, a pesar de no haber consultado con él.²⁷⁵ En su decisión en el caso Teesdale, el Comité declaró lo siguiente:

Además, el autor afirma que fue privado de una apelación efectiva porque estuvo representado por un abogado que nunca le consultó y a quien el autor no tuvo ocasión de dar instrucciones. A este respecto el Comité considera que las apelaciones se argumentan sobre la base del expediente y que corresponde al abogado utilizar su juicio profesional en presentar la base para la apelación y decidir si pedir instrucciones al inculpado. No se puede pedir responsabilidades al Estado Parte por el hecho de que el abogado no haya consultado al autor de la comunicación. En las circunstancias del presente caso, el Comité estima que no ha habido violación del apartado d) del párrafo 3 y del párrafo 5 del artículo 14 en relación con la apelación del autor.²⁷⁶

Cuando un defensor consulta con su cliente pero no le comunica que piensa informar al tribunal de alzada que el recurso carece de fundamentos, el examen del recurso sin la participación de un abogado que defienda la causa de su cliente vulnera los apartados b) y d) del tercer párrafo del artículo 14. En esta circunstancia, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, el tribunal tiene la obligación de informar al reo de este hecho y ofrecerle la oportunidad de obtener los servicios de otro defensor.²⁷⁷ La jurisprudencia no es muy clara con respecto a casos en los cuales el acusado no logra obtener los servicios de otro letrado para representarlo en apelación. En el caso Hill, el Comité concluyó que la decisión del tribunal de no examinar los meritos del recurso porque los abogados

²⁷⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Lewis (N.) c. Jamaica, párr. 8.4 (1997) (al reo se le había informado la fecha de la audiencia en este caso).

²⁷⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Teesdale c. Trinidad y Tobago, párr. 9.7 (2002).

²⁷⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Kelly (P.A.) c. Jamaica, párr. 9.5 (1996); Steadman c. Jamaica, párr. 10.3 (1997); Smith y Stewart c. Jamaica, párr. 7.2.3 (1999).

consultados por los reos concluyeron que carecía de méritos, configuró una violación del artículo 14.5.²⁷⁸ En el caso Robinson, el Comité concluyó que cuando al acusado le informaron que su representante consideró que no existían fundamentos para recurrir y rehusó preparar un recurso, la denegación de permiso para recurrir no vulneraba ni el artículo 14.3 d) ni el artículo 14.5 cuando el acusado no consiguió otro defensor para encargarse del asunto.²⁷⁹ Una posible explicación de la aparente discrepancia entre la decisión en el caso Hill y la del caso Robinson es que el primero se trataba de la revisión en segunda instancia, mientras que el caso Robinson se trataba de un recurso ante la Cámara de los Lores, posterior a la revisión de la sentencia por el Tribunal de Apelaciones.

En principio, cuando un preso condenado es representado adecuadamente en la audiencia en segunda instancia no tiene derecho a estar presente²⁸⁰ (véase la sección 5.14).

5.17 El derecho de la persona a ser oída sin demora

i) La jurisprudencia universal

El artículo 14.3 c) del PIDCP consagra el derecho del acusado de un delito “A ser juzgado sin dilaciones indebidas.” La Convención Americana reconoce esta garantía como elemento básico del debido proceso legal, aplicable a procesos judiciales de toda clase. El primer párrafo del artículo 8 establece:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, indepen-

²⁷⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Hill y Hill c. España, párrs. 3.7 y 14.3 (1997).

²⁷⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Robinson (M.) c. Jamaica, párr. 10.6 (2000).

²⁸⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Gordon c. Jamaica, párr. 6.2 (1993).

diente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

A primera vista esta diferencia entre los dos instrumentos es significativa, pues el PIDCP no reconoce el derecho a ser oído sin demora sino en el contexto de juicios penales y, como se vio en el Capítulo 4, en los recursos para tutelar la libertad personal. No obstante, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos considera esta garantía aplicable a procesos de otra índole, como se indica en la sección 4.5.

La Observación General No. 13 confirma que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas se aplica a “todas las fases del proceso”, o sea “tanto en primera instancia como en apelación.” En cuanto a las fases de investigación y sumario, la garantía plasmada en el artículo 14 está respaldada por la consagrada por el tercer párrafo del artículo 9, que establece el derecho de una persona detenida a “ser juzgada dentro de un plazo razonable o puesta en libertad.” La jurisprudencia sobre esta garantía, resumida en el Capítulo 4, indica que, por regla general, las demoras de más de año y medio pueden considerarse incompatibles con el derecho a ser juzgado o puesto en libertad condicional.²⁸¹ La complejidad del caso, el número y disponibilidad de los testigos y la eventual necesidad de obtener pruebas de otra índole son factores que hay que tomar en cuenta para determinar si una demora debe considerarse “indebida”.²⁸²

La jurisprudencia sobre demoras en procesar a acusados en libertad es escasa. En un caso, el Comité de Derechos Humanos concluyó que la demora de siete años en la investigación y juicio de un acusado en dos procesos en primera instancia era violatoria del artícu-

²⁸¹ Véanse las decisiones del Comité de Derechos Humanos, casos *MacLawrence c. Jamaica* (1997) y *Morrison (E.) c. Jamaica* (1998), entre otros.

²⁸² Comité de Derechos Humanos, caso *Hill y Hill c. España*, párr. 12.4 (1997); *Sextus c. Trinidad y Tobago*, párr. 7.2 (2001).

lo 14.3 c) cuando el Estado “no ha aducido razón especial que pudiera justificar ese retraso”.²⁸³ En otra decisión, el Comité consideró que una demora de dos años y medio entre la acusación y el inicio del juicio en plenario en un caso de homicidio había sido violatoria del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, en ausencia de explicaciones de parte del Estado.²⁸⁴ En este caso, el acusado estaba privado de libertad, pero en razón de una condena por otro delito.

En el sistema universal hay algunas decisiones específicamente sobre la duración de las demoras durante la fase de apelación. En el caso Thomas el Comité de Derechos Humanos consideró que, en ausencia de una explicación, una demora de 23 meses entre la condena y la audiencia en segunda instancia había sido violatoria del artículo 14.3 c) así como del artículo 14.5.²⁸⁵ En el caso Rogerson, el Comité llegó a la misma conclusión con respecto a una demora de casi 24 meses entre la sentencia en primera instancia y la confirmación de la decisión por el tribunal de apelación.²⁸⁶ Otras decisiones relativas a demoras de 25 y 27 meses entre la condena y la sentencia en segunda instancia llegan a la misma conclusión.²⁸⁷ Ahora bien, demoras de esta magnitud y más no son violatorias del PIDCP cuando la responsabilidad principal incumbe al abogado defensor.²⁸⁸

El derecho a ser juzgado sin demoras indebidas debe respetarse también en el recurso a una tercera instancia. En ciertos países, el recurso al tribunal más alto debe estar acompañado de la sentencia razonada o las actas del tribunal de segunda instancia, de manera

²⁸³ Comité de Derechos Humanos, caso Paraga c. Croacia, párr. 9.7 (2001).

²⁸⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Morrison (E.) c. Jamaica, párr. 22.3 (1998).

²⁸⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Thomas (M.) c. Jamaica, párr. 6.2 (1997).

²⁸⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Rogerson c. Australia, párr. 9.3 (2002).

²⁸⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Smith y Stewart c. Jamaica, párr. 7.4 (1999); Bennett c. Jamaica, párr. 10.5 (1999), respectivamente.

²⁸⁸ En el caso Francis, el Comité de Derechos Humanos concluyó que una demora de 51 meses no era violatoria del derecho a una revisión en segunda instancia sin demora indebida, cuando el tribunal de instancia falló cinco meses después de recibir el recurso. Francis y otros c. Trinidad y Tobago, párr. 5.5 (2002).

que una demora en la entrega de dichos documentos obstaculiza o imposibilita el acceso a la última instancia. En el caso Pratt y Morgan, el Comité de Derechos Humanos concluyó que una demora de tres años y nueve meses en la entrega de tales documentos vulneró los párrafos 3 c) y 5 del artículo 14, a pesar de que la decisión del tribunal de última instancia eventualmente confirmó la condena de los acusados.²⁸⁹ En otro caso, una demora de dos años y medio en espera de una decisión de la corte de casación fue considerada violatoria de esta garantía, sobre todo cuando al final de este periodo el reo tuvo que abandonar el recurso para obtener la libertad condicional.²⁹⁰ La demora entre un fallo que anula una condena y ordena un nuevo juicio, y el inicio de éste debe conformarse con el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas. Una demora de tres años y diez meses, durante la cual el acusado permaneció detenido, vulnera tanto el artículo 9.3 como el artículo 14.3 c), según una decisión del Comité.²⁹¹

ii) La jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia interamericana sobre la duración de la detención preventiva y su compatibilidad con el derecho del acusado que está detenido a “ser procesado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad”, a tenor del artículo 7.5 de la Convención Americana, se analizó en el Capítulo 4. La doctrina interamericana también hace hincapié en el derecho a un proceso ágil en cuanto elemento del derecho a un recurso, lo que ha generado una amplia jurisprudencia sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los dere-

²⁸⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Pratt y Morgan c. Jamaica, párrs. 13.4 y 13.5 (1989).

²⁹⁰ Comité de Derechos Humanos, caso García Fuenzalida c. Ecuador, párr. 9.6 (1996).

²⁹¹ Comité de Derechos Humanos, caso Shalto c. Trinidad y Tobago, párr. 7.2 (1995).

chos humanos a una pronta investigación penal de las mismas. Esta jurisprudencia se analiza en el Capítulo 6, dedicado al derecho a un recurso. El enfoque de la presente sección se centra en el derecho a un juicio sin demoras en cuanto garantía de la defensa en procesos penales y otros procesos sancionatorios.

En el caso *Firminch*, la CIDH consideró que la compatibilidad con el artículo 7 de la Convención de una detención prolongada preventiva debe analizarse a la luz de tres factores, a saber: la duración de la detención, la naturaleza y gravedad de los hechos delictivos y las “dificultades o problemas judiciales” que afectaron la instrucción de la causa (véase el Capítulo 4). La decisión, adoptada en 1988, se inspiró en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. En dos sentencias adoptadas en 1997, la Corte Interamericana reafirma y reformula esta doctrina, señalando que “se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.”²⁹² Este marco analítico derivado de la jurisprudencia europea se aplica tanto al artículo 7.5 como al artículo 8.1, así como a procesos de toda índole.

En el caso *Giménez*, la CIDH elabora un análisis del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y la relación entre las disposiciones de los artículos 7 y 8, que merece citarse en extenso:

Los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana persiguen justamente el propósito que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes.

²⁹² Corte Interamericana, caso *Suárez Rosero* (Fondo), párr. 72 y *Genie Lacayo* (Fondo), párr. 77 (cabe señalar que en este caso la Corte no aplicó dicha doctrina en cuanto elemento de los derechos de la defensa, sino para evaluar las demoras en un proceso destinado a determinar responsabilidades por una violación de los derechos humanos).

Aunque se inspiran en el mismo principio, ambas disposiciones no son idénticas en sus referencias a lo que constituye un plazo razonable. Un atraso que constituya violación de la disposición del artículo 7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1. La especificidad del artículo 7.5 radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. La posibilidad que el Estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan de libertad a los acusados. El concepto de tiempo razonable contemplado en el artículo 7 y el artículo 8 difieren en que el artículo 7 posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso. El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio.

El tiempo razonable para la duración del proceso, según el artículo 8, debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. A diferencia del derecho establecido en el artículo 7.5, las consideraciones envueltas en la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento son más flexibles, por la razón obvia de que en el caso del artículo 7.5 el encarcelamiento del procesado afecta su derecho a la libertad personal.²⁹³

En un caso concreto, la CIDH concluyó que la prolongación de un proceso por dos cargos de robo y hurto por más de cinco años sin sentencia firme era violatoria del derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro del plazo razonable que establece el artículo 8.1.²⁹⁴ La demora consistía en cuatro años y dos meses entre la detención y condena en primera instancia, más 15 meses adicionales hasta la sentencia del tribunal de apelación.²⁹⁵

²⁹³ CIDH, caso *Giménez c. Argentina*, párrs. 109-111 (1996).

²⁹⁴ *Ibíd.*, párr. 112.

²⁹⁵ *Ibíd.*, párr. 2-3.

En el caso Gallardo Rodríguez, la CIDH reafirmó la jurisprudencia del caso Firminech en el sentido de que no es posible establecer criterios abstractos sobre lo que constituye un plazo razonable, sino que hay que formarse una apreciación basada en el conjunto de las circunstancias relevantes. En particular, la CIDH destacó la relevancia de “la complejidad del litigio” y la conducta procesal de las partes.²⁹⁶ En un proceso por malversación, enriquecimiento ilícito y destrucción de propiedad perteneciente al ejército, la CIDH concluyó, sin entrar en un análisis pormenorizado de la complejidad de los cargos, que un plazo de dos años y medio era manifiestamente más que suficiente para completar la instrucción.²⁹⁷ El hecho de que la defensa hubiera dilatado el proceso hasta cierto punto no afectaba esta conclusión, porque dicha demora “no es directamente proporcional al largo tiempo que ha transcurrido sin obtener sentencia.”²⁹⁸

En una decisión sobre cuatro casos contra Jamaica, la CIDH concluyó que las demoras de más de dos años previas al inicio del plenario son, *prima facie*, irrazonables.²⁹⁹ En estos casos el número de testigos era pequeño, los hechos materiales no eran particularmente complejos y no constaba ninguna información de particular relevancia relativa a la actividad procesal de las partes.³⁰⁰ En esas circunstancias, la CIDH concluyó que tales demoras habían sido violatorias tanto del artículo 7.5 como del artículo 8.1.³⁰¹ En otra decisión adoptada el mismo año, la CIDH llegó a una conclusión idéntica con respecto a demoras de 26 meses entre la detención y el juicio en primera instancia, en aplicación del artículo XXV de la Declaración Americana.³⁰²

²⁹⁶ CIDH, caso Gallardo Rodríguez c. México, párr. 54 (1996). Véase el Capítulo 4 para la jurisprudencia en el caso Firminech c. Argentina.

²⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 57.

²⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 106.

²⁹⁹ CIDH, caso Lamey y otros c. Jamaica, párrs.183-184 (2001) (esta parte del análisis se basa, en parte, en la jurisprudencia del Comité, y parece evidenciar una voluntad de asegurar la armonía de las dos jurisprudencias).

³⁰⁰ *Ibíd.*, párrs. 186-187.

³⁰¹ *Ibíd.*, párr. 188.

³⁰² CIDH, caso Edwards y otros c. Las Bahamas, párrs. 216-125 (2001).

La reciente decisión de la CIDH en el caso Levoyer Jiménez subraya la relevancia de esta garantía para causas penales que queden en suspenso. La víctima, acusada de narcotráfico, enriquecimiento ilícito, conversión de bienes y testaferrato estuvo detenida preventivamente durante cinco años, al cabo de los cuales fue sobreseída provisionalmente y excarcelada. La legislación permitía la reapertura de la causa durante un plazo de cinco años más, en caso de encontrar nuevas pruebas. Cuando la CIDH pronunció su decisión habían transcurrido casi tres años. La decisión destaca que uno de los objetivos del reconocimiento del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable en cuanto derecho de todo acusado y no solo derecho del detenido, es tutelar la seguridad jurídica de la persona.³⁰³ La demora de casi ocho años “excede en mucho el principio de razonabilidad”, sobre todo tomando en cuenta que la acusada había sido sobreseída.³⁰⁴

5.18 El principio de legalidad (*Nullum crimen sine lege*)

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana reafirman el principio de legalidad en términos sustancialmente idénticos, estableciendo que: “Nadie será condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos (...)”. En contraste, el artículo XXV de la Declaración Americana prohíbe la privación de libertad por motivos y procedimientos “no establecidos por leyes pre-existentes”.³⁰⁵ La formulación empleada por la Declaración Americana es más amplia, en el sentido de que se aplica a toda privación de libertad, sea por razones de índole penal u otra, mientras que la fórmula empleada

³⁰³ CIDH, caso Levoyer Jiménez, párr. 90 (2001).

³⁰⁴ *Ibíd.*, párr. 95.

³⁰⁵ Véase el Capítulo 4 sobre la aplicación retroactiva de leyes que afectan sentencias.

por los demás instrumentos se aplica a toda “condena”, aún cuando la pena no sea privativa de libertad.³⁰⁶

La fórmula empleada por los tratados y la Declaración Universal de Derechos Humanos tiene la ventaja de indicar claramente que lo que se prohíbe no es tan sólo la aprobación de una ley con efecto retroactivo, sino también la ampliación del contenido de tipos penales con efecto retroactivo. El Comité de Derechos Humanos confirmó esta interpretación en una serie de decisiones sobre condenas por afiliación a un partido político ilegal. Si bien la ley aplicada estaba vigente en el momento de los hechos, las condenas fueron consideradas violatorias del PIDCP porque el partido en cuestión era legal durante el periodo de afiliación de los condenados.³⁰⁷

La Corte Interamericana ha desarrollado una jurisprudencia importante sobre este principio. En el caso Castillo Petruzzi, declaró:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos

³⁰⁶ Cabe señalar que el Comité de Derechos Humanos ha advertido que el significado en el derecho interno de vocablos como “pena” y “condena” tiene relevancia limitada, ya que tales disposiciones de la normativa internacional deben interpretarse a la luz de sus propios objetos y propósitos. *Van Duzen c. Canadá*, párr. 10.2 (1982).

³⁰⁷ Comité de Derechos Humanos, caso *Weinberger c. Uruguay*, párrs. 2 y 16 (1980); *Petraroira c. Uruguay*, párrs. 13.2 y 17 (1981).

ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.³⁰⁸

El principio de legalidad es vulnerado no sólo cuando la legislación contiene tipos penales que no permiten distinguir entre conducta legal e ilegal, sino también cuando establece tipos penales que no permiten diferenciar entre un delito y otro, al menos cuando las consecuencias relativas a la naturaleza del foro competente a los procedimientos aplicables y a las penas son importantes.³⁰⁹

En el caso Baena Ricardo, la Corte Interamericana reconoció la aplicabilidad del principio de legalidad a procesos administrativos. La sentencia dice al respecto:

En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.³¹⁰

Los defectos de la ley fueron descritos de la manera siguiente:

En lo que concierne al principio de legalidad, la Ley 25 sólo contenía un concepto muy amplio e impreciso sobre posibles conductas ilícitas, cuyas características específicas no se establecían puntualmente, y que sólo se caracterizaban bajo el concepto de participación en actos contrarios a la democracia y el orden constitucional.³¹¹

³⁰⁸ Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo), párr. 121 (1999).

³⁰⁹ *Ibíd.*, párrs. 119-122; Cantoral Benavides (Fondo), párrs. 155-158 (2000).

³¹⁰ Corte Interamericana, caso Baena Ricardo (Fondo), párr. 107.

³¹¹ *Ibíd.*, párr. 108 (la ley prohibía textualmente toda “participación” en “acciones contra la Democracia y el Orden Constitucional”, párr. 110).

Adicionalmente, la ley fue aplicada en forma retroactiva. La decisión considera la aplicación de la ley violatoria de esta garantía no sólo porque fue aplicada a hechos acontecidos antes de su aprobación, sino también porque la decisión de calificar los paros que motivaron el despido de los trabajadores de “atentatorios contra la democracia y el orden constitucional” se tomó después de los despidos de la mayoría de las víctimas.³¹²

La normativa establece una excepción a la prohibición de la aplicación retroactiva del derecho penal, con el propósito de permitir el castigo de conductas consideradas delictivas según el derecho internacional.³¹³ Con la aprobación y entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la nómina de delitos reconocidos por el derecho internacional aumentó de manera significativa.³¹⁴ Estos delitos incluyen actualmente el genocidio, un número importante de delitos de lesa humanidad y una serie de crímenes de guerra (arts. 6, 7 y 8). Los delitos de lesa humanidad comprenden asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y traslado forzoso de población; la “privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional”, la tortura, violación y otras formas graves de violencia sexual; la desaparición forzada; la persecución de un grupo político, racial, nacional, étnico, religioso o una minoría sexual, y “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”, cuando son cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (art. 7).

³¹² *Ibíd.*, párrs. 136 y 114.

³¹³ El PIDCP dedica el segundo párrafo del artículo 15 a esa excepción, mientras la Convención Americana la reconoce implícitamente en el artículo 9 mediante la expresión “el derecho aplicable”.

³¹⁴ El Estatuto de Roma fue aprobado el 17 de julio de 1998 y entró en vigor en los Estados Partes el 1° de julio de 2002.

5.19 *Non bis in idem*

El principio de *non bis in idem*,³¹⁵ a veces llamado *res judicata*, ha sido incorporado a la normativa internacional por medio del artículo 14(7) del PIDCP y del artículo 8(4) de la Convención Americana. Sin embargo, estos dos instrumentos definen este principio de diferente manera. El PIDCP reconoce el derecho de toda persona condenada o absuelta por sentencia firme a no ser sometida a un nuevo proceso, mientras que la Convención Americana consagra este derecho como propio de las personas absueltas. Otra diferencia en la forma de abordar este principio por estos dos instrumentos consiste en que, mientras que el PIDCP prohíbe que una persona sea procesada dos veces por el mismo delito, la Convención Americana utiliza la fórmula “los mismos hechos”, que parece ser más amplia que la formulación del PIDCP.

El Comité de Derechos Humanos indica que este principio no prohíbe la reanudación de un proceso, la que puede estar justificada en circunstancias excepcionales.³¹⁶ En el caso *Terán Jijón*, el Comité indicó que la detención preventiva y acusación en sí no conforman una violación, sino se procede a la celebración de un juicio.³¹⁷ En este caso, el Comité consideró que no se había vulnerado el artículo 14.7 porque los tribunales nacionales reconocieron que la segunda acusación estaba basada en los mismos hechos examinados en una causa anterior, y desestimaron la acusación antes de la apertura del plenario. La jurisprudencia del Comité también establece que este principio no impide a un Estado juzgar a un individuo por el mismo delito por el cual ya fue juzgado por los tribunales de otro Estado.³¹⁸

³¹⁵ La Corte Interamericana emplea esta ortografía, mientras que el Comité de Derechos Humanos emplea *ne bis in idem*.

³¹⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 13, párr. 19.

³¹⁷ Comité de Derechos Humanos, caso *Terán Jijón c. Ecuador*, párr. 5.4 (1992).

³¹⁸ Comité de Derechos Humanos, caso *A.P. C. Italia*, párr. 7.5 (1988).

La jurisprudencia interamericana sobre este principio es más extensa. En su sentencia en el caso Loayza Tamayo, la Corte Interamericana indicó que la aplicabilidad del principio depende de la naturaleza y los fundamentos de la decisión adoptada en el primer proceso. Sobre este particular la sentencia dice:

La Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra “absolución”, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.

De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana.³¹⁹

En el caso de Alan García, la CIDH hizo el siguiente análisis de los elementos constitutivos del principio:

El artículo 8 de la Convención Americana en su inciso 4 consagra la garantía del *non bis in idem* al establecer que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

(...) A los efectos de la aplicación de este principio al caso concreto es preciso analizar el significado de los conceptos “imputado absuelto” y “sentencia firme” (...)

La Convención Americana al establecer “imputado absuelto” implica aquella persona que luego de haber sido imputada de un delito ha sido

³¹⁹ Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo (Fondo), párrs. 76-77 (1997).

declarada exenta de responsabilidad, ya sea porque la absolución se produzca por haberse demostrado su inocencia, por no haberse probado su culpabilidad o por haberse determinado la falta de tipificación de los hechos denunciados.

La Comisión considera que la expresión “sentencia firme” en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, “sentencia” debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y “sentencia firme” como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiere las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada.³²⁰

En el caso bajo consideración se había declarado “la no apertura de la instrucción y ordenó el archivo definitivo de la causa fundado en la falta de tipificación penal de los hechos denunciados.” La CIDH consideró que:

(...) a diferencia de otros supuestos de desistimiento de la denuncia –por razones de carácter procesal, por ejemplo–, cuando la declaración de no apertura de la instrucción se funde en la inexistencia de tipificación penal de los hechos denunciados, la resolución que así lo establezca adquirirá el carácter de inmutable. En efecto, para el caso que un tribunal declare en una oportunidad que un individuo no está sujeto a la pretensión punitiva del Estado por inexistencia de tipificación penal de los hechos denunciados, no será posible que luego otro tribunal, invocando los mismos hechos, pueda sostener que son constitutivos de delito.³²¹

En una decisión más reciente, la CIDH indicó que “El carácter ‘firme’ lo adquieren las sentencias contra las cuales ya no procede

³²⁰ CIDH, caso *García c. Perú*, p. 105 (de la versión en inglés) (1994).

³²¹ *Ibíd.*

ningún recurso ordinario ni extraordinario.³²² La CIDH también conoció un caso en el cual una persona fue procesada por el mismo cargo y con base en los mismos hechos paralelamente ante dos tribunales.³²³ Según la CIDH, se incurrió en una violación del principio cuando el acusado fue sobreseído en uno de los procesos y el otro tribunal omitió cerrar la causa. Una segunda violación se produjo cuando este tribunal condenó a la acusada.³²⁴

5.20 Procedimientos relativos a la modificación de una sentencia

En los procesos penales el derecho al debido proceso se aplica tanto a la determinación de la responsabilidad penal como a la determinación de la pena. La mayor parte de la jurisprudencia sobre esta cuestión ha sido desarrollada sobre casos relativos a la pena capital y, por tanto, se analiza en el Capítulo 1. Existe también una jurisprudencia, aunque no extensa, que reconoce que el debido proceso es aplicable a procedimientos judiciales o administrativos que pretenden anular una condena firme o modificar una sentencia, es decir, procedimientos que son posteriores a la fase de apelación y, por tanto, no forman parte del proceso.

Una parte de la jurisprudencia sobre este tema se origina en la ley adoptada por un país que reducía el alcance de la pena de muerte, sin abolirla. La ley tenía dos consecuencias: para ciertos delitos la pena capital dejó de ser aplicable y para otros delitos dejó de ser obligatoria convirtiéndose en facultativa. La ley tenía aplicación retroactiva, lo que obligó a las autoridades a celebrar audiencias en ambos casos. Los presos condenados por delitos para los cuales la pena de muerte había llegado a ser discrecional, tenían derecho a una

³²² CIDH, caso Oviedo c. Paraguay, párr. 34 (1999).

³²³ CIDH, caso Garcés Valladares c. Ecuador, párr. 94 (1999).

³²⁴ *Ibíd.*, párr. 98.

audiencia para determinar si la pena de muerte debía ser conmutada a pena de prisión, y los presos condenados por delitos que ya no eran castigados con la pena capital tenían derecho a una audiencia para determinar la fecha cuando podían solicitar la libertad condicional. En el caso Bailey, el Comité de Derechos Humanos dictaminó que la toma de una decisión sobre la modificación de una sentencia sin la participación del preso era incompatible con el derecho al debido proceso, en particular los párrafos 1 y 3 d) del artículo 14.³²⁵

5.21 El derecho de los adolescentes infractores a un trato especial

Tanto el PIDCP como la Convención Americana reconocen no sólo el derecho genérico del niño a una protección, sino también su derecho a un trato especial cuando es detenido o acusado de una infracción de carácter penal. El PIDCP reconoce el derecho del menor acusado a “ser llevado ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”, y requiere que en “el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social (apartado b) del párrafo 2 del art. 10 del PIDCP y párrafo 4 del art. 14 de la Convención Americana). La Convención Americana reconoce, además, el derecho del niño a ser llevado ante tribunales especializados (párrafo 5 del artículo 5 de la Convención Americana).

El artículo 40 de la Convención sobre los derechos del niño establece un catálogo de los derechos de los adolescentes acusados de infracciones, similar al artículo 14.3 del Pacto Internacional y al artículo 8.2 de la Convención Americana.³²⁶ El artículo 1 de la Con-

³²⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Bailey c. Jamaica, párr. 7.5 (1999).

³²⁶ Cabe recordar que mientras los artículos 14.1 y 8.2 se refieren al debido proceso, el artículo 40 de la Convención sobre los derechos del niño concierne

vención sobre los derechos del niño establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Tanto la normativa universal como la interamericana establecen que la pena de muerte no debe ser impuesta nunca a personas menores de 18 años de edad, lo que permite inferir que estas personas no deben ser castigadas como si fueran adultas.³²⁷ No obstante, hasta la fecha no hay jurisprudencia universal que reconozca el derecho a un trato especial en materia penal por todo delito cometido por una persona menor de 18 años de edad. En el sistema interamericano sí hay jurisprudencia y doctrina que adopta esta interpretación, como se verá más adelante.

Por otra parte, es un principio fundamental del derecho internacional de los derechos de la niñez que los niños pequeños no tienen responsabilidad legal por hechos delictivos (apartado A) del párrafo 3, artículo 40 de la Convención Americana y Regla 4 de las Reglas de Beijing). Si bien no hay consenso sobre la edad mínima que justifica la imposición de una responsabilidad legal atenuada, sí hay un acuerdo muy amplio de que dicha responsabilidad no debe imponerse a los niños que todavía no han alcanzado la adolescencia. De manera que el sistema especializado para “menores infractores” –término generalmente considerado despectivo– es en esencia y de hecho un sistema para adolescentes acusados de infracciones.

exclusivamente a la justicia aplicable al niño acusado de una infracción. El derecho del niño a ser oído en procedimientos judiciales y administrativos de otra índole está consagrado por el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño, en términos muy diferentes de los de los artículos 14.1 del PIDCP y 8.1 de la Convención.

³²⁷ La jurisprudencia reciente de la Comisión Interamericana reconoce la existencia de una norma de derecho consuetudinario que prohíbe la imposición de la pena de muerte a toda persona menor de 18 años de edad en el momento de la comisión de un delito. Domínguez c. Estados Unidos, presentado en la parte del Capítulo 1 relativa a la pena de muerte.

El primer párrafo del artículo 40 de la Convención sobre los derechos del niño establece los principios generales que deben inspirar y orientar todo este sistema, de la siguiente manera:

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

El segundo párrafo del artículo 40 reafirma y, en algunos casos, adapta las garantías del debido proceso reconocidas por el derecho internacional de los derechos humanos. Se consagra expresamente la presunción de inocencia: el derecho a ser informado sin demora de los cargos en contra, el derecho a que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley; el derecho a no ser obligado a prestar testimonio o a declararse culpable; el derecho a hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; el derecho a revisión de la sentencia; el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete en caso de necesidad, y el derecho a la intimidad. El inciso ii) reconoce el derecho de todo adolescente acusado de una infracción a “asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.” El tercer párrafo reconoce la obligación de desarrollar sistemas de justicia especializados, en particular de establecer “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capaci-

³²⁸ La Regla 13.1, sobre la detención privativa, utiliza esta fórmula textualmente. También fue reafirmada en la primera de las Reglas para la protección de menores privados de libertad, adoptadas por la ONU en 1990 (véase el Capítulo 2).

dad para infringir las leyes penales”, y mecanismos de “remisión” que permitan adoptar medidas en casos sin recurrir a procedimientos judiciales (apartados a) y b), respectivamente, el apartado b) se inspira de la Regla 11 de las Reglas de Beijing).

Otro principio fundamental del derecho internacional de los derechos del niño es que la privación de libertad “se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.” Codificado por el párrafo a) del artículo 37 de la Convención Americana, este principio fue reconocido inicialmente en las Reglas de Beijing, adoptadas en 1985.³²⁸ La Regla 17.1, relativa a las medidas impuestas a adolescentes infractores, establece una serie de directrices que ayudan a la interpretación de este principio general, entre ellas las siguientes:

- b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;
- c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;
- d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

El párrafo cuarto del artículo 40 de la Convención sobre los derechos del niño prevé justamente la creación de un abanico de programas y facilidades que permitan la socialización o recuperación de infractores sin recurso a la privación de libertad, cuando sea posible.

En 1999 la Corte Interamericana profirió una sentencia de gran importancia, conocida como el “caso de los Niños de la Calle”.³²⁹ Tratándose de la desaparición, tortura y ejecución extrajudicial de un grupo de jóvenes, la sentencia aborda tangencialmente el tema de las garantías procesales de los adolescentes frente a la justicia.

³²⁹ También conocido como Villagrán Morales y otros (Fondo) (2000).

No obstante, la sentencia afirma que: “Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad.”³³⁰ La cita es de la Regla 26.1 de las Reglas de Beijing, y la referencia a éstas como fuente confirma su relevancia en la interpretación de las normas convencionales sobre las garantías del debido proceso de adolescentes frente a la justicia.

El mismo año la CIDH adoptó una decisión sobre los derechos y las garantías de los adolescentes frente a la justicia, en un caso conocido como “Menores detenidos (Honduras)”. La decisión establece lo siguiente:

Con respecto al juzgamiento de los menores, hemos dicho antes que el artículo 5(5) de la Convención [Americana] establece la obligación específica de llevar a los menores “ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. En otras palabras, esta disposición establece el deber de crear una magistratura especializada en infracciones cometidas por personas menores de 18 años, que sea la única competente para juzgar a los menores.

A criterio de la Comisión, esta disposición recoge una de las principales normas de derecho internacional en materia de Derechos de la Infancia, cual es la prohibición de juzgar a niños como adultos. Ello implica que el sistema penal de la justicia de menores debe tener un campo de aplicación mucho más limitado que el del derecho penal común, dada la obligación que establece el artículo 19 de la Convención, de otorgar al niño una protección especial.³³¹

³³⁰ La sentencia cita también las Reglas para la protección de menores privados de libertad, párr. 197.

³³¹ CIDH, caso Menores detenidos c. Honduras, párrs. 99 y 101.

La decisión también confirma la importancia del principio del último recurso a las medidas impuestas a adolescentes infractores. Refiriéndose al artículo 37 b) de la Convención sobre los derechos del niño, y a las disposiciones antes mencionadas de las Reglas de Beijing, la CIDH comenta:

De éstas y otras normas de derecho internacional se desprenden algunas reglas claras en relación con el diseño de la política social y el papel subsidiario de la política criminal con respecto a los menores: en primer lugar, el Estado no puede utilizar el *ius puniendi* estatal como un mecanismo para obviar o no abordar los problemas sociales que enfrentan los niños. En segundo lugar, el Estado debe limitar la intervención penal al mínimo. Los métodos sancionatorios deben ser el último recurso estatal para enfrentar los más graves hechos de criminalidad. No debe emplearse, por tanto, el *ius puniendi* estatal frente a situaciones que no son graves, o que puedan atenderse utilizando otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales del menor.³³²

Estas interpretaciones de la Comisión fueron confirmadas por la Corte Interamericana en una importante Opinión Consultiva adoptada en 2002, denominada “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.³³³ Con respecto al derecho de toda persona acusada de un delito o infracción cometido antes de la edad de 18 a ser procesada –si es que el caso merece ser llevado a la justicia– según procedimientos y principios especiales, la Opinión señala “Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”.³³⁴ Con respecto al segundo tema, la Opinión señala lo siguiente:

³³² *Ibíd.*, párr. 116 (véase el Capítulo 4 relativo a la privación de libertad).

³³³ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/2002.

³³⁴ *Ibíd.*, párr. 109. La cita es a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso

La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal “implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”.³³⁵

La Opinión también hace hincapié en la necesidad de respetar, en todo proceso de un menor acusado de un delito o infracción, la presunción de inocencia, el carácter contradictorio del proceso y el derecho a segunda instancia.³³⁶

Castillo Petruzzi, párr. 121. Véase también el párr. 11 de la parte declaratoria de la Opinión.

³³⁵ *Ibíd.*, párr. 108. Véase también el párr. 12 de la parte declaratoria de la Opinión.

³³⁶ *Ibíd.*, párrs. 124-131, 132 y 121, respectivamente.

Capítulo 6

El derecho a un recurso efectivo

6.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

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

Artículo XVIII. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 2

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 8. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25. Protección judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

6.2 Normas complementarias

Algunos de los tratados sobre derechos humanos elaborados y adoptados posteriormente al PIDCP y a la Convención Americana reconocen el derecho de las víctimas a un recurso, o la obligación del Estado de investigar las violaciones. La naturaleza y el contenido de estas disposiciones es muy variada. Algunas de las más relevantes son las siguientes:

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965)
(Convención contra la discriminación racial)

Artículo 6

Los Estados Partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: (...)

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989 (Convenio 169)

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmen-

te o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Convención contra la tortura)

Artículo 12

Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

Artículo 13

Todo Estado Parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Artículo 14

1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura

Artículo 8

Los Estados Partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados Partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.

Artículo 9

Los Estados Partes se comprometen a incorporar en sus legislaciones nacionales normas que garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura.

Nada de lo dispuesto en este artículo afectará el derecho que puedan tener la víctima u otras personas de recibir compensación en virtud de legislación nacional existente.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: (...)

g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;

6.3 Consideraciones generales

El derecho a un recurso es de fundamental importancia para la efectividad de los demás derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) ha declarado al respecto:

Esta disposición [artículo 25] sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.¹

i) Reseña de la normativa básica pertinente

La normativa internacional sobre el derecho a un recurso está fragmentada. La Declaración Universal de Derechos Humanos contiene dos artículos sobre el tema. El artículo 8 de la Declaración consagra el derecho a un recurso efectivo, en cuanto derecho subjetivo, para violaciones de los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la constitución y la ley. El artículo 10 de la Declaración consagra en forma sencilla el derecho al debido proceso y contiene, al igual que el artículo 14 del PIDCP, una referencia al “derecho de toda persona a ser oída (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones (...)”. El artículo XVIII de la Declaración Americana establece en términos generales que toda persona “puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos.” Enseguida se agrega que la persona “debe disponer” de “un procedimiento sencillo y breve”

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), caso Castillo Paez (Fondo), párr. 82 (1997). Reiterado en los casos Suárez Rosero (Fondo), párr. 65 (1997); Blake (Fondo), párr. 102 (1998); Comunidad Mayagna (Fondo), párr. 112 (2001); Ivcher Bronstein (Fondo), párr. 135 (2001).

para violaciones de sus derechos constitucionales cometidas por las autoridades, y precisa que este recurso será de carácter judicial.²

Tanto el PIDCP como la Convención Americana contienen dos disposiciones estrechamente vinculadas con el derecho a un recurso. Esas disposiciones son los artículos 2.3 y 14.1 del PIDCP, y los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana. El artículo 14.1 del PIDCP, al igual que el artículo 8.1 de la Convención, se dedica esencialmente al derecho al debido proceso, pero su primer párrafo también consagra el “derecho a ser oído” por los tribunales. Éste comprende el derecho a ser oído “para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”, según el PIDCP, y “para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, según la Convención.

Los artículos 2.3 del PIDCP y 25 de la Convención Americana se dedican al derecho a un recurso. Los artículos 2.3 y 25.2 consagran las obligaciones del Estado con respecto al derecho a un recurso y tienen estructura y contenido similares. La obligación de las autoridades que conocen recursos a pronunciarse sobre los derechos de los recurrentes está plasmada en el inciso b) del artículo 2.3 del PIDCP y en el inciso a) del artículo 25.2 de la Convención Americana. La obligación de las demás autoridades de cumplir con las decisiones adoptadas sobre dichos recursos está consagrada por el inciso c) del artículo 2.3 del PIDCP y el inciso c) del artículo 25.2 de la Convención. Los incisos b) de los artículos 2.3 y 25.2 reconocen la obligación del Estado de desarrollar recursos de carácter judicial.

La diferencia fundamental entre el artículo 2.3 de PIDCP y el artículo 25 de la Convención está en el primer párrafo del artículo 25, que consagra el derecho subjetivo del individuo a un recurso. No hay disposición similar en el artículo 2 del PIDCP, que se limita reconocer las obligaciones del Estado. Otra diferencia significativa se refie-

² A diferencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) consagra el derecho al debido proceso únicamente en cuanto derecho del acusado (art. XXVI).

re al alcance del recurso previsto. Mientras que el artículo 2.3 se refiere a la obligación de proporcionar un recurso para violaciones de los derechos y las libertades consagrados por el PIDCP, el artículo 25.1 consagra el derecho a un recurso para violaciones de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la constitución o las leyes.

El derecho a “igual protección de la ley” consagrado por el artículo 26 del PIDCP viene a colmar las diferencias entre el artículo 2.3 del mismo y 25 de la Convención. Aunque este artículo se dedica esencialmente al principio de la igualdad de las personas y la no discriminación, la jurisprudencia desarrollada por el Comité de Derechos Humanos establece que el concepto de “protección de la ley” incluye el derecho a recurrir a los tribunales para la protección de sus derechos, incluyendo aquéllos consagrados por el derecho interno.

ii) La especificidad y complementariedad de los artículos 2.3 y 14.1 del PIDCP

La disposición del PIDCP cuyo objetivo principal es el reconocimiento del derecho a un recurso está contenida en el párrafo tercero del artículo 2. El primer inciso de este párrafo dispone que “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo (...)”. Dos características de esta norma llaman la atención. En primer lugar, que su alcance se limita a los derechos y libertades reconocidos por el PIDCP y no por el derecho interno, y en segundo lugar, que no se requiere que el recurso sea judicial, sino sencillamente que sea efectivo.

Los tres incisos del artículo 2.3 emplean fórmulas que se refieren a obligaciones del Estado y evitan las que reconocen expresamente derechos subjetivos. El inciso a) establece la obligación de asegurar que un recurso exista y tenga eficacia; el inciso b) aclara que la autoridad competente tiene la obligación de resolver todo recurso interpuesto, y el inciso c) que las demás autoridades tienen la obligación de cumplir dichas resoluciones. En el esquema del PIDCP, el artículo

2 tiene el objetivo y la función especial de definir las obligaciones genéricas asumidas por los Estados Partes en virtud de la ratificación de este tratado. La primera frase de cada uno de los tres párrafos del artículo 2 consagra un compromiso del Estado: en el primer párrafo se reconoce el compromiso de los Estados de respetar y garantizar los derechos plasmados en el PIDCP, y en el segundo el compromiso de adoptar medidas legislativas y de otra índole para “hacer efectivos” tales derechos. Debe notarse, además, que el artículo 2 se ubica en la Parte II del PIDCP, junto con cuatro artículos más que establecen obligaciones o principios generales.³ Ninguno de estos artículos consagra un derecho subjetivo.

En la decisión sobre el caso Faneli de 1983, el Comité de Derechos Humanos comentó que “este derecho general de recurso [refiriéndose al artículo 2.3] es accesorio y no puede ser invocado” sino cuando queda establecida una violación de otro derecho consagrado por el PIDCP.⁴ En otra decisión adoptada el mismo año, el Comité reconoció una violación del párrafo 3 del artículo 2, junto con otras violaciones del PIDCP.⁵ Algunas decisiones más recientes parecen otorgar más importancia al derecho a un recurso eficaz y al artículo 2.3. En un caso en el cual las autoridades responsables de una violación del artículo 25 del PIDCP incumplieron una decisión de una instancia nacional que había ordenado la reintegración de un funcionario a su puesto, el Comité consideró que la comprobada violación del artículo 2 hacía innecesario pronunciarse sobre las posibles violaciones de los artículos 14 y 26.⁶ No obstante, la jurispru-

³ El artículo 1 reconoce un derecho colectivo, la libre determinación de los pueblos; el artículo 3, el principio de igualdad de hombres y mujeres; el artículo 4 rige el impacto de estados de emergencia para las obligaciones consagradas por el PIDCP, y el artículo 5 prescribe la aplicación *pro homine* del contenido normativo del PIDCP.

⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Faneli c. Italia, párr. 13 (1983). Véase también K.L. c. Países Bajos (1981).

⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Magana c. Zaire, párr. 8 (1983).

⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Gedumbe c. República Democrática de el Congo, párrs. 5.2 y 5.3 (1997). También hay decisiones recientes que de-

dencia en el sentido de que el Comité sólo examina posibles violaciones del artículo 2 una vez comprobada una violación de otros derechos consagrados por el PIDCP, no ha perdido validez.⁷

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos atribuye gran importancia al artículo 2.3 como base de las recomendaciones que el Comité dirige al Estado responsable de una violación del PIDCP. La competencia del Comité para dirigir a los Estados recomendaciones de esta índole se desprende de la interacción del artículo 2.3 del PIDCP con el artículo 5 del Protocolo Facultativo que establece la competencia del Comité para examinar casos y determinar la existencia de una violación. Cuando el Comité, en ejercicio de la competencia derivada del Protocolo, determina que se ha violado un derecho reconocido por el PIDCP, esta conclusión implica la existencia de una obligación, emanada del artículo 2.3 del PIDCP, de proporcionar

muestran la tendencia contraria a obviar violaciones del artículo 2.3. En el caso *Gauthier*, por ejemplo, las conclusiones del Comité no mencionan una violación del artículo 2.3, a pesar de que el análisis de los hechos materiales se refiere a dicho artículo, y reconoce expresamente que “no existe la posibilidad de recurrir a los tribunales” para impugnar la legalidad de una limitación de la libertad de expresión. *Gauthier c. Canadá*, párrs. 13.7 y 14 (1999).

⁷ Cabe señalar que en algunas decisiones relativas al derecho a la libre determinación, que figura en el artículo primero del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que el Protocolo Facultativo sólo le otorga competencia para conocer violaciones de los derechos plasmados en la Parte III del PIDCP, es decir, los artículos 6 a 27 (*agrupación del Lago Lubicon c. Canadá*, párr. 32.1, 1990). No obstante, habida cuenta del creciente número de decisiones que reconocen violaciones de los artículos 2 y 3 del PIDCP en conexión con violaciones de derechos consagrados en Parte III del mismo, cabe presumir que esta observación no debe interpretarse literalmente. Asimismo, debe señalarse que el Comité contra la Discriminación Racial sostiene una interpretación distinta con respecto al artículo 6 de la Convención contra discriminación racial, disposición que, al igual que el artículo 2.3 del PIDCP, reconoce la obligación del Estado a proporcionar el recurso sin reconocer expresamente el derecho subjetivo a un recurso. Véase, por ejemplo, *Ahmad c. Dinamarca*, párr. 8 (2000).

un recurso.⁸ Con frecuencia las conclusiones y recomendaciones del Comité incluyen la conclusión de que el Estado tiene una obligación concreta bajo el artículo 2.3 de tomar determinadas medidas para remediar las violaciones constatadas, no obstante que el fondo del caso haya incluido o no alegatos relativos al artículo 2.3.⁹

La referencia al derecho a ser oído, contenida en el primer párrafo del artículo 14, no sólo sirve de introducción a la extensa y pormenorizada nómina de los elementos del debido proceso enumerados en los párrafos 2 a 6, sino también complementa sustancialmente el artículo 2.3. El artículo 14.1 está formulado en términos del derecho subjetivo de la persona y consagra el derecho a un recurso judicial para todos sus derechos, no sólo por violaciones de aquéllos reconocidos por el PIDCP. Habida cuenta de las características especiales del artículo 2.3 mencionadas arriba, la jurisprudencia del Comité sobre posibles violaciones del derecho a un recurso se encuadran casi siempre en la aplicación del párrafo primero del artículo 14.

iii) Observaciones generales sobre la normativa y jurisprudencia interamericanas

El segundo párrafo del artículo 25 de la Convención Americana, como se señala arriba, reproduce varios de los elementos del artículo 2.3 del PIDCP. No obstante, el primer párrafo del artículo 25, que no tiene contraparte en el PIDCP, reconoce expresamente el derecho subjetivo de la persona a un recurso. A diferencia del artículo 2.3 del PIDCP, que obliga al Estado a establecer un recurso eficaz sin precisar la naturaleza del mismo, el artículo 25.1 de la Convención reconoce el derecho a un recurso ante el juez o tribunal competente. Adicionalmente, mientras que el alcance del derecho a un recurso reconocido implícitamente por el artículo 2.2 a) del PIDCP se limita

⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Rodríguez c. Uruguay, párr. 14 (1994).

⁹ Véase la decisión excepcional en el caso Rodríguez en la sección 6.5.

a violaciones de éste, el artículo 25.1 de la Convención establece el derecho a un recurso para toda violación de los derechos fundamentales de la persona, incluso los reconocidos por la ley o constitución nacional. Estas características del artículo 25 de la Convención hacen que la jurisprudencia interamericana sobre el derecho a un recurso invariablemente se fundamente tanto en el artículo 8.1 –equivalente del 14.1 del PIDCP– como en su artículo 25.

Otra diferencia importante entre la jurisprudencia universal y la interamericana se refiere a la naturaleza de un recurso idóneo para violaciones de los derechos humanos. Si bien la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce la obligación del Estado de aplicar el derecho penal para sancionar ciertos tipos de violaciones, esta jurisprudencia considera que el derecho a un recurso consiste esencialmente en el derecho de la víctima o su familia a iniciar acciones ante la justicia a fin de restablecer el goce del derecho vulnerado y/o obtener reparación. En contraste, los órganos interamericanos consideran que el incumplimiento por el Estado de la obligación de investigar y sancionar penalmente las violaciones más graves de los derechos humanos vulnera un derecho subjetivo de la víctima o de sus familiares.

iv) Alcance del capítulo

Signo de la importancia del derecho a un recurso es que figure no sólo en los artículos antes mencionados, sino también en los artículos consagrados a la libertad (párr. 4 del art. 9 del PIDCP y párr. 6 del art. 7 de la Convención Americana) y a la libertad de residencia (art. 13 del PIDCP y párr. 6 del art. 22 de la Convención Americana). Estas manifestaciones del derecho a un recurso se analizan en los Capítulos 4 y 7, respectivamente. El derecho de los presos a un recurso para impugnar la constitucionalidad de una condena o sentencia se analiza en el Capítulo 5. Existe una importante jurisprudencia sobre el contenido de la obligación de reparación de las violaciones de los derechos humanos, tema que escapa a los propósitos de la presente obra.

6.4 El derecho a un recurso ante la justicia civil o administrativa

i) La jurisprudencia universal

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el primer párrafo del artículo 14 del PIDCP incluye algunas decisiones sobre el derecho de acceso a la justicia. En el caso Bahamonde la víctima alegó ser objeto de una campaña de persecución por motivos políticos y tribales, que comprendía la detención arbitraria, la confiscación de bienes, el exilio, la privación de pasaporte, el hostigamiento, la intimidación y las amenazas por parte de diversos oficiales del Estado.¹⁰ Las numerosas gestiones judiciales y administrativas emprendidas por el peticionario para reclamar una reparación judicial no habían producido resultado alguno.¹¹ Frente a esta situación, el Comité concluyó que “el concepto de igualdad ante los tribunales entraña el propio acceso a los tribunales y que una situación en que los esfuerzos de un individuo por presentar sus denuncias a las instancias competentes estén sistemáticamente frustrados contradice las garantías del párrafo 1 del artículo 14.” La reacción de los tribunales fue atribuida al control del poder ejecutivo sobre la actuación del poder judicial, lo que configuró otra violación del artículo 14.1 (véase el Capítulo 5).

En el caso Ato de Avellanal, el Comité de Derechos Humanos consideró violatorio del primer párrafo del artículo 14 el rechazo de una demanda presentada a los tribunales por una señora casada, en razón de una disposición del Código Civil que reconocía al esposo como único representante de la propiedad matrimonial.¹² Si bien la decisión se refiere en particular a la cláusula del artículo 14.1 sobre la igualdad de las personas ante los tribunales, es evidente que el

¹⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, párrs. 1 a 3 (1993).

¹¹ *Ibíd.*, párr. 5.1.

¹² Comité de Derechos Humanos, caso Ato de Avellanal c. Perú, párr. 10.1 (1988).

principio de igualdad fue vulnerado en conexión con el derecho de recurrir a la justicia.

También hay una jurisprudencia incipiente que indica que la promulgación de legislación que modifica la competencia de los tribunales a fin de privarles de competencia sobre determinados tipos de casos puede vulnerar el derecho a un recurso. En el caso *Mahuika* y otros, el Comité de Derechos Humanos hizo el comentario siguiente:

[E]l Comité observa que el párrafo 1 del artículo 14 abarca el derecho a acudir al tribunal para la determinación de los derechos y las obligaciones en un pleito. En determinadas circunstancias, cuando un Estado Parte no establece un tribunal competente para determinar [ciertos] derechos y obligaciones, ello puede equivaler a una violación del párrafo 1 del artículo 14 y del párrafo 3 del artículo 2.¹³

En el caso *Äärelä*, el Comité de Derechos Humanos examinó las consecuencias en el derecho de acceso a la justicia de una legislación sobre las costas de los procesos civiles, y determinó que en ciertas circunstancias dicha legislación puede vulnerar el artículo 14.1 del PIDCP. La parte más pertinente de la decisión establece lo siguiente:

El Comité considera que una obligación rígida según la ley de cargar las costas a la parte vencedora puede tener un efecto disuasivo sobre las personas que afirmen que sus derechos reconocidos en el Pacto han sido violados que las incapacite para presentar un recurso ante los tribunales. En este caso concreto, el Comité hace observar que los autores eran particulares que denunciaban violaciones de los derechos reconocidos en el artículo 27 del Pacto. En estas circunstancias, el Comité considera que el cargo por el Tribunal de Apelación de una canti-

¹³ Comité de Derechos Humanos, caso *Mahuika* c. Nueva Zelanda, párr. 9.11 (no obstante, el Comité concluyó que una ley que tenía tal efecto no era incompatible con el PIDCP, en todas las circunstancias del caso. Véase el Capítulo 5).

dad importante por concepto de costas, sin un margen discrecional que permitiera tener en cuenta las consecuencias para los autores o su efecto sobre el acceso al tribunal de otros reclamantes en condiciones análogas, constituye una violación de los derechos de los autores reconocidos en el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, juntamente con el artículo 2.¹⁴

ii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

En su Opinión Consultiva OC- 9/87, la Corte Interamericana señaló:

El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. (...)

De acuerdo con este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a [sic] los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.¹⁵

Esta doctrina fue aplicada por la Corte Interamericana en 1997 en el caso de una persona desaparecida. La Corte concluyó que, a

¹⁴ Comité de Derechos Humanos, caso *Äärelä c. Finlandia*, párr. 7.2 (2002).

¹⁵ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, párr. 23.

pesar de las decisiones favorables sobre los recursos de hábeas corpus dictadas por los tribunales competentes, la adulteración del registro de ingreso de detenidos privó al recurso de su eficacia, pues impidió la ubicación y protección de la víctima, configurando así una violación tanto del párrafo 6 del artículo 7, como del artículo 25 de la Convención Americana.¹⁶

La Corte Interamericana desarrolló su jurisprudencia sobre la eficacia del recurso en el caso *Ivcher Bronstein*, al establecer lo siguiente:

Los recursos son ilusorios cuando se demuestra su inutilidad en la práctica, el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o faltan los medios para ejecutar las decisiones que se dictan en ellos. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión y el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial.¹⁷

En el caso concreto, la Corte Interamericana consideró que los tribunales que conocieron los recursos interpuestos por la víctima “no satisficieron los requisitos mínimos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8.1 de la Convención como elementos esenciales del debido proceso legal, lo que hubiera permitido la obtención de una decisión adecuada a derecho”, y que además, los recursos “no fueron sencillos y rápidos.”¹⁸ Dichas violaciones del artículo 8.1 hicieron que dichos recursos no fueran efectivos, lo que a su vez configuró una violación del artículo 25.1.¹⁹ La Corte llegó a una conclusión semejante en el caso del Tribunal Constitucional, es decir, que la parcialidad del foro y el irrespeto del principio de plazo razonable configuraron una violación del artículo 25.²⁰

¹⁶ Corte Interamericana, caso *Castillo Paez* (Fondo), párr. 82 (1997).

¹⁷ Corte Interamericana, caso *Ivcher Bronstein* (Fondo), párr. 137 (2001).

¹⁸ *Ibíd.*, párrs. 139-140.

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 142.

²⁰ Corte Interamericana, caso *Tribunal Constitucional* (Fondo), párrs. 94-97 (2001) (en este caso no hay mención expresa del artículo 8).

En el caso Comunidad Mayagna, la Corte Interamericana concluyó que la ausencia de procedimientos adecuados para la delimitación de las tierras de esta comunidad había resultado en una violación del artículo 25, en conexión con los artículos 1 y 2 de la Convención.²¹ Las demoras en la resolución de recursos de amparo interpuestas por miembros de la comunidad a fin de hacer valer su derecho a la tierra, reconocido por la Constitución, también eran consideradas incompatibles con el artículo 25 de la Convención.²²

En un número importante de casos la Corte Interamericana ha sentenciado que la denegación de un recurso de hábeas corpus o de exhibición corporal vulneró tanto el artículo 7.6 como el artículo 25.1. En algunos casos, el recurso no había sido efectivo porque la desaparición misma de las víctimas “les impidió ejercer, por sí mismas o a través de sus representantes, su derecho a un recurso efectivo (...) debido a que estuvieron detenidos en circunstancias de ilegalidad y clandestinidad.”²³ En otros, el recurso carecía de efectividad porque era inaplicable, según la legislación interna, a personas detenidas en virtud de legislación especial contra el terrorismo o a personas que habían sido condenadas o eran sindicadas en un proceso en trámite.²⁴ En otro caso, la Corte concluyó que el incumplimiento por un tribunal militar de la decisión de un tribunal civil favorable a un recurso de hábeas corpus había violado los artículos 7.6 y 25.1.²⁵ La jurisprudencia en cuanto a la necesidad de la inter-

²¹ Corte Interamericana, caso Comunidad Mayagna (Fondo), párrs.137-139 (2001).

²² *Ibíd.*, párrs. 132-134 (la Corte concluyó que una demora de 11 meses y siete días “desconoció el principio de plazo razonable”).

²³ Corte Interamericana, caso Niños de la Calle (Fondo), párr. 236 (1999). Véase también Paniagua Morales (Fondo), párr. 167 (1998), y Bámaca Velásquez (Fondo), párr. (2000) (en este caso se consideran violados los artículos 8, 15 y 1).

²⁴ Corte Interamericana, caso Castillo Petruzzi (Fondo), párrs. 182 y 188 (1999); Durand y Ugarte (Fondo), párrs. 104-105 y 109-110 (2000); Cantoral Benavides (Fondo), párrs. 167-170 (2000).

²⁵ Corte Interamericana, caso Cesti Hurtado (Fondo), párr. 133 (1999).

posición de un recurso es ambigua: en el caso Blake, la Corte indicó que la imposición de un recurso es un “requisito necesario para la aplicación del artículo 25 de la Convención”, pero su sentencia en el caso Niños de la Calle parece indicar que la ilegalidad y clandestinidad privaron a los familiares de un recurso eficiente.²⁶

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también ha desarrollado una jurisprudencia importante sobre el derecho a un recurso. En el caso Martín de Mejía, la CIDH observó que “en el marco de la Convención el término ‘recurso’ debe entenderse en un sentido amplio y no limitado al significado que esta palabra tiene en la terminología jurídica propia de las legislaciones procesales de los Estados.”²⁷ La Comisión esboza la definición siguiente que toma en cuenta la interrelación de tres artículos de la Convención:

La Comisión considera que el derecho a un recurso consagrado en el artículo 25, interpretado en conjunto con la obligación del artículo 1.1 y lo dispuesto en el artículo 8.1, debe entenderse como el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado –sea éste un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado–, de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada.²⁸

La jurisprudencia de la CIDH reconoce al menos cinco modalidades de violación del derecho a un recurso, a saber: los vacíos o disposiciones legislativos que privan de competencia a los tribunales para examinar recursos para un determinado tipo de violación; la obstaculización de la acción de la justicia por la vía de los hechos; el

²⁶ Corte Interamericana, caso Niños de la Calle (Fondo), párr. 236; Blake (Fondo), párr. 104 (1998).

²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Martín de Mejía c. Perú, p. 204 (1996).

²⁸ *Ibíd.*

rechazo de recursos por razones procesales; la denegación de un recurso por razones arbitrarias, discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales de la persona, y el incumplimiento de una decisión de la autoridad competente.

El caso Carranza trata de un juez removido de sus funciones cuyo recurso ante los tribunales competentes fue desestimado por considerarse fundado en cuestiones “no justiciables”. El peticionario había tenido libre acceso a los tribunales y pudo defender su pretensión durante la sustanciación del proceso; la cuestión era saber si la desestimación del recurso por el motivo antes mencionado era compatible con el derecho a un recurso. La CIDH señaló al respecto:

La Comisión, sin embargo, entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 25 no se agota con el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial. Es más, esa decisión final es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso judicial reconocido por la Convención Americana en el artículo 25, que estará también revestido por indispensables garantías individuales y obligaciones estatales (artículos 8 y 1.1).

En primer lugar, la propia lógica interna de todo recurso judicial –también el del artículo 25– indica que el [sic] decisor debe establecer concretamente la verdad o el error de la alegación del reclamante. El reclamante acude al órgano judicial alegando la realidad de una violación de sus derechos, y el órgano en cuestión, tras un procedimiento de prueba y de debate sobre esa alegación, debe obligatoriamente decidir si el reclamo es fundado o infundado. De lo contrario, el recurso judicial devendría inconcluso.

En segundo lugar, además de inconcluso, el recurso judicial sería abiertamente ineficaz, pues al no permitir el reconocimiento de la violación de derechos, en caso de que ésta se haya comprobado, no sería apto

para amparar al individuo en su derecho afectado ni para proveerle una reparación adecuada (...)

Recurso efectivo significa recurso apto para amparar o tutelar los derechos violados. La ausencia de esta condición indispensable en el caso del peticionario se evidencia con la declaración del órgano judicial interviniente cuando expresa que "(...) no existe jurisdicción judicial respecto de las cuestiones articuladas en autos, y no corresponde decidir sobre las mismas." Si no hay jurisdicción judicial y no corresponde decidir, entonces no hay amparo o tutela posible. Consecuentemente, no hay recurso judicial efectivo en los términos del artículo 25 de la Convención Americana.²⁹

El tema de la compatibilidad de requisitos procesales con el derecho a un recurso fue analizado en la decisión de la CIDH en el caso Palacios. La decisión destaca la amplitud y el carácter perentorio del derecho a un recurso con estas palabras: "El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto."³⁰ Si bien es lícito e inevitable que la legislación establezca requisitos para la admisibilidad de recursos, "la incertidumbre o falta de claridad en la consagración de estos requisitos de admisibilidad constituye una violación a dicho derecho fundamental."³¹ Por tanto, advierte la CIDH, "Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción."³² En el caso concreto, la CIDH con-

²⁹ CIDH, caso Carranza c. Argentina, párrs. 71 y 73-75 (1997) (se omite una nota).

³⁰ CIDH, caso Palacios c. Argentina, párr. 57 (1999).

³¹ *Ibíd.*, párr. 58.

³² *Ibíd.*, párr. 61. Este precepto recuerda la observación de la CIDH hecha en

sideró que el rechazo de un recurso por no haberse agotado la vía administrativa había sido violatorio del artículo 25, al resultar de la aplicación retroactiva de un cambio en la jurisprudencia procesal sin negligencia alguna de parte del peticionario.³³

El tema del derecho a un recurso judicial fue analizado detenidamente en el Informe de la CIDH sobre los derechos de solicitantes de asilo en Canadá. Los procedimientos para el examen de las solicitudes de la condición de refugiado establecían ciertos requisitos para obtener la revisión judicial de una decisión administrativa negativa. El permiso para recurrir ante un tribunal fue obtenido en aproximadamente 20 por ciento de los casos.³⁴ El solicitante no tenía derecho a asistencia letrada, y la negación de permiso para recurrir no era fundada.³⁵

Estos procedimientos y requisitos fueron examinados a la luz del artículo XVIII de la Declaración Americana. El informe confirma que dicho artículo reconoce el derecho a un recurso eficaz ante los tribunales judiciales al señalar que “El derecho de acceso a la protección judicial para hacer valer un derecho legal requiere de un recurso disponible y efectivo para la violación de un derecho amparado por la Declaración o la Constitución del país en cuestión.”

La CIDH reconoció que el propósito de condicionar el acceso a los tribunales para evitar un sobrecargo de casos sin meritos era en sí legítimo.³⁶ Siendo legítimos los objetivos de este requisito, su compatibilidad con la Declaración Americana dependía de tres cri-

otro contexto desde hace dos décadas, a saber: “No se respetan esos derechos si, acatando la regla escrita, se niegan las consecuencias naturales o lógicas que de ellas surgen (...). Casi podría decirse que la ‘implementación’ de cada uno de los Derechos comprendidos en ambas Declaraciones, exige una actitud concreta, positiva, del Estado y sus autoridades (...)” caso 2711 (Uruguay), Informe 1982-83, p. 143.

³³ *Ibíd.*, párr. 62.

³⁴ CIDH, Informe sobre los derechos de solicitantes de asilo en Canadá, párr. 92 (2000).

³⁵ *Ibíd.*, párrs. 94 y 102.

³⁶ *Ibíd.*, párr. 101.

terios: “no pueden ser irrazonables ni ser de tal naturaleza que despojen al derecho de su esencia”, ni discriminatorias.³⁷ En otras palabras “deberán contribuir a un objetivo legítimo y los medios deberán ser razonables y proporcionados con respecto al fin que se persigue.”³⁸ La CIDH concluyó que el limitado acceso a un recurso judicial no satisfacía a cabalidad los requisitos de la Declaración, debido principalmente a la desproporción entre el carácter discrecional del recurso y la importancia de los bienes jurídicos tutelados por ello, que consistían no sólo en el derecho a la condición de refugiado sino a los bienes jurídicos subyacentes tales como la vida, libertad e integridad física de los solicitantes de asilo.³⁹

En el caso Cabrejo Bernuy, la CIDH calificó el obligatorio cumplimiento de las decisiones judiciales como “la culminación del derecho fundamental a la protección judicial.”⁴⁰ La decisión señala lo siguiente en su parte pertinente:

El artículo 25 de la Convención hace alusión directa al criterio de efectividad del recurso judicial, el cual no se agota con la sentencia de fondo sino con el cumplimiento de dicha decisión. (...) El Estado debe, por todos los medios posibles, no sólo brindar a los ciudadanos la rama jurisdiccional para que sean atendidas todas las pretensiones que deseen hacer valer ante los jueces, sino también garantizarles de alguna forma que los efectos de la sentencia se cumplirán, pues de lo contrario estaríamos ante una clara inefectividad del derecho a la tutela jurisdiccional.⁴¹

En este caso la víctima era un oficial de la policía retirado contra su voluntad. Cuando su recurso contra esta medida fue exitoso, el oficial fue reincorporado al servicio y retirado de nuevo el mismo día, en un ejemplo de lo que el derecho comparado conoce como

³⁷ *Ibíd.*, párr. 99.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*, párr. 101.

⁴⁰ CIDH, caso Cabrejo Bernuy, párr. 30 (2000).

⁴¹ *Ibíd.*, párr. 29.

“la reedición de actos administrativos”. La CIDH destaca que esta práctica “configura un claro incumplimiento de la sentencia que se pretende ignorar mediante tal figura” y, por tanto, una desviación de poder violatoria del artículo 25.⁴²

En el caso Riebe Star, la CIDH concluyó que la resolución de un recurso de amparo en forma manifiestamente incompatible con los derechos objetos del recurso había sido violatoria del artículo 25 de la Convención Americana. La parte pertinente de la decisión reza así:

La sencillez, rapidez y efectividad del amparo presentado en los casos de los sacerdotes debe ser medida de acuerdo a la posibilidad de determinar la existencia de tales violaciones; de remediarlas; de reparar el daño causado; y de permitir el castigo de los responsables. Resulta claro que el recurso judicial no cumplió con los requisitos arriba mencionados, sino todo lo contrario: la decisión final estableció, sin mayor fundamentación en derecho, que las actuaciones de los funcionarios gubernamentales se ajustaron a la ley. De tal forma, quedaron convalidadas las violaciones de los derechos humanos de los demandantes y se permitió la impunidad de los violadores. En otras palabras, se negó a los sacerdotes el amparo de la justicia mexicana ante hechos violatorios de sus derechos fundamentales, en transgresión de la garantía de la tutela judicial efectiva.⁴³

6.5 La investigación y sanción de las violaciones de los derechos humanos

i) La jurisprudencia universal

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce la obligación del Estado de investigar violaciones graves de los dere-

⁴² *Ibíd.*, párrs. 42, 43 y 46.

⁴³ CIDH, caso Riebe Star, párr. 81 (1999).

chos humanos, sobre todo desde la perspectiva de la obligación genérica de impedir que otras violaciones continúen produciéndose. También reconoce el derecho de las víctimas a un recurso, pero no reconoce a las víctimas como titulares del derecho a que los autores de la violación sean procesados penalmente.

En su Observación General No. 20, relativa a la integridad personal, el Comité de Derechos Humanos hizo el comentario siguiente:

El artículo 7 debe interpretarse conjuntamente con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto (...) El derecho a presentar denuncias contra los malos tratos prohibidos por el artículo 7 deberá ser reconocido en el derecho interno. Las denuncias deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes a fin de que el recurso sea eficaz (...)

El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistía respecto de actos de tortura. Las amnistías son generalmente incompatibles con la obligación de los Estados de investigar tales actos, de garantizar que no se cometan tales actos dentro de su jurisdicción y de velar por que no se realicen tales actos en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a una reparación efectiva, incluida la indemnización y la rehabilitación más completa posible.⁴⁴

Dicha observación fue citada por el Comité de Derechos Humanos en su decisión en el caso Rodríguez, relativo a las consecuencias de una amnistía para los derechos de una víctima de tortura. La compatibilidad de la ley de amnistía con el PIDCP es analizada en el párrafo siguiente:

El Comité reafirma su posición de que amnistías por violaciones graves de los derechos humanos y las leyes tales como la Ley No. 15848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, son incompatibles con las obligaciones de todo Estado parte en virtud del Pacto de Derechos

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, párrs. 14 y 15.

Civiles y Políticos. El Comité observa con profunda preocupación que la aprobación de esta ley excluye efectivamente en algunos casos la posibilidad de investigar violaciones anteriores de los derechos humanos y, por lo tanto, impide que el Estado parte pueda cumplir su obligación de facilitar un recurso efectivo a las víctimas de esas violaciones. También preocupa al Comité que, al aprobar dicha ley, el Estado parte haya contribuido a crear un ambiente de impunidad que podría socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos.⁴⁵

La decisión reconoce que la víctima “no ha tenido un recurso efectivo” y que “los hechos (...) ponen de manifiesto una violación del artículo 7, junto con el párrafo 3 del artículo 2.”⁴⁶ Esta decisión parece coherente con la de la CIDH sobre la misma ley de amnistía mencionada abajo, que concluye que el fin de las investigaciones afectó los derechos de las víctimas no porque impidió responsabilizar a los autores penalmente, sino porque les impidió obtener información de utilidad para las causas destinadas a obtener una reparación.

En una decisión adoptada en 1997, el Comité de Derechos Humanos hace una distinción entre las violaciones de derechos humanos que deben ser objeto de una investigación y sanción penal, y las demás violaciones. En el caso Arhuacos, el Comité declaró lo siguiente:

(...) el Estado Parte tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos, en particular las desapariciones forzadas de personas y las violaciones del derecho a la vida, y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber es aplicable *a fortiori* en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados.⁴⁷

⁴⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Rodríguez c. Uruguay, párr. 12.4 (1994).

⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 12.3.

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Arhuacos c. Colombia, párr. 8.8.

No obstante, el Comité de Derechos Humanos reafirma su jurisprudencia en el sentido de que “el Pacto no prevé que los particulares tengan derecho a reclamar que el Estado enjuicie penalmente a otra persona.”⁴⁸ Así se produce una paradoja, en la que la parte analítica de la decisión reconoce que “los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario no pueden considerarse recursos efectivos y adecuados a tenor del párrafo 3, del artículo 2 del Pacto en caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos y en particular cuando se alega la violación del derecho a la vida”, mientras que sus conclusiones no contienen mención alguna de la violación del derecho a un recurso.⁴⁹

ii) La jurisprudencia interamericana

La Corte Interamericana considera que el derecho a un recurso efectivo no se limita a recursos promovidos por la víctima o sus derechohabientes, sino que comprende también un derecho a que el Estado investigue violaciones de los derechos humanos y, en la medida de lo posible, sancione penalmente a sus autores. En otras palabras, según esta doctrina, la obligación del Estado a investigar y sancionar ciertas violaciones, reconocida por la doctrina universal, conlleva un derecho subjetivo de la víctima.

En el caso Blake, la Corte Interamericana observó que “el artículo 8.1 de la Convención Americana debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.”⁵⁰ A continuación, llegó a la conclusión siguiente:

⁴⁸ *Ibíd.* Se cita entre otras decisiones, H.C.M.A. c. Países Bajos, 1989.

⁴⁹ *Ibíd.*, párrs. 8.2 y 9.

⁵⁰ Corte Interamericana, caso Blake (Fondo), párr. 96 (1998).

Así interpretado, el mencionado artículo 8.1 de la Convención comprende también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales (...). En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares.⁵¹

Esta interpretación fue confirmada en el siguiente extracto de la sentencia en el caso Durand y Ugarte:

En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la desaparición y muerte de estas últimas sean efectivamente investigadas por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido. (...)⁵²

El caso Durand y Ugarte trata de dos presos desaparecidos durante la debelación de un motín. La Corte Interamericana consideró que por la naturaleza de los hechos la investigación correspondía a la justicia ordinaria porque el fuero militar que fue encargado de la investigación y que sobreesayó a los oficiales involucrados no ofrecía las garantías de independencia e imparcialidad requeridas por el párrafo primero del artículo 8 de la Convención Americana.⁵³ Estos hechos privaron a las víctimas y a sus familiares del derecho a un recurso efectivo.⁵⁴

⁵¹ *Ibíd.*, párr. 97.

⁵² Corte Interamericana, caso Durand y Ugarte (Fondo), párr. 130 (1999), citando el párr. 124 de la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Arhuacos, *supra*.

⁵³ *Ibíd.*, párrs. 117-119 y 125-126.

⁵⁴ *Ibíd.*, párrs. 122 y 127.

En el caso Genie Lacayo la Corte Interamericana analizó a la luz del artículo 8.1 de la Convención una investigación y juicio penal contra agentes del Estado presuntamente responsables de la ejecución de un joven y en particular el “derecho a ser oíd[o], (...) dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente...”. Con respecto al requisito de “plazo razonable”, la Corte señaló lo siguiente:

Éste no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos (...) De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.⁵⁵

La Corte Interamericana concluyó que si bien se trataba de un caso complejo, la demora de más de cinco años sin sentencia firme “rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención.”⁵⁶

La CIDH también ha desarrollado una jurisprudencia importante sobre el tema, basada fundamentalmente en algunas de las primeras sentencias de la Corte Interamericana. La piedra angular de esta doctrina está basada en los siguientes párrafos de la sentencia en el caso Velásquez Rodríguez:

El artículo 46.1.a) de la Convención remite “a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”. Esos principios no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que éstos sean adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2.

⁵⁵ Corte Interamericana, caso Genie Lacayo (Fondo), párr. 77 (1997).

⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 81.

Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. (...) ⁵⁷

Si bien este análisis se refirió a la admisibilidad de un caso, la CIDH no demoró en aplicarlo a la interpretación del derecho a un recurso y en particular a la interpretación del artículo 25 de la Convención Americana. Este desarrollo de la jurisprudencia había sido anticipado por otra observación de la Corte Interamericana en el caso Velásquez Rodríguez, según la cual los hechos que configuren una excepción al requisito de agotamiento pueden constituir una violación del derecho a un recurso. ⁵⁸ En realidad, el hecho de que un órgano internacional tenga conocimiento de un caso y concluya que un derecho humano ha sido conculcado casi siempre significa que, además de la violación subyacente, la víctima ha sido privada de un recurso eficiente ante la justicia nacional. ⁵⁹

El párrafo 177 de la sentencia en el caso Velásquez Rodríguez, que ocupa un lugar preeminente en la doctrina de la CIDH, establece lo siguiente:

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser

⁵⁷ Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez (Fondo), párrs. 63 y 64 (1988).

⁵⁸ Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez (Excepciones preliminares), párr. 91 (1987).

⁵⁹ Hay una jurisprudencia en el sentido de que la reparación de una violación por las autoridades nacionales hace el caso inadmisibile; sin embargo, la jurisprudencia no es muy uniforme al respecto.

infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

Esta parte de la sentencia se refiere a la responsabilidad del Estado por hechos cometidos por personas desconocidas y se basa en un análisis de las obligaciones genéricas del Estado plasmadas en los dos primeros artículos de la Convención Americana. La sentencia no establece una violación del artículo 25, sino violaciones del derecho a la vida, la integridad y la libertad personales.⁶⁰ No obstante, en la jurisprudencia más reciente se cita este párrafo como sustento del derecho de las víctimas a un recurso de carácter penal.

En 1992 la CIDH adoptó dos decisiones importantes relativas a la compatibilidad de las amnistías promulgadas en Argentina y Uruguay con los artículos 1, 8.1 y 25 de la Convención.⁶¹ La legislación argentina reconocía el derecho de la víctima a demandar en foro penal a los autores de violaciones de ciertos derechos humanos, mientras que la uruguaya reconocía el derecho de la víctima a solicitar providencias durante el sumario.⁶² En el caso argentino, la CIDH concluyó que la ley de amnistía “privó a las víctimas de su derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables de los delitos cometi-

⁶⁰ Corte Interamericana, caso Velásquez Rodríguez, Parte resolutive, párrs. 2, 3 y 4.

⁶¹ CIDH, casos Herrera y otros c. Argentina; De los Santos Mendoza y otros c. Uruguay.

⁶² CIDH, casos Herrera, párr. 33; De los Santos Mendoza, párr. 41.

dos.”⁶³ El significado de esta conclusión es ambiguo, pues no se precisa si el “derecho a obtener una investigación judicial en sede criminal” se desprende directamente de la Convención Americana o más bien es un derecho tutelado por los artículos 8 y 25 de la misma en cuanto derecho reconocido por la legislación interna. En el caso uruguayo, el Estado argumentó que la competencia de los tribunales civiles sobre demandas por violaciones de los derechos humanos satisfacía la obligación de proporcionar un recurso.⁶⁴ La CIDH determinó que el derecho a un recurso había sido incumplido porque la falta de investigaciones penales repercutió en la eficacia de los recursos civiles, mediante la privación de evidencia que hubiera ayudado a las víctimas a sustanciar sus demandas.⁶⁵

La CIDH volvió a este tema en algunas decisiones adoptadas en 1995 y 1996 sobre casos de desaparición y tortura. En el caso Bolaños, la CIDH indicó que su jurisprudencia en los casos antes mencionados significa “que las víctimas y sus familiares tienen derecho a una investigación judicial realizada por un tribunal penal designado para establecer y sancionar la responsabilidad respecto a las violaciones a los derechos humanos.”⁶⁶ En el caso Martín de Mejía, un caso de tortura, el derecho a una investigación penal está vinculado a la naturaleza de los hechos y su tipificación en el derecho interno. La decisión establece al respecto que “cuando la violación de los derechos humanos sea el resultado de un hecho tipificado penalmente, la víc-

⁶³ CIDH, caso Herrera, párr. 50.

⁶⁴ CIDH, caso De los Santos Mendoza, párrs. 24-25.

⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 53.

⁶⁶ CIDH, caso Bolaños Quinóñez c. Ecuador, párr. 45 (1995). En este párrafo la Comisión también opina que la familia tiene el “derecho a saber la verdad sobre lo que le ocurrió, las circunstancias de su detención y de su muerte, y a saber dónde se encuentran sus restos”, derecho que “emana de la obligación del Estado de hacer uso de todos los medios que tiene a su disposición para llevar a cabo una investigación seria sobre las violaciones cometidas dentro de su jurisdicción a efectos de identificar a los responsables”, reconocida por la Corte Interamericana en su sentencia en el caso Velásquez Rodríguez. Véase también *De la Cruz Gómez c. Guatemala*, párr. 51 (1998).

tima tiene derecho de obtener del Estado una investigación judicial que se realice ‘seriamente con los medios a su alcance (...) a fin de identificar a los responsables, [y] de imponerles las sanciones pertinentes (...)’.⁶⁷

La jurisprudencia de la CIDH quedó más clara en su decisión sobre el caso Parada Cea, adoptada en 1999. Después de hacer una breve síntesis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Velásquez Rodríguez, la CIDH hace la siguiente observación:

La Comisión quiere dejar en claro que, a efecto de proveer un recurso apropiado para remediar graves violaciones a los derechos humanos, como son las torturas y los homicidios que se analizan en este caso, el Estado, en particular en su calidad de titular de la acción punitiva, debió iniciar los procedimientos tendientes a identificar, procesar y sancionar a todos los responsables de las comisión de dichos delitos, impulsando todas las etapas procesales hasta su conclusión.⁶⁸

El caso Parada Cea, al igual que los casos Herrera y De los Santos Mendoza, se refiere a una ley de amnistía que “impidió la identificación de los autores, cómplices y encubridores de dichos hechos (delitos) y la imposición de las correspondientes sanciones.”⁶⁹ La aplicación de la ley, concluye la CIDH “vulneró el derecho de los familiares, aunque éstos no hayan intervenido en el proceso penal.”⁷⁰ En el caso Chanfeau, la CIDH llegó a la misma conclusión, aún cuando la amnistía no privó a los familiares de su derecho a recurrir a la jurisdicción civil.⁷¹ Asimismo, consideró que el esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades por una Comisión de la Verdad

⁶⁷ CIDH, caso Martín de Mejía, p. 20 (la decisión no identifica la fuente de la cita).

⁶⁸ CIDH, caso Parada Cea c. El Salvador, párr. 126 (1999). Véase también Soria Espinosa c. Chile, párr. 91 (1999).

⁶⁹ CIDH, caso Parada Cea, párr. 126.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ CIDH, caso Chanceau y otros c. Chile, párrs. 58 y 63-65.

“no puede considerarse (...) como un sustituto adecuado de un proceso judicial.”⁷²

La privación de un recurso eficiente mediante su obstaculización está ilustrada por el caso Carandirú, en el cual la CIDH cita como elementos que contribuyeron a la impunidad “la falta de acción eficaz de los jueces presentes durante la debelación y en las horas inmediatas así como por el entorpecimiento de su acción por las fuerzas policiales [y] por la destrucción y desfiguración intencional de las evidencias en las horas inmediatas al motín y su debelación”.⁷³ Otros factores que contribuyeron a la impunidad en este caso fueron las demoras en la investigación, tan largas que los indiciados pudieron beneficiarse de la prescripción y la negativa de la legislatura de retirar la inmunidad de un oficial que, luego de los hechos, fue electo miembro de la misma.⁷⁴ Este cuadro de “ineficacia y negligencia” vulneró los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana.⁷⁵ En el caso La Tablada la CIDH resaltó las “deficiencias notorias” en la manera como se llevaron a cabo las autopsias, como sustento de la conclusión de que se había vulnerado al artículo 25.⁷⁶ Y en el caso Peredo Valderrama, la CIDH concluyó que la complicidad de la policía en la fuga de un indiciado por homicidio, la absolución de otros dos “mediante una sentencia cuyos supuestos vicios denunciados por los peticionarios no han sido disputados por el Estado”, y la demora de trece años en la investigación de un delito contribuyeron a una situación de impunidad violatoria de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención.⁷⁷ En este caso se produjo una doble violación del derecho a un recurso, puesto que tampoco se investigaron cabalmente las amenazas y represalias infligidas a la familia del difunto en razón de su lucha contra la impunidad.⁷⁸

⁷² *Ibíd.*, párr. 68.

⁷³ CIDH, caso Carandirú (Brasil), párr. 94 (1999).

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ CIDH, caso La Tablada (Argentina), párrs. 238-243 (1997).

⁷⁷ CIDH, caso Peredo Valderrama c. México, párrs. 83, 88, 89 (2000).

⁷⁸ *Ibíd.*, párrs. 104, 108.

La modalidad de decisión infundada o arbitraria está ilustrada por la decisión de la CIDH en el caso De la Cruz Gómez, relativo a la investigación de una desaparición. El tribunal encargado de la causa desechó el testimonio de todos los testigos presentado por la parte civil. La Comisión declaró que “Se entiende por acto judicial ‘arbitrario’ aquel que ‘viola en forma grave una norma legal o [que] esté desprovisto de toda justificación seria’ ”, y concluyó que “una interpretación judicial que injustificadamente impide ser oídos a quienes ejercen el derecho de acusación privada y rechaza sin explicación la presentación de elementos aparentemente probatorios se opone a los principios básicos del debido proceso reconocidos en el artículo 8 de la Convención.”⁷⁹

El transcurrir del tiempo sin que se identifique a los autores de una violación permite presumir que el Estado no ha proporcionado un recurso eficiente, según la jurisprudencia de la CIDH. En el caso Hernández Lima, la CIDH indicó que su jurisprudencia sobre el derecho del acusado a ser procesado sin demora se aplica al artículo 25, que garantiza el derecho a un recurso rápido, y concluyó que una demora de 33 meses en la investigación de la muerte de un preso común privó a los familiares del derecho a un recurso rápido.⁸⁰ En 1998, en una masacre conocida como el caso Ejido Morelia, la CIDH comentó lo siguiente:

En este sentido, la Comisión considera que el hecho de que hayan transcurrido más de dos años desde que ocurrieron los hechos, sin que hasta la fecha se hubiese ejercido la acción penal respectiva, ni existan indicios de que eso vaya a suceder, demuestra claramente que las investigaciones no se han practicado con seriedad y eficacia. Por el contrario, las conclusiones a que las autoridades mexicanas han llegado expresan la negación de cualquier tipo de responsabilidad del Estado

⁷⁹ CIDH, caso De la Cruz Gómez c. Guatemala, párr. 55 (1998).

⁸⁰ CIDH, caso Hernández Lima, párr. 75 (se omite la cita a una fuente de la Corte Europea) y 78 (1996).

mexicano en los hechos. Por complejo que sea el litigio o por graves que sean los hechos, más de dos años bastarían por lo menos para haber realizado una investigación seria (...)⁸¹

Esta situación configuró una violación de los artículos 8 y 25.⁸²

En su reciente decisión en el caso Malary, la CIDH examinó, a la luz del artículo 8.1 de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Genie Lacayo, el derecho de los familiares de una persona asesinada a la identificación y enjuiciamiento de los autores. La CIDH consideró que, si bien el caso era excepcionalmente complejo debido a que algunos de los presuntos autores del asesinato y muchas de las pruebas materiales se encontraban en otro país, la demora de ocho años sin establecer la identidad de las personas responsables “supera los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8(1) de la Convención Americana.”⁸³ Además, concluyó que:

La Comisión considera que el encubrimiento en las investigaciones adelantadas por el homicidio del señor Malary, la dilación en realizar gestiones para adelantar la investigación y el veredicto de un jurado parcial que absolvió a dos de los inculpados, son conductas y omisiones que afectan la eficacia de los recursos internos según lo prevé el artículo 25 de la Convención Americana. (...) En el presente caso, el asesinato del señor Malary permanece actualmente impune, sin responsabilidades deducidas ni sanciones aplicadas, a pesar de la gran cantidad de indicios de prueba que obran en poder del Estado, el cual todavía tiene abiertos varios expedientes sobre el caso.

⁸¹ CIDH, caso Ejido Morelia, párr. 47.

⁸² *Ibid.*, párr. 53. Véanse también los casos *Sequeira Mangas c. Nicaragua* (1998) y *Oropeza c. México* (2000) en los cuales se concluyó que demoras de unos cinco años sin resolver casos de asesinato eran incompatibles con el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, párrs. 135 y 44, respectivamente.

⁸³ CIDH, caso Malary c. Haití, párrs. 60-64 y 73 (2002).

Por lo tanto la Comisión, con base en los elementos de hecho y de derecho arriba expuestos, concluye que el Estado ha incumplido con su obligación de investigar la ejecución de la víctima y juzgar a los responsables conforme a los estándares previstos en el artículo 25 de la Convención Americana.⁸⁴

6.6 El derecho a la verdad

El concepto de un derecho a la verdad ha sido impulsado principalmente por la CIDH. La jurisprudencia de este organismo sobre el tema descansa, en parte, en dos instrumentos elaborados en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que son el Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, y los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones. El primero de estos instrumentos ha sido aprobado por la Subcomisión y ha recibido cierto apoyo de parte de la CIDH; el segundo está todavía en proceso de revisión.⁸⁵ Aunque las decisiones de la CIDH que afirman la existencia de este derecho citan cierta jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, el mismo Comité no emplea este término.⁸⁶ La jurisprudencia de la Corte

⁸⁴ *Ibíd.*, párrs. 90-91.

⁸⁵ El Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, también conocido como “Principios Joinet”, se encuentra en el documento E/CN.4/Sub.2/1997/20 Rev.1 Anexo II. En su resolución 2003/72, la CIDH invitó a los Estados a estudiar la posibilidad de aplicar estos Principios. El proyecto de Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones se encuentra en el documento E/CN.4/2000/62; en su resolución 2003/34 la Comisión de Derechos Humanos solicitó a un grupo de trabajo la preparación de una versión revisada de este instrumento.

⁸⁶ La decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *Quinteros*, por ejemplo, indica que la madre de una persona desaparecida “tiene derecho a

Interamericana sobre el tema todavía no reconoce la existencia de un derecho a la verdad como tal.

El primer principio contenido en el Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad reconoce el derecho a la verdad en los términos siguientes:

Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se repitan tales actos.

Según la jurisprudencia de la CIDH el derecho a la verdad surge de la interacción de una serie de derechos y obligaciones consagradas por la normativa internacional. En el caso *García Franco*, la CIDH lo vinculó con el derecho a un recurso, al señalar lo siguiente:

Este derecho a conocer la verdad sobre lo sucedido se basa también en la necesidad de información que permita reivindicar otro derecho. En el caso de la desaparición de una persona, los familiares tienen derecho a conocer con certeza la suerte corrida por la víctima, no sólo para saber exactamente cómo se violaron sus derechos, sino también para hacer efectivo su propio derecho a ser indemnizados por el Estado. Conforme a la legislación, el derecho a una indemnización civil no puede ejercerse sin una determinación judicial de responsabilidad penal.⁸⁷

saber lo que ha sucedido a su hija”, y concluye que la negación de información sobre la suerte de una hija desaparecida puede causar sufrimientos tan grandes que constituyen tortura. *Quinteros c. Uruguay*, párr. 14 (1983). Otras decisiones hacen hincapié en la obligación del Estado a proporcionar información como parte integral de la reparación de una violación.

⁸⁷ CIDH, caso *García Franco c. Ecuador*, párr. 74 (1998). Véase también *Chanfeau y otros c. Chile*, párr. 89 (1998).

La decisión de la CIDH en el caso Medina Charry, adoptada el mismo año, vincula el derecho a la verdad con la obligación del Estado a investigar hechos violatorios de los derechos humanos.⁸⁸ En el caso Parada Cea, la CIDH declara que el derecho a la verdad surge del derecho a un recurso y del derecho al debido proceso, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, del derecho a la información consagrado en el artículo 13, y de la obligación genérica de garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos humanos, a tenor del artículo 1 de la Convención.⁸⁹

En cuanto al contenido, la decisión en el caso Medina Charry destaca el derecho de conocer la ubicación de los restos de la víctima.⁹⁰ (Es de notar que la jurisprudencia sobre este derecho surge inicialmente en casos de desaparición.) En el caso Chanfeau, la CIDH agrega que el derecho a información sobre las circunstancias de ciertas violaciones de los derechos es a la vez un derecho de los familiares de la víctima o de la sociedad. Según la decisión: “El derecho de una sociedad a conocer integralmente sobre su pasado no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones.”⁹¹ Asimismo, en el caso Parada Cea la CIDH reafirmó que “El ‘derecho a la verdad’ es un derecho a carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y un derecho particular para los familiares de la víctima, que permite una forma de reparación (...).”⁹² En el caso Romero, la CIDH hace la siguiente síntesis del contenido del derecho a la verdad en cuanto individual y colectivo:

⁸⁸ CIDH, caso Medina Charry c. Colombia, párr. 112 (1998). Véase también Chanfeau y otros, *supra*, párr. 88.

⁸⁹ CIDH, caso Parada Cea c. El Salvador, párr. 147 (1999). Véase también el caso de los jesuitas (El Salvador), párr. 221 (1999), y Romero c. El Salvador, párrs. 142-145 (2000).

⁹⁰ CIDH, caso Medina Charry, *supra*, párr. 133. Véase también De la Cruz Gómez c. Guatemala, párr. 65 (1998).

⁹¹ CIDH, caso Chanfeau y otros, *supra*, párr. 95.

⁹² CIDH, caso Parada Cea, *supra*, párr. 150.

El derecho que tienen toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos, forma parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en su modalidad de satisfacción y garantías de no repetición. El derecho de una sociedad a conocer íntegramente su pasado no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones.⁹³

El derecho a la verdad es un derecho sintético o compuesto, en el sentido de que no está consagrado textualmente por la normativa internacional que surge de la interacción del contenido y de las consecuencias jurídicas de varios derechos reconocidos expresamente. Por tanto, el cumplimiento de una de sus facetas no necesariamente satisface a todas. La jurisprudencia de la CIDH indica que ni el resarcimiento de los familiares de una víctima ni las investigaciones llevadas a cabo por una comisión que carece de poder sancionatorio, cumplen plenamente con el derecho de los familiares a un recurso judicial y con la obligación del Estado de sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.⁹⁴

La Corte Interamericana ha analizado en varios casos los argumentos de la CIDH relativos al derecho a la vida. En el caso *Castillo Páez*, esta Corte comentó:

El segundo argumento [de la Comisión] se refiere a la formulación de un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana.

⁹³ CIDH, caso *Romero*, *supra*, párr. 148.

⁹⁴ CIDH, caso *Romero*, párr. 150; *Chanfeau y otros*, *supra*, párr. 68; *Soria Espinosa c. Chile*, párr. 103 (1999).

(...) en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.⁹⁵

6.7 Los derechos de las víctimas de delitos

Los principales instrumentos sobre derechos humanos reconocen el derecho a un recurso a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, y el derecho a ser oído, como garantía que permite hacer valer todos los derechos reconocidos por la normativa interna. Existe una jurisprudencia interamericana que considera el derecho de la víctima o sus derechohabientes a participar en procesos penales como fundamental, a condición de que esté reconocido por la legislación nacional. Esta jurisprudencia ha sido elaborada en el contexto de desapariciones y ejecuciones. Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni la Declaración Americana, ni el PIDCP ni la Convención Americana, reconocen expresamente el derecho a un recurso en cuanto derecho de la víctima de un delito.

En 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó un instrumento no contractual destinado a llenar este vacío, se trata de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.⁹⁶ La Declaración, como indica su nombre, se aplica a dos categorías de víctimas. La primera consiste en “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento

⁹⁵ Corte Interamericana, caso Castillo Páez (Fondo), párrs. 86-87 (1997). Véase también *Bámaca Velásquez* (Fondo), párr. 201 (2001), y caso *Barrio Altos* (Fondo), párr. 48 (2001).

⁹⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente”, así como los familiares de tales personas (arts. 1 y 2). La segunda, denominada “víctimas de abuso de poder”, incluye a personas que han sufrido tales daños como consecuencia de actos u omisiones no tipificados como delitos, pero que son violatorios de la normativa internacional sobre derechos humanos (art. 18).

Al reconocer los derechos de las personas que han sido víctimas de delitos, la Declaración hace un aporte valiosísimo al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Los derechos reconocidos incluyen, en primer lugar, el “acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño” (art. 4). En segundo lugar, se establece el principio importante de que “Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad” (art. 4). Finalmente, la mencionada Declaración dispone que los recursos judiciales y administrativos deben ser adecuados a las necesidades de las víctimas de delitos, en particular a través de las acciones siguientes:

- a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información.
- b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente.
- c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial.
- d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su se-

guridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia.

- e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas (art. 6).

Estas disposiciones relativas al trato de la víctima tienen mucha relevancia en la interpretación del contenido del derecho a un recurso.

La Declaración también contiene una serie de disposiciones relativas al resarcimiento de parte del victimario (arts. 8 a 11), a la indemnización (párrs. 12 y 13) y a la asistencia a la víctima (arts. 14 a 17). Estas disposiciones son, por lo general, de carácter programático.

La Convención de los derechos del niño contiene una disposición, su artículo 39, que reconoce, sino el derecho a un recurso, sí el derecho del niño a asistencia para superar las consecuencias de ciertos tipos de actividades de carácter delictivo. Dicho artículo reza:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Este artículo, que se refiere tanto a algunas conductas típicamente delictivas como abandono, explotación o abuso y a otras normalmente asociadas a violaciones de los derechos humanos como tortura, representa otro paso importante en la incorporación de los derechos de las víctimas de delitos al derecho internacional de los derechos humanos.

6.8 La protección judicial de los derechos económicos y sociales

El alcance del derecho a recurrir a la justicia para la protección de los derechos es muy amplio. El artículo 14.1 del PIDCP reconoce el derecho de toda persona “a ser oída (...) para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. El artículo 8.1 de la Convención Americana establece el derecho “a ser oída (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, y el artículo 25, “el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”. Gracias a estas disposiciones, el derecho a un recurso no se limita a los derechos civiles, sino que se extiende a los económicos y sociales reconocidos por el derecho interno.

Cabe preguntarse hasta qué punto el derecho a la protección judicial de los derechos económicos y sociales, en cuanto precepto del derecho internacional de los derechos humanos, depende del reconocimiento de éstos por el derecho interno. Los principales instrumentos internacionales relativos a los derechos económicos, sociales y culturales son la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana, el PIDESC y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador. Las disposiciones de la Declaración Universal y de la Declaración Americana relativas al derecho a un recurso no hacen distinción alguna respecto a la naturaleza de los derechos que deben ser protegidos por recursos judiciales u “otros recursos eficientes”. En otras palabras, según la Declaración Universal y la Declaración Americana, el derecho a un recurso se aplica a todos los derechos consagrados por ellas, incluso a los económicos y sociales. El PIDESC a diferencia del PIDCP, no consagra el derecho a un recurso para la protección de los derechos consagrados en él. El Protocolo de San Salvador, por su parte, reconoce en su artículo 2 la obligación gené-

rica de adoptar “disposiciones legislativas o de otro carácter” para garantizar la efectividad de los derechos consagrados por el Protocolo. En la medida en que los Estados cumplen con esta obligación, los derechos incorporados a la normativa interna advienen objeto del derecho a la protección judicial en virtud de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Además, el Protocolo no es un instrumento independiente sino que tiene el propósito de ampliar el contenido de la Convención Americana. Por tanto, es posible argüir que los derechos sustantivos plasmados en el Protocolo deben considerarse objeto del derecho a la protección judicial en cuanto derechos reconocidos por la Convención, y no sólo derechos eventualmente reconocidos por la normativa interna.

La jurisprudencia universal e interamericana sobre el tema, aunque no es muy extensa, reconoce la aplicabilidad en ciertas circunstancias a esta categoría de derechos del derecho al recurso. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado una valiosa doctrina al respecto.⁹⁷

i) La jurisprudencia universal

El Comité de Derechos Humanos ha examinado un número importante de casos relativos a pensiones y seguridad social. La mayor parte consisten en alegatos de discriminación en el goce del derecho a la seguridad social (véase el Capítulo 15). Otros casos tratan de presuntas violaciones del derecho al debido proceso en recursos entablados ante las autoridades nacionales competentes en la materia.⁹⁸ La jurisprudencia enfatiza el vínculo entre la obligación de cum-

⁹⁷ Este Comité fue establecido por la resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social (Ecosoc). A diferencia del Comité de Derechos Humanos, no tiene competencia para conocer casos, de manera que no tiene jurisprudencia, pero ha elaborado una doctrina importante relativa a los derechos consagrados por el PIDESC.

⁹⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Jansen-Gielen c. Países Bajos, párrs. 3.1, 6.1 y 8.2 (2001).

plir con los artículos 14 y 2 del PIDCP y la decisión del legislador de reconocer tales derechos en el orden interno.⁹⁹

En los casos *Ato de Avellanal* y *Bahamonde*, a las víctimas se les negó acceso a la justicia por motivos discriminatorios cuando pretendían hacer valer su derecho a la propiedad. En ambos casos, el Comité de Derechos Humanos concluyó que se había producido una violación del artículo 14.1. La cuestión de la discriminación en el reconocimiento de un recurso para hacer valer el derecho sobre la propiedad también es examinado en una serie de casos relativos a la confiscación de propiedades en Europa a raíz de la Segunda Guerra Mundial y la guerra fría, dando lugar a una jurisprudencia que se analiza en el Capítulo 15.

El derecho de las comunidades indígenas a los territorios necesarios para la preservación de su forma tradicional de vida también es reconocido por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en el marco del artículo 27 sobre los derechos de personas pertenecientes a minorías culturales. En el caso *Agrupación Lago Lubicon* el Comité determinó que los recursos entablados ante los tribunales nacionales a fin de proteger los territorios de la comunidad no habían sido eficaces.¹⁰⁰ Esta conclusión –que se refirió únicamente a la admisibilidad del caso– se fundamentó en el hecho de que los distintos procesos judiciales habían durado aproximadamente 15 años sin resolución definitiva mientras que la comunidad estaba amenazada de extinción.¹⁰¹ En el caso *Mahuika*, el Comité concluyó que la promulgación de una ley que privaba a los tribunales de competencia sobre demandas relativas a los derechos de grupos indígenas a la pesca podía vulnerar el derecho a un recurso, pero que en las circunstancias concretas del caso no constituyeron una violación por-

⁹⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Broeks c. Países Bajos*, párrs. 12.4-12.5 (1987).

¹⁰⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Agrupación Lago Lubicon c. Canadá*, párr. 31.1 (1990).

¹⁰¹ *Ibíd.*, párrs. 3.3. y 29.3.

que formaban parte de una solución global de los reclamos del pueblo indígena adoptada después de largas y amplias consultas con los interesados¹⁰² (véase el Capítulo 14).

En el caso Muñoz Hermosa, el Comité de Derechos Humanos consideró que un funcionario público había sido privado del derecho al debido proceso en razón de la demora por más de siete años en los complicados trámites judiciales emprendidos para recuperar su empleo, incluyendo un atraso de más de dos años y medio en ejecutar una decisión del Tribunal de Garantías Constitucionales favorable a su demanda.¹⁰³ Una violación tan manifiesta del debido proceso sin duda debe considerarse como violación del derecho a un recurso eficiente.

ii) La jurisprudencia interamericana

En el caso Ivcher Bronstein la Corte Interamericana declaró que las acciones judiciales emprendidas por la víctima para recuperar el control de sus acciones en una emisora de radio eran conocidas por un tribunal que no cumplía con los requisitos de independencia e imparcialidad y que respondía con lentitud a los recursos interpuestos. Esta situación vulneró su derecho a un recurso sencillo y rápido, así como su derecho a ser oído por un tribunal que reuniera las cualidades requeridas por el artículo 8.1 de la Convención.¹⁰⁴ El artículo 21 de la Convención Americana consagra el derecho a la propiedad, de manera que los artículos 8 y 25 se aplican directamente a la protección de este derecho.

¹⁰² Comité de Derechos Humanos, caso Mahuika c. Nueva Zelanda, párr. 9.10 (2001).

¹⁰³ Comité de Derechos Humanos, caso Muñoz Hermosa c. Perú, párr. 11.3 (1988).

¹⁰⁴ Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein (Fondo), párrs. 113-115 y 142 (2001).

El caso Baena Ricardo concierne al despido de 270 trabajadores de empresas estatales debido a su participación en paros calificados de ilegales en virtud de una ley aplicada en forma retroactiva. Algunos de los afectados impugnaron sus despidos mediante recursos de amparo ante la Corte Suprema, y otros a través de demandas contencioso-administrativas.¹⁰⁵ La Corte Interamericana concluyó que en ambos casos los tribunales nacionales habían evitado examinar y pronunciarse sobre aspectos esenciales de las acciones, privando a los peticionarios de un recurso efectivo.¹⁰⁶ Con respecto a las demandas contencioso-administrativas, la Corte comentó que “la Tercera Sala no analizó las circunstancias reales de los casos y la comisión o no, por parte de los trabajadores, de la conducta que se sancionaba.”¹⁰⁷ La importancia del derecho a un recurso para la protección del empleo fue subrayado por la Corte en la observación siguiente:

No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana.¹⁰⁸

En el caso de la finca La Exacta, la CIDH concluyó que una demora de más de dos años en resolver la demanda de trabajadores que habían sido despedidos por actividades sindicales vulneró “su derecho a un recurso rápido y eficaz frente a violaciones de la ley que afectaron desfavorablemente su derecho al trabajo y a la libertad de asociación.”¹⁰⁹

¹⁰⁵ Corte Interamericana, caso Baena Ricardo (Fondo), párrs. 138-139 (2001).

¹⁰⁶ *Ibíd.*, párrs. 138-139 y 143.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, párr. 140.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 134.

¹⁰⁹ CIDH, caso finca La Exacta (Guatemala), párr. 90 (2002).

iii) La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene una serie de observaciones con respecto a la relevancia de los recursos judiciales y de otros recursos efectivos, en la protección de varios de los derechos consagrados por el PIDESC. En una de sus primeras Observaciones Generales, este Comité recuerda que el artículo 2.1 de este Pacto, que establece la obligación genérica de “adoptar medidas (...) para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, contiene una cláusula que reza “en particular la adopción de medidas legislativas.”¹¹⁰ La obligación de tomar medidas legislativas implica la obligación de ofrecer recursos judiciales y/o administrativos para asegurar el cabal cumplimiento de la norma. Señala el Comité: “Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables.”¹¹¹

En 1998 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General No. 9, sobre “La aplicación interna” del PIDESC. El análisis del Comité parte del reconocimiento de que la obligación más fundamental del Estado es la de “dar efectividad” a los derechos consagrados por el PIDESC. La cláusula del artículo 2 que requiere la adopción de todos los medios apropiados representa un enfoque “amplio y flexible que permite tener en cuenta las particularidades del sistema legal y administrativo de cada Estado, así como otras consideraciones pertinentes.”¹¹² No obstante esta flexibilidad, cada Estado Parte tiene la obligación ineludible de

¹¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 3, párr. 3 (1990).

¹¹¹ *Ibíd.*, párr. 5.

¹¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 9, párr. 1 (1998).

“utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto.”¹¹³ En particular, “las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos.”¹¹⁴ Además “En general las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante los jueces y tribunales nacionales”.¹¹⁵ A continuación se cita la parte más pertinente del análisis del Comité:

9. El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado Parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación* (aunque sin limitarse en modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para

¹¹³ *Ibíd.*, párr. 2.

¹¹⁴ *Ibíd.*, párr. 3.

¹¹⁵ *Ibíd.*, párr. 4.

* De conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del PIDCP, los Estados “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos” que se enuncian en él, “sin discriminación alguna”.

que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales.

10. En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. (...) A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posee en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

11. El Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene en sistemas en que se prevé tal opción. Es más, en el momento de su redacción se rechazaron con firmeza los intentos de incluir en el Pacto una disposición específica en el sentido de que no tenía aplicación inmediata. En la mayoría de los Estados, la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al poder ejecutivo ni al legislativo. (...) De hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata. (...)

14. Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

15. Generalmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última. Las garantías de igualdad y no discriminación deben interpretarse, en la mayor medida posible, de forma que se facilite la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales.¹¹⁶

¹¹⁶ *Ibíd.* (se omiten los títulos).

Las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a vivienda, salud y alimentación analizan los aspectos de estos derechos que son justiciables y deben ser tutelados por recursos idóneos. La Observación General No. 4, relativa al derecho a vivienda adecuada, contiene la siguiente enumeración no taxativa de los aspectos de este derecho susceptibles de tutela judicial:

a) [recursos judiciales] destinados a evitar desahucios planeados o demoliciones (...) b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas.(...)¹¹⁷

En su Observación General No. 7 sobre la problemática del desalojo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales profundizó su análisis de la importancia de los recursos al señalar lo siguiente:

Antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzoso, en particular los que afectan a grandes grupos de personas, los Estados Partes deberían velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza. Deberían establecerse recursos o procedimientos legales para los afectados por las órdenes de desalojo. Los Estados Partes deberán velar también por que todas las personas afectadas tengan derecho a la debida indemnización por los bienes personales o raíces de que pudieran ser privadas. (...)¹¹⁸

¹¹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, párr. 17 (1991).

¹¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 7, párr. 13 (1997).

Cuando se considere que el desalojo está justificado, debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad. A este respecto, cabe recordar en particular la Observación General N° 16 del Comité de Derechos Humanos relativa al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que la injerencia en el domicilio de una persona sólo puede tener lugar “en los casos previstos por la ley”.¹¹⁹

Aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.¹²⁰

¹¹⁹ *Ibíd.*, párr. 14. Se cita también la parte de la Observación General No. 16 que establece que la legislación debe “especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrían autorizarse estas injerencias” y debe ser coherente con las demás “disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto.”

¹²⁰ *Ibíd.*, párr. 15.

Las Observaciones Generales No. 12 y 14 señalan, en términos más generales, que toda persona o grupo cuyo derecho a la alimentación adecuada o la salud haya sido vulnerado debe tener acceso a “recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados.”¹²¹

¹²¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12, párrs. 32-33 (1999), y Observación General No. 14, párr. 59 (2000), respectivamente.

Capítulo 7

Derecho a la intimidad, honra, reputación y personalidad jurídica

7.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 16

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

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

Artículo V. Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar.

Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Artículo IX. Derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio.

Artículo X. Derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia.

Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia.

Artículo XVII. Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles.

Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos
(Convención Americana)*

Artículo 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

7.2 Normativa complementaria

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. (...)

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: (...)

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

Declaración sobre la Libertad de Expresión¹

3. Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

7.3 Consideraciones generales

Durante la última década se ha registrado un aumento significativo de la jurisprudencia universal e interamericana sobre el derecho a la intimidad o a la vida privada, denominación esta última consagrada por los instrumentos internacionales. Existe también una jurisprudencia incipiente pero interesante sobre el derecho a la personalidad jurídica.

El derecho a la intimidad tiene dos facetas principales: una que tutela la confidencialidad o inviolabilidad del hogar, de las comuni-

¹ Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el año 2000.

caciones y de las relaciones familiares, y otra que consagra el derecho del individuo a desarrollar su personalidad. Esta convergencia entre el derecho a la vida privada y el derecho a la personalidad jurídica, es decir, entre derechos que rigen distintos aspectos de la personalidad del individuo, justifica la decisión de analizar ambos temas en el mismo capítulo.

El derecho a la honra y a la reputación se incluyen en el presente capítulo porque los instrumentos internacionales los consagran en el mismo artículo que el derecho a la vida privada. De los cuatro instrumentos que forman el principal marco de referencia, sólo la Convención Americana consagra el derecho a la rectificación o respuesta. Este derecho es, en realidad, un recurso que sirve para tutelar el derecho a la honra y reputación, lo que explica la decisión de abordarlo en el presente capítulo. De la misma manera, el derecho del individuo a tener acceso a la información sobre sí mismo que obra en bancos de datos, con el fin de exigir su rectificación o eliminación, cuando proceda, es esencialmente un recurso dirigido a la protección del derecho a la intimidad, honra y reputación. Por tanto, se ha decidido abordarlo en el presente Capítulo, a pesar de que en el sistema interamericano se considera parte del derecho a la información.²

El derecho a la intimidad está muy vinculado con otros derechos. El derecho a la confidencialidad del hogar y a las comunicaciones está estrechamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia y al debido proceso de las personas acusadas penalmente (véase el Capítulo 5). Este derecho también está vinculado al derecho de expresión, sobre todo porque la protección de los derechos de terceros es un bien jurídico que permite limitar la libertad de expresión (véase el Capítulo 10). El derecho a la intimidad de la familia está vinculado con el derecho de la familia a recibir protección (véase el Capítulo 13). El derecho a desarrollar la personalidad sin injerencias indebidas está vinculado con la libertad de creencias, la

² Véase el artículo 3 de la Declaración sobre la Libertad de Expresión.

prohibición de la discriminación (Capítulos 9 y 15, respectivamente) y el derecho a un nombre. Varias facetas del derecho a la intimidad están relacionadas con el derecho de las personas privadas de libertad a un trato humano, así como con los derechos de la familia de un preso (véase el Capítulo 2). El derecho a la personalidad jurídica, por su parte, está vinculado con el derecho a recurrir a la justicia y a igual protección de la ley (Capítulos 6 y 15, respectivamente).

7.4 Derecho a la intimidad

i) La doctrina del Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos adoptó en 1988 una Observación General sobre el artículo 17 del PIDCP que consagra el derecho a la intimidad, a la honra y a la reputación. La parte de la Observación relativa a la intimidad insiste sobre la obligación del Estado de adoptar legislación para tutelar la intimidad frente a injerencias de todo origen, provengan de autoridades o de particulares.³ De especial interés es el párrafo 3, según el cual el concepto de injerencia ilegal no significa injerencia prohibida por ley, sino aquella no autorizada por ley: “El término ‘ilegales’ significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto”.

Para tutelar este derecho eficazmente, señala la Observación del Comité de Derechos Humanos, la legislación debe “especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias” provenientes de autoridades.⁴

³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párrs. 1, 2.

⁴ *Ibíd.*, párr. 8.

A diferencia de muchos artículos del PIDCP el artículo 17 no incorpora expresamente el concepto de necesidad al definir el alcance de los límites y las restricciones permitidas.⁵ No obstante, según la doctrina del Comité de Derechos Humanos este concepto constituye el criterio adecuado para determinar la licitud de las injerencias en la intimidad. La Observación señala al respecto lo siguiente:

Como todas las personas viven en sociedad, la protección de la vida privada es por necesidad relativa. Sin embargo, las autoridades públicas competentes sólo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad en el sentido que tienen con arreglo al Pacto.⁶

Al igual que otros artículos del PIDCP, el artículo 17 prohíbe las injerencias (o privaciones) ilegales o arbitrarias en el goce del derecho tutelado. Como se señala en otros capítulos, los extremos de ilegalidad y arbitrariedad son complementarios. La Observación reitera la doctrina sobre este principio al indicar que las medidas que afectan a la intimidad deben ser autorizadas por el derecho interno y por tanto son legales y, además, deben estar “en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y (...) en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso.”⁷ Asimismo, el Comité señala que cada medida que afecte este derecho requiere una decisión individualizada de parte de la autoridad competente: “La decisión correspondiente competirá sólo a la autoridad designada por la ley a ese efecto, que dará la autorización necesaria tras examinar cada caso en particular.”⁸

⁵ El requisito de necesidad figura en los artículos relativos a la libertad de circulación y residencia (art. 12.3), el derecho a un proceso público (art. 14.1), la libertad de manifestar su religión o creencias (art. 18.3), la libertad de expresión (art. 19.3), la libertad de reunión (art. 20) y la libertad de asociación (art. 21.3).

⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 7.

⁷ *Ibíd.*, párr. 4.

⁸ *Ibíd.*, párr. 8.

El derecho a la intimidad protege la vida privada del individuo, así como “su familia, su domicilio o su correspondencia”. El término “domicilio” incluye no sólo la residencia, sino también “el lugar donde una persona (...) ejerce su ocupación habitual, según el Comité.”⁹ Con respecto a medidas que afectan a las distintas dimensiones específicas de la intimidad, la Observación señala lo siguiente:

El cumplimiento del artículo 17 exige que la integridad y el carácter confidencial de la correspondencia estén protegidos *de jure* y *de facto*. La correspondencia debe ser entregada al destinatario sin ser interceptada ni abierta o leída de otro modo. Debe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones. Los registros en el domicilio de una persona deben limitarse a la búsqueda de pruebas necesarias y no debe permitirse que constituyan un hostigamiento. Por lo que respecta al registro personal y corporal, deben tomarse medidas eficaces para garantizar que esos registros se lleven a cabo de manera compatible con la dignidad de la persona registrada. Las personas sometidas a registro corporal por funcionarios del Estado o por personal médico que actúen a instancias del Estado serán examinadas sólo por personas de su mismo sexo.¹⁰

En los quince años que han pasado desde que el Comité de Derechos Humanos adoptó la Observación General No. 16, el proceso de examen de los informes de los Estados Partes ha ofrecido al Comité la oportunidad de manifestar sus criterios sobre otros aspectos del derecho a la intimidad. La relevancia de estas observaciones depende de la manera en que son formuladas y la frecuencia con que se expresan. Cuando el Comité señala categóricamente que una ley o práctica no es compatible con el PIDCP, este criterio obviamente

⁹ *Ibíd.*, párr. 5.

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 8.

tiene más valor que cuando manifiesta una preocupación; y cuando reitera la misma observación con respecto a varios Estados, no cabe duda que la observación constituye una interpretación firme.

El Comité de Derechos Humanos ha instado en muchas oportunidades a los Estados a limitar la potestad de las autoridades para intervenir comunicaciones telefónicas y de otra índole. En sus observaciones sobre el Informe de Lesotho, por ejemplo, el Comité insistió en que esta facultad debe estar “bajo supervisión independiente”, y en sus observaciones sobre los Informes de Jamaica y de Eslovaquia, indicó que esta facultad debe estar sujeta a vigilancia judicial independiente.¹¹ En una oportunidad recomendó que la competencia para autorizar escuchas telefónicas y registros de domicilio fuera transferida de la fiscalía a los tribunales, y en otra, que la autoridad para interceptar artículos (envíos por correo) fuese sujeta “a estricta supervisión judicial.”¹²

En sus Observaciones finales sobre un informe de Israel, el Comité indicó que, teniendo en cuenta las dificultades que los palestinos encuentran para obtener permisos para la construcción de casas, la demolición de hogares construidos ilegalmente “contraviene directamente la obligación de garantizar, sin discriminación alguna, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias al domicilio”, además del derecho a escoger libremente su lugar de residencia y del derecho a igual protección de la ley.¹³

¹¹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Lesotho (A/54/40, párr. 267, 1999), de Jamaica (A/53/40, párr. 67, 1997), y de Eslovaquia (A/52/40, párr. 384, 1997).

¹² Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Belarús y de Zimbabwe (A/53/40, párrs. 151 y 227, 1997 y 1998 respectivamente). Véanse también las observaciones finales sobre el informe de China relativo a Hong Kong (A/55/40, párr. 243, 1999).

¹³ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Israel (A/53/40, párr. 320, 1998).

ii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos

En una decisión reciente, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el allanamiento violento de una residencia familiar, realizado por un comando encapuchado que entró por el techo a las 2 de la madrugada, había sido violatorio del artículo 17 del PIDCP. No se formalizó acusación alguna contra los ocupantes de la casa, que incluían niños y una anciana inválida, y las autoridades reconocieron posteriormente que la medida había sido autorizada por error. La decisión del Comité hizo hincapié en que, aunque el allanamiento hubiera sido legal, a tenor del derecho interno el Estado no había ofrecido motivos suficientes para justificarlo, de manera que había que concluir que, en todas las circunstancias del caso, los hechos representaban una injerencia arbitraria en dicho domicilio.¹⁴ Habida cuenta de esta conclusión, el Comité consideró innecesario pronunciarse sobre las consecuencias del allanamiento para la honra y reputación del dueño de la casa.

En su Observación General sobre el artículo 17, el Comité de Derechos Humanos señaló que “en cuanto al término ‘familia’, los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se le interprete como un criterio amplio que incluye a todas las personas que componen la familia, tal como se entiende ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate.”¹⁵ En una decisión adoptada en 1997, el Comité aplicó un criterio amplísimo para interpretar el alcance de este concepto. Algunos miembros de la población indígena de Tahití se quejaron de la destrucción de un antiguo cementerio donde estaban sepultados los restos de sus familiares por la construcción de un complejo turístico aprobado por las autoridades. El Estado arguyó que “considerar que los restos de una tumba, cual-

¹⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Rojas García c. Colombia, párr. 10.3 (2001).

¹⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 5. Véase también la Observación General No. 19, sobre el derecho de la familia a protección, párr. 2.

quiera sea su antigüedad y aunque no resulten identificables, pueden quedar incluidos en el concepto de ‘familia’, constituiría una interpretación indebidamente amplia e impracticable del término.”¹⁶ El Comité discrepó y llegó a la conclusión siguiente:

El Comité observa que los objetivos del Pacto exigen que el término “familia” se interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad de que se trate. De ello se desprende que al definir el término “familia” en una situación concreta se deben tener en cuenta las tradiciones culturales. Las reclamaciones de los autores revelan que éstos consideran que la relación con sus antepasados constituye un elemento esencial de su identidad y cumple una función importante en su vida familiar. Esto no ha sido rebatido por el Estado Parte; tampoco ha objetado el Estado Parte el argumento de que el cementerio en cuestión desempeña un papel importante en la historia, cultura y vida de los autores. El Estado Parte ha impugnado la reclamación de los autores sólo por el hecho de que no han establecido un vínculo de parentesco entre los restos descubiertos en el cementerio y ellos mismos. El Comité considera que el hecho de que los autores no hayan establecido un vínculo de parentesco directo no puede invocarse en contra de ellos en las circunstancias de la comunicación, en que el cementerio en cuestión es anterior a la llegada de los colonos europeos y se reconoce como lugar que contiene restos de los antepasados de los actuales habitantes polinesios de Tahití. Por consiguiente, el Comité concluye que la construcción de un complejo hotelero en el terreno de un cementerio ancestral de los autores sí interfirió en el derecho de éstos a la protección de la familia y la vida privada. El Estado Parte no ha demostrado que esa injerencia haya sido razonable en las circunstancias del caso y nada en la información de que dispone el Comité demuestra que el Estado Parte haya tenido debidamente en cuenta la importancia del cementerio para los autores cuando decidió arrendar el terreno para la construcción de un complejo hotelero. El Comité llega a la conclusión de que

¹⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Hopu y otros c. Francia, párr. 5.10.

ha habido una injerencia arbitraria en el derecho de los autores a la protección de la familia y la vida privada, en violación del párrafo 1 del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23.¹⁷

El Comité de Derechos Humanos aludió al derecho de intimidad de la familia en el caso Mónaco, relativo a la adopción irregular y privación de identidad del bebé de una mujer desaparecida bajo el antiguo régimen militar. Sobre este particular, el Comité comentó que “En cuanto al derecho a la vida privada de Ximena Vicario y su abuela es evidente que el secuestro de Ximena Vicario, la falsificación de su partida de nacimiento y su adopción por S. S. constituyen numerosos actos de injerencia arbitraria e ilegal en su vida privada y en su vida familiar, en violación de lo dispuesto en el artículo 17 del Pacto.”¹⁸ En otra decisión el Comité concluyó que el incumplimiento de órdenes judiciales que reconocían el derecho de un padre divorciado a tener contactos regulares con su hijo menor era violatorio del artículo 17.2 del PIDCP.¹⁹

El Comité de Derechos Humanos desarrolló el concepto del derecho al libre desarrollo de la personalidad o identidad en su decisión en el caso Coeriel. El párrafo más pertinente de la decisión es el siguiente:

La primera cuestión que debe determinar el Comité es si el artículo 17 del Pacto protege el derecho a elegir el propio apellido y a cambiar de

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 10.3 (cuatro miembros del Comité discreparon de esta conclusión).

¹⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Mónaco y otra c. Argentina, párr. 10.4 (1995). Las conclusiones formales del Comité no reafirman esta observación, porque este alegato era inadmisibile *ratione temporis*, pero sí concluyó que el Estado había incumplido sus obligaciones relativas al derecho de la niña a protección. Véase la sección 7.7 sobre personalidad jurídica, y la parte del Capítulo 13 sobre los derechos del niño.

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, caso L. P. c. la República Checa, párr. 7.2 (2002).

apellido. El Comité observa que el artículo 17 prevé, entre otras cosas, que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia. El Comité considera que la noción de vida privada se refiere a la esfera de la vida de una persona en la que ésta puede expresar libremente su identidad, ya sea en sus relaciones con los demás o sola. El Comité considera que el apellido constituye un componente importante de la identidad de una persona y que la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada incluye la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en el derecho a elegir el propio apellido y a cambiar de apellido. Por ejemplo, si un Estado obligara a los extranjeros a cambiar de apellido, ello constituiría una injerencia que violaría el artículo 17. Se plantea la cuestión de si la negativa de las autoridades a autorizar un cambio de apellido no supera también el límite de las injerencias permitidas en el sentido del artículo 17.²⁰

Después de constatar que la medida era autorizada por la legislación interna, y por tanto no era ilegal, el Comité de Derechos Humanos pasó a considerar si la decisión debería considerarse arbitraria. El análisis del Comité sobre este último requisito fue el siguiente:

En el presente caso, la solicitud de los autores de que se reconociera el cambio de sus nombres de pila a nombres hindúes para poder proseguir sus estudios religiosos había sido atendida en 1986. El Estado Parte basó su rechazo de la solicitud de que se cambiaran también sus apellidos alegando que los autores no habían demostrado que los cambios deseados fueran esenciales para seguir sus estudios, que los apellidos tenían connotaciones religiosas y que no sonaban a neerlandeses. El Comité opina que los motivos para limitar así los derechos de los autores con arreglo al artículo 17 no son razonables. Por lo tanto, en las

²⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Coeriel c. Países Bajos, párr. En su Observación General No. 19, sobre el derecho de casarse y formar una familia y la igualdad de esposos, el Comité indica que ambos esposos tienen derecho a continuar utilizando su propio apellido, párr. 6.

circunstancias del presente caso, el rechazo de la solicitud de los autores fue arbitrario en el sentido del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto.²¹

Esta decisión ilustra bien el enfoque empleado por el Comité de Derechos Humanos para analizar posibles violaciones de este derecho: primero, determinar si la medida impugnada afecta el derecho en cuestión; segundo, establecer si la medida es legal y, por último, decidir si la manera en que la ley fue aplicada en el caso concreto fue razonable o arbitraria.

El Comité de Derechos Humanos desarrolló su jurisprudencia sobre la arbitrariedad de las injerencias en la vida privada en el caso *Toonen*, relativo a la licitud de unas disposiciones penales que tipificaban como delito las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. En cuanto al impacto de la legislación sobre la vida privada de los interesados el Comité señaló:

En lo que atañe al artículo 17, es indiscutible que la actividad sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de “vida privada” y que en la actualidad el Sr. Toonen se ve realmente afectado por el mantenimiento de las leyes impugnadas. El Comité considera que [las disposiciones impugnadas] del Código Penal de Tasmania representan una “injerencia” en la vida privada del autor, aun cuando esas disposiciones no se apliquen desde hace un decenio. En ese contexto, el Comité señala que la política del ministerio público de no entablar acciones penales en relación con una conducta homosexual privada no constituyen una garantía de que en el futuro no se iniciarán acciones contra homosexuales (...) En consecuencia, el mantenimiento de las disposiciones impugnadas representa una “injerencia” continua y directa en la vida privada del autor.²²

En cuanto al criterio de arbitrariedad, el Comité de Derechos Humanos reafirmó la doctrina sentada al manifestar que “el requisi-

²¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Coeriel c. Países Bajos*, párr. 10.5.

²² Comité de Derechos Humanos, caso *Toonen c. Australia*, párr. 8.2.

to de ser razonable implica que cualquier injerencia en la vida privada debe ser proporcional al propósito perseguido y necesaria en las circunstancias particulares del caso.”²³ De particular interés es la forma rigurosa en que el Comité aplicó este criterio al evaluar las pretendidas justificaciones de estas disposiciones penales que, según las autoridades, tutelaban la salud y la moral públicas. En lo que respecta a la pretendida protección de la salud pública, el Comité observó que “la penalización de las prácticas homosexuales no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH y del SIDA” ya que carece de eficacia para tal efecto.²⁴ En cuanto a la moral pública, el Comité consideró peligroso el argumento porque podría justificar casi toda injerencia en la vida privada. El hecho de que las disposiciones impugnadas no se hubieran aplicado durante varios años, señaló del Comité, invalidaba el argumento de que podían considerarse necesarias para este efecto.²⁵

Las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre los informes de varios Estados partes confirman su jurisprudencia en el sentido de que el artículo 17 tutela la vida sexual consensual de adultos y que las legislaciones que tipifican delitos como la sodomía deben ser derogadas.²⁶ En una oportunidad, el Comité calificó de violación del derecho a la vida íntima la práctica de empresas del sector privado de hacer “preguntas personales indiscretas” a mujeres en búsqueda de empleo, de suministrar drogas anticonceptivas a sus empleadas y obligarlas a someterse a pruebas de embarazo.²⁷ Normalmente, la problemática del aborto es abor-

²³ *Ibíd.*, párr. 8.3.

²⁴ *Ibíd.*, párr. 8.5.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Véanse, por ejemplo, sus Observaciones finales sobre los informes de Chile (A/54/40, párr. 216, 1999), Lesotho (A/54/40, párr. 256, 1999), Tanzania (A/53/40, párr. 407, 1998) y Estados Unidos (A/50/40, párr. 287, 1995).

²⁷ Observaciones finales sobre el Informe de México (A/54/40, párr. 329, 1999).

dada por el Comité desde la perspectiva de sus implicaciones para el derecho a la vida (véase la sección 15.7 del Capítulo 15 sobre los derechos de la mujer). Pero en una oportunidad, refiriéndose a una disposición legal que obligaba a los profesionales de salud a denunciar los casos de mujeres que se habían sometido a abortos ilegales, el Comité indicó que “El Estado Parte debe proteger el carácter confidencial de la información médica”. Con respecto a una disposición legal que permitía a las autoridades de inmigración exigir una prueba de ADN para confirmar la relación biológica entre dos personas, el Comité señaló que “La prueba de ADN puede tener importantes repercusiones en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 17”, y por tanto no debe ser practicada en forma rutinaria, sino únicamente “cuando sea necesario y apropiado para determinar los vínculos familiares (...)”.²⁸ En cuanto a la intimidad de la persona, en una decisión reciente el Comité estableció que en ausencia de toda oferta de justificación por parte del Estado, las requisas corporales de un preso vulneraron su derecho a la intimidad.²⁹

En el caso Fei, el Comité de Derechos Humanos concluyó que “Incluso graves inconvenientes provocados por las actuaciones judiciales en causas en las que [la interesada] sea parte, no pueden ser considerados como injerencia ‘arbitraria’ o ‘ilegal’ en la vida privada (...)”.³⁰ En otra decisión, el Comité indicó que la obligación de proporcionar a las autoridades fiscales información sobre sus ingresos y la naturaleza de sus actividades profesionales era compatible con el derecho a la intimidad.³¹

²⁸ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Dinamarca (A/56/40, párr. 17 2000).

²⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Boodoo c. Trinidad y Tobago, párr. 6.7 (2002). Véase el capítulo 2.

³⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Fei c. Colombia, párr. 8.8 (1995).

³¹ Comité de Derechos Humanos, caso I.P. c. Finlandia, párr. 6.3 (1993).

iii) La jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia de la CIDH sobre el derecho a la intimidad no es muy extensa, pero comprende decisiones importantes sobre la intimidad de la persona y la intimidad del domicilio.

En cuanto a la intimidad de la persona, la decisión más importante es la del caso conocido como X y Y, relativo a una mujer y su hija, quienes fueron obligadas a someterse a una revisión o inspección vaginal para poder realizar una visita de contacto personal al esposo y padre, preso en una prisión de alta seguridad. El caso fue examinado por la CIDH a la luz de los artículos 5, 11, 19 y 23 de la Convención Americana, que consagran el derecho a la integridad física, la intimidad y la protección del niño y de la familia. La CIDH subrayó que “las revisiones o inspecciones vaginales son un tipo de requisa excepcional y muy intrusiva”, y que si bien “puede adoptarse excepcionalmente para garantizar la seguridad en ciertos casos específicos, no puede sostenerse que su aplicación sistemática a todos los visitantes sea una medida necesaria para garantizar la seguridad pública”.³² Desde la perspectiva doctrinal, la parte más interesante de la decisión consiste en la aplicación en forma rigurosa del principio de necesidad para determinar la licitud de la medida, a pesar de que este requisito no figura ni en el artículo 11, ni en los demás artículos citados.³³ El principio se manifiesta en los primeros incisos del párrafo siguiente:

La Comisión estima que para establecer la legitimidad excepcional de una revisión o inspección vaginal, en un caso en particular, es necesario que se cumplan cuatro condiciones: 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; 2) no debe existir alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud.³⁴

³² CIDH, caso X y Y c. Argentina, párr. 68 (1996).

³³ *Ibíd.*, párrs. 72-74.

³⁴ *Ibíd.*, párr. 72.

Con respecto al artículo 11, la CIDH afirma lo siguiente:

El artículo 11.2 prohíbe específicamente la interferencia “arbitraria o abusiva” de ese derecho. La disposición indica que, además de la condición de legalidad, que se debe observar siempre cuando se imponga una restricción a los derechos consagrados en la Convención, el Estado tiene la obligación especial de prevenir interferencias “arbitrarias o abusivas”. La idea de “interferencia arbitraria” se refiere a elementos de injusticia, imposibilidad de predecir, y falta de razonabilidad que ya tuvo en cuenta la Comisión al encarar los aspectos de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las revisiones e inspecciones.³⁵

La jurisprudencia también reconoce que el abuso y la violencia sexual vulneran el derecho a la intimidad, además de la integridad personal. En una decisión importante, la CIDH observó que: “(...) el abuso sexual, además de constituir una violación a la integridad física y mental de la víctima, implica un ultraje deliberado a su dignidad. En este sentido, se transforma en una cuestión que queda incluida en el concepto de ‘vida privada’.”³⁶ Cuando los hechos son conocidos por la comunidad, la humillación de las víctimas también puede tener consecuencias graves para éstas y su familia.³⁷

En cuanto a la intimidad del domicilio, la jurisprudencia más relevante se refiere al caso del expresidente del Perú, Alan García. El asunto fue examinado a la luz de la Declaración Americana que, a diferencia de la Convención Americana, no contiene disposiciones expresas sobre la licitud de las restricciones a estos derechos. No obstante, la Comisión aplica el principio de legalidad, aparentemente en cuanto principio general de derecho. La decisión establece al respecto lo siguiente:

³⁵ *Ibíd.*, párr. 92.

³⁶ CIDH, caso *Martín de Mejía c. Perú*, pp. 200-201 (1996). Véanse también los Capítulos 2 y 15 sobre el derecho a la integridad personal y los derechos de la mujer, respectivamente.

³⁷ CIDH, caso *Hermanas González c. México*, párrs. 42 y 45.

(...) el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto; por el contrario, su ejercicio se encuentra habitualmente restringido por la legislación interna de los Estados.

La garantía de la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados cede cuando existe una orden de allanamiento fundada extendida por una autoridad judicial competente donde se establecen las razones de la medida adoptada y donde constan el lugar a allanarse y las cosas que serán objeto de secuestro.³⁸

En concreto, la CIDH llegó a la conclusión siguiente:

(...) el allanamiento del domicilio del Dr. García y la incautación de documentación privada perteneciente a su familia –acciones perpetradas por tropas del Ejército peruano– se realizaron con total inobservancia de los requisitos procedimentales previstos en la Constitución. La transgresión de dichos requisitos indica que el Gobierno de Perú omitió garantizar al Dr. Alan García y a su familia el pleno ejercicio de su derecho a la privacidad.³⁹

La parte más valiosa de esta jurisprudencia es el vínculo establecido entre el derecho a la intimidad y el derecho al debido proceso. La Comisión señala al respecto:

La inviolabilidad del domicilio es una de las garantías implícitas del mencionado artículo [8 de la Convención]. En efecto, además de operar como una garantía del derecho a la privacidad, es una garantía del debido proceso en tanto establece un límite legal a la recolección de la prueba incriminatoria de un individuo imputado de un delito. Para el caso que se realice el allanamiento de un domicilio incumpliendo con los procedimientos constitucionales apropiados, tal garantía impide que la prueba obtenida sea valorada en una decisión judicial posterior. De

³⁸ CIDH, caso Alan García c. Perú, p. 102 (1994).

³⁹ *Ibíd.*, p. 103.

este modo, en la práctica opera como una regla de exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente.

7.5 Derecho a la honra y reputación

La jurisprudencia interamericana sobre el derecho a la honra y reputación, aunque no es muy extensa, es más importante que la universal. La única decisión del Comité de Derechos Humanos que merece traerse a colación es la del caso *Birindwa*, en la cual el Comité consideró la falsificación de los archivos médicos de un individuo para certificar que padecía trastornos mentales, como violatoria del derecho a la honra y reputación.⁴⁰ La Observación General sobre el artículo 17 del PIDCP se limita a afirmar que los Estados Partes tienen la obligación de adoptar legislación que garantice estos derechos y recursos eficaces para hacer valer dichas normas.⁴¹

La Corte Interamericana examinó un alegato relativo al derecho a la honra y reputación en el caso *Cesti Hurtado*, habiendo llegado a la conclusión siguiente:

La Corte considera que un proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona. El proceso sirve al objetivo de resolver una controversia, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallan sujetos al enjuiciamiento con los demás, o prácticamente inevitable que así sea de sostenerse otra cosa, quedaría excluida de plano la solución de los litigios por la vía contenciosa. Por otra parte, la sanción aplicada al cabo de este proceso tampoco se dirige a menoscabar esos valores de la persona, en otros términos, no entraña o pretende el descrédito del reo, como ocurrió en el caso de una pena infamante, que suspende precisamente a esa intención.⁴²

⁴⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Birindwa* y otro c. Zaire, párrs. 11.4, 12.7 y 13 (1989).

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 11.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cesti Hurtado* c. Perú (Fondo), párr. 177 (1999).

Si bien a priori el hecho de ser acusado, enjuiciado y condenado no vulnera estos derechos, la Corte Interamericana reconoció que las consecuencias de un proceso penal pueden afectar el honor y la buena reputación de un individuo cuando se llevan a cabo con desconocimiento de la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso.⁴³ No obstante, en el caso concreto, la Corte decidió considerar las posibles consecuencias del juicio en estos derechos en la etapa de reparaciones, y finalmente concluyó que su propia sentencia, que declaraba dichas medidas violatorias de los derechos del condenado, constituía una reparación suficiente.⁴⁴

La mayor parte de la jurisprudencia de la CIDH se refiere a acciones de las autoridades que desprestigian intencionadamente a las víctimas. El caso Ortiz, por ejemplo, se refiere a una religiosa que fue secuestrada y presuntamente torturada por agentes de las fuerzas de seguridad. Cuando los hechos fueron denunciados, el Estado, en vez de investigarlos en forma objetiva y eficaz, se empeñó en desprestigiar a la víctima. Frente a estos hechos, la CIDH llegó a la conclusión siguiente:

Además, altos funcionarios del Gobierno violaron las disposiciones del artículo 11(1) cuando asaltaron el honor y la reputación de la Hermana Ortiz de manera reiterada y arbitraria, al declarar que sus alegaciones eran una historia preparada, que había montado su propio secuestro y que trabajaba con grupos que tenían como objetivo colocar a Guatemala en una posición difícil. Son especialmente graves las declaraciones de los funcionarios del Gobierno que manifiestan que las heridas de la Hermana Ortiz fueron el resultado de una cita amorosa, probablemente de lesbianas. Esas declaraciones constituyeron una afrenta grave al honor y la reputación de la Hermana Ortiz, basada en gran medida en su labor como monja católica orientada a mejorar las condiciones de vida de grupos indígenas pobres en Guatemala.⁴⁵

⁴³ *Ibíd.*, párr. 178.

⁴⁴ *Ibíd.*; Reparaciones, párr. 59 (2001).

⁴⁵ CIDH, caso Ortiz c. Guatemala, párr. 117 (1996).

Otra decisión similar es la del caso Riebe Starr y otros, que trata de tres religiosos expulsados de un país bajo acusación de apoyar a un movimiento subversivo. En este caso, la CIDH indicó que el derecho a la honra y reputación había sido vulnerado no sólo por una “campana de desprestigio emprendida por el Estado en su contra (...) que se les presentó a la opinión pública como transgresores irresponsables y como una amenaza para la paz”, sino también porque “fueron expuestos a la opinión pública mexicana e internacional como peligrosos delincuentes; sin embargo, en virtud del proceder de las autoridades al expulsarlos sumariamente, jamás tuvieron la oportunidad de defenderse de los graves cargos criminales en su contra.”⁴⁶

En el caso Robles Espinosa la CIDH hace la siguiente descripción de los hechos que consideró violatorios del derecho a la honra y reputación:

De lo expresado anteriormente, la Comisión observa que se encuentra debidamente probado en autos que autoridades del Estado peruano han dado declaraciones y emitido comunicados, en los cuales se señala al General Robles como responsable de traicionar al Ejército del Perú y desprestigiar a las Fuerzas Armadas, por denunciar a varios oficiales militares de alto rango en la comisión de delitos y violaciones a los derechos humanos. La forma en que se ha denigrado al General Robles, el hecho de que se le haya acusado de mentiroso, cobarde y traidor, los dibujos y afiches denigratorios de su imagen, que fueron consignados en autos, constituyen un atentado en contra de la dignidad y honra del General Robles, ya que con ello se ha lesionado directamente su fama y reputación, y más cuando los procesos penales instruidos en su contra han sido concluidos a través de la aplicación de leyes de amnistía, y cuando las denuncias presentadas por el General Robles han sido debidamente comprobadas por las autoridades judiciales competentes. La campana de desprestigio contra el General Ro-

⁴⁶ CIDH, caso Riebe Star y otros c. México, párrs. 96 y 95, respectivamente.

bles demuestra además la desviación del poder en la actitud de hostigamiento público en su contra, para denigrar su nombre ante la opinión pública y dentro de las Fuerzas Armadas.⁴⁷

El caso Gallardo Rodríguez trata sobre un alto oficial de las fuerzas armadas de México quien fue objeto de reiteradas investigaciones y acusaciones por delitos que nunca fueron comprobados. Representantes del gobierno y del ministerio de defensa hicieron declaraciones públicas en las cuales se le acusaba de “haber cometido distintos delitos tipificados en la legislación”, de “estar planeando desestabilizar al país para luego dar un golpe de Estado”, y de haber “mostrado siempre una conducta reprochable”.⁴⁸ Después de invocar la presunción de inocencia, la CIDH declaró que “se encuentra debidamente probado en autos que autoridades del Gobierno mexicano han dado declaraciones y emitido comunicados en los que se culpa al General Gallardo de hechos que no han sido demostrados, por lo que se considera se ha atentado contra su dignidad y su honra, ya que se ha lesionado directamente su fama y reputación, y más cuando existen decisiones judiciales que lo han declarado absuelto, lo cual demuestra una actitud de hostigamiento público en su contra.”⁴⁹

7.6 Derecho de rectificación y bancos de datos

i) El derecho de rectificación de informaciones inexactas publicadas por los medios de comunicación

La Convención Americana reconoce el derecho de las personas cuyo honor y reputación han sido afectados por la publicación de una información inexacta a un determinado tipo de reparación. El

⁴⁷ CIDH, caso Robles Espinosa c. Perú, párr. 143.

⁴⁸ CIDH, caso Gallardo Rodríguez c. México, párr. 74 (1996).

⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 76.

artículo 14.1 de la Convención define este derecho en los términos siguientes:

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

El tercer párrafo del artículo agrega que las personas responsables de los medios de comunicación no estarán protegidas por inmunidades ni gozarán de fuero especial.

Ni la Declaración Americana, ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni el PIDCP consagran expresamente este derecho. No obstante, cabe presumir que el derecho de rectificación tiene validez universal porque es una forma concreta del derecho a reparación, que es universalmente reconocido. En otras palabras, el derecho de rectificación debe considerarse una forma concreta del derecho a un recurso eficaz, cuyo propósito es reparar violaciones del derecho a la honra y reputación. La relación entre el artículo 11 de la Convención Americana relativo al derecho a la honra y reputación, y los artículos 8 y 25 sobre el derecho a un recurso y a la protección judicial, fue reconocida por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-7/86 sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta.⁵⁰

Esta institución se sustenta también en la deontología profesional, como reconoce el artículo II de la Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación en el párrafo siguiente:

⁵⁰ La relación entre el artículo 14.1 de la Convención Americana, el artículo 11 relativo al derecho a la honra y reputación, y los artículos 8 y 25 sobre el derecho a un recurso y a la protección judicial, fue reconocida por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-7/86, párrs. 23 y 34.

Considerando asimismo que, conforme a la ética profesional, todos los corresponsales y agencias de información, en el caso de que se haya demostrado que ciertos despachos informativos transmitidos o publicados por ellos son falsos o tergiversados, deberían seguir la práctica establecida de transmitir por los mismos medios, o de publicar, rectificaciones de tales despachos; (...) ⁵¹

No se ha desarrollado una jurisprudencia significativa sobre este derecho.

ii) El derecho de acceso a información sobre sí mismo

El Comité de Derechos Humanos ha reconocido como corolarios del derecho a la vida privada la obligación de los Estados de controlar la recopilación y el almacenaje de información personales en bancos de datos, así como el derecho del individuo a obtener acceso a información sobre sí mismo que obre en archivos y bancos de datos públicos y privados. La Observación General No. 16 establece al respecto lo siguiente:

La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y por que nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más

⁵¹ Convención sobre el derecho internacional de rectificación de 1952. Este instrumento, que entró en vigor en 1962, no es un instrumento de derechos humanos, pues consagra el derecho de los Estados partes a exigir rectificación de información publicada en el plano internacional falsa o tergiversada y capaz de perjudicar a su prestigio, dignidad o relaciones con otros Estados (artículo 2).

eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen datos personales incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación.⁵²

La CIDH ha adoptado la misma posición en la Declaración sobre la Libertad de Expresión aprobada en el año 2000 y cuyo Principio 3 reza así:

Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.⁵³

Los comentarios sobre la Declaración contenidos en la Relatoría para la Libertad de Expresión tienen particular relevancia debido a que fueron hechos por el Relator que preparó el proyecto de declaración.⁵⁴ Por ello, los comentarios sobre el Principio 3 merecen citarse en extenso:

Este principio se refiere a la acción de hábeas data. La acción de hábeas data se erige sobre la base de tres premisas: 1) el derecho de cada persona a no ser perturbado en su privacidad, 2) el derecho de toda persona a acceder a información sobre sí misma en bases de datos públicos y privados para modificar, anular o rectificar información sobre su perso-

⁵² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 10.

⁵³ Relatoría para la Libertad de Expresión, Informe Anual CIDH, 2000, vol. 3, p. 1.

⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 16-17.

na por tratarse de datos sensibles, falsos, tendenciosos o discriminatorios y 3) el derecho de las personas a utilizar la acción de hábeas data como mecanismo de fiscalización. Este derecho de acceso y control de datos personales constituye un derecho fundamental en muchos ámbitos de la vida, pues la falta de mecanismos judiciales que permitan la rectificación, actualización o anulación de datos afectaría directamente el derecho a la privacidad, el honor, la identidad personal, la propiedad y la fiscalización sobre la recopilación de datos obtenidos.

Esta acción adquiere una importancia aún mayor con el avance de nuevas tecnologías. Con la expansión en el uso de la computación e Internet, tanto el Estado como el sector privado tienen a su disposición en forma rápida una gran cantidad de información sobre las personas. Por lo tanto, es necesario garantizar la existencia de canales concretos de acceso rápido a la información para modificar información incorrecta o desactualizada contenida en las bases de datos electrónicas. Asimismo, la acción de hábeas data impone ciertas obligaciones a las entidades que procesan información: el usar los datos APRA los objetivos específicos y explícitos establecidos; y garantizar la seguridad de los datos contra el acceso accidental, no autorizado y la manipulación. En los casos en que entes del Estado o del sector privado hubieran obtenido datos en forma irregular y/o ilegalmente, el peticionario debe tener acceso a dicha información, inclusive cuando ésta sea de carácter clasificada.

En cuanto al carácter fiscalizador de la acción de hábeas data, es importante destacar que en algunos países del hemisferio, dicha acción constituye un importante mecanismo de control de la actividad de las agencias de seguridad e inteligencia del Estado. El acceso a los datos personales permite verificar la legalidad utilizada por parte de estas agencias del Estado en la recopilación de datos de las personas. El acceso a dicha información, por otra parte, habilita al peticionario a conocer la identidad de los involucrados en la recopilación ilegal de datos, habilitando la sanción legal para sus responsabilidades.

Para que la acción de hábeas data sea llevada a cabo con eficiencia, se deben eliminar las trabas administrativas que obstaculizan la obtención de la información y deben implementarse sistemas de información de fácil acceso, simples y de bajo costo para el solicitante. De lo contrario, se consagraría formalmente una acción que en la práctica no contribuye a facilitar el acceso a la información.⁵⁵

7.7 Personalidad jurídica

i) La doctrina y jurisprudencia universal

El Comité de Derechos Humanos no ha adoptado ninguna observación general sobre el artículo 16 del PIDCP, pero ha hecho referencia al derecho a la personalidad jurídica en su Observación sobre la igualdad de la mujer cuya parte pertinente señala lo siguiente:

El derecho que enuncia el artículo 16 en el sentido de que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica es particularmente pertinente en el caso de la mujer, que suele verlo vulnerado en razón de su sexo o su estado civil. Este derecho supone que no se puede restringir en razón del estado civil o por otra causa discriminatoria la capacidad de la mujer para ejercer el derecho de propiedad, concertar un contrato o ejercer otros derechos civiles. Supone también que la mujer no puede ser tratada como un objeto que se entrega a su familia junto con la propiedad del marido difunto.⁵⁶

La jurisprudencia sobre este derecho es escueta. En su decisión reciente sobre admisibilidad de un caso sobre el derecho a la nacionalidad y residencia, el Comité de Derechos Humanos manifestó que la denuncia “plantea cuestiones relacionadas con el artículo 16

⁵⁵ *Ibíd.*, párrs. 12-15.

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, párr. 19 (2000).

del pacto respecto a la Sra. Toala y su hijo (...) ya que no fueron tratados como personas por derecho propio, sino como adiciones al Sr. Toala, quien fue considerado inmigrante irregular.”⁵⁷ No obstante, el Comité no se pronunció sobre el fondo de este alegato, por falta de agotamiento de los recursos internos⁵⁸ (véase el Capítulo 8 sobre otros aspectos del caso).

En el caso Mónaco, mencionado arriba, el Comité de Derechos Humanos consideró que no se había vulnerado el derecho a la personalidad jurídica porque “En realidad, los tribunales del Estado Parte han tratado de establecer su identidad y le han expedido los correspondientes documentos de identidad.”⁵⁹ No obstante, el Comité también concluyó que “la demora en establecer legalmente el verdadero nombre de la Srta. Vicario y en emitir documentos de identidad también constituyó una violación del párrafo 2 del artículo 24 del Pacto, que tiene por objeto fomentar el reconocimiento de la personalidad legal del niño”.⁶⁰

En sus observaciones finales sobre los informes de distintos Estados Partes al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha calificado como violatorio del artículo 16 la imposición de castigos colectivos así como la práctica de retener a militantes de ciertas organizaciones en detención administrativa como rehenes, para incentivar la puesta en libertad de soldados capturados por ellas.⁶¹ En una oportunidad, el Comité también indicó que el reconocimiento de normas religiosas sobre el matrimonio, que depositan el poder de consentimiento en los parientes masculinos de la mujer, viola el artículo 16, además de otras disposiciones del PIDCP.⁶²

⁵⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Toala y otros c. Nueva Zelanda, párr. 6.4 (2001).

⁵⁸ *Ibíd.*, párr. 10.

⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Mónaco y otra c. Argentina, párr. 10.2.

⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 10.5.

⁶¹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de Libia (A/54/40, párr. 132, 1998) y de Israel (A/53/40, párr. 317, 1998).

⁶² Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre un informe de Argelia (A/53/40, párr. 361, 1998).

ii) La jurisprudencia interamericana

La Corte Interamericana hace una importante exégesis de este derecho en el caso *Bámaca Velásquez*. Refiriéndose al artículo 3 de la Convención declara que:

El citado precepto debe interpretarse a la luz de lo establecido por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que textualmente establece: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes.⁶³

En el caso concreto, la Corte Interamericana concluyó que no se había vulnerado este derecho porque se había comprobado la muerte de la víctima. Su razonamiento fue el siguiente:

Naturalmente, la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no procede, en esta circunstancia, invocar la supuesta violación del derecho a la personalidad jurídica o de otros derechos consagrados en la Convención Americana. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 de la Convención Americana tiene, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio.⁶⁴

La jurisprudencia de la CIDH considera que la desaparición forzada vulnera el derecho a la personalidad jurídica, entre otros derechos, porque conlleva la exclusión de las víctimas “del orden jurídico

⁶³ Corte Interamericana, caso *Bámaca* (Fondo), párr. 179 (2000).

⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 180.

e institucional del Estado.”⁶⁵ A pesar de la sentencia en el caso Bámaca esta jurisprudencia parece válida cuando la suerte de la persona sigue siendo desconocida.

La jurisprudencia de la CIDH también establece que la legislación que permite la detención de inmigrantes ilegales por un plazo indefinido sin derecho a recurrir a los tribunales para hacer valer su derecho a la libertad, es violatoria del derecho a la personalidad jurídica y a la justicia, al tenor de los artículos XVII y XVIII de la Declaración Americana.⁶⁶

⁶⁵ CIDH, Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas (Perú), párr. 231 (2001).

⁶⁶ CIDH, caso Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos, párr. 243 (2001).

Capítulo 8

El derecho a la nacionalidad, derecho de residencia, libertad de circulación y asilo

8.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

Artículo 14

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 15

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

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

Artículo VIII

Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad.

Artículo XIX

Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela.

Artículo XXVII

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

Artículo 13

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Artículo 24

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 20. Derecho a la nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.
3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Artículo 22. Derecho de circulación y de residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

8.2 Normativa complementaria

Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado

Artículo 1. Definición del término “refugiado”

A. A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

2) Que (...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Artículo 26. Libertad de circulación

Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general.

Artículo 28. Documentos de viaje

1. Los Estados Contratantes expedirán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados documentos de viaje que les permitan trasladarse fuera de tal territorio, a menos que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional; (...)

Artículo 31. Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio

1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

2. Los Estados Contratantes no aplicarán a tales refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y tales restricciones se aplicarán únicamente hasta que se haya regularizado su situación en el país o hasta que el refugiado obtenga su admisión en otro país. Los Estados Contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país.

Artículo 32. Expulsión

1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

3. Los Estados Contratantes concederán, en tal caso, al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país. Los Estados Contratantes se reservan el derecho a aplicar durante ese plazo las medidas de orden interior que estimen necesarias.

Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución (*refoulement*)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Artículo 34. Naturalización

Los Estados Contratantes facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible derechos y gastos de tales trámites.

Principios rectores de los desplazamientos internos

Principio 12

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.

2. Para dar efecto a este derecho, los desplazados internos no podrán ser 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. (...)

Principio 14

1. Todo desplazado interno tiene derecho a la libertad de circulación y a la libertad de escoger su residencia.

2. En particular, los desplazados internos tienen derecho a circular libremente dentro y fuera de los campamentos u otros asentamientos.

Principio 15

Los desplazados internos tienen derecho a:

- (a) Buscar seguridad en otra parte del país;
- (b) Abandonar su país;
- (c) Solicitar asilo en otro país; y
- (d) Recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y salud se encuentren en peligro.

Convención de los derechos del niño

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Convención para reducir los casos de apatridia [sic]

Artículo 1

1. Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida. Esta nacionalidad se concederá:

- a) De pleno derecho en el momento del nacimiento, o
- b) Mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate. (...)

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 9

1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 22

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.

3. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.

4. Salvo cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.

5. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate.

6. En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes.

7. Sin perjuicio de la ejecución de una decisión de expulsión, el trabajador migratorio o familiar suyo que sea objeto de ella podrá solicitar autorización de ingreso en un Estado que no sea su Estado de origen.

8. Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un trabajador migratorio o un familiar suyo no correrán por su cuenta. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje.

Artículo 29

Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad.

Artículo 39¹

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia.

2. Los derechos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no estarán sujetos a ninguna restricción, salvo las que estén establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público,

¹ Este artículo forma parte de la Parte IV de la Convención sobre los trabajadores migratorios documentados o en situación regular y sus familias.

la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en la presente Convención.

Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven

Artículo 5

1. Los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos: (...)

2. A reserva de las restricciones que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales pertinentes, así como los enunciados en la presente Declaración, los extranjeros gozarán de los siguientes derechos:

a) El derecho a salir del país; (...)

3. Con sujeción a las disposiciones indicadas en el párrafo 2, los extranjeros que se hallen legalmente en el territorio de un Estado gozarán del derecho a circular libremente y a elegir su residencia dentro de las fronteras de ese Estado.

4. Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él.

8.3 Consideraciones generales

i) Alcance del capítulo

El presente capítulo aborda un conjunto de derechos relacionados entre sí, a saber: el derecho a la nacionalidad, el derecho a la

residencia, la libertad de circulación, el derecho a salir de su país, el derecho a buscar asilo y el principio de no devolución.

El derecho a la nacionalidad ha sido incluido en el presente capítulo por estar íntimamente vinculado con el de la residencia, en el sentido del derecho a permanecer en un país. El derecho a residir en un país ha sido considerado –junto con los políticos– como uno de los pocos derechos fundamentales de la persona que depende de la nacionalidad o ciudadanía del sujeto. Hoy día se reconoce que en circunstancias excepcionales, el extranjero también puede convertirse en el sujeto de este derecho con respecto a un Estado con el que tiene lazos importantes diferentes de la nacionalidad. El extranjero, aún cuando no tiene derecho de residir en un país que no es el suyo, tiene el derecho a no ser expulsado de éste sino de conformidad con el principio de legalidad y con el respeto al debido proceso. Este derecho, que puede considerarse una manifestación del derecho del debido proceso es, en principio, privativo del extranjero que se halle legalmente en el país.

La libertad de circulación –calificada por el Comité de Derechos Humanos de “condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”²– es patrimonio de todo individuo, aunque con algunos matices, como se verá oportunamente. La libertad de circulación consiste en el derecho de desplazarse sin escollo dentro del territorio del país en el cual uno se encuentra. Por su parte, el derecho a salir del país es, en cierta forma, una manifestación de la libertad de circulación en el ámbito internacional. La obligación de permitir y facilitar la salida de personas que desean ejercer esta libertad recae principalmente sobre el país de nacionalidad, pero el país en cuyo territorio se encuentra el extranjero también tiene la obligación de respetar este derecho.

El presente Capítulo aborda el derecho a buscar asilo y refugio, conceptos histórica y jurídicamente distintos, sobre todo en América Latina, pero que en la actualidad tienden a usarse como sinóni-

² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 1.

mos. El derecho de los refugiados es tan extenso que se considera como una rama del derecho internacional. El capítulo hace énfasis en la definición de refugiado, incluyendo las llamadas cláusulas de exclusión y el principio de no devolución o *non-refoulement*, que se aborda desde dos perspectivas: primero como principio central del derecho internacional de los refugiados que protege a las personas que huyen de persecución y, segundo, como manifestación del principio general relativo a la responsabilidad indirecta del Estado por las violaciones cometidas por otros Estados.

Otro tema de reciente reconocimiento y gran relevancia se refiere a los derechos de las personas desplazadas dentro de su propio país, a veces conocidas como “refugiados internos”. La sección dedicada a este tema contiene una síntesis de los principios rectores sobre la materia elaborados en el seno de las Naciones Unidas, con énfasis en el derecho a no ser desplazado y el derecho de los desplazados a la eventual reintegración a su lugar de origen.

Cabe recordar que ciertos aspectos de la extradición, incluso la obligación de no extraditar en determinadas circunstancias, han sido abordados en las secciones sobre la pena de muerte del Capítulo 1. El tema de la detención de inmigrantes ilegales, incluyendo a los solicitantes de asilo se trató en el Capítulo 5, relativo a la libertad personal. Los derechos del extranjero se analizan en el Capítulo 14, sobre la igualdad y no discriminación.

8.4 Derecho a la nacionalidad

i) Las tres dimensiones del derecho a la nacionalidad

El derecho a la nacionalidad tiene tres elementos esenciales: el derecho a adquirir una nacionalidad, a no ser privado arbitrariamente de su nacionalidad y a cambiar su nacionalidad. Este derecho está consagrado por las dos Declaraciones de 1948, así como por el PIDCP y la Convención Americana. No obstante, no todos estos instrumentos reconocen cada uno de los tres aspectos del derecho a la

nacionalidad. El artículo 15 de la Declaración Universal reconoce los tres. El artículo XIX de la Declaración Americana consagra solamente el derecho a “tener la nacionalidad que legalmente le corresponda” y a cambiarla, mientras que el artículo 20 de la Convención Americana sí reconoce los tres elementos consagrados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Curiosamente, el PIDCP reconoce apenas el derecho a adquirir una nacionalidad, y eso sólo en cuanto derecho del niño. El derecho a no ser privado de su nacionalidad arbitrariamente y el derecho a cambiarla no están plasmados en el PIDCP.

ii) El derecho a adquirir una nacionalidad

Si bien ambas Declaraciones y el PIDCP reconocen el derecho de toda persona (o niño en el caso del PIDCP) a tener o adquirir una nacionalidad, no definen la obligación correspondiente del Estado. El derecho comparado reconoce cuatro maneras de adquirir una nacionalidad. El niño generalmente adquiere la del país en cuyo territorio nace (*jus soli*) o la de sus padres o de uno de ellos (*jus sanguinis*). Un adulto puede adquirir la nacionalidad por matrimonio o por naturalización. La adquisición de una nueva nacionalidad por un adulto puede también beneficiar a sus dependientes. La ausencia de referencia a la obligación del Estado con respecto a la adquisición de la nacionalidad en las Declaraciones y en el PIDCP debilita el reconocimiento de este derecho, dejando a los Estados una discreción amplia en cuanto a las modalidades de su incorporación al derecho interno. La obligación reconocida por el artículo 20.2 de la Convención Americana, que en efecto establece la obligación del Estado de otorgar la nacionalidad a toda persona nacida en su territorio a menos que el individuo tenga otra nacionalidad por *jus sanguinis*, representa un avance importante en la materia.

La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 7) y la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios (art. 29), al igual que el PIDCP, reconocen el derecho del niño a una nacionali-

dad sin precisar la naturaleza de las obligaciones correspondientes al Estado. La Convención sobre el estatuto de los refugiados (art. 34) establece la obligación programática de “facilita[r] en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados”, y la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (art. 9) dispone que la mujer tendrá igual derecho que los hombres para adquirir una nacionalidad y para transmitirla a sus hijos.

El instrumento internacional que más contribuye a llenar el vacío dejado por las grandes declaraciones de derechos humanos y por el PIDCP con respecto a las obligaciones del Estado en esta materia es la Convención para reducir los casos de apátridas. Adoptada en 1954, la Convención obliga a los Estados partes a permitir la adquisición de su nacionalidad por *jus solis* y por *jus sanguinis*, con respecto a personas que, de otra forma, quedarían apátridas. La primera frase de su artículo 1 reza: “Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida”, precisando enseguida que la nacionalidad puede estar concedida “De pleno derecho en el momento del nacimiento” o “Mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma prescrita por la legislación del Estado de que se trate (...)” (art. 1, párr. 1 a) y b). En la segunda hipótesis, la solicitud no puede ser rechazada, a no ser por incumplimiento de algunas de las condiciones enumeradas taxativamente en el artículo 2 de la Convención, las cuales incluyen, en particular, un periodo de residencia (que no puede superar diez años) y la ausencia de antecedentes penales graves (art. 1, párr. 2b) y c).³ Estas condiciones están a su vez sujetas a excepciones que facilitan la adquisición de la nacionalidad de una persona quien, de otro modo, quedaría apátrida (véanse los párrafos 3 a 5 del artículo 1). Para reducir los casos de apátridas, la Convención también obliga al Estado parte a otorgar su nacionalidad a personas nacidas fuera de su

³ Los apartados a) y d) tienen que ver con el plazo para formular la solicitud y la condición de apátrida.

territorio, si uno de los padres es nacional en el momento del nacimiento y si el niño, de otra manera, quedaría apátrida (art. 4). Esta disposición está sujeta a condiciones similares a las que se aplican a la adquisición de nacionalidad por *jus soli* (art. 4.1 b) y 4.2).

La doctrina y jurisprudencia sobre el derecho a adquirir una nacionalidad es poca y se limita a la naturalización. En su Opinión Consultiva OC-4/84, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica”, relacionada con la naturalización, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) consideró que una ley que no priva a ningún nacional de su nacionalidad no puede considerarse incompatible con el artículo 20 de la Convención, aún cuando esta ley deja sin nacionalidad a personas casadas con nacionales que han perdido su nacionalidad de origen.⁴ En otras palabras, la Opinión considera que el artículo 20 de la Convención no limita la discreción que siempre ha caracterizado la potestad de los Estados con respecto a la naturalización.⁵ Esta Opinión también considera razonable establecer requisitos para la naturalización, tales como el conocimiento del idioma, historia y valores nacionales.⁶ Las diferencias en los requisitos que dependían de la nacionalidad del candidato a la naturalización no fueron consideradas discriminatorias, mientras que las diferenciaciones basadas en el sexo, sí (véase el Capítulo 15). Una decisión del Comité de Derechos Humanos también reconoce implícitamente el margen de apreciación de los Estados con respecto a la naturalización. En el caso Stewart, el Comité observa que denegar la naturalización con base en los antecedentes penales de un individuo no sería arbitrario, aun cuando la persona tuviera vínculos muy estrechos con el país.⁷

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-4/84, “Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, párrs. 42 y 48.

⁵ *Ibíd.*, párrs. 36 y 42.

⁶ *Ibíd.*, párr. 63.

⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Stewart c. Canadá, párr. 12.6 (1994).

Si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no ha desarrollado una jurisprudencia sobre el derecho a la nacionalidad, ha hecho algunas observaciones sobre esta materia en estudios sobre la situación de los derechos humanos en ciertos países. Un estudio publicado en 1991 señala que, habida cuenta del reconocimiento de la nacionalidad por *jus solis* en la legislación de la República Dominicana, la expulsión de personas de origen haitiano nacidas en su territorio y la destrucción de los documentos que permitirían comprobar su derecho a la nacionalidad, constituía una violación del derecho a la nacionalidad a tenor del artículo 20.3 de la Convención.⁸

iii) La privación de nacionalidad

El derecho de la persona a no ser privada de su nacionalidad no es absoluto, según la normativa internacional. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana como la Convención Americana imponen la misma condición a la privación de nacionalidad, a saber: que no puede llevarse a cabo en forma arbitraria. Otros instrumentos de derechos humanos establecen restricciones de otro tipo. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece “que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambian automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obligan a adoptar la nacionalidad del cónyuge” (art. 9.1). La Convención para reducir los casos de apátridas condiciona la privación de una nacionalidad a la posesión o adquisición de otra (arts. 5 a 10).

La Corte Interamericana adoptó una sentencia importante sobre la privación de la nacionalidad en el caso Ivcher Bronstein, ciudadano peruano por naturalización. El derecho nacional no reconocía la

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Anual sobre la situación de haitianos en la República Dominicana, 1991, p. 292.

pérdida de nacionalidad sino por renuncia expresa.⁹ La Corte concluyó que el afectado había sido privado de su nacionalidad en forma ilegal –en primer lugar porque se basó en motivos no reconocidos por la legislación pertinente y, en segundo lugar, por haber sido decretada por un órgano sin competencia– y que la ilegalidad de la medida la hacía arbitraria y por tanto violatoria del artículo 20 de la Convención Americana.¹⁰ El hecho de que la víctima fuera peruana por naturalización no era relevante, según la sentencia, puesto que “la Convención Americana reconoc[e] el derecho a la nacionalidad sin diferenciar la forma en que ésta haya sido adquirida, sea por nacimiento, por naturalización o por algún otro medio consagrado en el derecho del Estado respectivo.”¹¹

La CIDH ha sido renuente a reconocer la licitud de la privación de nacionalidad. En una oportunidad comentó:

El derecho de poseer una nacionalidad y no ser privado arbitrariamente de ella ha sido reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Tan elemental derecho, por otra parte, ha sido respetado por todos los países del hemisferio, los cuales han contemplado en sus constituciones la pérdida de la nacionalidad únicamente en virtud de causales que importan una verdadera desvinculación voluntaria de la persona –manifestada implícita o explícitamente– con respecto al Estado del que es nacional. La pérdida de la nacionalidad como sanción por actos políticos ha sido una muestra de intolerancia extraña a la legislación y práctica de este hemisferio y ha constituido una grave regresión.¹²

En otra oportunidad la CIDH calificó de “grave violación al derecho de residencia y tránsito y al derecho a la nacionalidad que la

⁹ Corte Interamericana, caso Ivcher Bronstein (Fondo), párr. 89 (1999).

¹⁰ *Ibid.*, párrs. 95-96.

¹¹ *Ibid.*, párr. 90.

¹² CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985, p. 157, párrs. 1-2.

Comisión condena enfáticamente” la privación de libertad de personas que habían dejado el territorio nacional en forma irregular.¹³

La doctrina del Comité de Derechos Humanos compensa en cierta forma la ausencia en el PIDCP de una disposición relativa a la privación de nacionalidad, por abordar esta problemática desde la perspectiva del derecho de toda persona a entrar a su país, consagrado por el párrafo cuarto del artículo 12. En su Observación General No. 27, el Comité indica expresamente que la privación de nacionalidad puede ser una modalidad de la privación del derecho a entrar a su propio país.¹⁴ El Comité aplicó esta doctrina en el caso Toala, relativo a las consecuencias de una ley que privó a un gran número de samoanos de la nacionalidad neozelandesa. Samoa estuvo bajo tutela de Nueva Zelanda por mandato de la Sociedad de Naciones por varias décadas, y en 1983 una decisión del Consejo Privado reconoció a todos los samoanos nacidos entre 1924 y 1949 la nacionalidad neozelandesa.¹⁵ Poco después, Nueva Zelanda promulgó una ley privando de su nacionalidad a los samoanos no residentes en su territorio. El Comité consideró que esta medida no había sido arbitraria, puesto que las personas afectadas habían adquirido la nacionalidad neozelandesa en forma involuntaria y no tenían vínculos de nacimiento ni descendencia con Nueva Zelanda, y que antes de la pérdida de nacionalidad nunca habían solicitado pasaporte neozelandés ni pretendido ejercer ningún derecho propio de la ciudadanía neozelandesa.¹⁶

¹³ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, 1983, p. 133, párr. 42.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 21.

¹⁵ El Consejo Privado (en inglés *Privy Council*), mencionado en muchas decisiones del Comité de Derechos Humanos, es un órgano compuesto por miembros del Parlamento del Reino Unido que funciona como tribunal de última instancia en los países del Commonwealth.

¹⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Toala y otros c. Nueva Zelanda, párr. 11.5 (2001).

iv) El derecho a cambiar de nacionalidad

El contenido del derecho a cambiar de nacionalidad no está bien definido, en parte porque los instrumentos internacionales que lo reconocen no precisan las obligaciones correspondientes. La Declaración Americana aclara que “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, *por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela*” (art. XIX. Énfasis agregado). Esta cláusula parece indicar que la obligación de permitir a una persona ejercer este derecho descansa principalmente sobre el país a cuya nacionalidad se desea renunciar a fin de adquirir otra. Esta interpretación es coherente con la doctrina que reconoce la discrecionalidad de los Estados en cuanto al otorgamiento de la nacionalidad por vía de la naturalización.¹⁷

La jurisprudencia relativa al derecho a cambiar la nacionalidad es muy limitada. En el caso *Estiverne*, la CIDH abordó una problemática particular: la recuperación de una nacionalidad a la cual se había renunciado. La CIDH concluyó que el derecho a cambiar de nacionalidad comprendía el derecho de una persona que había renunciado a su nacionalidad de origen mientras vivía en el exilio durante un largo periodo de represión a recuperar su nacionalidad original.¹⁸ En este caso, el derecho de las personas en dicha situación a recuperar su nacionalidad les era reconocido constitucionalmente, pero no estaba reglamentado. Existían, además, una serie de agravantes, entre ellos la expulsión del individuo del territorio nacional y la denegación de un recurso efectivo, medidas presuntamente motivadas por las críticas que la víctima había formulado contra el gobierno de turno, y concebidas para impedir su ejercicio del derecho a participar en las elecciones previstas.¹⁹ En tales circunstancias, la CIDH no dudó en considerar que la denegación de la solicitud de recuperación de nacionalidad era arbitraria. No obstante, no existe otra jurisprudencia sobre la recuperación de la nacionalidad de origen.

¹⁷ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84, *supra*.

¹⁸ CIDH, caso *Estiverne c. Haití*, párr. resolutivo 1 (1988).

¹⁹ *Ibíd.*, considerando 1.

Cabe recordar, en este contexto, la observación del Comité de Derechos Humanos en el sentido de que “El derecho a volver [a su propio país] reviste la máxima importancia en el caso de los refugiados que desean la repatriación voluntaria”.²⁰

8.5 Derecho de residencia

i) Reseña de la normativa pertinente

El derecho a establecer y escoger una residencia se desprende de distintas disposiciones de la normativa internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos prohíbe el “destierro arbitrario” y reconoce el derecho de toda persona a “regresar a su país” así como el derecho a “elegir su residencia en el territorio de un Estado” (arts. 9, 13.2 y 13.1, respectivamente). En cuanto al PIDCP, el artículo 12.4 dispone que “Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”, y el artículo 12.1 consagra el derecho de “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado” a “escoger libremente en él su residencia.” El PIDCP admite restricciones al derecho a residencia siempre y “cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto” (art. 12.3).

La Declaración Americana reconoce en forma incondicional el derecho del nacional a “fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional” (art. VIII). La Convención Americana también reconoce en su artículo 22.5 el derecho absoluto de los nacionales a entrar y permanecer en su país de nacionalidad. La CIDH hizo hincapié en el carácter absoluto de este derecho en el comentario siguiente:

²⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 19.

En concepto de la Comisión, el derecho a vivir en la patria emana del carácter social del individuo, que sólo en sociedad puede desarrollarse, y de la constatación de que dicho carácter se ha expresado históricamente en el desarrollo de las naciones, como comunidades naturales, y en su constitución jurídica como Estados (...). Si hay un derecho que, en principio, es absoluto, es el derecho a vivir en la patria, de tal modo incorporado al ser humano que la doctrina lo llama "atributo de la personalidad".²¹

El primer párrafo del artículo 22 de la Convención dispone que "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a (...) residir en él con sujeción a las disposiciones legales" (art. 12.1). Este derecho, al igual que el derecho a circulación, está sujeto a las restricciones siguientes:

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

La Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios reconoce el derecho de los trabajadores documentados a escoger libremente su residencia en el país en el cual trabajan, sujeto a condiciones similares a las mencionadas en el artículo 12.3 del PIDCP (art. 39).

Este concepto, como se desprende de las disposiciones antes citadas, contiene dos aspectos, el derecho a permanecer en un país, y

²¹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985, p. 141, párr. 5.

el derecho a decidir dónde fijar residencia dentro de su territorio. El énfasis dado a estos aspectos y los sujetos reconocidos varían de un instrumento y de un sistema a otro. La normativa del sistema universal pone más énfasis en el derecho a escoger su lugar de residencia dentro del territorio del Estado; el PIDCP reconoce a toda persona que se halle legalmente en el país como titular de este derecho, mientras que la Declaración Americana es ambigua al respecto. La normativa interamericana se refiere al derecho a residir o fijar residencia, sin referencia expresa al derecho a escoger el lugar de residencia.²² Si bien para la Declaración Americana este derecho es privativo de nacionales, la Convención lo extiende a toda persona que se halle legalmente en el territorio.

ii) La doctrina y la jurisprudencia universales sobre la libertad de residencia de nacionales

La doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre la libertad de residencia y circulación está contenida en la Observación General 27. La Observación señala que este derecho se aplica a todo el territorio de un Estado, incluso tratándose de Estados federativos, y recalca que el artículo 12 no permite prohibir “la entrada y permanencia de una persona a una parte específica del territorio”.²³ Los motivos del individuo que pretende establecer residencia en un lugar determinado no deben tener incidencia sobre el ejercicio de este derecho.²⁴ El derecho de residencia “incluye la protección contra toda forma de desplazamiento interno forzado”, a menos que el desplazamiento cumpla con los requisitos de legalidad y necesidad establecidos por el párrafo 3 del artículo 12.²⁵

²² No obstante, la jurisprudencia interamericana reconoce este aspecto del derecho de residencia, como se verá enseguida.

²³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párrs. 5 y 7.

²⁴ *Ibíd.*, párr. 5.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 7.

La parte de la citada Observación relativa a las restricciones a la libertad de residencia se aplica, en general, también a la libertad de circulación y al derecho a salir de cualquier país. En una alusión al artículo 29 de la Declaración Universal, la Observación indica que el principio de “necesidad” significa que una medida puede considerarse “necesari[a] en una sociedad democrática.”²⁶ En seguida hace algunas observaciones adicionales sobre este principio:

(...) los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho (véase el párrafo 1 del artículo 5); no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.

(...) no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.²⁷

²⁶ *Ibíd.*, párr. 11. Se hace alusión al artículo 27 de la Declaración Universal.

²⁷ *Ibíd.*, párrs. 13-15.

Como ejemplo de una restricción que sería, en principio, compatible con el PIDCP, se cita la protección de las regiones habitadas por comunidades indígenas.²⁸

En el caso *Birindwa*, el Comité de Derechos Humanos consideró como violación de la libertad de circulación las medidas administrativas de exilio interno impuestas.²⁹ Cabe presumir que dichas medidas, motivadas por las actividades políticas de las víctimas e impuestas sin el debido proceso, también podrían considerarse violatorias de la libertad de residencia. En una decisión adoptada en 1998, el Comité consideró que la decisión de un militante político de exiliarse debido al temor a ser detenido arbitrariamente y a ser maltratado no podía considerarse una violación de su derecho a permanecer en su país, a pesar de que esta persona se exilió después de haber permanecido casi un año en detención arbitraria en condiciones violatorias del artículo 7 del PIDCP.³⁰ No obstante, en una decisión reciente sobre el caso *Jiménez Vaca* el Comité reconoció el exilio de una persona como violación del derecho de residir en su país, a pesar de los argumentos del Estado que afirmaba que “la violación de (...) derechos tales como el de la libre circulación no pueden ser imputables al Estado cuando se trata de hechos generados indirectamente por actos de violencia” por actores no estatales.³¹ La conclusión del Comité fue la siguiente:

(...) a la luz de la conclusión del Comité de que hubo violación del derecho del autor a la seguridad personal (art. 9, párr. 1) y a su estimación de que no había recursos efectivos en la jurisdicción interna que permitiesen al autor regresar con seguridad de su exilio involuntario, el Comité concluye que el Estado Parte no ha garantizado el derecho del

²⁸ *Ibíd.*, párr. 16.

²⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Birindwa* y otro c. *Zaire*, párrs. 11.5, 12.2, 12.7 y 13.

³⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Mukunto* c. *Zambia*, párr. 9.10.

³¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Jiménez Vaca* c. *Colombia*, párr. 7.4 (2002).

autor a permanecer en su país, a regresar a él y a residir en su territorio. Por consiguiente, ha habido violación de los párrafos 1 y 4 del artículo 12 del Pacto.³²

iii) La doctrina y la jurisprudencia universal sobre el derecho de residencia de extranjeros

En su Observación General No. 27, el Comité de Derechos Humanos comenta que el derecho “a entrar en su propio país”, plasmado en el párrafo cuarto del artículo 12 del PIDCP, comprende el derecho a permanecer en el país, o sea, el derecho a establecer residencia en éste.³³ La Observación señala, además, que el concepto de “propio país” es más amplio que el del “país de su nacionalidad”:

(...) El alcance de la expresión “su propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega. El texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, pero no exclusivamente, los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia. (...)³⁴

Esta doctrina confirma la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Stewart, un nacional del Reino Unido que se había

³² *Ibíd.*

³³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 19.

³⁴ *Ibíd.*, párr. 20.

instalado en Canadá a los siete años de edad con su madre.³⁵ A los 30 años de edad, con motivo de sus antecedentes penales, las autoridades inician una investigación con fines de deportación. El individuo manifestó que siempre se había considerado canadiense y que hasta el inicio del proceso de deportación ignoraba que sus padres no le habían solicitado dicha nacionalidad.³⁶ El Comité rechazó la pretensión del extranjero de que Canadá debe considerarse su país a efectos del artículo 12.4, haciendo hincapié en tres factores, a saber: que el individuo no era apátrida; que la legislación canadiense no establece impedimentos irrazonables a la naturalización sino más bien facilita la naturalización de inmigrantes, y que el interesado nunca había solicitado la nacionalidad canadiense, a pesar de haber vivido muchos años en el país.³⁷

En su Observación General sobre la situación de los extranjeros con respecto a los derechos consagrados por el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos manifestó lo siguiente:

El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia.³⁸

Esta doctrina tiene raíces en la decisión del Comité de Derechos humanos en el caso *Aumeeruddy-Cziffra*, en la cual declaró que “la residencia común de marido y mujer ha de considerarse como la situación normal de una familia”, de manera que la exclusión de un cónyuge del país de su pareja puede considerarse una injerencia en

³⁵ Comité de Derechos Humanos, caso *Stewart c. Canadá*, párr. 2.1 (1997).

³⁶ *Ibíd.*, párr. 2.2.

³⁷ *Ibíd.*, párrs. 12.5-12.8. Véase también el caso *Canepa c. Canadá*, párrs. 2.1 y 11.3 (1997).

³⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 5.

la familia, a tenor del artículo 17 del PIDCP, que reconoce el derecho a la intimidad de la familia.³⁹ Este principio se aplica cualquiera sea la nacionalidad de los cónyuges, de manera que toda medida que impida o condicione la entrada o permanencia del cónyuge de un nacional en el territorio del país de éste, debe ser autorizada por la ley y no puede ser arbitraria.⁴⁰ Este principio se aplica también a otros miembros de la familia de un nacional.

En el caso *Canepa*, el Comité de Derechos Humanos comentó que el requisito de que la medida no sea arbitraria tiene una dimensión procesal y otra sustantiva. En cuanto a esta última, los propósitos, fines y objetivos de la medida deben ser compatibles con el PIDCP y las consecuencias de la exclusión o expulsión para la familia deben guardar proporción con respecto a los objetivos de la medida.⁴¹ En el caso concreto, el Comité consideró que la expulsión de un extranjero mayor de edad, autor de varios delitos, a fin de proteger la seguridad pública no era arbitraria en las circunstancias del caso, a saber: que la persona era soltera sin hijos, y la expulsión no necesariamente significaba la ruptura total de contactos con sus padres y hermano.⁴² En el caso *Stewart*, ya mencionado, el Comité llegó a la misma conclusión, a pesar de que el afectado tenía dos hijas que vivían en Canadá con su exesposa.⁴³ La decisión reconoce un margen de apreciación con respecto a la manera en que las instancias nacionales competentes sopesan los intereses a favor y en contra de la deportación, siempre y cuando el afectado haya tenido amplias posibilidades de presentar la información pertinente.⁴⁴ El caso *Winata* es el único, hasta la fecha, en el cual el Comité ha considerado la expulsión de un extranjero como una injerencia arbitra-

³⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Aumeeruddy-Cziffra c. Mauricio*, párr. 9.2 (1981).

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Canepa c. Canadá*, párr. 11.4 (1997).

⁴² *Ibíd.*, párr. 11.5.

⁴³ Comité de Derechos Humanos, caso *Stewart c. Canadá*, párrs. 4.2 y 12.10 (1997).

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 12.10.

ria en la intimidad de la familia. Se trata de la deportación de los padres de un joven de 13 años que había nacido en Australia y ostentaba la nacionalidad de este país. El único motivo de la deportación de los padres fue su situación migratoria irregular. El Comité sustentó su conclusión en el análisis siguiente:

Desde luego, el Pacto no contiene ninguna disposición contra la posibilidad de que un Estado Parte ordene conforme a la ley la salida de quien permanezca en su territorio una vez vencido el permiso de estadía limitada. Como tampoco es suficiente de por sí que un niño nazca o que por ministerio de la ley adquiriera la ciudadanía por nacimiento o posteriormente para que la proyectada deportación de uno de sus padres o de ambos sea arbitraria. Por consiguiente, el campo de aplicación del Pacto es bastante amplio como para que los Estados Partes lleven a efecto su política de inmigración o exijan la salida de personas que se encuentren en su territorio legalmente. Ahora bien, estas facultades discrecionales no son ilimitadas y en determinadas circunstancias podrían llegar a utilizarse arbitrariamente. En el presente caso, los dos autores de la comunicación llevan más de 14 años en Australia. Su hijo ha vivido en Australia desde que nació hace 13 años, asistido a la escuela en Australia como cualquier otro niño y establecido los contactos sociales consiguientes. Habida cuenta de ese lapso de tiempo, para evitar la caracterización de arbitrariedad incumbe al Estado Parte demostrar factores que justificarían la expulsión de estas dos personas más allá de la simple aplicación de las leyes de inmigración. En las circunstancias particulares del caso, por tanto, el Comité considera que si el Estado Parte efectivamente expulsa a los autores de la comunicación, estaría cometiendo una injerencia arbitraria en la familia, a diferencia de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto, leído conjuntamente con el artículo 23, con respecto a todas las presuntas víctimas, además de una violación del párrafo 1 del artículo 24 en el caso de Barry Winata por no adoptar las medidas de protección correspondientes en su caso.⁴⁵

⁴⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Winata c. Australia, párr. 7.3 (2001).

La doctrina del Comité de Derechos Humanos indica que cuando un Estado decide admitir a un extranjero, puede imponer restricciones al ejercicio de ciertos derechos: “El consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación, la residencia y el empleo.”⁴⁶

iv) La jurisprudencia universal sobre el derecho a entrar a un país para participar en un juicio

En el caso Ben Said, el Comité de Derechos Humanos reconoció que un extranjero puede tener derecho a entrar a un país para efectos temporales, sin derecho a establecer residencia. En este caso, un delincuente expulsado del país de nacionalidad de su exesposa y de sus dos hijas había solicitado un visado a fin de asistir a audiencias relativas al derecho de visita a sus hijas. Cuando la solicitud fue denegada, éste viajó al país, fue detenido y devuelto a su país de nacionalidad sin poder asistir al proceso. El Comité opinó lo siguiente:

El derecho a ser oído con las debidas garantías por un tribunal imparcial, garantizado en virtud del párrafo 1 del artículo 14, puede hacer necesario que el interesado pueda participar personalmente en las actuaciones judiciales. En esas circunstancias, el Estado Parte tiene la obligación de permitir que la persona esté presente en la audiencia, aun cuando ésta sea un extranjero no residente.⁴⁷

No obstante, en este caso el extranjero estaba representado en el proceso y su abogado no pidió un aplazamiento de la audiencia con el fin de permitir al autor participar personalmente. En estas circunstancias, el Comité de Derechos Humanos concluyó que la continuación del proceso en ausencia del padre no había violado el artículo 14 del PIDCP.

⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 6.

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Ben Said c. Noruega, párr. 11.3 (2000).

v) *La jurisprudencia interamericana*

Existe una importante jurisprudencia de la CIDH sobre la libertad de residencia y circulación.⁴⁸ En el caso Mejía, la CIDH consideró violatorio del derecho de circulación y residencia el desplazamiento forzado de 39 miembros de una población, debido a amenazas que los obligaron a refugiarse fuera de su comunidad.⁴⁹ Asimismo, la detención de miembros de la comunidad que pretendieron regresar a sus hogares posteriormente fue analizada en los términos siguientes:

La Comisión considera que el derecho de circulación y residencia también fue violado cuando miembros de las PACs de la zona detuvieron y amenazaron (...) a las 39 personas que intentaban retornar a sus residencias. En esta ocasión, los miembros de las PACs detuvieron al grupo en el camino a [su comunidad] durante un tiempo significativo, prohibiendo que ingresaran al pueblo, impidiendo de esta manera el derecho de estas personas a circular libremente. Asimismo, el incidente sirvió para intimidar a las personas desplazadas para que no regresaran a vivir en su comunidad, lo que implica una violación al derecho de estas personas a elegir el lugar de residencia.⁵⁰

Asimismo, en el caso Lovato Rivera, la CIDH consideró violatorias de la libertad de circulación y residencia las amenazas contra un detenido puesto en libertad de hacerlo desaparecer si regresaba a su hogar, las que llevaron a la víctima a abandonar su lugar de origen.⁵¹ En el caso Gómez López, la CIDH consideró que la tentativa de asesinato que dejó a la víctima con heridas graves, seguida de un cuadro de vigilancia e intimidación, le “han impedido su residencia en el Estado de Guatemala hasta tal punto que lo han obligado a aban-

⁴⁸ Por lo general, la jurisprudencia interamericana no diferencia entre la libertad de circulación y de residencia.

⁴⁹ CIDH, caso Mejía y otros c. Guatemala, párr. 64 (1996).

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 65.

⁵¹ CIDH, caso Lovato Rivera c. El Salvador, conclusiones, párrs.1 y 3 (1994).

donar el país para evitar graves peligros contra su vida y su integridad física y moral”, vulnerando así su derecho de residencia.⁵² En el caso Piché Cuca, concluyó que el reclutamiento forzoso de una persona había sido violatorio de la libertad de circulación, además de la libertad personal.⁵³

El derecho de un extranjero a mantener residencia en un país que no es el suyo fue analizado en un informe adoptado por la CIDH en el año 2000, que contiene la siguiente observación al respecto:

En vista de los principios antes mencionados, se puede observar que, aunque el Estado indudablemente tiene el derecho y el deber de mantener el orden público a través del control del ingreso, la residencia y la expulsión de extranjeros, ese derecho debe equilibrarse en relación al perjuicio que se puede causar a los derechos de las personas involucradas en el caso particular. En este respecto, la Comisión también ha recibido documentos en los que se alega que en los procedimientos de expulsión no se toma en cuenta suficientemente el derecho a la vida familiar, particularmente cuando está en disputa la expulsión de personas que por largo tiempo han tenido la condición de residentes permanentes. Teniendo en cuenta la naturaleza de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, interpretados en relación con las obligaciones de Canadá en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los casos en que la toma de decisiones implica la potencial separación de una familia, la resultante interferencia en la vida familiar puede justificarse solamente cuando es necesaria para satisfacer una necesidad apremiante de proteger el orden público y cuando los medios son proporcionales al fin. La aplicación de estos criterios por parte de varios órganos de supervisión de los derechos humanos indica que se debe buscar este equilibrio caso por caso y que las razones que justifiquen la interferencia en la vida familiar deben realmente ser muy serias.⁵⁴

⁵² CIDH, caso Gómez López c. Guatemala, párr. 97 (1996).

⁵³ CIDH, caso Piché Cuca c. Guatemala, conclusión 1 (1993).

⁵⁴ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párr. 166.

8.6 La libertad de circulación

i) Reseña de la normativa pertinente

Los parámetros de la libertad de movimiento –también conocida como libertad de tránsito– son consagrados en forma distinta por las Declaraciones de 1948 y por los grandes pactos sobre derechos humanos. La Declaración Americana reconoce este derecho en cuanto derecho de los nacionales, como se ha señalado, mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos es ambigua en cuanto a la relación entre el sujeto del derecho y el sujeto de la obligación correspondiente. Las disposiciones del PIDCP y de la Convención Americana son más armoniosas en tanto ambos instrumentos reconocen a la persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado como titular de la libertad de circulación. Tanto el PIDCP como la Convención también reconocen la licitud de las restricciones a la libertad de circulación, sujetas a los principios de legalidad y necesidad. Los bienes jurídicos que permiten la imposición de restricciones son la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y las libertades de los demás (artículo 12.3 del PIDCP y 22.3 de la Convención Americana). A esta nómina, la Convención Americana agrega la prevención de infracciones. La Convención también contiene una disposición más flexible, que permite restricciones “por razones de interés público”, a condición de que sean establecidas por ley y sólo afecten a “zonas determinadas” (véase el artículo 22.4 de la Convención Americana, también aplicable a la libertad de residencia).

El artículo 26 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados dispone, por su parte, que “Todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio el derecho de escoger el lugar de su residencia en tal territorio y de viajar libremente por él, siempre que observen los reglamentos aplicables en las mismas circunstancias a los extranjeros en general.”

Llama la atención que la libertad de movimiento es uno de los pocos derechos fundamentales de la persona consagrados como ta-

les por la Declaración Universal y otros instrumentos generales sobre la materia, que no figura en la Convención sobre los derechos del niño. La explicación parece ser que el principio de la unidad de la familia, uno de los principios básicos reconocidos por la Convención, prevalece sobre la libertad de residencia del niño como individuo. El artículo 7.1 reconoce el derecho del niño a “conocer sus padres y ser cuidado por ellos”, y el 9.1 dispone que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos (...)”, salvo en determinadas circunstancias excepcionales. El artículo 18.1 reconoce la “responsabilidad primordial” de los padres en la crianza del niño, y el Estado, en virtud del artículo 5, se compromete a respetar “las responsabilidades, los derechos y los deberes” de los padres y la familia con respecto a la “dirección y orientación” del niño. La obligación de “luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero” está reconocida por el artículo 11.

ii) La doctrina y jurisprudencia universal

La doctrina del Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 27 considera que “La libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona.”⁵⁵ Esta Observación también aborda el problema del requisito de hallarse legalmente en el territorio, disponiendo al respecto lo siguiente:

(...) La cuestión de si un extranjero se encuentra “legalmente” dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecue a las obligaciones internacionales de ese Estado. Al respecto, el Comité ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a

⁵⁵ Comité de Derechos humanos, Observación General No. 27, párr. 1.

un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12.^{*56}

En su Observación General No. 15, el Comité de Derechos Humanos comenta que “El consentimiento para la entrada [de un extranjero] puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación (...)”⁵⁷ No obstante, agrega lo siguiente:

Una vez que un extranjero se encuentra lícitamente dentro de un territorio, su libertad de circulación en el territorio y su derecho a salir de él pueden limitarse sólo de conformidad con lo previsto en el párrafo 3 del artículo 12. Con arreglo a lo previsto en esa disposición, será necesario justificar las diferencias de trato a ese respecto entre extranjeros y nacionales, o entre diferentes categorías de extranjeros. (...) tales restricciones, entre otras cosas, deben ajustarse a los demás derechos reconocidos en el Pacto (...)⁵⁸

En el caso *Celepli*, las autoridades habían ordenado la expulsión de un extranjero por considerar que representaba una amenaza a la seguridad nacional. No obstante, debido al riesgo de persecución de dicha persona en su país de nacionalidad, la orden no fue ejecutada y fue sustituida por restricciones a la libertad de residencia. El Estado sostuvo que la orden de expulsión, a pesar de la decisión de no ejecutarla, convirtió en ilegal la presencia de este extranjero en el territorio. El Comité de Derechos Humanos rechazó esta interpretación y concluyó que la persona se hallaba legalmente en el territorio, para efectos del PIDCP, no obstante el criterio de las autoridades nacionales sobre la legalidad.⁵⁹

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos reconoce la legitimidad de las restricciones a la libertad de circulación de extran-

* Comunicación No. 465/1991, *Celepli c. Suecia*, párr. 9.2.

⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 4.

⁵⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 6.

⁵⁸ *Ibíd.*, párr. 8.

⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Celepli c. Suecia*, párr. 9.2 (1994).

jeros que representan un riesgo a la seguridad o al orden público, pero que no pueden ser devueltos a su país de origen en aplicación del principio de *non-refoulement* o por consideraciones afines (véase la sección 8.11). En el caso Celepli, en el cual el extranjero sospechoso de tener vínculos con una organización terrorista fue obligado a permanecer en un municipio de 10 mil personas durante más de cuatro años, el Comité consideró estas restricciones coherentes con el párrafo 3 del artículo 12.⁶⁰ En un caso similar y más reciente, de un refugiado sospechoso de dar apoyo a un movimiento terrorista y objeto de una orden de expulsión que fue conmutada por el confinamiento a un determinado departamento, el Comité llegó a la misma conclusión. La decisión en este último caso, el caso Karker, pone menos énfasis en la compatibilidad de las restricciones como tales con el artículo 12 del PIDCP, y mayor énfasis en la manera en que dichas restricciones fueron establecidas, en particular el hecho de que fueron aprobados por los tribunales competentes, a fin de proteger un interés idóneo –la seguridad nacional– y después de considerar las pruebas presentadas por la persona interesada.⁶¹

Por último, cabe mencionar la doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre la obligación positiva del Estado frente a obstáculos y restricciones a la libertad de circulación impuestos por actores privados. La Observación General No. 27 establece al respecto lo siguiente:

El Estado Parte debe velar porque se protejan los derechos garantizados por el artículo 12, no sólo de la injerencia pública, sino también de la privada. En el caso de la mujer, esta obligación de proteger es particularmente importante. Por ejemplo, es incompatible con el párrafo 1 del artículo 12 que el derecho de la mujer a circular libremente y elegir

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Comité de Derechos Humanos, caso Karker c. Francia, párr. 9.2 (2001). La decisión en el caso Celepli fue tomada por un tribunal municipal en una audiencia cerrada sin permitir al extranjero acceso a los elementos de prueba en su contra.

su residencia esté sujeto, por la ley o por la práctica, a la decisión de otra persona, incluido un familiar.⁶²

8.7 El derecho a salir de todo país y el derecho a un documento de viaje

i) El derecho a salir del país

El derecho a salir de cualquier país está reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDCP y fue incorporado a la normativa interamericana por la Convención Americana. Las disposiciones pertinentes de los tres instrumentos son sustancialmente idénticas. Las restricciones a este derecho están regidas por los principios establecidos en los párrafos 3 de los artículos 12 del PIDCP y 22 de la Convención, es decir, los mismos aplicables a la libertad de residencia y circulación (véase la sección 8.6).

La Observación General No. 27 del Comité de Derechos Humanos contiene las observaciones siguientes relativas al derecho a salir de un país:

La libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país. En consecuencia, dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente. Igualmente, el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica.⁶³

El ejercicio de este derecho se ve afectado no sólo por prohibiciones y restricciones, sino también por “trabas (...) burocráticas que afectan innecesariamente el pleno ejercicio de los derechos de las personas a la libre circulación, a salir de un país, incluso del propio,

⁶² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 6.

⁶³ *Ibíd.*, párr. 8.

y a adoptar una residencia.” Entre las medidas que pueden obstaculizar el libre ejercicio del derecho a salir de un país, la Observación menciona las siguientes:

Entre esas normas y prácticas figuran la falta de acceso de los solicitantes a las autoridades competentes y la falta de información sobre los requisitos; la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud de pasaporte; la necesidad de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo de la solicitud; la descripción exacta del itinerario; la expedición de pasaportes sólo previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración; las demoras injustificadas en la expedición de documentos de viaje; las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia; el requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta; el requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él; el hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, mediante intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de sus hijos de la escuela o la universidad; la negativa a expedir un pasaporte so pretexto de que el solicitante perjudica el buen nombre del país.⁶⁴

La doctrina recalca que para ser compatible con el PIDCP una restricción no debe ser discriminatoria. En particular, el requisito de que una mujer tenga permiso de su marido, padre u otro pariente masculino vulnera el derecho a salir de un país.⁶⁵

Existe jurisprudencia que reconoce como válidas ciertas restricciones al derecho de salir de un país. En el caso Peltonen, el Comité de Derechos Humanos concluyó que una medida destinada a impedir la salida del territorio nacional de nacionales que no habían cumplido el servicio militar obligatorio era razonable y compatible con

⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 17.

⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 18. Esta conclusión vale, asimismo, para la libertad de residencia y circulación.

el artículo 12 del PIDCP.⁶⁶ En el caso González del Río, el Comité indicó que “una acción penal pendiente puede justificar las restricciones impuestas al derecho de una persona a salir de su país [pero] cuando el procedimiento judicial se demora indebidamente, no se justifica la limitación del derecho a salir del país.”⁶⁷ No obstante, la prolongación de esta medida durante siete años fue considerada violatoria del artículo 12 del PIDCP.⁶⁸

ii) El derecho a un documento de viaje

El derecho a salir de cualquier país, entre ellos el propio, no se agota con la salida del país, sino que es un derecho amplio que comprende el derecho a viajar a cualquier país dispuesto a permitir el ingreso del viajero. El derecho a un pasaporte es un corolario del mismo. Esta interpretación ha sido confirmada por el Comité de Derechos Humanos en el siguiente párrafo de su Observación General No. 27:

A fin de que la persona pueda disfrutar de los derechos garantizados en el párrafo 2 del artículo 12, se imponen obligaciones tanto al Estado de residencia como al Estado de la nacionalidad. Como para los viajes internacionales normalmente es necesario contar con documentos adecuados, en particular un pasaporte, el derecho a salir del Estado debe incluir el de obtener los documentos de viaje necesarios. La emisión del pasaporte corresponde normalmente al Estado de la nacionalidad de la persona. La negativa de un Estado a emitir un pasaporte o prorrogar su validez a un nacional que reside en el extranjero puede privar a esa persona del derecho de salir del país de residencia y de viajar a otra

⁶⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Peltonen c. Finlandia, párr. 8.3 (1994). El hecho de que el interesado en este caso residía en el exterior no afectó la conclusión de que la medida podía considerarse necesaria para la protección de la seguridad nacional.

⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, caso González del Río c. Perú, párr. 5.3 (1993).

⁶⁸ *Ibíd.*

parte. No constituye justificación el que un Estado alegue que ese nacional tendría derecho a volver a su territorio sin pasaporte.⁶⁹

La CIDH llegó a la misma conclusión en una decisión adoptada hace dos décadas, que establece lo siguiente:

Que la denegatoria del pasaporte en forma injustificada e ilegal a una persona es, en cierta forma, imponerle una *capitis diminutio*, desposeerlo del documento que hace constar su nacionalidad, impedirle viajar fuera de su patria, obligarle a que, por fuerza de esta circunstancia, se mantenga dentro del país y sometido a las autoridades que lo constriñen a ello, y es por tanto violar el derecho que reconocen a la persona humana el artículo VII de la Declaración Americana de Bogotá, y el artículo 13 de la Declaración Universal de París, no obstante que en ninguno de esos documentos se mencione expresamente el derecho al pasaporte como consecuencia lógica del derecho a salir de su país natal y regresar a él.⁷⁰

Los refugiados, con frecuencia, carecen de pasaporte puesto que este documento representa la voluntad del Estado de extender su protección al titular y los refugiados, como personas que corren riesgo de persecución en su país, no gozan de esta protección. Por tanto, la Convención de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado establece la obligación del país de refugio de expedir “a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados documentos de viaje que les permitan trasladarse fuera de tal territorio, a menos que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional” (art. 28). No obstante, la posesión de un documento de esta naturaleza no exime al Estado de nacionalidad de su obligación de otorgar un pasaporte a su nacional en el exilio.⁷¹ La Convención sobre tra-

⁶⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 9.

⁷⁰ CIDH, caso 2711 (Uruguay), Informe Anual 1982-1983, párr. 143.

⁷¹ Comité de Derechos Humanos, caso Lichtensztejn c. Uruguay, párr. 8.3 (1983).

bajadores migratorios prohíbe la destrucción por las autoridades del pasaporte o documento equivalente, así como la confiscación de dicho documento sin previa entrega de un recibo (art. 21).

8.8 La expulsión de extranjeros

i) Reseña de la normativa pertinente

El artículo 13 del PIDCP, así como el párrafo 6 del artículo 22 de la Convención Americana reconocen el derecho del extranjero que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado a no ser expulsado sin un mínimo del debido proceso. La Convención dispone que el extranjero en tal situación “sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.” El PIDCP establece dos garantías adicionales: el derecho a ser oído y el derecho a solicitar la revisión de la decisión y a ser representado ante la instancia que revise la misma. Ambas garantías están condicionadas a la ausencia de “razones imperiosas de seguridad nacional”. La Convención, por su parte, establece una garantía adicional de otra índole, la prohibición de la expulsión colectiva (art. 22, párr. 9).

El reconocimiento expreso de este derecho es relativamente reciente, pues no figura ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en la Declaración Americana. No obstante, puede considerarse una *lex specialis*, es decir, una manifestación específica de –en este caso– el derecho al debido proceso, que sustituye la manifestación genérica.

ii) La doctrina universal

La Observación General No. 15 del Comité de Derechos Humanos se refiere, entre otras cosas, al artículo 13 del PIDCP. De particular interés es el párrafo 10 de la Observación que establece lo siguiente:

El artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”, su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por “razones imperiosas de seguridad nacional”. En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros.

La Observación confirma que el artículo 13 “es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, se describa ésta en el derecho nacional como expulsión o de otra forma.”⁷² Agrega que “Normalmente se debe permitir que todo extranjero expulsado se dirija a cualquier país que acceda a recibirlo.”⁷³ Este último concepto es reiterado por la Observación General No. 27, que dispone que “un extranjero que sea expulsado legalmente del país tiene derecho igualmente a elegir el Estado de destino, con sujeción al acuerdo de ese Estado.”⁷⁴

⁷² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 9.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 8.

iii) La jurisprudencia universal sobre la legalidad de la presencia del extranjero en el país

El derecho a no ser expulsado sin un mínimo de debido proceso –al igual que la libertad de residencia y de circulación– depende de la situación legal del extranjero. La Observación General No. 27 indica que la cuestión de la legalidad de la situación migratoria de un extranjero depende principalmente del derecho interno, pero agrega una condición importante: que las normas del derecho interno “se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado”. Lo esencial no es la legalidad de la entrada al país como tal, sino la situación actual del extranjero. Un extranjero que entró a un país en forma irregular puede haber regularizado su situación y, al contrario, un extranjero que entró en forma legal puede haber permanecido más tiempo del permitido, convirtiendo su presencia en ilegal.⁷⁵ Si la legalidad de la presencia de un extranjero es controvertida en un procedimiento que lleva a la expulsión, la cuestión debe ser resuelta de conformidad con las garantías establecidas por el artículo 13.

iv) La jurisprudencia universal sobre la legalidad de la decisión

La mayor parte de la jurisprudencia sobre la expulsión de extranjeros no trata de las garantías plasmadas en el artículo 13, sino más bien de los riesgos de violaciones de los derechos del extranjero posteriores a la expulsión, o del impacto de la expulsión sobre la familia del extranjero amenazado con expulsión. El primero de estos temas se trató en los Capítulos 1 y 2; el segundo en la sección 8.5 sobre el derecho de residencia del presente capítulo.

En 1981 el Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión importante sobre el artículo 13 en el caso *Maroufidou*. La decisión señala, en primer lugar, que el principio de legalidad supone “natu-

⁷⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 4; Observación General No.15, párr. 9.

ralmente [que] las disposiciones pertinentes de la ley nacional deben en sí ser compatibles con las disposiciones del Pacto” y que la decisión cumple con “las disposiciones sustantivas y procesales de la ley.”⁷⁶ No obstante, el Comité recordó que carece de competencia para “evaluar si las autoridades competentes del Estado (...) han interpretado y aplicado la ley nacional correctamente.”⁷⁷ Al aplicar el artículo 13, su función es de determinar “si (...) han interpretado y aplicado la ley de buena fe” o si, al contrario, hay un “evidente (...) abuso de poder.”⁷⁸ En otra decisión adoptada en 1988, el Comité indicó que la decisión de un Estado que considera a un extranjero como una amenaza a la seguridad nacional merece un cierto margen de apreciación.⁷⁹

El artículo 13 permite la suspensión del requisito de una audiencia previa por “razones imperiosas de seguridad nacional”. Hasta la fecha, si bien el Comité de Derechos Humanos ha examinado varios casos de personas expulsadas o privadas del derecho a establecer residencia por razones de seguridad, no hay antecedente alguno de la aplicación de este supuesto. En el caso Hammel, la expulsión de un extranjero sin entrega de copia de la orden correspondiente y manteniéndolo en custodia hasta la salida del avión, impidiendo así todo acceso a los tribunales, se consideró violatoria del artículo 13.⁸⁰ Asimismo el Comité comentó que, de ser fundado el alegato de que la expulsión había sido motivada por las actividades en defensa de los derechos humanos del abogado afectado sería “indefendible e incompatible con el espíritu del Pacto (...)”⁸¹ En el caso Karker, el Comité concluyó que la ausencia del extranjero en la audiencia en primera instancia no había sido violatoria del artículo 13, pues estaba representado por su abogado.⁸²

⁷⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Maroufidou c. Suecia, párr. 9.3.

⁷⁷ *Ibíd.*, párrs.10.1-10.2.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Comité de Derechos Humanos, caso V.M.R.B c. Canadá, párr. 6.3 (1988).

⁸⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Hammel c. Madagascar, párrs.18.2,19.2 (1987).

⁸¹ *Ibíd.*, párr. 19.3.

⁸² Comité de Derechos Humanos, caso Karker c. Francia, párr. 9.3 (2001).

El artículo 13 se aplica tanto a la extradición como a la deportación o expulsión. En los casos *Giry* y *Cañón García*, el Comité de Derechos Humanos confirmó que la entrega de una persona buscada por las autoridades de un tercer país a dichas autoridades, sin audiencia ni decisión formal alguna de las autoridades competentes del país en cuyo territorio tuvo lugar la entrega, vulneró el artículo 13 del PIDCP.⁸³

v) La jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia interamericana sobre la expulsión de extranjeros no es muy extensa. La decisión de la CIDH en el caso *Riebe Starr* establece una interpretación muy estricta del párrafo sexto del artículo 22, al considerar que una decisión adoptada por las autoridades nacionales sin el debido respeto de las garantías de protección judicial y debido proceso reconocidas por la Convención Americana no puede considerarse “una decisión adoptada conforme a la ley”.⁸⁴ La decisión pone especial énfasis en el derecho a ser asistido por un asesor letrado.⁸⁵

En el caso *Tajudeen*, la CIDH consideró que la extradición de una persona condenada por rebeldía por los tribunales del país solicitante no era incompatible con la Convención Americana, cuando el extranjero había tenido amplias oportunidades de oponerse a la extradición ante los tribunales del país solicitado y cuando éstos, después de analizar dicho proceso, habían confirmado el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes.⁸⁶

⁸³ Comité de Derechos Humanos, caso *Giry* c. República Dominicana, párrs. 5.5, 6; *Cañón García* c. Ecuador, párrs. 4.1, 5.2 (1992).

⁸⁴ CIDH, caso *Riebe Star* c. México, párr. 107 (1999).

⁸⁵ *Ibíd.*, párr. 123.

⁸⁶ CIDH, caso *Tajudeen* c. Costa Rica, párr. 17 (1992).

8.9 El desplazamiento interno

i) Los Principios rectores de los desplazamientos internos

En el año de 1992, a solicitud de la Comisión de Derechos Humanos, el Secretario General de las Naciones Unidas nombró un representante encargado del problema del desplazamiento de personas dentro del territorio de su propio país. La creación de este mecanismo respondió al reconocimiento del creciente número de personas en tal situación, la mayoría de las veces en desamparo y desprotección completa. La situación de los desplazados internos es análoga a la de los refugiados, salvo que no han salido del territorio de su país, motivo por el cual carecen de la ayuda y protección como refugiados ofrecida por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), salvo cuando, excepcionalmente, el Secretario General o la Asamblea General de las Naciones Unidas autoriza al ACNUR encargarse de la población desplazada de un país determinado.

En 1998 el representante del Secretario General publicó los Principios Rectores de los desplazamientos internos, elaborados con la ayuda de un grupo de expertos.⁸⁷ Éstos representan un esfuerzo de síntesis de las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y derecho internacional humanitario (DIH) relativos a la problemática del desplazamiento.⁸⁸ De particular relevancia para el tema del presente capítulo es la sección II de los principios, relativo a la protección contra el desplazamiento, cuyos Principios 6 y 7.1 disponen lo siguiente:

Principio 6. 1. Todo ser humano tendrá derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.

⁸⁷ Publicados inicialmente en el documento E/CN.4/1998/53/Add.2.

⁸⁸ Véase el Informe del Representante para el año 2003, E/CN.4/2003/86, párr. 13.

2. La prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos:

- a) basados en políticas de *apartheid*, “limpieza étnica” o prácticas similares cuyo objeto o cuyo resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada;
- b) en situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o razones militares imperativas;
- c) en casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial;
- d) en casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación; y
- e) cuando se utilicen como castigo colectivo.

3. Los desplazamientos no tendrán una duración superior a la impuesta por las circunstancias.

Principio 7. 1. Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos.

El desplazamiento “no se llevará a cabo de forma que viole los derechos a la vida, dignidad, libertad y seguridad de los afectados” (Principio 8), y en ausencia de una situación de emergencia, debe ser autorizado por la autoridad competente de conformidad con el principio de legalidad, y con derecho a un recurso de carácter judicial para revisar las decisiones tomadas por las autoridades (Principio 7.3 a) y f). Los Principios precisan que los desplazados continúan siendo titulares de la libertad de circulación y residencia y en particular tienen derecho a “circular libremente dentro y fuera de los campamentos u otros asentamientos”, a “buscar seguridad en otra parte del país; a abandonar su país; solicitar asilo en otro país; y recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y salud se encuentren

en peligro (Principios 14.2 y 15 a), b), c) y d)”. Asimismo, tienen el derecho a volver a su lugar de origen, o ser reasentados. El Principio 28.1 establece al respecto lo siguiente:

Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte.

Los Principios no han sido aprobados por ningún órgano político de las Naciones Unidas, de manera que en la actualidad su relevancia reside básicamente en su valor interpretativo de principios y normas reconocidas por instrumentos vinculantes. La CIDH ha reconocido reiteradamente su importancia, habiendo manifestado que “sirven como la reiteración más completa de las normas [internacionales] aplicables a los desplazados internos” y “una guía autorizada sobre cómo debe interpretarse y aplicarse la ley durante todas las etapas del desplazamiento.”⁸⁹

8.10 El derecho de asilo

i) Reseña de la normativa internacional y consideraciones

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en su artículo 14.1 el derecho a “buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país”. Este derecho se aplica “en caso de persecución”. La Declaración Americana, en su artículo XXVII, consagra el derecho a

⁸⁹ Tercer informe sobre los derechos humanos en Colombia, pp. 10, 26 (1999); Quinto informe sobre los derechos humanos en Guatemala, pp. 250-251 (2001).

“buscar y recibir asilo”, en caso de “persecución que no sea motivada por delitos de derecho común”. La Convención Americana, al igual que la Declaración, reafirma el derecho a buscar y recibir asilo en caso de “persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos” (art. 22, párr. 7). El PIDCP no contiene referencia alguna al asilo.

El asilo puede considerarse una contribución de América Latina al derecho internacional. A finales del siglo XIX el Tratado de derecho penal internacional dispuso que “El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos”, y el Acuerdo sobre extradición adoptado por el Congreso Bolivariano en los albores del siglo XX estableció que: “No se acordará la extradición de ningún prófugo político criminal si el hecho por el cual se pide se considera en el Estado requerido como delito político o hecho conexo con él (...)”.⁹⁰ No obstante, el asilo propiamente dicho fue considerado como potestad discrecional del Estado y no como derecho subjetivo de la persona perseguida. La Convención sobre asilo diplomático de 1954 establece que: “Todo Estado tiene derecho a conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega (art. II)”. La Convención sobre asilo territorial de Caracas, del mismo año, establece: “Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente. (...) Ningún Estado está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos” (arts. I y III).

El asilo, *strictu sensu*, es un concepto estrechamente vinculado con el delito político, mientras que el concepto de refugiado es más amplio. La definición contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 se refiere a la persona

Que (...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u

⁹⁰ Tratado de derecho penal internacional de Montevideo de 1889, artículo 16; acuerdo sobre extradición, 1911, artículo 4.

opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (art. 1. A 2).

Como se observa, esta definición comprende la persecución por varios motivos, además de la opinión política y el concepto de “persecución” no hace alusión al ámbito penal.

Curiosamente, la Convención de 1951 no reconoce expresamente el derecho de la persona que reúne los elementos de la definición de refugiado a recibir refugio. El derecho subjetivo de recibir refugio está implícito y se desprende del principio de *non-refoulement* o no devolución contra su voluntad, reconocido por el artículo 33 de la Convención (véase la sección 8.11). La persona que tiene un temor fundado de persecución por uno de los motivos antes mencionados y que llega al territorio de un Estado que no es su Estado de nacionalidad no puede ser devuelta a su país.⁹¹ Esta circunstancia necesariamente implica el derecho a permanecer en el país en donde se encuentra o, eventualmente, ser reasentado en otro Estado en el cual puede vivir en condiciones de seguridad. En esta forma indirecta, la Convención Americana reconoce el derecho subjetivo de todo refugiado a recibir refugio.⁹² Como bien dice el *Manual de procedimientos y criterios* del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): “Así pues, el reconocimiento de la condición de

⁹¹ La doctrina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) precisa que el principio de *non refoulement* se aplica no sólo al perseguido que ha logrado entrar el territorio de un país donde pretende buscar refugio, sino también a la persona que se presenta a la frontera de tal país. Véase resolución N° 6 (XXVIII) del Comité Ejecutivo, citada en la sección 8.10.

⁹² Véase el Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párrs. 25, 60, 68 (2000).

refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado.⁹³

A pesar de estas diferencias de concepto y definición, en el lenguaje común los términos “refugiado” y “asilado” son empleados como sinónimos. En el sistema interamericano, la asimilación de ambos conceptos encuentra respaldo en la jurisprudencia de la CIDH que interpreta la mención –en el artículo XXVII de la Declaración Americana y en el artículo 22.7 de la Convención Americana– a “convenios internacionales” como una referencia a la Convención de 1951 y a su Protocolo de 1967.

ii) La definición de refugiado

La definición de refugiado de la Convención de 1951 contiene tres elementos, a saber:

- Que el sujeto se encuentre afuera de su país de nacionalidad (o, en caso de un apátrida, su país de residencia habitual).
- Que tenga un temor fundado de persecución.
- Que la persecución en cuestión sea motivada por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas (art. 1. A 2).

El alcance de la definición se limita, para efectos de la Convención de 1951, a personas que reúnen estas condiciones en razón de

⁹³ *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, 1992, párr. 28 (en adelante, el *Manual*). Véase también la observación de la CIDH en el Informe antes citado, “La condición de refugiado es una condición que se deriva de las circunstancias de la persona; no es otorgada por el Estado, sino más bien reconocida por éste.” *Ibíd.*, párr. 70.

hechos acontecidos antes de su adopción, la eliminación de esta limitación fue el propósito del Protocolo de 1967.⁹⁴

El *Manual de procedimientos y criterios* del ACNUR es la fuente más autorizada de doctrina relativa a la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.⁹⁵ Con respecto al segundo de los elementos antes mencionados, el *Manual* señala que “la expresión ‘fundados temores’ contiene un elemento subjetivo y un elemento objetivo y, al determinar si existen temores fundados, deben tomarse en consideración ambos elementos.”⁹⁶ Al respecto, el *Manual* hace la siguiente observación:

Debido a la importancia que la definición concede al elemento subjetivo, es indispensable proceder a una evaluación del grado de credibilidad cuando el caso no resulte suficientemente claro a la luz de los hechos de que se tenga constancia. Será necesario tener en cuenta los antecedentes personales y familiares del solicitante, su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político, la forma en que interpreta su situación y sus experiencias personales; en otras palabras: cuanto pueda servir para indicar que el motivo predominante de su solicitud es el temor. El temor debe ser razonable. Sin embargo, el temor exagerado puede ser fundado si, a la luz de todas las circunstancias del caso, ese estado de ánimo puede considerarse justificado.⁹⁷

“Estas consideraciones no tienen que estar basadas necesariamente en la experiencia personal del solicitante”, ni se requiere que éste haya sido víctima de persecución.⁹⁸ “[E]l término ‘temor’ no se refiere sólo a las personas que de hecho ya han sido perseguidas, sino

⁹⁴ El Protocolo no establece ninguna obligación adicional relativa al trato de los refugiados.

⁹⁵ El *Manual* es citado reiteradamente por la CIDH en su Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en Canadá, por ejemplo.

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 41.

⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 43.

también a las que desean evitar una situación que entraña un riesgo de persecución.”⁹⁹ “Lo ocurrido, por ejemplo, a sus amigos o parientes y a otros miembros del mismo grupo racial o social puede ser indicio suficiente de que sus temores de convertirse también, más tarde o más temprano, en víctima de persecución son fundados.”¹⁰⁰

El contenido del concepto de “persecución” también tiene un elemento material y un elemento subjetivo. En cuanto al primero, no cabe duda de que el riesgo de violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal satisfacen el requisito material.¹⁰¹ El riesgo de violaciones graves de otros derechos humanos también puede satisfacer ese elemento de persecución,¹⁰² pero la discriminación en sí no es suficiente, a menos que entrañe el riesgo de violaciones de otros derechos fundamentales. El *Manual* señala al respecto lo siguiente:

Sólo en determinadas circunstancias esa discriminación constituirá persecución. Así ocurriría si las medidas de discriminación tuvieran consecuencias de carácter esencialmente lesivo para la persona de que se tratase, como, por ejemplo, si limitaran gravemente su derecho a ganarse la vida, a practicar su religión o a tener acceso a los servicios de enseñanza normalmente asequibles.¹⁰³

El concepto de persecución es amplio y no necesariamente tiene que ver con el ámbito penal. Asimismo, por lo general una investigación o acusación penal no evidencia persecución. Una acusación penal puede configurar persecución en dos circunstancias: cuando la causa descansa sobre un tipo penal incompatible con los derechos y las libertades fundamentales de la persona, y cuando el acusado corre riesgo de sufrir una pena excesiva debido a la aplicación

⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 45.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, párr. 43.

¹⁰¹ *Ibíd.*, párr. 51.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ *Ibíd.*, párr. 54.

discriminatoria de la ley, siempre que el motivo responda al elemento subjetivo de la definición.¹⁰⁴

El concepto de persecución presume la responsabilidad de las autoridades del Estado, que puede ser directa o indirecta. El *Manual* observa al respecto que “El comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población local puede equipararse a la persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo.”¹⁰⁵ Asimismo, la incapacidad del Estado de proteger a las personas amenazadas de persecución en una parte de su territorio puede, en ciertas circunstancias, convertirlos en refugiados. Sobre esta problemática el *Manual* hace el comentario siguiente:

Los temores de ser perseguido no siempre han de referirse a la totalidad del territorio del país de la nacionalidad del refugiado. Así, en los conflictos étnicos o en caso de graves disturbios que entrañen una situación de guerra civil, la persecución de un grupo étnico o nacional determinado puede darse sólo en una parte del país. En tales situaciones, una persona no quedará excluida de la condición de refugiado simplemente porque podía haber buscado refugio en otra parte del mismo país si, a la luz de todas las circunstancias del caso, no hubiera sido razonable contar con que así lo hiciera.¹⁰⁶

El elemento subjetivo de la definición requiere que la persecución sea motivada por raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política del individuo (art. 1.A2). En el año 2002 el ACNUR adoptó unas directrices sobre la interpretación y aplicación del concepto “pertenencia a grupo social.” Este concepto amplio y abierto incluye tanto las características innatas de la persona, como las características sociales cuya relevancia está arraigada en la cultura e

¹⁰⁴ *Ibíd.*, párrs. 56-60.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 65.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 91.

historia de una sociedad, y las características o asociaciones personales “tan fundamental para la dignidad humana que nadie debería estar en la obligación de renunciar[los].”¹⁰⁷ Este criterio ha servido principalmente para reconocer como refugiados a los miembros de determinadas familias o tribus, grupos profesionales, minorías sexuales y a mujeres expuestas a riesgos importantes provenientes de prácticas discriminatorias.¹⁰⁸ Su aplicación requiere especial sensibilidad a la cultura y estructuras sociales del país de origen.

A diferencia del derecho al asilo tal como quedó plasmado en la normativa interamericana de derechos humanos, la definición de refugiado se refiere a persecución por opiniones políticas y no por delitos políticos. El concepto de persecución, como se señaló, es más amplio y flexible que la apertura de una investigación o proceso penal, pero no necesariamente excluye los juicios por delitos políticos o conexos. El *Manual* contiene el siguiente análisis al respecto:

La cuestión de si se puede considerar a un delincuente político como refugiado dependerá de varios otros factores. Según las circunstancias, el enjuiciamiento por un delito puede ser un pretexto para castigar al delincuente por sus opiniones políticas o por la manifestación de las mismas. Por otra parte, puede haber motivos para pensar que un delincuente político quedará expuesto a un castigo arbitrario o excesivo por el presunto delito. Ese castigo arbitrario o excesivo es equiparable a la persecución.

Al determinar si se puede considerar a un delincuente político como refugiado, también hay que tener en cuenta los elementos siguientes: la personalidad del solicitante, sus opiniones políticas, la motivación

¹⁰⁷ ACNUR, Directriz No. 2, “Pertenencia a un determinado grupo social” dentro del contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y/o su Protocolo de 1967, 7 de mayo de 2002, párr. 6 (documento HCR/GIP/02/02). Las directrices complementen el *Manual de procedimientos y criterios* de 1992.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 1.

del acto, la naturaleza del acto realizado, la naturaleza del enjuiciamiento.¹⁰⁹

La Convención de 1951 contiene tres cláusulas de exclusión que privan del derecho a la protección que corresponde a la condición de refugiado a las personas que reúnen una de las condiciones siguientes:

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas (art. 1.F).

Las causales de exclusión contenidas en los incisos b) y c) son similares a las causales de exclusión del derecho al asilo reconocidas por el segundo párrafo del artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y las causales contenidas en el inciso a) son iguales a las reconocidas por el segundo párrafo del artículo primero de la Declaración de 1967 sobre asilo territorial.¹¹⁰

Los delitos contra la paz incluyen “planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales”, así como la conspiración para tales efectos.¹¹¹ Los crímenes de guerra consisten en las violaciones más gra-

¹⁰⁹ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios*, ob. cit., párrs. 84-85.

¹¹⁰ La principal diferencia es que, mientras que el inciso b) del artículo de la Convención de 1951 se refiere a un grave delito cometido antes de solicitar refugio, el segundo párrafo del artículo 14 de la Declaración se refiere a una solicitud de extradición por un delito común (sin mención de su gravedad).

¹¹¹ Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sen-

ves del DIH, cometidas durante un conflicto armado en perjuicio de una “persona protegida” por el derecho humanitario aplicable. Están enumerados en varios instrumentos internacionales, entre ellos el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 8). Los delitos contra la humanidad, o de lesa humanidad, incluyen una amplia gama de violaciones graves de los derechos humanos, entre ellas el asesinato, la tortura, la violación, la desaparición forzada, la detención ilegal o inhumana y el desplazamiento forzoso, cuando son “cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”.¹¹²

Los propósitos y principios de las Naciones Unidas están enumerados en los artículos 1 y 2 de su Carta. Siendo la preservación de la paz el objeto principal de la Organización, el supuesto de “actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas” coincide, en gran parte, con el de crímenes contra la paz. Los actos contrarios a la libre determinación de los pueblos y al “respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”, propósitos consagrados por el tercer párrafo del artículo primero de la Carta, eventualmente pueden considerarse motivos de exclusión de la condición de refugiado, al tenor del inciso c) del artículo 1.F de la Convención.

Con respecto al inciso b), el *Manual* contiene el siguiente comentario sobre el concepto de delito “común”:

Para determinar si un delito es “común” o, por el contrario, “político”, debe tenerse en cuenta ante todo su naturaleza y su finalidad, es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro. Debe haber asimismo un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto políticos invocados. Además, el elemento político del delito

tencias del Tribunal de Nüremberg, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950.

¹¹² Estatuto de la Corte Penal Internacional, párr. 7.

debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común. No será así cuando los actos cometidos no guarden proporción con el objetivo invocado.¹¹³

Son delitos “graves” los castigados por las penas más serias previstas por la legislación vigente.¹¹⁴ En la aplicación de esta causal de exclusión es menester tomar en cuenta “todas las circunstancias pertinentes, incluidas todas las circunstancias atenuantes [y] agravantes.”¹¹⁵

En 1984, varios países americanos suscribieron la Declaración de Cartagena, que amplía la definición clásica de refugiado. El párrafo pertinente es el siguiente:

Tercera. Reiterar que, en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.¹¹⁶

¹¹³ ACNUR, *Manual de procedimientos y criterios*, ob. cit., párr. 152.

¹¹⁴ *Ibíd.*, párr. 155.

¹¹⁵ *Ibíd.*, párr. 157.

¹¹⁶ En la Conferencia organizada por ACNUR participaron delegaciones gubernamentales de México, todos los países de Centroamérica, Belice, Panamá, Colombia y Venezuela.

iii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre los derechos de los refugiados

Habida cuenta de la ausencia de toda referencia al asilo o refugio en el PIDCP, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos se centra principalmente en la responsabilidad del Estado sobre las consecuencias de la devolución de un extranjero a un Estado donde su vida o integridad física corre peligro, así como sobre el derecho del extranjero a disfrutar de la libertad personal y el acceso a los tribunales en el territorio del país donde se encuentra. Si bien el PIDCP no consagra el derecho al asilo, y los Estados Partes por tanto no están obligados a reconocer el derecho de un refugiado a establecer residencia en su territorio, los Estados Partes sí tienen la obligación de no devolver a ningún extranjero a un país donde su vida o integridad corre riesgo. En el caso V.M.R.B. el Comité consideró que la declaración de un Estado en el sentido de que no tenía la intención de devolver a un solicitante de asilo a su propio país, sino a cualquier otro país dispuesto a recibirlo, cumplía con su obligación en virtud del PIDCP.¹¹⁷

En 1997 el Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión importante sobre la detención de inmigrantes ilegales que habían solicitado la condición de refugiados. En 1992 Australia reformó su legislación sobre migración a fin de autorizar la detención de toda persona que llega al territorio nacional por mar e ingresa en forma ilegal. Los representantes de un inmigrante que había sido detenido durante más de tres años en espera de una decisión final sobre su solicitud de la condición de refugiado alegaron que éste había sido privado de libertad en forma arbitraria, en violación del artículo 9 del PIDCP. La arbitrariedad de la detención, argumentaron, debía determinarse a la luz del artículo 31 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y de las directrices adoptadas por el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, que evidenciaron una norma de derecho consuetudina-

¹¹⁷ Comité de Derechos Humanos, caso V.M.R.B. c. Canadá, párr. 6.3 (1988).

rio que prohibía la detención de tales personas, salvo en circunstancias especiales.¹¹⁸ El Comité no aceptó el argumento de que existiera una norma de derecho consuetudinario en tal sentido pero sí concluyó, por la vía más directa de interpretación del artículo 9 del PIDCP que la privación de libertad había vulnerado los derechos de la inmigrante.¹¹⁹ Declaró que la detención de todos los miembros de una clase de personas –en este caso personas que llegaron al país por mar en forma irregular para solicitar la condición de refugiado no era compatible con la libertad personal– sin evaluar la necesidad de la privación de libertad en cada caso. Además, manifestó que si se determinara que la detención era necesaria, esta decisión debía ser revisada periódicamente. La decisión señala al respecto lo siguiente:

(...) toda decisión de mantener detenida a una persona debe ser examinada periódicamente a fin de evaluar los motivos que justifican la detención. En cualquier caso, la detención no debe prolongarse más allá del periodo para el que el Estado pueda aportar una justificación adecuada. Por ejemplo, el hecho de que haya habido una entrada ilegal tal vez indique la necesidad de realizar una investigación, y puede haber otros factores privativos del individuo, como la probabilidad de huida y la falta de colaboración, que justifiquen la detención durante un periodo determinado. Si no concurren esos factores, puede considerarse arbitraria la detención, incluso si la entrada fue ilegal. En el presente caso, el Estado Parte no ha aducido motivos que se refieran concretamente al caso del autor y que justifiquen la prisión continuada del autor por un periodo de cuatro años, durante los cuales pasó por diferentes centros de detención. Por consiguiente, el Comité considera que la detención del autor durante un periodo de más de cuatro años fue arbitraria en el sentido del párrafo 1 del artículo 9.¹²⁰

¹¹⁸ Comité de Derechos Humanos, caso A c. Australia, párr. 3.1.

¹¹⁹ *Ibíd.*, párr. 9.3.

¹²⁰ *Ibíd.*, párr. 9.4.

El Comité de Derechos Humanos también concluyó que la incompetencia de los tribunales para pronunciarse sobre el fondo del recurso que impugnaba la privación de libertad vulneraba el párrafo 4 del artículo 9¹²¹ (véase el Capítulo 4).

iv) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas sobre asilo y sobre los derechos de los refugiados

La jurisprudencia más importante de la CIDH sobre estos temas ha sido elaborada en el marco de la Declaración Americana y no de la Convención, por tratarse de casos relativos a un Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) que todavía no ha ratificado la Convención. No obstante, la jurisprudencia se refiere principalmente a cláusulas del artículo XXVII de la Declaración que son idénticas a las del artículo 22.7 de la Convención.

En el caso conocido como Interdicción de los haitianos, la CIDH interpretó la última oración del artículo XXVII en el sentido de que “si el derecho [al asilo] se establece en la legislación internacional, pero no se constituye en la legislación nacional, no es un derecho reconocido por el artículo XXVII de la Declaración.”¹²² En el caso concreto, el derecho interno reconocía el derecho de asilo de las personas que reunían los requisitos de la definición de refugiado plasmada en la Convención de 1951, a condición de que estas personas hubieran llegado al territorio nacional.¹²³ La CIDH consideró vinculante el artículo XXVII de la Declaración porque la legislación reconocía la institución de asilo o refugio, a pesar de que las víctimas no habían llegado al territorio y por tanto no reunían las condiciones establecidas por el derecho interno para valerse de tal derecho.

La CIDH también concluyó que los convenios internacionales relevantes para efecto del artículo XXVII son la Convención de 1951

¹²¹ *Ibíd.*, párr. 9.5.

¹²² CIDH, caso Interdicción de los haitianos, párr. 153 (1997).

¹²³ *Ibíd.*, párr. 159.

sobre el Estatuto del Refugiado y su Protocolo de 1967.¹²⁴ Esta interpretación significa, según se desprende de la decisión, que el contenido del derecho de buscar y disfrutar del asilo se interpreta a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención de 1951. La CIDH concluye, por ejemplo, que “la legislación internacional ha evolucionado a un nivel en el que se reconoce el derecho de audiencia de una persona que busca refugio para determinar si” se reúnen los elementos de la definición establecida en la Convención de 1951.¹²⁵ Asimismo, su conclusión de que “los Estados Unidos interceptó a refugiados haitianos y los repatrió sumariamente a Haití sin hacer un examen adecuado de su estado ni concederles una entrevista para determinar si reúnen los requisitos de ‘refugiados,’” vulnerando así el artículo XXVII de la Declaración, se basa en la previa conclusión de que el artículo 33 la Convención de 1951 sobre la no devolución se aplica en alta mar.¹²⁶

La posición de que la última oración del artículo XXVII en efecto incorpora por lo menos una parte de la Convención de 1951 a la Declaración Americana se expresa más claramente en el Informe adoptado por la CIDH en el año 2000 sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en Canadá que dice:

De conformidad con el artículo XXVII de la Declaración Americana, “toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”. En virtud del derecho internacional y de la legislación nacional, ese derecho está sujeto a ciertas limitaciones, más específicamente en el presente caso, a las cláusulas de exclusión de la Convención de 1951.¹²⁷

¹²⁴ *Ibíd.*, párr. 155.

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ *Ibíd.*, párrs. 162 y 157, respectivamente. También concluyó que la interdicción de embarcaciones provenientes de Haití y no las provenientes de otros países era discriminatoria, párr. 177. (Véase el Capítulo 16.)

¹²⁷ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de los sollicitan-

“Puesto que esta determinación potencialmente implica cuestiones de vida y muerte”, señala el Informe, “se la debe hacer necesariamente conforme a ciertas garantías mínimas.”¹²⁸ La necesidad de celebrar una audiencia a fin de determinar si un individuo puede valerse del derecho al asilo hace aplicables otras disposiciones de la Declaración.

Hablando en términos más específicos, si bien el derecho de asilo consagrado en el artículo XXVII no implica garantía alguna de que éste será otorgado, necesariamente exige que el peticionario sea oído al presentar la solicitud. El derecho a ser oído está vinculado al principio del respeto al debido proceso que subyace en varias disposiciones de la Declaración Americana, más pertinentemente en los artículos II (igual protección), XVII (reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles), XVIII (derecho de justicia) y XXVI (derecho a proceso regular). Aunque el derecho a ser oído en la presentación de un reclamo no necesariamente presupone la aplicación de la misma gama de garantías procesales que se aplicarían, por ejemplo, en un proceso penal, sí se requiere que la persona en cuestión reciba las garantías mínimas necesarias para presentar eficazmente su reclamo.¹²⁹

En el sistema prevaleciente en el caso examinado por la CIDH, las decisiones sobre solicitudes de la condición de refugiado eran tomadas por instancias administrativas. En la gran mayoría de los casos la solicitud era examinada por un tribunal administrativo, que gozaba de ciertas garantías de independencia; el solicitante tenía derecho a un intérprete y a un representante letrado (aunque no

tes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, párr. 58.

¹²⁸ *Ibíd.*, párr. 59.

¹²⁹ *Ibíd.*, párr. 60. En el párrafo 61 la CIDH reitera: “En tales casos, las determinaciones no son administrativas sino de naturaleza substantiva, debiendo existir las garantías procesales apropiadas. (...) Es axiomático que la protección efectiva de los derechos requiere de un marco procesal que ofrezca las garantías mínimas necesarias”.

necesariamente de asistencia letrada gratuita) y, en caso de una decisión negativa, a una decisión razonada y escrita.¹³⁰ No obstante, tratándose de personas contra quienes pesan sospechas sobre la existencia de una causal de exclusión (por ejemplo, por tener antecedentes penales graves o ser consideradas terroristas o criminales de guerra), la decisión incumbe a un funcionario denominado “arbitro”, que realizaba una investigación de carácter acusatorio.¹³¹ En ningún caso había derecho a solicitar la reapertura del proceso una vez concluido.¹³² El derecho de recurrir a los tribunales de justicia era muy restringido, y en caso de permitir el recurso, los tribunales sólo revisaban la interpretación del derecho y regularidad del proceso, y no los aspectos fácticos del caso.¹³³

Las conclusiones más importantes de la CIDH se refieren al derecho de todo solicitante de asilo a la revisión de una decisión negativa en primera instancia, en particular sobre los aspectos fácticos de la decisión, y al derecho de acceso efectivo a los tribunales de justicia. El informe señala al respecto lo siguiente:

En los casos en que los hechos de la situación de un individuo están en disputa, el marco procesal efectivo debe contemplar su revisión. En vista de que hasta la más idónea de las autoridades encargadas de la toma de decisiones puede errar al emitir un fallo y dado el riesgo potencial para la vida que podría derivarse de un error de esta índole, una apelación en méritos del caso de una determinación negativa constituye un elemento necesario de la protección internacional. El requisito de un marco procesal adecuado para la protección de los derechos funda-

¹³⁰ *Ibíd.*, párrs. 40, 50, 53.

¹³¹ *Ibíd.*, párrs. 40 a 43.

¹³² No obstante, las personas cuyas solicitudes eran rechazadas tenían derecho a solicitar una visa por motivos humanitarios, párr. 90. También había un proceso de revisión administrativa, párrs. 87 a 89.

¹³³ *Ibíd.*, párrs. 83-86.

mentales que están en juego en el contexto de la determinación de la condición de refugiado no se cumple a través de un sistema que no contempla la posibilidad de una revisión de la decisión original en méritos del caso y que, además, contempla la revisión judicial con sujeción a disposiciones sobre la admisión a trámite sustantivamente limitadas.

(...) La Comisión recomienda que se considere más detenidamente (...) garantizar que los peticionarios rechazados tengan acceso a una revisión de la decisión original en méritos del caso, ya sea por la vía administrativa o judicial. (...)

(...) Estos peticionarios deberán, en todo caso, tener acceso efectivo a la protección judicial, cuyo alcance preciso dependería de la naturaleza de la revisión en méritos del caso que se establezca.¹³⁴

En segundo lugar, la CIDH consideró que todas las decisiones deben ser examinadas en primera instancia por el tribunal administrativo que goza de mayores garantías de independencia y mayores conocimientos en la materia que los árbitros.¹³⁵ La CIDH también consideró que debe permitirse la reapertura del proceso administrativo en caso de hechos o pruebas nuevos.¹³⁶ Por último, consideró que no era compatible con la obligación del Estado en materia de protección de la familia, obligar a determinados refugiados a esperar cinco años antes de poder solicitar visas para sus cónyuges e hijos.¹³⁷

¹³⁴ *Ibíd.*, párrs. 109, 110 y 112.

¹³⁵ *Ibíd.*, párr. 70.

¹³⁶ *Ibíd.*, párr. 73.

¹³⁷ *Ibíd.*, párrs. 77-79. La medida afectaba a refugiados sin documentos de identidad.

8.11 El principio de no devolución

i) Reseña de la normativa pertinente

El principio de no devolución es la piedra angular del derecho de los refugiados. Está consagrado en el artículo 33, párrafo 1, de la Convención de 1951 sobre el estatuto de refugiados de la forma siguiente:

Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas

El artículo 22.8 de la Convención Americana reconoce este principio en términos similares pero más amplios, pues lo aplica a todo extranjero. El artículo 22.8 establece lo siguiente:

En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

La Declaración de 1967 sobre asilo territorial, que tiene por objeto aclarar el contenido de las disposiciones de la Declaración Universal relativas al asilo, consagra el principio de no devolución en forma más general en su artículo tercero, cuyo primer párrafo reza:

Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 [las que “tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos”] será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución.

La Convención contra la tortura de 1984 establece expresamente que la devolución esta prohibida no sólo cuando hay riesgo para el derecho a la vida y la libertad, sino también para la integridad física o personal. Su artículo 3 reza: “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, de 1985, reafirma este principio en términos más amplios en su artículo 13:

No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requiriente.

Cabe destacar que la formulación empleada por los instrumentos contra la tortura prescinde del requisito de persecución, de manera que la mera existencia de un riesgo de tortura, no obstante el motivo, es suficiente para la aplicación de la prohibición.

Tanto la Convención de 1951 como la Declaración sobre asilo territorial reconocen excepciones al principio de no devolución o condicionan su aplicación en ciertas circunstancias. El segundo párrafo del artículo 33 de la Convención establece lo siguiente:

Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

La Declaración sobre asilo territorial establece que “Podrán hacerse excepciones al principio anterior sólo por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas”, pero agrega que

cuando un excepción está justificada, el Estado “considerará la posibilidad de conceder (...) una oportunidad, en forma de asilo provisional o de otro modo” para permitir a las personas afectadas encontrar asilo en un tercer Estado (art. 3, párrs. 2 y 3 respectivamente).

Los tratados contra la tortura no reconocen excepción alguna a este principio.

ii) La doctrina y jurisprudencia universales

En 1977 el Comité Ejecutivo del ACNUR adoptó una resolución sobre el principio de no devolución, en la cual reconoce que el principio es “generalmente aceptado por los Estados” y “se observa ampliamente en la práctica”, lo que implica que sea una norma de derecho internacional consuetudinario.¹³⁸ En cuanto a la importancia y el contenido del principio, la resolución “Reafirmó la importancia fundamental de la observancia del principio de no devolución –tanto en la frontera como dentro del territorio de un Estado– de las personas que, reconocidas o no oficialmente como refugiadas, podían ser objeto de persecución si se les devolvía a su país de origen” (inc. c). El Comité Ejecutivo reafirmó la importancia de este principio en su conclusión sobre la salvaguardia de la institución del asilo adoptada en 1997, la cual dispone:

d) Reitera, (...) la necesidad de que se acuerde un pleno respeto a la institución del asilo en general, y considera oportuno subrayar los siguientes aspectos especiales:

i) El principio de no devolución, que prohíbe la expulsión o devolución en modo alguno de los refugiados para ponerlos en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza,

¹³⁸ ACNUR, Comité Ejecutivo, resolución N° 6 (XXVIII), incisos a) y b). El Comité Ejecutivo está compuesto por Estados Partes.

religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas, independientemente de que se les haya otorgado o no oficialmente la condición de refugiados, o de las personas respecto de las cuales haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura (...)

ii) El acceso de los solicitantes de asilo, en consonancia con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, procedimientos imparciales y efectivos para la determinación del estatuto y las necesidades de protección;

iii) La necesidad de admitir a los refugiados en el territorio de los Estados, lo que incluye el no rechazo en las fronteras sin que se hayan aplicado procedimientos imparciales y efectivos para la determinación del estatuto y las necesidades de protección; (...)¹³⁹

El Comité contra la tortura ha adoptado una Observación General sobre el artículo 3 de la Convención Americana. Si bien la Observación fue elaborada principalmente para regir el examen de casos sometidos al Comité, algunas de las interpretaciones que contiene parecen igualmente válidas e idóneas para los procedimientos ante las autoridades nacionales. Con respecto a la carga de la prueba dicha Observación manifiesta:

(...) el riesgo de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha. [Pero] De todos modos, no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable.

El [individuo] debe probar que se encuentra en peligro de ser sometido a tortura (...) y que el peligro es personal y presente. (...)¹⁴⁰

La protección que se desprende del artículo 3 comprende no sólo el riesgo previsible de que el Estado al cual se devuelve un individuo lo

¹³⁹ ACNUR, Comité Ejecutivo, resolución N° 82 (XLVIII).

¹⁴⁰ Comité contra la tortura, Observación General No. 1, párrs. 6 y 7.

torture, sino también el riesgo de que este Estado entregue la persona a un tercer Estado que lo torture.¹⁴¹

La protección que se desprende del artículo 3 de la Convención contra la tortura está limitada en función de la definición de tortura establecida por el artículo 1.1, y en particular del requisito de que la tortura sea infligida por un funcionario público, o a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.¹⁴² La jurisprudencia del Comité contra la Tortura confirma que este riesgo por parte de un movimiento guerrillero no está cubierto por el artículo 3 de la Convención contra la tortura.¹⁴³ No obstante, en situaciones excepcionales, cuando un grupo armado controla el territorio, “ha establecido instituciones cuasioficiales y administra varios servicios públicos” y “ejerce ciertas prerrogativas comparables a las que ejercen normalmente los gobiernos legítimos”, puede considerarse que sus efectivos corresponden a la figura de “otra persona en el ejercicio de funciones públicas”, a tenor del artículo 1 de la Convención.¹⁴⁴

La jurisprudencia de este Comité confirma que la prohibición de devolución establecida por el artículo 3 de la Convención contra la tortura se aplica a los individuos que, en razón de las cláusulas de exclusión, no están protegidos por el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado.¹⁴⁵ En otra decisión, el Comité recalcó que la prohibición establecida por el artículo 3 de la Convención, “es absoluta”, y por tanto “El carácter de las actividades en que la persona interesada hubiera participado no pueden ser una consideración material” en cuanto a la aplicación de este principio.¹⁴⁶

¹⁴¹ *Ibíd.*, párr. 2.

¹⁴² *Ibíd.*, párr. 3.

¹⁴³ Comité de Derechos Humanos, caso G.R.B c. Suecia, párr. 6.5 (1998); M.P.S. c. Australia, párr. 7.4 (1999).

¹⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Elmi c. Australia, párrs. 6.5 y 6.7 (1999).

¹⁴⁵ Comité de Derechos Humanos, caso M.B.B. c. Suecia, párr. 6.4 (1999).

¹⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Tapia Páez c. Suecia, párr. 14.5 (1997). La interesada pertenecía a Sendero Luminoso. Véase también Núñez Chipana c. Venezuela párr. 5.4 (1998).

El Comité de Derechos Humanos también reconoce el principio de que todo Estado tiene la obligación de no devolver o entregar a ninguna persona a un país “en circunstancias tales que el resultado sea un riesgo efectivo de que sus derechos en virtud del Pacto sean violados en la otra jurisdicción.”¹⁴⁷ La mayor parte de su jurisprudencia sobre este principio trata de casos relativos a la extradición de delincuentes comunes. En el caso Ng, el Comité declaró que la extradición de una persona sentenciada a la pena de muerte habría sido violatoria de la prohibición de tortura, debido al método de ejecución de la persona empleado por la jurisdicción que solicitaba la extradición.¹⁴⁸ Por lo general, los alegatos se refieren a violaciones del derecho a la vida o a la integridad física. No obstante, dos decisiones adoptadas en 1997 parecen indicar que la obligación de no extraditar en caso de un riesgo real de una violación del PIDCP se extiende al derecho a no ser privado de libertad en forma ilegal o arbitraria y al derecho a un proceso justo y con respeto de las garantías del debido proceso.¹⁴⁹ Cabe destacar que la doctrina del Comité de Derechos Humanos sobre este principio tampoco requiere de la persecución, de manera que los motivos de la futura violación tienen poca relevancia.

iii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

La Declaración de Cartagena, adoptada en 1984 por una importante conferencia subregional, reconoce este principio como norma perentoria del derecho internacional consuetudinario. Su conclusión reza así:

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

¹⁴⁸ Véanse los casos Kindler y Ng, descritos en el Capítulo 1.

¹⁴⁹ Comité de Derechos Humanos, caso G.T. c. Australia, párr. 8.7; A.R.T. c. Australia, párr. 6.15. En ambos casos el Comité concluyó que la probabilidad de tales violaciones no había sido comprobada.

Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición de rechazo en las fronteras) como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*.¹⁵⁰

La CIDH ha calificado la obligación de respetar el principio de no devolución como “la obligación suprema de los Estados” con respecto a los refugiados y solicitantes de asilo.¹⁵¹ La importancia del principio se explica por su vínculo con otros derechos. La CIDH expresó que “el derecho de buscar asilo y las garantías correspondientes (...) constituyen, en sí mismas, un medio para salvaguardar los derechos fundamentales a la libertad, la integridad y la vida, consagradas en la Declaración Americana”¹⁵² y, en consecuencia:

En virtud de los términos de la Declaración y otras obligaciones aplicables de Canadá, los refugiados no pueden ser devueltos a un lugar en donde enfrenten el riesgo de persecución que implique la violación de sus derechos humanos fundamentales. De conformidad con la Declaración, en particular, la obligación del Estado de respetar los derechos fundamentales del individuo, como son el derecho a la vida, la libertad y la integridad personal, limita su capacidad de actuar en los casos en que esto pondría al individuo en riesgo. La observancia estricta del principio de no devolución (*non-refoulement*) es uno de los medios por los que se garantizan estos derechos fundamentales.¹⁵³

El principio de no devolución fue aplicado por la CIDH en el caso Interdicción de los haitianos. La CIDH se adhirió a la opinión del

¹⁵⁰ Declaración de Cartagena, Parte II, conclusión Quinta.

¹⁵¹ CIDH, Informe sobre la situación de los solicitantes de asilo en Canadá, párr. 24.

¹⁵² *Ibíd.*, párr. 104.

¹⁵³ *Ibíd.*, párr. 32.

ACNUR en el sentido de que el principio era aplicable en alta mar, y concluyó que la devolución a Haití de haitianos presentes en embarcaciones interceptadas en alta mar, por ser incompatible con este principio, vulneraba el derecho de asilo consagrado por la Declaración Americana.¹⁵⁴

¹⁵⁴ CIDH, caso Interdicción de los haitianos, *supra*, párrs. 157 y 163.

Capítulo 9

Libertad de pensamiento, conciencia y religión

9.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

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

Artículo III. Derecho de libertad religiosa y de culto

Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado.

Artículo IV. Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 18

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 12. Libertad de conciencia y de religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean

necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

9.2 Normativa complementaria

Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, 1981

Artículo 6

De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:

a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;

b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;

c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;

d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;

e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;

f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;

g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;

h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;

i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

Convención sobre los derechos del niño, 1989

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (OIT)

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

(...)

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o

territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

(...)

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, 1992

Artículo 2

1. Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo.

(...)

Artículo 4 (...)

2. Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

9.3 Consideraciones generales

i) La importancia de la libertad de pensamiento, creencia y religión

La importancia de la libertad de pensamiento, creencia y religión se evidencia por una referencia en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo segundo párrafo reza así:

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la con-

ciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias, (...)

El preámbulo de la Declaración de 1981 sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones contiene la siguiente reflexión sobre su importancia: “Considerando que la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentales de su concepción de la vida y que, por tanto, la libertad de religión o de convicciones debe ser íntegramente respetada y garantizada (...)

ii) Reseña de la normativa pertinente

La libertad de religión está consagrada por los cuatro instrumentos que forman el principal marco de referencia de este libro. Este derecho tiene dos dimensiones. La primera, que consiste en el derecho a profesar o adherirse a una religión y el derecho de cambiarla por otra, es uno de los pocos derechos fundamentales que es absoluto, es decir, que no admite restricción o injerencia alguna. La otra dimensión de esta libertad comprende el derecho a manifestar y practicar la religión tanto en público como en privado. El artículo 18.3 del PIDCP así como el artículo 12.3 de la Convención Americana disponen que el derecho de practicar una religión está sujeto a restricciones destinadas a proteger ciertos bienes jurídicos, siempre que se respeten los principios de legalidad y necesidad. Los bienes jurídicos que permiten restringir el ejercicio de la libertad de religión, según estos artículos, son la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, y los derechos y las libertades fundamentales de las demás personas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana extienden a la libertad de pensamiento y de conciencia la misma protección que otorgan a la libertad de religión.

El artículo III de la Declaración Americana tutela únicamente la libertad de religión pero consagra la libertad de opinión en su artículo IV, junto con las libertades de investigación, de expresión y de “difusión del pensamiento” (véase el Capítulo 10). El contenido específico de los conceptos de pensamiento, opinión y creencia no está claramente definido en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Cabe presumir que existe cierta duplicación entre estos conceptos, y que las respectivas garantías se complementan.¹

El PIDCP y la Convención Americana reconocen expresamente en disposiciones similares el derecho de los padres –y tutores, según la Convención– a determinar la educación religiosa o moral recibida por sus hijos –y pupilos–. Este derecho está vinculado con la problemática sobre la incidencia de las creencias de los padres en la manera en que crían a sus hijos y los derechos del niño.

En 1981 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, cuyo Preámbulo la vincula con la Declaración Universal y el PIDCP. En 1987 la Comisión de Derechos Humanos estableció una relatoría con el mandato de velar por el cumplimiento de esta Declaración, y desde 1994 los informes del relator son sometidos a la Asamblea General para su consideración. El hecho de que desde hace una década los informes sobre el cumplimiento de la Declaración sean presentados a la Asamblea General puede considerarse como una indicación de que los Estados miembros la consideran vinculante.

iii) El concepto de religión y de creencia

La normativa internacional no contiene una definición del término “religión”. El informe de la Relatora especial de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y

¹ El párrafo 3 de la Observación General No. 22 parece indicar que el Comité de Derechos Humanos suscribe esta interpretación.

discriminación fundadas en la religión o las convicciones publicado en 1989, si bien no propone una definición definitiva, señala lo siguiente: “(...) la ‘religión’ puede definirse como ‘una explicación del sentido de la vida y un modo de vivir con arreglo a él.’ Toda religión tiene por lo menos un credo, un código de conducta y un culto.”²

El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado del tema ha indicado que el concepto de religión incluye, en primer lugar, el islam, el judaísmo, el budismo, el hinduismo y las distintas corrientes de la cristiandad.³ Reconoce, asimismo, la necesidad de prestar “particular atención a las creencias de los pueblos autóctonos.”⁴ Recientemente, el Relator incluyó a los practicantes del Falun Gong –que es una forma de meditación china– entre un listado de minorías religiosas.⁵ En cuanto a las “creencias” de carácter secular, se limita a mencionar el humanismo.⁶

El término “secta” se emplea a veces en contraposición a “religión”. El Relator Especial, a pesar de reconocer que no siempre es fácil distinguir entre una secta y una religión o una creencia no tradicional, ha empleado el término secta para referirse a “grupos y movimientos que, bajo el pretexto de libertad de religión o creencia, se dedican a actividades criminales.”⁷ El Relator Especial hace una distinción entre dichas sectas y los movimientos religiosos extremistas, que se caracterizan por su promoción de la intolerancia y la violen-

² Naciones Unidas, Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, serie de estudios 2, 1989.

³ Naciones Unidas, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, A/56/253, párr.100. El Relator utiliza la expresión “grandes religiones”, concepto que la Relatora Especial da a entender, en el párrafo 221 ii) del Estudio publicado en 1989, puede contribuir a discriminación contra otras religiones.

⁴ *Ibíd.*, párr. 101.

⁵ Naciones Unidas, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial para 2003, E/CN.4/2003/66, párr. 131.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Naciones Unidas, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial para 2002, E/CN.4/2002/73, párr. 144 c).

cia, y que ha calificado como “un flagelo que atenta contra la libertad y la religión.”⁸

La Observación General No. 22 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 18 del PIDCP se limita a indicar que estos conceptos deben interpretarse en forma amplia y a señalar que el concepto de creencia incluye “las creencias teístas, no teístas y ateas” (véase la sección 9.5). El Documento Final de la Conferencia Internacional Consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión, de convicciones, la tolerancia y la no discriminación hace eco de esta doctrina al afirmar que “la libertad de religión o de convicciones incluye las convicciones teístas, agnósticas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia.”⁹ Las raíces de este precepto doctrinal se encuentran en el primer informe sobre la materia elaborado en el seno de las Naciones Unidas y publicado en 1960, que incluye entre las creencias no religiosas protegidas por esta libertad, el racionalismo y el “libre pensamiento”.¹⁰

iv) Alcance del capítulo

El tema de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión está estrechamente vinculado con el de la prohibición de la discriminación basada en la religión u opinión, abordado en el Capítulo 15. También está vinculado con el tema de la libertad de opinión y expresión, de reunión y de asociación, especialmente en cuanto se trata del derecho a manifestar creencias de tipo secular.¹¹

⁸ *Ibíd.*, párr. 151 (traducción propia).

⁹ Apéndice al Informe del Relator Especial para 2002. La Conferencia fue convocada para marcar el vigésimo aniversario de la adopción de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ La importancia de estos vínculos es reconocida por el Informe de 1989 (*supra*), párr. 22.

Estos temas son tratados en los Capítulos 10 y 11. Además, la jurisprudencia sobre los principios de legalidad y necesidad desarrollada en el contexto de dichas libertades también guarda relevancia para la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

La jurisprudencia sobre esta libertad no es extensa en el sistema universal ni en el interamericano, por lo que la doctrina elaborada por el Comité de Derechos Humanos y los informes de las Relatorías establecidas en el marco del sistema universal ocupan un lugar central en el presente Capítulo.¹²

9.4 El derecho de profesar y cambiar de religión

La Observación General sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión, adoptada por el Comité de Derechos Humanos en 1993, hace hincapié en el carácter absoluto del derecho a profesar una religión o creencia. El párrafo pertinente reza:

El artículo 18 distingue entre la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de creencias y la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias. No permite ningún tipo de limitación de la libertad de pensamiento y de conciencia o de la libertad de tener la religión o las creencias de la propia elección. Estas libertades están protegidas incondicionalmente, lo mismo que lo está, en virtud del párrafo 1 del

¹² Para efectos del presente capítulo las referencias a “la Relatora Especial” se refieren a la Relatora sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de la Subcomisión que elaboró el estudio sobre la materia publicado en 1989, mientras que las referencias al “Relator Especial” o al “Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos”, sin más, se refieren al Relator sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones nombrado por la Comisión de Derechos Humanos en 1987 para preparar informes anuales sobre la aplicación de la Declaración de 1981 respecto a la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

artículo 19, el derecho de cada uno a tener opiniones sin sufrir injerencia. De conformidad con el artículo 17 y el párrafo 2 del artículo 18, no se puede obligar a nadie a revelar sus pensamientos o su adhesión a una religión o a unas creencias.¹³

La importancia del derecho a cambiar de religión o de creencia es subrayada por la observación de que “la libertad de ‘tener o adoptar’ una religión o unas creencias comporta forzosamente la libertad de elegir la religión o las creencias, comprendido el derecho a cambiar las creencias actuales por otras o adoptar opiniones ateas, así como el derecho a mantener la religión o las creencias propias.”¹⁴ La Relatora sobre la eliminación de la intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, en el Informe publicado en 1989 concuerda en que “toda persona tiene el derecho de abandonar una religión o unas convicciones y adoptar otras, o de permanecer sin ninguna”, derecho que es “implícito en el concepto de (...) la libertad de pensamiento, conciencia, religión y convicciones.”¹⁵ El Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos también se ha sumado a esta interpretación.¹⁶

El Comité de Derechos Humanos ha enumerado una serie de prácticas que vulneran este derecho en el párrafo siguiente:

El párrafo 2 del artículo 18 prohíbe las medidas coercitivas que puedan menoscabar el derecho a tener o a adoptar una religión o unas creencias, comprendidos el empleo o la amenaza de empleo de la fuerza o de sanciones penales para obligar a creyentes o no creyentes a aceptar las creencias religiosas de quienes aplican tales medidas o a incorporarse a sus congregaciones, a renunciar a sus propias creencias o a convertirse.

¹³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 3.

¹⁴ *Ibíd.*, párr. 5.

¹⁵ Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, informe de 1989, párr. 22.

¹⁶ Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe sobre una visita a Argelia, E/CN.4/2003/66/Add.1, párr. 150.

Las políticas o prácticas que tengan los mismos propósitos o efectos, como por ejemplo, las que limitan el acceso a la educación, a la asistencia médica, al empleo o a los derechos garantizados por el artículo 25 y otras disposiciones del Pacto son igualmente incompatibles con el párrafo 2 del artículo 18. La misma protección se aplica a los que tienen cualquier clase de creencias de carácter no religioso.¹⁷

El Comité de Derechos Humanos ha subrayado la obligación del Estado de tomar medidas eficaces contra la intolerancia religiosa, y ha indicado que esta obligación incluye tanto medidas preventivas, tales como campañas de sensibilización, así como la investigación y sanción penal de casos de acoso a miembros de minorías religiosas.¹⁸

Algunos Relatores Especiales de la Comisión de Derechos Humanos encargados de investigar la situación de derechos humanos en determinados países han condenado las prácticas violatorias del derecho a profesar una religión o creencia. La tipificación del delito de apostasía por el Código Penal de un país fue calificada por un Relator Especial de “violación flagrante” de la libertad de pensamiento, conciencia y religión.¹⁹

9.5 La libertad de pensamiento y conciencia

La Observación General No. 22 del Comité de Derechos Humanos hace hincapié en la amplitud de la libertad consagrada por el artículo 18 del PIDCP. De particular relevancia son los dos primeros párrafos de dicha Observación General:

¹⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 5.

¹⁸ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Georgia, A/57/40, párr. 17 (2000).

¹⁹ Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial para Sudan, E/CN.4/1994/48, párr. 80.

El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del artículo 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas. El Comité señala a la atención de los Estados Partes el hecho de que la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia se protegen de igual modo que la libertad de religión y de creencias.

El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos “creencias” y “religión” deben entenderse en sentido amplio. El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales.

El Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias ha mencionado el humanismo como ejemplo de una creencia protegida por esta libertad. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la objeción de conciencia (ver la sección 9.8) deja entender que el pacifismo constituye otro ejemplo.

Por amplios que sean los conceptos como “conciencia”, “creencia” y “religión”, éstos también tienen sus límites. En un caso, el Comité de Derechos Humanos dictaminó que “una creencia que consiste de forma principal o exclusiva en el cultivo y distribución de estupefacientes no puede en modo alguno incluirse en el ámbito del artículo 18 del Pacto.”²⁰ Asimismo, la jurisprudencia señala que “Aunque en el artículo 18 del Pacto se protege indudablemente el derecho a tener, manifestar y difundir opiniones y convicciones, incluida la objeción de conciencia a las actividades y gastos militares, la negativa a pagar impuestos por motivos de objeción de concien-

²⁰ Comité de Derechos Humanos, caso M.A.B. y otros c. Canadá, párr. 4.2.

cia escapa claramente del ámbito de la protección que ofrece este artículo.”²¹

9.6 Las religiones de Estado y las ideologías oficiales

Según la doctrina del Comité de Derechos Humanos, la existencia de una religión o ideología establecida no es forzosamente incompatible con la libertad de pensamiento y religión, siempre que no tenga consecuencias discriminatorias. La Observación General No. 22 señala al respecto:

El hecho de que una religión se reconozca como religión de Estado o de que se establezca como religión oficial o tradicional, o de que sus adeptos representen la mayoría de la población[,] no tendrá como consecuencia ningún menoscabo del disfrute de cualquiera de los derechos consignados en el Pacto, comprendidos los artículos 18 y 27, ni ninguna discriminación contra los adeptos de otras religiones o los no creyentes. En particular, determinadas medidas que discriminan en contra de estos últimos, como las medidas que sólo permiten el acceso a la función pública de los miembros de la religión predominante o que les conceden privilegios económicos o imponen limitaciones especiales a la práctica de otras creencias, no están en consonancia con la prohibición de discriminación por motivos de religión o de creencias y con la garantía de igual protección en virtud del artículo 26. (...)

Cuando un conjunto de creencias sea considerado como la ideología oficial en constituciones, leyes, programas de partidos gobernantes, etc. (...) esto no tendrá como consecuencia ningún menoscabo de las libertades consignadas en el artículo 18 ni de ningún otro de los derechos reconocidos en el Pacto, ni ningún tipo de discriminación contra las personas que no suscriban la ideología oficial o se opongan a ella.²²

²¹ Comité de Derechos Humanos, caso J.P. c. Canadá, párr. 4.2 (1991); J.V.K. c. Países Bajos, párr. 4.2 (1992).

No obstante, es menester reconocer, como hace la Relatora sobre la eliminación de la intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, que por regla general las “prácticas como el establecimiento de una religión o convicción por un Estado equivalen de hecho a la concesión de ciertas preferencias y privilegios a quienes observan esa religión o convicción, y son, por consiguiente, discriminatorias.”²³ En sus observaciones sobre el informe de un Estado Parte al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos indicó que el trato preferencial a una religión y en particular las subvenciones otorgadas por el Estado, “constituye discriminación por razones religiosas” incompatible con el artículo 26 del PIDCP.²⁴

En el caso Delgado Páez, el reconocimiento oficial de la religión parece haber influido en la decisión del Comité de Derechos Humanos. El caso trata de un maestro de religión de un colegio público quien fue asignado a otra materia por causa de la oposición de las autoridades episcopales a sus creencias religiosas. Luego de referirse a “las circunstancias particulares del caso, dada la relación especial entre Iglesia y Estado que existe en Colombia y que se refleja en el concordato establecido”, el Comité concluyó que no se había producido una violación del artículo 18, pues “un Estado puede, sin violar esa disposición del Pacto, permitir que las autoridades eclesíásticas decidan quién puede enseñar religión (...) y de qué manera debe impartirse esa enseñanza.”²⁵ No obstante, algunos pronuncia-

²² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párrs. 9 y 10. Véanse también las Observaciones finales sobre el informe de Irán, A/48/40, párr. 269 (1993).

²³ Comisión de Derechos Humanos, Relatora Especial, Informe de 1989 (supra), párr. 89.

²⁴ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Argentina, A/56/40, párr. 16. La posición del gobierno está resumida en el párr. 56 del informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos encargado del tema, sobre su visita a Argentina, E/CN.4/2002/73, Add.1.

²⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Delgado Páez c. Colombia, párr. 5.8 (1990). Luego el maestro abandonó el país debido a amenazas y a una agresión presuntamente motivadas por sus creencias religiosas y su conflicto con

mientos más recientes del Comité arrojan dudas sobre el valor de este antecedente. Por ejemplo, en sus observaciones finales sobre el Informe de otro Estado el Comité manifestó en 1994 su preocupación con respecto a una legislación que otorgaba a la Conferencia Episcopal “la facultad de impedir efectivamente la enseñanza de religiones distintas del catolicismo en las escuelas públicas y de prohibir que personas no católicas enseñen religión en esas escuelas.”²⁶

9.7 El derecho de las personas a practicar su religión o creencia

i) La Declaración de 1981

La Declaración de 1981 sobre la intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones enumera los elementos siguientes del derecho a practicar una religión o creencia:

- a) (...) practicar el culto o celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) (...) fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) (...) confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) (...) escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e) (...) enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;

las autoridades episcopales, y perdió su empleo por “abandono” de sus funciones, hechos que el Comité de Derechos Humanos consideró violatorios de los artículo 25.c y 26 del PIDCP (véase el Capítulo 12).

²⁶ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Costa Rica, A/49/40, párr. 158.

- f) (...) solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y otro tipo de particulares e instituciones;
- g) (...) capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) (...) observar días de descanso y celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
- i) (...) establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional (art. 6).

Cabe destacar que el listado anterior no es taxativo y que las actividades mencionadas pueden estar vinculadas tanto a las creencias y convicciones no deístas como a las religiones. La Relatora sobre la intolerancia y discriminación considera que la Declaración establece obligaciones vinculantes y ha señalado que “Un aporte particularmente importante de la Declaración al ordenamiento jurídico internacional lo constituye, sin lugar a dudas, la enumeración que hace en su artículo 6 de las libertades que especifican la libertad genérica de pensamiento, de conciencia, de religión y de convicciones.”²⁷

ii) La doctrina y la jurisprudencia universales sobre el contenido del derecho

El Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 22, también enumera una serie de actividades que forman parte de este derecho, cuyo párrafo pertinente establece:

La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias puede ejercerse “individual o colectivamente, tanto en público como en

²⁷ Comisión de Derechos Humanos, Relatora Especial, Informe de 1989 (supra), párrs. 200 y 211.

privado". La libertad de manifestar la religión o las creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actividades. El concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como a las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos, comprendidos la construcción de lugares de culto, el empleo de fórmulas y objetos rituales, la exhibición de símbolos y la observancia de las fiestas religiosas y los días de asueto. La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo. Además, la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosas.²⁸

En un caso sobre los derechos de un preso musulmán, el Comité de Derechos Humanos concluyó que en ausencia de toda justificación, la confiscación de sus libros de plegarias y el haberle afeitado la barba por la fuerza había vulnerado su derecho a practicar su religión. La decisión del Comité subrayó "que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza abarca una amplia gama de actos y que el concepto de culto se extiende a los actos rituales y ceremoniales que dan expresión a las creencias, así como a diversas prácticas que son parte integrante de esos actos."²⁹

²⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 4.

²⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Boodoo c. Trinidad y Tobago*, párr. 6.5 (2002).

El Comité de Derechos Humanos también ha indicado que las disposiciones legales que establecen la obligación de las organizaciones y asociaciones religiosas de registrarse, así como las penas para sus dirigentes en caso de incumplimiento, vulneran el artículo 18 del PIDCP.³⁰ Algunos de los Relatores encargados de la investigación de la situación de derechos humanos en determinados países también han hecho observaciones valiosas sobre la libertad de religión y de creencias. El Relator Especial para Irak se ha preocupado del tema desde hace más de una década. En un informe presentado en 1993, este Relator calificó los esfuerzos del gobierno para influir en la selección del dirigente de la comunidad chi'ita como una "injerencia que atenta contra la esencia misma de la libertad de religión, pues niega el derecho de la comunidad a organizar y administrar sus propios asuntos y, en particular, el de escoger las personas idóneas para ejercer la autoridad espiritual."³¹

Los atentados contra bienes religiosos constituyen una de las violaciones más frecuentemente registradas por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa. Además de la confiscación y no devolución de bienes, se citan como ejemplos "la negativa de acceso a los lugares de culto o a los lugares con significación religiosa o espiritual, por ejemplo, los lugares sagrados de las poblaciones autóctonas; de cierres, ataques y destrucciones dirigidos contra tales bienes, así como contra cementerios, sepulturas y escuelas religiosas."³²

En el caso de los indígenas, este Relator Especial ha calificado la tierra de "madre de la identidad indígena" y "condición indispensable (...) para la práctica religiosa o espiritual legítima."³³ Asimismo,

³⁰ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Uzbekistán, A/56/40, párr. 24.

³¹ Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe E/CN.4/1993/45, párr. 135 (traducción propia).

³² Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe A/56/253, párr. 98 e).

³³ Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe sobre una visita a Argentina, E/CN.4/2002/73, Add.1, párr. 147.

ha reconocido el carácter sagrado para tales comunidades de los restos de los ancestros y su derecho a recuperarlos.³⁴

*iii) La doctrina y la jurisprudencia interamericana
sobre el contenido del derecho*

La relación entre religión y acción social fue abordada por la CIDH en un informe elaborado hace más de dos décadas. La parte pertinente de su análisis incluye lo siguiente:

En lo referente a esta delimitación de las diversas categorías de actividades y a su eventual impacto político y social, una correcta evaluación de la vigencia del derecho a la libertad religiosa implica asumir una posición respecto al marco en que las acciones concretas se ubican. Resulta indudable que las actividades religiosas poseen una dimensión social; el contenido ético de las concepciones religiosas puede traducirse en postulado de carácter general que sirvan tanto para evaluar fenómenos concretos en el ámbito económico, social y político, como para guiar las conductas prácticas de los creyentes en determinados momentos de la vida política de un país.

Además, estos postulados generales aplicados al quehacer social concreto, pueden convertirse en la base ideológica que sustenta una acción política. En esta calidad, ellos son, por una parte, elementos legítimos de un orden político democrático y, por otra parte, se independizan relativamente de las concepciones originales en que se basan para ser sometidos a las mismas condiciones que otros postulados políticos; son por tanto, susceptibles de la crítica teórica y práctica, así como de eventual modificación. Este último aspecto es el que los distingue de la base confesional en que se sustentan y, en ese sentido, se convierten en pautas de conducta deseable pero no obligatoria. Prueba de ello es que

³⁴ *Ibíd.*, párr. 163.

pueden adherir a estos postulados sociales personas que no pertenecen a la religión de la que ellos se derivan y, a la inversa, fieles de la creencia religiosa en cuestión pueden, legítimamente, sustentar concepciones políticas diferentes.

Lo apuntado hasta aquí permite considerar que existe un núcleo de creencias religiosas que se trasuntan en actividades concretas incluyendo la práctica del culto; éste es el contenido fundamental del derecho a la libertad religiosa. De estas creencias básicas pueden deducirse postulados doctrinarios que sirvan de sustento a modelos de organización económica, social y política; en tal carácter, ellos y las acciones en ellos inspiradas escapan al ámbito de la religión e ingresan al campo de la política; su protección, por tanto, es materia derivada de la vigencia de los derechos políticos.³⁵

El informe citado reconoce como elementos de la libertad de religión la divulgación de información e ideas religiosas mediante la educación y el acceso a los medios de comunicación social.³⁶

Durante la última década, la CIDH ha consolidado una importante jurisprudencia sobre las represalias contra religiosos motivadas por su actividades pastorales, así como sobre las medidas que obstaculizan o impiden la continuación de actividades de esta naturaleza. En el caso Ortiz, su conclusión fue la siguiente:

Es probable que los ataques contra la Hermana Ortiz hayan tenido como objetivo castigarla y truncar sus actividades religiosas como misionera de la Iglesia y su labor con los grupos indígenas de Huehuetenango, así como su asociación con miembros del GAM. Además, debido a la vigilancia, amenazas, secuestro, tortura y violación de que fue objeto, regresó a los Estados Unidos para escapar de sus secuestradores y la

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, 1983, párrs. 10-12. Cabe señalar que esta doctrina fue elaborada en el marco de la Declaración Americana.

³⁶ *Ibíd.*, párr. 42.

violencia contra ella y no ha podido regresar a Guatemala por temor. Como resultado, se la ha privado del derecho de ejercer su derecho a la libertad de conciencia y de religión desempeñándose como misionera extranjera de la Iglesia Católica en Guatemala. (...) ³⁷

En el caso Riebe Star, manifestó lo siguiente:

Debe resaltarse un hecho no controvertido por el Estado mexicano: los tres sacerdotes fueron interrogados por las autoridades migratorias en el aeropuerto de la Ciudad de México acerca de la doctrina social de la Iglesia Católica. (...) La Comisión entiende que la conducta de las propias autoridades que interrogaron a los sacerdotes extranjeros acerca de su opción religiosa, revela el vínculo entre dicha opción y el trato que recibieron de tales autoridades: el arresto y la expulsión sumaria de México, con el agravante de no permitirles regresar bajo ningún tipo de categoría migratoria.

Con fundamento en tales hechos, la Comisión establece que los sacerdotes Riebe Star, Barón Guttlein e Izal Elorz fueron castigados a causa de su actividad religiosa. Por lo tanto, la CIDH concluye que el Estado mexicano violó el derecho a la libertad de conciencia y religión, que estaba obligado a garantizar a los mencionados sacerdotes católicos extranjeros.

(...)

Teniendo en cuenta lo establecido más arriba sobre la opción religiosa de los sacerdotes, la Comisión considera que la decisión de expulsarlos de manera arbitraria constituye igualmente una violación al derecho a asociarse libremente con fines religiosos, ya que les impidió de manera definitiva reunirse con sus feligreses en Chiapas. ³⁸

³⁷ CIDH, caso Ortiz c. Guatemala, párr. 119 (1996).

³⁸ CIDH, caso Riebe Star y otros c. México, párrs. 102, 103 y 105 (1999). Véase también el Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, 1978, pp. 119 y 152-153 (citado en el caso de los Jesuitas, párr. 168,

Por último, cabe recordar que la CIDH ha insistido en que el Estado y sus agentes deben asumir una postura de “absoluta neutralidad” frente a rivalidades o controversias entre una religión y otra, o una corriente y otra dentro de la misma religión.³⁹

iv) La doctrina y jurisprudencia universales sobre las restricciones al derecho de practicar su religión o creencia

La Observación General No. 22 contiene también la siguiente exégesis del párrafo 3, relativo a los principios que rigen las restricciones al derecho de practicar una religión o creencia:

El párrafo 3 del artículo 18 permite restringir la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás, a condición de que tales limitaciones estén prescritas por la ley y sean estrictamente necesarias. No se puede restringir la libertad de no ser obligado a tener o adoptar una religión o unas creencias y la libertad de los padres y los tutores a garantizar la educación religiosa y moral. Al interpretar el alcance de las cláusulas de limitación permisibles, los Estados Partes deberían partir de la necesidad de proteger los derechos garantizados por el Pacto, incluido el derecho a la igualdad y la no discriminación en todos los terrenos especificados en los artículos 2, 3 y 26. Las limitaciones impuestas deben estar prescritas por la ley y no deben aplicarse de manera que vicie los derechos garantizados en el artículo 18. El Comité señala que el párrafo 3 del artículo 18 ha de interpretarse de manera estricta: no se permiten limitaciones por moti-

1999); Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, 1978, p. 74; Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia, 1981, p. 114; Informe Anual 1982-1983, p. 20 (Guatemala); y el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 1983, párr. 6.

³⁹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 1983, párr. 5. Véase también Informe Anual 1982-1983, pp. 20-21 (“irreprochable neutralidad”).

vos que no estén especificados en él, aun cuando se permitan como limitaciones de otros derechos protegidos por el Pacto, tales como la seguridad nacional. Las limitaciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de la que dependen. No se podrán imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se podrán aplicar de manera discriminatoria. El Comité señala que el concepto de moral se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición. Las personas que están sometidas a algunas limitaciones legítimas, tales como los presos, siguen disfrutando de sus derechos a manifestar su religión o creencias en la mayor medida que sea compatible con el carácter específico de la limitación. (...)⁴⁰

La observancia de prácticas que atentan contra la vida o la integridad física no está protegida por la libertad de religión. En sus observaciones sobre el informe de un Estado Parte en el PIDCP, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos recomendó que se extremasen los esfuerzos para eliminar la práctica de la inmolación de viudas o la explotación sexual de niñas so pretexto de tradiciones religiosas.⁴¹

El derecho a observar los preceptos de carácter religioso está su-peditado al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación, por lo menos en la medida en que cuenta con algún tipo de respaldo de parte del Estado. El Comité de Derechos Humanos ha señalado, por ejemplo, que el Estado no puede permitir la aplicación del derecho religioso en el ámbito del derecho civil y de familia, cuando las normas religiosas discriminan a la mujer.⁴² El Relator

⁴⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 8.

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de India, A.52/40, párrs. 431 y 447.

⁴² *Ibíd.*, párr. 432.

de la Comisión de Derechos Humanos considera que las prácticas supuestamente religiosas que discriminan a la mujer, e incluso las agresiones a ésta vinculadas con el extremismo religioso constituyen uno de los problemas más urgentes que enfrenta.⁴³ Las prácticas discriminatorias mencionadas en este contexto incluyen la poligamia, el matrimonio sin consentimiento de la mujer y las ventajas otorgadas al marido con respecto al divorcio.⁴⁴

Con cierta frecuencia, lamentablemente, señala el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, las interpretaciones extremistas de una religión llevan a la intolerancia hacia otras religiones o creencias. En su estudio de 1989 la Relatora Especial ha observado al respecto que “las manifestaciones de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (...) no sólo son serias en sí, sino que revisten especial gravedad porque tienden a evolucionar hasta convertirse en violaciones patentes de los derechos humanos o incluso en crímenes de lesa humanidad, como el crimen de genocidio, por lo que constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacional.”⁴⁵

El Comité de Derechos Humanos volvió a examinar la problemática de un maestro transferido por motivos vinculados con sus creencias en el caso Ross, pero a diferencia del caso Delgado Páez analizado arriba, en el caso Ross lo importante era la notoriedad del maestro como portavoz de ideas que no tenían vínculo con la materia que enseñaba y que no habían sido divulgadas en el aula.⁴⁶ Su traslado a un puesto administrativo fue motivado por el hecho de que su presencia en la escuela, junto con su reputación como portavoz de ideas presuntamente cristianas que denigraban la fe judía, había contribuido a la existencia de un ambiente hostil hacia los

⁴³ Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, A/56/253, párr. 98 g). Informe sobre una visita a Argelia, párrs. 108-120 y 149.

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 149.

⁴⁵ Comisión de Derechos Humanos, Relatora Especial, Informe de 1989, *supra*, párr. 41.

⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Ross c. Canadá, párrs. 4.2 a 4.4 (2001).

alumnos judíos.⁴⁷ El Comité observó que “las medidas adoptadas no estaban dirigidas contra sus creencias o pensamientos, sino más bien [contra] la manifestación de estas creencias dentro de un contexto determinado.”⁴⁸ Las medidas fueron tomadas luego de una investigación por una comisión gubernamental de derechos humanos que mostraban un nexo causal entre las declaraciones públicas del maestro y el ambiente “envenenado” percibido por los alumnos judíos. Asimismo, la administración escolar había tomado medidas para minimizar las consecuencias negativas del traslado para el maestro.⁴⁹ En tales circunstancias, el Comité consideró su traslado como necesario para la protección del “derecho y libertad de los niños judíos a disfrutar de un sistema escolar libre de sesgos, prejuicios e intolerancia”, y compatible con el PIDCP.⁵⁰

9.8 La objeción de conciencia

Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni la Declaración Americana, ni el PIDCP ni la Convención Americana, hacen referencia expresa a la objeción de conciencia. No obstante, el Comité de Derechos Humanos considera este derecho inherente a la libertad de conciencia tutelada por el artículo 18 del PIDCP. La Observación General No. 22 establece al respecto lo siguiente:

En el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias.⁵¹

⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 4.3.

⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 11.7.

⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 11.6.

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 117.

⁵¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 11.

Esta interpretación fue confirmada por la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *Westerman*, así como en sus observaciones sobre los informes de varios Estados Partes en el PIDCP.⁵² La mayor parte de la amplia jurisprudencia del Comité sobre este tema se basa en otras disposiciones del PIDCP, en particular al artículo 26. La Observación General No. 22 resume esta jurisprudencia al señalar que dicho artículo no permite “diferenciación entre los objetores de conciencia sobre la base del carácter de sus creencias particulares; [ni] discriminación contra los objetores de conciencia porque no hayan realizado el servicio militar.”⁵³

9.9 La religión o las creencias, la educación y la familia

i) El derecho de los padres a escoger la enseñanza religiosa o moral de sus hijos

El PIDCP y la Convención Americana reconocen expresamente el derecho de los padres a decidir la educación religiosa o moral de sus hijos. La Convención reconoce a los tutores y a sus pupilos como sujetos del mismo derecho. La referencia a la “enseñanza” en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también puede considerarse como una alusión a este derecho, reafirmado por otros instrumentos, entre ellos la Declaración de 1981 sobre la intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (arts. 5.2 y 5.4), y la Convención de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (art. 5.2). Además, está respaldado por las disposiciones de algunos instrumentos normativos que reconocen el derecho de particulares a

⁵² Comité de Derechos Humanos, caso *Westerman c. Países Bajos*, párrs. 9.3 y 9.5 (1999); Observaciones finales sobre los informes de Azerbaiyán y Vietnam, A/57/40, párr. 21 (2001) y párr. 17, respectivamente.

⁵³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 11 (véase también el Capítulo 15 sobre la igualdad y no discriminación).

establecer escuelas privadas [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 13.3; Convención sobre los derechos del niño, art. 29.2].

La Observación General No. 22 señala lo siguiente al respecto:

El Comité opina que el párrafo 4 del artículo 18 permite que en la escuela pública se imparta enseñanza de materias tales como la historia general de las religiones y la ética siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva. La libertad de los padres o de los tutores legales de garantizar que los hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones proclamada en el párrafo 4 del artículo 18 está relacionada con la garantía de la libertad de enseñar una religión o creencias que se recoge en el párrafo 1 del mismo artículo 18. El Comité señala que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores.⁵⁴

En sus observaciones sobre los informes de un Estado Parte al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha calificado de “clara contradicción con el artículo 18 del Pacto” la obligación legal de los padres que profesan la religión del Estado de educar a sus hijos en la misma fe.⁵⁵

⁵⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 22, párr. 6. Véase también Comité de Derechos Humanos, caso Hartikainen c. Finlandia, párrs. 10.4-10.5 (1981).

⁵⁵ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre los informes de Noruega, A/49/40, párr. 93 (1994) y A/55/40, párr. 78 (1999).

ii) Los derechos de los padres y los niños en materia de religión y conciencia

Algunos de estos instrumentos contienen disposiciones que parecen indicar que, tratándose de un niño, la libertad de pensamiento, conciencia y religión está sujeta a otras restricciones que las permitidas por el PIDCP y la Convención Americana. La Declaración sobre la intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981, por ejemplo, contiene la siguiente disposición: “Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño (art. 5.1).

El artículo 14 de la Convención sobre los derechos del niño dedicado a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión guarda silencio sobre el derecho del niño a cambiar de religión.

En cuanto a la citada disposición de la Declaración de 1981, cabe recordar que, si bien un instrumento de esta naturaleza puede arrojar luz sobre el contenido de derechos y conceptos que figuran en otros instrumentos, no puede modificar –y sobre todo nunca disminuir– el contenido de una obligación consagrada por un instrumento vinculante. La mejor directriz con respecto a la manera en que las convicciones religiosas de los padres inciden en la vida de los niños y niñas dentro del ámbito familiar es la consagrada por el artículo 5 de la Convención sobre los derechos del niño, instrumento más actual y de mayor jerarquía como fuente de derecho. Dicho artículo –que es válido no sólo para la libertad de religión y conciencia sino para todos los derechos del niño y adolescente– establece lo siguiente:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orienta-

ción apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.⁵⁶

La omisión en el artículo 14 de la Convención sobre los derechos del niño probablemente no tiene consecuencias, si se tiene en cuenta que la doctrina que indica que el derecho a cambiar de religión o creencia es parte integral e inherente de la libertad de religión y creencia (véase la sección 9.4). Cabe recordar, asimismo, el artículo 41 de la Convención sobre los derechos del niño, que reafirma el principio general del derecho internacional de los derechos humanos en el sentido de que:

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en

- a) El derecho de un Estado Parte; o
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

Por tanto, aún en la hipótesis de que el derecho a cambiar su religión o creencias no estuviera protegido por la Convención sobre los Derechos del Niño, dicha laguna no afectaría la obligación de los Estados en virtud de la Declaración Universal, el PIDCP y la Convención Americana.

Por último, es importante recalcar que las creencias de los padres nunca pueden servir de pretexto para vulnerar los derechos de sus hijos menores. Como señala el artículo 5.5 de la Declaración de 1981: “La práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral (...)”.

⁵⁶ Sobre la importancia y el significado de este artículo, véase el Capítulo 13.

Capítulo 10

La libertad de expresión y de reunión

10.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

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

Artículo IV. Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión

Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.

Artículo XXI. Derecho de reunión

Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 15. Derecho de reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

10.2 Normativa complementaria

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho inclui-

rá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

- a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
- b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 13¹

1. El derecho de opinión de los trabajadores migratorios y sus familiares no será objeto de injerencia alguna.

2. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin limitaciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 del presente artículo entraña obligaciones y responsabilidades especiales. Por lo tanto, podrá ser sometido a ciertas restricciones, a condición de que éstas hayan sido establecidas por ley y sean necesarias para:

- a) Respetar los derechos o el buen nombre ajenos;
- b) Proteger la seguridad nacional de los Estados de que se trate, el orden público o la salud o la moral públicas;
- c) Prevenir toda la propaganda en favor de la guerra;
- d) Prevenir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

¹ Plasmado en la Parte III de la Convención, relativa a los derechos humanos de los trabajadores migratorios.

*Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos,
los grupos y las instituciones de promover y proteger los
derechos humanos y las libertades fundamentales
universalmente reconocidos*

Artículo 5

A fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional:

- a) A reunirse o manifestarse pacíficamente;
- b) A formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos;
- c) A comunicarse con las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales.

Artículo 6

Toda persona tiene derecho, individualmente y con otras:

- a) A conocer, recabar, obtener, recibir y poseer información sobre todos los derechos humanos y libertades fundamentales, con inclusión del acceso a la información sobre los medios por los que se da efecto a tales derechos y libertades en los sistemas legislativo, judicial y administrativo internos;
- b) Conforme a lo dispuesto en los instrumentos de derechos humanos y otros instrumentos internacionales aplicables, a publicar, impartir o difundir libremente a terceros opiniones, informaciones y conocimientos relativos a todos los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- c) A estudiar y debatir si esos derechos y libertades fundamentales se observan, tanto en la ley como en la práctica, y a formarse y mantener una opinión al respecto, así como a señalar a la atención del público esas cuestiones por conducto de esos medios y de otros medios adecuados.

Declaración de principios para la libertad de expresión

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática. (...)

7. Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.

Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales (OIT)

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas

Artículo 2

(...)

5. Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a establecer y mantener, sin discriminación de ninguno tipo, contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo y con personas pertenecientes a otras minorías, así como contactos transfronterizos con ciudadanos de otros Estados con los que estén relacionados por vínculos nacionales o étnicos, religiosos o lingüísticos.

10.3 Consideraciones generales

La importancia especial de la libertad de expresión se confirma en una conocida frase del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reza así:

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias (...)

El Comité de Derechos Humanos considera que “las libertades de información y de expresión son piedras angulares de toda sociedad libre y democrática.”² La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) ha señalado lo mismo al manifestar que: “La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.”³

La libertad de expresión está consagrada en los cuatro grandes instrumentos universales e interamericanos sobre derechos humanos que forman el principal marco de referencia de este libro. La libertad de reunión también es reconocida por cada uno de estos instrumentos. Con frecuencia, la libertad de expresión está asociada con la libertad de pensamiento, mientras que la libertad de reunión está vinculada con la libertad de asociación.⁴ No obstante, se ha

² Comité de Derechos Humanos, caso *Aduayom y otros c. Togo*, párr. 7.4 (1997).

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), caso “La última tentación de Cristo” (Fondo), párr. 68.

⁴ Los artículos 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del PIDCP reconocen el “derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, mientras que los artículos 19 de estos instrumentos reconocen el “derecho a la libertad de opinión y de expresión”. La Declaración Americana hace una distinción más nítida entre la libertad de religión y culto, plasmada

considerado más conveniente incluir la libertad de reunión en el mismo capítulo que la libertad de expresión. Si bien el derecho de los miembros de una asociación a celebrar reuniones está vinculado con la libertad de asociación, el derecho de toda persona a convocar y participar en manifestaciones –objeto de una doctrina y jurisprudencia más importante– tiene una relación muy estrecha con la libertad de expresión.

La libertad de expresión comprende no sólo el derecho a difundir informaciones e ideas, sino también la libertad de investigación y el derecho a “recibir” información y opiniones.⁵ La doctrina reconoce otro derecho que surge de la interacción entre el derecho de investigar y el de participar en la gestión de los asuntos públicos, que es el derecho a tener acceso a la información que obra en los archivos del Estado y de las instituciones públicas. La doctrina y jurisprudencia sobre la libertad de investigación y el derecho a recibir información e ideas se analizan en la sección 10.5 del presente capítulo, y el derecho de acceso a información en la sección 10.6.

El derecho de los familiares de personas desaparecidas a obtener información sobre la suerte y el paradero de éstas o de sus restos, así como el derecho a conocer la verdad sobre los sucesos relacionados con la violaciones sistemáticas de los derechos humanos que han marcado la historia de distintos países, surgen de la interrelación entre el derecho a la información y el derecho a un recurso y a la reparación. Este tema se abordó en el Capítulo 6, dedicado al derecho a un recurso.

El derecho del individuo a tener acceso a la información contenida en archivos y bancos de datos tiene dos aspectos: el derecho de acceso a información de interés público que se encuentra en archivos públicos, mencionado arriba, y el derecho del individuo a obtener la información que sobre sí mismo se encuentra en bancos de

en el artículo III, y la libertad de opinión, consagrada junto con la libertad de investigación, expresión y “difusión del pensamiento”, por el artículo IV. La Convención Americana se acerca más a la normativa universal al consagrar el derecho a libertad de conciencia y creencia junto con la libertad de religión, en su artículo 12.

datos públicos y privados. Este último sirve esencialmente para tutelar la vida privada del individuo y se analizó en el Capítulo 7 dedicado al derecho a la intimidad, honra y personalidad jurídica.

La normativa sobre los derechos de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, y de las poblaciones indígenas, hace hincapié en el derecho que tienen éstas de comunicarse con los miembros de la misma etnia, religión o comunidad que viven en otro Estado. Este aspecto especial del derecho a la comunicación se analiza en el Capítulo 14 en la parte dedicada a los derechos de esas minorías y pueblos indígenas.

En la práctica, la prohibición de discriminación basada en la opinión está vinculada con la libertad de expresión.⁶ El tema de la discriminación se analiza en el Capítulo 15.

10.4 El derecho a difundir información e ideas

i) Reseña de la normativa universal e interamericana

La libertad de expresión es un derecho muy amplio. Los instrumentos internacionales concuerdan en que esta libertad comprende el derecho de manifestar por cualquier medio de expresión, y sin limitación de fronteras, ideas e informaciones (art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 19.2 del PIDCP).⁷ Tanto el PIDCP como la Convención Americana reconocen la amplitud de

⁵ Los artículos 19 de la Declaración Universal, 19.2 del PIDCP y 13.1 de la Convención Americana reconocen todos estos elementos textualmente, y la Declaración Americana consagra la libertad de investigación como parte de la libertad de expresión.

⁶ En el caso *Bwala* por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos consideró que la pérdida de empleo en el sector privado debido a presiones por parte de las autoridades motivadas por las declaraciones políticas de un individuo vulneró el artículo 26 del PIDCP. Caso *Bwala c. Zambia*, párr. 6.7 (1993).

⁷ La Declaración Americana reconoce el derecho a expresarse por cualquier medio, sin precisar expresamente qué comprende información e ideas, ni

este derecho con la frase “informaciones e ideas de toda índole”. No obstante, estos instrumentos también reconocen que este derecho admite limitaciones. El párrafo tercero del artículo 19 del PIDCP regula las restricciones admitidas de la manera siguiente:

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Otras restricciones se desprenden del artículo 20 del PIDCP, que obliga a los Estados a prohibir “Toda propaganda en favor de la guerra” y “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”. Esta misma obligación está consagrada por el párrafo 5 del artículo 13 de la Convención Americana. La Convención sobre la Eliminación de la discriminación racial consagra una obligación más amplia, la de prohibir “toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial” aún cuando no constituya incitación a la discriminación racial o a la violencia (art. 4 a).

La Convención Americana, al igual que el PIDCP, permiten restricciones a este derecho que son destinadas a proteger los bienes jurídicos antes mencionados y que cumplen con los principios de legalidad y necesidad (art. 13.2). La Convención establece, además, un requisito muy importante que no figura en el PIDCP, que es la prohibición de la censura previa (art. 13.2); únicamente se exime de este requisito la censura previa de espectáculos debido a la necesidad de proteger la moral de la infancia y adolescencia (art. 13.4). La protección establecida por el artículo 13 de la Convención es más completa gracias a su párrafo 3, que precisa que el derecho de expresión no puede ser restringido por vías o medios indirectos.

ii) La doctrina y la jurisprudencia universales

La relación entre la libertad de expresión y el derecho de los pueblos a gobernarse por sí mismos fue subrayada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General sobre el artículo 25 del PIDCP:

La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable para garantizar el pleno ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25. Ello comporta la existencia de una prensa y unos medios de comunicación libres capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública.⁸

El Comité de Derechos Humanos también abordó este tema en su decisión sobre el caso Aduayom, así:

El Comité observa que las libertades de información y de expresión son piedras angulares de toda sociedad libre y democrática. Es inherente a la esencia de esas sociedades que sus ciudadanos puedan informarse sobre sistemas y partidos políticos distintos a los que están en el poder y criticar o evaluar abiertamente y en público a sus gobiernos sin temor a ser objeto de interferencia o de castigos, dentro de los límites establecidos en el párrafo 3 del artículo 19.⁹

En consecuencia, la libertad de expresión en materia política está amparada por los artículos 19 y 25 del PIDCP. Esta decisión dice al respecto: “Deberá considerarse que los derechos consagrados en el artículo 25 incluyen la libertad de participar en actividades políticas,

qué trasciende fronteras, pero el artículo 13.1 de la Convención Americana contiene los tres elementos.

⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 25.

⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Aduayom y otros c. Togo, párr. 7.4.

bien a título personal o como miembro de un partido político, la libertad de debatir asuntos públicos, de criticar al Gobierno y de publicar material de contenido político.”¹⁰ El caso Aduayom se refiere a dos profesores de la universidad nacional y a un funcionario público detenidos varios meses bajo cargos de lesa majestad¹¹ y quienes a raíz de la detención fueron destituidos so pretexto de abandono de sus funciones.¹² El Comité consideró que las críticas al sistema político vigente difundidas por las víctimas no representaron peligro alguno a la seguridad u orden público, ni a los derechos de terceros, de manera que las medidas tomadas por las autoridades eran violatorias de la libertad de expresión y del derecho de acceso a la función pública.¹³

En decisiones adoptadas anteriormente el Comité de Derechos Humanos consideró violatoria del PIDCP la detención de personas acusadas de actividades políticas que atentan contra el orden público cuando el sistema político mismo es incompatible con el PIDCP. En el caso Mukong, declaró que “(...) el legítimo objetivo de salvaguardar, e incluso fortalecer, la unidad nacional no puede alcanzarse tratando de silenciar a los defensores de la democracia pluripartidista, los principios democráticos y los derechos humanos.”¹⁴ Por tanto concluyó, al igual que en el caso Aduayom, que como los objetivos de la restricción eran de por sí incompatibles con el PIDCP, no se planteaba la cuestión de determinar la necesidad de las medidas.

En los casos Aduayom y Mukong las víctimas, si bien habían sido detenidas, fueron finalmente excarceladas sin haber sido enjuiciadas. En un caso reciente relativo al enjuiciamiento penal de una persona acusada de haber llamado “dictador” al presidente de la república, el Comité de Derechos Humanos concluyó que no se había

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 7.5.

¹¹ *Ibíd.*, párrs. 2.1-2.3.

¹² *Ibíd.*, párr. 2.4.

¹³ *Ibíd.*, párrs. 7.4 y 7.6.

¹⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, párr. 9.7 (1994). Véanse también Kalenga c. Zambia y Bwala c. Zambia, párrs. 6.2-6.3 respectivamente (1993).

producido una violación de la libertad de expresión porque el acusado había sido sobreseído definitivamente.¹⁵ Cabe destacar que en este caso, a diferencia de los casos Aduayom y Mukong, la acusación penal no estuvo acompañada de detención arbitraria ni de otras violaciones al PIDCP, a excepción de una violación del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.¹⁶ Estas diferencias permiten concluir que la jurisprudencia sobre los casos Aduayom y Mukong sigue teniendo validez para situaciones en las cuales las víctimas sufren detención en razón del uso de la palabra y, aún más, cuando la detención arbitraria forma parte de un cuadro más amplio de represalias como había ocurrido en estos casos.¹⁷

El Comité de Derechos Humanos también ha examinado la compatibilidad del artículo 19 con otro tipo de restricciones a la diseminación de información. El caso Laptsevich versa sobre la aplicación a un folleto con una edición de 200 ejemplares, de una disposición legal que requería que toda publicación contuviera ciertos datos relativos a su registro con las autoridades competentes. El folleto contenía una llamada a la lucha en pro de la independencia del país, a la sazón parte de la Unión Soviética. La decisión reitera la jurisprudencia del Comité en el sentido de que “El derecho a la libertad de expresión tiene importancia fundamental en todas las sociedades democráticas y toda restricción del ejercicio de ese derecho debe reunir requisitos estrictos para ser justificable.”¹⁸ La cuestión decisiva no era la razonabilidad del requisito mencionado, sino la necesidad de su aplicación en las circunstancias concretas del caso.¹⁹ El Comité consideró que el acervo probatorio carecía de cualquier elemento que permitiera concluir que la aplicación de dicho requisito a

¹⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Paraga c. Croacia, párr. 9.6 (2001).

¹⁶ *Ibíd.*, párrs. 9.7-9.9.

¹⁷ Las víctimas en estos casos habían perdido su empleo y habían sido sujetas a restricciones a la libertad de movimiento posterior a la excarcelación y algunas de ellas habían sido víctimas de maltrato y detención en condiciones inhumanas.

¹⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Laptsevich c. Belarus, párr. 8.2 (2000).

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 8.5.

una publicación con estas características era necesaria para la protección del orden público, de manera que tanto la multa impuesta al editor como, *a fortiori*, el decomiso de los folletos, habían vulnerado la libertad de expresión.²⁰

En una serie de casos relativos a la diseminación de ideas que supuestamente representaban una amenaza a la seguridad nacional, el Comité de Derechos Humanos ha insistido en la aplicación estricta del requisito de necesidad. En el caso Park, sobre una persona condenada penalmente por la expresión de ideas que presuntamente correspondían a las posiciones de un país enemigo, el Comité reiteró que “El derecho a la libertad de expresión es de suma importancia en una sociedad democrática y toda restricción impuesta al ejercicio de este derecho deberá responder a una rigurosa justificación.”²¹ El Estado invocó la situación general del país y, en particular, el peligro que para la seguridad nacional representaban las políticas del poderoso país vecino, pero el Comité, tras un examen de la sentencia, concluyó que no había elementos de convicción que permitieran concluir que las opiniones expresadas por la víctima representaban una amenaza seria a la seguridad nacional.²² En sus observaciones sobre el informe de este país, el Comité confirmó que “El Pacto no permite que se impongan restricciones a la libertad de expresión de ideas simplemente porque puede considerarse que esas ideas coinciden con las de una entidad enemiga, o porque puede considerarse que crean simpatía por esa entidad.”²³

Asimismo, en otro caso sobre el mismo país, el Comité de Derechos Humanos observó que las posiciones ideológicas y políticas del país vecino –con el cual existía técnicamente un estado de guerra– eran bien conocidas por la opinión pública, de manera que no

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Comité de Derechos Humanos, caso Park c. República de Corea, párr. 10.3 (1996).

²² *Ibíd.*

²³ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de la República de Corea, A/55/40, párr. 133.

era evidente que la divulgación por un individuo de ideas similares o coincidentes podría “beneficiar” al país enemigo, ni poner en peligro la seguridad nacional.²⁴ En otro caso, el Comité consideró que las supuestas exigencias de seguridad nacional no eran justificación suficiente para la prohibición de declaraciones a favor de una huelga y contra la amenaza del gobierno de enviar tropas para dispersar la huelga.²⁵ Una vez más recalcó que el requisito de necesidad requiere que se sopesen el impacto real de las opiniones expresadas en la seguridad nacional.

La libertad de expresión no se limita al ámbito político, social y cultural, sino que incluye la publicidad comercial.²⁶ Es más, el Comité de Derechos Humanos considera que los criterios para sopesar la licitud de las restricciones a la libertad de expresión no dependen de la naturaleza de las ideas e información en cuestión.²⁷ Con respecto a una disposición legislativa que prohibía el uso del idioma inglés en carteles publicitarios expuestos en sitios públicos, el Comité hizo las observaciones siguientes:

En todo caso, habría que demostrar que las restricciones eran necesarias con arreglo a lo dispuesto en los incisos a) y b) del párrafo 3 del artículo 19. El Comité cree que para proteger la vulnerable posición del grupo de habla francesa en el Canadá no es necesario prohibir los anuncios comerciales en inglés. Esa protección puede lograrse por otros medios que no impidan la libertad de expresión, en el idioma que elijan, de los que se dedican a actividades como el comercio. Por ejemplo, la ley podría haber exigido que los anuncios fueran en francés y en inglés. Todo Estado puede optar por tener uno o más idiomas oficiales, pero, fuera del ámbito público, no puede negar a nadie el derecho a

²⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Kim c. República de Corea, párrs. 12.4 - 12.5.

²⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Sohn c. República de Corea, párr. 10.4.

²⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Ballantyne y otros c. Canadá, párr. 11.3 (1993).

²⁷ *Ibíd.*

expresarse en un determinado idioma. Por consiguiente, el Comité considera que ha habido una violación del párrafo 2 del artículo 19.²⁸

La idea esbozada por el Comité de Derechos Humanos en el caso Ballantyne en el sentido de que la referencia a “los derechos o a la reputación de los demás” contenida en el artículo 19.3 incluye los derechos de comunidades o grupos étnicos, lingüísticos o religiosos, fue desarrollada en dos decisiones posteriores. En el caso Faurisson se impugnó la aplicación de una ley que tipificaba penalmente “el atacar las conclusiones y el veredicto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.”²⁹ De antemano, el Comité recordó que su mandato en el examen de casos individuales no consiste en examinar la compatibilidad de leyes en abstracto con el PIDCP, sino la compatibilidad con éste de la manera en que las leyes han sido aplicadas a hechos concretos por las autoridades y por los tribunales competentes.³⁰ Tras un examen de la sentencia y las declaraciones que sustentaron la condena, el Comité llegó a la conclusión de que la condena “no menoscababa su derecho [del condenado] a mantener y expresar una opinión general [sino que] el tribunal condenó al Sr. Faurisson más bien por haber violado los derechos y la reputación de terceros (...)”. Los terceros cuyos derechos eran protegidos por la condena eran los miembros de la comunidad judía. Al respecto el Comité precisó lo siguiente:

(...) el párrafo 3 del artículo 19 permite ciertas restricciones a la libertad de expresión [que] pueden relacionarse con los intereses de terceros o los de la comunidad en conjunto. Dado que, leídas en su contexto completo, las declaraciones hechas por el autor podían suscitar o reforzar sentimientos antisemitas, las restricciones favorecerían el derecho de la comunidad judía a vivir sin temor de una atmósfera de antisemitismo.³¹

²⁸ *Ibíd.*, párr. 11.4. Véase también Comité de Derechos Humanos, caso *Singer c. Canadá*, párr. 12.2 (1994).

²⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Faurisson c. Francia*, párr. 9.3 (1996).

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*, párr. 9.6.

El Comité de Derechos Humanos no examinó la necesidad de la medida so pretexto de que nadie la había cuestionado.³² La no aplicación de este importante requisito quizás puede explicarse por la incidencia –aunque no mencionada por el Comité– de la obligación de prohibir “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (...)” consagrada por el artículo 22.2 del PIDCP.

El Comité de Derechos Humanos hizo alusión al artículo 20.2 en una decisión más reciente, a pesar de que ésta no trataba de sanciones penales sino de medidas administrativas, por considerar que la existencia de la obligación plasmada en el artículo 20.2 demuestra que toda medida que guarda relación con este objetivo tutela un bien jurídico compatible con el PIDCP. La decisión en el caso *Ross* reconoce, en primer lugar, que el traslado de un educador a desarrollar funciones administrativas en razón de las ideas expresadas en un libro escrito por él, constituyó una restricción a su libertad de expresión aún cuando no se le había impedido expresar sus ideas públicamente y cuando el traslado no tenía mayores consecuencias para sus derechos laborales. El Comité manifestó al respecto que “La pérdida de un puesto docente constituía un perjuicio importante, incluso si el perjuicio pecuniario fuera insignificante o inexistente.”³³ Luego de establecer que la medida guardaba relación con uno de los bienes jurídicos pertinentes –la protección de los derechos y la reputación de “las personas de confesión judía”– el Comité abordó la cuestión de la necesidad de la medida. Su análisis y conclusión aparecen en el párrafo siguiente:

En este caso, el Comité recuerda que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades especiales. Estos deberes y responsabilidades especiales son particularmente importantes en el sistema de enseñanza, sobre todo en lo que respecta a la enseñanza de jóvenes alumnos. A juicio del Comité, la influencia que ejercen los maestros puede justificar las limitaciones para garantizar que el sistema de enseñan-

³² *Ibíd.*, párr. 9.7.

³³ Comité de Derechos Humanos, caso *Ross* c. Canadá, párr. 11.1 (2000).

za no legitime la expresión de opiniones discriminatorias. En este caso concreto el Comité toma nota de que el Tribunal Supremo estimó que era razonable prever que había una relación causal entre las expresiones del autor y el “ambiente escolar envenenado” que percibieron los niños judíos en el distrito escolar. En este contexto, el hecho de apartar al autor de un puesto docente puede considerarse una restricción necesaria para proteger el derecho y la libertad de los niños judíos a disfrutar de un sistema escolar libre de sesgo, prejuicios e intolerancia. Además, el Comité observa que el autor fue transferido a un puesto no docente solamente después de un periodo mínimo de licencia sin sueldo, y que la restricción, por consiguiente, no fue más allá de lo necesario para cumplir su función protectora. Por tanto, el Comité de Derechos Humanos llega a la conclusión de que los hechos no revelan una violación del artículo 19.³⁴

En sus observaciones finales sobre los informes de los Estados Partes al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre otros aspectos de la libertad de expresión. En una oportunidad indicó que la tipificación del delito de desacato es incompatible con la libertad de expresión.³⁵ En otra, señaló que “la falta de criterios en la concesión o denegación de licencias a los medios de comunicación (...) repercute negativamente en el ejercicio de la libertad de expresión y prensa (...)”.³⁶ Las disposiciones legislativas que prohíben la difusión de información sobre cuestiones bancarias, comerciales y científicas, o “información inexacta”, son excesivamente restrictivas de la libertad de expresión.³⁷ Asimismo, las dispo-

³⁴ *Ibíd.*, párr. 11.7.

³⁵ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de República Dominicana, párr. 22, A/56/40, p. 52. Véanse también las Observaciones finales sobre el Informe de Marruecos, A/56/40, párr. 119, relativas al delito de injuria a los miembros de la familia real.

³⁶ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Ucrania, párr. 22, A/57/40. La misma observación señala que “el sistema de subvenciones a la prensa puede servir para suprimir la libertad de expresión.”

³⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre los Informes de Uzbekistán, párr. 18, A/56/40, y de Marruecos, A/55/40, párr. 119.

siciones que tipifican como delito la “oposición a los fines de la revolución” y condicionan el ejercicio de la libertad de expresión a la “crítica constructiva” vulneran el artículo 19 y deben derogarse.³⁸ Las disposiciones penales que prohíben la blasfemia o el menoscabo de valores religiosos, son igualmente incompatibles con el artículo 19.³⁹

La doctrina del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) contiene elementos relativos a la libertad de expresión, algunos de los cuales pueden tener relevancia fuera del ámbito sindical. El derecho de publicar opiniones sin censura previa es considerado como “uno de los elementos esenciales de los derechos sindicales”, y la facultad discrecional de retirar la autorización de publicación de un periódico sin recurso judicial se considera un atentado contra la libertad sindical.⁴⁰

iii) La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana

En su Opinión Consultiva OC-5/85, la Corte Interamericana hizo un aporte importante a la doctrina sobre el contenido de la libertad de expresión, así como al principio de necesidad. La Opinión trata sobre la compatibilidad con el artículo 13 de la Convención Americana de una disposición legislativa que imponía la colegiatura obligatoria de periodistas como requisito para ejercer dicha profesión. La Opinión, como se verá en la sección siguiente, hace hincapié en la importancia y complementariedad de ambas dimensiones de esta libertad, a saber: la de difundir información e ideas y la de recibirlas. Esta óptica influye en la amplia interpretación del contenido de la

³⁸ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Siria, párr. 24, A/56/40.

³⁹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre los Informes del Reino Unido, A/55/40, párr. 310, y de Marruecos, A/55/40, párr. 119.

⁴⁰ La Libertad Sindical, Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1996, párrs. 154 y 162. (Sobre el Comité de Libertad Sindical y su doctrina, véase el Capítulo 11 dedicado a la libertad de asociación y la libertad sindical.)

libertad de expresión desarrollada por la Corte en los párrafos siguientes:

En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas “por cualquier (...) procedimiento”, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al *status* de quienes se dediquen profesionalmente a ella.
(...)

Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.⁴¹

⁴¹ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas”, párrs. 31 y 34.

En suma, recalca la Corte Interamericana, “la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles.”⁴²

Con respecto al principio de necesidad, la Corte Interamericana suscribe la jurisprudencia de la Corte Europea en el párrafo siguiente:

Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la existencia de una “necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”. Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.⁴³

Con respeto a los bienes jurídicos que pueden eventualmente justificar restricciones a ésta y a otras libertades, la Corte Interamericana invocó otro principio importante en el párrafo siguiente:

⁴² *Ibíd.*, párr. 36.

⁴³ *Ibíd.*, párr. 46. Se omiten las notas a las sentencias de la Corte Europea en los casos *The Sunday Times* y *Barthold*.

No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.⁴⁴

Respecto al objetivo concreto de la consulta, la Corte Interamericana concluyó que, si bien los objetivos de la medida eran legítimos y correspondían a los contemplados por el artículo 13.2 de la Convención Americana, la medida no podía considerarse necesaria “porque es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad.”⁴⁵

La Corte Interamericana reafirmó la doctrina sentada en la Opinión antes citada en su sentencia sobre el caso conocido como “La última tentación de Cristo”, relativo a la censura de una película del mismo nombre. El análisis de la Corte parte de las siguientes observaciones de orden general:

Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo [13], la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 67.

⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 79.

difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención.⁴⁶

A renglón seguido la Corte Interamericana declara a la libertad de expresión como “piedra angular de una sociedad democrática”, y ratifica la doctrina de la Corte Europea en el sentido de que la libertad de expresión:

(...) es válid[a] no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una “sociedad democrática” (...)⁴⁷

⁴⁶ Corte Interamericana, caso “La última tentación de Cristo” (Fondo), párrs. 65-67 (2001).

⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 69.

La censura previa de la película en este caso no respondía a la única excepción admitida por el artículo 13 de la Convención Americana, de manera que la Corte Interamericana no tuvo dificultades en concluir que se había vulnerado dicho artículo.⁴⁸

En el caso *Ivcher Bronstein*, la Corte Interamericana examinó medidas que afectan a la libertad de expresión en forma indirecta, debido a sus consecuencias para personas vinculadas a los medios de comunicación. El análisis de la libertad de expresión se inicia con la reafirmación, en términos casi idénticos, de las observaciones contenidas en los párrafos 64 a 67 de la sentencia en el caso “La última tentación de Cristo”.⁴⁹ Se reafirma, asimismo, la doctrina de que la libertad de expresión “constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática” que “no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturbaban al Estado o a cualquier sector de la población.”⁵⁰ Su jurisprudencia se desarrolla sobre la relación entre la democracia y la libertad de expresión mediante otra referencia a la jurisprudencia Europea, a saber:

(...) los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública.⁵¹

Este caso concreto trató de la privación de nacionalidad del accionista mayoritario, director y presidente de una compañía operadora de un canal de televisión. Como la legislación reservaba a los nacio-

⁴⁸ *Ibíd.*, párrs. 70-71.

⁴⁹ Corte Interamericana, caso *Ivcher Bronstein* (Fondo), párrs. 146-149 (2001).

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 152 (se omite una nota con citas a la jurisprudencia europea).

⁵¹ *Ibíd.*, párr. 155 (se omite una nota con una cita al caso *Sürek y Özdmer*).

nales el derecho a ser propietarios de los medios de comunicación, la privación de la nacionalidad resultó en la pérdida del control de las acciones por el peticionario así como la pérdida del manejo de la compañía.⁵² Estas medidas se produjeron después de la emisión por el canal de televisión en cuestión de reportajes relativos a corrupción y a graves violaciones de derechos humanos por parte de personas vinculadas al servicio de inteligencia de ese país, y fueron seguidas por cambios en el personal que había participado en la preparación y presentación de tales reportajes.⁵³ La Corte Interamericana, tras señalar que una supuesta restricción o limitación a la libertad de expresión no debe ser evaluada en abstracto sino “a la luz de los hechos del caso en su totalidad, incluyendo las circunstancias y el contexto en los que éstos se presentaron”, concluyó que la privación de la nacionalidad al accionista mayoritario, director y presidente del canal de televisión “constituyó un medio indirecto de restringir la libertad de expresión”, que “no sólo restringió [su] derecho (...) a circular noticias, ideas y opiniones, sino que afectó también el derecho de todos los peruanos a recibir información, limitando así su libertad para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática.”⁵⁴

En el caso Blake, relativo a un periodista extranjero que realizaba una investigación sobre un movimiento guerrillero, la Corte Interamericana no examinó la supuesta violación de la libertad de expresión por considerarla una mera “consecuencia accesoria de la comprobada desaparición y muerte” de la víctima.⁵⁵ No está claro la razón por la que la Corte procedió a examinar en un caso y no en el otro las consecuencias indirectas para la libertad de expresión de la violación de otro derecho. La naturaleza del derecho violado en forma más directa –la nacionalidad en el caso Ivcher Bronstein y la vida en el caso Blake– puede ser un factor, y la coherencia de elementos de

⁵² *Ibíd.*, párrs. 125-126.

⁵³ *Ibíd.*, párrs. 156-161.

⁵⁴ *Ibíd.*, párrs. 154, 162 y 163, respectivamente.

⁵⁵ Corte Interamericana, caso Blake (Fondo), párr. 105 (1998).

prueba que permiten inferir los motivos de los hechos podría ser otro. De todos modos, la jurisprudencia de la CIDH parece indicar que la idea de que las consecuencias indirectas de una violación de otro derecho humano en la libertad de expresión no merecen ser examinadas tiene un alcance limitado, como se verá enseguida.

*iv) La doctrina y la jurisprudencia de la
Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

La jurisprudencia reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), incluyendo algunas decisiones adoptadas con posterioridad a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Blake, no deja de analizar las consecuencias para la libertad de expresión e información de la violencia contra periodistas y otros comunicadores sociales. Una decisión adoptada en 1996, por ejemplo, llega a la siguiente conclusión:

Los agentes del Gobierno que cometieron el ataque del 25 de febrero de 1993 evidenciaron un objetivo táctico preciso: obtener las muestras filmicas que el Sr. Gómez López había recogido durante su visita a las CPRs, y neutralizar su difusión a través de producirle la muerte. Consiguieron sustraerle los materiales, y aunque fallaron en lo segundo, produjeron en su contra una agresión física que se equiparó, en su ilegitimidad, a la intencionalidad desplegada. Las acciones desarrolladas por Carlos Ranferí Gómez López durante su visita en las CPRs constituyen el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. En consecuencia, el atentado del 25 de febrero de 1993 constituye una violación a esos derechos protegidos en el artículo 13 de la Convención.⁵⁶

⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Gómez López c. Guatemala, párr. 92. Las CPR fueron las Comunidades de Población en Resistencia (véase el Informe sobre la situación de los derechos humanos publicado por la CIDH en 1984).

Un informe publicado por la CIDH en 1998 contiene un capítulo sobre la libertad de expresión, parte del cual se dedica al tema de la violencia contra periodistas. La conclusión de la CIDH es la siguiente:

Las agresiones cometidas en contra de los periodistas tienen precisamente el objetivo de silenciarlos, por lo que constituyen igualmente violaciones al derecho que tiene una sociedad a acceder libremente a la información. Una prensa independiente y crítica constituye un elemento fundamental para la vigencia de las demás libertades que integran el sistema democrático y el Estado de Derecho.⁵⁷

En dos decisiones adoptadas en 1999, el año siguiente de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Blake, la CIDH concluyó que:

(...) la falta de investigación y sanción penal de los autores materiales e intelectuales del asesinato de[l periodista] conforme a la legislación y los procedimientos internos mexicanos, implica la violación del derecho a informar y expresarse pública y libremente. Igualmente, la CIDH concluye que el homicidio del periodista constituye una agresión contra todo ciudadano con vocación de denunciar arbitrariedades y abusos en la sociedad, agravada por la impunidad de sus autores. Por lo tanto, la falta de investigación seria y completa de los hechos del presente caso genera la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación del derecho a la libertad de expresión de[l periodista] y de los ciudadanos en general a recibir información libremente y a conocer la verdad de lo acontecido.⁵⁸

En uno de estos casos la víctima era codirector de un semanario y autor de una columna de chismes sobre el ámbito político y comentarios sarcásticos sobre figuras políticas; la víctima en el otro

⁵⁷ CIDH, Situación de los derechos humanos en México, p. 143 (1998).

⁵⁸ CIDH, caso Miranda c. México, párr. 56 y Oropeza c. México, párr. 61 (1999).

caso publicaba una columna en la que denunciaba vínculos entre los políticos y los narcotraficantes.⁵⁹

La importancia prestada por la CIDH a los atentados o represalias contra personas en razón de su ejercicio de la libertad de expresión refleja la importancia de los hechos en la dimensión social de esta libertad. No tomar en cuenta esta dimensión sería ignorar que, como bien señala la Corte Interamericana, “en un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública.”

La jurisprudencia de la CIDH establece que la difusión de información sobre ciertos temas no sólo es un derecho de la persona, sino un deber. En el caso Robles Espinoza, relativo a un oficial acusado de “Ultraje a las Fuerzas Armadas” a raíz de su denuncia de la participación de las mismas en ciertos hechos violatorios de los derechos humanos, la CIDH declaró lo siguiente:

En todo caso, en una sociedad democrática la denuncia sobre hechos delictivos, sobre todo cuando se refieren a violaciones de derechos humanos cometidas por funcionarios del Estado, no puede dar lugar a persecución penal. El criminalizar las denuncias sobre violaciones de los derechos humanos es una forma de represión contra las víctimas y personas que defienden los derechos humanos y pretenden contener los abusos de las fuerzas estatales de seguridad. (...)

El General Robles, al denunciar la participación de las fuerzas de seguridad del Estado en diversos actos delictivos, se encontraba cumpliendo sus obligaciones como ciudadano, como oficial del Ejército y como funcionario público. Las autoridades del Estado, en una sociedad democrática, tienen la obligación de proteger y velar por el respeto de los derechos humanos. El Estado democrático de derecho al que propende el sistema interamericano tiene sus pilares fundamentales en el con-

⁵⁹ CIDH, caso Miranda c. México, párr. 2 y Oropeza c. México, párr. 2.

cepto de dignidad humana, control del poder público y respeto absoluto a los derechos humanos. Todo funcionario público está obligado a defender estos valores.⁶⁰

Durante la última década la CIDH ha puesto particular énfasis en la necesidad de que la legislación sobre este tipo de delitos sea derogada. En 1994 publicó un informe sobre la materia que, por sus implicaciones para la libertad de expresión en general, merecen reproducirse *in extenso* y que son las siguientes:

Los artículos 13(2) y (3) reconocen que la zona de intervención legítima del Estado comienza cuando la expresión de una opinión o una idea interfiere directamente con los derechos de los demás o constituye una amenaza directa y evidente para la vida en sociedad. Sin embargo, en la arena política en particular, el umbral para la intervención del Estado con respecto a la libertad de expresión es necesariamente más alto debido a la función crítica del diálogo político en una sociedad democrática. La Convención requiere que este umbral se incremente más aún cuando el Estado impone el poder coactivo del sistema de la justicia penal para restringir la libertad de expresión. En efecto, si se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica. (...)

La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso

⁶⁰ CIDH, caso Robles Espinoza e hijos c. Perú, párrs. 102-103 (1999).

abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla.

En conclusión, la Comisión entiende que el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.⁶¹

La Declaración de Principios sobre la libertad de expresión adoptada por la CIDH confirma esta postura. El Principio undécimo, en su parte pertinente establece que “Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’ atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.”⁶²

10.5 La libertad de investigación y el derecho de buscar y recibir información

La sección anterior enfoca dos aspectos de la libertad de expresión que la Corte Interamericana identifica como la dimensión individual y la social. La dimensión individual corresponde al derecho a expresar ideas e información, mientras que la dimensión social corresponde al derecho de difundir información e ideas por los me-

⁶¹ CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana, Informe Anual 1994, Cap. V, Parte V (se omite una cita al texto del párrafo 5 de artículo 13).

⁶² CIDH, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Informe Anual 2001, vol. III, p. 136.

dios de comunicación social. El derecho a recibir información también tiene una dimensión individual –el derecho de toda persona a buscar y obtener la información que le interesa–, y una dimensión social –el derecho del público a recibir información e ideas de las fuentes más diversas–. La Opinión Consultiva OC-5/85 hace hincapié en la importancia de la dimensión social del derecho a recibir informaciones e ideas:

El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...)” Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.⁶³

Esta doctrina fue reafirmada en la sentencia sobre el caso “La última tentación de Cristo”, la cual después de referirse al párrafo antes citado de la Opinión Consultiva OC-5/85, agrega lo siguiente:

Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informa-

⁶³ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 30.

ciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.⁶⁴

El uso de la palabra “ciudadano” en vez de “persona” o “individuo” quizás hace alusión a la importancia de la dimensión social del derecho de acceso a información para el sano desarrollo de la democracia y, en particular, al control que la opinión pública debe ejercer sobre el poder público.⁶⁵

La dimensión social de la libertad de comunicación fue reconocida por la CIDH hace dos décadas en un resumen doctrinal que señala, entre otras cosas, lo siguiente:

La libertad de expresión es universal y encierra en concepto la facultad jurídica que asiste a toda persona, individual o colectivamente considerada, para expresar, transmitir y difundir su pensamiento; paralela y correlativamente, la libertad de informarse también es universal y entraña el derecho colectivo de las personas a recibir la información que los demás les comunican sin interferencias que la distorsionen.⁶⁶

Las distintas facetas de la libertad de buscar y diseminar información e ideas se complementan y se sobreponen, como ilustra el caso Medina Charry, que trata de un individuo detenido porque en un operativo de la policía encontraron en su mochila varios ejemplares del diario de un partido político.⁶⁷ La conclusión de la CIDH fue la siguiente:

⁶⁴ Corte Interamericana, caso “La última tentación de Cristo” (fondo), párr. 66.

⁶⁵ Véase el párrafo 155 de la sentencia en el caso Ivcher Bronstein y la decisión de la CIDH en el caso Robles Espinoza, *supra*.

⁶⁶ CIDH, Limitaciones a la libertad de expresión e información, Informe Anual 1980-1981, pp. 121-123, citado en el caso Oropeza, *supra*, párr. 51.

⁶⁷ CIDH, caso Medina Charry c. Colombia, párrs. 73-74 (1997).

La Comisión presume, por lo tanto, que los oficiales de la policía que lo detuvieron y desaparecieron creían que el hecho de que el Sr. Medina tenía en su posesión periódicos comunistas era evidencia de que él constituía un peligro importante. Estos oficiales consideraron que la desaparición del Sr. Medina fue justificada, basándose solamente en su decisión de ejercer su derecho a la libertad de expresión, llevando consigo los periódicos.

Sin embargo, la Comisión ha dejado en claro que “el ejercicio de los derechos protegidos en la Convención Americana nunca puede justificar ataques o represalias por parte de agentes del Estado”. Las represalias son consideradas necesariamente como un intento de desalentar o impedir el ejercicio de derechos protegidos. Cuando agentes del Estado, no obstante este principio, llevan a cabo represalias por el ejercicio de un derecho, se viola el derecho en cuestión.

Al tener consigo un periódico comunista, para su distribución o uso personal, el Sr. Medina ejercía su derecho de buscar, recibir o difundir informaciones e ideas. Cuando los agentes del Estado se desquitaban con él como consecuencia de su ejercicio de ese derecho violaron el párrafo 1 del artículo 13.⁶⁸

La jurisprudencia de la CIDH pone particular énfasis en la obligación de respetar y proteger a los periodistas que ejercen su derecho a buscar información y recopilar ideas para su eventual difusión en los medios de comunicación. En el caso Bustíos Saavedra, por ejemplo, la CIDH consideró que “El hecho de que existiera un conflicto armado y que las autoridades de la zona de Ayacucho supieran que Bustíos y Rojas eran periodistas, requería por parte de aquellas que otorgaran la mayor protección posibles a ambos periodistas a fin de que éstos pudieran desarrollar su función de buscar, cubrir y difundir informaciones sobre los hechos que acaecían en la zona, con el

⁶⁸ *Ibíd.*, párrs. 75-77 (notas omitidas).

máximo de garantías posibles, hecho que no fue garantizado por el Estado peruano.”⁶⁹ La Declaración sobre los principios para la libertad de expresión adoptada por la CIDH en el año 2000 reconoce un corolario importante de la libertad de investigación, a saber: “Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.”⁷⁰

Las observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre los informes de Estados Partes en el PIDCP arroja luz sobre otros aspectos del derecho a recibir información e ideas de toda índole. En una oportunidad, por ejemplo, el Comité expresó preocupación por el hecho de que “los periódicos y las publicaciones extranjeras no estén fácilmente disponibles para el público en general.”⁷¹

Con respecto al derecho de la persona a expresar y recibir información e ideas “sin limitación de fronteras”, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado de la libertad de expresión considera a la internet como un medio de comunicación “esencialmente democrático [pues] proporcion[a] al público y a las personas un acceso a las fuentes de información y permite a todos participar activamente en los procesos de comunicación.” Dada la importancia de este medio la Comisión se ha mostrado preocupada “por la información recibida respecto de los esfuerzos que realizan algunos gobiernos para controlar o para suprimir el acceso a Internet”, y recuerda que toda restricción de acceso a este medio debe cumplir estrictamente con los requisitos del párrafo 3 del artículo 19.⁷²

⁶⁹ CIDH, caso Bustios Saavedra c. Perú, párr. 75 (1997). Véase también el caso Gómez López, *supra*.

⁷⁰ CIDH, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2001, *supra*, p. 136.

⁷¹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de la RPD Corea, A/56/40, párr. 23.

⁷² Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Relator Especial, Informe E/CN.4/2002/75, párrs. 102 y 110.

10.6 El derecho de acceso a información pública

i) La jurisprudencia universal

Las obligaciones del Estado con respecto al derecho de la persona a buscar y recibir información incluyen no sólo la obligación negativa de no restringir ni obstaculizar el ejercicio de este derecho, sino también una obligación positiva de facilitar el acceso a la información que obre en poder de las distintas autoridades e instituciones públicas. El Comité de Derechos Humanos abordó este tema en el caso Gauthier en el cual, después de citar su doctrina relativa a la relación entre los derechos políticos y la libertad de expresión, comentó que “los ciudadanos, en particular por conducto de los medios de información, deberían tener amplio acceso a la información y la oportunidad de difundir información y opiniones acerca de las actividades de los órganos [del Estado] constituidos por elección y de sus miembros.”⁷³ La práctica impugnada en este caso era la de reservar el acceso a las instalaciones del Parlamento Federal a los miembros de una asociación profesional de periodistas. Si bien la denegación del uso de tales facilidades a periodistas no afiliados a la asociación no les privaba de acceso a información sobre las labores del parlamento, cuyas sesiones eran televisadas, el Comité consideró que la negación del derecho a presenciar las sesiones del parlamento colocaba a los periodistas no afiliados en desventaja frente a los miembros de la asociación y, por tanto, debía considerarse una restricción a su derecho de acceso a la información.⁷⁴ Habiendo concluido que la medida constituía una restricción al derecho de acceso a la información, el Comité pasó a considerar si “su gestión y aplicación es necesaria y proporcionada en relación con el objetivo en

⁷³ Comité de Derechos Humanos, caso Gauthier c. Canadá, párr. 13.4 (1995). La cita corresponde a la frase del párrafo 25 de la Observación General No. 25 citada en la sección 10.5 del presente capítulo.

⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 13.5.

cuestión, y (...) no es arbitraria (...).⁷⁵ En otras palabras, “Los requisitos de acreditación deberían ser concretos, objetivos y razonables, y su aplicación transparente.”⁷⁶ Su conclusión aparece en el párrafo siguiente:

En este caso, el Estado Parte ha permitido a una organización privada controlar el acceso a las instalaciones de la prensa en el Parlamento, sin intervención. El sistema no permite asegurar que no ocurran exclusiones arbitrarias de las instalaciones de la prensa en el Parlamento. En esas circunstancias, el Comité opina que no ha quedado demostrado que el sistema de acreditación sea una restricción necesaria y proporcionada de los derechos en el sentido del párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, encaminada a garantizar el funcionamiento eficaz del Parlamento y la seguridad de sus miembros. Por consiguiente, el impedir el acceso del autor a las instalaciones de la prensa del Parlamento por no ser miembro de la Asociación (...) constituye una violación del párrafo 2 del artículo 19 del Pacto.

En sus observaciones sobre el informe de un Estado Parte al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos indicó que la obligación de “garantizar el acceso a la información” guarda relación con el derecho de los periodistas extranjeros y delegaciones de organizaciones de derechos humanos radicados en el exterior a obtener acceso al territorio nacional del Estado. Sus observaciones al respecto son las siguientes:

El Comité está también preocupado por el (...) limitado acceso al territorio del Estado Parte que se concede a las organizaciones de derechos humanos, como lo indica el pequeño número de organizaciones no gubernamentales internacionales de derechos humanos a las que se ha concedido permiso para visitar el país en el último decenio.

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 13.6.

⁷⁶ *Ibíd.*

El Estado Parte debería conceder acceso a su territorio a las organizaciones internacionales de derechos humanos y a otros órganos internacionales de forma ordinaria, cuando lo soliciten, y garantizar el acceso a la información indispensable sobre la promoción y protección de los derechos humanos.

Al Comité le preocupa también que la presencia permanente en la República Popular Democrática de Corea de representantes de los medios de comunicación extranjeros se limita a tres países (...)⁷⁷

ii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

El Relator para la libertad de expresión de la CIDH considera al derecho de obtener información que está en poder del Estado –denominada “información pública”– un componente importante de la libertad de información. En su primer informe expresó lo siguiente al respecto:

El derecho de acceso a la información en poder del Estado es uno de los fundamentos de la democracia representativa. En un sistema representativo los funcionarios son responsables frente a la ciudadanía que confió en ellos su representación política y la facultad de decidir sobre los asuntos públicos. El titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos. Asimismo, la información que el Estado utiliza y produce se logra con fondos que provienen de los impuestos que pagan los ciudadanos.⁷⁸

⁷⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de la RPD Corea, párrs. 11 y 23, supra, pp. 96 y 99.

⁷⁸ CIDH, Informe Anual 1999, vol. III, p. 25. El Relator también considera el derecho del individuo a acceso a información sobre sí contenida en bancos de datos públicos y privados parte de la libertad de información. En la presente obra, este tema está considerado en el Capítulo 7 sobre el derecho a la intimidad, honra y personalidad jurídica. La CIDH decidió establecer una

La Comisión ratificó la existencia de este derecho en la Declaración de Principios sobre la libertad de expresión adoptada en el año 2000, cuyo Principio cuarto reza así:

El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.⁷⁹

Llama la atención el hecho de que de los distintos bienes jurídicos que, en principio, según el artículo 13.2 de la Convención Americana pueden justificar restricciones a la libertad de expresión e información, la Comisión considera que únicamente la seguridad nacional guarda relevancia con esta dimensión específica de la libertad de información.

Recientemente, el Relator abundó sobre el alcance de la libertad de acceso a información:

(...) Este derecho habilita a la ciudadanía a un conocimiento amplio sobre las gestiones de los diversos órganos del Estado, dándole acceso a información relacionada con aspectos presupuestarios, el grado de avance en el cumplimiento de objetivos planteados y los planes del Estado para mejorar las condiciones de vida de la sociedad en su conjunto, entre otros. El control efectivo de los ciudadanos sobre las acciones públicas requiere no sólo una abstención por parte del Estado de censurar información sino que requiere la acción positiva de proporcionar información a los ciudadanos. Es evidente que sin esta información, a la que todas las personas tienen derecho, no puede ejercerse la

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en 1997; ésta se estableció en 1998, y publicó su primer informe como parte del Informe Anual de la CIDH, en 1999.

⁷⁹ CIDH, Informe Anual vol. III, p. 135.

libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental.⁸⁰

10.7 La libertad de reunión

i) Consideraciones generales

La libertad de reunión está consagrada en los cuatro instrumentos que constituyen el principal marco de referencia del presente libro. La Declaración Universal de Derechos Humanos la rige en forma sencilla, precisando únicamente que el alcance de este derecho se limita a reuniones de naturaleza pacífica. La Declaración Americana reafirma esta condición o limitación y reconoce que la libertad de reunión comprende el derecho a realizar dos tipos de reuniones: asambleas transitorias y manifestaciones públicas, y que se puede ejercer en defensa de “intereses de cualquier índole”.

El PIDCP y la Convención Americana contienen disposiciones relativas a la licitud de las restricciones a esta libertad que son similares entre sí y semejantes a las disposiciones de ambos instrumentos sobre las restricciones a las demás libertades, como la de expresión, de asociación y de circulación. Concretamente, los artículos 21 del PIDCP y 15 de la Convención Americana reconocen la licitud de las restricciones que tutelan la seguridad nacional, la seguridad y el orden público, la salud y moral públicas, los derechos y las libertades de los demás, y que respetan los principios de legalidad y necesidad. La Convención Americana precisa que esta libertad se refiere al derecho de efectuar reuniones “sin armas”, y que el requisito de necesidad requiere que la restricción sea “necesaria en una sociedad democrática”. A pesar de estas diferencias de forma, el artículo 21 del PIDCP y el artículo 15 de la Convención son, en el

⁸⁰ CIDH, Informe Anual 2001, vol. III, párr. 16 (se omite una nota que refiere a la Opinión Consultiva OC-5/85).

fondo, sustancialmente idénticos. También son muy similares a las disposiciones sobre restricciones a la libertad de expresión contenidas en los artículos 19.3 del PIDCP y 13.2 de la Convención. Estas similitudes hacen que, en términos generales, la jurisprudencia arriba descrita relativa a la necesidad de las medidas que afectan la libertad de expresión también guarde relevancia con la necesidad de las restricciones a la libertad de reunión.

Ni el Comité de Derechos Humanos ni los órganos del sistema interamericano han adoptado ninguna doctrina sobre la libertad de reunión, y su jurisprudencia sobre el tema no es extensa. En contraste, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha desarrollado una doctrina importante. Esta doctrina ha sido elaborada en un marco normativo distinto, el derecho internacional de trabajo o derecho internacional social, que tiene características propias. En particular, los instrumentos internacionales sobre libertad sindical no consagran expresamente la libertad de reunión, sino que ésta es considerada por la doctrina como un elemento intrínseco de la libertad sindical. Cabe considerar que la mayor parte de esta doctrina, como se refiere a la libertad de reunión en cuanto derecho consuetudinario, puede servir de referencia en la interpretación del alcance de la libertad de reunión en el marco de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos.⁸¹ Ello es así porque, en primer lugar, como derecho consuetudinario su contenido, su alcance y sus límites no dependen de los términos precisos de ningún instrumento, y en segundo lugar, porque el contenido de la libertad de reunión en cuanto elemento de la libertad sindical no puede ser menor que su contenido como derecho de toda persona consagrado por el derecho internacional de los derechos humanos.

⁸¹ La única parte de la doctrina del derecho internacional del trabajo que no tiene aplicabilidad es la que dispone que, en cuanto elemento de la libertad sindical, la libertad de reunión sólo puede ejercerse con relación a demandas de índole socioeconómica y no con fines políticos.

ii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos

La decisión más significativa del Comité de Derechos Humanos en la materia trata sobre una persona condenada por haber convocado una “reunión pública” sin notificarlo previamente a las autoridades. La condena se basó en el hecho de que 25 miembros de una organización dirigida por la acusada se presentaron ante el palacio presidencial al momento de la llegada del jefe de Estado de otro país para protestar contra la actuación de éste en el campo de los derechos humanos, después de distribuir volantes y de exhibir una pancarta.⁸² La legislación vigente tipificaba penalmente la convocatoria a una reunión pública sin haberse notificado a la policía al menos seis horas antes de su celebración.⁸³ En opinión del Estado estas veinticinco personas habían participado en una manifestación ya que su comportamiento había sido diferente del de los demás miembros del público presente.⁸⁴ Según el Estado, el requisito de notificación previa no debía considerarse como una restricción a la libertad de reunión, sino como una medida destinada a asegurar que la reunión fuera pacífica y los manifestantes pudieran ejercer este derecho sin perjudicar el orden y la seguridad públicas.⁸⁵ La peticionaria consideró que ella y sus compañeros habían ejercido solamente la libertad de expresión y no la libertad de reunión.⁸⁶

El Comité de Derechos Humanos opinó que el requisito de seis horas para la notificación previa a la policía sobre la intención de realizar una manifestación en un lugar público no era en sí incompatible con el artículo 21 del PIDCP. No obstante, el Comité también estimó que no debía considerarse como una manifestación “la reunión de varias personas en el lugar donde se llevaron a cabo las ceremonias de bienvenida de un Jefe de Estado extranjero en visita

⁸² Comité de Derechos Humanos, caso Kivenmaa c. Finlandia, párr. 2.1 (1994).

⁸³ *Ibíd.*, párr. 2.2.

⁸⁴ *Ibíd.*, párrs. 2.3-2.4.

⁸⁵ *Ibíd.*, párr. 7.6-7.8.

⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 3.

oficial y que las autoridades del Estado parte habían anunciado públicamente con antelación”.⁸⁷ Adicionalmente, el Comité manifestó que aun en la hipótesis de que pudiera considerarse que el comportamiento del grupo –como por ejemplo la exhibición de una pancarta– hubiera convertido la presencia de esas personas en una manifestación, la aplicación de la legislación sobre manifestaciones a una reunión con estas características no estaría en concordancia con los requisitos establecidos por el artículo 21 del PIDCP.⁸⁸ Por tanto, la condena y las demás injerencias en las actividades del grupo fueron consideradas violatorias de los artículos 19 y 21 del PIDCP.

El Comité de Derechos Humanos también ha abordado el tema de la libertad de reunión en sus observaciones finales de los informes presentados por algunos Estados Partes en el PIDCP. En una de estas observaciones comentó que “Aunque ciertas restricciones de las reuniones en las principales calles en interés del orden público son admisibles (...) las restricciones absolutas del derecho a celebrar reuniones en las principales calles” no cumplen con el principio de necesidad y, por tanto, son incompatibles con el artículo 21 del PIDCP.⁸⁹ En otra ocasión el Comité señaló la necesidad de un procedimiento que permitiera apelar la denegación de autorización para celebrar una manifestación o reunión pública.⁹⁰

iii) La jurisprudencia de la OIT

La jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical hace una distinción entre reuniones privadas y manifestaciones públicas. El derecho a celebrar reuniones en locales privados sin autorización previa ni injerencia de parte de las autoridades “constituye un elemento

⁸⁷ *Ibíd.*, párr. 9.2.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de la República de Corea, A/55/40, párr. 150 (1999).

⁹⁰ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Kirguistán, A/55/40, párr. 417 (2000).

fundamental de la libertad de asociación.”⁹¹ El requisito de “autorización administrativa para celebrar reuniones y manifestaciones públicas no es en sí objetable”, pero dicha autorización “no debería ser negada arbitrariamente.”⁹² La obligación de seguir un itinerario previamente fijado para un desfile en la vía pública tampoco menoscaba la libertad de reunión, pues las autoridades están en el derecho de requerir el respeto de los “límites razonables” establecidos para todo ciudadano con el fin de evitar desórdenes en la vía pública.⁹³ Nadie debe ser detenido por el mero hecho de haber participado en una manifestación, a menos que el orden público sea seriamente amenazado.⁹⁴

iv) La jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia de la CIDH sobre la libertad de reunión y manifestación no es voluminosa.⁹⁵ En un informe publicado hace más de dos décadas, la CIDH calificó de “completamente desproporcionada” y “una extrema restricción” a la libertad de reunión, una legislación que requería un permiso de la policía que debía solicitarse con diez días de anticipación para cualquier acto público, asamblea, elección, conferencia, desfile, congreso o evento deportivo, cultural, artístico o familiar.⁹⁶ Asimismo, la CIDH ha señalado que la detención de

⁹¹ Comité de Libertad Sindical, *La Libertad Sindical*, párr. 130 (1996).

⁹² *Ibíd.*, párrs. 138-139.

⁹³ *Ibíd.*, párrs. 145, 141.

⁹⁴ *Ibíd.*, párr. 147.

⁹⁵ La escasez de jurisprudencia reciente no significa que las violaciones de esta libertad no se produzcan ni que la CIDH no las registre sino que, en este caso al menos, la naturaleza de las violaciones registradas es tal que su reconocimiento no hace un aporte significativo a la comprensión del contenido, alcance y límites de dicha libertad. Véanse, por ejemplo, los capítulos sobre esta libertad que figuran en los informes sobre la situación de los derechos humanos en Haití en 1993, 1994 y 1995.

⁹⁶ CIDH, *Informe Anual 1979-1980*, pp. 128-130 (Uruguay).

participantes en manifestaciones que se desarrollan en forma pacífica atenta contra la libertad de reunión, aun cuando la privación de libertad no dure más que algunas horas y no resulte en una acusación penal.⁹⁷ En otro análisis publicado en esta época, la CIDH hizo el comentario siguiente:

El derecho a la libertad de reunión también ha sufrido serias limitaciones en el periodo cubierto por este informe. Las manifestaciones públicas en general no han sido permitidas, especialmente las jornadas de protesta. La voluntad de adoptar medidas drásticas para impedir las reuniones públicas ha sido puesta de manifiesto con la promulgación de la ley 18.256 del 27 de octubre de 1983, mediante la cual se amplía la ley 12.927 sobre Seguridad del Estado a través de la creación de una nueva figura delictiva. En efecto, esta ley (...) hace pasibles de sanciones a quienes, sin autorización, fomenten o convoquen a actos públicos colectivos y a los que promuevan o inciten a manifestaciones que puedan traducirse en alteraciones del orden público. (...)

A lo expresado respecto al derecho de reunión debe sumarse la violencia desproporcionada empleada por las fuerzas de seguridad en la represión de manifestaciones, lo cual ha actuado también como disuasivo de participar en ellas. La situación mencionada se agrava por recientes declaraciones de las más altas autoridades gubernamentales que han manifestado su voluntad de actuar con la mayor energía ante futuras manifestaciones.⁹⁸

Estas observaciones evidencian las convergencias entre la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical y la del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo que confirma el valor del primero en la interpretación de la libertad de reunión como derecho humano.

⁹⁷ *Ibíd.*, pp. 105-107 (Chile).

⁹⁸ CIDH, Informe Anual 1983-1984, párr. 20 (Chile).

Si bien la presente sección se dedica al examen del contenido y los límites de la libertad de reunión, cabe hacer una referencia al tema conexo de los medios empleados por las autoridades para controlar manifestaciones y reuniones que desbordan los límites de la legalidad. Los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por las Naciones Unidas en 1990, contienen una sección entera dedicada a este tema, a saber:

Actuación en caso de reuniones ilícitas

12. Dado que todas las personas están autorizadas a participar en reuniones lícitas y pacíficas, de conformidad con los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los gobiernos y los organismos y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley reconocerán que la fuerza y las armas de fuego pueden utilizarse solamente de conformidad con los principios 13 y 14.

13. Al dispersar reuniones ilícitas pero no violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o, si no es posible, lo limitarán al mínimo necesario.

14. Al dispersar reuniones violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se abstendrán de emplear las armas de fuego en esos casos, salvo en las circunstancias previstas en el principio 9.

El Principio 9 establece que las armas de fuego no deben emplearse sino en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito, efectuar la detención de una persona o evitar la fuga cuando la situación entraña una seria amenaza para la vida.